

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

Notare

Dr. Hermann Amann,  
Berchtesgaden

Dr. Johann Frank, Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Dr. Dieter Mayer, München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,  
Passau

Dr. Hans Wolfsteiner, München

## Schriftleiter:

Notarassessor

Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M.

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

in neuer Aufmachung:

- Liste aller zugelassenen  
Gütestellen

unter „Notare Bayern“  
(Rubrik „Fachanwender“)

ISSN 0941-4193

## Aus dem Inhalt

Seite

### Abhandlungen

*Wälzholz*, Zulässigkeit und Ausgestaltung von  
Maklerklauseln in der notariellen Praxis 357

### Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“

*Rombach*, Der Immobilienerwerb in Tschechien 400

### Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“

*Walz*, Grundlegende Verhandlungsstrategien 405

*Bülow*, Verhandeln mit Vertretern 407

### Rechtsprechung

Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts (BVerfG) 443

Keine Anwendung von § 181 bei Genehmigung  
vollmachtloser Vertretung (LG Saarbrücken) 433

mit Anmerkung *Lichtenberger* 434

Anforderungen an auf § 1365 BGB gestützte Zwischen-  
verfügung (BayObLG) 439

Benutzungsregelung für Duplexparker (OLG Frankfurt/M.) 440  
mit Anmerkung *von Oefele* 441

Anwendbarkeit von §14 HeimG bei mittelbarer Begünstigung  
(BayObLG) 447

mit Anmerkung *Rossak* 451

Auslegung eines notariellen Testaments durch  
Grundbuchamt (OLG Hamm) 457

mit Anmerkung *Welskop* 458

Amtspflichten bei Auflassungsvollmacht für Notarangestellte  
(OLG Frankfurt/Main) 466

mit Anmerkung *Reithmann* 467

Wahl eines Notars in Aufsichtsrat einer Kreditgenossenschaft  
(BGH) 461

Gewerblicher Grundstückshandel bei Mehrfamilienhaus  
(BFH) 476

## Inhaltsübersicht

	Seite
<b>Abhandlungen</b>	
<i>Bietz</i> , Zur Praxis von Schieds- und Schlichtungsverfahren – unter besonderer Berücksichtigung des SGH-Statuts deutscher Notare	349
<i>Wälzholz</i> , Zulässigkeit und Ausgestaltung von Maklerklauseln in der notariellen Praxis	357
<i>Reiß</i> , Verfassungsrecht und Vormundschaftsrecht	373
<b>Kurze Beiträge</b>	
<i>Fischer</i> , Die grunderwerbsteuerliche Einheit von Kauf- und Werkvertrag	381
<i>Rossak</i> , Pfändbarkeit, Pfändung und Pfandverwertung von Nießbrauch und Wohnungsrecht	383
<i>Volmer</i> , Zur Unterhaltungspflicht bei Geh- und Fahrtrechten unter Mitbenutzungsbefugnis des dienenden Eigentümers (§ 1021 BGB)	387
<i>Frank</i> , Das Gesetz über die Anpassung des Beweisrechts an die Informationstechnologie sowie über die elektronische Signatur in Frankreich	391
<i>Benesch/Weichselbaumer</i> , Elektronik und Urkunde – Kongressreport	395
<i>Sorge</i> , Zukünftige Herausforderungen an das Europäische Notariat – Tagung der Europäischen Rechtsakademie in Brüssel	398
<b>Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“</b>	
<i>Wachter</i> , Einführung zur Sonderreihe	400
<i>Rombach</i> , Der Immobilienerwerb in Tschechien	400
<b>Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“</b>	
<i>Walz</i> , Grundlegende Verhandlungsstrategien	405
<i>Bülow</i> , Verhandeln mit Vertretern	407
<b>Buchbesprechungen</b>	
Blank, Bauträgervertrag ( <i>Grziwotz</i> )	411
Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag ( <i>Schneeweiß</i> )	412
Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung und Beurkundungsgesetz ( <i>Bracker</i> )	413
Hausmann-Hohloch, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ( <i>Riemenschneider</i> )	415
Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis ( <i>Weigl</i> )	417
Kaub, Gartenrecht für jedermann ( <i>Harms</i> )	418
Lutter, Umwandlungsgesetz ( <i>Fronhöfer</i> )	419
Müller/Hofmann, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften ( <i>Giehl</i> )	421
Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung ( <i>Mayer</i> )	422
Sudhoff, Unternehmensnachfolge ( <i>Winkler</i> )	423

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

Seite

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Widerrufsrecht nach HWiG bei aufgrund notarieller Vollmacht abgeschlossenem Vertrag (BGH, Urteil vom 2.5.2000 – XI ZR 150/99 –) 427
2. Schenkung von Wohnungseigentum als rechtlicher Vorteil; Vormerkungsfähigkeit gesetzlicher Rückübertragungsansprüche (OLG Hamm, Beschluss vom 23.5.2000 – 15 W 119/00 –) 429
3. Keine Anwendung von § 181 bei Genehmigung vollmachtloser Vertretung (LG Saarbrücken, Beschluss vom 15.3.2000 – 5 T 140/00 –) 433  
mit Anmerkung *Lichtenberger* 434

##### Sachen- und Grundbuchrecht

4. Sicherungsumfang einer Grundschuld (BGH, Beschluss vom 23.5.2000 – XI ZR 214/99 –) 435
5. Kein Zurückbehaltungsrecht bei nicht valutierter Grundschuld (BGH, Beschluss vom 9.5.2000 – XI ZR 299/99 –) 437
6. Fehlendes Beschwerderecht auf Anweisung zum Vollzug nach Aufhebung einer Zwischenverfügung (BayObLG, Beschluss vom 25.5.2000 – 2Z BR 37/00 –) 437
7. Bestellung eines zeitlich unbegrenzten Wohnungsbesetzungsrechts (BayObLG, Beschluss vom 22.5.2000 – 2Z BR 43/00 –) 438
8. Anforderungen an auf § 1365 BGB gestützte Zwischenverfügung (BayObLG, Beschluss vom 20.1.2000 – 2Z BR 190/99 –) 439
9. Fortbestehen eines Wohnungsrechts nach Aufteilung des belasteten Grundstücks in Wohnungseigentum (OLG Hamm, Beschluss vom 8.5.2000 – 15 W 103/00 –) (*nur Leitsatz*) 440
10. Benutzungsregelung für Duplexparker I (OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 23.12.1999 – 20 W 281/98 –) 440  
mit Anmerkung *von Oefe* 441
11. Benutzungsregelung für Duplexparker II (Thüringer OLG, Beschluss vom 24.11.1999 – 6 W 715/99 –) 443

##### Erbrecht

12. Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts (BVerfG, Beschluss vom 30.8.2000 – 1 BvR 2464/97 –) 443
13. Auswirkungen eines Zuwendungsverzichts (BayObLG, Beschluss vom 9.6.2000 – 1Z BR 25/00 –) 446
14. Zur Frage der Testierfähigkeit; Anwendbarkeit von §14 HeimG bei mittelbarer Begünstigung (BayObLG, Beschluss vom 22.2.2000 – 1Z BR 147/99 –) 447  
mit Anmerkung *Rossak* 451
15. Analoge Anwendung von § 14 HeimG auf geschäftsführenden Alleingesellschafter einer Pflegeheim-GmbH (BayObLG, Beschluss vom 9.2.2000 – 1Z BR 149/99 –) 453
16. Errichtung eines Testaments durch schreib- und sprechunfähige Person (OLG Hamm, Beschluss vom 15.5.2000 – 15 W 476/99 –) 455
17. Auslegung eines notariellen Testaments durch Grundbuchamt (OLG Hamm, Beschluss vom 30.3.2000 – 15 W 35/00 –) 457  
mit Anmerkung *Welskop* 458

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
<b>Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>	
18. Schiedsfähigkeit des Auskunfts- und Einsichtsrechts des GmbH-Gesellschafters (OLG Hamm, Beschluss vom 7.3.2000 – 15 W 355/99 –)	459
19. Genehmigungspflicht bei Veräußerung von GmbH-Zwerganteilen eines Minderjährigen (AG Ilmenau, Beschluss vom 21.6.2000 – F 154/2000 –)	461
<b>Beurkundungs- und Notarrecht</b>	
20. Wahl eines Notars in Aufsichtsrat einer Kreditgenossenschaft (BGH, Beschluss vom 31.7.2000 – NotZ 13/00 –)	461
21. Pflicht zur Unterlassung unwirksamer Beurkundungen (BGH, Urteil vom 20.6.2000 – IX ZR 434/98 –)	463
22. Amtspflichten bei Aufassungsvollmacht für Notarangestellte (OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 7.12.1999 – 20 W 471/99 –) mit Anmerkung <i>Reithmann</i>	466 467
<b>Kostenrecht</b>	
23. Ermittlung des Gebäudewertes von Mietwohngrundstücken (BayObLG, Beschluss vom 28.6.2000 – 3Z BR 148/00 –)	469
24. Landwirtschaftsprivileg bei sukzessiver Betriebsübergabe (BayObLG, Beschluss vom 28.6.2000 – 3Z BR 145/00 –)	470
25. Löschung einer Globalgrundschuld bei Wohnungseigentumsanlage (BayObLG, Beschluss vom 30.5.2000 – 3Z BR 59/00 –)	471
26. Kostenbegünstigung des Aufhebungsvertrages (OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.3.2000 – 8 W 215/98 –)	472
<b>Öffentliches Recht</b>	
27. Nichtigkeit eines Vertrages wegen Verstoß gegen Koppelungsverbot und Rückforderung erbrachter Leistungen (BVerwG, Urteil vom 16.5.2000 – 4 C 4/99 –) ( <i>nur Leitsatz</i> )	474
<b>Steuerrecht</b>	
28. Eigenheimzulage bei Ehegatten (BFH, Urteil vom 6.4.2000 – IX R 90/97 –)	474
29. Gewerblicher Grundstückshandel bei Mehrfamilienhaus (BFH, Urteil vom 15.3.2000 – X R 130/97 –)	476
30. Grunderwerbsteuerpflicht bei konzerninternen Umstrukturierungen (FG Münster, Urteil vom 20.10.1999 – 8 K 5381/96 –)	481
<b>Hinweise für die Praxis</b>	
1. Einkommensteuer: Haftungsbeschränkung bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Auswirkungen des BGH-Urteils vom 27.9.1999 – II ZR 371/98 (MittBayNot 1999, 577) – BMF-Schreiben vom 18.7.2000 (IV C 1 – S 2241 – 56/00) –	483
2. Basiszinssatz: Stand des Basiszinssatzes zum 1.9.2000 (Bekanntmachung der Deutschen Bundesbank vom 30.8.2000)	483
<b>Standesnachrichten</b>	484
<b>Sonstiges</b>	III
<b>Veranstaltungen</b>	III
<b>Neuerscheinungen</b>	IV

## Zur Praxis von Schieds- und Schlichtungsverfahren – unter besonderer Berücksichtigung des SGH-Statuts deutscher Notare\*

Von Vors. Richter am OLG *Hermann Bietz*, Berlin\*

### 1. Einführung

Wir befinden uns bei der Frage, wie Zivilrechtsstreitigkeiten vorrangig erledigt werden sollten, offenbar in einer Zeit des Umdenkens – vielleicht sogar eines sog. Paradigmenwechsels. Mir ist noch die selbstbewusste Erklärung eines Senatsvorsitzenden am Oberlandesgericht im Ohr, bei seinem Senat werde »entschieden«, nicht verglichen. Eine solche – viel zu enge und einseitige – Einschätzung der Funktion des Richters ist heute in der Justiz wohl kaum noch anzutreffen; sie wäre auch eindeutig gesetzeswidrig. Seit 1977 gebietet § 279 ZPO jedenfalls den »Güteversuch«:

»Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein«.

Schlagen wir heute die Kommentare zur ZPO auf, finden wir Hinweise auf eine Fülle von Literatur zur »außergerichtlichen Konfliktbereinigung«: »Güteversuch und Schlichtung«, »Mediation für die Praxis«, »Verhandeln – die Alternative zum Rechtsstreit« – so lauten einige der Themen<sup>1</sup>. Und selbst eher dogmatisch ausgerichtete Kommentare zur ZPO verweisen auf außergerichtliche Instrumente zur Konfliktregelung<sup>2,3</sup>.

In welchem Umfang in der Bundesrepublik Deutschland derzeit bereits eine außergerichtliche Streitschlichtung tatsächlich stattfindet, lässt sich nur schwer einschätzen. Repräsentative Zahlenangaben und Statistiken fehlen<sup>4</sup>. Es sind auf diesem Gebiet zahlreiche Personen und Institutionen tätig, deren streitschlichtende Tätigkeit nur bedingt statistischer Erfassung zugänglich ist. Ich denke dabei zunächst vor allem an

Rechtsanwälte, deren Streiterledigungspotenzial gerade im außergerichtlichen Vorfeld nicht hoch genug eingeschätzt werden kann; der »Anwaltsvergleich« hat durch den § 796 a ZPO seit 1.1.1998 einen zusätzlichen Anreiz erhalten; er kann nun auch für vollstreckbar erklärt werden, also die Qualität eines Vollstreckungstitels erlangen. Das ist für die vollstreckbare notarielle Urkunde im Rahmen des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO schon seit längerem der Fall; seit 1.1.1999 ist der Anwendungsbereich dieser Regelung sogar noch erweitert worden. Und die schiedsgerichtliche Streitschlichtung, mit der wir uns hier näher befassen wollen, hat durch das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz vom 22.12.1997<sup>5</sup> gewiss neuen Auftrieb erhalten; Ziel dieses Gesetzes ist es denn auch, die Schiedsgerichtsbarkeit attraktiver zu gestalten, um auf diese Weise der überlasteten staatlichen Rechtspflege Entlastung zu verschaffen<sup>6</sup>. Aber auch hier lässt sich der erhoffte Erfolg (noch) nicht durch konkrete Zahlen erhärten. Die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS), gewiss eine der wichtigsten Institutionen für unser Schiedsgerichtswesen, berichtete kürzlich von insgesamt 32 Schiedsgerichtsverfahren, die ihr im Jahre 1999 angetragen worden sind, mit einem Gesamtstreitwert von ca. 130 Mill. DM; hier erstaunt vor allem die relativ geringe Anzahl der Verfahren<sup>7</sup>.

Weitere Impulse zur Ausweitung von außergerichtlichen Streitschlichtungen kommen derzeit aus der Rechtspolitik. Schon 1998 hat der Justizminister des Landes Baden-Württemberg, Prof. Dr. Goll<sup>8</sup>, einen Bewusstseinswandel für alle Streitigkeiten dahin gefordert, dass zunächst eine Schlichtung des Streits versucht werden müsse, bevor das Gericht angerufen werde. Ein eher zaghafter Schritt in diese Richtung ist die am 1.1.2000 in Kraft getretene »Öffnungsklausel« des § 15 a

\* Wiedergabe eines am 5.5.2000 in Berlin auf einer zentralen Fortbildungsveranstaltung für Notare gehaltenen Referates; die Vortragsfassung wurde beibehalten. **Anmerkung der Schriftleitung:** Wegen der zunehmenden Bedeutung notarieller Schiedstätigkeit erscheint dieser Beitrag parallel zur Veröffentlichung in den MittBayNot auch in der ZNotP.

<sup>1</sup> Nachweise etwa bei *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 58. Aufl. (2000), § 279 unter »Schrifttum«.

<sup>2</sup> S. beispielsweise bei *Zöller/Greger*, ZPO, 21. Aufl. (1999), § 279, Rdnr. 3, m.w.N.

<sup>3</sup> Der 49. Deutsche Anwaltstag hat sich 1997 mit dem Thema »Streitschlichtung – Anwaltssache« befasst; »Neue Wege zur Konfliktbewältigung« war Thema des Deutschen Richtertages 1996; s. Hinweise bei *Schöbel*, JuS 2000, 372, Fn. 2.

<sup>4</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 1998, Rdnr. 56.

<sup>5</sup> BGBl I 1997, 3224 ff.

<sup>6</sup> BT-Dr 13/5274, S. 1.

<sup>7</sup> Nimmt man die Anzahl der Anträge auf Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen beim Oberlandesgericht (§ 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) als vielleicht vages Indiz für die mutmaßliche Zahl der Schiedsverfahren, so wird der Erkenntniswert nicht größer: Im Bundesland Brandenburg beispielsweise gab es 1999 insgesamt nur fünf solcher Anträge, eine bundesweite Zahl ist beim Statistischen Bundesamt nicht abrufbar. Eine empirische Untersuchung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der BRD belegt, dass Schiedsurteile nur »selten« vollstreckt werden müssen, sodass sich aus der Zahl der Anträge auf Vollstreckbarerklärung ohnehin nur geringe Schlüsse auf die Anzahl von Schiedsverfahren ziehen lassen; vgl. *Schmidt-Diemitz*, DB 1999, 369 ff.

<sup>8</sup> ZRP 1998, 314 ff.

EGZPO<sup>9</sup>; sie ermöglicht es den Ländern, u.a. in vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten bis zu einem Streitwert von 1.500,- DM ein obligatorisches außergerichtliches Güteverfahren vorzusehen. Das Justizministerium des Landes Brandenburg – wie zuvor schon andere Bundesländer<sup>10</sup> – hat Ende Januar d.J. einen entsprechenden Gesetzentwurf vorgelegt, sieht ein obligatorisches Güteverfahren in vermögensrechtlichen Streitigkeiten allerdings nur bei einem Streitwert bis 1.200,- DM vor.

Auch der zur Zeit heiß diskutierte Referentenentwurf eines Zivilprozessreformgesetzes vom Dezember 1999<sup>11</sup> bricht eine Lanze für den Schlichtungsgedanken; in seiner Begründung heißt es u. a.:

»Eine gütliche Einigung zwischen den Parteien in einem möglichst frühen Prozessstadium ist die effizienteste und zugleich bürgerfreundlichste Form der Erledigung eines Rechtsstreites«.

Der skizzierte Trend ist international. Vor allem in der amerikanischen Rechtspraxis sind zahlreiche Verfahrensvarianten entwickelt und unter dem Sammelbegriff der »Alternative Dispute Resolution« (ADR) zusammengefasst worden<sup>12</sup>. Neben der Mediation (nichtförmliche Verhandlung zwischen den Parteien, die einen neutralen Dritten zu ihrer Unterstützung heranziehen), dem Minitrial (hier kann ein neutraler Dritter auf Wunsch der Parteien die Vergleichsverhandlungen moderieren oder seine Bewertung der Sach- und Rechtslage vortragen) und weiteren Verfahrensalternativen ist die Schiedsgerichtsbarkeit in den USA von großer praktischer Bedeutung<sup>13</sup>.

In diesem Kontext ist der Entschluss des deutschen Notarvereins, unter dem Namen »Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (SGH)« ab Anfang des Jahres 2000 eine institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit einzurichten<sup>14</sup>, zu begrüßen. Vor allem die besondere Betonung des Schlichtungsgedankens in dieser Form ist neu und verdient Aufmerksamkeit. Das Schiedsverfahren soll stets mit einer auf eine einvernehmliche Konfliktlösung abzielenden Schlichtungsphase vor dem Vorsitzenden des Schiedsgerichts (einem der Spruchkörper des SGH) beginnen (§ 21 Abs. 1 des SGH-Statuts); erst nach ihrem Scheitern findet das eigentliche kontradiktorische Verfahren statt (§ 21 Abs. 3 SGH-Statut)<sup>15</sup>, wobei auch hier der Vorsitzende stets auf eine gütliche Einigung hinzuwirken hat (§ 14 Abs. 1 Satz 2 SGH-Statut). Darüber hinaus sieht das SGH-Statut (§§ 18 und 19) ein gesondertes Schlichtungsverfahren vor, wenn eine lediglich schlichtende und vermittelnde Tätigkeit durch den SGH gewünscht wird. Für die bloße Schlichtung werden nur 40 % der Kosten einer streitigen Entscheidung erhoben. Damit positioniert sich der SGH des deutschen Notarvereins zunächst einmal als ein günstiges Angebot im nationalen und internationalen Trend, vor Anrufung der Zivilgerichte möglichst eine gütliche Streitschlichtung zu versuchen.

<sup>9</sup> BGBI 1 1999, 2400.

<sup>10</sup> Vgl. etwa *Heßler* in DNotV (notar) 1999, 132 ff. zum Entwurf eines Bayer. Schlichtungsgesetzes.

<sup>11</sup> S. dazu u.a. herbe Kritik des DAV, NJW-Information Heft 16/2000, XVIII.

<sup>12</sup> Vgl. *Duве* in RPS 1998, Beilage zu BB, 2. Halbj., S. 15 ff.

<sup>13</sup> *Duве*, aaO., insbes. S. 15, Fn. 5

<sup>14</sup> S. Pressemitteilung in NJW 2000, 1246. Der SGH ist eine nicht rechtsfähige Einrichtung der DNotV GmbH in Berlin, die Verwaltung des SGH obliegt einem »Sekretär«. Statut des SGH abgedr. in DNotV (notar) 1999, 124 ff.

<sup>15</sup> *Wegmann* DNotV (notar) 1999, 122.

Der angestrebte Erfolg hängt letztlich natürlich davon ab, **wie** – also vor allem nach welchen Regeln und in welcher Form – die Schieds- und Schlichtungsverfahren konkret durchgeführt werden. Damit wollen wir uns nun im Einzelnen näher befassen.

## 2. Beginn des Schieds- und Schlichtungsverfahrens

Eingeleitet wird das Schiedsverfahren – wie auch das Schlichtungsverfahren – durch einen schriftlichen Antrag an das Sekretariat des SGH (§ 12 Abs. 1 SGH-Statut). Zum Inhalt des Antrags und zur Frage des Beginns des Schiedsverfahrens finden sich im SGH-Statut – im Gegensatz zu anderen Schiedsgerichtsordnungen – keine Regelungen. Nach der Schiedsgerichtsordnung der DIS beginnt das schiedsrichterliche Verfahren mit Zugang der Klage bei einer DIS-Geschäftsstelle (§ 6.1 Satz 2), der notwendige Inhalt der Klage ist im Einzelnen festgelegt (§ 6.2 und 3). Die Schiedsgerichtsordnung für das Bauwesen (SGO Bau) lässt das Schiedsverfahren hingegen bereits mit Zugang der Benachrichtigung über die Einleitung des Verfahrens beim Beklagten beginnen (S 2 Abs. 2); die Benachrichtigung muss bestimmte Angaben enthalten (§ 2 Abs. 3). Diese Regelung entspricht dem neuen § 1044 ZPO, der für das SGH-Verfahren (ergänzend) heranzuziehen sein dürfte; das SGH-Statut (§ 20 Abs. 1) spricht nämlich ausdrücklich von einem »Schiedsverfahren deutschen Rechts nach dem Zehnten Buch der deutschen Zivilprozessordnung«. Gemäß § 1044 ZPO beginnt das schiedsrichterliche Verfahren – wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben – aber mit dem Tag, an dem der Beklagte den Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, empfangen hat; der Antrag muss zumindest die Bezeichnung der Parteien, die Angabe des Streitgegenstandes und einen Hinweis auf die Schiedsvereinbarung enthalten. Bezieht man § 1044 ZPO auf das SGH-Verfahren, so tritt mit Zustellung des Antrages auf Einleitung eines Verfahrens an die andere Partei (§ 13 Abs. 1 SGH-Statut) – und nicht erst mit Zugang der späteren Schiedsklage – die sog. Schiedshängigkeit ein<sup>16</sup>. Dieser Zeitpunkt könnte u.a. für die Frage einer Verjährung von Relevanz sein.

§ 220 Abs. 2 BGB gewährt nämlich eine Verjährungsunterbrechung schon dann, wenn der Anspruchsberechtigte das zur Konstituierung des Schiedsgerichts Erforderliche veranlasst hat. Die Unterbrechung der Verjährung soll also nicht an Umständen scheitern, auf die der Berechtigte keinen Einfluss hat<sup>17</sup>. Ob also der Anspruchsberechtigte das seinerseits Erforderliche getan hat, wird davon abhängen, ob er selbst zur Ernennung der Schiedsrichter noch mehr hätte tun können als bereits geschehen; bei einem institutionellen Schiedsgericht, dessen Mitglieder von der Institution bestimmt werden, wird der Berechtigte mit der Antragstellung gemäß § 1044 ZPO wohl das von ihm zur Konstituierung des Schiedsgerichts Erforderliche veranlasst haben, soweit auch die Bezeichnung der Parteien und die Angabe des Streitgegenstandes erfolgt sind (Parallele zum Mahnbescheid, s. §§ 690 Abs. 1 ZPO, 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB), so dass mit dem Empfang des Antrages beim Anspruchsgegner eine Verjährungsunterbrechung eintreten kann<sup>18</sup>. Eine spätere Schiedsklage unterbricht die Ver-

<sup>16</sup> Vgl. *Zöller/Geimer*, aaO., § 1044, Rdnr. 4, m.w.N.; *Baumbach/Albers*, aaO., § 1044, Rdnr. 3; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl. (1999), Rdnr. 146; im Ergebnis wohl auch *Lachmann* aaO., Rdnr. 261 u. 374.

<sup>17</sup> Vgl. etwa *von Feldmann* in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. (1993), § 220, Rdnr. 5.

<sup>18</sup> Zu eng *Schütze*, aaO., Rdnr. 146, wonach eine verjährungsunterbrechende Wirkung d. Antrages gem. § 220 Abs. 2 BGB nur eintreten soll, wenn der Schiedskläger in ihm sogleich seinen Schiedsrichter ernannt.

jähung dann erneut<sup>19</sup>. Wird nur ein bloßes Schlichtungsverfahren beantragt, wird eine Schiedshängigkeit nicht begründet<sup>20</sup>, so dass auch keine Verjährungsunterbrechung eintreten kann.

Ist das Schiedsverfahren eingeleitet, informiert das Sekretariat des SGH unverzüglich den Spruchkörper und verfährt dann ausschließlich nach den Weisungen des Vorsitzenden (§ 13 Abs. 1 SGH-Statut). Hier will ich nur kurz auf die beiden Verfahrensalternativen hinweisen, die das Statut (§§ 7–9) zur Benennung der »Richterbank« anbietet: Einmal die Benennung des Spruchkörpers durch den Sekretär oder aber die Benennung der Schiedsrichter durch die Parteien selbst, wobei in der erstgenannten Variante der »Kern des Notarschiedsgerichts« gesehen wird<sup>21</sup>.

### 3. Ablauf des Schiedsverfahrens

#### 3.1. Anwendbares Verfahrensrecht

Das 10. Buch der ZPO, auf welches das SGH-Statut (§ 20 Abs. 1) verweist, enthält nur wenige zwingende Grundsätze und einige disponible Regelungen für die Durchführung schiedsrichterlicher Verfahren. Zu den zwingenden Regelungen gehören der Grundsatz der Gleichbehandlung, die Gewährung rechtlichen Gehörs und die Zulassung von Rechtsanwälten (§ 1042 Abs. 1 und 2 ZPO). Im Übrigen unterliegt das Verfahren der »Parteidisposition«, wie es auch das SGH-Statut (§ 11 Abs. 2 Satz 1) formuliert; die Parteien können also das Verfahren selbst oder durch Bezugnahme auf eine schiedsrichterliche Verfahrensordnung regeln. Soweit eine Vereinbarung der Parteien nicht vorliegt – und keine zwingenden Regelungen im 10. Buch der ZPO entgegenstehen –, entscheidet im SGH-Verfahren der Vorsitzende (während einer mündlichen Verhandlung der Spruchkörper) über das Verfahren »nach freiem Ermessen« (§ 11 Abs. 1 SGH-Statut). Dieses Regelungssystem entspricht im Wesentlichen dem Gesetz (§ 1042 Abs. 3 und 4 ZPO)<sup>22</sup>.

Der zitierte Gleichbehandlungsgrundsatz und die Gewährung rechtlichen Gehörs werden als »Eckpfeiler« des schiedsrichterlichen Verfahrens bezeichnet<sup>23</sup>. Sie sind als zwingendes Recht in jedem Stadium des schiedsrichterlichen Verfahrens zu beachten, ihre Verletzung kann zur Aufhebung eines Schiedsspruchs führen (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 b und d sowie Nr. 2 b ZPO).

Das Schiedsgericht muss also stets streng darauf bedacht sein, auch nur den Eindruck zu vermeiden, eine Partei werde schlechter behandelt als die andere<sup>24</sup>. Dieses Gebot richtet sich natürlich in erster Linie an den jeweiligen Vorsitzenden des Schiedsgerichts, der etwa bei Fristverlängerungen, Abstimmung von Termin und Ort der Verhandlung sowie bei Weiterleitung von Schriftsätzen strikte Neutralität wahren muss. Die Information beider Parteien zum Verfahren muss also auf gleichem Stand gehalten werden.

<sup>19</sup> Vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 59. Aufl. (2000), § 220, Rdnr. 2.

<sup>20</sup> S. dazu *Zöller/Geimer*, aaO., § 1044, Rdnr. 4, m.w.N.

<sup>21</sup> *Wolfsteiner*, DNotV (notar), 1999, 115 ff., 116.

<sup>22</sup> Darüber hinausgehend sieht das SGH-Statut (§ 11 Abs. 2 Satz 2) für den – ad hoc durchaus denkbaren – Fall von verfahrensverzögernden Vereinbarungen der Parteien (z.B. bei Schriftsatzfristverlängerungen) vor, dass der Vorsitzende bzw. Spruchkörper die Fortsetzung des Verfahrens ablehnen kann (s. dazu *Wolfsteiner* aaO., S. 118).

<sup>23</sup> S. etwa *Baumbach/Albers*, aaO., § 1042, Rdnr. 2.

<sup>24</sup> Näher dazu *Lachmann*, aaO., Rdnr. 352.

Daneben ist das Schiedsgericht verpflichtet, den Parteien rechtliches Gehör in wesentlich gleichem Umfang wie staatliche Gerichte zu gewähren<sup>25</sup>. Dazu gehört, dass das Schiedsgericht den Vortrag der Parteien zur Kenntnis nimmt, in Erwägung zieht und den Parteien Gelegenheit gibt, zu allen Tatsachen und Beweismitteln Stellung zu nehmen, die es seiner Entscheidung zugrunde zu legen beabsichtigt.

Streitig ist die Frage, ob das Schiedsgericht gehalten ist, den Parteien im Verlaufe des Verfahrens – jedenfalls aber vor Entscheidung eines Rechtsstreits – seine Rechtsansicht mitzuteilen und ihnen Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Vom BGH<sup>26</sup> und Teilen der Literatur<sup>27</sup> wird diese Frage – jedenfalls im Rahmen der Gewährung rechtlichen Gehörs – verneint, teilweise aber auch unter Hinweis auf § 278 Abs. 3 ZPO bejaht<sup>28</sup>. Dazu werde ich später unter dem Aspekt Verhandlungsstil Stellung nehmen.

Nun noch ein kurzer Hinweis auf die bereits erwähnte Garantie der anwaltlichen Vertretung in Schiedsverfahren. Nach § 1042 Abs. 2 ZPO dürfen Rechtsanwälte als Bevollmächtigte nicht ausgeschlossen werden; daraus folgt im Umkehrschluss, dass sonstige Personen als Bevollmächtigte oder Beistände nach dem Ermessen des Schiedsgerichts ausgeschlossen werden können<sup>29</sup>. Unter Rechtsanwälten sind hier sowohl inländische als auch ausländische Anwälte zu verstehen<sup>30</sup>.

#### 3.2 Weiterer Geschäftsgang

Nachdem das Schiedsverfahren eingeleitet ist, bestimmt der Vorsitzende des Spruchkörpers den »weiteren Geschäftsgang« (§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGH-Statut). Der Vorsitzende soll also – wie auch in anderen Schiedsgerichtsordnungen vorgeesehen – die anfallenden verfahrensleitenden Maßnahmen treffen<sup>31</sup>.

Er wird deshalb zunächst den Schiedskläger schriftlich auffordern, binnen einer bestimmten Frist die Klage einzureichen (§ 1046 Abs. 1 ZPO); der Vorsitzende muss dabei auf beschleunigte Erledigung des Verfahrens hinwirken (s. § 14 Abs. 1 Satz 2 SGH-Statut) und sollte – falls die Parteien insoweit keine abweichende akzeptable (s. § 11 Abs. 2 Satz 2 SGH-Statut) Vereinbarung getroffen haben – in der Regel über eine Frist von etwa 4 bis 6 Wochen nicht hinausgehen.

Nach Eingang der Klageschrift leitet der Vorsitzende dem Schiedsbeklagten die Klageschrift mit der Aufforderung zu, binnen einer bestimmten Frist – im Regelfall werden ebenfalls 4 bis 6 Wochen angemessen sein – auf die Schiedsklage zu erwidern (§ 1046 Abs. 1 ZPO).

Dem Anschreiben an den Schiedsbeklagten – das zugleich an den Schiedskläger gerichtet werden kann und natürlich den Mitschiedsrichtern und dem Sekretariat des SGH jeweils mit Abschrift der Klage zur Kenntnis gegeben werden sollte – könnten weitere Informationen zum Fortgang des Verfahrens beigefügt werden; so erscheint der Hinweis zweckmäßig, die Parteien möchten sich ihre Schriftsätze – beginnend mit der Klageerwidern – jeweils unmittelbar in beglaubigter und einfacher Abschrift nebst Anlagen über-

<sup>25</sup> Vgl. u.a. BGH NJW 1992, 2299; *Lachmann* aaO., Rdnr. 354, m.w.N.

<sup>26</sup> BGH NJW 1990, 3211.

<sup>27</sup> Vgl. u.a. *Lachmann*, aaO., Rdnr. 356, 360.

<sup>28</sup> *Zöller/Geimer*, aaO., § 1042, Rdnr. 12.

<sup>29</sup> *Lachmann*, aaO., Rdnr. 362.

<sup>30</sup> Vgl. *Zöller/Geimer*, aaO., § 1042, Rdnr. 19.

<sup>31</sup> *Wolfsteiner*, aaO., S. 118.

mitteln und dies dem Schiedsgericht gegenüber vermerken<sup>32</sup>. Damit kann die Arbeit des Vorsitzenden bzw. des Sekretariats erheblich erleichtert werden. Im Übrigen kann der Vorsitzende nach seinem Ermessen Kostenvorschüsse von beiden Parteien anfordern (s. § 16 Abs. 7 SGH-Statut), was mit dem Anschreiben zur Klageerwidern verbunden werden sollte, wenn nicht bereits zuvor ein ausreichender Kostenvorschuss vom Sekretariat eingefordert worden ist (s. § 12 Abs. 5 des SGH-Statuts).

Liegt die Stellungnahme des Schiedsbeklagten zur Klage vor, wird der Vorsitzende im Regelfall Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen; auf die Frage, wann ein nur schriftliches Verfahren in Betracht kommt, werde ich später eingehen.

### 3.3 Inhalt von Klage, Klageerwidern, Widerklage

Zum Inhalt der Klage fordert § 1046 Abs. 1 Satz 1 ZPO lediglich, dass der Schiedskläger seinen Anspruch und die Tatsachen, auf die sich dieser stützt, darlegen muss; hierdurch wird (teilweise wie bei § 253 Abs. 2 Nr. 2, 1. Halbsatz ZPO) der Streitgegenstand des Schiedsverfahrens bestimmt.

Ein ausformulierter Antrag, der natürlich stets hilfreich und empfehlenswert ist, wird allerdings nicht als zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung verlangt werden können, wenn nur die Rechtsschutzform und Rechtsfolge, die der Schiedskläger geltend machen will, aus seinem sonstigen Vorbringen unzweifelhaft bestimmbar sind<sup>33</sup>. Die Prämisse, dass die Schiedsklage selbstverständlich auch die Bezeichnung der Parteien enthalten müsse<sup>34</sup>, folgt jedenfalls nicht aus § 1046 ZPO; da bereits der vorausgehende Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, zwingend die Bezeichnung der Parteien vorschreibt (s. § 1044 Satz 2 ZPO), kann es bei der Klageeinreichung allenfalls um eine – fakultative – Wiederholung der Parteienbezeichnung gehen.

Für die Klageerwidern enthält das Gesetz keine zwingenden Anforderungen und bestimmt lediglich, dass der Beklagte zu dem vom Kläger dargelegten Anspruch Stellung zu nehmen hat (§ 1046 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Sowohl in der Klage als auch in der Klagebeantwortung können die Parteien – wie § 1046 Abs. 1 Satz 2 ZPO ausdrücklich klarstellt – alle ihnen erheblich erscheinenden Schriftstücke vorlegen oder andere Beweismittel bezeichnen, derer sie sich bedienen wollen; hierauf sollte übrigens der Vorsitzende bei seinen prozessleitenden Verfügungen zur Klage und Klageerwidern hinweisen. Ein Verstoß gegen jene Anforderung führt nicht zur Unbeachtlichkeit, möglicherweise aber zu einer Präklusion wegen Verspätung<sup>35</sup>.

Eine Widerklage kann im Rahmen der Schiedsvereinbarung immer erhoben werden, sofern das Schiedsgericht auch für sie zuständig ist und zwischen Klage und Widerklage ein – nicht notwendigerweise rechtlicher – Zusammenhang besteht<sup>36</sup>. Das SGH-Statut (§ 16 Abs. 5) schränkt dies etwas dadurch ein, dass das Schiedsgericht über die Zulassung der Widerklage nach freiem Ermessen entscheidet.

<sup>32</sup> § 198 ZPO analog; s. dazu *Lachmann*, aaO., Rdnr. 352.

<sup>33</sup> S. *Thomas/Putzo*, ZPO, 22. Aufl. (1999), § 1046, Rdnr. 2; a.A. *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 6. Aufl. (2000) Kap. 16, Rdnr. 2, S. 162, der übersieht, dass der letzte Halbsatz von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO eben nicht in § 1046 Abs. 1 Satz 1 ZPO aufgenommen wurde; a.A. auch *Lachmann*, aaO., Rdnr. 370; *Baumbach/Albers*, aaO., § 1046 Rdnr. 2.

<sup>34</sup> So *Baumbach/Albers*, aaO., § 1046, Rdnr. 2 unter Hinweis auf § 253 Abs. 2 ZPO, der aber für das Schiedsverfahren kein zwingendes Recht darstellt.

<sup>35</sup> Vgl. *Lachmann*, aaO., Rdnr. 379.

### 3.4 Schlichtungsphase

Das Schiedsverfahren nach dem SGH-Statut beginnt, wie ich einleitend schon hervorgehoben habe, zwingend mit einer Schlichtungsphase vor dem Vorsitzenden (§ 21 Abs. 1). Zweckmäßigerweise sollte diesem »herausgehobenen Verfahrensabschnitt<sup>37</sup>« jedenfalls die Einreichung von Schiedsklage und Klageerwidern vorausgegangen sein – das SGH-Statut enthält hierzu keine ausdrückliche Regelung –, da sonst eine rechtliche Bewertung des Streites der Parteien oder ein fundierter Schlichtungsvorschlag durch den Vorsitzenden ausgeschlossen erscheint; wünschenswertes Ziel der Schlichtung ist nämlich der Abschluss eines Schiedsvergleichs (»Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut«; s. § 21 Abs. 2 SGH-Statut). Auf welche Art und Weise die Schlichtung durchgeführt wird, lässt das SGH-Statut bewusst offen. Die Parteien sollen hier über die Methode der Durchführung entscheiden<sup>38</sup>.

Dazu wird bereits die Schlichtungsphase sorgfältiger Vorbereitung durch den Vorsitzenden bedürfen. Da eine Vorberatung mit den etwaigen beisitzenden Schiedsrichtern in diesem Verfahrensstadium wohl nicht angebracht sein dürfte, wird der Vorsitzende die Sach- und Rechtslage vor dem wohl im Regelfall erforderlichen Verhandlungstermin – zu dem die persönliche Anwesenheit der Parteien durchweg erforderlich sein wird – jedenfalls soweit überprüfen müssen, dass er seiner Schlichtungsaufgabe gerecht werden kann<sup>39</sup>. Das könnte freilich dann zu Schwierigkeiten führen, wenn in einem nachfolgenden streitigen Verfahren vor dem ganzen Spruchkörper von den Mitschiedsrichtern andere Bewertungen des Rechtsstreits vorgenommen werden. Der Vorsitzende sollte sich deshalb bei der – vielfach sicherlich erbetenen und mitunter auch gebotenen – Offenlegung seiner Vorüberlegungen in der Schlichtungsphase etwas mehr zurückhalten als im streitigen Verfahren. Bei einem Scheitern der Schlichtungsphase müssen jedenfalls die Parteien dann über Änderungen zuvor mitgeteilter Rechtsansichten unterrichtet werden, schon weil ansonsten ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sein könnte<sup>40</sup>; dies gilt besonders dann, wenn eine Partei von ihrem Recht Gebrauch macht, den bisherigen Vorsitzenden in der Schlichtungsphase ohne Angabe von Gründen für das weitere streitige Verfahren abzulehnen (s. § 22 Abs. 1 SGH-Statut). Das SGH-Statut sieht gerade in dieser fakultativen Trennung des »Schlichters« in der Schlichtungsphase vom »Richter« im streitigen Verfahren einen Gewinn für den Verhandlungsspielraum der Beteiligten in der Schlichtungsphase<sup>41</sup>; der Vorsitzende könnte aber gerade wegen der drohenden Ablösung im weiteren Verfahren gehalten sein, von seinen Gestaltungsmöglichkeiten in der Schlichtungsphase eher nur zurückhaltend Gebrauch zu machen.

### 3.5 Streitiges Verfahren

Bei einem Scheitern der Schlichtungsbemühungen geht die Schlichtungsphase in das streitige Verfahren über (§ 21 Abs. 3 SGH-Statut). Wenn der bisherige Vorsitzende nicht von einer der Parteien abgelehnt wurde, findet das weitere Verfahren vor dem ganzen Spruchkörper statt, es sei denn, die Parteien verlangen übereinstimmend die Entscheidung nur durch den Vorsitzenden (§ 22 Abs. 2 SGH-Statut). Diese Regelung lässt die Entscheidung durch den Einzelschiedsrichter als Ausnahme erscheinen, was aber keineswegs dem Gesamtkonzept des SGH-Statuts entspricht<sup>42</sup>; vor allem durch die Kostenregelung, dass bei Tätigkeit des Vorsitzenden allein nur ein Drittel der Kosten eines Dreierschiedsgerichts anfällt (s. § 7

<sup>36</sup> *Lachmann*, aaO., Rdnr. 377.

<sup>37</sup> *Wegmann*, aaO., S. 122, 123.

<sup>38</sup> So *Wegmann*, aaO., S. 122.

<sup>39</sup> Dazu auch *Schöbel*, aaO., S. 373, 374.

<sup>40</sup> S. *Lachmann*, aaO., Rdnr. 360.

<sup>41</sup> Vgl. *Wegmann*, aaO., S. 123.

<sup>42</sup> S. *Wolfsteiner*, aaO., S. 118.

Abs. 4 und 5 der Kostenordnung des SGH), sollen die Parteien animiert werden, sich mit der Entscheidung eines Einzelschiedsrichters zu begnügen.

Dies wird in der Regel für Verfahren zutreffen, die keinen übermäßigen Aufwand erfordern und überschaubar sind oder bei denen der Kostenaspekt eine dominierende Rolle spielt<sup>43</sup>. Im Übrigen wird wohl das Dreiergremium – wie in der Schiedsgerichtspraxis allgemein<sup>44</sup> – auch in SGH-Verfahren die häufigste Besetzung sein.

Beim Dreierschiedsgericht wird zumeist eine Vorberatung der Schiedsrichter stattfinden müssen, damit die bisherige Sach- und Rechtslage erörtert, eine vorläufige rechtliche Bewertung vorgenommen und etwaiger Aufklärungsbedarf erarbeitet werden kann.

### 3.6 Mündliche Verhandlung oder schriftliches Verfahren

Vorbehaltlich einer Vereinbarung der Parteien entscheidet das Schiedsgericht – so heißt es in § 1047 Abs. 1 Satz 1 ZPO –, ob mündlich verhandelt werden soll oder ob das Verfahren auf der Grundlage von Schriftstücken oder anderen Unterlagen durchzuführen ist. Das SGH-Statut will diese Kompetenz offenbar dem Vorsitzenden allein übertragen, der dem Antrag einer Partei auf mündliche Verhandlung entsprechen soll, wenn nicht die andere Partei aus berechtigten Gründen widerspricht (s. § 16 Abs. 2 Satz 1 SGH-Statut); ob dieses Widerspruchsrecht im Hinblick auf die zwingende Regelung des § 1047 Abs. 1 Satz 2 ZPO beachtlich sein kann, erscheint allerdings zweifelhaft. Bei einem Dreiergremium wird der Vorsitzende gut beraten sein, derart wichtige Fragen vorab mit seinen Mitschiedsrichtern zumindest zu erörtern. Die Präferenz sollte dabei grundsätzlich in Richtung »mündliche Verhandlung« gehen<sup>45</sup>, jedenfalls bei einem Dreierschiedsgericht oder dem Einzelschiedsgericht mit neuem Vorsitzenden (im Falle der Ablehnung gem. § 22 Abs. 1 SGH-Statut). Die (schieds-)richterliche Erfahrung in der Praxis zeigt, dass die direkte Kommunikation zwischen Gericht und Parteien sowie zwischen den Parteien selbst ein wichtiger Bestandteil des auch im streitigen Verfahren angestrebten Konfliktlösungsprozesses ist<sup>46</sup>. Diese Kommunikation wird zumeist nicht durch schriftsätzlichen Vortrag ersetzt werden können.<sup>47</sup> Im Übrigen dürfte grundsätzlich auch nur eine mündliche Verhandlung wegen der besseren Aufklärungsmöglichkeiten (vor allem durch unmittelbare Befragung der Parteien) und der direkten Diskussion der unterschiedlichen Standpunkte die solide Grundlage einer richtigen Entscheidung bieten.<sup>48</sup>

#### 3.6.1 Rahmenbedingungen der mündlichen Verhandlung

Die Rahmenbedingungen der mündlichen Verhandlung mögen auf den ersten Blick nebensächlich erscheinen, sollten aber keineswegs – wie die Praxis immer wieder zeigt – unterschätzt werden. Dazu gehört zunächst einmal die Festlegung des Ortes, an dem die Verhandlung stattfinden soll. Gewiss liegt es bei einem mit einem oder mehreren Notaren besetzten Spruchkörper (s. dazu § 7 Abs. 1 SGH-Statut) nahe, dass ein

Notar in seinem Büro die »Gastgeberrolle« übernimmt; soweit dies nicht möglich oder zweckmäßig erscheint, empfiehlt sich als Tagungsort in erster Linie ein Hotel oder Restaurant, das über die erforderlichen Räumlichkeiten und die notwendige Technik verfügt. Die mündliche Verhandlung sollte nur ausnahmsweise bei einer der Parteien stattfinden<sup>49</sup>.

Der Verhandlungsraum sollte den Schiedsrichtern, Verfahrensbevollmächtigten und Parteien ausreichend Platz bieten. Zweckmäßig wären – vor allem bei zu erwartenden länger dauernden Schiedsgerichtsverhandlungen – weitere Räumlichkeiten, die den Parteien für interne Gespräche und Telefonate während der Sitzungsunterbrechungen zur Verfügung gestellt werden können. Die Führung des Sitzungsprotokolls durch eine erfahrene Sekretärin (bzw. Sekretär) nach Diktat des Vorsitzenden sollte von diesem vorab geklärt werden, will man unliebsame Überraschungen vermeiden. Zumal die Protokollierung der Verhandlung kein zwingendes Erfordernis des Schiedsverfahrens ist<sup>50</sup> – auf sie sollte aber keinesfalls verzichtet werden –, wird die Technik der Protokollaufnahme eine Frage der Möglichkeiten und der Zweckmäßigkeit sein.

Es empfiehlt sich, in dem Protokoll das Einverständnis beider Parteien mit der Art des Protokollierung, der Person des Protokollanten, dessen Pauschalvergütung (für den jeweiligen Tag) und – wegen eines Meinungsstreites in der Literatur<sup>51</sup> – auch mit der Unterzeichnung des Protokolls nur durch den Vorsitzenden des Schiedsgerichts und die Protokollkraft zu vermerken.

#### 3.6.2 Ablauf der mündlichen Verhandlung

Die Gestaltung der mündlichen Verhandlung obliegt selbstverständlich dem Vorsitzenden. Von seinem Verhandlungsgeschick und Einfühlungsvermögen, seiner persönlichen und sachlichen Autorität wird es wesentlich abhängen, ob eine echte Kommunikation zwischen Schiedsgericht, Verfahrensbevollmächtigten und Parteien mit dem Ziel stattfindet, die unterschiedlichen Standpunkte der Beteiligten gleichsam auf den Prüfstand zu stellen und eine weitere Sachaufklärung zu erreichen. Dabei sollte der Vorsitzende im Dreierschiedsgericht seine dominierende Stellung moderat wahrnehmen und seinen Mitschiedsrichtern sowie den übrigen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit geben, sich selbst – entsprechend der jeweiligen Funktion – erfolgreich einbringen zu können. Im Übrigen ist zu bedenken, dass in diesem Stadium des Verfahrens Parteien, die bisher zu einer gütlichen Einigung nicht gelangen konnten und die vielfach tief und nachhaltig zerstritten sind, nun vom Schiedsgericht eine Konfliktlösung erwarten. Dies wird gerade nicht die typische Situation sein, die Notare in ihrer Alltagspraxis bei Beurkundungen erleben. Hier wird es forensischer Erfahrungen – vor allem beim Vorsitzenden des Schiedsgerichts – bedürfen, um die skizzierten Ziele einer mündlichen Verhandlung – wie argumentative Kommunikation und weitere Sachaufklärung – zu erreichen und trotz der erfolglosen Schlichtungsphase damit dennoch die Grundlage für eine »Versöhnung der Parteien« zu schaffen.

Die Schiedsverhandlung kann atmosphärisch »lockerer« als so mancher Gerichtstermin vor einem staatlichen Gericht beginnen und verlaufen. Zunächst wird der Vorsitzende auf Grund der Vorüberlegungen des Schiedsgerichts in den Sach- und Streitstand einführen und sodann den Parteien (dem Schiedskläger zuerst) Gelegenheit geben, ihre Standpunkte vorzutragen. Wie umfangreich die Einführung des Vorsitzen-

<sup>43</sup> S. dazu *Lachmann*, aaO., Rdnr. 263.

<sup>44</sup> Vgl. *Lachmann*, aaO., Rdnr. 263.

<sup>45</sup> Vgl. auch *Schwab/Walter*, aaO., Kap. 16, Rdnr. 32, S.175.

<sup>46</sup> Allgemein dazu auch *Henkel*, ZJP, 110. Bd., 1997, S.91 ff., insbes. 99 ff. m.w.N.

<sup>47</sup> Das wird nicht nur im streitigen Schiedsverfahren, sondern natürlich schon in der vorausgehenden Schlichtungsphase zu erwägen sein.

<sup>48</sup> Deshalb dürften für Ausnahmen vom Mündlichkeitsgrundsatz nicht allein Zweckmäßigkeitserwägungen ausreichen, vielmehr wird ein darüber hinausgehender sachlicher Grund zu fordern sein; so jedenfalls *Schwab/Walter*, aaO., Kap. 16, Rdnr. 32, S. 175.

<sup>49</sup> Ähnlich *Lachmann*, aaO., Rdnr. 421.

<sup>50</sup> *Lachmann*, aaO., Rdnr. 423.

<sup>51</sup> S. dazu *Lachmann*, aaO., Rdnr. 424.

den sein sollte, wird vom Streitgegenstand abhängen und sollte nicht auf die generelle Formel »knapp«<sup>52</sup> gebracht werden. Mitunter empfiehlt es sich, einen komplexen Fall (z. B. eine umfangreiche »Bausache«) in Einzelstreitpunkte aufzuteilen und jeweils getrennt zu erörtern. Dabei wird grundsätzlich darauf zu achten sein, dass die Plädoyers der Verfahrensbevollmächtigten und die Äußerungen der Parteien nicht ohne triftigen Grund unterbrochen werden<sup>53</sup>. Auch das Schiedsgericht sollte hier zurückhaltend sein und sich seine Fragen möglichst für die anschließende Erörterung aufheben. Eine unmittelbare Diskussion zwischen den Verfahrensbevollmächtigten und vor allem auch zwischen den Parteien selbst kann mitunter ausgesprochen hilfreich sein, wenn hierdurch möglicherweise der »Ursprungskonflikt« der Parteien deutlicher erkannt<sup>54</sup> und in etwaige Vergleichsüberlegungen einbezogen werden kann; dabei sollte es ein stückweit zugelassen werden, dass sich Äußerungen der Parteien vielleicht nur am Rande des rechtlich Relevanten bewegen mögen. Ziel des Schiedsgerichts sollte es natürlich sein, die für den Rechtsstreit wichtigen Aspekte herauszugreifen und den Sachverhalt weiter aufzuklären.

In welchem Umfang der Vorsitzende den Ablauf der mündlichen Verhandlung im Protokoll festhält, steht grundsätzlich in seinem Ermessen. Empfehlenswert ist es, das Protokoll mit einem vollständigen »Rubrum« – dieses kann schon zuvor im PC gespeichert sein –, den Namen der Schiedsrichter und des Protokollanten sowie einigen allgemeinen Erklärungen zu beginnen (etwa mit den bereits erwähnten Einverständniserklärungen zur Führung des Protokolls, vielfach üblich auch dazu, dass die Parteien das Schiedsgericht als rechtswirksam bestellt ansehen, dass sich das Verfahren nach der herangezogenen Schiedsgerichtsordnung richtet, dass ein bestimmtes Oberlandesgericht gemäß § 1062 ZPO zuständig ist). Sodann sollte der wesentliche Ablauf der eigentlichen mündlichen Verhandlung protokolliert werden, wozu vor allem die Stellung der (bereits ausformulierten oder vom Vorsitzenden zu präzisierenden) Anträge unter Bezugnahme auf die eingereichten Schriftsätze und die wesentlichen verfahrensgestaltenden Erklärungen gehören. Mitunter ist es empfehlenswert, wesentliche Ergebnisse der Sachaufklärung im Protokoll festzuhalten, jedenfalls aber das erörterte weitere Prozedere des Schiedsgerichts sowie den Zeitpunkt des Beginns und Endes der Sitzung.

### 3.6.3 Verhandlungsstil

Wie etwa die erwähnte Einführung in den Sach- und Streitstand durch den Vorsitzenden aussehen soll, wie weit dabei die Vorüberlegungen des Schiedsgerichts offen gelegt werden können, wie intensiv die Erörterung mit den Verfahrensbeteiligten erfolgen sollte – das sind Fragen, die wohl aus gutem Grunde nicht einmal für die staatlichen Gerichte gesetzlich festgeschrieben sind. Man wird deshalb wohl ohne Übertreibung sagen können, dass Form und Stil der mündlichen Verhandlung grundsätzlich so unterschiedlich sind wie die an ihnen beteiligten Personen<sup>55</sup>.

Dennoch gibt es Verfahrensprinzipien – wie vor allem das Recht auf Gewährung rechtlichen Gehörs und das Recht auf ein faires Verfahren –, die jenseits von reinen Zweckmäßigkeitserwägungen eine Leitlinie für die verfahrensmäßige Ermessensausübung des Gerichts geben können. Daraus werden Erwartungen an Auftreten und Verhalten von Richtern hergeleitet, die ihnen eine mehr aktiv gestaltende Rolle im Interesse

der Prozessziele zuweisen<sup>56</sup>. Das Bild des schweigenden Richters (mit »poker face«), der im Verhandlungstermin nur die Antragstellung überwacht und das – aus den Schriftsätzen schon bekannte – Vorbringen der Verfahrensbeteiligten eher passiv anhört, dürfte der Vergangenheit angehören. Die offene und argumentative Kommunikation zwischen allen Verfahrensbeteiligten mit dem Ziel, die unterschiedlichen Standpunkte zu überprüfen und eine bessere Sachaufklärung zu erreichen, sollte das Verhandlungsgespräch bestimmen<sup>57</sup>. Dabei muss auch in Schiedsgerichtsverhandlungen bedacht werden, inwieweit Vorüberlegungen und Rechtsansichten des Schiedsgerichts den Parteien offen gelegt werden können, um damit Gelegenheit zu geben, sich mit diesen auseinander zu setzen; mitunter werden die Parteien nur so konkrete Hinweise erhalten, wo nach Ansicht des Gerichts die Schwachpunkte ihres Vorbringens und die Risiken ihrer Standpunkte liegen. Damit kann bei den Parteien die realistische Einschätzung ihrer eigenen Position zunehmen und ihre Bereitschaft für eine gütliche Regelung wachsen.

Die mit einer Preisgabe von Vorüberlegungen und Rechtsansichten des Gerichts natürlich einhergehende Gefahr, in die Zone der Besorgnis einer Befangenheit zu geraten, sollte nicht überschätzt werden. Die Ablehnung eines Schiedsrichters wegen Befangenheit setzt ohnehin voraus, dass Umstände vorliegen, die berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit aufkommen lassen (§ 1036 Abs. 2 Satz 1, 1. Alt. ZPO); dabei kommen nur objektive Gründe in Betracht, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung befürchten lassen, der Richter stehe der Sache nicht unvoreingenommen gegenüber<sup>58</sup>. Derartige Gründe können nicht gegeben sein, wenn ein Schiedsrichter bei Darlegung von Vorüberlegungen oder Rechtsansichten des Gerichts deren vorläufigen Charakter stets glaubhaft erkennen lässt, also nicht festgelegt erscheint, sondern für gegenteilige Argumente – auch tatsächlich – bis zur Entscheidung offen ist<sup>59</sup>. Dazu gehören einiges »Fingerspitzengefühl« und besondere Erfahrung, die vor allem durch (schieds-)richterliche Praxis erworben oder geschärft werden können.

Entscheidend zum Gelingen des beschriebenen Verhandlungsmodells trägt zumeist die persönliche Anwesenheit der Parteien, ihrer gesetzlichen Vertreter oder entscheidungsbefugten Mitarbeiter im Termin bei. Ihre unmittelbare Befragung durch das Gericht kann für eine gebotene Sachaufklärung in vielen Fällen hilfreich sein und erspart Aufklärungshinweise und neue Verhandlungstermine. Zudem ist die direkte Kommunikation mit den Parteien und zwischen ihnen oft ein notwendiger Bestandteil des Konfliktlösungsprozesses<sup>60</sup>. Bis auf wenige Ausnahmefälle (z. B.: zu weite Entfernung der Partei vom Verhandlungsort im Verhältnis zur Bedeutung des Rechtsstreits; im Rechtsstreit geht es nur um reine Rechtsfragen ohne Sachaufklärungsbedarf) erscheint es deshalb empfehlenswert, dass der Vorsitzende des Schiedsgerichts bei Ladung zur Verhandlung das persönliche Erscheinen der Parteien anregt oder »anordnet« (§ 16 Abs. 3 SGH-Statut).

<sup>52</sup> So aber *Lachmann*, aaO., Rdnr. 429.

<sup>53</sup> Dazu näher *Lachmann*, aaO., Rdnr. 430.

<sup>54</sup> S. dazu *Henkel*, aaO., S. 100.

<sup>55</sup> So *Henkel*, aaO., S. 92.

<sup>56</sup> S. dazu *Wassermann*, NJW 1995, 1653; *Henkel*, aaO., S. 94, m.w.N.

<sup>57</sup> S. dazu u.a. *Henkel*, aaO., S. 94; *Arndt* bereits in NJW 1959, 6 ff., 8: Pflicht des Richters zum »Rechtsgespräch« mit den Beteiligten.

<sup>58</sup> Vgl. etwa *Zöller/Vollkommer*, aaO., § 42, Rdnr. 9, m.w.N.

<sup>59</sup> Vgl. *Wassermann*, aaO., S. 1653; *Lachmann*, aaO., Rdnr. 318.

<sup>60</sup> Vgl. *Henkel*, aaO., S. 99.

### 3.7 Beweisführung

Mangels abweichender Parteivereinbarung ist das Schiedsgericht befugt, über die Zulässigkeit einer Beweiserhebung zu entscheiden, diese durchzuführen und das Ergebnis frei zu würdigen (§ 1042 Abs. 4 ZPO). Dabei wird das Schiedsgericht, da ihm keine Zwangsmittel zur Verfügung stehen, mitunter auf die Mithilfe des staatlichen Gericht angewiesen sein (§ 1050 ZPO).

Die streitige Frage, ob es hier zur Beweisaufnahme eines – unförmlichen – Beweisbeschlusses bedarf<sup>61</sup>, erscheint wenig ergiebig, da zu meist doch ganz praktische Gründe eine Präzisierung des Beweisthemas und der Beweismittel zwingend erfordern. Sonst würde vielfach kaum eine zielgerichtete Vorbereitung des Zeugen auf seine Vernehmung oder eine streitbezogene Begutachtung durch einen Sachverständigen zu erwarten sein.

Auch dem Schiedsgericht stehen die Beweismöglichkeiten des Zivilprozesses zur Verfügung. Hier will ich deshalb nur kurz auf die zwei wichtigsten Beweismittel eingehen, den Zeugen- und den Sachverständigenbeweis.

Beim Zeugenbeweis ist das Schiedsgericht darauf angewiesen, dass der Zeuge freiwillig erscheint und aussagt. Zwangsmittel hierzu besitzt das Schiedsgericht nicht, wenn man nicht darauf abstellt, dass der – bereits angesprochene – Weg über § 1050 ZPO gewählt werden kann; danach kann das Schiedsgericht oder mit dessen Zustimmung die beweisbelastete Partei beim zuständigen Amtsgericht (§ 1062 Abs. 4 ZPO) beantragen, den Zeugen zu laden, zu vernehmen und ggfs. zu vereidigen. Ein Hinweis hierauf, einfühlsam vorgetragen, kann mitunter sehr hilfreich sein, einen Zeugen doch zur Aussage vor dem Schiedsgericht zu veranlassen<sup>62</sup>. Im Regelfall werden indes die Zeugen in der Schiedsgerichtspraxis von der beweisbelasteten Partei zur Sitzung »gestellt« werden. Das Schiedsgericht kann dann seine Beweisaufnahme weitgehend frei gestalten; die Regelungen der ZPO geben nur Hinweise auf die bewährte Praxis der staatlichen Gerichte<sup>63</sup>. Vorbehaltlich einer anderen Parteivereinbarung ist das Schiedsgericht zur Protokollierung einer Zeugenaussage nicht verpflichtet, wenngleich sie im Regelfall zweckmäßig sein wird.

Das Schiedsgericht kann Sachverständige bestellen, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben (§ 1049 ZPO). Die Parteien haben hier also – abweichend vom übrigen deutschen Verfahrensrecht – auch die Möglichkeit, einen eigenen »Partei-Sachverständigen« zu den streitigen Fragen hinzuzuziehen und aussagen zu lassen<sup>64</sup>; dessen Nähe zu einer der Parteien wird allerdings im Rahmen der Beweismwürdigung zu berücksichtigen sein. Der Werkvertrag mit dem vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen wird übrigens vom Schiedsgericht im Namen aller Schiedsparteien – nicht nur der beweisbelasteten Partei – abgeschlossen<sup>65</sup>.

Die heikle Frage, in welchem Umfang das Schiedsgericht Beweisanträgen nachgehen muss, ohne eine Aufhebung seines etwaigen Schiedsspruchs wegen Verletzung seiner Ermittlungspflicht zu riskieren (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 d ZPO), ist bislang vom BGH<sup>66</sup> in eher beruhigender Weise dahin entschieden worden, dass das Übergehen eines Beweisantrages in aller Regel keinen wesentlichen Verfahrensverstoß darstelle. Dem wird aber in der Literatur heftig widersprochen<sup>67</sup>, sodass es durchaus empfehlenswert sein könnte, entscheidungserheblichen Beweisanträgen weitgehend zu entsprechen.

<sup>61</sup> Verneinend: Schwab/Walter, aaO., Kap. 15, Rdnr. 8, S. 147; bejahend: Lachmann, aaO., Rdnr. 391; Schütze, aaO., Rdnr. 167.

<sup>62</sup> Vgl. Lachmann, aaO., Rdnr. 394.

<sup>63</sup> Lachmann, aaO., Rdnr. 396.

<sup>64</sup> Schütze, aaO., Rdnr. 163; Lachmann, aaO., Rdnr. 405.

<sup>65</sup> Schütze, aaO., Rdnr. 163, m.w.N.; Lachmann, aaO., Rdnr. 402.

<sup>66</sup> BGH NJW 1966, 549.

<sup>67</sup> Schwab/Walter, aaO., Kap. 15, Rdnr. 9, S. 147, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 1 GG; Zöller/Geimer, § 1042, Rdnr. 30.

### 3.8 Säumnis einer Partei

§ 1048 ZPO differenziert die »Säumnis der Parteien« vor allem in eine Versäumung der Klageeinreichung, eine Versäumung der Klagebeantwortung und eine Versäumnis in der mündlichen Verhandlung; die Rechtsfolgen können von den Parteien grundsätzlich frei vereinbart werden mit der Ausnahme, dass bei genügender Entschuldigung die Säumnis außer Betracht bleibt (§ 1048 Abs. 4 ZPO). Mit dieser Einschränkung wird die Regelung im SGH-Statut (§ 23 Abs. 3) anzuwenden sein, dass im Falle der Säumnis einer Partei das Schiedsgericht nach Aktenlage entscheidet. Die Differenzierung des § 1048 Abs. 1-3 ZPO wird im SGH-Verfahren also wohl keine Rolle spielen, da das SGH-Statut eine Unterscheidung der einzelnen Säumnisfälle nicht erkennen lässt<sup>68</sup>.

### 3.9 Eilverfahren beim Schiedsgericht

Mitunter wird sich im Rahmen von Schiedsverfahren die Notwendigkeit »einstweiliger Maßnahmen« ergeben (§ 16 Abs. 4 SGH-Statut). Ihre Zulässigkeit ist im Gesetz geregelt (§ 1041 Abs. 1 Satz 1 ZPO); die Parteien haben aber bei Eilanträgen die freie Wahl zwischen Schiedsgericht und staatlichem Gericht, wobei Letzterem ohnehin obliegt, die Vollziehung einstweiliger Maßnahmen des Schiedsgerichts zuzulassen (§ 1041 Abs. 2 Satz 1, 1062 Abs. 1 Nr. 3 ZPO). Danach werden Eilverfahren wohl nur in Ausnahmefällen vor dem Schiedsgericht in Betracht kommen<sup>69</sup>.

## 4. Schiedsspruch und »Vergleich«

### 4.1 Anwendbares Recht

Bei der Frage, welches materielle Recht der Entscheidung des Rechtsstreits zugrunde zu legen ist, gibt § 1051 Abs. 1 Satz 1 ZPO der Parteiautonomie den eindeutigen Vorrang; die Parteien können also die gesamte Rechtsordnung eines bestimmten Staates oder einzelne Rechtsvorschriften – auch aus verschiedenen Staaten oder internationale – wählen, bis hin zur Grenze des *ordre public* und zwingenden deutschen Rechts<sup>70</sup>. Das SGH-Statut (§ 23 Abs. 1 Satz 1) geht demgegenüber zwar davon aus, dass das Schiedsgericht nach dem Recht entscheidet, »das nach deutschem internationalem Privatrecht auf das streitige Rechtsverhältnis anzuwenden ist«; die freie Rechtswahl der Parteien erkennt das Statut (§ 23 Abs. 1 Satz 2) sodann aber in den Grenzen des *ordre public* auch dann an, wenn das deutsche internationale Privatrecht oder das sonst anwendbare Recht sie nicht zulassen sollte.

Eine Billigkeitsentscheidung ohne Bindung an eine Rechtsordnung ist dem Schiedsgericht nur dann erlaubt, wenn die Parteien es ausdrücklich dazu ermächtigt haben (§ 1051 Abs. 3 ZPO). Hier geht das SGH-Statut (§ 23 Abs. 2) einen etwas anderen Weg, indem es dem Schiedsgericht eine solche Entscheidung »vorbehält«, wenn der Vorsitzende die Möglichkeit dazu den Parteien angekündigt und sie unter Fristsetzung zum Widerspruch aufgefordert hat, ein Widerspruch aber nicht eingeht.<sup>71</sup> Ob – entgegen der klaren Forderung der

<sup>68</sup> So auch Wolfsteiner, aaO., S. 118.

<sup>69</sup> Lachmann, aaO., Rdnr. 673, 692.

<sup>70</sup> Vgl. Thomas/Putzo, aaO., § 1052, Rdnr. 2.

<sup>71</sup> Der Deutsche Notarverein bezeichnet diese Regelung als einen Kompromiss zwischen unterschiedlichen Auffassungen, erwartet aber kaum, dass ein notarielles Schiedsgericht zu »unkontrollierten Billigkeitsentscheidungen« neigen werde; vgl. Wolfsteiner, aaO., S. 118.

ZPO nach einer »ausdrücklichen« Ermächtigung der Parteien zur Billigkeitsentscheidung – deren Stillschweigen gemäß dem SGH-Statut (§ 23 Abs. 2) allerdings genügen kann, erscheint fraglich; hier sollten ausdrückliche Erklärungen der Parteien verlangt werden.

#### 4.2 Entscheidung durch Schiedsspruch

Der Schiedsspruch als endgültige Entscheidung über den Streitgegenstand hat große Ähnlichkeit zum Urteil eines staatlichen Gerichts; begrifflich umfasst er aber auch den »Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut«, der einen Vergleich der Schiedsparteien über ihre Streitigkeit in dieser Form festhält.

Der Schiedsspruch muss schriftlich erlassen und von dem oder den Schiedsrichter(n) unterschrieben werden (§ 1054 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Er ist auch (schriftlich) zu begründen, wenn nicht die Parteien hierauf verzichtet haben oder ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut vorliegt (§ 1054 Abs. 2 ZPO).<sup>72</sup>

Eine gesetzliche Regelung der Frage, ob dem Schiedsspruch eines Spruchkörpers ein Sondervotum (»dissenting opinion« oder »dissenting vote«) beigefügt werden kann, ist im Hinblick darauf unterblieben, dass dies »überwiegend als zulässig erachtet« werde<sup>73</sup>. Das mag vor allem im Hinblick darauf, dass Sondervoten mitunter als Referenz des überstimmten Schiedsrichters an die ernennende Partei verstanden werden können, durchaus so sein, begegnet aber dennoch Bedenken<sup>74</sup>. Die dazu vor allem in den 60er Jahren für die staatlichen Kollegialgerichte intensiv geführte Diskussion hat zur Erkenntnis geführt, dass die generelle Zulassung des Minderheitsvotums hier – anders als bei den höchsten Gerichten – dem Ziel, mit der Entscheidung Rechtsfrieden und Rechtssicherheit für den einzelnen Fall zu schaffen, kaum adäquat sein kann<sup>75</sup>. Berücksichtigt man zudem, dass ein Sondervotum letztlich doch partiell das Beratungsgeheimnis aufdeckt, sollte ein »dissenting vote« auch im Schiedsverfahren allenfalls dann erwogen werden, wenn Mitschiedsrichter und Schiedsparteien dem zustimmen<sup>76</sup> und von dem Schiedsspruch Auswirkungen zu erwarten sind, die weit über den Einzelfall hinausgehen.

Im Schiedsspruch sind Tag seines Erlasses und Ort des Verfahrens anzugeben; der Schiedsspruch gilt an diesem Tag und Ort erlassen (§ 1054 Abs. 3 ZPO) – eine unwiderlegbare Fiktion<sup>77</sup>.

Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils (§ 1055 ZPO); die Zwangsvollstreckung aus ihm ist aber nur nach Vollstreckbarerklärung durch das Oberlandesgericht möglich (§ 1060 ZPO).

<sup>72</sup> Die Begründung eines Schiedsspruchs muss gewissen »Mindestanforderungen« entsprechen und vor allem zu den wesentlichen Verteidigungsmitteln der Parteien Stellung nehmen; s. dazu *Lachmann*, aaO., Rdnr. 453. Dort unter Rdnr. 457–467 auch zahlreiche Tenorierungsbeispiele.

<sup>73</sup> Vgl. Regierungsbegründung zu § 1054 Abs. 2 ZPO, BT-Dr 13/5274, S. 56, m.w.N.

<sup>74</sup> S. auch *Lachmann*, aaO., Rdnr. 452.

<sup>75</sup> Vgl. *Berger*, NJW 1968, 961 ff., 966; Literatur hierzu bei *Zöller/Gummer*, aaO., § 195 GVG, Rdnr. 3.

<sup>76</sup> So *Lachmann*, aaO., Rdnr. 452.

<sup>77</sup> So Regierungsbegründung zu § 1054 Abs. 3 Satz 2 ZPO, BT-Dr 13/5274, S. 56; *Thomas/Putzo*, aaO., § 1054, Rdnr. 8; *Baumbach/Albers*, aaO., § 1054, Rdnr. 5; *Lachmann*, aaO., Rdnr. 454; a.A. unter Hinweis auf Manipulationsgefahr *Zöller/Geimer*, aaO., 1054, Rdnr. 9; *Schütze*, aaO., Rdnr. 111.

#### 4.3 Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut

Der bereits erwähnte »Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut« (§ 1053 ZPO) ist an die Stelle des Schiedsvergleichs nach früherem Recht getreten, und zwar wegen der damit verbundenen erleichterten Vollstreckbarkeit inländischer Schiedssprüche im Ausland; vielfach enthalten nämlich ausländische Rechtsordnungen keine besonderen Bestimmungen über die Vollstreckbarkeit von Schiedsvergleichen, die lediglich in der Form eines Protokolls abgefasst sind<sup>78</sup>. Ein solcher Schiedsspruch, der auf Antrag der Parteien ergeht – soweit der Inhalt des Vergleichs nicht gegen den *ordre public* verstößt –, muss in formeller Hinsicht den Anforderungen eines im streitigen Verfahren ergangenen Schiedsspruchs entsprechen und muss die Angabe enthalten, dass es sich um einen Schiedsspruch handelt.

Von praktischer Bedeutung ist, dass im Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut auch Verpflichtungen zur Übertragung von Grundstückseigentum und von Geschäftsanteilen begründet und zugleich erfüllt werden können<sup>79</sup>. § 1053 Abs. 3 ZPO bestimmt nämlich, dass die notarielle Beurkundung durch die Aufnahme der Erklärungen der Parteien in den Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut ersetzt werden kann. Für die Eintragungen in das Grundbuch und andere öffentliche Register wird es allerdings der vorherigen Vollstreckbarerklärung bedürfen<sup>80</sup>. Mit Zustimmung der Parteien kann ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut auch von einem Notar, der seinen Amtssitz im Bezirk des für das Schiedsverfahren zuständigen staatlichen Gerichts hat, für vollstreckbar erklärt werden (§ 1053 Abs. 4 Satz 1 ZPO).

#### 4.4 Kosten

Der Spruchkörper entscheidet – so heißt es im SGH-Statut (§ 17 Abs. 5 Satz 1) – »nach Ermessen«, welche Partei zu welchem Anteil Kosten zu tragen oder zu erstatten hat und welche Kosten erstattungsfähig sind. Ergänzend wird § 1057 Abs. 1 Satz 2 ZPO heranzuziehen sein, wonach »die Umstände des Einzelfalles, insbesondere des Ausgangs des Verfahrens« bei der Kostengrundentscheidung zu berücksichtigen sind.

Die Kosten des SGH-Schiedsgerichts werden gemäß einer Kostenordnung<sup>81</sup> vom SGH erhoben, der die Schiedsrichter »entlohnt«<sup>82</sup>. Die Gebühren bewegen sich etwa in der für institutionelle Schiedsgerichte üblichen Größenordnung, wobei allerdings die Mindestgebühren deutlich niedriger angesetzt sind<sup>83</sup>. Auch wird ein Vergleichsabschluss vor dem Schiedsgericht dadurch begünstigt, dass hierfür – im Gegensatz zu sonst üblichen Schiedsverfahren – keine zusätzliche »Vergleichsgebühr« des Schiedsgerichts anfällt. Endet das Verfahren in der Schlichtungsphase, so werden nur 40 % der Gebühren fällig, gleich ob eine Einigung erreicht wird oder nicht (§§ 8, 10 Abs. 1 SGH-Kostenordnung)<sup>84</sup>.

### 5. Staatliches Verfahren nach dem Schiedsspruch

Über einem Schiedsspruch hängt – so könnte man meinen – das »Damoklesschwert« der Aufhebung durch die staatlichen

<sup>78</sup> Vgl. Regierungsbegründung zu § 1053 ZPO, BT-Dr 13/5274, S. 54.

<sup>79</sup> S. dazu *Lachmann* aaO., Rdnr. 534.

<sup>80</sup> Vgl. Regierungsbegründung zu § 1053 Abs. 3 ZPO, BT-Dr 13/5274, S. 55.

<sup>81</sup> S. DNotV (notar) 1999, 129 ff.

<sup>82</sup> S. dazu *Wolfsteiner*, aaO., S. 118.

<sup>83</sup> Basisgebühr von 15 % bis zu Streitwert von 5.000 Euro, mindestens jedoch 500 Euro; s. § 7 Abs. 4 SGH-Kostenordnung.

<sup>84</sup> Dazu *Wolfsteiner*, aaO., S. 119.

Gerichte. Dem ist aber nicht so. Weder das Aufhebungsverfahren (§ 1059 ZPO) noch das Vollstreckbarerklärungsverfahren (§ 1060 Abs. 1 ZPO) dienen der Prüfung, ob das Schiedsgericht inhaltlich zutreffend entschieden hat. Vielmehr beschränkt sich die Kontrolle im Wesentlichen auf verfahrensrechtliche Aspekte<sup>85</sup>; als zur Aufhebung führende Verfahrensfehler kommen beispielsweise Verstöße gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs in Betracht. Eine Überprüfung der Sachentscheidung ist den staatlichen Gerichten hingegen nur – unter engen Voraussetzungen – bei Verstößen gegen den ordre public möglich; zu ihm zählen insbesondere die Grundrechte und alle Grundprinzipien des deutschen Rechts<sup>86</sup>. Danach darf ein Schiedsgericht beispielsweise nicht zu einer strafbaren Handlung oder unstatthafter Registereintragung verurteilen.

Zuständig für das Aufhebungsverfahren – wie auch das Vollstreckbarerklärungsverfahren – ist das in der Schiedsvereinbarung bezeichnete Oberlandesgericht, ansonsten das OLG, in dessen Bezirk der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens liegt (§ 1062 Abs. 1 ZPO)<sup>87</sup>. Rechtsmittelinstanz ist der Bundesgerichtshof (§ 1065 Abs. 1 ZPO).

## 6. Besonderheiten des Schlichtungsverfahrens

Das SGH-Statut (§§ 18, 19) sieht die Möglichkeit eines selbständigen Schlichtungsverfahrens vor, wenn eine Partei oder beide Parteien außerhalb von Gerichts- oder Schiedsgerichts-

verfahren eine Konfliktlösung unter kundiger Leitung versuchen wollen. Dieses Verfahren wird in Betracht kommen, wenn keine Anspruchsverjährung droht und eine nur schlichtende und vermittelnde Tätigkeit angestrebt wird; eine verbindliche Entscheidung oder nur ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut ist bei dieser Verfahrensvariante, die kein Schiedsverfahren im Sinne des 10. Buches der ZPO darstellt, natürlich nicht möglich. Das Schlichtungsverfahren findet vor dem Vorsitzenden allein statt, wenn nicht die Parteien ausdrücklich die Hinzuziehung von Beisitzern verlangen; hierbei werden gewisse Kostenerwägungen eine Rolle spielen. Die Parteien können ein ihnen geeignet erscheinendes ADR-Verfahren wählen und durchführen lassen<sup>88</sup>. Eine von der Bundesnotarkammer vorgelegte Güteordnung<sup>89</sup> ist zu beachten, soweit ihre Regelungen nicht auf Grund der Verfahrensherrschaft der Beteiligten ausgeschlossen werden<sup>90</sup>.

Für die bloße Schlichtung werden – wie anfangs bereits angedeutet – nur 40 % der Gebühren, die bei einer streitigen Entscheidung anfallen, erhoben (§§ 8, 9 Abs. 1 SGH-Kostenordnung). Damit steht den Streitparteien für den Versuch, ihren Konflikt durch Mediation oder ähnliche alternative Verfahren zu lösen, ein kostengünstiges Verfahrensangebot zur Verfügung.

Es wird mit Interesse zu beobachten sein, in welchem Umfang gerade von dieser interessanten Schlichtungsidee Gebrauch gemacht werden wird.

<sup>85</sup> Dazu im Einzelnen: u.a. *Lachmann*, aaO., Rdnr. 548 ff.

<sup>86</sup> Dazu im Einzelnen: u.a. *Lachmann*, aaO., Rdnr. 550, 575 ff.

<sup>87</sup> S. auch *Sachs* in RPS 1999, Beilage zu BB, 2. Halbj., S.4 f.

<sup>88</sup> *Wegmann*, aaO., S. 123.

<sup>89</sup> S. DNotZ 2000, 1 ff.; DNotV (notar) 1999, 124 ff.

<sup>90</sup> S. *Wegmann*, aaO., S. 123.

# Zulässigkeit und Ausgestaltung von Maklerklauseln in der notariellen Praxis

Von Notarassessor *Dr. Eckhard Wälzholz*, Prien am Chiemsee

## I. Einführung

Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen sind streitanfällig, haben schon häufig die Gerichte beschäftigt und dort wie in der Rechtslehre zu kritischen Bemerkungen geführt. „Der *Ausnahmefall*“ heißt es beispielsweise in den Urteilsgründen eines Urteils des OLG Düsseldorf<sup>1</sup>, „dass der Makler im Termin anwesend ist, die Klausel vom Notar im Notartermin im Einzelnen erläutert und von den Kaufvertragsparteien in Kenntnis der Bedeutung ihres Inhalts auch gegenüber dem Makler akzeptiert wird, liegt hier nicht vor. Auszugehen ist daher davon, dass bei Kaufvertragsparteien, mit

denen die Aufnahme einer Maklerklausel nicht abgesprochen worden ist, durch das bloße Zuhören des Verlesens des Vertragstextes nicht von einem vorhandenen Willen ausgegangen werden kann, rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben, die nicht den zu beurkundenden Kaufvertrag betreffen“. *Von Gerkan*, selbst Richter, meint: „Zu dieser Vertragsgestaltung [Maklerklausel] kommt es zumeist, weil der Makler mit dem Notar (oft nur mit dem Bürovorsteher!) den Vertragsinhalt abspricht und dabei die Gelegenheit wahrnimmt, sich wegen seiner Provision in der geschilderten Weise abzusichern und sich insbesondere eine Titulierung seines Anspruchs zu verschaffen...“<sup>2</sup>. Auch von anwaltlicher Seite fehlt es nicht an kritischen Stellungnahmen: „Über Sinn und Zweck von Maklerklauseln, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Frage, ob sie den Kaufvertragsparteien nicht häufig in gera-

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf OLG-Report 1993, 271, 271 – kursive Hervorhebung durch den Verfasser. Ebenso nochmals in OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 322, 322. Zu Recht kritisch zu diesem Urteil *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 375; *Schwerdtmer*, Maklerrecht, Rdnr. 810 hat hingegen Sympathie für die Ansicht des OLG, hält sie jedoch für kaum begründbar.

<sup>2</sup> *Von Gerkan*, NJW 1982, 1742, 1742; Einfügung in eckiger Klammer durch *Verfasser* ergänzt.

dezu kollusivem Zusammenwirken von Makler und Notar ‚untergeschoben‘ werden, wird schon seit langem lebhaft gestritten.<sup>3</sup> Schließlich werden auch unter Notaren Maklerklauseln in der Regel eher misstrauisch beäugt. Zumindest im bayerischen Notariat herrscht weitgehend die von *Brambring* wie folgt formulierte Überzeugung vor: „Grundsätzlich besteht kein Interesse der Vertragsteile an der Aufnahme einer Maklerklausel, zumal wenn sie zusätzliche Gebühren auslöst“<sup>4</sup>.

Dennoch lässt sich die Aufnahme einer Maklerklausel in einen Vertrag gelegentlich nicht vermeiden. In diesen Fällen stellt sich zunächst die Frage, ob die Beurkundung einer Maklerklausel abgelehnt werden darf, aus berufsrechtlichen Erwägungen abgelehnt werden muss oder gar eine Pflicht zur Mitbeurkundung besteht (dazu Abschnitt II.). Soll eine Maklerklausel in den notariellen Kaufvertrag aufgenommen werden, kommt es darauf an, welche Arten von Maklerklauseln denkbar (dazu Abschnitt III.) und in welchen typischen Fallgruppen sie wie zu verwenden sind (dazu Abschnitt IV.). Unter Abschnitt V. werden weitere Einzelfragen der Verwendung von Maklerklauseln erörtert.

## II. Zulässigkeit von Maklerklauseln

### 1. Allgemeines

Anfang der 80er Jahre wurde eine heftige Kontroverse<sup>5</sup> um die Zulässigkeit von Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen ausgefochten. Antagonist und Auslöser dieses Streits war *von Gerkan*; Protagonisten aus notarieller Sicht waren *Piehler* und *Hitzberger*. *Von Gerkan* warf der notariellen Praxis, wie in der Einleitung zitiert, vor, den Beteiligten Maklerklauseln „unterzuschieben“, obwohl diese keine vereinbaren wollten. Daraus entstünden den Beteiligten nicht nur zusätzliche, ungewollte Kosten, sondern auch Steuern<sup>6</sup>. Es entstand der Eindruck, die Beurkundung von Maklerklauseln sei verwerflich und mit den notariellen Pflichten nur schwer zu vereinbaren.

*Piehler* und *Hitzberger* sind dieser Kritik mit überzeugenden und differenzierten Argumenten entgegengetreten<sup>7</sup>. Missverständnisse wurden beseitigt. Seitdem sollte Einigkeit darüber bestehen, dass Maklerklauseln per se weder verwerflich noch bedenklich sind. Im Gegenteil. Ihre Aufnahme ist vielmehr in einer Vielzahl von Fällen nach geltendem Recht geboten.

In der notariellen Praxis ist zwischen einzelnen Fallgruppen zu unterscheiden. Einerseits geht es um die Fälle, in denen die Mitbeurkundung einer Maklerklausel nach § 313 BGB geboten ist (dazu im Folgenden 2.). Andererseits handelt es sich um Sachverhalte, in denen mit der Ausübung eines Vorkaufrechts zu rechnen ist (dazu im Folgenden 3.). Schließlich verbleiben die übrigen Konstellationen, in denen die Beurkundung einer Maklerklausel im Regelfall nicht angezeigt, in Einzelfällen jedoch sinnvoll ist (dazu im Folgenden 4.). Unter 5.

wird die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung erörtert.

### 2. Beurkundungspflicht nach § 313 BGB

Häufig<sup>8</sup> schließt der Verkäufer einen Maklervertrag ab und will später die Provisionspflicht im Kaufvertrag auf den Käufer abwälzen. Dies geschieht regelmäßig im Wege eines Vertrags zugunsten Dritter<sup>9</sup>. Neuerdings kommt aufgrund der veränderten Marktverhältnisse auch der umgekehrte Fall vor<sup>10</sup>, dass der Verkäufer die Verpflichtungen des Käufers aus dem Maklervertrag an dessen Stelle zu tragen hat. Bei beiden Sachverhalten stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 313 BGB.

Nach § 313 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich ein Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Formbedürftig sind alle Vereinbarungen, aus denen sich der Vertrag nach dem Willen der Beteiligten zusammensetzt<sup>11</sup>. Der Formzwang bezieht sich auch auf alle Abreden, die die Gegenleistung betreffen, so insbesondere die eng damit einhergehende Frage, wer welche Lasten und Kosten einschließlich Steuern oder Provisionen zu tragen hat<sup>12</sup>. Demnach ist jede Vereinbarung, die die Verteilung der Maklerprovision(en) zwischen den Kaufvertragsparteien betrifft, beurkundungsbedürftig. Soll der Käufer die Maklergebühren tragen, die der Verkäufer aufgrund eines mit dem Makler abgeschlossenen Maklervertrags schuldet, so ist diese Vereinbarung Teil des kaufvertragstypischen Austauschverhältnisses von Leistung und Gegenleistung. Sie bedarf nach § 313 BGB daher zwingend der Beurkundung<sup>13</sup>. Das Gleiche gilt für den umgekehrten Fall, wenn der Verkäufer die Provision anstelle des Käufers zu tragen hat. Hat hingegen nur ein Beteiligter einen Maklervertrag abgeschlossen und soll er die Provision endgültig tragen, bedarf diese Regelung keiner Mitbeurkundung nach § 313 BGB. Das Gleiche gilt, wenn beide Kaufvertragsparteien dem Makler aufgrund eigener Maklerverträge Provision schulden und dies nicht geändert werden soll.

Regeln die Vertragsparteien die Provisionstragungspflicht im Hinblick auf ein drohendes Vorkaufsrecht und verteilen dabei die Lasten und Risiken untereinander, so bedarf m.E. auch diese Vereinbarung der Beurkundung gemäß § 313 BGB.

Wird eine Klausel, die nach § 313 BGB der Beurkundung bedürftig hätte, nicht in die notarielle Urkunde aufgenommen, so ist der Vertrag nach §§ 125, 139 BGB in der Regel insgesamt unwirksam. Es bleibt in einem solchen Fall nur noch die Hoffnung auf Heilung gemäß § 313 S. 2 BGB. Der Notar ist verpflichtet, wirksame Urkunden zu erstellen und § 313 BGB zu beachten. Er ist daher gezwungen, in bestimmten Fällen auf die Beurkundung einer Maklerklausel hinzuwirken<sup>14</sup>. Diese

<sup>3</sup> *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 368.

<sup>4</sup> *Brambring* in: Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 185.

<sup>5</sup> Vgl. dazu *von Gerkan*, NJW 1982, 1742 ff.; *ders.*, NJW 1983, 859 ff.; *Hitzberger*, NJW 1982, 2854 ff.; *ders.*, NJW 1983, 860 ff.; *Piehler*, DNotZ 1983, 22 ff.; *ders.*, DNotZ 1983, 229 f.

<sup>6</sup> *Von Gerkan*, NJW 1982, 1742, 1742; ähnlich neuerdings OLG Oldenburg, NdsRpfl 1999, 320 (zitiert nach *Lappe*, NJW 2000, 1148, 1152); *Lappe*, Anm. KostRspr. KostO § 16 Nr. 82.

<sup>7</sup> *Hitzberger*, NJW 1982, 2854 ff.; *ders.*, NJW 1983, 860 ff.; *Piehler*, DNotZ 1983, 22 ff.; *ders.*, DNotZ 1983, 229 f.

<sup>8</sup> Vgl. *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 165, dies entspreche „dem normalen Gang der Dinge“. Ebenda auch zu den unterschiedlichen Varianten einer solchen Überwälzung. *Bartsch* in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, III. 6. Anm. 1.

<sup>9</sup> *Linnenbrink*, MittRhNotK 1992, 261, 263.

<sup>10</sup> BGH NJW 2000, 282 ff.

<sup>11</sup> BGH NJW 1984, 974, 975 in ständiger Rechtsprechung; vgl. *Hitzberger*, NJW 1982, 2854, 2855.

<sup>12</sup> RGZ 112, 67, 68; *Piehler*, DNotZ 1983, 22, 23 und 229; *Heinrichs* in: Palandt, § 313 BGB Rdnr. 28.

<sup>13</sup> *Weingärtner/Schöttler*, Dienstordnung für Notare, Rdnr. 537 a; *Brambring* in: Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 185; *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 375.

<sup>14</sup> *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 375.

Pflicht des Notars gilt unabhängig davon, ob die Vereinbarung höhere Kosten oder eine höhere Grunderwerbsteuer auslöst<sup>15</sup>. Die Nichtbeurkundung einer solchen Klausel kann für den Notar bei Kenntnis der Umstände sogar Beihilfe zur Hinterziehung der Grunderwerbsteuer sein.

In den vorstehend geschilderten Fällen sollte es außer Streit stehen, dass der Notar berufsrechtlich nicht nur nichts Unrechtes tut, wenn er eine Maklerklausel in einen Kaufvertrag aufnimmt. Jede andere Vorgehensweise wäre vielmehr eine gravierende Pflichtverletzung.

Eine andere Frage ist es, ob den Notar eine spezielle Aufklärungs- und Nachfragepflicht hinsichtlich solcher Umstände trifft, aus denen sich die Beurkundungsbedürftigkeit einer Maklerklausel ergibt. Eine solche Aufklärungspflicht ist im Regelfall abzulehnen. Ist dem Notar beispielsweise aufgrund der Anwesenheit des Maklers in der Beurkundung bekannt, dass der Vertrag durch einen Makler vermittelt oder nachgewiesen wurde, so ist es ausreichend, wenn der Notar, wie allgemein üblich, auf die Beurkundungsbedürftigkeit sämtlicher Nebenabreden hinweist und aufklärt, ob derartige Nebenabreden bestehen. Er muss darüber hinaus nicht ausdrücklich nachfragen, ob ein Beteiligter die Maklerprovision des anderen Vertragsteils tragen soll. Sonst müsste der Notar sich auch ohne weitere Anhaltspunkte erkundigen, ob die Beteiligten nicht für bewegliche Gegenstände weitere Gegenleistungen vereinbart haben oder der Preis nicht in Wirklichkeit höher sei als angegeben. Dies ginge zu weit.

### 3. Drohendes Vorkaufsrecht

Droht den Beteiligten eines Kaufvertrags die Ausübung eines Vorkaufsrechts, wird der Käufer regelmäßig ein gesteigertes Interesse daran haben, den Vorkaufsberechtigten daran zu hindern, sein Vorkaufsrecht auszuüben. Zwar sind Klauseln, die nur dazu dienen, dieses Ziel zu verfolgen, regelmäßig für den Vorkaufsberechtigten als sog. „Fremdkörper“ nicht bindend<sup>16</sup>. Dies gilt aber nicht für Vereinbarungen, die bewirken, dass der Vorkaufsberechtigte den Vertragsgrundbesitz nicht günstiger erhält als der Käufer selbst. Ebenso kann im Einzelfall der Verkäufer ein Interesse daran haben zu verhindern, dass ein Dritter den Grundbesitz zu günstigeren Bedingungen kauft.

In diesen Fällen ist mit den Beteiligten zu erwägen, eine Maklerklausel in der Form eines Vertrags zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB in den Kaufvertrag aufzunehmen<sup>17</sup>. Dies gilt auch für Fälle des gemeindlichen Vorkaufsrechts nach §§ 24, 25 BauGB<sup>18</sup>. Aufgrund der Vereinbarung einer Maklerklausel in der Form eines Vertrags zugunsten Dritter hat der Vorkaufsberechtigte bei Ausübung seines Vorkaufsrechts die Provision, die der Käufer tragen sollte, an den Makler zu zahlen<sup>19</sup>. Dies

gilt nach Ansicht des BGH<sup>20</sup> nicht nur, wenn ein Vertragsteil die Maklerprovision des anderen Teils aufgrund eines Vertrags zugunsten Dritter zu tragen hat, sondern auch, wenn bereits bestehende Maklerverpflichtungen im Wege des Vertrags zugunsten Dritter bestätigt werden.

Die Mitwirkung bei dieser „Erschwerung“ der Ausübung des Vorkaufsrechts ist berufsrechtlich kein Verstoß gegen die Pflicht zur Unparteilichkeit des Notars nach § 14 BNotO. Anders als bei manchen anderen Gestaltungsüberlegungen zur Vereitelung eines Vorkaufsrechts wird die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht unbillig erschwert. Die Regelung dient einer Gleichstellung von Erstkäufer und Vorkaufsberechtigtem.

Je nach Ausgestaltung des Maklervertrags, den der Verkäufer mit dem Makler geschlossen hat, kann jener gegenüber dem Makler verpflichtet sein, auf eine vorkaufrechtssichere Ausgestaltung einer Maklerklausel hinzuwirken<sup>21</sup>. Darauf weist *Hitzlberger*<sup>22</sup> zu Recht hin. Dies gilt insbesondere in den Fällen<sup>23</sup>, in denen der Verkäufer bereits im Maklervertrag von der Provisionspflicht freigestellt wird, weil der Käufer sie tragen soll (sog. Nettoauftrag<sup>24</sup>). Drängte der Verkäufer nicht auf eine vorkaufrechtssichere Maklerklausel, würde der Käufer bei Ausübung des Vorkaufsrechts von seiner Verpflichtung gegenüber dem Makler frei<sup>25</sup>. Der Vorkaufsberechtigte hätte die Provision mangels entsprechender Maklerklausel ebenfalls nicht zu tragen. Aufgrund dessen wäre eine Haftung des Verkäufers denkbar, sei es als subsidiäre Pflicht zur Zahlung der Maklercourtage, sei es aufgrund einer Schadensersatzverbindlichkeit.

Der Notar hat daher bei Kenntnis der vorstehend geschilderten Sachlage die Beteiligten auf die Möglichkeit der Vereinbarung einer Maklerklausel hinzuweisen. Diese Pflicht besteht jedoch nicht gegenüber dem Makler, sondern nur gegenüber den Kaufvertragsparteien. Wollen die Beteiligten eine Abrede über den Makleranspruch im Hinblick auf ein drohendes Vorkaufsrecht treffen, so bedarf sie nach § 313 BGB zwingend der notariellen Beurkundung.

### 4. Die übrigen Fälle

Fraglich bleibt schließlich, ob die Aufnahme einer Maklerklausel auch in Fällen zulässig ist, in denen dies weder nach § 313 BGB noch aufgrund eines drohenden Vorkaufsrechts geboten ist.

#### a) Gebot der Unparteilichkeit

Nach § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO ist der Notar zur Unparteilichkeit verpflichtet; er ist nicht Parteivertreter, sondern „unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten“. Im

<sup>15</sup> *Brambring* in: Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 185. Insoweit überzeugt die Kritik von *von Gerkan* aus NJW 1982, 1742, 1742 nicht.

<sup>16</sup> BGH NJW 1996, 654, 655 = MittBayNot 1997, 97 ff. = BB 1996, 395 = ZIP 1996, 424 = MittRhNotK 1996, 320 ff.; vgl. *Roth* in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 34; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 153; *Schwerdtner*, Maklerrecht, Rdnr. 516 f.

<sup>17</sup> *Brambring* in: Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 185; vgl. auch BGH MittBayNot 1997, 97 ff. = NJW 1996, 654 = BB 1996, 395 = ZIP 1996, 424 = MittRhNotK 1996, 320 ff.; LG Frankfurt am Main NJW-RR 1996, 1080 f.; *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 371; *Hitzlberger*, NJW 1982, 2854, 2855; *Bartsch* in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, III. 6. Anm. 5.

<sup>18</sup> Vgl. dazu BGH NJW 1982, 2068, 2068.

<sup>19</sup> Vgl. ausführlich unten IV. Fallgruppe 4.

<sup>20</sup> BGH MittBayNot 1997, 97 ff. = NJW 1996, 654 ff. = BB 1996, 395 = ZIP 1996, 424 = MittRhNotK 1996, 320 ff.

<sup>21</sup> Vgl. OLG Hamm DNotZ 1983, 234, 235; ebenso OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 151 f.; OLG Celle MittBayNot 1986, 13, 14; *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 101 a.E.; *Piehler*, DNotZ 1983, 229, 230; *Schwerdtner*, Maklerrecht, Rdnr. 804.

<sup>22</sup> *Hitzlberger*, NJW 1982, 2854, 2855.

<sup>23</sup> Vgl. beispielsweise OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 151 ff.

<sup>24</sup> *Schwerdtner*, Maklerrecht, Rdnr. 804.

<sup>25</sup> RGZ 157, 243, 243; BGH MittBayNot 1997, 97 ff. = NJW 1996, 654, 655 = BB 1996, 395 = ZIP 1996, 424 = MittRhNotK 1996, 320 ff.; BGH NJW 1982, 2662, 2663; *Schwerdtner*, Maklerrecht, Rdnr. 508; *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 97; *Roth* in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 148; *von Gerkan*, NJW 1983, 859, 860; *Sprau* in: Palandt, § 652 Rdnr. 28.

Hinblick auf diese Vorschrift hat der Präsident des Landgerichts Berlin in einem Schreiben von 1994 an die Notare seines Landgerichtsbezirks die Ansicht vertreten, es könne gegen die Pflicht des Notars zur Wahrung seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verstoßen, wenn er eine Maklerklausel in einen Kaufvertrag aufnehme. Dies gelte insbesondere, wenn ein Beteiligter des Kaufvertrags sich der Zwangsvollstreckung gegenüber dem Makler unterwerfe. Auch von *Gerkan*<sup>26</sup> kritisiert, wie bereits oben wiedergegeben, die Verwendung von Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen und zweifelt deren Zulässigkeit an.

Der Notar darf keinen der Beteiligten bevorzugen oder benachteiligen; er muss stets darauf bedacht sein, die Interessen aller Beteiligten wahrzunehmen und möglichst auszugleichen<sup>27</sup>. Darf der Notar schon keinen am Vertrag formell Beteiligten bevorzugen, so sollte er erst Recht keinen am Vertrag (formell) Unbeteiligten, den Makler, bevorzugen. Dabei ist es dem Notar nicht nur untersagt, sich tatsächlich parteiisch zu verhalten, sondern, wie neuerdings<sup>28</sup> in § 14 Abs. 3 S. 2 BNotO ausdrücklich geregelt ist, auch schon einen derartigen Anschein zu erwecken.

### b) Der Makler als Beteiligter

Entscheidend für die Beurteilung der berufsrechtlichen Zulässigkeit einer Maklerklausel ist es nicht zuletzt, ob auch der Makler ein Beteiligter ist, den der Notar aufgrund von § 14 BNotO nicht benachteiligen darf. Im Regelfall wird unterstellt, der Makler sei *kein* Beteiligter in diesem Sinne; der Notar habe seine Interessen daher nicht zu berücksichtigen. Diese Annahme ist jedoch zweifelhaft. „Beteiligte“, die der Notar gleichmäßig behandeln muss“, heißt es zu Recht bei *Schippel*<sup>29</sup>, „sind alle, die seine Tätigkeit in Anspruch nehmen, gleichviel, wer die Angelegenheit zuerst vor den Notar gebracht hat.“ Unabhängig davon, ob die Kaufvertragsparteien oder der Makler zuerst auf den Notar zugehen, ist Beteiligter in diesem Sinne mithin auch der Makler, wenn er den Notar mit der Beurkundung einer Maklerklausel beauftragt. Insoweit gilt nichts anderes, als wenn der Verkäufer eines Grundstücks den Notar beauftragt, ein Angebot des Käufers an ihn zu beurkunden. Der formell an der Urkunde nicht beteiligte Dritte fällt daher in den Schutzbereich der Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit. Der Notar darf daher den Makler nicht gezielt benachteiligen. Ebensovienig darf er natürlich dessen Interessen denen der Kaufvertragsparteien vorziehen.

Sicherlich ist es mit den berufsrechtlichen Pflichten des Notars nach der BNotO nicht vereinbar, als *üblichen Standard* Maklerklauseln in Kaufverträge aufzunehmen, *ohne* dies näher mit den Beteiligten zu erörtern. Der Notar ist verpflichtet, den wirklichen Willen der Beteiligten zu erforschen<sup>30</sup>, § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, und in der Urkunde in rechtlich zutreffender Weise niederzulegen. Ergibt die Ermittlung dieses

Willens, dass den Beteiligten tatsächlich daran gelegen ist, eine tragfähige und sichere Rechtsgrundlage für den Makleranspruch zu schaffen, ggfs. einen Streit über den wirksamen Abschluss eines Maklervertrags zu vermeiden, so ist der Notar keinesfalls aus berufsrechtlichen Gründen daran gehindert, eine Maklerklausel in den Vertrag aufzunehmen. § 14 BNotO macht den Notar „nicht dafür verantwortlich, dass das, was die Beteiligten ernstlich und endgültig wollen, den Interessen aller gleichmäßig gerecht wird“<sup>31</sup>.

Die Verwendung von Maklerklauseln ist daher weder allgemein zulässig noch allgemein unzulässig. Es kommt auf den Einzelfall an. Entscheidend ist die gründliche Aufklärung des Sachverhalts und des Willens der Beteiligten sowie eine ausführliche Belehrung über die mit einer Maklerklausel verbundenen Rechtsfolgen. Für den *Regelfall* wird den Beteiligten nicht an der Aufnahme einer Maklerklausel gelegen sein, weil die meisten Maklerklauseln zu einer Erhöhung der notariellen Kosten<sup>32</sup> und bei Abgabe eines Schuldanerkenntnisses oder Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung wegen der Maklerprovision zu einer Verlängerung der Verjährung<sup>33</sup> führen.

### c) Maklerklauseln als Mittel der Streitvermeidung und -schlichtung

Eine ausgewogene Maklerklausel kann im Einzelfall der vorbeugenden Friedensstiftung und -sicherung durch vorsorgliche Streitschlichtung<sup>34</sup> dienen. Bei seriösem Umgang mit Maklerklauseln kann ein ggfs. sonst später auftretender Streit vorab geklärt, eine einvernehmliche Regelung erzielt und eine unklare Vertragsverhältnis beseitigt werden. Vor bzw. bei Abschluss des Kaufvertrags sind alle Beteiligten in der Regel noch auf eine friedliche und einvernehmliche Lösung bedacht. Zu diesem Zeitpunkt lässt sich ein Konflikt über die Berechtigung einer Maklerprovision häufig leichter und sinnvoller regeln. Nach Abschluss des Kaufvertrags ist eine Rücksichtnahme auf Interessen des anderen Beteiligten nicht mehr erforderlich. Auf diese Weise kann der Notar zu der von ihm erwarteten<sup>35</sup> Entlastung der Gerichte beitragen.

Der Notar ist nach § 1 BNotO auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege tätig. Vorsorgende Rechtspflege bedeutet rechtliche Beratung und Gestaltung, die „die schutzwerten rechtlichen Interessen des Einzelnen fördert, vor allem ihrer künftigen Verletzung vorbeugt (...) und auf diese Weise der Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden dient“<sup>36</sup>. Der Notar hat deshalb Rechtsgeschäfte, die der Streitbeilegung oder -vermeidung dienen und Rechtssicherheit bewirken, zu fördern. Die Schaffung von Rechtssicherheit sowie die Streitvermeidung ist eine der vornehmsten und wichtigsten Aufgaben des Notars<sup>37</sup>. Dieses Ziel kann auch dadurch erreicht werden, dass ein Beteiligter den gegen ihn geltend gemachten Anspruch anerkennt. Auf diese Weise wird

<sup>26</sup> Vgl. dazu von *Gerkan*, NJW 1982, 1742 ff.; *ders.*, NJW 1983, 859 ff.; *Hitzberger*, NJW 1982, 2854 ff.; *ders.*, NJW 1983, 860 ff.; *Piehler*, DNotZ 1983, 22 ff.; *ders.*, DNotZ 1983, 229 f.

<sup>27</sup> *Schippel*, BNotO § 14 Rdnr. 35; vgl. zu den damit verbundenen Schwierigkeiten *Keim*, MittBayNot 1994, 2, 5 und *Baumann*, MittRhNotK 1996, 1, 24.

<sup>28</sup> Die gleiche Regelung war bisher in den allgemeinen Richtlinien für die Berufsausübung der Notare enthalten und ist mit der letzten Reform der BNotO in das Gesetz aufgenommen worden; vgl. zur alten Regelung *Baumann*, MittRhNotK 1996, 1, 7 ff.; zur neuen vgl. *Schippel*, BNotO, § 14 Rdnr. 37, 22.

<sup>29</sup> *Schippel*, BNotO, § 14 Rdnr. 36.

<sup>30</sup> Vgl. *Keidel/Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 65 ff.

<sup>31</sup> *Schippel*, BNotO § 14 Rdnr. 36.

<sup>32</sup> Vgl. dazu ausführlich unten V.2.

<sup>33</sup> Vgl. §§ 218, 780, 195 BGB.

<sup>34</sup> Hierauf weist auch *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 369 hin; vgl. auch BGH DNotZ 1991, 80, 81; *Baumann*, MittRhNotK 1996, 1, 22; *Keim*, MittBayNot 1994, 2 ff.

<sup>35</sup> Vgl. *Schippel*, BNotO § 1 Rdnr. 5; *Keim*, MittBayNot 1994, 2 ff.; *Baumann*, MittRhNotK 1996, 1, 19.

<sup>36</sup> *Römer*, Notariatsverfassung, S. 12, zitiert nach *Baumann*, MittRhNotK 1996, 1, 3; sehr ähnlich *Schippel*, BNotO § 1 Rdnr. 5.

<sup>37</sup> BGH DNotZ 1991, 80, 81; *Baumann*, MittRhNotK 1996, 1, 22; *Keim*, MittBayNot 1994, 2 ff.; *Schippel*, BNotO § 1 Rdnr. 5.

Rechtssicherheit geschaffen, ohne freilich den Schutz von Rechtskraft im prozessualen Sinne bewirken zu können. So betrachtet, kann die Beurkundung einer Maklerklausel ein wichtiger Beitrag des Notars zur Erfüllung seiner Aufgaben im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege sein.

#### d) Die Grenze des § 14 Abs. 2 BNotO

Die Grenze, bei deren Überschreiten der Notar eine Beurkundung ablehnen darf, ist in § 14 Abs. 2 BNotO gezogen. Nach dieser Vorschrift ist er nur dann berechtigt und verpflichtet eine Beurkundung abzulehnen, wenn die Beurkundung nicht mit seinen Amtspflichten vereinbar wäre, insbesondere wenn durch sie erkennbar unredliche oder unerlaubte Zwecke verfolgt würden. Liegen die Voraussetzungen dieser Norm nicht vor, ist der Notar zur Beurkundungstätigkeit verpflichtet, § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO. Der Notar ist demnach sogar dazu verpflichtet, eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aufzunehmen, wenn Käufer und Verkäufer dies – nach Belehrung über die damit verbundenen Rechtsfolgen – wünschen<sup>38</sup>.

### 5. Zulässigkeit der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung

Schließlich fragt es sich, ob sich die berufsrechtliche Beurteilung von Maklerklauseln bei Mitbeurkundung einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung ändert. Eine derartige Unterwerfungserklärung ist rechtlich immer eine einseitige Erklärung. Isoliert betrachtet ist sie stets für den sich Unterwerfenden nachteilig, für den Erklärungsempfänger vorteilhaft. Auf den ersten Blick erscheint eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung daher als einseitige und unausgewogene Regelung, sofern sie nicht wechselseitig<sup>39</sup> erfolgt. Dennoch käme niemand ernsthaft auf die Idee, eine Grundschuld oder ein Unterhaltserkenntnis mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung verstoße gegen Pflichten des Notars. Es ist durchaus nichts Unübliches für die notarielle Praxis, Rechtsgeschäfte zu beurkunden, die *einseitig* einem Beteiligten, der häufig nicht einmal formell an den beurkundeten Erklärungen beteiligt<sup>40</sup> ist, Rechte oder Vorteile einräumen. Der erste Eindruck, das Rechtsgeschäft diene nur einem Beteiligten, täuscht in der Regel. So hat der Grundschuldbesteller den Vorteil günstigerer Kreditzinsen bzw. überhaupt die Möglichkeit, Kredit zu erhalten. Der Unterhaltsschuldner erspart sich ggfs. eine gerichtliche Auseinandersetzung. In den Fällen des § 630 ZPO kann er sich die Kosten eines zweiten Rechtsanwaltes für das gerichtliche Scheidungsverfahren sparen. Ggfs. erkaufte er sich mit dem Anerkenntnis auch nur seine Ruhe von unliebsamen Auseinandersetzungen. In anderen Fällen mag die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung Voraussetzung für ein Entgegenkommen durch Stundung der Schuld sein.

Ähnliche Erwägungen können die Beteiligten eines Kaufvertrags dazu bestimmen, eine Maklerklausel mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung in den Kaufvertrag aufzunehmen. Im

Vordergrund stehen dabei die Fälle, in denen eine anfängliche Unsicherheit über die Berechtigung eines Maklerlohnanspruchs vor Abschluss des Kaufvertrags einvernehmlich geklärt wurde und das Ergebnis dieser Einigung in dem Kaufvertrag für alle Beteiligten verbindlich festgehalten werden soll, um späteren Streit zu vermeiden. Die Maklerklausel stellt die bestehenden Verpflichtungen fest und entzieht sie dem Streit; die Zwangsvollstreckungsunterwerfung sichert die *Durchsetzung* der vereinbarten Pflichten. Sie entlastet damit die Gerichte.

Entscheidendes Kriterium für die Zulässigkeit ist nicht, ob eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erfolgt, sondern *wie* dies geschieht. Dementsprechend weisen *Weingärtner/Schöttler*<sup>41</sup> völlig zu Recht auf das Erfordernis ausführlicher und eindringlicher Belehrung hin. Nach alledem ist der Vorwurf von *Hensen*<sup>42</sup>, die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gegenüber dem Makler sei „grob unbillig“, zu undifferenziert. Vielmehr ist der von *Bethge*<sup>43</sup> und *Weingärtner/Schöttler*<sup>44</sup> vertretenen Ansicht, auch eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung gegenüber dem Makler sei zulässig, zuzustimmen. Dies schließt freilich nicht aus, dass das Verdikt von *Hensen* im *Einzelfall* zutrifft.

### 6. Zwischenergebnis

Als Fazit des Streites um die Zulässigkeit von Maklerklauseln lässt sich festhalten: Maklerklauseln müssen in manchen Kaufverträgen aufgrund § 313 BGB aufgenommen werden. Bei drohendem Vorkaufsrecht sollte die Möglichkeit einer Maklerklausel zumindest eingehend mit den Beteiligten erörtert werden. Treffen die Beteiligten eine Regelung über die Maklerprovision wegen des drohenden Vorkaufsrechts, so wird auch diese Vereinbarung von § 313 BGB erfasst. Für die verbleibenden Fälle gilt, dass eine Maklerklausel „nicht routinemäßig auf Wunsch des Maklers (der etwa seine Provision bei Ausübung eines Vorkaufsrechts sichern möchte), sondern nur dann in den Grundstückskaufvertrag aufgenommen werden darf, wenn sie den Abmachungen der Vertragsteile entspricht“<sup>45</sup>. Dabei ist es dem Notar nicht untersagt, auch Interessen des Maklers zu berücksichtigen. Entscheidendes Kriterium für die Beurkundung einer Maklerklausel ist grds. nicht das „ob“, sondern das „wie“. Bei gründlicher Erläuterung ihrer Folgen und der Klarstellung, dass die Kaufvertragsparteien weder dem Notar noch dem Makler<sup>46</sup> gegenüber zu einer solchen Regelung verpflichtet sind, ist die Beurkundung einer Maklerklausel für den Notar nicht pflichtwidrig.

## III. Arten von Maklerklauseln

Wird an den Notar das Ersuchen herangetragen, eine Maklerklausel in einen notariellen Kaufvertrag aufzunehmen oder gelangt der Notar zu dem Ergebnis, dass er eine Maklerklausel in den Vertrag aufnehmen muss (§ 313 BGB) oder sollte

<sup>38</sup> *Weingärtner/Schöttler*, Dienstordnung für Notare, Rdnr. 537 a.

<sup>39</sup> Dies ist im Rahmen von Maklerverträgen und Maklerklauseln regelmäßig nicht möglich, da der Maklervertrag grds. nur einseitig verpflichtend ist. Den Makler trifft im Regelfall keine Pflicht, tätig zu werden; *Schwerdtner*, Maklerrecht, Rdnr. 27.

<sup>40</sup> Vgl. zu dem Begriff des formell bzw. materiell Beteiligten *Vetter* in: Schippel, BNotO, § 16 Rdnr. 16 ff.; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, § 6 Rdnr. 6; *Keidel/Winkler*, BeurkG, § 6 Rdnr. 5 f.

<sup>41</sup> Ebenda.

<sup>42</sup> *Hensen* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, Anh. §§ 9-11 Rdnr. 490.

<sup>43</sup> ZfIR 1997, 368, 375 ohne nähere Begründung.

<sup>44</sup> Dienstordnung für Notare, Rdnr. 537 a.

<sup>45</sup> *Peter* in: Kersten/Bühling, § 54 Rdnr. 514.

<sup>46</sup> In bestimmten Fällen kann dies jedoch auch anders sein, vgl. oben Abschnitt II.3. a.E.

(Vorkaufsrecht), stellt sich die Frage, wie die Maklerklausel im Einzelfall ausgestaltet werden sollte. Dabei stehen dem Vertragsgestalter eine Vielzahl unterschiedlicher Möglichkeiten<sup>47</sup> zur Verfügung, die sich in ihren Rechtswirkungen erheblich voneinander unterscheiden, nämlich die Vereinbarung

- als Vertragsübernahme<sup>48</sup>,
- als Schuldübernahme (befreiend)<sup>49</sup>,
- als Schuldmitübernahme (Schuldbeitritt)<sup>50</sup>,
- als Schuldanerkenntnis (deklaratorisch oder konstitutiv)<sup>51</sup>,
- als Abschluss eines Maklervertrags (Mitbeurkundung eines Angebotes an den Makler)<sup>52</sup>,
- als unechter Vertrag zugunsten Dritter, Freistellungsverpflichtung<sup>53</sup>, Erfüllungsübernahme<sup>54</sup> oder
- als echter Vertrag zugunsten Dritter, § 328 BGB<sup>55</sup>.

Am häufigsten finden sich in der Praxis Verträge zugunsten Dritter<sup>56</sup>. Schuldübernahme und Schuldbeitritt sind in der Praxis eher selten anzutreffen<sup>57</sup>. Das Gleiche gilt für die anderen Klauseltypen.

Nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG hat der Notar den Willen der Beteiligten klar und unzweideutig in der Urkunde wiederzugeben. Häufig findet sich bei Gerichten und in der Rechtslehre jedoch der Vorwurf, Maklerklauseln seien zu ungenau abgefasst und werfen Fragen auf<sup>58</sup>. Dies bestätigen einige

Judikate<sup>59</sup>, die über unklare Maklerklauseln zu entscheiden haben und zu einander widersprechenden Entscheidungen kommen. Die Beantwortung der Frage, welcher Typ von Maklerklausel im Einzelfall vereinbart war, bereitet den Gerichten daher häufig Schwierigkeiten<sup>60</sup>. Beispielsweise wird gelegentlich vom „Übernehmen“ einer Schuld gesprochen, obwohl dies nicht im Sinne einer Schuldübernahme gemäß §§ 414 f. BGB gemeint ist<sup>61</sup>. So findet sich der Formulierungsvorschlag<sup>62</sup>: „Der Käufer übernimmt die Provisionsschuld, die der Verkäufer dem Makler ... in Höhe von ... schuldet und bezahlt sie unmittelbar an den Makler“. Hiermit ist wohl ein echter Vertrag zugunsten Dritter gemeint. Es könnte sich jedoch auch um einen unechten Vertrag zugunsten Dritter handeln. Ob der Makler einen eigenen Anspruch erwirbt, bleibt unklar. Ist gleichzeitig eine Schuldübernahme gemäß §§ 414, 415 BGB gewollt, wie das Wort „übernimmt“ nahelegt? Was passiert im Falle eines Rücktritts? Wird der Verkäufer frei aus seiner Pflicht? Wann wird der Anspruch fällig? Eine Vielzahl von Fragen bleibt durch eine derartig kurze Klausel unbeantwortet.

Für den Notar muss es oberste Maxime sein, derartige Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, den für den jeweiligen Einzelfall am besten passenden Typ von Maklerklausel zu verwenden und diese so zu formulieren, dass keinerlei Zweifel an ihrem Inhalt aufkommen können, § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG. Hierbei mag die Orientierung an typischen Fallgruppen mit dazugehörigen Mustern nützlich sein.

Alle folgenden Formulierungsvorschläge sind Maximalversionen, die im Einzelfall auf das erforderliche Maß gekürzt werden können und sollen. Sie haben aufgrund ihres Umfangs teilweise die Funktion einer Checkliste für möglicherweise auftretende Probleme. Die schriftlichen Belehrungen sind umfangreicher abgefasst als dies üblich ist. Derartig umfassende schriftliche Belehrungen sind rechtlich nicht erforderlich. Mündliche Belehrungen genügen selbstverständlich. Die Hinweistexte der Formulierungsvorschläge mögen insoweit als Anregung für zweckmäßige mündlichen Erläuterungen dienen.

Allen Formulierungsvorschlägen liegt die Annahme zugrunde, dass es sich um Individualvereinbarungen handelt, das AGBG mithin nicht anwendbar ist. Dies kann bei Vorgabe der Formulierung durch den Makler und im Anwendungsbeereich des § 24 a AGBG problematisch<sup>63</sup> sein.

#### IV. Bildung typischer Fallgruppen

Die Rechtsfolgen der unterschiedlichen Klauselarten unterscheiden sich wesentlich voneinander. Voraussetzung für eine rechtlich präzise und zielgenaue Abfassung der Maklerklausel ist daher, die Art der Maklerklausel auszuwählen, die den Interessen der Beteiligten am besten entspricht. Dabei können

<sup>47</sup> Vgl. *Peter* in: Kersten/Bühling, § 54 Rdnr. 511 Ziffer 7; *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 368; *Sprau* in: Palandt, § 652 BGB Rdnr. 40.

<sup>48</sup> Erörtert von OLG Düsseldorf OLG-Report 1993, 271 f., begrifflich ungenau ohne präzise zwischen Vertrags- und Schuldübernahme zu unterscheiden.

<sup>49</sup> BGH NJW 1986, 1165, 1166; erörtert von OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 106 f.; OLG Düsseldorf OLG-Report 1993, 271 f.; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081, 1081; OLG Celle MittBayNot 1986, 13 ff.

<sup>50</sup> KG Berlin KG-Report 1999, 103, 104; vgl. OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081, 1081; LG Frankfurt Main NJW-RR 1996, 1080, 1080; vgl. *Roth* in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 32.

<sup>51</sup> Vgl. KG Berlin KG-Report 1999, 350, 350; OLG Hamm NJW-RR 1996, 627 f.; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 106 f.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1524 – Leitsatz; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 322, 322; LG Berlin NZM 1999, 323, 324.

<sup>52</sup> BGH MittBayNot 1991, 210 ff. = DNotZ 1992, 411 = NJW-RR 1991, 820, 821; ferner erörtert von KG Berlin KG-Report 1999, 103, 104; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 106 f.

<sup>53</sup> *Bartsch* in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, III. 6. Vgl. auch den Sachverhalt in BGH NJW 2000, 282 ff.

<sup>54</sup> Erörtert von OLG Düsseldorf OLG-Report 1993, 172, 173; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081, 1081; OLG Hamm NJW-RR 1996, 627 f.

<sup>55</sup> BGH NJW 1998, 1552 f.; BGH MittBayNot 1997, 97 ff. = NJW 1996, 654 = BB 1996, 395 = ZIP 1996, 424 = MittRhNotK 1996, 320 ff.; vgl. auch BGH NJW 1986, 1165 f.; BGH NJW 1991, 168, 168; BGH NJW 1977, 582 f.; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 106 f.; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1526, 1527; OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 151 f.; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081, 1081; OLG Hamm NJW-RR 1996, 627 f.; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1995, 233 f.; OLG Celle MittBayNot 1986, 13, 13; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1986, 1176 f.; OLG Hamburg NJW-RR 1988, 1202 f.; LG Berlin NZM 1999, 323, 324.

<sup>56</sup> Vgl. *Linnenbrink*, MittRhNotK 1992, 261, 263 sowie die zahlreichen vorstehenden Nachweise aus der Rechtsprechung.

<sup>57</sup> *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 371; als grds. nicht interessengerecht angesehen von OLG Celle MittBayNot 1986, 13, 14.

<sup>58</sup> Vgl. *Dehner*, NJW 2000, 1986, 1995; *Dehner*, NJW 1991, 3254, 3261 f.; *Hitzlberger*, NJW 1982, 2854, 2855.

<sup>59</sup> Vgl. OLG Hamburg RDM-Rspr. A 136 Bl. 4, zitiert nach *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 371; BGH NJW 1977, 582 ff.; OLG Hamm NJW-RR 1996, 627 f.; OLG Schleswig RDM-Rspr. A 136, Bl. 8, zitiert nach *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 371.

<sup>60</sup> So *Dehner*, NJW 2000, 1986, 1995; ders., NJW 1991, 3254, 3261 m.w.N.; vgl. OLG Düsseldorf OLG-Report 1992, 178, 179; BGH NJW 1986, 1165, 1166, wo sowohl echter Vertrag zugunsten Dritter als auch Schuldübernahme angenommen werden.

<sup>61</sup> So beispielsweise bei OLG Frankfurt OLG-Report 1999, 157 ff.

<sup>62</sup> *Peter* in: Kersten/Bühling, § 54 Rdnr. 514.

<sup>63</sup> Siehe dazu unten Abschnitt V.3.

verschiedene Vertragstypen miteinander kombiniert werden. Beispielsweise kann ein echter Vertrag zugunsten Dritter ein konstitutives oder deklaratorisches Schuldanerkenntnis enthalten<sup>64</sup>. Ebenso ist der Schuldbeitritt bei Vereinbarung zwischen Schuldner und Beitretendem ein echter Vertrag zugunsten Dritter und unterliegt daher auch den Regeln der § 328 ff. BGB<sup>65</sup>.

In der notariellen Praxis herrscht der echte Vertrag zugunsten Dritter vor<sup>66</sup>. Dem entspricht die ganz überwiegende Anzahl von Fällen, die später von den Gerichten<sup>67</sup> zu entscheiden waren. Einige Formulierungsvorschläge<sup>68</sup> sehen ebenfalls eine derartige Klausel vor.

Dies beruht auf einer zu geringen Differenzierung der Interessenlagen in der Vertragsgestaltung. In einigen Fällen ist die Ausgestaltung einer Maklerklausel als echter Vertrag zugunsten Dritter geboten, in anderen genügt ein unechter Vertrag zugunsten Dritter bzw. eine Freistellungsvereinbarung. In wieder anderen Situationen genügt eine kostenneutrale, deklaratorische Bestätigung des Makleranspruchs. Um eine gewisse für die Praxis notwendige Typisierung zu erreichen, seien im folgenden einige typische Fallgruppen gebildet. Mehrere Fallgruppen können gleichzeitig erfüllt sein. Die einzelnen Klauselvorschläge sind daher unter Umständen miteinander zu kombinieren.

### 1. Fallgruppe: Streitvermeidung

*Zwischen dem Makler und seinem Vertragspartner sind Streitigkeiten darüber ausgebrochen, ob ein Maklervertrag wirksam abgeschlossen wurde oder der Makler eine wirksame Maklerleistung erbracht hat. Der Makler und sein Vertragspartner haben sich zur Streitbeilegung darauf geeinigt, dass bei wirksamem Kaufvertragsabschluss ein Makleranspruch in bestimmter Höhe entsteht.*

Wird die Maklerklausel aufgenommen, um Streit zwischen dem Makler und dem Verpflichteten zu schlichten oder zu vermeiden, so ist es sinnvoll, dem Makler ein eigenes, nicht streitanfälliges Forderungsrecht einzuräumen. Die Situation ähnelt einem Vergleich oder ist ein solcher. Hier bietet sich ein deklaratorisches oder konstitutives Schuldanerkenntnis des Vertragspartners gegenüber dem Makler an. Soweit Zweifel an der wirksamen Erbringung der Maklerleistung bestehen, sollten diese in der Urkunde erwähnt und insoweit ein Einwendungsausschluss<sup>69</sup> vereinbart werden.

Wie auch sonst in der notariellen Praxis üblich, sollte die Aufnahme einer Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung mit den Beteiligten erörtert werden. Immer wieder ist in der Praxis festzustellen, dass ein Recht zu haben und sein Recht durchzusetzen zwei unterschiedliche Dinge sind. Haben die Beteiligten ihren Disput, ggfs. unter Mitwirkung des Notars<sup>70</sup>, beigelegt, so sollte von der Möglichkeit, einen Vollstreckungstitel zu schaffen, Gebrauch gemacht werden. Dies führt zu einer endgültigen Befriedung und damit zur Entlastung der Gerichte. Diese Chance sollte der Notar nutzen.

Auf die mit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung verbundene Kostenfolge (§§ 36 Abs. 1, 44 Abs. 2 b KostO) und die Verlängerung der Verjährung nach § 218 Abs. 1 S. 2 BGB sollte der Notar hinweisen. Die Verlängerung der Verjährung nähert die Vereinbarung einem Urteil an und steigert die Rechtssicherheit.

#### **Formulierungsvorschlag:**

*Der \*Käufer/Verkäufer\* erklärt, dass der beurkundete Vertrag durch den Makler \*Name, Anschrift\* vermittelt/nachgewiesen wurde. Der \*Käufer/Verkäufer\* verpflichtet sich gegenüber dem Makler zur Zahlung eines Betrags in Höhe von 3% – drei von Hundert – aus dem Kaufpreis zuzüglich Umsatzsteuer, insgesamt also \*Betrag in Zahlen\* DM – \*Betrag in Worten\* Deutsche Mark – (Angebote<sup>71</sup> auf Abschluss eines Schuldanerkenntnisvertrags).*

*Der Makler erlangt einen eigenen, selbständigen Anspruch, der neben<sup>72</sup> dem Anspruch aus dem Maklervertrag besteht. Der \*Käufer/Verkäufer\* verzichtet auf jegliche Einwendungen, die ihm zur Zeit bekannt sind oder mit denen er rechnen muss. Dem \*Käufer/Verkäufer\* ist insbesondere bekannt, dass \*Einwendungssachverhalt\*.*

*Der Anspruch des Maklers aus diesem Schuldanerkenntnis wird fällig<sup>73</sup>, wenn der Kaufvertrag wirksam geworden ist, insbesondere die Genehmigung nach dem \*Gesetz\* erteilt wurde. Der Notar wird beauftragt, diesen Zeitpunkt dem \*Käufer/Verkäufer\* mitzuteilen<sup>74</sup>.*

*Der \*Käufer/Verkäufer\* unterwirft sich wegen der vorstehenden Zahlungsverpflichtung gegenüber dem \*Makler\* der Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Dem \*Makler\* ist sofort eine einfache Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen. Der Notar darf dem \*Makler\* eine vollstreckbare Ausfertigung erst nach*

<sup>64</sup> BGH WM 1978, 711, 712; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1995, 230, 230; LG Berlin NZM 1999, 323, 324; LG Hamburg vom 20.01.1994, Az. 327 O 380/93, Leitsatz veröffentlicht in *juris*.

<sup>65</sup> BGH NJW 2000, 575, 575; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rdnr. 24; *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 167; *Linnenbrink*, MittRhNotK 1992, 261, 263; *Roth* in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 32; *Heinrichs* in: Palandt, vor § 414 BGB Rdnr. 2; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081, 1081; LG Frankfurt Main NJW-RR 1996, 1080, 1080.

<sup>66</sup> Davon geht wohl auch *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 371 aus.

<sup>67</sup> Vgl. die oben genannten Nachweise.

<sup>68</sup> Vgl. *Peter* in: Kersten/Bühling, § 54 Rdnr. 514; *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 375; anders *Bartsch* in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, III. 6.

<sup>69</sup> Vgl. zum Einwendungsausschluss bei einem Schuldanerkenntnis OLG Düsseldorf MittRhNotK 1995, 230, 230; *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 370; vgl. auch *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 167; einschränkend hingegen BGH NJW 1991, 168, 168 für den Verflechtungseinwand. Vgl. auch AG Naumburg, NJW-RR 1999, 1504; hierzu *Lehner*, NJW 2000, 2405.

<sup>70</sup> Vgl. zur Möglichkeit der institutionalisierten Streitschlichtung vor dem SGH, *Wolfsteiner*, notar 4/1999, S. 115 ff.

<sup>71</sup> Soll die Vereinbarung gleich wirksam werden, ist der Makler in den Urkundseingang aufzunehmen und seine Annahme mitzubeurkunden. Dies führt jedoch zu höheren Gebühren, nämlich zu einer Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO i. V.m. § 44 KostO.

<sup>72</sup> Dies führt zu einer besonders starken Ausgestaltung der Rechte des Maklers, ist allerdings für ein abstraktes Schuldversprechen, § 780 BGB, typisch. Denkbar ist es auch, nur den (ggfs.) bereits bestehenden Anspruch des Maklers mit der Klausel zu modifizieren.

<sup>73</sup> Nach Maklerrecht entsteht der Maklerlohnanspruch erst, wenn der vermittelte Vertrag wirksam wird (*Schwerdner*, Maklerrecht, Rdnr. 616 f.). Auch wenn die Maklerklausel der Streitschlichtung dient, besteht kein Grund, den Zeitpunkt der Fälligkeit vorzuerlegen. Die Klausel „mit Abschluss des Kaufvertrages fällig und verdient“ sollte unbedingt vermieden werden.

<sup>74</sup> Genau genommen löst diese Regelung eine weitere Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus. Aus diesem Grunde sollte ggfs. auf eine besondere Überwachungs- und Benachrichtigungspflicht des Notars verzichtet werden.

Wirksamkeit des heute abgeschlossenen Vertrages erteilen. Eines weiteren Nachweises der die Vollstreckbarkeit begründenden Tatsachen bedarf es nicht. Eine Beweislastumkehr ist mit dieser Abrede nicht verbunden.

Das Anerkenntnis gilt auch dann fort, wenn der Kaufvertrag aus Gründen nicht vollzogen wird, die einen Anspruch aus dem Maklervertrag unberührt lassen (insbesondere bei Wandelung oder Rücktritt).

Der Notar hat die Bedeutung und Rechtsfolgen dieser Regelung erklärt und insbesondere darauf hingewiesen<sup>75</sup>,

- dass diese Klausel in einem eventuellen Prozess um die Berechtigung eines Provisionsanspruchs des Maklers Beweiswirkung zu Lasten des \*Verkäufers/Käufers\* hat und er mit allen bekannten Einwendungen oder solchen, mit denen er rechnen musste, ausgeschlossen ist,
- dass diese Klausel zu einer Erhöhung der Kosten beim Notar führen kann<sup>76</sup>,
- dass das Angebot des Beteiligten der Annahme durch den Makler bedarf,
- dass der \*Käufer/Verkäufer\* zur Zahlung der Maklerprovision verpflichtet bleibt, wenn der ursprünglich wirksame Vertrag nachträglich aufgrund Rücktritts oder Vertragsaufhebung nicht vollzogen wird.

## 2. Fallgruppe: Überwälzung der Maklercourtage

Zwischen dem Makler und dem Verkäufer wurde ein Maklervertrag abgeschlossen. Der Verkäufer will diese Courtage jedoch nicht tragen, sondern auf den Käufer überwälzen, der sich im Rahmen der Verhandlungen über die Höhe des Kaufpreises hiermit einverstanden erklärt.

Die hier erörterte Fallgruppe zeichnet sich dadurch aus, dass die Klausel nicht im Interesse des Maklers aufgenommen wird, sondern es sich im Kern um eine Vereinbarung über die Lastentragung zwischen den Beteiligten handelt. Der Makler ist an der Aufnahme der Klausel unbeteiligt. Die Klausel wird vielmehr auf Wunsch des Verkäufers aufgenommen, der mit dem Makler einen Vertrag geschlossen hat und diesem die Courtage schuldet.

Die Überwälzung der Provisionspflicht vom Verkäufer auf den Käufer lässt sich auf verschiedene Weise erreichen. Hierfür kommen der Abschluss eines neuen Maklervertrages, eine Vertragsübernahme, eine Schuldübernahme, ein echter Vertrag zugunsten Dritter oder eine Freistellungsverpflichtung des Verkäufers ggfs. kombiniert mit einem Schuldbeitritt in Betracht.

### a) Abschluss eines neuen Maklervertrages

Der Abschluss eines neuen Maklervertrages zwischen Käufer und Makler unter Aufhebung des Vertrags zwischen Verkäufer und Makler ist in der Regel nicht der adäquate Weg. Erstens ist der Gestaltungsaufwand für einen neuen Maklervertrag erheblich. Der Makler wird im Regelfall Wert darauf legen, dem

<sup>75</sup> Ergänzend könnte auch noch folgende Belehrung aufgenommen werden: „– dass diese Klausel zu einer Verlängerung der Verjährung auf dreißig Jahre führt und diese Rechtsfolge abdingbar ist.“

<sup>76</sup> Die Kostenerhöhung tritt nur dann nicht ein, wenn die Erhöhung des Gegenstandswertes nicht zu einem Gebührensprung nach der Kostentabelle führt.

Maklervertrag seine allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde zu legen, was zu einer langwierigen und umständlichen Beurkundungsverhandlung führen würde. Zweitens wird der Makler häufig nicht bereit sein, den Verkäufer bereits endgültig aus seiner Haftung zu entlassen. Drittens würde sich bei Abschluss eines neuen Maklervertrages die Berechtigung des Makleranspruchs danach richten, ob der Makler dem Käufer gegenüber eine wirksame Maklerleistung erbracht hat. Dadurch können neue Streitpunkte entstehen, die vermieden werden sollten.

### b) Vertragsübernahme und befreiende Schuldübernahme

Eine Vertragsübernahme oder befreiende Schuldübernahme scheidet regelmäßig an der Mitwirkung des Maklers. Der Makler erwirbt mit wirksamem Abschluss des Kaufvertrages einen Anspruch auf die Maklerprovision gegen den Verkäufer. Verpflichtet der Verkäufer den Käufer, die Provision an den Makler zu zahlen, so erlangt der Makler hierdurch ggfs. einen neuen, zusätzlichen Anspruch. Der Makler wird regelmäßig jedoch nicht damit einverstanden sein, seinen bisherigen Vertragspartner, den Verkäufer, als Schuldner aus der Haftung zu entlassen. Eine Vertragsübernahme hat ferner häufig den Nachteil, dass der Käufer den Vertrag nicht genau kennt, den er übernehmen soll. Die Vertragsübernahme geht in ihren Wirkungen damit weit über das hinaus, was die Beteiligten erreichen wollen: den Käufer zur Zahlung der Provision anstelle des Verkäufers zu verpflichten.

### c) Unechter Vertrag zugunsten Dritter/Erfüllungsübernahme

Die Ziele von Verkäufer und Käufer lassen sich am besten durch einen unechten Vertrag zugunsten Dritter (Erfüllungsübernahme nach § 329 BGB) erreichen<sup>77</sup>. Der Käufer verpflichtet sich, den Verkäufer von seiner Verpflichtung, die Maklerprovision zu zahlen, freizustellen und den geschuldeten Betrag unmittelbar an den Makler zu zahlen. Ein echter Vertrag zugunsten Dritter, der dem Makler einen *eigenen* Anspruch auf Zahlung der Provision gegen den Käufer einräumt, ist im Regelfall nicht erforderlich. Der Makler ist nicht schutzbedürftig. Sein Forderungsrecht steht nicht in Streit; er behält im Übrigen seinen ursprünglichen Anspruch gegen den Verkäufer.

Der unechte Vertrag zugunsten Dritter, die reine Erfüllungsübernahme hat den Vorteil, dass dem Makler kein selbständiger Anspruch nach § 328 BGB zugewandt wird. Dieser Anspruch wäre nämlich unabhängig vom wirksamen Abschluss eines Maklervertrages und von der gebotenen Erbringung einer Maklerleistung<sup>78</sup>, es sei denn die Beteiligten vereinbaren et-

<sup>77</sup> Vgl. den Formulierungsvorschlag bei *Bartsch* in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, III. 6.

<sup>78</sup> BGH NJW 1977, 582, 583; *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 166; *Roth* in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 32; *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 371; *Dehner*, NJW 2000, 1986, 1995; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081, 1081; OLG Hamm NJW-RR 1996, 627, 628; OLG Hamburg NJW-RR 1988, 1202, 1202; LG Berlin NZM 1999, 323, 324; nach BGH NJW 1998, 1552 f. schneidet der Vertrag zugunsten Dritter zwar grundsätzlich den Einwand gegen Mängel des Zustandekommens des Maklervertrages ab, es sei denn im Einzelfall habe ein von einer echten Maklerleistung abhängiger Schuldgrund geschaffen werden sollen; vgl. auch *Heinrichs* in: Palandt, § 329 BGB Rdnr. 5; *Sprau* in: Palandt, § 652 BGB Rdnr. 40.

was anderes<sup>79</sup>. Der Anspruch des Maklers nach § 328 BGB hätte seinen Rechtsgrund im Verhältnis zum Käufer ausschließlich in der Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer<sup>80</sup>. Der Makler könnte mithin auch dann Zahlung verlangen, wenn zwischen Verkäufer und Makler nie ein wirksamer Maklervertrag zustande gekommen wäre<sup>81</sup>. Einwendungen aus dem (Valuta-) Verhältnis zwischen Verkäufer und Makler kann der Käufer dem Makler bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter nicht entgegenhalten. Dies entspricht im Regelfall nicht den Interessen der Beteiligten. Ein echter Vertrag zugunsten Dritter, der dem Makler einen vom Bestand eines Maklerlohnanspruchs unabhängigen Anspruch einräumt, ist daher im Regelfall zu vermeiden.

Diese Probleme entstehen bei einem unechten Vertrag zugunsten Dritter nicht. Der Käufer ist dem Verkäufer nur zur Zahlung an den Makler verpflichtet, wenn dem Makler ein wirksamer Anspruch gegen den Verkäufer zusteht. Fraglich ist jedoch, wie für einen diesbezüglichen Streit Vorsorge getroffen werden kann. Der Käufer sollte ausdrücklich das Recht erhalten, sich durch unwiderrufliche Hinterlegung<sup>82</sup> von seiner Verpflichtung zu befreien. Hierbei ist klarzustellen, wem die Vorteile zugute kommen sollen, wenn der Streit mit dem Makler zuungunsten des Maklers ausgehen sollte. Verpflichtet sich der Käufer zur Zahlung der (vermeintlichen) Provisionspflicht des Verkäufers, wird es im Regelfall interessengerecht sein, wenn der Fortfall der Provisionspflicht dem Käufer zugute kommt. Unter diesen Umständen wird der Verkäufer im Regelfall kein Interesse mehr daran haben, sich mit dem Makler auseinanderzusetzen, auch wenn er der Ansicht sein sollte, der geltend gemachte Makleranspruch sei unberechtigt. Aus diesem Grunde ist zumindest bei Zweifeln über die Berechtigung des Makleranspruchs dem Käufer das Recht einzuräumen, den Prozess über diese Rechtsfrage in gewillkürter Prozessstandschaft für den Verkäufer zu führen.

Der Verkäufer sollte das Recht erhalten, den Käufer zu einer Begleichung des Anspruchs auf Zahlung der Maklercourtage zwingen zu können. Zahlt der Käufer nämlich nicht, wird der Makler den Verkäufer in Anspruch nehmen. Der Verkäufer haftet dem Makler weiter<sup>83</sup>. Er will aber nicht auf der Maklerprovision sitzen bleiben. Aus diesem Grunde sollte, wie auch für den übrigen Kaufpreis, der Käufer sich hinsichtlich der Freistellungsverpflichtung dem Verkäufer gegenüber der Zwangsvollstreckung unterwerfen<sup>83a</sup>.

Die Pflicht zur Zahlung der Maklerprovision ist eine im Synallagma<sup>84</sup> der wechselseitigen Vertragspflichten stehende

<sup>79</sup> Vgl. BGH NJW 1998, 1552 f.; BGH NJW 1991, 168, 168 sehr weitgehend. So ist es immer, wenn die Beteiligten einen Schuldbeitritt durch Vertrag zugunsten Dritter abschließen, vgl. *Thode*, WM 1989, Beilage 6 S. 14 f.

<sup>80</sup> OLG Hamburg NJW-RR 1988, 1202, 1202.

<sup>81</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1986, 1176, 1177, das zutreffend darauf hinweist, der Anspruch nach § 328 BGB sei unabhängig vom Abschluss eines Maklervertrags.

<sup>82</sup> Ebenso *Bartsch* in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, III. 3.

<sup>83</sup> Vgl. OLG Hamm VersR 1998, 850 f.; BGH NJW 1998, 1552 f. für einen Fall, in dem der Käufer, der bereits vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages einen Maklervertrag abgeschlossen hatte, sich dennoch im Notarvertrag im Wege eines echten Vertrages zugunsten des Maklers zur Zahlung der Courtage verpflichtete. Nach Ansicht des BGH treten beide Ansprüche nebeneinander. Vgl. auch BGH NJW 1986, 1165, 1166; *Dehmer*, NJW 1991, 3254, 3261.

<sup>83a</sup> Insoweit im nachfolgenden Formulierungsvorschlag nicht enthalten.

<sup>84</sup> So ausdrücklich LG Hamburg MDR 1997, 819, 820.

Hauptleistungspflicht. Die Verpflichtung zur Tragung der Provision ist Bestandteil des vom Käufer zu erbringenden Kaufpreises. Wie auch sonst im Rahmen der Abwicklung des Kaufvertrags üblich, sollten ungesicherte Vorleistungen eines Beteiligten vermieden werden. Der Käufer sollte daher erst nach Vorliegen der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen zur Zahlung an den Makler verpflichtet sein. Die vollstreckbare Ausfertigung sollte dem Verkäufer frühestens nach Eintritt der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen erteilt werden. Die Übereignung des Kaufgegenstandes sollte aufgrund der vorstehenden Interessenlage im Gegenzug von der Begleichung der Maklercourtage abhängig gemacht werden. Dies ist in der notariellen Vertragsgestaltung unüblich, aber dennoch aufgrund der synallagmatischen Verknüpfung durchaus geboten.

#### d) Echter Vertrag zugunsten Dritter, § 328 BGB

Wird entgegen der hier vertretenen Auffassung die Maklerklausel als echter Vertrag zugunsten Dritter gestaltet, so sollte der Anspruch aus § 328 BGB nur entstehen, soweit der Makler tatsächlich einen Anspruch gegen den Verkäufer hat. Dieses Ziel lässt sich erreichen, indem der Anspruch dem Makler ausdrücklich nur dann und nur in der Höhe zusteht, soweit ein einredefreier, durchsetzbarer Anspruch gegen den Verkäufer besteht.

Ein echter Vertrag zugunsten Dritter, ggfs. kombiniert mit einem Schuldanerkenntnis empfiehlt sich ausnahmsweise, wenn nicht sicher ist, ob eine wirksame Provisionsverpflichtung des Verkäufers besteht, der Käufer aber dennoch und *in Kenntnis dessen* zur Zahlung der Provision verpflichtet sein soll<sup>85</sup>. Ferner ist ein echter Vertrag zugunsten Dritter sinnvoll, wenn gezielt Einwendungen aus dem Maklervertrag ausgeschlossen werden sollen<sup>86</sup>. Dies sollte allerdings nur mit ausdrücklichem Hinweis auf die Rechtsfolgen und nach eingehender Erörterung mit den Beteiligten erfolgen.

#### e) Schuldbeitritt

Anstelle eines unechten Vertrags zugunsten Dritter ist auch ein Schuldbeitritt denkbar. Der Schuldbeitritt ist im Innenverhältnis von Käufer und Verkäufer mit der Abrede zu kombinieren, dass der Käufer im Innenverhältnis die Verbindlichkeit allein zu begleichen hat (Freistellungsverpflichtung). Der Schuldbeitritt vermehrt die Rechte des Maklers nicht über das hinaus, was dem Makler vorher bereits zugestanden hat. Bestand im Zeitpunkt des Schuldbeitritts kein Anspruch des Maklers, geht der Beitritt ins Leere<sup>87</sup>. Bei einem Schuldbeitritt durch Vertrag zwischen den beiden Schuldner handelt es sich nach allgemeiner Ansicht<sup>88</sup> zugleich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter. Aus diesem Grunde stehen dem Käufer, der der Maklerverpflichtung des Verkäufers beitritt,

<sup>85</sup> Ebenso *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 371.

<sup>86</sup> Ebenso *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 371. Vgl. BGH NJW 1998, 1552 f.; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1986, 1176, 1177; *Thode*, WM 1989, Beilage 6 S. 14; OLG Hamm NJW-RR 1996, 627 f.

<sup>87</sup> Vgl. BGH NJW 1996, 249, 249; BGH NJW 1987, 1698, 1699; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rdnr. 11; *Heinrichs* in: Palandt, vor § 414 Rdnr. 5; *Hitzlberger*, NJW 1982, 2854, 2854; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081, 1081. Vgl. zu Fällen der Verwirkung *Roth* in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 183.

<sup>88</sup> BGHZ 72, 246, 250; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rdnr. 24 (wenn der Schuldbeitritt zwischen den beiden Schuldner geschlossen wird); *Roth* in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 32; *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 167; *Heinrichs* in: Palandt, vor § 414 BGB Rdnr. 2; *Thode*, WM 1989, Beilage 6 S. 15; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081, 1081.

nach allgemeiner Ansicht<sup>89</sup> sowohl die Einwendungen nach § 334 BGB – also aus dem notariellen Kaufvertrag – und gemäß § 417 Abs. 1 BGB analog auch aus dem Maklervertrag zu. Die Position des zur Zahlung verpflichteten Käufers ist auf diese Weise besser geschützt, als beim regulären echten Vertrag zugunsten Dritter. Der Makler erhält nur dann einen Anspruch, wenn ein wirksamer Maklervertrag geschlossen worden ist und er seine Maklerleistung erbracht hat.

#### **Formulierungsvorschlag:**

*Die Beteiligten erklären übereinstimmend, dass der Vertrag durch den Makler \*Name, Anschrift\* vermittelt/nachgewiesen wurde. Der Käufer verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer zur Zahlung eines Betrags in Höhe von 3% – drei von Hundert – aus dem Kaufpreis zuzüglich Umsatzsteuer, insgesamt also \*Betrag in Zahlen\* DM – \*Betrag in Worten\* Deutsche Mark –.*

*Der Makler erlangt hierdurch keinen eigenen Anspruch<sup>90</sup>. Der Anspruch des Verkäufers entsteht nur insoweit, als ein berechtigter Anspruch des Maklers aus dem mit dem Verkäufer abgeschlossenen Maklervertrag einredefrei besteht. Der Anspruch des Verkäufers wird fällig, wenn die Fälligkeitsvoraussetzungen nach Abschnitt \* eingetreten sind<sup>91</sup>.*

*Der Verkäufer hat ein eigenes Recht, die Zahlung an den Makler zu verlangen. Die Pflicht des Käufers ist eine Hauptleistungspflicht<sup>92</sup>.*

*Der Käufer bleibt zur Zahlung der Maklerprovision verpflichtet, wenn der Vollzug des Vertrags aus Gründen scheitert, die den Anspruch des Maklers aus dem Maklervertrag nicht zum Erlöschen bringen und der Käufer die Gründe zu vertreten hat. Im Übrigen bleiben dem Käufer alle Einwendungen im Sinne des § 334 BGB erhalten<sup>93</sup>.*

*Hiermit wird kein neuer Maklervertrag angeboten<sup>94</sup> und keinem bisherigen Vertrag beigetreten.*

<sup>89</sup> Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rdnr. 25 m.w.N. auch zur Rechtsprechung; Thode, WM 1989, Beilage 6 S. 15; Roth in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 32; Heinrichs in: Palandt, vor § 414 BGB Rdnr. 5; vgl. auch Bethge, ZfIR 1997, 368, 370.

<sup>90</sup> Der Makler, der in der Beurkundung anwesend ist, wird diesen Satz ungern hören. Diplomatischer mag es sein, diesen Satz weg zu lassen und stattdessen im ersten Absatz der Klausel „im Wege des unechten Vertrages zugunsten Dritter“ zu ergänzen.

<sup>91</sup> Die hier empfohlene Vereinbarung kann dazu führen, dass der Verkäufer zur Zahlung gegenüber dem Makler, der Käufer aber dem Verkäufer gegenüber noch nicht zur Zahlung verpflichtet ist. Für diesen Fall sollte zur Vermeidung von Doppelzahlungen klargestellt werden, dass der Käufer den Betrag in Höhe der Maklercourtage unmittelbar an den Verkäufer, nicht an den Makler zu zahlen hat. Vgl. ausführlich zu den Regelungen zur Fälligkeit V.3. Aufgrund der im Muster vorgeschlagenen Vereinbarung ist die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Überwachung der Fälligkeit nach dem um die Maklerprovision erhöhten Kaufpreisbetrag zu bemessen.

<sup>92</sup> Dies dient der Klarstellung über die Rechtsfolgen bei Nichterfüllung. Die §§ 320 ff. BGB finden Anwendung.

<sup>93</sup> Vgl. ausführlich dazu Fallgruppe 5.

<sup>94</sup> Diese eigentlich überflüssige Klarstellung ist die Reaktion auf zahlreiche Urteile, in denen immer wieder der Abschluss eines neuen Maklervertrages erörtert wurde, obwohl die Klausel keinen Hinweis darauf enthielt. Vgl. Dehner, NJW 2000, 1986, 1995; Dehner, NJW 1991, 3254, 3261 m.w.N.; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 106 f.; KG Berlin KG-Report 1999, 103, 104; KG Berlin KG-Report 1999, 350, 350; BGH NJW-RR 1990, 628, 629; BGH MittBayNot 1991, 210 ff. = DNotZ 1992, 411 = NJW-RR 1991, 820; OLG Hamm VersR 1998, 850 f.

*Der Notar hat die Bedeutung und Rechtsfolgen dieser Regelung erklärt und insbesondere darauf hingewiesen<sup>95</sup>, dass der Käufer durch diese Klausel keine Rechte<sup>96</sup> gegen den Makler erlangt.*

### **3. Fallgruppe: Drohendes Vorkaufsrecht**

*Zwischen dem Makler und dem Verkäufer wurde ein Maklervertrag abgeschlossen. Der Verkäufer will die Provisionspflicht auf den Käufer abwälzen, der damit einverstanden ist. Im Grundbuch des zu verkaufenden Grundstücks ist ein dingliches Vorkaufsrecht zugunsten eines Nachbarn eingetragen.*

Das Schicksal des Maklerlohnanspruchs bei Vorkaufsrechtsausübung unterscheidet sich wesentlich danach, wer Vertragspartner des Maklers war und ob eine Maklerklausel aufgenommen wurde.

War der Verkäufer allein zur Zahlung der Maklerprovision verpflichtet und wird keine Maklerklausel in den Kaufvertrag aufgenommen, so führt die Ausübung des Vorkaufsrechts zu keinen Veränderungen hinsichtlich des Maklerlohnanspruchs. Der Verkäufer bleibt zur Zahlung an den Makler verpflichtet<sup>97</sup>. Anders liegen die Dinge, wenn sich der gleiche Sachverhalt auf Käuferseite ereignet. Mit Ausübung des Vorkaufsrechts erlischt die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung der Maklerprovision<sup>98</sup>. Der zunächst wirksam abgeschlossene Kaufvertrag war aufgrund eines von Anfang an im Kaufvertrag angelegten Mangels für den Käufer wertlos.

Regelungsbedarf besteht demnach, wenn entweder der Käufer Vertragspartner des Maklers war oder der Verkäufer Vertragspartner war, seine Provisionsschuld aber auf den Käufer abwälzen will. In der Regel ist allen Beteiligten des Erstkaufs und dem Makler daran gelegen, die Maklerprovision auch für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts abzusichern. Das Interesse des Maklers liegt auf der Hand. Sind die Kaufvertragsbeteiligten mit der Leistung des Maklers zufrieden gewesen, werden auch sie aus Gründen der Fairness bestrebt sein, dem Makler seinen rechtmäßig erlangten Anspruch zu

<sup>95</sup> Ein Hinweis auf eine Erhöhung der Kosten bei Notar und Grundbuchamt und der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist nicht geboten, weil die Mitbeurkundung gemäß § 313 BGB nicht zur Disposition der Beteiligten steht.

<sup>96</sup> Das OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 322 f. hatte einen Fall zu entscheiden, in dem der aus einer Maklerklausel verpflichtete Beteiligte des Kaufvertrages den Makler auf Schadenersatz in Anspruch nahm. Der Makler habe seine Verpflichtungen aus dem Maklervertrag verletzt. Das Gericht hat die Klage abgewiesen, da kein Maklervertrag des Käufers mit dem Makler bestanden habe. Ohne Maklervertrag ist der Käufer zwar aufgrund der Maklerklausel zur Zahlung der Provision verpflichtet. Er hat jedoch nicht dieselben Rechte; den Makler treffen nicht die Sorgfaltspflichten eines Maklers gegenüber dem Käufer (ebenso Roth in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 31 m.w.N.). Allerdings stößt diese Rechtsprechung auf Bedenken. Denn beim Vertrag zugunsten Dritter entsteht nach herrschender Ansicht (BGHZ 9, 316, 318; Heinrichs in: Palandt, vor § 328 BGB Rdnr.5) zwischen Käufer und Makler ein vertragsähnliches Sorgfaltspflichtverhältnis, aus dem Ansprüche aus pVV folgen können.

<sup>97</sup> Schwerdtner, Maklerrecht, Rdnr. 522 m.w.N.; Roth in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 148; Sprau in: Palandt, § 652 Rdnr. 28; Reuter in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 96.

<sup>98</sup> RGZ 157, 243, 243; BGH MittBayNot 1997, 97 ff. = NJW 1996, 654, 655 = BB 1996, 395 = ZIP 1996, 424 = MittRhNotK 1996, 320 ff.; BGH NJW 1982, 2662, 2663; Schwerdtner, Maklerrecht, Rdnr. 508; Reuter in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 97; Roth in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 148; von Gerkan, NJW 1983, 859, 860; Sprau in: Palandt, § 652 Rdnr. 28.

sichern. Das Interesse des Erstkäufer besteht ferner darin, dem Vorkaufsberechtigten die Erlangung des Grundbesitzes nicht billiger zu ermöglichen als ihm dies selbst möglich wäre. Das Interesse des Verkäufers bei Überwälzung auf den Erstkäufer besteht darin, seine bei Vorkaufsausübung ggfs. wiederauflebende Haftung gegenüber dem Makler auszuschließen. Insoweit besteht hier in aller Regel ein Gleichlauf der Interessen: Der Vorkaufsberechtigte soll bei Ausübung seines Rechts die Provision zahlen.

Vereinbaren die Beteiligten des Kaufvertrags zur Abwälzung der Provisionspflicht vom Verkäufer auf den Käufer eine Maklerklausel im Wege des Vertrags zugunsten Dritter, indem der Käufer sich zur Bezahlung der Provision des Verkäufers an den Makler verpflichtet, erlischt aufgrund des Rücktritts vom Erstkauf einerseits mit der Ausübung des Vorkaufsrechts die Provisionspflicht des Käufers<sup>99</sup> und schuldet andererseits der Vorkaufsberechtigte sie stattdessen<sup>100</sup>. Dies entspricht im Regelfall genau der Interessenlage aller Beteiligten. Bei drohendem Vorkaufsrecht sollte daher eine Maklerklausel in Form eines Vertrags zugunsten Dritter verwandt werden<sup>101</sup>.

Die vorgenannten Rechtsfolgen treten nach Ansicht des BGH<sup>102</sup> auch ein, wenn die Provisionsverpflichtung nicht vom Verkäufer auf den Käufer abgewälzt wird, sondern der Käufer bereits aus einem von ihm selbst abgeschlossenen Maklervertrag die Provision schuldet, sich aber dennoch gegenüber dem Verkäufer durch Vertrag zugunsten Dritter zur Zahlung seiner Provision verpflichtet. Auch in diesem Fall erlösche die Provisionsverpflichtung des Käufers. Der Vorkaufsberechtigte habe die Maklerkosten zu tragen. Er dürfe nicht besser stehen, als der Käufer des ursprünglichen Kaufvertrags. Es handele sich nicht um einen Fremdkörper des Erstvertrags, da die Frage der Tragung der Maklerprovision stets so eng mit der Kaufpreisfindung verbunden sei, dass diese Regelung in jedem Fall für den Vorkaufsberechtigten bindend sein müsse. In der Rechtslehre<sup>103</sup> wird diese Ansicht teilweise abgelehnt.

Es macht m.E. keinen Unterschied, ob es sich in Maklerklauseln zur Vorsorge für die Ausübung eines Vorkaufsrechts um einen echten oder unechten Vertrag zugunsten Dritter han-

delt<sup>104</sup>. Beim unechten Vertrag zugunsten Dritter wie einer reinen Freistellungsverpflichtung bzw. Erfüllungsübernahme nach § 329 BGB zwischen Verkäufer und Käufer wird noch deutlicher, dass es sich um eine im Synallagma<sup>105</sup> stehende Verpflichtung zwischen Verkäufer und Käufer handelt und weniger um eine kaufvertragsfremde Vereinbarung mit dem Makler. Die Verpflichtungen aus dem unechten Vertrag zugunsten Dritter müssen daher erst recht den Vorkaufsberechtigten nach § 505 Abs. 2 BGB treffen. Dennoch wird im Regelfall bei einem drohenden Vorkaufsrecht die Verwendung eines echten Vertrags zugunsten Dritter den Interessen der Beteiligten am ehesten entsprechen. Der Makler kann seine Provision selbst vom Vorkaufsberechtigten verlangen. Der Verkäufer, der sich möglicherweise in einer konfliktträchtigen Beziehung mit dem Vorkaufsberechtigten befindet, muss sich nicht zusätzlich um die Maklerprovision kümmern. Das Verhältnis des Verkäufers zum Vorkaufsberechtigten kann so möglicherweise entspannt und vereinfacht werden.

Gibt der Käufer anstelle eines Vertrags zugunsten Dritter lediglich ein Schuldanerkenntnis gegenüber dem Makler ab, so geht die Verpflichtung zur Tragung der Maklerprovision nicht auf den Vorkaufsberechtigten über<sup>106</sup>. Der Makler droht leer auszugehen, obwohl er seine Verpflichtungen erfüllt hat; ein Ergebnis, das wirtschaftlich nicht zu überzeugen vermag. Aus diesem Grunde spricht, wie in der Praxis üblich, vieles für einen Vertrag zugunsten Dritter.

Die Abwälzung der Courtage auf den Käufer kann auch im Wege eines Schuldbetriffs mit Freistellungsverpflichtung zwischen Käufer und Verkäufer erfolgen. Dies ist ebenfalls ein Vertrag zugunsten Dritter, dessen Pflichten nach § 505 Abs. 2 BGB auf den Vorkaufsberechtigten übergehen.

Um Rückabwicklungen oder Hin- und Herzahlungen hinsichtlich der Maklerprovision zu vermeiden, sollte die Maklerprovision des Erstkäufer erst fällig gestellt werden, wenn die Nichtausübung des Vorkaufsrechts feststeht. Dies sollte im Regelfall auch allgemeine Fälligkeitsvoraussetzung sein.

#### **Formulierungsvorschlag – echter Vertrag zugunsten Dritter**

*Die Beteiligten erklären übereinstimmend, dass der Vertrag durch den Makler \*Name, Anschrift\* vermittelt/nachgewiesen wurde. Der Käufer verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer zur Zahlung eines Betrags in Höhe von 3% – drei von Hundert – aus dem Kaufpreis zuzüglich Umsatzsteuer, insgesamt also \*Betrag in Zahlen\* DM – \*Betrag in Worten\* Deutsche Mark –.*

*Der Makler erlangt hierdurch einen eigenen Anspruch<sup>107</sup>. Der Anspruch des Maklers hieraus entsteht nur insoweit, als ein berechtigter Anspruch aus dem mit dem Verkäufer abgeschlossenen Maklervertrag einredefrei besteht. Der Anspruch des Maklers wird fällig, wenn die Fälligkeitsvoraussetzungen nach Abschnitt \* eingetreten sind (also die Vormerkung rangrichtig eingetragen, der Vertrag durch Erteilung der Genehmigung nach dem \*Gesetz\**

<sup>99</sup> I.E. also ebenso, wie wenn der Käufer Vertragspartner des Maklers gewesen wäre; vgl. BGH MittBayNot 1997, 97 ff. = NJW 1996, 654, 655 = BB 1996, 395 = ZIP 1996, 424 = MittRhNotK 1996, 320 ff.; *Sprau* in: Palandt, § 652 Rdnr. 28; *von Gerkan*, NJW 1983, 859, 860; davon geht auch OLG Hamm DNotZ 1983, 234, 235 f. aus, ohne dies ausdrücklich zu sagen; a.A. für den Fall eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechtes *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 373; *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 97; *Schwerdtner*, Maklerrecht, Rdnr. 509.

<sup>100</sup> BGH NJW 1982, 2068, 2068; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 153; LG Frankfurt Main NJW-RR 1996, 1080, 1081; OLG Hamm DNotZ 1983, 234, 235; *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 99. Kritisch hierzu *von Gerkan*, NJW 1983, 859, 860.

<sup>101</sup> Ebenso *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 371; *Brambring* in: Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 185; vgl. auch *Hitzlberger*, NJW 1982, 2854, 2855; *Bartsch* in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, III. 6. Anm. 5; BGH NJW 1982, 2068 zum gemeindlichen Vorkaufsrecht.

<sup>102</sup> BGH MittBayNot 1997, 97 ff. = NJW 1996, 654, 655 f. = BB 1996, 395 = ZIP 1996, 424 = MittRhNotK 1996, 320 ff.; ebenso OLG Hamm DNotZ 1983, 234, 235; vgl. *Roth* in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 34; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 153.

<sup>103</sup> *Tiedtke*, EWiR 1996, 543; ebenso *von Gerkan*, DNotZ 1983, 227, 229; wie der BGH hingegen bereits *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 101; *Hitzlberger*, NJW 1983, 860, 860; *Piehler*, DNotZ 1983, 229, 230; OLG Hamm DNotZ 1983, 234, 235.

<sup>104</sup> Ebenso wohl *Bartsch* in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, III. 6. Anm. 5.

<sup>105</sup> So ausdrücklich LG Hamburg MDR 1997, 819, 820.

<sup>106</sup> *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 100; *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 373; vgl. auch LG Frankfurt Main NJW-RR 1996, 1080 f.

<sup>107</sup> Wie oben ausgeführt, ist dies nicht zwingend erforderlich. Ausreichend ist auch ein unechter Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 329 BGB.

wirksam geworden ist und die Nichtausübung des Vorkaufsrechts feststeht).

Der Verkäufer hat ein eigenes Recht, die Zahlung an den Makler zu verlangen<sup>108</sup>. Eine Bindung von Käufer und Verkäufer gemäß § 328 Abs. 2 letzte Alternative BGB wird nicht vereinbart<sup>109</sup>. Die Pflicht des Käufers ist eine Hauptleistungspflicht.

Hiermit wird kein neuer Maklervertrag angeboten und keinem bisherigen Vertrag beigetreten.

Der Notar hat die Bedeutung und Rechtsfolgen dieser Regelung erklärt und insbesondere darauf hingewiesen<sup>110</sup>, dass der Käufer keine Rechte gegen den Makler erlangt.

#### 4. Fallgruppe: Verkäufer schuldet nichts, da Käufer die Provision tragen soll

Der Verkäufer schließt einen „Maklervertrag“ mit dem Makler. Hierin vereinbaren beide, dass der Verkäufer nicht zur Zahlung einer Provision verpflichtet ist, da diese vom Käufer getragen werden soll.

Im Wesentlichen gelten in dieser häufig vorkommenden Fallgruppe<sup>111</sup> des sog. Nettoauftrags die gleichen Erwägungen wie in den sonstigen Fällen der Überwälzung der Maklerprovision vom Verkäufer auf den Käufer, mit einer Ausnahme: Ein Schuldbeitritt, eine Schuldübernahme oder eine Vertragsübernahme gehen ins Leere; sie können das angestrebte Ziel nicht erreichen. Es besteht kein Anspruch, dem der Käufer beitreten oder den er übernehmen könnte. Eine Vertragsübernahme würde wohl ebenfalls nicht zu einer Zahlungspflicht des Käufers führen. Eine reine Freistellungsvereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer ist ebenfalls nicht ausreichend, da es zunächst keinen Anspruch des Maklers gegen den Verkäufer gibt, von dem der Käufer den Verkäufer freizustellen hätte.

<sup>108</sup>Diese Klarstellung erfolgt im Hinblick auf § 335 BGB. Die notarielle Vertragsgestaltung sollte stets so arbeiten, dass der Rechtsanwender nicht auf Zweifels- oder Auslegungsregeln des Gesetzes zurückgreifen muss.

<sup>109</sup>Die Frage, ob die Beteiligten des Kaufvertrages zur Aufhebung des Anspruches gegenüber dem Makler befugt bleiben, hat schon häufig die Gerichte beschäftigt und zu widersprüchlichen Entscheidungen geführt. Daher ist eine Klarstellung geboten, um nicht auf § 328 Abs. 2 BGB angewiesen zu sein. Vgl. BGH NJW 1986, 1165, 1166; KG Berlin KG-Report 1999, 103, 105; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 106 f.; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1995, 233, 234 (das die Maßstäbe des § 328 Abs. 2 auch auf den Rücktritt anwenden will); OLG Celle MittBayNot 1986, 13 ff.; Roth in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 32; Reuter in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 166, ferner OLG Düsseldorf OLG-Report 1992, 178, 179; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1986, 1176, 1177.

<sup>110</sup>Das Muster geht davon aus, die Provisionspflicht werde vom Verkäufer auf den Käufer abgewälzt. Ein Hinweis auf eine Erhöhung der Kosten bei Notar und Grundbuchamt und der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist nicht geboten, weil die Mitbeurkundung gemäß § 313 BGB nicht zur Disposition der Beteiligten steht. Ist dies nicht der Fall, sondern bestätigt der Käufer seine eigene Verpflichtung im Wege des Vertrages zugunsten Dritter, so erhöht sich die Grunderwerbsteuer nicht. Dieser Umstand sollte in der Maklerklausel klargestellt werden, um eine unberechtigte erhöhte Inanspruchnahme durch das Finanzamt zu vermeiden; so schon zu Recht von Gerkan, NJW 1982, 1742, 1743. In diesem Fall sollten die Beteiligten m.E. auf die mögliche Erhöhung der Notarkosten hingewiesen werden.

<sup>111</sup>Vgl. OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 151 ff.; OLG Celle MittBayNot 1986, 13, 14; OLG Hamm DNotZ 1983, 234, 235; Hitzberger, NJW 1982, 2854, 2854; Schwerdtner, Maklerrecht, Rdnr. 804.

Als Konsequenz einer derartig verunglückten Schuldübernahme, Freistellungsvereinbarung oder eines wirkungslosen Schuldbeitritts könnte der Makler wohl den Verkäufer in Anspruch nehmen, sei es aufgrund eines subsidiären Primäranspruchs aus dem Maklervertrag selbst, sei es als Anspruch aus positiver Vertragsverletzung, da der Verkäufer in diesen Fällen verpflichtet ist, dem Makler zu einem durchsetzbaren Anspruch gegen den Käufer zu verhelfen<sup>112</sup>.

Um diese Folgen zu vermeiden, sollte zu einem echten Vertrag zugunsten Dritter gegriffen werden, der dem Makler einen selbständigen Anspruch gegen den Käufer einräumt. Der Verkäufer hat ein vitales Interesse an einer derartig starken Ausgestaltung der Maklerklausel, um seine Verpflichtungen gegenüber dem Makler zur Überbürdung der Provisionspflicht zu erfüllen und eine eigene Inanspruchnahme zu verhindern.

Als Formulierungsvorschlag kann der der vorangegangenen Fallgruppe verwandt werden. Es ist lediglich der (vierte) Satz zur Abhängigkeit des Anspruchs aus der Maklerklausel von dem bisherigen Anspruch des Maklers gegen den Verkäufer und der Hinweis auf eine sich erhöhende Grunderwerbsteuer<sup>113</sup> zu streichen. Ferner sollte aus Gründen der Grunderwerbsteuer dargestellt werden, dass es sich um einen Fall des Nettoauftrags handelt, der Verkäufer also von vornherein keine Provision schuldet. Es ist klarzustellen, ob mit der Klausel ein abstraktes Schuldanerkenntnis abgegeben wird.

#### 5. Fallgruppe: Überwälzung der Provision bei drohendem Rücktrittsrecht

Zwischen dem Makler und dem Verkäufer wurde ein Maklervertrag abgeschlossen. Der Verkäufer will die Provisionspflicht auf den Käufer abwälzen, der damit einverstanden ist. Da es sich um ein unbebautes Grundstück handelt, vereinbaren die Beteiligten ein Rücktrittsrecht, falls die Baugenehmigung nicht binnen eines Jahres erteilt wird.

Hat ein Beteiligter, der ursprünglich keinen Maklervertrag abgeschlossen hatte, die Verpflichtungen des anderen Beteiligten zu erfüllen, so stellt sich die Frage, welches Schicksal der ursprüngliche und der neue Anspruch des Maklers im Falle eines Rücktritts oder einer Vertragsaufhebung erleiden. Diese Vorgänge lassen im Gegensatz zu den Fällen der §§ 134, 138, 119, 123, 306 BGB grundsätzlich<sup>114</sup> nach Maklervertragsrecht, § 652 BGB, den Anspruch des Maklers auf seine Provision unberührt. Anderes gilt nach Maklervertragsrecht nur, wenn das Rücktrittsrecht zeitlich befristet und an keinerlei weitere Voraussetzungen geknüpft ist<sup>115</sup>. In diesem Fall ist mit Vertragsabschluss noch keine echte vertragliche Bindung eingetreten, der Maklerlohnanspruch daher noch nicht entstanden.

<sup>112</sup>OLG Hamm DNotZ 1983, 234, 235; ebenso OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 151 f.; OLG Celle MittBayNot 1986, 13, 14; Reuter in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 101 a.E.; Piehler, DNotZ 1983, 229, 230; Schwerdtner, Maklerrecht, Rdnr. 804; Hitzberger, NJW 1982, 2854, 2854.

<sup>113</sup>Vgl. dazu von Gerkan, NJW 1982, 1742 m.w.N.

<sup>114</sup>Vgl. BGH MittBayNot 1991, 210 ff. = DNotZ 1992, 411 = NJW-RR 1991, 820, 821; BGH NJW 1982, 2662, 2663; Thode, WM 1989, Beilage 6 S. 14; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 9 Rdnr. M 11; Roth in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 139 ff.; Dehner, NJW 1991, 3254, 3257; ders., NJW 1997, 18, 21 f.

<sup>115</sup>Vgl. Schwerdtner, Maklervertragsrecht, Rdnr. 486 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob auch die Verpflichtungen aus der Maklerklausel von einem Rücktritt oder einer Vertragsaufhebung unberührt bleiben. Dies hängt von der Art der Maklerklausel ab. Wird mit der Maklerklausel von jeder Vertragspartei oder einem verpflichteten Beteiligten lediglich der Anspruch des Maklers aus dem von ihm selbst abgeschlossenen Maklervertrag konstitutiv oder deklaratorisch bestätigt, so bleibt jeder Beteiligte zu der von ihm geschuldeten Provision verpflichtet. Der Vertragsrücktritt oder die Aufhebung haben keine Auswirkung auf den Anspruch des Maklers<sup>116</sup>. Auch eine Schuldübernahme bleibt nach Ansicht der Rechtsprechung<sup>117</sup> von einem Rücktritt oder einer Vertragsaufhebung unberührt. Wird durch die Maklerklausel ggfs. neben einem Vertrag zugunsten Dritter ein neuer Maklervertrag mit dem Käufer abgeschlossen, so bleibt der Maklerlohnanspruch aus dem neuen Maklervertrag im Falle eines Rücktritts oder einer Vertragsaufhebung bestehen<sup>118</sup>. Dies wird häufig jedoch von den Beteiligten nicht gewollt sein.

Anders liegen die Dinge bei einem Schuldbeitritt oder einem anderen Vertrag zugunsten Dritter. Für den Vertrag zugunsten Dritter hat die Rechtsprechung<sup>119</sup> unter Zustimmung der Rechtslehre<sup>120</sup> bereits mehrfach entschieden, ein Rücktritt führe ebenso wie eine einvernehmliche Vertragsaufhebung<sup>121</sup> grds. zu einem Verlust des neu erworbenen Anspruchs des Maklers. Dem ist zuzustimmen.

Erlöschen mit dem Rücktritt oder der Vertragsaufhebung einerseits die Verpflichtungen aus der Maklerklausel, bleibt andererseits der originäre Makleranspruch nach § 652 BGB bestehen, so fragt es sich, wer in diesem Fall den Anspruch des Maklers zu begleichen hat. Das OLG Hamm<sup>122</sup> stellt zu Recht fest, dass dem Verkäufer, der den ursprünglichen Maklervertrag abgeschlossen hatte, in der Regel nicht daran gelegen ist, bei Scheitern des Hauptvertrags den Käufer aus der Haftung für die Maklerprovision zu entlassen, da der Makler dann Provision vom Verkäufer verlangen könne und werde. Gleichzeitig ist dem Käufer natürlich ebensowenig daran gelegen, die Provision zahlen zu müssen, obwohl er den Maklervertrag nicht abgeschlossen hatte und das Grundstück nicht erwirbt. M.E. ist dieses Risiko je nach Einzelfall zu verteilen. Als allgemeiner Anhaltspunkt für die Risikoverteilung mag die Überlegung gelten, dass derjenige die Maklerprovision tragen sollte, aus dessen Risikosphäre der Grund für den Rücktritt stammt.

<sup>116</sup>Roth in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 150; Reuter in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 102; davon geht wohl auch KG Berlin KG-Report 1999, 350, 350 als gesetzlichem Regelfall aus.

<sup>117</sup>OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 106 f.; BGH NJW 1986, 1165, 1166. M.E. sind Zweifel an dieser Ansicht angebracht – nicht zuletzt aufgrund von § 139 BGB.

<sup>118</sup>Roth in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 33; Bethge, ZfIR 1997, 368, 373; Dehmer, NJW 1991, 3254, 3261; BGH MittBayNot 1991, 210 ff. = DNotZ 1992, 411 = NJW-RR 1991, 820, 821; OLG Frankfurt Main NJW-RR 1986, 1176 f.

<sup>119</sup>OLG Düsseldorf MittRhNotK 1995, 233 f.; OLG Köln MittRhNotK 1992, 216; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1986, 1176, 1177.

<sup>120</sup>OLG Düsseldorf MittRhNotK 1995, 233 f.; Roth in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 32; Reuter in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 166.

<sup>121</sup>OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 106 f.; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1995, 233 f.; OLG Hamm VersR 1998, 850 f.; OLG Düsseldorf OLG-Report 1992, 178, 179; OLG Celle MittBayNot 1986, 13 ff.

<sup>122</sup>VersR 1998, 850 f. unter zutreffendem Hinweis auf BGH NJW 1986, 1165, 1166.

Findet im Ausgangsfall der Rücktritt statt, weil es sich entgegen der Hoffnung der Beteiligten nicht um Bauland gehandelt hat, so erscheint es billig und gerecht, wenn der Verkäufer die Maklerprovision zu tragen hat. Ist der Käufer hingegen mit der Kaufpreiszahlung in Verzug geraten und ist der Verkäufer deshalb zurückgetreten, so sollte der Käufer zur Tragung der Maklerkosten verpflichtet bleiben.

Denkbar ist es auch, das Risiko des Vollzugshindernisses aufgrund ausdrücklicher Vereinbarung mit dem Makler ihm selbst aufzuerlegen. Beispielsweise lag dem KG Berlin<sup>123</sup> ein Sachverhalt zur Entscheidung vor, in dem die Beteiligten eines Kaufvertrags, die in einer Maklerklausel den Abschluss des Maklervertrags gegenüber dem anwesenden Makler bestätigt haben, jedoch für den Fall der Ausübung eines in demselben Vertrag vereinbarten Rücktrittsrechts eine Pflicht des Maklers zur Rückzahlung der bereits gezahlten Provision ausdrücklich vereinbart haben. Aufgrund der Anwesenheit des Maklers, der mit dieser Regelung einverstanden war, hat das KG diese Abrede als Änderung des Maklervertrags angesehen und den Makler nach Ausübung des Rücktrittsrechts zur Rückzahlung der Provision verurteilt.

#### **Formulierungsvorschlag:**

*Als Ergänzung zur sonstigen Maklerklausel:*

*Der Käufer bleibt zur Zahlung der Maklerprovision verpflichtet, wenn der Vollzug des Vertrags aufgrund Rücktritts oder Vertragsaufhebung aus Gründen scheitert, die den Anspruch des Maklers aus dem Maklervertrag nicht zum Erlöschen bringen und die der Käufer zu vertreten hat. Im Übrigen entfällt seine Pflicht zur Zahlung der Maklerprovision bei Nichtvollzug des Vertrags. Alle anderen Einwendungen nach § 334 BGB bleiben dem Käufer erhalten. Sollte die Baugenehmigung nach Abschnitt \* nicht erteilt werden, so hat der Käufer dies nicht zu vertreten.*

#### **6. Fallgruppe: Makler drängt ohne besonderen Grund auf Maklerklausel**

*Verkäufer und Käufer haben jeder einen Maklervertrag mit dem Makler abgeschlossen. Aufgrund dessen Tätigkeit kommt der Vertrag zustande. Ohne dass ein besonderer Anlass zur Mitbeurkundung der Maklerklausel besteht, drängt der Makler auf Aufnahme einer Maklerklausel zu seiner Absicherung.*

Diese Fallgruppe ist der eigentliche Problemfall der notariellen Vertragsgestaltung. Die Probleme entstehen teilweise aus den damit verbundenen Fragen der Rechtsgestaltung, im Wesentlichen jedoch aus der Frage, ob die Klausel überhaupt aufgenommen werden sollte. Es wäre praxisfern anzunehmen, die Beurkundung einer Maklerklausel ließe sich stets vermeiden. Sollte also eine Maklerklausel in den Kaufvertrag aufgenommen werden, steht die richtige Gestaltung des Beurkundungsverfahrens im Vordergrund. Eine ausführliche Belehrung über die Wirkungen der Klausel ist angebracht. Dies gilt insbesondere, soweit die Klausel zu einem Einwendungsverzicht, einer Erhöhung der Notarkosten (§ 36 Abs. 1, § 44 Abs. 2 b KostO) oder einer Verlängerung der Verjährungsfristen (§ 780, 195 BGB) führt. Die Hinweise sollten angesichts der Skepsis der Rechtsprechung hinsichtlich des verantwortungsbewussten Umgangs der Notare mit Maklerklauseln zur Sicherheit in die Urkunde selbst aufgenommen werden.

<sup>123</sup>KG Berlin KG-Report 1998, 350, 350.

Bei der Ausgestaltung der Maklerklausel sind zwei Unterfälle zu unterscheiden. Bestanden Zweifel an der Berechtigung eines Provisionsanspruchs, die in Verhandlungen zwischen dem Makler und den Beteiligten des Kaufvertrags beseitigt worden sind, sollte zu einer Klausel wie in der ersten Fallgruppe (s.o.) gegriffen werden. Da das Ergebnis einer Auseinandersetzung möglichst verbindlich festgeschrieben werden soll, sind Einwendungsverzicht, Zwangsvollstreckungsunterwerfung und Verjährungsverlängerung die richtigen Gestaltungsmittel, um endgültig Rechtsfrieden und -sicherheit herbeizuführen.

Liegt der Fall jedoch anders, will also der Makler rein *vorsorglich* hinsichtlich seiner Maklerprovision abgesichert werden, so kann das Ziel nur darin bestehen, die Klausel als „Placebo“ auszugestalten: Also kein Einwendungsverzicht, keine Verjährungsverlängerung, keine Erhöhung der Notarkosten und keinesfalls eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung. Diese Ziele lassen sich mit folgender Regelung erreichen.

#### **Formulierungsvorschlag:**

*Der \*Käufer/Verkäufer\* erklärt, dass der beurkundete Vertrag durch den Makler \*Name, Anschrift\* vermittelt/nachgewiesen wurde. Nach Angabe des \*Käufers/Verkäufers\* hat er am \*Datum\* einen Maklervertrag mit dem Makler abgeschlossen. Der \*Käufer/Verkäufer\* erkennt ohne Erweiterung seiner Verpflichtung, Einwendungsverzicht oder Eingehung einer neuen Verpflichtung an, dem Makler die Zahlung eines Betrags in Höhe von 3% – drei von Hundert – aus dem Kaufpreis zuzüglich Umsatzsteuer, insgesamt also \*Betrag in Zahlen\* DM*

*– \*Betrag in Worten\* Deutsche Mark – zu schulden.*

*Die Verjährung bleibt unverändert.*

*Der Notar hat die Bedeutung und Rechtsfolgen dieser Regelung erklärt und insbesondere darauf hingewiesen,*

- dass diese Klausel in einem eventuellen Prozess um die Berechtigung eines Provisionsanspruchs des Maklers Beweiswirkung zu Lasten des Käufers hat und*
- dass der Provisionsanspruch aus dem Maklervertrag nach dem Gesetz erst mit Wirksamkeit des heute beurkundeten Kaufvertrags entsteht und fällig wird.*

## **V. Weitere Einzelfragen**

### **1. Auswirkungen von Maklerklauseln auf die Grunderwerbsteuer**

Die Aufnahme einer Maklerklausel kann unter bestimmten Umständen zu einer Erhöhung der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer führen. Dies ist der Fall, wenn der Käufer zusätzlich zum Kaufpreis als weitere Gegenleistung die ursprünglich vom Verkäufer geschuldete Maklercourtage zu tragen hat<sup>124</sup>. Verpflichtet sich der Käufer in einem echten oder unechten Vertrag zugunsten des Maklers, die Maklercourtage an ihn zu zahlen, obwohl der Käufer bereits aus einem vorher abgeschlossenen Maklervertrag hierzu verpflichtet war, so erhöht sich die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht<sup>125</sup>. Gleiches gilt beim sog. Nettoauf-

trag<sup>126</sup>. Auf die steuerlichen Auswirkungen der Maklerklausel sollte der Notar hinweisen, unabhängig davon wie weitgehend die steuerrechtlichen Belehrungspflichten des Notars nach § 17 BeurkG sind<sup>127</sup>. Denn im Regelfall handelt es sich um eine wesentliche und von den Beteiligten nicht erwartete Folge.

Die Erhöhung der Grunderwerbsteuer ist entgegen der teilweise in der Rechtslehre<sup>128</sup> vertretenen Ansicht kein Grund, von der Mitbeurkundung von Maklerklauseln abzusehen. Die Fälle, in denen die Maklerklausel zu einer Erhöhung der Grunderwerbsteuer führt, sind denkwürdigerweise diejenigen, in denen die Maklerklausel im Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung steht und daher gemäß § 313 BGB formbedürftig ist.

### **2. Auswirkungen auf die Kosten des Notars**

Die Kosten des Notars erhöhen sich bei Erreichen einer neuen Gebührenstufe unstreitig, wenn der Käufer die Pflicht des Verkäufers zur Zahlung der Maklercourtage an dessen Stelle zu tragen hat. Die Abwälzung des Maklerlohns durch den Verkäufer ist eine weitere Gegenleistung des Käufers, die den Geschäftswert nach § 20 KostO erhöht<sup>129</sup>. Auf diese Kostenfolge ist der Notar zwar nicht verpflichtet hinzuweisen<sup>130</sup>. Dennoch sollte er dies tun und schriftlich in die Belehrungen im Rahmen der Maklerklausel aufnehmen. Dies ist insbesondere sinnvoll und geboten, da die Gerichte im Bereich der Maklerklauseln eine erhebliche Neigung verspüren, dem Notar zu unterstellen, er husche über die Klausel ohne weitere Erläuterung hinweg<sup>131</sup>. Diesem Eindruck kann am besten durch die schriftliche Aufnahme des Kostenhinweises entgegengewirkt werden.

Im Falle eines Schuldanerkenntnisses in der Form eines Vertrags zugunsten Dritter kommt es auch dann zu einer Erhöhung der Notarkosten, wenn der Käufer keine *zusätzliche* Leistung gegenüber dem Verkäufer erbringt, beispielsweise weil der Käufer bereits aus einem Maklervertrag zur Zahlung des Maklerlohns verpflichtet war. Es wird ein weiterer, gesonderter Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer geschlossen, der unter Beachtung des § 44 Abs. 2 a KostO zu einer Erhöhung des Geschäftswertes für die 20/10 Notargebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO führt<sup>132</sup>. Dieser Fall ist von der Geschäftswertenerhöhung nach § 20 Abs. 1 S. 1 KostO dogmatisch streng zu scheiden, auch wenn das Ergebnis identisch ist. Verpflichtet sich beispielsweise der Käufer gegenüber dem Verkäufer zur Zahlung der Provision an den Makler gem. §§ 328, 780 BGB, obwohl er bereits aus einem Maklervertrag zur

<sup>126</sup>Vgl. dazu bereits oben IV. Fallgruppe 4 sowie von Gerkan, NJW 1982, 1742 f. m.w.N. Er weist zutreffend darauf hin, es sei durch präzise Abfassung der Maklerklausel der Eindruck beim Finanzamt zu vermeiden, als habe der Käufer eine Verpflichtung des Verkäufers zu tragen. Sonst könnte es zu einer unberechtigten Erhöhung der Grunderwerbsteuer kommen.

<sup>127</sup>Vgl. dazu Wälzholz, NotBZ 2000, 55 f.

<sup>128</sup>Von Gerkan, NJW 1982, 854 f.

<sup>129</sup>Hartmann, Kostengesetze, § 20 KostO, Rdnr. 18; Bengel in: Korinthenberg, KostO, § 20 Rdnr. 28; Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 646.

<sup>130</sup>Keidel/Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 117 f.

<sup>131</sup>Vgl. dazu bereits die Zitate am Anfang des Beitrags, ferner LG Regensburg ZOV 1994, 193 f.

<sup>132</sup>OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 151 f.; Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 646; Brambring in: Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 185.

<sup>124</sup>Pahlke/Franz, GrEStG, § 9 Rdnr. 107 „Maklerkosten“; Bethge, ZfIR 1997, 368, 375.

<sup>125</sup>Hitzlberger, NJW 1982, 2854, 2855; Pahlke/Franz, GrEStG, § 9 Rdnr. 107 „Maklerkosten“.

Zahlung verpflichtet war, beispielsweise wegen eines drohenden Vorkaufsrechts, so findet keine Geschäftswerterhöhung nach § 20 KostO statt. Dies Kosten erhöhen sich jedoch nach § 36 Abs. 2, § 44 Abs. 2 a KostO. Das Ergebnis ist das Gleiche.

Handelt es sich um eine bedingte Verpflichtung, die beispielsweise nur für den Fall der Vorkaufsrechtsausübung getroffen wird, so ist der Geschäftswert dieser Regelung nach Ansicht von *Bengel*<sup>133</sup> nach der Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts gemäß § 30 KostO zu schätzen.

Bestätigen die Beteiligten des Hauptvertrags deklaratorisch zur Beweissicherung, dass der Vertrag durch Vermittlung bzw. Nachweis eines bestimmten Maklers zustande gekommen sei und ein bestimmter Prozentsatz des Kaufpreises als Provision geschuldet werde, so hat diese Vereinbarung, da sie zu keiner Veränderung des Geschuldeten führt, keine kostenrechtlichen Auswirkungen<sup>134</sup>. Wird jedoch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erklärt, so löst dies eine zusätzliche 10/10-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO aus, die sich nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 b KostO auswirkt.

Handelt es sich um ein konstitutives Schuldanerkenntnis gegenüber dem Makler mit oder ohne Zwangsvollstreckungsunterwerfung, so löst dies stets eine 10/10-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO i.V.m. § 44 Abs. 2 b KostO aus<sup>135</sup>.

Nach Ansicht des OLG Oldenburg<sup>136</sup> handelt es sich um eine unrichtige Sachbehandlung i.S.d. § 16 KostO, wenn ein Notar eine Maklerklausel mitbeurkundet, ohne die Beteiligten auf die damit verbundenen Mehrkosten hinzuweisen. Dies gelte insbesondere, da die Klausel nicht beurkundungsbedürftig gewesen sei. Diese Entscheidung ist zweifelhaft, nachdem der Notar nicht verpflichtet ist, die Beteiligten von sich aus auf die mit einem Geschäft verbundenen Beurkundungskosten hinzuweisen<sup>137</sup>. Ferner kann es, wie oben unter II. 4. dargelegt, gute Gründe geben, eine Maklerklausel mitzubeurkunden, obwohl es sich nicht um einen Fall des § 313 BGB handelt. *Lappe*<sup>138</sup> hält die Entscheidung des OLG Oldenburg sogar dann für richtig, wenn die Klausel aufgrund der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung beurkundungsbedürftig war. Dem ist zuzustimmen, *sofern* der beurkundende Notar mit der Aufnahme der Maklerklausel gegen § 14 BNotO und/oder § 17 BeurkG verstoßen hat, weil es keinen Grund zur Aufnahme gab, der Notar den Willen der Beteiligten nicht ausreichend erforscht hat oder die Beteiligten nicht ausreichend über die unmittelbaren rechtlichen Folgen der Klausel belehrt hat. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so ist die Aufnahme einer Maklerklausel nicht allein deshalb eine unrichtige Sachbehandlung nach § 16 KostO, weil der Notar nicht auf die damit verbundene Kostenfolge hingewiesen hat. Insoweit ist die Ansicht des OLG Oldenburg und von *Lappe* nicht überzeugend oder zumindest irreführend.

<sup>133</sup> *Bengel* in: Korinthenberg, KostO, § 20 Rdnr. 28 m.w.N. Derartige Vereinbarungen sind allerdings im Hinblick auf § 506 BGB analog bedenklich.

<sup>134</sup> *Brambring* in: Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 185; *Bengel* in: Korinthenberg, KostO, § 20 Rdnr. 28.

<sup>135</sup> *Bengel* in: Korinthenberg, KostO, § 20 Rdnr. 28; *Brambring* in: Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 185; *Notarkasse*, Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 646 und Beispiel Rdnr. 692.

<sup>136</sup> OLG Oldenburg, NdsRpfl 1999, 320 (zitiert nach *Lappe*, NJW 2000, 1148, 1152); zustimmend *Lappe*, Anm. KostRspr. KostO § 16 Nr. 82.

<sup>137</sup> Vgl. bereits die Nachweise oben.

<sup>138</sup> *Lappe*, Anm. KostRspr. KostO § 16 Nr. 82; *ders.*, NJW 2000, 1148, 1152.

### 3. Regelungen zur Fälligkeit

#### a) Einführung

Häufig enthalten Maklerklauseln keine Regelung zur Fälligkeit eines Anspruchs des Maklers. Dieser Umstand kann zu Zweifeln darüber führen, wann der Beteiligte des Kaufvertrags, der die Maklercourtage zu tragen hat, zur Zahlung verpflichtet ist. Eine Regelung empfiehlt sich regelmäßig, da Makler dazu neigen, die Zahlung sofort zu verlangen und unerfahrene Beteiligte diesem Wunsche häufig nachkommen werden. Es ist Aufgabe des Notars, die Beteiligten davor zu schützen, auf eine noch nicht fällige oder noch nicht entstandene Forderung zu zahlen<sup>139</sup>. Der Notar setzt den Beteiligten sonst den Gefahren einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung mit allen ihren Schwächen (§ 818 Abs. 3 BGB) aus.

#### b) Der gesetzliche Regelfall nach Maklerrecht

Der Provisionsanspruch aus einem Maklervertrag entsteht nach allgemeiner Ansicht erst mit Wirksamkeit des vermittelten oder nachgewiesenen Vertrags, also nach Erteilung aller für die Wirksamkeit erforderlichen Genehmigungen<sup>140</sup> und wird damit fällig, §§ 652, 271 BGB. Dies gilt grundsätzlich auch für den Anspruch aus einem echten Vertrag zugunsten Dritter aus einer Maklerklausel. Er entsteht erst mit Wirksamkeit des Kaufvertrags und ist daher von etwa erforderlichen Genehmigungen abhängig<sup>141</sup>, es sei denn die Beteiligten vereinbaren etwas Abweichendes<sup>142</sup>. Die Vorverlegung des Fälligkeitstermins ist in der Regel nicht interessengerecht. Eine derartige Vereinbarung wendet dem Makler ein Recht zu, das er nach einem normalen Maklervertrag nicht hat.

#### c) „Fällig und verdient mit Abschluss des Kaufvertrages“

##### aa) Das Problem

Dennoch wurde bisher häufig in notariellen Maklerklauseln die Vereinbarung getroffen, die Provision sei mit Abschluss des Kaufvertrags „fällig und verdient“<sup>143</sup>. Der Käufer hat danach bereits zu einem Zeitpunkt zu zahlen, in dem der Vertrag mangels etwa zur Wirksamkeit erforderlicher Genehmigungen noch nicht wirksam ist und dem Makler nach Maklervertragsrecht kein Anspruch zusteht<sup>144</sup>. Aus der Formulierung,

<sup>139</sup> Ebenso *Schnabel*, ZOV 1994, 194.

<sup>140</sup> *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 75 ff. und 94 f.; ZOV 1994, 193 f. m.Anm. *Schnabel* = Leitsatz in DNotI-Report Nr. 12/1994, S. 8; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1526, 1527; *Schwerdtner*, Maklerrecht, Rdnr. 616 f.; vgl. auch BGH MittRhNotK 1992, 111 ff.; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, § 9 Rdnr. M 10.

<sup>141</sup> KG Berlin KG-Report 1999, 103, 105 unter Hinweis auf §§ 139, 334 BGB; LG Regensburg ZOV 1994, 193 f. m. Anm. *Schnabel* = Leitsatz in DNotI-Report Nr. 12/1994, S. 8; vgl. dazu auch *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 372.

<sup>142</sup> Vgl. aktuell BGH MittBayNot 1999, 278 f. = NJW 1999, 1329, wonach trotz Unwirksamkeit eines Vertrages die Beteiligten bereits vor Erteilung einer Genehmigung der einen Partei sofort fällige Verpflichtungen auferlegen können. A.A. LG Regensburg ZOV 1994, 193 f. m. Anm. *Schnabel* = Leitsatz in DNotI-Report Nr. 12/1994, S. 8.

<sup>143</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1990, 628, 628; BGH NJW 1986, 1165 f.; BGH NJW 1991, 168, 168; BGH NJW 1982, 2068, 2068; BGH NJW 1977, 582 f.; OLG Hamburg NJW-RR 1988, 1202, 1202; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1986, 1176, 1177; OLG Düsseldorf OLG-Report 1993, 271, 271; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 322, 322. Eine ähnliche Klausel schlägt *Bethge* vor, ZfIR 1997, 368, 375.

<sup>144</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, § 9 Rdnr. M 10 f.; *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 75 ff., 94 f.; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1526, 1527.

die Provision sei „verdient“, ist ferner zu entnehmen, dass der Makler die Provision selbst dann behalten können soll, wenn der Vertrag aufgrund Verweigerung der Genehmigung niemals wirksam wird. Beides weicht *wesentlich* vom gesetzlichen Leitbild des Maklervertragsrechts ab. Derartige Vereinbarungen sind nach Maklerrecht zulässig, soweit sie in einer Individualvereinbarung getroffen werden<sup>145</sup>. In allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die Vereinbarung einer Vorleistungspflicht des Auftraggebers und einer erfolgsunabhängigen Provision hingegen wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam<sup>146</sup>. Dies liegt auf der Linie der Rechtsprechung<sup>147</sup>, die alle Klauseln in Maklerverträgen, die dem Makler Ansprüche einräumen, obwohl (noch) kein wirksamer Hauptvertrag zustandegekommen ist, an § 9 AGBG scheitern lässt. Dies gilt insbesondere für übermäßige Aufwandsentschädigungsklauseln<sup>148</sup>, Provisionsvereinbarungen trotz Verflechtung<sup>149</sup> und Rückforderungsausschlussklauseln<sup>150</sup>.

#### bb) Anwendbarkeit des AGBG

Fraglich ist freilich, ob das AGBG auf notarielle Maklerklauseln überhaupt anwendbar ist. Weiter stellt sich die Frage, ob gesetzliches Leitbild für die Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG das Recht des Maklervertrags gemäß § 652 BGB ist. Beides wird sowohl vom LG Regensburg<sup>151</sup> und vom LG Wuppertal<sup>152</sup> als auch (wohl) von *Hensen*<sup>153</sup> bejaht. Das OLG Köln<sup>154</sup> scheint die Anwendbarkeit des AGBG für möglich zu halten, wenn keine Individualvereinbarung vorliegt. *Bartsch*<sup>155</sup> beschreitet über das Umgehungsverbot des § 7 AGBG den Weg zur Inhaltskontrolle nach dem AGBG. Teilweise wird dagegen die Anwendbarkeit des AGBG auf notarielle Maklerklauseln verneint<sup>156</sup>, nach Ansicht des OLG Hamm insbesondere weil der Makler als „Unbeteiligter“ die Klausel nicht „stellen“ könne<sup>157</sup>. Der BGH hat sich zur Anwendbarkeit des

AGBG auf notarielle Maklerklauseln, soweit ersichtlich, noch nicht geäußert.

In jedem Fall treten die vorstehend skizzierten Probleme und Fragen außerhalb des § 24 a AGBG nur auf, wenn der Makler als Steller<sup>158</sup> der AGB anzusehen ist, er also die Maklerklausel angeregt und deren Inhalt vorgegeben hat. Problematischer ist die Frage der Anwendbarkeit des AGBG im Rahmen von Verbraucherverträgen nach § 24 a AGBG<sup>159</sup>. Im Anwendungsbereich dieser Vorschrift wird zugunsten des Verbrauchers vermutet, dass ihm die Klausel „gestellt“ wurde. Ferner unterliegen im Rahmen des § 24 a AGBG auch von neutralen Dritten, wie dem Notar, eingeführte Klauseln der Inhaltskontrolle nach dem AGBG.

#### cc) Fazit

Diese Rechtsfragen des AGBG, die hier nicht abschließend geklärt werden können, sollte der Notar vermeiden. Die vorgenannte Formulierung, die Provision sei „mit Abschluss des notariellen Kaufvertrags fällig und verdient“ sollte daher nicht verwandt werden. Erst mit Wirksamkeit des Hauptvertrags ist der Erfolg, der die Maklerprovision rechtfertigt, endgültig eingetreten. Dies sollte nicht nur für das Maklerrecht nach § 652 BGB, sondern auch für notarielle Maklerklauseln gelten.

Überzeugend hat der Präsident des Landgerichts Berlin in seinem bereits oben<sup>160</sup> erwähnten Schreiben aus dem Jahre 1994 daher die Ansicht vertreten, eine Klausel, die die Maklerprovision vor Wirksamkeit des Kaufvertrags fällig stelle, erwecke den Eindruck, der Notar sei nicht unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten. Es entstehe ein böser Schein. Diese Regelung verstoße daher gegen §§ 1, 14 BNotO. Dem ist im Regelfall zuzustimmen. Dementsprechend wird teilweise in der Praxis bereits ausdrücklich vereinbart<sup>161</sup>, der Anspruch aus der Maklerklausel werde erst mit Eintritt der Wirksamkeit des Kaufvertrags fällig. Dies ist sehr zu begrüßen.

#### d) Fälligkeit des Makleranspruches mit Fälligkeit des Kaufpreises – Vermeidung ungesicherter Vorleistungen

Schließlich stellt sich die Frage, ob die Bezahlung der Maklercourtage von den übrigen allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen wie der Eintragung der Vormerkung und der Sicherung der Lastenfreistellung abhängig gemacht werden sollte. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welches Ziel mit der Maklerklausel verfolgt wird. Geht es darum, dass der Verkäufer in jedem Fall, also auch bei Nichtdurchführung des Vertrags von einer eventuellen Verpflichtung gegenüber dem Makler freigestellt werden sollte, so bedarf der Käufer keines Schutzes. Er muss in jedem Fall zahlen; selbst wenn der Vertrag nicht durchgeführt werden sollte. Der Anspruch aus der Maklerklausel kann mit Wirksamwerden des Kaufvertrags

<sup>145</sup>Vgl. nur OLG Hamm NJW-RR 1996, 1526, 1527 m.w.N.; *Thode*, WM 1989 Beilage 6, S. 12.

<sup>146</sup>Ebenso *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, § 9 Rdnr. M 10; *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 94 f.; LG Regensburg ZOV 1994, 193 f. m. zustimmender Anm. *Schnabel* = Leitsatz in DNotI-Report Nr. 12/1994, S. 8; vgl. auch LG Wuppertal WuM 1996, 147, 147 in dem entschiedenen Einzelfall jedoch nur wenig überzeugend.

<sup>147</sup>Vgl. BGHZ 99, 374, 382 = BGH NJW 1987, 1634, 1636; BGH NJW-RR 1986, 346, 347; BGH DNotZ 1988, 305, 307; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1526, 1527; vgl. auch LG Gießen NJW-RR 1996, 239, 240; LG Wuppertal WuM 1996, 147, 147; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, § 9 Rdnr. M 8; vgl. jedoch auch dort Rdnr. M 20; *Roth* in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 188 f., 199 m.w.N.

<sup>148</sup>Vgl. LG Gießen NJW-RR 1996, 239, 240; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, § 9 Rdnr. M 8; *Roth* in: MünchKomm, § 652 BGB Rdnr. 188.

<sup>149</sup>*Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 149. So auch für eine notarielle Maklerklausel LG Wuppertal WuM 1996, 147, 147. Vgl. auch OLG Frankfurt OLG-Report 1999, 157, 158 f.

<sup>150</sup>OLG München DB 1982, 1003; BGH NJW 1984, 2162, 2163; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1526, 1527.

<sup>151</sup>LG Regensburg ZOV 1994, 193 f. m. zustimmender Anm. *Schnabel* = Leitsatz in DNotI-Report Nr. 12/1994, S. 8

<sup>152</sup>LG Wuppertal WuM 1996, 147, 147.

<sup>153</sup>*Hensen* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, Anh. §§ 9–11 Rdnr. 490 – allerdings ohne das Problem ausführlich zu erörtern.

<sup>154</sup>OLG Köln MittRhNotK 1992, 216, 217.

<sup>155</sup>*Bartsch* in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, III. 6.

<sup>156</sup>OLG Hamm MittRhNotK 1999, 202 f.; ebenso *Bethge*, ZfIR 1997, 368, 370; vgl. auch *Reuter* in: Staudinger, §§ 652, 653 Rdnr. 166.

<sup>157</sup>OLG Hamm MittRhNotK 1999, 202 f.; vgl. zur Frage des Stellens von AGB durch einen am Vertrag nicht beteiligten Dritten *Wälzholz*, WM 1994, 1457 ff.

<sup>158</sup>So LG Regensburg ZOV 1994, 193 f. m. zustimmender Anm. *Schnabel* = Leitsatz in DNotI-Report Nr. 12/1994, S. 8.

<sup>159</sup>Vgl. dazu *Döbereiner*, NotBZ 1997, 121 ff.; *Braunfels*, DNotZ 1997, 356, 359 ff.; *Kaufhold*, DNotZ 1998, 260; *Heinrichs* in: Palandt, AGBG, § 24 a Rdnr. 8, 12 m.w.N.; BGH NJW 1999, 2180 ff.; *Schaub*, JuS 2000, 555, 557; *Brambring* in: Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 333 ff., der den Anwendungsbereich des AGBG jedoch durch Ausdehnung des „Aushandelns“ in einer Weise einschränkt (ebenso *Kaufhold*, DNotZ 1998, 260, 262 f.), die sich vor BGH und EuGH kaum halten lassen wird.

<sup>160</sup>Vgl. bereits oben unter II 4.

<sup>161</sup>Vgl. den Sachverhalt von OLG Frankfurt OLG-Report 1999, 157, 157.

fällig gestellt werden. Besteht der Hauptzweck der Klausel darin, einen Streit zwischen Makler und Verkäufer oder Käufer einvernehmlich beizulegen, so kann der Makleranspruch ebenfalls mit Wirksamkeit des vermittelten/nachgewiesenen Hauptvertrags fällig werden. Trägt hingegen der Käufer die Maklercourtage ausschließlich als zusätzliche Gegenleistung gegenüber dem Verkäufer, so sollte der Anspruch aus der Maklerklausel erst mit dem übrigen Kaufpreis fällig werden. Nur so lässt sich die Erbringung ungesicherter Vorleistungen vermeiden. Dazu ist der Notar, der grds. den sichersten Weg vorgeben sollte, verpflichtet.

Diese Vereinbarung kann zu Abwicklungsschwierigkeiten führen, wenn der Anspruch des Maklers gegen den Verkäufer fällig wird, bevor der Käufer dem Verkäufer gegenüber zur Zahlung verpflichtet ist. Der Käufer sollte daher bei vorheriger Fälligkeit des Maklerlohnanspruchs den entsprechenden Geldbetrag unmittelbar an den Verkäufer zahlen. Sonst könnte der Fall eintreten, dass der Verkäufer bereits an den Makler zahlen musste und der Käufer ein zweites Mal zahlt. Dies ist durch klare Regelungen im Kaufvertrag zu vermeiden.

## 5. Auswirkungen auf die Verjährung des Makleranspruchs

Der Anspruch eines Maklers verjährt gemäß § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB oder § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB in zwei oder vier Jahren. Dies kann durch die Maklerklausel verändert werden, nämlich wenn es sich um ein abstraktes Schuldanerkenntnis handelt und/oder die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erklärt wird. Dann gilt die dreißigjährige Verjährung des § 195 BGB bzw. § 218 Abs. 1 S. 2 BGB. Aus diesem Grunde ist es wichtig, in der Formulierung durch den Notar ein konstitutives von einem deklaratorischen Schuldanerkenntnis zu unterscheiden. Denn die verjährungsverlängernde Wirkung tritt im Regelfall nur bei einem konstitutiven Schuldanerkenntnis ein<sup>162</sup>. Das deklaratorische Aner-

<sup>162</sup>Sprau in: Palandt, § 780 BGB Rdnr. 8, § 781 Rdnr. 4.

kenntnis führt grds. nur zu einer Verjährungsunterbrechung gemäß § 208 BGB, was in den hier relevanten Fällen wirkungslos ist.

Hinsichtlich der Auswirkungen eines Vertrags zugunsten Dritter auf die Verjährung ist zu unterscheiden. Der Anspruch aus einem unechten Vertrag zugunsten Dritter, § 329 BGB, ist stets Teil der Kaufpreiszahlungspflicht des Käufers. Er verjährt daher wie der Kaufpreisanspruch. Das Gleiche kann auch im Rahmen des echten Vertrags zugunsten Dritter gelten, wenn der dem Makler zugewandte Anspruch nur unselbständiger Teil des Kaufpreises ist, den der Käufer an den Verkäufer zu erbringen hat. Anders liegen die Dinge jedoch, wenn es sich um ein neben dem Kaufvertrag vereinbartes Schuldanerkenntnis als Vertrag zugunsten Dritter handelt. Dann gilt für den Anspruch des Maklers die dreißigjährige Verjährung der §§ 780, 195 BGB.

Eine Belehrung über die Auswirkungen der Klausel auf die Verjährung sollte in die Urkunde aufgenommen werden. Je nach Einzelfall sollte der Notar von den Möglichkeiten des § 225 S. 2 BGB Gebrauch machen und regeln, dass sich durch ein Schuldanerkenntnis die Verjährung nicht verlängern, sondern die Regelung des § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 fortgelten soll.

## VI. Zusammenfassung

Nach alledem ist die in der Einleitung zitierte Kritik an der Verwendung von Maklerklauseln nur eingeschränkt zutreffend und im Wesentlichen zu undifferenziert. Die Dosierung unterscheidet das Gift von der Medizin. Ebenso ist es mit dem Einsatz von Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen. Der vorstehende Beitrag mag einige Anregungen für eine sinnvolle und richtig dosierte Medikamentierung gewähren. Insbesondere kann den Kritikern von Maklerklauseln der Wind aus den Segeln genommen werden, indem die Regelung dem Makler nicht mehr Rechte einräumt als erforderlich und so dem wohl verstandenen Interesse aller Beteiligten entspricht.

# Verfassungsrecht und Vormundschaftsrecht

## Auswirkungen des Beschlusses des BVerfG vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96<sup>1</sup> für die Praxis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung

Von Notar *Martin Thomas Reiß*, Münsterstadt

### I. Problemstellung

Handelt beim Abschluss bestimmter, für den Minderjährigen typischerweise besonders wichtiger Verträge<sup>2</sup> ein Vormund, muss zur Wirksamkeit des Vertrages eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingeholt werden.

Diese Genehmigung wird im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erteilt (§§ 35 ff FGG). Wird – wie praktisch wohl im Regelfall – die Genehmigung erst nachträglich zum Vertrag erteilt, wird nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB der Vertrag erst rechtswirksam, wenn der Vormund dem Vertragspart-

ner die Genehmigung mitgeteilt hat. Ab diesem Zeitpunkt kann im Interesse der Rechtssicherheit die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht mehr abgeändert werden (§ 55 FGG), auch nicht vom Beschwerdegericht (§ 62 FGG).

Bei notariellen Verträgen hat sich zur Vereinfachung des Vollzugs hierzu der Weg über eine »Doppelbevollmächtigung des Notars« entwickelt: Danach wird der Notar von den Vertragspartnern bevollmächtigt, die Genehmigung vom Gericht namens des Vormunds entgegenzunehmen, sie dem anderen Teil mitzuteilen und die Mitteilung für ihn entgegenzunehmen. Dies wird dann – etwa zur Vorlage beim Grundbuchamt – durch eine notarielle Eigenurkunde dokumentiert<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> MittBayNot 2000, 311.

<sup>2</sup> Eine Auflistung der wichtigsten Fälle findet sich in §§ 1821, 1822 BGB.

<sup>3</sup> Hierzu etwa *Reibold* in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A I 73 ff.

Das vorbezeichnete Verfahren gilt ebenso im Fall der Pflegschaft (§ 1915 BGB), der Nachlasspflegschaft (§ 1962 BGB) – die ihrerseits nur ein Sonderfall der Pflegschaft ist, so dass auch hier das Vormundschaftsrecht anwendbar ist (§§ 1962, 1915 BGB, 75 FGG)<sup>4</sup> –, der Betreuung (§ 1908 i BGB) und der elterlichen Vermögenssorge (§ 1643 BGB)<sup>5</sup>: In allen diesen Fällen wird für die nachlassgerichtliche (§ 1962 BGB), vormundschaftsgerichtliche (§§ 1821 ff. BGB), bzw. familiengerichtliche (§ 1643 BGB) Genehmigung ebenfalls auf §§ 1821 f., 1828 f. BGB, §§ 55, 62 FGG verwiesen<sup>6</sup>.

An diesem, seit Jahrzehnten eingespielten Verfahren hat die zu besprechende Entscheidung des BVerfG vom 18.1.2000 verfassungsrechtliche Korrekturen angebracht, deren Auswirkungen für die notarielle Praxis im Einzelnen zu untersuchen sind.

Gegenstand des Verfahrens war eine Verfassungsbeschwerde gegen eine nachlassgerichtliche Genehmigung: Für die unbekanntes Erben einer verstorbenen Miterbin eines Wohn- und Geschäftshauses in Schwerin war ein Nachlasspfleger bestellt worden. Nachdem der größte Teil der Erben, darunter die Beschwerdeführerin, ermittelt und für diese ein Teilerbschein<sup>7</sup> erteilt war, veräußerte der Nachlasspfleger das Anwesen an einen Miterben. Eine Rücksprache mit oder Anhörung der Beschwerdeführerin erfolgte weder durch den Nachlasspfleger, noch durch das Nachlassgericht. Die Beschwerdeführerin bekam vom Vertrag erst Kenntnis, nachdem die nachlassgerichtliche Genehmigung erteilt worden war und der beurkundende Notar unter Inanspruchnahme einer ihm von den Vertragsteilen erteilten »Doppelbevollmächtigung« die Rechtswirksamkeit des Vertrages herbeigeführt hatte. Die Beschwerde und weitere Beschwerde gegen die Erteilung der nachlassgerichtlichen Genehmigung wurden jeweils unter Hinweis auf §§ 55, 62 FGG zurückgewiesen. Daraufhin legte die Beschwerdeführerin Verfassungsbeschwerde ein<sup>8</sup>.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht bereits in einer einstweiligen Anordnung vom 19.3.1996, 1 BvR 321/96<sup>9</sup> bis zur endgültigen Entscheidung den weiteren Vollzug des Erbaueinsetzungsvertrages untersagt hatte, wurde nun die Genehmigung des Nachlassgerichts zu dem Vertrag als verfassungswidrig aufgehoben.

<sup>4</sup> *Staudinger-Marotzke*, BGB, (2000), 1960 Rdnrn. 31 ff.; *Palandt-Edenhofer*, BGB, 59. Aufl. 2000, § 1960 BGB, Rdnr. 11; *Erman-W. Schlüter*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 1960, Rdnr. 9.

<sup>5</sup> Gewisse Unterschiede gibt es hauptsächlich in der Art der genehmigungspflichtigen Geschäfte (§ 1643 Abs. 1 BGB verweist nur auf bestimmte Nummern des § 1822 BGB) und der Zuständigkeit. Nachdem die Rechtsprobleme bei allen Genehmigungsverfahren die selben sind, soll aus sprachlichen Gründen vom wohl verbreitetsten Fall der Betreuung ausgegangen werden, wobei die Ausführungen für die anderen Genehmigungsverfahren genauso gelten.

<sup>6</sup> Zum Nachlassgericht § 1962 BGB und § 75 FGG; beim nicht aus drücklich genannten Familiengericht liegt nach *Keidel-Kuntze-Engelhardt*, FGG, 14. Aufl. 1999, § 55 Rdnr. 1, ein Redaktionsversehen vor, die Vorschriften sind aber ebenso anwendbar; ebenso *Palandt-Diederichsen*, BGB, 59. Aufl. 2000, § 1643, Rdnr. 9; *Staudinger-Engler* (2000), § 1643, Rdnr. 61.

<sup>7</sup> Zum Begriff *Palandt-Edenhofer*, § 2353 Rdnr. 3; *Staudinger-Schilken* (1997), § 2353 Rdnr. 75.

<sup>8</sup> Siehe im Einzelnen Abschnitt A der Entscheidung, MittBayNot 2000, 311 f.

<sup>9</sup> BWNtZ 1996, 120 = ZEV 1996, 237 m. Anm. *Zimmermann*, S. 238 = NJW-RR 1996, 833. Die Ausführungen des BVerfG beschränkten sich hierbei auf eine Abwägung der Folgen, wenn der Vertrag durchgeführt wird oder wenn der Vollzug vorläufig unterbleibt; eine materielle Prüfung fand nicht statt.

Das BVerfG stellt hierbei auf zwei tragende Gründe ab: Einmal habe der Nachlassrechtspfleger gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen, weil er die Beschwerdeführerin nicht angehört habe (B.I. der Gründe). Zum anderen seien §§ 55, 62 FGG insoweit verfassungswidrig, als ein Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Rechtspflegers ausgeschlossen wird (B.II. und III. der Gründe). Die Entscheidungsformel hierzu wurde zwischenzeitlich mit Gesetzeskraft veröffentlicht (BGBl. I 2000, 444).

## II. Zivilrechtliche Mängel der Vorentscheidungen

Soweit das Bundesverfassungsgericht die versäumte Anhörung der bekannten Erben als Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens rügt<sup>10</sup>, ist der Entscheidung problemlos zu folgen.

### 1. Rechtliches Gehör im Genehmigungsverfahren

Bereits auf einfach-rechtlicher Ebene hätte die Entscheidung des Nachlassgerichts nicht ohne Anhörung der Beteiligten erfolgen dürfen:

Das verfassungsrechtliche Recht der materiell Beteiligten auf Gehör ist im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit allgemein anerkannt<sup>11</sup>. Neu<sup>12</sup> ist an der Entscheidung des BVerfG nur, dass die Pflicht zur Anhörung im Verfahren vor dem Rechtspfleger in Ziffer B.I.1. aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitet wird, da Art. 103 Abs. 1 GG nur für den Richter Anwendung finde. Die bisher herrschende Meinung hat dagegen immer Art. 103 Abs. 1 GG angewendet, ohne zwischen Richter und Rechtspfleger zu differenzieren<sup>13</sup>. Soweit damit das BVerfG unter Hinweis auf ältere Entscheidungen – trotz der seit dem 1.10.1998 gestärkten Stellung des Rechtspflegers<sup>14</sup> – dem Verfahren vor dem Rechtspfleger eine geringere verfassungsrechtliche Qualität zubilligt, hat die Entscheidung Kritik seitens der Rechtspfleger erfahren<sup>15</sup>. Im Ergebnis dürfte es aber eine eher akademische Fragestellung sein, ob man die (unstreitig bestehende) Pflicht zur Anhörung aus dem Rechtsstaatsprinzip oder aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ableitet<sup>16</sup>.

Seine einfach-gesetzliche Ausprägung hat das Recht auf Gehör im FGG-Verfahren insbesondere in § 50 b FGG und § 69 d FGG gefunden<sup>17</sup>. Danach soll das Kind oder Mündel

<sup>10</sup> Abschnitt B.I. der Begründung = MittBayNot 2000, 312 f.

<sup>11</sup> Z.B. BGH MDR 1989, 433; BayObLG MDR 1989, 467; BayObLG MDR 1992, 1062; *Demharter* GBO, 22. Aufl. 1997, § 1 GBO, Rdnr. 48 ff.; ferner BVerfG NJW 1991, 1283, 1284, wobei Gegenstand zwar eine polizeirechtliche Freiheitsentziehung war, für die jedoch das FGG analog anwendbar war.

<sup>12</sup> *Eickmann*, Rpfleger 2000, 245 spricht sogar von einer »Überraschungsentscheidung«.

<sup>13</sup> In diesem Sinn z. B. zuletzt BayObLG MittBayNot 1999, 478, 479 zur lastenfreien Abschreibung von Grundstücksteilen; *Demharter* a.a.O.

<sup>14</sup> Siehe das Dritte Gesetz zur Änderung des Rechtspflegergesetzes vom 6.8.1998, BGBl 1998 I 2030, in dem u.a. in § 9 RPfLG n.F. in Anlehnung an § 25 DRiG und Art 97 Abs. 1 GG die sachliche Unabhängigkeit der Rechtspfleger festgeschrieben wurde.

<sup>15</sup> So dezidiert *Dümig*, Rpfleger 2000, 248 f., ebenso *Eickmann* a.a.O.

<sup>16</sup> Eine andere Frage ist es, ob es methodisch glücklich ist, statt des in seiner Bedeutung relativ klaren Art. 103 GG das in seiner Ausgestaltung viel unbestimmtere Gebot eines fairen Verfahrens, also das Rechtsstaatsprinzip, zur Rechtsgrundlage zu erklären (ebenso *Eickmann*, a.a.O.).

bzw. der Betreute jeweils vor Entscheidungen angehört werden, sofern die Anhörung nicht unzulässig oder offensichtlich zwecklos ist. § 75 FGG verweist für die Nachlasspflegschaft auf das Vormundschaftsrecht, somit auch auf § 50 b FGG. Diese Anhörung der bekannten und auch erreichbaren Beschwerdeführerin wurde jedenfalls versäumt, so dass bereits hier ein Mangel der Vorentscheidungen liegt.

## 2. Zulässigkeit der Nachlasspflegschaft für bekannte Erben

Eine weitere Frage ist, ob überhaupt der Nachlasspfleger noch für die ermittelten Erben tätig werden durfte: Nachdem der Nachlasspfleger (insoweit enger als in den übrigen Fällen der Pflegerbestellung) in erster Linie nur zur Sicherung des Nachlasses für die zur Zeit noch nicht feststehenden Miterben bestellt wurde<sup>18</sup>, hätte die Nachlasspflegschaft für die bekannten Erben richtigerweise aufgehoben werden müssen<sup>19</sup>. *Sonnenfeld*<sup>20</sup> schlägt sogar eine automatische Beendigung der Pflegschaft analog § 1921 Abs. 3 BGB vor, da aufgrund der Erteilung des Erbscheins wie bei der Todeserklärung des Abwesenden offenkundig sei, dass das Bedürfnis für die Pflegschaft beendet ist.

## 3. Ergebnis

Die Vorentscheidungen weisen bereits erhebliche Verstöße gegen einfach-rechtliche Verfahrensvorschriften auf. Angesichts dieser erheblichen Rechtsfehler hätte bereits das OLG die Entscheidung in Korrektur der §§ 55, 62 FGG im Wege der von der Rechtsprechung anerkannten »außerordentlichen Beschwerde«<sup>21</sup> aufheben können<sup>22</sup> und müssen<sup>23</sup>.

## III. Die Verfassungswidrigkeit der §§ 55, 62 FGG

Problematisch und in ihren Auswirkungen für das ganze Vormundschaftswesen weitreichender ist dagegen die Begründung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der §§ 55 und 62 FGG<sup>24</sup>:

<sup>17</sup> So ausdrücklich BayObLGZ 1989, 242, 251, das generell beim Verkauf von Immobilien eine Anhörung des Pfleglings fordert. Ist dieser geschäftsfähig (es ging im Fall des BayObLG um eine Gebrechlichkeitspflegschaft), sei sogar eine ausdrückliche Zustimmung nötig.

<sup>18</sup> *Staudinger-Marotzke* (2000), § 1960 BGB, Rdnrn. 23, 47

<sup>19</sup> *Staudinger-Marotzke* a.a.O., Rdnr. 56; *Sonnenfeld*, Rpfleger 2000, 246 unter Hinweis auf § 1919 BGB

<sup>20</sup> A.a.O.

<sup>21</sup> Zu der Kontroverse, ob die außerordentliche Beschwerde bereits eröffnet ist, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs beruht, bejahend z.B. *Schneider* MDR 1997, 1148, 1149, *ders.* MDR 1998, 1246 f.; a.A. die h.Rspr., z.B. BGH MDR 1997, 1147, 1148; BayObLGZ 1989, 242, 249; BayObLG MDR 1998, 1245, 1246; OLG Stuttgart FamRZ 1998, 1323, 1325, wonach weitere Gründe für eine greifbare Gesetzeswidrigkeit vorliegen müssen.

<sup>22</sup> BayObLGZ 1989, 242, 249; BayObLG Rpfleger 1991, 457, 458; BayObLG MittBayNot 1998, 107, 108 bezeichnet das als »allgemein anerkannt«; ebenso *Keidel-Kuntze-Engelhardt*, FGG, 14. Aufl. 1999, § 55 Rnr. 14; *Zimmermann*, ZEV 1996, 238. Hieran zweifelnd OLG Stuttgart FamRZ 1998, 1323, 1325 mit kritischer Besprechung von *Gregor Vollkommer*, FamRZ 1999, 667 ff. Nach Ansicht des BVerfG (B.II.2. der Gründe) genügt jedoch diese ausnahmsweise angenommene Beschwerdemöglichkeit in Fällen einer »greifbaren Gesetzeswidrigkeit« nicht dem von Art. 19 Abs. 4 GG geforderten effektiven Rechtsschutz.

<sup>23</sup> Ebenso *Sonnenfeld*, Rpfleger 2000, 246, 247.

<sup>24</sup> Ziffer B.II. der Gründe.

## 1. Die Argumentation des BVerfG

Die Begründung des BVerfG lässt sich wie folgt zusammenfassen: Art. 19 Abs. 4 GG verlangt einen effektiven Rechtsschutz des Einzelnen gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt. In Fällen wie dem vorliegenden schneiden §§ 55, 62 FGG ab Mitteilung der gerichtlichen Genehmigung des Vertrags an den Vertragspartner die Möglichkeit zur Einlegung einer Beschwerde für den in seinen Rechten betroffenen Vertretenen ab. Damit ist eine gerichtliche Überprüfung der Entscheidung des Rechtspflegers (§ 3 Nr. 2 a und c RPFiG) im Regelfall nicht mehr möglich.

## 2. Zur Anwendung auf weitere Genehmigungsverfahren

Unmittelbar bezieht sich die Entscheidung zwar auf eine Nachlasspflegschaft, und hierbei auf einen – wie sich in Abschnitt II. gezeigt hat – noch dazu recht ungewöhnlichen und von den Vorinstanzen grob falsch behandelten Fall. Gleichwohl beschränkt sich die Entscheidung nicht auf Fälle der Nachlasspflegschaft mit nicht angehörten Erben, sondern sollte nach Vorstellung des BVerfG allgemein zu §§ 55, 62 FGG ergehen.

Dies ergibt sich einmal daraus, dass die Ausführungen zu B.II. für die konkrete Entscheidung streng genommen gar nicht mehr erheblich waren<sup>25</sup>, da die Rechtspflegerentscheidung bereits in Abschnitt B.I. für verfassungswidrig erklärt wurde. Das BVerfG setzt an dieser Stelle jedoch noch einmal (auch im Duktus der Begründung) neu an und begründet – losgelöst vom Einzelfall – die Verfassungswidrigkeit der §§ 55 und 62 FGG. Dafür, dass das BVerfG insgesamt über §§ 55, 62 FGG in all ihren Anwendungsformen entscheiden wollte, spricht auch der im Bundesgesetzblatt<sup>26</sup> veröffentlichte Leitsatz.

Die Übertragbarkeit der Leitsätze des BVerfG auf alle übrigen Genehmigungsverfahren des Vormundschafts-, Nachlass- und Familiengerichts ergibt sich daraus, dass – wie schon in Abschnitt I. gezeigt – sämtliche Genehmigungsverfahren über verschiedene Verweisungen nach den selben Vorschriften geregelt sind; insbesondere sind in allen Fällen die §§ 55, 62 FGG anwendbar<sup>27</sup>.

## 3. Verfahrensrechtliche Konsequenzen

In Ziffer B.III. der Entscheidungsgründe umreißt das BVerfG die Konsequenzen der von ihm festgestellten Verfassungswidrigkeit. Entsprechend seiner ständigen Rechtsprechung erklärt es die §§ 55, 62 FGG nicht einfach für nichtig, da dem Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten zur Gesetzeskorrektur zur Verfügung stehen:

- Eine Möglichkeit wäre, Entscheidungen des Rechtspflegers insgesamt aus §§ 55, 62 FGG »herauszunehmen«<sup>28</sup>.
- Nachdem das BVerfG gerade auf Entscheidungen des *Rechtspflegers* Bezug nimmt, ist zu prüfen, ob etwas anderes gilt, wenn ein *Richter* entscheidet. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob das Problem durch eine Änderung der Zuständigkeitsverteilung zu lösen wäre.

<sup>25</sup> Sieht man von der in MittBayNot 2000, 311 nicht mehr abgedruckten Kostenentscheidung (B IV. der Gründe) ab, in der der Bundesrepublik Deutschland wegen des verfassungswidrigen Bundesgesetzes 1/2 der Kosten auferlegt wurde.

<sup>26</sup> BGBl. 2000 I 444.

<sup>27</sup> Ebenso *Dümmig*, Rpfleger 2000, 248, 249.

<sup>28</sup> So wörtlich das BVerfG in B.III.1. als erste Möglichkeit.

c) Der letzte vorgeschlagene, und bis zu einer gesetzlichen Neuregelung vom BVerfG dem Rechtspfleger gewiesene Weg ist, die Entscheidung durch einen Vorbescheid anzukündigen und die Genehmigung erst dann zu erteilen, wenn der in seinen Rechten Betroffene nicht innerhalb einer bestimmten Frist Rechtsmittel eingelegt hat.

#### a) Einschränkung der §§ 55, 62 FGG

Folge der ersten Lösung (»Herausnahme« der Rechtspflegerentscheidungen, damit also zumindest partielle Streichung der §§ 55 und 62 FGG) wäre ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit, da dann eine erfolgreiche nachträgliche Beschwerde dem abgeschlossenen Vertrag den rechtlichen Boden rückwirkend entziehen könnte. Diese unbefriedigende Rechtslage ist etwa der Rechtslage bei Anfechtung einer Genehmigung nach der GVO in den neuen Bundesländern vergleichbar<sup>29</sup> mit ähnlich schwierigen Folgen für die Notarpraxis: So müssten z.B. Mittel für die Sicherung des Rückzahlungsanspruchs des Käufers bei Aufhebung des Vertrages entwickelt werden.

Auf der anderen Seite wäre dem Betreuten aber wenig geholfen, wenn sich in der Zeit bis zur Aufhebung der Genehmigung ein Gutgläubenserwerb eines Dritten ereignet hätte<sup>30</sup>. Weil damit die Gefahr eines nicht justiziablen Rechtsverlustes zeitlich nur etwas aufgeschoben würde, dürfte diese Lösung auch nicht den Intentionen des BVerfG entsprechen. Wegen dieses Risikos im Erbscheinsverfahren wurde eigentlich das Vorbescheidsverfahren im Erbrecht entwickelt<sup>31</sup>.

Diese Schwierigkeiten können sich nur dadurch einigermaßen beherrschen lassen, wenn man §§ 55, 62 FGG, § 1829 BGB dahingehend änderte, dass gegen die Genehmigung sofortige Beschwerde zugelassen wird und von der Genehmigung erst nach Fristablauf Gebrauch gemacht werden kann<sup>32</sup>. Nachdem das BVerfG implizit gerade von einem Interessengegensatz zwischen Betroffenen und Pfleger ausgeht, darf die Entscheidung jedoch dann nicht dem Pfleger/Betreuer zugestellt werden. Richtiger Adressat wäre stattdessen – sofern der Betreute/Minderjährige nicht ausnahmsweise selbst seine Rechte wahrnehmen kann – ein Verfahrenspfleger, der entsprechend § 67 FGG (Betreuung) bzw. § 50 FGG (»Anwalt des Kindes«) ggf. in analoger Anwendung, zu bestellen wäre<sup>33</sup>.

Im Ergebnis wirkt sich dieser Vorschlag ähnlich aus wie die Lösung des BVerfG über einen Vorbescheid: In beiden Fällen würde eine vorerst noch vorläufige Entscheidung nach einer gesetzeten Rechtsbehelfsfrist endgültig wirksam; in beiden Fällen wäre auch der Vertrag erst nach Fristablauf wirksam und vollziehbar.

<sup>29</sup> Hierzu z.B. *Krauß* in: Beck'sches Notarhandbuch, A IX, Rdnrn. 127 ff.

<sup>30</sup> Wird für den Betreuten nicht ein Verfahrenspfleger aufgestellt (hierzu sogleich), wäre dieses Risiko im Vergleich zu den sonstigen Fällen des Gutgläubenserwerbs dadurch erhöht, dass der Betreute normalerweise selbst nicht geschäftsfähig und trotz § 59 FGG oft aus tatsächlichen Gründen nicht imstande ist, Rechtsmittel einzulegen. Bis zu einer späteren Beschwerde (z.B. bei Gesundung oder Volljährigwerden des Mündels oder Ernennung eines neuen Betreuers) kann so leicht erhebliche Zeit verstrichen sein.

<sup>31</sup> Hierzu z.B. *Pentz*, MDR 1990, 586; *Palandt-Edenhofer*, § 2353 Rdnr. 22; *Staudinger-Schilken* (1997), § 2353 BGB, Rdnr. 83; *Erman-W. Schlüter*, § 2353 Rdnr. 13.

<sup>32</sup> So der Vorschlag von *Sonnenfeld*, Rpfleger 2000, 246, 247.

<sup>33</sup> Ebenso *Sonnenfeld* a.a.O. unter Hinweis auf B.I.3.b. der Begründung des BVerfG.

#### b) Richterliche Genehmigungsentscheidung

Die sich auf den ersten Blick anbietende Lösung, diese Probleme einfach dadurch zu umgehen, dass man (etwa durch eine Änderung des Rechtspflegergesetzes) den Richter anstelle des Rechtspflegers entscheiden lässt, überzeugt bei näherer verfassungsrechtlicher Prüfung nicht: zwar judiziert das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, Art. 19 Abs. 4 GG gewähre nur einen Schutz durch den Richter, nicht vor dem Richter und insbesondere keine zweite Instanz<sup>34</sup>.

In seiner letztgenannten Entscheidung hat das BVerfG jedoch betont, dass eine vorherige Anhörung des Betroffenen nur unterbleiben darf, wenn sie wegen der objektiven Eilbedürftigkeit der Maßnahme nicht möglich ist<sup>35</sup>.

Der entscheidende Punkt der zu besprechenden Entscheidung ist bei näherer Prüfung (trotz anders lautender Formulierungen des BVerfG) auch gar nicht, dass der Rechtspfleger entschieden hat, sondern dass dem Betroffenen im Vorfeld rechtliches Gehör und nach der Entscheidung eine Korrekturmöglichkeit versagt wurde. Hätte ein Richter entsprechend entschieden, wäre das Ergebnis genauso falsch und ebenso verfassungswidrig<sup>36</sup>.

Eine Ausweitung des Richtervorbehalts würde auch nur die in der Praxis bewährte Verlagerung großer Teile der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf hoch qualifizierte Rechtspfleger rückgängig machen und auch aus diesem Grund keinen Sinn machen.

#### c) Die Vorbescheidslösung des BVerfG

Der letzte, vom BVerfG gewiesene Weg ist die Lösung über einen »Vorbescheid«. Das BVerfG bezieht sich in Abschnitt B.III. der Gründe selbst unter Verweis auf die grundlegenden Entscheidungen auf den im Erbrecht anerkannten Vorbescheid. Zweck ist dort, bei widerstrebenden Erbprätendenten zu vermeiden, dass mit dem erteilten Erbschein der begünstigte Erbe bis zur späteren Einziehung (§ 2361 BGB) zum Schaden des wahren Erben wirksame (§§ 2365 ff. BGB) Verfügungen trifft. Im Vorbescheidsverfahren soll den benachteiligten Erbprätendenten die Möglichkeit gegeben werden, vor Erbscheinerteilung ihre Bedenken im Beschwerdeweg prüfen zu lassen<sup>37</sup>.

Auf das Vormundschaftsverfahren angewendet führt auch diese Lösung wieder dazu, dass für den Betreuten ein Verfahrenspfleger bestellt werden muss, da eine Zustellung an den Betreuer oder den selbst nicht handlungsfähigen Betreuten dem Rechtsschutzzweck sicher nicht genügt<sup>38</sup>. Diesem Verfahrenspfleger muss dann die vorgesehene Entscheidung in einem Vorbescheid angekündigt und eine Frist zur Einlegung von Rechtsmitteln gesetzt werden. Erst nach Ablauf der Frist darf dann die Genehmigung erteilt werden.

<sup>34</sup> So z.B. BVerfG NJW 1979, 154, 155 (=BVerfGE 49, 329) und BVerfG NJW 1991, 1283, 1284.

<sup>35</sup> NJW 1991, 1283, 1285; ebenso BVerfGE 9, 89, 96 ff. für strafprozessuale Eilmaßnahmen.

<sup>36</sup> Ebenso *Sonnenfeld* Rpfleger 2000, 246, 247: »keineswegs ein Rechtspflegerproblem«.

<sup>37</sup> Hierzu *Pentz* MDR 1990, 586, *Palandt-Edenhofer*, § 2353 BGB, Rdnr. 22, *Staudinger-Schilken*, § 2353 BGB, Rdnr. 83; *Erman-W. Schlüter*, § 2353 Rdnrn. 13, 14.

<sup>38</sup> So im Gefolge des BVerfG auch das AG Schweinfurt in seinem nicht veröffentlichten Beschluss vom 3.5.2000, XVII 1159/92.

#### 4. Kritik an der Lösung des BVerfG

Das vom BVerfG vorgesehene Verfahren führt auf jeden Fall zu einer erheblichen Verzögerung, die bis zum Scheitern des Vertrages führen kann<sup>39</sup>. Immerhin dürfte zur Beschleunigung des Verfahrens wohl ein »Rechtsmittelverzicht« des Verfahrenspflegers auch verfassungsrechtlich möglich sein, wenn er sich vor Ablauf der gesetzten Frist von der Richtigkeit der Entscheidung überzeugt hat.

In Anbetracht dieser zwangsläufigen Verzögerungen ist auch an § 1829 Abs. 2 BGB zu denken: nach dieser Vorschrift hätte ein reuiger Vertragspartner fast stets die Möglichkeit, den Vormund zur Mitteilung der Genehmigung aufzufordern, um sich dann nach fruchtlosem Ablauf der Zweiwochenfrist elegant aus dem Vertrag zu lösen<sup>40</sup>. Dieses Problem stellt sich übrigens ebenso bei der Lösung von *Sonnenfeld* (s.o.), da auch dort die vorerst anfechtbare Genehmigung erst nach Ablauf der Beschwerdefrist mitgeteilt werden darf<sup>41</sup>. Im Zuge der vom BVerfG geforderten Änderung des Vormundschaftsrechts müsste also mindestens auch § 1829 Abs. 2 BGB angepasst werden, z.B. indem die Frist nicht vor Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung beginnt oder eine Mitteilung der angekündigten oder noch nicht bestandekräftigen Entscheidung die Frist unterbricht. Nachdem die Frist dispositives Recht ist, sollte bis dahin eine mindestens individualvertragliche Verlängerung der Frist erwogen werden<sup>42</sup>. Der Preis hierfür ist aber jedenfalls ein möglicherweise langer Schwebezustand für den Vertragspartner.

Beim Verkauf einer Immobilie durch den Nichtgeschäftsfähigen verzögert sich der Vollzug noch weiter dadurch, dass eine Vormerkung für den Käufer (und ebenso etwaige Finanzierungsgrundpfandrechte<sup>43</sup>) erst nach vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung des Vertrags im Grundbuch eingetragen werden können<sup>44</sup>.

Die Notare werden sich somit auf erhebliche Erschwerungen beim Vollzug einstellen müssen. Gewisse Möglichkeiten zur Verfahrensbeschleunigung könnten neben dem bereits erörterten »Rechtsmittelverzicht« durch den Verfahrenspfleger auch darin liegen, dass das Genehmigungsverfahren (mit Bestellung und Anhörung des Verfahrenspflegers) schon vor der Beurkundung eingeleitet wird<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> Ebenso *Langenfeld* ZEV 2000, 195.

<sup>40</sup> Wegen der kurzen, an § 108 BGB angelehnten Frist des § 1829 Abs. 2 BGB schon zu der derzeitigen Gesetzeslage (vor der BVerfG-Entscheidung) kritisch: *Staudinger-Engler* (1999), § 1829 BGB, Rdnr. 38.

<sup>41</sup> Rpfleger 2000, 246, 247.

<sup>42</sup> Ebenso *Staudinger-Engler* a.a.O., noch zur »alten« Rechtslage vor der BVerfG-Entscheidung.

<sup>43</sup> Nach der h.M. umfasst die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Kaufvertrags (bei minderjährigem Verkäufer) nicht auch die Belastung mit einem Grundpfandrecht aufgrund einer Finanzierungsvollmacht, *Haegle-Schöner-Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl., 1997, Rdnr. 3688; *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch A I 126. m.w.N.; *Staudinger-Engler* (1999), § 1821 Rdnr. 58; *Müller*, DNotI-Report 1997, 171 f. Nachdem in einer ordentlich gearbeiteten Finanzierungsvollmacht eine recht weitgehende Absicherung des Verkäufers erreicht werden kann (so *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch A I 119: »weitgehend beherrschbare Risiken«) und gleichzeitig der Verkäufer aufgrund des wirksamen Vertrages zur Mitwirkung an der Kaufpreisfinanzierung verpflichtet ist, dürften m.E. jedoch auch gewichtige Argumente gegen eine erneute Genehmigungsbedürftigkeit sprechen.

<sup>44</sup> *Haegle-Schöner-Stöber*, Rdnr. 1492.

Ein Unbehagen an der Lösung des BVerfG bleibt auch deswegen, weil zumindest in nicht offensichtlich »krummen« Fällen nicht recht einsichtig ist, nach welchen Kriterien der – normalerweise außen stehende – Verfahrenspfleger seine Entscheidung treffen soll. Im Zweifel wird er sich wohl der Entscheidung des Betreuers und des Vormundschaftsrichters anschließen, da diese die Verhältnisse besser kennen.

Kommt man mit dem BVerfG zu einem fast obligatorischen Verfahrenspfleger, wird auch das vom Gesetz als Normalfall gedachte System überschritten, dass der vom Gericht ausgewählte Betreuer bei besonders wichtigen Angelegenheiten unter Aufsicht des Gerichts tätig wird, wobei das Gesetz eine Ausnahme hiervon nur im Fall möglicher Interessenkollisionen in der Person des Betreuers kennt: Dann ist ein Ergänzungspfleger (§ 1795 BGB) zu bestellen<sup>46</sup>. Wenn das BVerfG eine Überwachung des Betreuers durch das Gericht nicht für ausreichend hält, sondern einen Verfahrenspfleger fordert, drängt sich der weitere Gedanke auf, ob dann nicht auch ein weiterer Schutz gegen Fehler des Verfahrenspflegers nötig ist, was zu einer nicht endenden Kette von Pflegern führen müsste.

Nachdem in allen bisherigen Erwägungen auch nur der Rechtsschutz des Betroffenen *gegen* Genehmigungen berücksichtigt wurde, ergeben sich weitere Bedenken auch aus ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Interessen, die *für* ein möglichst einfaches Verfahren sprechen, wie das Interesse des Betretenen an einer möglichst schnellen und effizienten Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Verfügung über sein Vermögen, das ebenfalls über Art. 14 GG Schutz verdient<sup>47</sup> oder das Interesse der Familien (bei Verfügungen der Eltern), dass sich kein außenstehender Verfahrenspfleger in die familiären Entscheidungen einmischen soll (Art. 6 GG). Mit anderen Worten ist also auch hier wieder ein Ausgleich zu suchen.

#### IV. Einschränkung des Anwendungsbereichs der Entscheidung

In einem weiteren Schritt ist nun zu prüfen, in welchem Maße das BVerfG wirklich die vorstehend beschriebenen Konsequenzen bedacht und gewollt hat, und ob die Entscheidung weitere Möglichkeiten einer praktikableren Gestaltung oder Nichtanwendung in bestimmten Fällen bietet.

<sup>45</sup> Eine Genehmigung vor Vertragsabschluss, auf die § 1829 BGB nicht anwendbar wäre (*Staudinger-Engler* [1999], § 1829, Rdnr. 5), dürfte aber – wie auch jetzt schon – deswegen die Ausnahme bleiben, weil der Vertrag seine Endform erst in der Urkunde erhält und sonst entweder Entscheidungsspielräume offen gehalten werden müssten oder jede Änderung bei der Beurkundung (z.B. Käufer will später zahlen, Inventar wird mitverkauft) einer erneuten Genehmigung bedürfte.

<sup>46</sup> Immerhin liegt diese Rechtsentwicklung insoweit im Trend, als gerade das Betreuungsgesetz und folgende Gesetze für besonders wichtige Entscheidungen, wie z.B. die Betreuerbestellung, die Sterilisation (§ 67 FGG) und die Unterbringung (§ 70 b FGG) die Bestellung eines Verfahrenspflegers vorsehen und auch das reformierte Kindschaftsrecht in § 50 FGG einen »Anwalt des Kindes« eingeführt hat. Eine gewisse Gegenbewegung lässt sich jedoch darin sehen, dass das Betreuungsrechtsänderungsgesetz in § 67 Abs. 1 Satz 3 FGG wieder eine Einschränkung gebracht hat, »wenn ein Interesse des Betroffenen ... offensichtlich nicht besteht« (*Sonnenfeld*, a.a.O., S. 247).

<sup>47</sup> So, ohne jedoch explizit auf das Verfassungsrecht zurückzugreifen, auch *Langenfeld* in seiner Anmerkung ZEV 2000, 195.

Bei einer Analyse der Entscheidung fällt zunächst auf, dass das BVerfG immer nur von den Rechten der (bekannten und geschäftsfähigen) Beschwerdeführerin<sup>48</sup>, nicht jedoch von etwa auch verletzten Rechten der unbekannt Miterben spricht. Ein Grund mag immerhin darin liegen, dass Prozessgegenstand der Verfassungsbeschwerde nur die Grundrechtsverletzung der Beschwerdeführerin war; nachdem das BVerfG das Verfahren jedoch zum Anlass genommen hat, eine Grundsatzentscheidung zu treffen, hätte es zumindest nahe gelegen, dass das Gericht auch zu der sich zwangsläufig ergebenden Folgefrage Stellung genommen hätte, ob und in welcher Weise auch die weiteren (unbekannten) Miterben hätten beteiligt werden müssen.

Wie oben schon unter II. ausgeführt, bestand die Nachlasspflegschaft für die geschäftsfähige, bekannte und erreichbare Beschwerdeführerin eigentlich zu Unrecht. Normalerweise wird eine Vormundschaft, Betreuung oder Pflegschaft nur dann angeordnet, wenn der Betreute wegen Behinderung, Abwesenheit, Gebrechlichkeit, Minderjährigkeit und ähnlichen Gründen selbst seine Interessen nicht wahrnehmen kann<sup>49</sup>. Weil das BVerfG von einem Ausnahmefall ausgeht, spricht es an keiner Stelle die oben (III.3.a.) entwickelte Konsequenz aus, dass für den nichtgeschäftsfähigen Betreuten im Regelfall analog §§ 67, 50 FGG ein Verfahrenspfleger bestellt werden müsste; auch die sich daraus ergebenden Erschwerungen für das Verfahren werden an keiner Stelle erwähnt.

Auch das vom BVerfG als Vergleich herangezogene Vorbescheidsverfahren im Erbrecht ist nur zulässig, wenn eine streitige Entscheidung zu erwarten ist – normalerweise also bei sich widersprechenden Erbscheinsanträgen verschiedener Erbprätendenten. Kein Nachlassrichter würde dagegen auf den Gedanken kommen, in einem »eindeutigen« Sachverhalt sozusagen formularmäßig einen »Vorbescheid für den, den es angeht« zu erteilen, damit kein Rechtsverlust eines Erben aufgrund eines allen Beteiligten noch unbekannt Testaments eintritt.

Wenn also sowohl der vom BVerfG entschiedene Fall (weil die Entscheidung sozusagen hinter dem Rücken des Betroffenen gefällt wurde) als auch der vom BVerfG herangezogene Vergleichsfall des Vorbescheids jeweils »kontroverse« Gestaltungen betreffen, liegt der Gedanke nahe, dass möglicherweise das BVerfG auch nur »kontroverse Fälle« im Auge hatte und die Entscheidungsgründe daher auf die große Masse der »eindeutigen« Fälle gar nicht anwendbar wären.

Eine teleologische Reduktion in diesem Sinne könnte etwa so erfolgen<sup>50</sup>:

In einem ersten Schritt müsste das Gericht prüfen, ob eine Anhörung des Betroffenen möglich und tunlich ist (vgl. jetzt schon § 69 d FGG) und ob vernünftige Zweifel daran bestehen, dass die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung im Interesse des Betroffenen liegt. Erklärt z.B. der gebrechliche Betreute in nachvollziehbarer Weise, die Maßnahme zu billigen, dürfte ein Verfahrenspfleger im Regelfall nicht mehr

nötig sein. Dies gilt ebenso, wenn die Maßnahme bei vernünftiger Prüfung die einzige objektiv sinnvolle Lösung ist (z.B. Verkauf des leer stehenden, sonst dem Verfall preisgegebenen Hauses des Pflegeheimbewohners zu einem angemessenen Preis zur Deckung der Heimkosten), in Bagatellfällen oder bei der Erfüllung bloßer Verbindlichkeiten (hierunter müsste auch die Ausnutzung der Finanzierungsvollmacht zählen, wenn man hierzu eine gesonderte Genehmigung fordert<sup>51</sup>).

Ein Vorbescheid mit Verfahrenspfleger wäre dagegen etwa in folgenden Fällen erforderlich:

- Handeln gegen den (nicht objektiv völlig unvernünftigen) Willen des Betreuten,
- Handeln gegen den Willen naher Angehöriger, möglicherweise auch Erben des Betreuten,
- mögliche Interessenkonflikte wegen Verflechtungen zwischen Betreuer und Nutznießer des Geschäfts (z.B. ein Verwandter des Betreuers ist Käufer),
- besondere Komplexität der Maßnahme (z.B. wirtschaftliche Konsequenzen eines Gesellschaftsvertrages).

Damit würde das Vorbescheidsverfahren auf ersichtlich kontroverse Fälle zurückgedrängt, insbesondere, wenn die Genehmigung dem erklärten Willen des Betreuten widerspricht<sup>52</sup>. Ebenso wäre dann auch jeweils ein Sinn der Maßnahme begründbar; so könnte z.B. bei Verwandtengeschäften ein außenstehender Dritter als Verfahrenspfleger die Maßnahme kontrollieren oder bei Gesellschaftsverträgen ein Wirtschaftsprüfer seine Sachkunde nutzen.

Die vorstehenden Überlegungen versuchen, zwischen den verfassungsrechtlichen Erwägungen des BVerfG und einem effizienten Verfahrensablauf einen praktikablen Kompromiss zu finden. Läge »nur« eine höchstrichterliche Entscheidung vor, würde sie vermutlich nach dem Grundsatz »hard cases make bad law«<sup>53</sup> über den Einzelfall hinaus bis zu einer neuen Präzisierung durch das Gericht generell nicht angewendet. Ein solcher Weg ist jedoch wegen der Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidung des BVerfG (§ 31 BVerfGG) nicht möglich<sup>54</sup>. Insbesondere ist damit zu rechnen, dass sich die entscheidenden Rechtspfleger, schon wegen des Haftungsrisikos, wenn eine abweichende Ansicht später nicht gebilligt wird, an die Leitlinien des BVerfG halten werden<sup>55</sup>.

Hier also muss der Gesetzgeber tätig werden. Ein gewisser Gestaltungsspielraum für den Gesetzgeber dürfte sich daraus ergeben, dass das BVerfG zu den Folgen seiner Entscheidung nur relativ knappe Ausführungen gemacht hat.

<sup>51</sup> Vgl. Fußnote 43.

<sup>52</sup> Vgl. etwa den Fall des BayObLG in BayObLGZ 1989, 242, bei dem ein Haus der geschäftsfähigen, wenn auch gebrechlichen Betroffenen gegen deren erklärten Willen hinter deren Rücken verkauft wurde.

<sup>53</sup> Oder klassisch mit *Langenfeld* a.a.O. ausgedrückt: »Fiat iustitia, pereat mundus«.

<sup>54</sup> Ebenso *Dümmig*, Rpfleger 200, 248, 249.

<sup>55</sup> Ein Haftungsvorwurf wegen in der Vergangenheit erteilter Genehmigungen (wobei auch eine gewisse Übergangsfrist bis zum Bekanntwerden der Entscheidung in der maßgeblichen Fachliteratur zuzubilligen ist) dürfte dagegen schon deswegen ausscheiden, weil die Entscheidung des BVerfG als »Überraschungsentscheidung« (so *Eickmann*, Rpfleger 2000, 245) nicht absehbar war (so zum ähnlichen Problem der Haftung des Rechtsanwalts für falsche Beratung bei Rechtsprechungsänderungen z.B. die Nachweise bei *Palandt-Heinrichs*, § 276 Rdnr. 41).

## V. Weitere praktische Konsequenzen der Entscheidung

### 1. Doppelbevollmächtigung

#### a) Generelle Zulässigkeit

Keine Bedeutung hat dagegen die Entscheidung des BVerfG für die in der notariellen Praxis übliche »Doppelvollmacht«. Die Doppelvollmacht wird üblicherweise eingesetzt, um im Falle der nachträglichen<sup>56</sup> vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Vertrages im Bereich des § 20 GBO durch eine notarielle Eigenurkunde einen einfachen Nachweis der Rechtswirksamkeit der Auflassung gemäß § 1829 BGB in grundbuchmäßiger Form führen zu können<sup>57, 58</sup>.

Zwar wird in der einschlägigen Rechtsprechung die »Doppelvollmacht« des Notars meist als besonders bedenkliches Beispiel für eine Entscheidung sozusagen hinter dem Rücken des Betroffenen zitiert<sup>59</sup>. Das BVerfG hat die Doppelbevollmächtigung als solche jedoch nicht beanstandet. In der Sache bewirkt die Doppelvollmacht auch nur ein vergleichsweise schnelles Wirksamwerden des Vertrages; das gleiche Risiko für das Mündel würde sich auch dann ergeben, wenn der Vormund selbst die »druckfrische« Genehmigung bei Gericht abholt und sofort dem Vertragspartner mitteilt<sup>60</sup>. Prüft man die zitierten Entscheidungen näher, war auch die »Doppelvoll-

macht« nie der entscheidende Grund der Rechtsverletzung, die Vollmacht dient stets nur als weiteres Argumentationsmittel des Gerichts dafür, dass die (regelmäßig wegen fehlender Anhörung des Betroffenen rechtswidrige) Entscheidung in kürzester Zeit unanfechtbar wurde.

#### b) Verfahrensfragen

Hiervon zu trennen ist die weitere Frage, wie bei der Doppelvollmacht dem Anliegen des Gesetzgebers Rechnung getragen wird, dem Vormund noch einmal Gelegenheit zu geben, ohne jede Bindung noch einmal zu entscheiden, ob er von der Genehmigung wirklich Gebrauch machen will<sup>61</sup>.

Diese materiellen Grundlagen sind auch vom Notar als Bevollmächtigtem zu beachten: Die »Doppelvollmacht« unterscheidet sich also in einem Punkt von den sonst üblichen Vollzugsvollmachten (z.B. zur Einholung sonstiger Genehmigungen): Bei den sonstigen Genehmigungen besteht (abgesehen von Ausnahmefällen, etwa bei Nichtigkeit des Vertrages) grundsätzlich die vertragliche Nebenpflicht jedes Vertragsteils zur Herbeiführung der Wirksamkeit des Vertrages<sup>62</sup>. Damit kann die Herbeiführung der Wirksamkeit des Vertrages nie den Interessen des Beteiligten widersprechen; ein entgegenstehender Wille wäre jedenfalls nach § 242 BGB unbeachtlich. Bei der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung besteht eine Bindung des Betreuten bzw. des Betreuers vor Mitteilung dagegen gerade nicht. Damit besteht hier eher die Gefahr, dass das Gebrauchmachen von der Genehmigung den Interessen des Betreuten widerspricht.

Der Notar ist zwar als Bevollmächtigter/Beauftragter<sup>63</sup> stets gehalten, die Vollmacht im Interesse des Vollmachtgebers<sup>64</sup> auszuüben. Der Umfang der Interessenwahrungspflicht bei jeder Vollmacht ergibt sich jedoch aus dem zugrunde liegenden Auftragsverhältnis. Nachdem hier der Notar regelmäßig zum Zwecke der Herbeiführung der Rechtswirksamkeit des Vertrages tätig werden soll und die Parteien ihn auch gerade nicht anweisen, neue selbständige Prüfungen des Vertrages vorzunehmen (das kann und soll der Notar auch gar nicht tun), muss der Notar nur prüfen, ob ihm zwischenzeitlich Umstände vorgetragen wurden, die gegen eine Mitteilung der Genehmigung sprechen; insbesondere sind neue gegenteilige Weisungen des Vormunds zu beachten<sup>65, 66</sup>. Das kann immerhin dazu führen, dass der Notar in Zweifelsfällen die Doppelvollmacht nicht ausübt oder vor der Ausübung eine erneute Anhörung der Beteiligten in Betracht zieht.

<sup>56</sup> Liegt die Genehmigung bei Beurkundung schon vor, stellt sich das Problem nicht, da der Vertrag dann mit Abschluss wirksam wird, *Staudinger-Engler* (1999), § 1829 BGB, Rdnr. 5; *Haegle-Schöner-Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3737.

<sup>57</sup> Siehe hierzu im Anwendungsbereich des § 20 GBO *Demharter*, GBO, § 20 Rdnr. 41 einerseits und im Bereich des § 19: *ders.* § 19 GBO, Rdnrn. 69 f. andererseits; *Haegle-Schöner-Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3747; *Reibold* in Beck'sches Notarhandbuch, A.I. Rdnr. 74.

<sup>58</sup> Denkbare Alternativen, um den Nachweis der Mitteilung der Genehmigung in der Form des § 29 GBO führen zu können, wären entweder (als eher theoretische Möglichkeit) eine Zustellung (§ 132 BGB) der Genehmigung im Auftrag des Betreuers an den Dritten oder eine Nachtragsbeurkundung über die Mitteilung. Hier kann man vorsehen, dass der Betreuer vom Vertragspartner zur Entgegennahme der Mitteilung bevollmächtigt wird (siehe das Muster von *Reibold* im Beck'schen Notarhandbuch A I 75). Probleme mit § 181 BGB gibt es hierbei wie bei der Vollmacht des Notars (dazu *Erman-Holzhauser*, § 1829 Rdnr. 6 m.w.N.) nicht. Eine Bevollmächtigung des Vertragspartners oder eines Dritten (z.B. eines Notarangestellten) würde dagegen wieder dazu führen, dass die von der Kritik gerade bezweckte erneute Überlegungsmöglichkeit des Betreuers umgangen würde.

<sup>59</sup> So das BVerfG in Ziffer B.II.1.: »Dies wird im Fall einer Doppelbevollmächtigung ... besonders deutlich«; ähnlich BayObLG MittBayNot 1998, 107, 108; BayObLGZ 1989, 242, 254; *Sonnenfeld* Rpfleger 2000, 246, 247; auch *Keidel-Kuntze-Engelhardt*, FGG, § 55, Rdnr. 17 spricht vom möglichen Missbrauch der Doppelbevollmächtigung zur Umgehung des Beschwerderechts des Mündels gem. § 59 FGG.

<sup>60</sup> Davon zu unterscheiden ist der noch weitergehende Fall des OLG Stuttgart FamRZ 1998, 1323, in dem ein baden-württembergischer Amtsnotar sowohl für die Beurkundung als auch für die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zuständig war. Hier handelt der Notar bei der Genehmigungsentscheidung quasi als »Richter in eigener Sache« (*Gregor Vollkommer*, FamRZ 1999, 668 ff.) und wäre daher wegen Besorgnis der Befangenheit auszuschließen (ähnlich auch *Huhn-v. Schuckmann*, BeurKG, 3. Aufl. 1995, § 18 Rdnr. 104). Dagegen handelt der Notar bei der »normalen« Doppelvollmacht ausschließlich zu Vollzugszwecken im Auftrag der Beteiligten, im Verhältnis zu denen der Notar eine neutrale Stellung hat.

<sup>61</sup> *Staudinger-Engler* (1999), § 1829 BGB, Rdnr. 7 und 24.

<sup>62</sup> Vgl. nur *Staudinger-J.Schmidt*, (1995), § 242 Rdnr. 857 ff. m.w.N.

<sup>63</sup> Es handelt sich um das öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnis des Notars, das insoweit aber keine Unterschiede zum Auftragsrecht des BGB zeigt.

<sup>64</sup> Schwierig ist die Frage, wer in diesem Sinn als »Vollmachtgeber« zu betrachten ist. Sollten die Weisungen des Betreuers dem (dem Notar bekannten) objektiven Interesse des Betreuten widersprechen, wären sie aber jedenfalls nach § 242 BGB unbeachtlich.

<sup>65</sup> Deswegen ist daran zu denken, diese Rechtslage dem Vormund (ggf. auch dokumentiert in einem Belehrungsvermerk) ausdrücklich vor Augen zu führen und ihn zu aufzufordern, etwaige Meinungsänderungen unverzüglich dem Notar mitzuteilen.

<sup>66</sup> Ein anderer denkbarer Fall wäre, dass dem Notar Umstände bekannt werden, die den Fall in einem neuen Licht erscheinen lassen; z.B. der Notar erfährt, dass die angeblich fremde Käuferin des Anwesens die Lebensgefährtin des Betreuers ist.

Noch weiter geht das BayObLG<sup>67</sup>, das annimmt, dass eine Doppelvollmacht nicht erteilt werden darf, wenn der Betreute mit dem Rechtsgeschäft nicht einverstanden ist. Auch hier würde es jedoch im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob der Betreuer oder der Notar die Rechtswirksamkeit herbeiführt; immerhin führt die Lösung des BayObLG in ersichtlich kontroversen Fällen dazu, dass der (normalerweise sachnähere) Betreuer eine erneute eigene Entscheidung treffen muss.

Wegen des eingeschränkten Prüfungsumfangs des Notars scheidet auch die Überlegung aus, anstelle eines Verfahrenspflegers den Notar bei der Ausübung der Vollmacht als neutralen Dritten zur Wahrung der Interessen des Betreuten einzusetzen. Dieser Weg funktioniert auch wegen der vom Betreuer abgeleiteten Rechtsmacht nicht: Selbst wenn sich der Notar weigert, den Vertrag weiter zu vollziehen, könnte der Betreuer immer noch selbst die Rechtswirksamkeit herbeiführen, da es keine verdrängende Vollmacht gibt.<sup>68</sup>

## 2. Weitere FGG-Verfahren

Der Beschluss des BVerfG dürfte auch keine über das Vormundschaftsrecht hinausgehende Auswirkungen auf weitere Rechtsgebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben: Zwar können auch gegen erfolgte Grundbucheintragungen (§ 71 Abs. 2 GBO) und erteilte Erbscheine<sup>69</sup>, auch wenn der Rechtspfleger tätig war, keine Beschwerden mit dem Ziel der rückwirkenden Aufhebung eingelegt werden. Grund hierfür ist jedoch der öffentliche Glaube der Grundbucheintragung (§§ 891 ff. BGB) bzw. des Erbscheins (§§ 2365 ff. BGB) und damit wieder der Verkehrsschutz, der bei einer Beschwerde sonst rückwirkend entfallen müsste. Von dem eher seltenen Fall eines gleich eintretenden zwischenzeitlichen Gutgläubensserwerbs abgesehen, bleibt dem Betroffenen aber eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit über Rechtsbehelfe im Einziehungsverfahren (§ 2361 BGB) oder eine Beschwerde mit dem Ziel eines Amtswiderspruchs oder der Amtslöschung im Grundbuchverfahren (§ 71 Abs. 2 S. 2 GBO)<sup>70</sup>. Ein etwa-

<sup>67</sup> MittBayNot 1998, 107, 108. Das BayObLG verbietet hierbei dem Betreuer, eine Vollmacht zu erteilen, nicht dem Notar, eine solche vorzusehen. Das ist konsequent, weil es sich bei der Entscheidung über die Mitteilung in erster Linie um eine Aufgabe des Betreuers handelt, die er nicht einfach abschieben darf.

<sup>68</sup> Der Hinweis mancher Vormundschaftsgerichte im Anschreiben an den Notar, noch einmal im Interesse des Mündels zu prüfen, ob von der Vollmacht Gebrauch gemacht werden soll, ist somit nur ein Routinehinweis auf die Rechtslage nach § 1829 BGB, der genauso an den Betreuer ergehen könnte.

<sup>69</sup> Palandt-Edenhofer, § 2353 BGB, Rdnr. 26 m.w.N.

<sup>70</sup> Wenn der Amtswiderspruch auch nicht die Entscheidung beseitigt, verhindert er doch einen anschließenden Rechtsverlust über Gutgläubensserwerb. Der Betroffene kann dann sein Recht notfalls über eine Klage auf Grundbuchberichtigung gegen den Buchberechtigten effektiv durchsetzen (insoweit anders *Dümig*, Rpfleger 2000, 248, 250, der nur die Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung des Rechtspflegers anspricht).

ger Rechtsverlust aufgrund Gutgläubensserwerbs ist hier nur die Kehrseite des vom Gesetzgeber im Interesse des Verkehrsschutzes gewollten öffentlichen Glaubens des Grundbuchs bzw. des Erbscheins und dadurch auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt<sup>71</sup>.

## VI. Folgerungen für die notarielle Praxis

Die Entscheidung des BVerfG hat sicher Erschwerungen des vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahrens mit sich gebracht, auf die sich die Notare einstellen müssen. Die zu erwartende Entscheidung des Gesetzgebers wird wohl in die Richtung der Vorbescheidslösung des BVerfG laufen. Eine schlichte Streichung der §§ 55, 62 FGG oder eine Übertragung der Genehmigungsentscheidungen auf den Richter wäre dagegen nicht zweckmäßig. Wünschenswert ist eine gesetzgeberische Präzisierung, in welchen Fällen ein derart erschwertes Verfahren wirklich notwendig ist.

Die Entscheidung richtet sich in erster Linie an die Gerichte selbst. Neue Handlungs- oder Prüfungspflichten für den Notar hat das BVerfG nicht aufgestellt. Insbesondere muss der Notar nicht selbst auf die Beiziehung von Verfahrenspflegern dringen, sondern kann weiterhin auf den gerichtlichen Entscheidungen – wie sie auch immer zustande gekommen sind – aufbauen.

Wenn auch das eingespielte Verfahren über die Doppelbevollmächtigung damit weiter praktiziert werden kann, sollte vielleicht in Zukunft etwas mehr Vorsicht bei möglichen Interessengegensätzen angewendet werden. In geeigneten Fällen könnte alternativ auch eine Vollmacht an den Betreuer erteilt werden.<sup>72</sup>

Es empfiehlt sich ferner, die Muster zur Bevollmächtigung des Notars – wenn nicht schon geschehen – mit dem Hinweis zu ergänzen, dass der Vertrag für den Betreuten erst mit Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung an die Gegenseite rechtswirksam wird und daher etwaige zwischenzeitliche Willensänderungen des Betreuers dem Notar unverzüglich mitzuteilen sind.

Wegen der zu erwartenden Verzögerungen empfiehlt sich ferner eine frühzeitige Einbindung des Vormundschaftsgerichts, um Leerlauf zu vermeiden. Im Hinblick auf § 1829 Abs. 2 BGB kann ferner daran gedacht werden, vertraglich zu vereinbaren, dass der Lauf der Zwei-Wochen-Frist solange gehemmt ist, wie das gerichtliche Genehmigungsverfahren noch betrieben wird.

Im Interesse des Vertragspartners könnte jedoch wieder geregelt werden, dass die Frist maximal eine bestimmte Zeit (etwa zwei Monate nach Aufforderung) beträgt.

<sup>71</sup> Ebenso *Dümig* a.a.O.

<sup>72</sup> Siehe Fn. 58.

## Die grunderwerbsteuerrechtliche Einheit von Kauf- und Werkvertrag

– Nachruf auf ein Jahrhundertproblem –

Richter am BFH Dr. P. Fischer, München\*

Der BFH hat mit Urteil vom 27. 10. 1999<sup>1</sup> einen Schlusspunkt unter ein Jahrhundertproblem gesetzt. Gelöst ist dieses Problem nicht. Ein letzter Blick zurück – *sine ira* – sei gestattet.

1. Die erste höchstrichterliche Befassung mit dem Problem datiert, soweit ersichtlich, aus dem Jahre 1922. Die grunderwerbsteuerliche Situation war damals insofern anders als heute, als gem. §§ 1, 4, 5 GrEStG 1919 die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch steuerbar war. Im Anschluss an das Grundsatzurteil des RFH v. 31. 3. 1922<sup>2</sup> und das RFH-Gutachten vom 1.4.1924<sup>3</sup> befassten sich ca. 20 veröffentlichte Entscheidungen des RFH mit der Frage, ob ein vom Veräußerer oder einem Dritten zu errichtendes Gebäude »Gegenstand der Preisbemessung« und deshalb beim gleichzeitigen Kauf eines Grundstücks grunderwerbsteuerrechtlich »mitzubewerten« war. Ein »einheitlicher Kaufvertrag« wurde damals angenommen, »wenn nach dem Willen der Vertragsschließenden die §§ 433 ff. BGB nicht nur für das Grundstück, sondern auch für das Gebäude gelten sollten«. Kauf- und gesonderter Werk- oder Werklieferungsvertrag waren anzunehmen, »wenn die Errichtung des Gebäudes den Regeln der §§ 631 ff. BGB, namentlich auch des § 651 BGB unterliegen sollte«. Ein »einheitlicher« Kaufvertrag war nicht bereits durch den Umstand indiziert, dass Bauunternehmer erfahrungsgemäß ihnen gehörende Grundstücke nur verkaufen, wenn ihnen auch gleichzeitig der Bauauftrag erteilt wird. Auch wenn beide Verträge insofern in einer Wechselbeziehung stehen, als der Kaufvertrag ohne den Werkvertrag »nicht als abgeschlossen gelten sollte«, war die Annahme »zweier gesonderter Verträge« dann möglich, wenn die »Rechtsbeziehungen keine Einheit bildeten«<sup>4</sup> und »beide Parteien die daraus entspringenden bürgerlich-rechtlichen Folgen auf sich nehmen wollten«.<sup>6</sup> Eine »Einheitlichkeit des Geschäftswillens« war definitionsgemäß anzunehmen, wenn das Grundstück nur mit errichtetem Gebäude *in das Eigentum des Erwerbers übergehen* sollte. Für die Beurteilung am Maßstab der vereinbarten bürgerlich-rechtlichen Rechtsfolgen kam dem Inhalt und Gegenstand der *Eigentumsverschaffungs-*

*pfl*icht eine vorrangige Bedeutung zu.<sup>7</sup> Diese »Einheitlichkeit« war nicht durch den für die Anwendung des § 139 BGB maßgeblichen Bedeutungsinhalt geprägt.

2. Etwa ab dem Jahre 1930 verwendete der RFH die Floskel, dass bei der Ermittlung des rechtsgeschäftlichen Willens »die wesentlichen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen« seien.<sup>8</sup> Dieses Quasi-Tatbestandsmerkmal diente wenig später nicht mehr nur der Ermittlung des rechtsgeschäftlichen Willens, sondern sollte die rechtliche Bedeutung von »Faktischem« legitimieren. Auf dieser Grundlage erhielt der Begriff des »Bauherrn« eine dominierende normative Bedeutung. Der Autor<sup>9</sup> dieser Zeilen hat im Jahre 1978 die Rechtsentwicklung zum »Bauherrn im Grunderwerbsteuerrecht« analysiert. Der Verkehrssteuersenat des FG Düsseldorf,<sup>10</sup> dessen Mitglied er damals war, hat es unternommen, ein dogmatisch fundiertes Gegenkonzept zu entwerfen. Dieses fußte auf der folgenden verkehrssteuerlichen Grundstruktur: § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 11 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG besteuern Grundstücksumsätze, bei denen – ebenso wie beim umsatzsteuerbaren Leistungsaustausch – Leistung und Entgelt »in innerem Zusammenhang und gegenseitiger Abhängigkeit« stehen. Der »Anspruch auf Übereignung« und der hiermit in genetischem und funktionellem Synallagma stehende Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises bilden tatbestandsmäßig den steuerbaren Erwerbsvorgang. Hiernach ist bei der Anwendung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG zu prüfen, *welche Leistung* – mit ihrem durch die synallagmatisch verknüpfte Gegenleistung ausgedrückten Wert – *zu welchem Zeitpunkt* geschuldet ist. Ist die Übereignung des Grundstücks – Auflassung und Eintragung – unabhängig vom rechtlichen Schicksal des Werk-/Werklieferungsvertrages Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises für das unbebaute Grundstück geschuldet, ist allein dies der grunderwerbsteuerbare Vorgang. Objekt des Leistungsaustausches ist das Grundstück in dem Zustand, in dem es sich im Zeitpunkt der letzten vereinbarungsgemäß auf Eigentumsverschaffung gerichteten Leistungshandlung des Veräußerers befindet. Der BFH hat dieses Konzept verworfen. Es zeigte sich freilich, dass in »Bauherrenfällen« eine von der Durchführung des Bauvertrages unabhängige Übereignung Zug um Zug gegen

\* Der Autor ist Mitglied des für Ertragsteuern zuständigen X. Senats des BFH

<sup>1</sup> BFH v. 27. 10. 1999, II R 17/99, BStBl II 2000, 34 = MittBayNot 2000, 63

<sup>2</sup> RFH v. 31. 3. 1922, II R 76/22, RFHE 9, 61

<sup>3</sup> RFH v. 1. 4. 1924, II D 4/24, RFHE 13, 293, 295

<sup>4</sup> RFH v. 12. 10. 1926 II 576/26, Mrozek-Kartei GrEStG § 4 R. 13; v. 11. 4. 1928, II A 231/28, Mrozek-Kartei GrEStG § 1 R. 57 = StuW 1928 Nr. 613; v. 17. 8. 1926, II A 369/26, Mrozek-Kartei GrEStG § 11 R. 22 = StuW II 1926 Nr. 625

<sup>5</sup> RFH v. 14. 1. 1931, II A 612/30, Mrozek-Kartei GrEStG § 12 Abs. 1 R. 26 = StuW 1931 Nr. 358

<sup>6</sup> RFH v. 12. 10. 1926 (Fn 4); vom 25. 2. 1927, II A 585/26, Mrozek-Kartei GrEStG § 1 R. 39 II; vom 14. 1. 1931, a.a.O. (Fn. 5).

<sup>7</sup> Ausführlich zur Rechtsentwicklung Fischer, Der Bauherr im Grunderwerbsteuerrecht, StuW 1978, 145 ff., 147 ff.

<sup>8</sup> RFH v. 24. 6. 1931, II A 701/30, Mrozek-Kartei GrEStG § 1 Abs. IV R. 13 = StuW 1931 Nr. 1048.

<sup>9</sup> A.a.O. (Fn. 7)

<sup>10</sup> Grundsatzurteil v. 30. 6. 1976, III 97-98/70 Verk, EFG 1976, 1976, 406. Zuvor hatte bereits das Schleswig-Holsteinische FG an der BFH-Rechtsprechung »gerüttelt«; s. Urteil vom 5. 6. 1973, EFG 1973, 555. Ein Mitglied des Grunderwerbsteuersenats jenes Gerichts, mein jetziger Senatskollege von Groll, hat die Bauherren-Rechtsprechung des BFH in seinem Aufsatz »Mehr Methode! – Eine Antwort auf die Misere der Steuerrechtsprechung« (StuW 1977, 203) kritisch unter die Lupe genommen.

Zahlung des Kaufpreises von den Beteiligten zumeist nicht gewollt war, so dass im rechtstatsächlichen Regelfall die Herstellungskosten des Gebäudes in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen waren.

3. Die Chance, eine Doppelbelastung der *Gebäudeherstellung* mit Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer zu vermeiden, ergab sich jedenfalls in den Fällen, in denen das unbebaute Grundstück unabhängig von der Gebäudeherstellung übereignet werden sollte und übereignet wurde. Einen solchen Fall hat das FG Düsseldorf mit Beschluss vom 17.12.1984<sup>11</sup> dem EuGH vorgelegt, in der unausgesprochenen Hoffnung, dieser würde von der Warte des europäischen Rechts den Grunderwerbsteuerlichen »Übergriff« des nationalen Rechts auf umsatzsteuerbare Sachverhalte zurückdrängen. Der EuGH<sup>12</sup> hat entschieden, dass Lieferungen von Gegenständen und Dienstleistungen, die im Rahmen einer auf die Herstellung eines Gebäudes gerichteten »Bündelung« von Werk- und Dienstleistungsverträgen von der Art des dem Vorlagebeschluss zugrunde liegenden »Bauherrenmodells« erbracht werden, abgesehen von der Lieferung des Baugrundstücks nach Art. 2 Nr. 1 der 6. MwSt-Richtlinie der Mehrwertsteuer unterliegen. Eine »eventuelle Ausweitung der Grunderwerbsteuerpflicht« nach dem In-Kraft-Treten der Richtlinie könne sich »selbst dann, wenn sie durch die Rechtsprechung erfolgt, nicht auf den Umfang der Befreiung von der Umsatzsteuer auswirken«. Nach Auffassung des EuGH lässt es das Gemeinschaftsrecht zu, den nämlichen Werttransfer – die Gebäudeerrichtung – nicht nur der Mehrwertsteuer zu unterwerfen, sondern auch in die nationale Grunderwerbsteuer einzubeziehen. Die praktische Konsequenz ist: Soweit die Bundesrepublik berechtigt und verpflichtet (!) ist, steuerbare Umsätze des Initiators oder Umsätze eines in ein »Bauherrenmodell« einbezogenen sonstigen Werkunternehmers der Umsatzsteuer zu unterwerfen,<sup>13</sup> läuft der von § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG gewollte Vorrang der Grunderwerbsteuer vor der Umsatzsteuer leer – *der Entlastungsmechanismus des § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG ist defekt*.<sup>14</sup> Eine einschränkende Auslegung des Grunderwerbsteuerrechts, wie sie z. B. von *Eberhard Weiß*<sup>15</sup> und auch vom Niedersächsischen FG<sup>16</sup> vorgeschlagen wurde, ist aber nach positivem Recht nur in den Fällen möglich, die das FG Düsseldorf aus dem Anwendungsbereich der »Bauherren-Rechtsprechung« bzw. aus der »Einheitlichkeit von Kauf- und Werkvertrag« herausnehmen wollte.

<sup>11</sup> FG Düsseldorf, Beschl. v. 17. 12. 1984, UR 1986, 110

<sup>12</sup> EuGH v. 8. 7. 1986 Rs. 73/84 - *Kerrutt*, EuGHE 1986, 2219

<sup>13</sup> Hierzu BFH v. 15. 10. 1992, V R 17/89, BFH/NV 1994, 198. Zur Rechtslage nach dem UStG s. auch *Klenk* in *Rau/ Dürrwächter*, Umsatzsteuergesetz (Mehrwertsteuer), Kommentar, § 4 Nr. 9 Rdnr. 22 ff., 28 ff., m.w.N.: Die Rechtsprechung des II. Senats, »eine Überreaktion auf die Steuersparkünste der Immobilienbranche«, sei für die Auslegung des § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG unbeachtlich, soweit sie Leistungen des Grundstücksveräußerers und Leistungen Dritter zu einem einheitlichen Grundstückserwerb zusammenfasst. »Nur Umsätze des Grundstücksveräußerers, nicht aber Umsätze Dritter können nach § 4 Nr. 9 steuerfrei sein. Die im Schrifttum unternommenen Versuche, das Vertragsbündel insgesamt steuerfrei zu bekommen, müssen als gescheitert angesehen werden.« S. ferner *Wagner* UR 1992, 333 f.

<sup>14</sup> Ausführlich hierzu *Fischer*, Zehn Thesen zum Verhältnis von Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer, UR 1986, 283; *ders.* in *Boruttau*, GrEStG, 14. Aufl. 1997, Vorb. Rz. 129 ff.

<sup>15</sup> UR 1986, 109

<sup>16</sup> Niedersächsisches FG, Urt. v. 15. 9. 1998, EFG 1999, 443 – Vorinstanz zum Besprechungsurteil

4. Eine letzte Chance, die Doppelbelastung der Gebäudeherstellung mit Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer zu vermeiden, bot die Anrufung des BVerfG. Hatte dieses doch zuvor ein richtungweisendes Wort zur Doppelbelastung mit Grunderwerbsteuer und Schenkungsteuer gesprochen:<sup>17</sup> Bei belastet erworbenem Vermögen dürfe im Ausmaß der Belastung neben der Schenkungsteuer keine Grunderwerbsteuer erhoben werden. Das BVerfG<sup>18</sup> hat indes die Einbeziehung der umsatzsteuerbaren Baukosten in die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage nicht beanstandet: Steuerbar sei »der Erfolg, der aufgrund eines auf den Eigentumserwerb gerichteten Rechtsvorgangs eintrete.« § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG knüpfe »nicht an die zivilrechtliche Qualifikation des den Anspruch begründenden Rechtsgeschäfts an, sondern an das von den Parteien gewollte wirtschaftliche Ergebnis, das durch die zivilrechtliche Gestaltung bewirkt wird«. Eine unzulässige Doppelbesteuerung liegt nach Auffassung des BVerfG nicht vor. Damit erhält die Aussage des BFH, es sei entscheidend, dass beim Erwerb »ein bebautes Grundstück ankommt«, das Prüfsiegel der Verfassungskonformität. Die vielgelobten, methodologisch als richtungweisend erachteten Gründe des BVerfG-Beschlusses heben ab auf die »Vorherigkeit des Zivilrechts vor dem Steuerrecht«. *Tipke*<sup>19</sup> lobt, diese Aussage des BVerfG decke sich mit der von ihm vertretenen Auffassung, dass nämlich das Steuerrecht »ein Subrechtssystem mit eigener Terminologie« sei. An anderer Stelle freilich sieht *Tipke*<sup>20</sup> in der Doppelbelastung der Herstellungsleistungen mit Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer eine Verletzung des Gleichheitssatzes. Er schließt wie folgt:

»Glaubt man, mit Methoden der Gesetzesanwendung die *Doppelbelastung* nicht vermeiden zu können, so gehören Fälle dieser Art vor das Bundesverfassungsgericht.«

Nun ja, von dort kamen sie gerade zurück. Grundsätzliche Aussagen zur Methodenlehre sind eben nur dann wirklich überzeugend, wenn der Autor sie exemplifiziert, indem er *zugleich* die Verantwortung für die auf sie gestützte Entscheidung konkreter Rechtsfragen übernimmt.

5. Es ist wirklich alles zur Lösung des Problems Erdenkliche versucht worden. Die Praxis muss sich auf das von ihr ungeliebte Ergebnis einstellen. Man sollte jetzt nach vorne blicken und das Augenmerk auf eine Systematisierung der durch die Rechtsprechung des II. BFH-Senats geschaffenen Fallgruppen richten.<sup>21</sup> Sollte nochmals ein FG an dieser Rechtsprechung rütteln wollen, wäre es gut beraten, nicht provoziert zu monieren, die Rechtsauffassung des Grunderwerbsteuer-Senats zu § 4 Nr. 9a UStG »gehe fehl und sei Ausdruck eines Kästchendenkens ohne Blick auf das Ganze.« Stattdessen müsste ein FG die historischen und dogmatischen Hintergründe der verkehrsteuerrechtlichen Problematik sowie deren verfassungs- und europarechtlichen Implikationen darstellen und verarbeiten und gestützt auf Art. 3 Abs. 1 GG nochmals dem BVerfG vorlegen. Dass ein Instanzgericht den Mut zu einem solchen juristischen Kraftakt finden könnte, ist wohl nicht (mehr) zu erwarten. *Causa finita!*

<sup>17</sup> BVerfG v. 15. 5. 1985, 1 BvR 464/82, 440/82, 605/81, BVerfGE 67, 70 = BStBl II 1984, 608; hierzu *Boruttau*, a.a.O. § 3 Rz. 267 ff.

<sup>18</sup> BVerfG Beschl. v. 27. 12. 1991, 2 BvR 72/90, BStBl II 1992, 212

<sup>19</sup> Die Steuerrechtsordnung, 1993, Bd. II, S. 89, ff., 99 ff.

<sup>20</sup> A.a.O. (Fn. 19), Bd. II S. 944

<sup>21</sup> Eine aktualisierte »authentische Interpretation« der BFH-Rechtsprechung wird in der Anfang nächsten Jahres erscheinenden 15. Aufl. des »Boruttau« zu finden sein.

# Pfändbarkeit, Pfändung und Pfandverwertung von Nießbrauch und Wohnungsrecht

Von Notar Dr. Erich Rossak, Dachau

Die Schwierigkeiten der Abgrenzung von Nießbrauch und Wohnungsrecht sind bekannt. Auch wenn man nicht so weit geht, den Beteiligten ein Wahlrecht zwischen Nießbrauch und Wohnungsrecht zuzuerkennen (vgl. MünchKomm/*Falckenberg*, vor § 1018 Rdnr. 6), besteht in der Praxis die Neigung, »zur Sicherheit« das umfassendere Recht, also den Nießbrauch zu wählen, um insbesondere auch grundbuchrechtliche Probleme zu vermeiden. Dabei wird freilich übersehen, dass zwischen Nießbrauch und Wohnungsrecht hinsichtlich der Pfändbarkeit fundamentale Unterschiede bestehen, die es bei der Rechtsgestaltung unbedingt zu berücksichtigen gilt.

## I. Nießbrauch

### 1. Pfändbarkeit

#### a) Früher h.M.

Lange Zeit vertrat die h.M. die Ansicht, der Nießbrauch als solcher (Stammrecht) sei unpfändbar; pfändbar sei nur das Recht auf Ausübung (§ 1059 Satz 2 BGB)<sup>1</sup>.

Argumentiert wurde aus dem Wortlaut materiell-rechtlicher und prozessualer Vorschriften, nämlich § 1059 b BGB, §§ 851 Abs. 1, 857 Abs. 3 ZPO, vor allem aber aus dem Prinzip der Kongruenz von rechtsgeschäftlicher Übertragbarkeit und Pfändbarkeit (vgl. §§ 1059 Satz 1 BGB, 851 Abs. 1, 857 Abs. 1 ZPO).

Folge dieser Ansicht von der Unpfändbarkeit des Nießbrauchs war, dass

– trotz Pfändung des unzweifelhaft pfändbaren Ausübungsrechts (§§ 1059 Satz 2 BGB, 857 Abs. 3 ZPO) der Nießbraucher auf seinen Nießbrauch weiterhin wirksam »verzichten« konnte (§ 875 BGB, Aufhebung), ohne Zustimmung des Pfändungspfandgläubigers, der ja Rechte nicht am Nießbrauch selbst erwarb<sup>2</sup>,

– eine Eintragung der Pfändung des Ausübungsrechts im Grundbuch nicht im Betracht kam, eben weil nur die ihrer Natur nach rein schuldrechtlichen Ausübungsbefugnisse<sup>3</sup> Gegenstand der Pfändung waren, weshalb der Inhalt des dinglichen Rechts nicht tangiert wurde<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> KGJ 40, 254; KGJ 48, 212; KG JFG 16, 332; OLG Frankfurt/Main NJW 1961, 1928; *Faber* BWNtZ 1978, 151, 154; *Strutz* RpfL 1968, 145; ferner die Kommentare zum BGB, z.T. bis in die letzten Auflagen, vgl. nur *Palandt/Bassenge*, BGB, bis 56. Aufl., 1059 Rdnr. 6; weitere Nachw. bei *Schüller*, Der Nießbrauch in der Zwangsvollstreckung, Diss. Bonn 1978, 23 ff., 126.

<sup>2</sup> Vgl. insb. OLG München JFG 14, 343; KG JFG 16, 332; OLG Frankfurt/Main NJW 1961, 1928; i.Ü. die in Fn. 1 Genannten.

<sup>3</sup> Hierzu RGZ 74, 78; 101, 5; 159, 193, 208; BGHZ 55, 111, 115; BGHZ 62, 133, 140; KG JFG 1, 411; KGJ 40, 258; 48, 212; KG JW 1938, 675; LG Lübeck SchlHA 1955, 275; LG Möchengladbach NJW 1969, 140; MünchKomm/*Petzoldt*, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1059 Rdnr. 4; *Palandt/Bassenge*, BGB, 58. Aufl. 1999, § 1059 Rdnr. 3, 5; RGRK/*Rothe*, BGB, 12. Aufl. 1996 (1977), § 1059 Rdnr. 3; *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl. Bd. 6, 1989, § 1059 Rdnr. 2; *Staudinger/Frank*, BGB, 13. Bearb. 1994, § 1059 Rdnr. 18, 22; früher abw. Ansichten werden kaum mehr vertreten, abw. z.B. *Panz* BWNtZ 1992, 43 (wohl).

#### b) Heute h.M.

Heute ist ganz h.M., dass der Nießbrauch als solcher pfändbar ist<sup>5</sup>.

Das hat zur Folge, dass nach heutiger Ansicht

– nach Pfändung des Nießbrauchs ohne Zustimmung des Pfändungspfandgläubigers nicht mehr über den Nießbrauch verfügt werden kann<sup>6</sup>, da der Nießbrauch selbst Gegenstand der Verstrickung ist und ein (relatives) Verfügungsverbot besteht (§§ 135, 136 BGB),

– die Pfändung im Grundbuch mit Rücksicht auf die mit ihr verbundene Verfügungsbeschränkung eingetragen werden kann, wobei eine Eintragung zur Wirksamkeit der Pfändung aber nicht erforderlich ist, da § 857 Abs. 6 ZPO nicht analog gilt; wiewohl ist die Eintragung empfehlenswert<sup>7</sup>.

Argumentativ geht die h.M. zunächst davon aus, dass der Wortlaut der §§ 1059 b BGB und 857 Abs. 3 ZPO, aus welchen die früher h.M. die Unpfändbarkeit des Nießbrauchs folgte, zumindest keine eindeutige Auslegung gegen die Pfändbarkeit des Nießbrauchs determiniert<sup>8</sup>. Zu § 1059 b BGB wird gesagt, dass er nur der Klarstellung dient, dass auch § 1059 a BGB (Übertragbarkeit des Nießbrauchs in Ausnahmefällen) die Pfändbarkeit nicht erweitert<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Vgl. insb. RGZ 159, 193, 208; KG JFG 1, 411; KGJ 48, 212; OLG Schleswig SchHM 1956, 202; ferner die in Fn. 1 Genannten.

<sup>5</sup> Rspr.: BGHZ 62, 133, 136; BayObLG DNotZ 1998, 302; OLG Köln NJW 1962, 1621; KG NJW 1968, 1882; OLG Bremen. NJW 1969, 2147; 1970, 286; OLG Frankfurt NJW RR 1991, 445; BGB-Literatur: MünchKomm/*Petzoldt*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 9 ff.; *Palandt/Bassenge*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 5; RGRK/*Rothe*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 7; *Staudinger/Frank*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 27; ZPO-Literatur: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 55. Aufl. 1997, § 857 Rdnr. 7 f; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl. 1999, Rdnr. 763; MünchKomm/*Smid* ZPO, 1992, § 857 Rdnr. 17; *Musielak/Becker*, ZPO, 1999, § 857 Rdnr. 14; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997, S. 891; *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 2. Aufl. 1997, § 857 Rdnr. 25; *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO 21. Aufl. 1994, § 857 Rdnr. 28; *Stöber*, Forderungspfändung, 12. Aufl. 1999, Rdnr. 1710; *Zöller/Stöber*, ZPO, 21. Aufl. 1999, § 857 Rdnr. 12; Aufsätze und Sonstige: *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rdnr. 1389; *Hintzen* JurBüro 1991, 755; *Hintzen/Wolf*, Handbuch der Mobilienvollstreckung, 2. Aufl. 1999, Teil E Rdnr. 241; *Mümmeler* JurBüro 1984, 660, 661; *Panz* BWNtZ 1992, 43 f.; *Schmidt-Jortzig* NJW 1970, 286 f.

<sup>6</sup> Nachweise siehe Fn. 5.

<sup>7</sup> BGHZ 62, 133, 139 f.; BayObLG DNotZ 1998, 302; LG Bonn RpfL 1979, 349; *Brox/Walker*, Fn. 5, Rdnr. 764; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Fn. 5, Rdnr. 1389; *Hintzen* JurBüro 1991, 755, 756 f; *Hintzen/Wolf*, Fn. 5, Rdnr. 763; MünchKomm/*Petzoldt*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 10; *Musielak/Becker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 14; RGRK/*Rothe*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 7; *Schuschke/Walker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 25; *Soergel/Stürner*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 9; *Staudinger/Frank*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 29; *Stein/Jonas/Brehm*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 28; *Stöber*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 1714; *Zöller/Stöber*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 12.

<sup>8</sup> A.M. BGHZ 62, 133 = NJW 1974, 796: schon der Wortlaut spricht eindeutig für Pfändbarkeit des Nießbrauchs selbst (ebenso *Brox/Walker*, Fn. 5, Rdnr. 763; *Musielak/Becker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 14).

<sup>9</sup> Insb. BGHZ 62, 133, 138; MünchKomm/*Petzoldt*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 11; RGRK/*Rothe*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 7; *Staudinger/Frank*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 27.

§ 857 Abs. 3 ZPO bestimmt nach dieser h.M. aus dem Kreis der unveräußerlichen Rechte diejenigen, die dennoch als solche pfändbar sind, und befasst sich nicht nur mit dem beschränkten Umfang und Gegenstand (»insoweit«) der Pfändung unveräußerlicher und damit unpfändbarer (§ 851 ZPO) Rechte<sup>10</sup>.

Im Zusammenhang damit wird auch dem Prinzip der Kongruenz von Unübertragbarkeit und Unpfändbarkeit (§ 851 Abs. 1 ZPO) keine Überzeugungskraft beigemessen, da der Gesetzgeber nicht prinzipiengebunden ist und im § 857 Abs. 3 ZPO gerade wie auch z. B. im § 851 Abs. 2 ZPO eine Ausnahme vom Prinzip der Kongruenz statuiert hat<sup>11</sup>.

Auch wenn die Argumentation der h.M. nicht über jeden Zweifel erhaben ist<sup>12</sup>, muss man ihr aus praktischen Gründen und Billigkeitserwägungen zustimmen<sup>13</sup>; denn die Position des Pfändungspfandgläubigers stand nach der früher h.M. auf tönernen Füßen, weil der Nießbraucher trotz Pfändung des Ausübungsrechts ohne Mitwirkung des Pfändungspfandgläubigers jederzeit auf seinen Nießbrauch »verzichten« und damit der Pfändung das Substrat entziehen konnte.

Zwar mag der Pfändungspfandgläubiger auch in diesem Falle beispielsweise über die Behelfe des Anfechtungsgesetzes doch die wirtschaftliche Zugriffsmöglichkeit zurückerringen können, doch würde dies einen wohl unzumutbaren und risikobehafteten Umweg bedeuten.

### c) Nießbrauch mit Ausschluss der Ausübungsüberlassung pfändbar?

Fraglich könnte die Pfändbarkeit des Nießbrauchs allerdings sein, wenn das Recht, die Ausübung einem Dritten zu überlassen, entgegen § 1059 Satz 2 BGB ausgeschlossen ist.

Ein solcher Ausschluss kann durch Vereinbarung zwischen Nießbraucher und Eigentümer samt Grundbucheintragung mit dinglicher Wirkung erfolgen<sup>14</sup>.

Die h.M. bejaht nun die Pfändbarkeit eines Nießbrauchs auch dann, wenn die Überlassung der Ausübung ausgeschlossen wurde<sup>15</sup>.

Der BGH begründet dies mit einer analogen Anwendung des § 851 Abs. 2 ZPO, der verhindern will, dass der Gläubiger einer Forderung durch »einfache« Vereinbarung mit dem Forderungsschuldner diese dem Zugriff seines Pfändungsgläubigers entzieht. Dieser Gesetzeszweck treffe auch auf den Fall des Ausübungsausschlusses zu.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Sie übersieht folgende Differenzierung: Zwar ist die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs rein schuldrechtlicher Natur<sup>16</sup>, jedoch ist die Befugnis zur Überlassung der Ausübung eine Frage des Inhalts des Nießbrauchs selbst, die deshalb mit dinglicher Wirkung abbedungen werden kann und dazu gemäß §§ 873, 877 BGB der Eintragung in das Grundbuch bedarf<sup>17</sup>. Schon nach dem Wortlaut des § 857 Abs. 3 ZPO unterliegt ein Nießbrauch mit diesem dinglichen Inhalt der Pfändung nicht.

Fehl geht auch die Analogie zu § 851 Abs. 2 ZPO: Mit einer bloßen Forderung, die wesensmäßig fungibel ist (§§ 398 ff BGB) und die auch durch eine Vereinbarung nach § 399 BGB den Charakter der Höchstpersönlichkeit nicht erhalten kann, ist der in dinglicher Weise höchstpersönlich ausgestattete Nießbrauch nicht vergleichbar.

Dabei ist die besondere Interessenlage zu berücksichtigen: Wird bei einem Nießbrauch das Recht, die Ausübung einem Dritten zu überlassen, ausgeschlossen, dokumentiert sich darin eine nach dem Willen der Vertragsteile besondere, gesteigerte Personengebundenheit des Rechtes. In der Praxis wird es sich meist um einen Vorbehaltsnießbrauch im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge zwischen nächsten Familienangehörigen handeln. Wird nun einem Nießbrauch dieser Stempel der interpersonalen »Höchstpersönlichkeit« aufgedrückt, hat dies auch der Gläubiger des Nießbrauchers zu akzeptieren. Er kann insoweit nicht mehr an Rechten erhalten, als der Inhaber des Nießbrauchs ihm übertragen könnte<sup>18</sup>.

Ein Nießbrauch, bei dem das Recht, die Ausübung einem Dritten zu überlassen, ausgeschlossen ist, ist also nicht pfändbar.

## 2. Pfändung und Pfandverwertung

### a) Pfändungsbeschluss

Die Pfändung des Nießbrauchs erfolgt durch einen Pfändungsbeschluss (§§ 829, 857 Abs. 1 ZPO). Dieser wird wirksam mit Zustellung an den Eigentümer als Drittschuldner (§§ 857 Abs. 1, 829 Abs. 3 ZPO)<sup>19</sup>. § 857 Abs. 2 ZPO trifft nicht zu.

Die Eintragung der Pfändung im Grundbuch ist möglich und empfehlenswert, zur Wirksamkeit der Pfändung aber nicht erforderlich, da ein gutgläubiger Erwerb des Nießbrauchs nicht

<sup>10</sup> Insb. BGHZ 62, 133, 136 ff.; *Hintzen* JurBüro 1991, 755; MünchKomm/Petzold, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 10; RGRK/Rothe, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 7; *Staudinger/Frank* Fn. 3, § 1059 Rdnr. 27.

<sup>11</sup> Insb. *Staudinger/Frank*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 27.

<sup>12</sup> Zutreffend *Soergel/Stürner*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 8, 9 a.

<sup>13</sup> Insb. *Brox/Walker*, Fn. 5, Rdnr. 763; MünchKomm/Petzoldt, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 9 ff.; *Staudinger/Frank*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 27. A.M. *Soergel/Stürner*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 9 a: Die Stärkung der Stellung des Pfändungspfandgläubigers durch die h.M. wirke willkürlich.

<sup>14</sup> Früher str., heute allg. M.: BGHZ 95, 99, 101; LG Mönchengladbach NJW 1969, 140; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Fn. 5, Rdnr. 1387; *Hintzen* JurBüro 1991, 755; MünchKomm/Petzoldt, Fn. 3 § 1059 Rdnr. 8; *Palandt/Bassenge*, Fn. 3 § 1059 Rdnr. 2; *Panz* BWNtZ 1992, 43; RGRK/Rothe, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 6; *Soergel/Stürner*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 2; *Staudinger/Frank*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 29

<sup>15</sup> BGHZ 95, 99, 101; *Brox/Walker*, Fn. 5, Rdnr. 762; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Fn. 5 Rdnr. 1389; *Hintzen* JurBüro 1991, 755, 756; *Hintzen/Wolf*, Fn. 5, Teil E Rdnr. 241; *Mümmeler* JurBüro 1984, 660; MünchKomm/Petzoldt, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 8; *Musielak/Becker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 14; *Panz* BWNtZ 1992, 43; *Palandt/Bassenge*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 5; *Schuschke/Walker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 26; *Staudinger/Frank*, Fn. 5, § 1059 Rdnr. 9; *Stein/Jonas/Brehm*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 14, 28; *Stöber*, Fn. 5, Rdnr. 1710; *Zöller/Stöber*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 12.

<sup>16</sup> Oben Fn. 3.

<sup>17</sup> BGHZ 95, 99, 101; LG Mönchengladbach NJW 1969, 140; *Mümmeler*, JurBüro 1984, 660; MünchKomm/Petzoldt, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 8; RGRK/Rothe, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 6; *Soergel/Stürner*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 2; *Staudinger/Frank*, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 9; *Zöller/Stöber*, Fn. 5, 857 Rdnr. 2, 12.

<sup>18</sup> Zu diesem Argument BGHZ 62, 133, 138.

<sup>19</sup> RGZ 74, 78, 83; LG Bonn, Rpfl. 1979, 349; *Brox/Walker*, Fn. 5, Rdnr. 764; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Fn. 5, Rdnr. 1389; *Hintzen* JurBüro 1991, 755, 756; *Hintzen/Wolf*, Fn. 5, Teil E Rdnr. 241; *Musielak/Becker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 14; *Schuschke/Walker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 25; *Stöber*, Fn. 5, Rdnr. 1710; *Thomas/Putzo*, ZPO, 21. Aufl. 1998, § 857 Rdnr. 10; *Zöller/Stöber*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 12.

in Betracht kommt und §§ 857 Abs. 6, 830 ZPO nicht analog anwendbar sind<sup>20</sup>.

#### b) Pfändungswirkung, Überweisung und sonstige Verwertung

Es besteht Einigkeit darüber, dass § 857 Abs. 3 ZPO auch besagt, dass die Pfändung unübertragbarer Rechte nur eine eingeschränkte Wirkung hat, nämlich insoweit als das Recht zur Befriedigung des Gläubigers nicht diesem übertragen und nicht veräußert (vgl. § 857 Abs. 5 ZPO), sondern nur ausgeübt werden darf<sup>21</sup>.

Dieser eingeschränkten Pfändungswirkung entsprechen die Vorgaben zum Verfahren und zur Pfandverwertung:

Die Unveräußerlichkeit des Nießbrauchs schließt einen Überweisungsbeschluss, der das Stammrecht überweist, aus. Es kann nur die Befugnis zur Ausübung zur Einziehung (oder an Zahlungen statt) überwiesen werden (§§ 857 Abs. 1, 835 ZPO). Diese Einschränkung muss der Überweisungsbeschluss enthalten. Die Pfändung des Nießbrauchs berechtigt alsdann nach Überweisung der Ausübungsbefugnis den Pfändungspfandgläubiger, den Nießbrauch auszuüben. Er kann die Nutzungen der Sache ziehen, also auch die Sache selbst in Besitz nehmen (soweit dies ohne weiteres möglich ist, z. B. das Haus leer steht), selbst vermieten oder bei Vermietung die Mietzinsen einstreichen (§§ 1030, 1036 BGB). Ob dem Pfändungspfandgläubiger ein außerordentliches Kündigungsrecht, etwa bei unwirtschaftlicher Vermietung, zusteht, ist ungeklärt. Es wird eine analoge Anwendung von § 57 a ZVG erwogen<sup>21a</sup>. Nutzt der Nießbraucher das nießbrauchsbelastete Objekt selbst, gibt die Pfändung samt Überweisung als solche dem Pfändungspfandgläubiger noch keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe<sup>21b</sup>.

Alle aus der Pfändung und Überweisung resultierenden Befugnisse leitet der Pfändungspfandgläubiger aus dem Recht des Nießbrauchers her, dessen Rechte er auf eigene Rechnung ausübt, der aber Rechtsinhaber bleibt. Die Nießbrauchsvorschriften gelten also für sein Verhältnis zum Eigentümer. Für das Verhältnis zwischen Pfändungspfandgläubiger und Nießbraucher gelten sie nicht. Hier bestimmen sich die Rechte und Pflichten nach den Verwertungsvorschriften der ZPO<sup>22</sup>.

Gemäß § 857 Abs. 4 ZPO »kann« das Gericht »besondere Anordnungen« zur Durchführung der Verwertung erlassen, insbesondere nach Satz 2 eine Verwaltung anordnen und die Her-

ausgabe der nießbrauchsbelasteten Sache an den Verwalter zufügen. Freilich sind in diesem Zusammenhang noch verschiedene Fragen ungeklärt:

aa) Fraglich ist, in welchem Verhältnis die Anordnungen nach § 857 Abs. 4 zum Überweisungsbeschluss stehen, ob sie ihn also alternativ ersetzen oder kumulativ nur ergänzen können<sup>23</sup>. Letztere Ansicht ist richtig, wie ein Blick auf § 844 ZPO zeigt. Nur die »andere Art der Verwertung« nach § 844 ZPO ist eine Alternative zum Einziehungsbeschluss<sup>24</sup>. Dagegen bewegen sich die Anordnungen im Sinne des § 857 Abs. 4 ZPO im Rahmen der Verwertung nach Ergehen eines Überweisungsbeschlusses oder nach Anordnung einer anderweitigen Verwertung.

bb) Das Gericht »kann« solche besondere Anordnungen erlassen, handelt also nach dem Wortlaut der Vorschrift nach pflichtgemäßem Ermessen. Von solchen Anordnungen wird es jedoch nur in einfach gelagerten Fällen absehen können, beispielsweise wenn die nießbrauchsbelastete Sache vermietet ist, der Pfändungspfandgläubiger nur die Mieten beanspruchen will und die von ihm im Verhältnis zum Eigentümer zu tragenden Aufwendungen und Lasten (vgl. §§ 1041, 1047 BGB)<sup>25</sup> einfach abzurechnen sind. In allen sonstigen Fällen, insbesondere wenn der Nießbraucher das nießbrauchsbelastete Objekt selbst bewohnt, sind derartige »besondere Anordnungen« unumgänglich, regelmäßig<sup>26</sup> eine sequestrale Verwaltung angezeigt<sup>27</sup>.

cc) Zum möglichen Inhalt solcher besonderer Anordnungen enthält das Gesetz nur in Satz 2 Anhaltspunkte (»insbesondere«). Denkbar sind Ge- und Verbote an den Schuldner (= Nießbraucher), aber auch an den Pfändungspfandgläubiger, etwa zu einer bestimmten Art der Vermietung/Verpachtung, zur Erstellung und Vorlage von Abrechnungen bezüglich Kosten und Aufwendungen etc.

Auch die in Absatz 4 Satz 2 vorgesehene Verwaltung ist in keiner Weise geregelt, auch hier ist noch vieles ungeklärt.

Einigkeit besteht jedoch darin, dass die Regelung der Verwaltung in Anlehnung an die Bestimmungen des ZVG zur Zwangsverwaltung erfolgen kann und zweckmäßigerweise auch sollte<sup>28</sup>. Grundsätzlich legt die näheren Modalitäten der Verwaltung jedoch das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen fest<sup>29</sup> und ist wohl an die Vorgaben des ZVG nicht in allen Einzelheiten gebunden.

Insbesondere kann das Gericht im Rahmen einer solchen Verwaltung folgende Anordnungen treffen:

<sup>20</sup> BGHZ 62, 133, 139 f; RGZ 74, 78, 85; BayObLG DNotZ 1998, 302; OLG Köln NJW 1962, 1621; LG Bonn Rpfl 1979, 349; Brox/Walker, Fn. 5, Rdnr. 764; Haegele/Schöner/Stöber, Fn. 5, Rdnr. 1389; Hintzen JurBüro 1991, 755, 756 f; MünchKomm/Petzoldt, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 10; Musielak/Becker, Fn. 5 § 857 Rdnr. 14; Panz BWNotZ 1992, 43 f; RGRK/Rothe, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 7; Schuschke/Walker, Fn. 5, § 857 Rdnr. 25; Staudinger/Frank, Fn. 3, 1059 Rdnr. 29; Stein/Jonas/Brehm, Fn. 5, § 857 Rdnr. 28; Stöber Fn. 5, Rdnr. 1714; Thomas/Putzo, Fn. 19, § 857 Rdnr. 12; Zöller/Stöber, Fn. 5, § 857 Rdnr. 12.

<sup>21</sup> BGHZ 62, 133, 137; LG Aachen JurBüro 1982, 1900; Brox/Walker, Fn. 5, Rdnr. 765; Hintzen/Wolf, Fn. 5, Teil E 241; Mümmler JurBüro 1984, 660, 661; MünchKomm/Petzoldt, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 10; Musielak/Becker, Fn. 5, § 857 Rdnr. 14; Panz BWNotz 1992, 43; RGRK/Rothe, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 7; Staudinger/Frank, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 30; Stöber, Fn. 5, Rdnr. 1711; Zöller/Stöber, Fn. 5, § 851 Rdnr. 12.

<sup>21a</sup> Hintzen JurBüro 1991, 755, 759.

<sup>21b</sup> OLG Düsseldorf Rpfl 1997, 315.

<sup>22</sup> OLG Düsseldorf Rpfl. 1997, 315; Stöber, Fn. 5, Rdnr. 1712.

<sup>23</sup> Für Alternativität: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Fn. 5, § 857 Rdnr. 6; wohl auch Soergel/Stürner, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 9; für Kumulativität wohl: Brox/Walker, Fn. 5, Rdnr. 765; Stöber, Fn. 5, Rdnr. 1112 a; unklar OLG Düsseldorf Rpfl 1997, 315; Palandt/Bassenge, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 5.

<sup>24</sup> Vgl. nur Musielak/Becker, Fn. 5, § 844 Rdnr. 5.

<sup>25</sup> RGZ 56, 388, 390; Hintzen JurBüro 1991, 755, 757; Mümmler JurBüro 1984, 660, 661; MünchKomm/Petzoldt, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 12; Panz BWNotz 1992, 43; Staudinger/Frank, Fn. 3, § 1059 Rdnr. 30; Stöber, Fn. 5, Rdnr. 1712, 1712 a.

<sup>26</sup> Hintzen JurBüro 1991, 755, 757.

<sup>27</sup> Durch Übergabe der Sache an den Verwalter kann die Pfändung sogar »bewirkt« werden (§ 857 Abs. 4 Satz 2 HS. 2 ZPO).

<sup>28</sup> OLG Düsseldorf Rpfl. 1997, 315; LG Lübeck Rpfl 1993, 360; Leupold, Die Zwangsverwaltung von Rechten nach § 857 ZPO, Diss. Leipzig 1915, 51 ff; Stöber, Fn. 5, Rdnr. 1712 a; Zöller/Stöber, Fn. 5, § 857 Rdnr. 13.

<sup>29</sup> Und erteilt auch dem Verwalter nähere Instruktionen: vgl. LG Lübeck Rpfl. 1993, 360.

– Besitz: das Gericht kann analog § 150 Abs. 2 ZVG dem Verwalter entweder den Besitz der nießbrauchsbelasteten Sache selbst übergeben oder den Verwalter ermächtigen, sich den Besitz zu verschaffen; Widerstand des Schuldners (= Nießbrauchers) kann gebrochen werden, wobei Titel der Beschluss über die Anordnung der Verwaltung ist, in letzterem Falle die Ermächtigung des Verwalters ist, sich den Besitz zu verschaffen<sup>30</sup>; die Pfändung und Überweisung zur Ausübung gibt dem Pfändungspfandgläubiger aber noch keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe gegen den das Objekt selbst besitzenden Nießbraucher<sup>31</sup>.

– Erträge: die dem Pfändungspfandgläubiger gebührenden Erträge hat der Verwalter diesem abzuliefern; das Gericht kann durch Anordnung sicherstellen, dass und in welcher Weise dies geschieht<sup>32</sup>.

– Fremdnutzung: Das Gericht kann die Vermietung und Verpachtung des Objektes anordnen und hierzu nähere Einzelheiten bestimmen<sup>33</sup>.

– Eigennutzung: Bewohnt der Nießbraucher das Objekt selbst, erhebt sich die Frage, ob er vom Gericht bzw. vom Verwalter aus der nießbrauchsbelasteten Sache vertrieben werden kann, ob also Zwangsäumung angeordnet werden kann.

Gemäß § 149 Abs. 1 ZVG sind im Zwangsverwaltungsverfahren dem Schuldner die für seinen Hausstand unentbehrlichen Räume zu belassen. Hierauf hat er (nach ZVG) einen Rechtsanspruch<sup>34</sup>.

Lehnt sich das Gericht an die Vorschriften des ZVG an, wird diese Vorschrift zu beachten sein.

Ob dies auch dann gilt, wenn das Gericht seine Anordnungen nach pflichtgemäßem Ermessen trifft, ist nicht diskutiert und völlig offen. Ich neige zu der Ansicht, dass § 149 ZVG auch dann analog anzuwenden ist. Wenn das Gesetz diesen Anspruch aus Billigkeitsgründen im Zwangsverwaltungsverfahren zubilligt, kann sich dem erst recht das Gericht, das nach billigem Ermessen seine Anordnungen nach § 857 Abs. 4 ZPO gestaltet, nicht entziehen.

– Entgelt für Eigennutzung: Zu § 149 ZVG ist strittig, ob der Schuldner, der aufgrund seines Rechtsanspruchs Räume bewohnt, hierfür ein Entgelt zahlen muss. Die ganz überwiegende Ansicht lehnt dies ab<sup>35</sup>. Dem ist zuzustimmen, auch im Rahmen von Anordnungen nach § 857 Abs. 4 ZPO.

Für diese Ansicht spricht ein *argumentum e contrario* aus § 5 Abs. 2 Satz 3 der Verordnung über Geschäftsführung und Vergütung der Zwangsverwalter<sup>36</sup>. Dort ist angeordnet, dass (nur) für Räume, die vom Schuldner zu Geschäftszwecken genutzt werden dürfen, ein angemessenes Entgelt zu bezahlen ist. Das

steht in auffälligem Gegensatz zu Satz 2, wo von der Belassung der notwendigen Wohnräume die Rede ist; dies rechtfertigt ein *argumentum e contrario*. Für aus Billigkeitsgründen belassene Wohnräume hat demnach der Schuldner (Nießbraucher) ein Entgelt nicht zu bezahlen.

## II. Wohnungsrecht

### 1. Pfändbarkeit

#### a) Wohnungsrecht ohne Ausübungserweiterung

Gemäß §§ 1092 Abs. 1, 1093 BGB kann beim Wohnungsrecht die Ausübung des Rechtes einem anderen ausnahmsweise nur überlassen werden, wenn dies besonders gestattet ist. Dies steht im Gegensatz zum Nießbrauch, bei dem die Möglichkeit der Ausübungsüberlassung die typengerechte Regel ist.

Es besteht Einigkeit darüber, dass das Wohnungsrecht ohne Ausübungserweiterung nach §§ 1092 Abs. 1 Satz 2, 1093 BGB nicht pfändbar ist<sup>37</sup>, da es nicht übertragbar ist (§ 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB) und auch i.S. der §§ 851 Abs. 1, 857 Abs. 3 ZPO die Überlassung der Ausübung an einen anderen nicht zulässig ist.

#### b) Wohnungsrecht mit Ausübungserweiterung

In gleicher Weise besteht andererseits Einigkeit, dass das Wohnungsrecht pfändbar ist, wenn die Überlassung der Ausübung des Rechtes an einen Dritten zugelassen ist<sup>38</sup>.

Freilich ist strittig, ob es für die Frage der Pfändbarkeit des Wohnungsrechtes darauf ankommt, ob die Ausübungserweiterung im Grundbuch eingetragen ist<sup>39</sup> oder ob eine Berechtigung zur Überlassung der Ausübung ohne Grundbucheintragung (»nur rechtsgeschäftlicher Art«) auch zur Pfändbarkeit führt<sup>40</sup>.

Vertritt man mit der beinahe allgemeinen Meinung die Auffassung, dass Gegenstand der Pfändung das Wohnungsrecht selbst ist, nicht nur das schuldrechtliche Ausübungsrecht, dann erfasst die Pfändung das Recht mit seinem jeweiligen dinglichen Inhalt. Die Befugnis aber – im Gegensatz zur Überlassung der Ausübung selbst –, die Ausübung einem Dritten zu gestatten, ist dinglicher Inhalt des Wohnungsrech-

<sup>30</sup> LG Lübeck Rpfll 1993, 360.

<sup>31</sup> OLG Düsseldorf Rpfll 1997, 315; *Musielak/Becker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 14; *Thomas/Putzo*, Fn. 19, § 857 Rdnr. 12; a.M. möglicherweise *Stöber*, Fn. 5, Rdnr. 1712 a.

<sup>32</sup> *Brox/Walker*, Fn. 5, Rdnr. 765; *Stöber*, Fn. 5, Rdnr. 1712 a.

<sup>33</sup> *Musielak/Becker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 6; *Zöller/Stöber*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 13.

<sup>34</sup> *Zeller/Stöber*, ZVG, 16. Aufl. 1999, § 149 Rdnr. 2.

<sup>35</sup> *Pöschel* NJW 1956, 372; *Mohrbutler/Drischler/Radtke/Tiedemann*, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, 7. Aufl. 1990, Bd. II, S. 868; *Steiner/Hagemann*, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Aufl. 1984, § 149 Rdnr. 11; *Zeller/Stöber*, Fn. 34, § 149 Rdnr. 2; zweifelnd *Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth*, ZVG, 12. Aufl. 1991, § 149 Rdnr. 6.

<sup>36</sup> VO vom 16.02.1970, BGBl. 1970 I 185.

<sup>37</sup> Unzweifelhaft, daher nur: BGH NJW 1962, 1392 f; NJW 1995, 2846 f; NJW 1999, 643 f; OLG Schleswig Rpfll 1997, 256; *Brox/Walker*, Fn. 5, Rdnr. 760; *Hintzen* JurBüro 1991, 755, 757; *MünchKomm/Joost*, Fn. 3, § 1092 Rdnr. 7; *Musielak/Becker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 15; *Stöber*, Fn. 5, Rdnr. 1516.

<sup>38</sup> BGH NJW 1999, 643, 644; KG NJW 1968, 1882; LG Detmold Rpfll 1988, 1372; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 8; *Brox/Walker*, Fn. 5, Rdnr. 760; *Hintzen* JurBüro 1991, 755, 757; *Hintzen/Wolf*, Fn. 5, Teil E, Rdnr. 240; *MünchKomm/Joost*, Fn. 3, § 1092 Rdnr. 7; *Musielak/Becker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 15; *Palandt/Bassenge*, Fn. 3, § 1092 Rdnr. 9; *Pantz* BWNNotZ 1992, 43, 44; *Schuschke/Walker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 27; *Staudinger/Ring*, Fn. 3, § 1092 Rdnr. 4, § 1093 Rdnr. 15; *Stein/Jonas/Münzberg*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 28; *Stöber* Fn. 5, Rdnr. 1516, 1519; *Zöller/Stöber*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 12.

<sup>39</sup> KG OLGZ 1968, 295; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 8; *Hintzen* JurBüro 1991 755, 757; *MünchKomm/Joost* Fn. 3, § 1092 Rdnr. 7; RGRK/Rothe, Fn. 3, § 1092 Rdnr. 5; *Stein/Jonas/Brehm*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 28, 129; *Stöber*, Fn. 5, Rdnr. 1518; *Zöller/Stöber*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 12.

<sup>40</sup> BGH NJW 1962, 1392; NJW 1963, 1319; LG Detmold Rpfll 1988, 372; *Musielak/Becker*, Fn. 5, § 857 Rdnr. 15; *Schuschke/Walker*, Fn. 5, 857 Rdnr. 27.

<sup>41</sup> Vgl. oben Fn. 17.

tes, nicht anders als beim Nießbrauch<sup>41</sup>. Der dingliche Inhalt des Rechtes ergibt sich aber aus dem Grundbuch (§§ 873, 874, 877 BGB) und muss – mindestens durch Bezugnahme (§ 874 BGB) – aus dem Grundbuch ersichtlich sein.

Demgemäß führt auch nur eine im Grundbuch eingetragene Ausübungsweiterung zur Pfändbarkeit des Wohnungsrechtes.

### c) Wohnungsrecht mit gesetzlicher Ausübungsweiterung

Die Frage der Gestattung spielt aber keine Rolle, soweit das Gesetz das Wohnungsrecht auf Familienangehörige erweitert (§ 1093 Abs. 2 BGB). Sind also Gläubiger und Schuldner Familienangehörige in diesem Sinne, kann eine Pfändung des

Wohnungsrechtes auch ohne rechtsgeschäftliche Gestattung und Eintragung im Grundbuch erfolgen<sup>42</sup>.

## 2. Pfändung und Pfandverwertung

Bezüglich Pfändungsverfahren und Pfandverwertung des pfändbaren Wohnungsrechtes gelten die Ausführungen zum Nießbrauch analog ohne jede Abweichung (Gegenstand der Pfändung, Pfändungsbeschluss, Eintragbarkeit im Grundbuch, Einziehungsbeschluss, andere Art der Verwertung, Verwertung)<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Hintzen JurBüro 1991, 755, 758.

<sup>43</sup> Vgl. nur Hintzen JurBüro 1991, 755, 758 f.; Stöber, Fn. 5, Rdnr. 1519 ff.

# Zur Unterhaltungspflicht bei Geh- und Fahrtrechten unter Mitbenutzungsbefugnis des dienenden Eigentümers (§ 1021 BGB)<sup>1</sup>

Von Notarassessor Michael Volmer, Würzburg

## IV. Einleitung, Problemstellung

Zur Problemdarstellung folgender Sachverhalt: Grundstückseigentümer E hat zugunsten der jeweiligen Eigentümer dreier Grundstücke (G1 – G3) Geh- und Fahrtrechte in Form von Grunddienstbarkeiten bestellt. Die Grunddienstbarkeiten betreffen alle denselben Weg. Sie stehen im Nachrang zueinander. In jeder Grunddienstbarkeit wurde geregelt, dass Eigentümer und Berechtigter die Kosten der Wegeunterhaltung je zur Hälfte tragen sollten<sup>2</sup>. Wie sind die Unterhaltungskosten zwischen E, G1, G2 und G3 im Hinblick darauf aufzuteilen, dass bezüglich desselben Weges mehrere Dienstbarkeiten bestellt wurden? Keine Urkunde enthält einen Hinweis auf die weiteren Grunddienstbarkeiten.

## II. Unterhaltungsvereinbarungen als Inhalt einer Dienstbarkeit

### A) Gestaltungsmöglichkeiten

#### 1. Alleinbenutzung der Anlage<sup>3</sup> durch den Berechtigten

Nach § 1020 S. 2 BGB obliegt in diesem Fall kraft Gesetzes die Unterhaltung dem Berechtigten, der gegenüber dem Eigentümer die Pflicht zur Erhaltung des ordnungsgemäßen

Zustands hat, soweit es das Interesse des Eigentümers verlangt. Ein klagbarer Anspruch besteht daher nur im Umfang von materiellen und immateriellen Interessen des Eigentümers<sup>4</sup>. Eine darüber hinausgehende Pflicht zur Erhaltung des gebrauchsfähigen Zustands besteht nicht; dies obliegt dem Berechtigten ausschließlich im eigenen Interesse<sup>5</sup>.

#### 2. Mitbenutzungsrecht des dienenden Eigentümers

Gem. § 1021 BGB können in diesem praktisch häufigsten Fall Vereinbarungen über die Unterhaltung einer Anlage zum dinglichen Inhalt einer Grunddienstbarkeit<sup>6</sup> gemacht werden. Erstaunlicherweise trifft das Gesetz ohne eine solche Vereinbarung zur Unterhaltungspflicht jedoch keinerlei ersatzweise eingreifende Regelung. § 1021 BGB greift nicht ein, weil diese Norm als »kann«-Regelung lediglich den bestehende rechtsgeschäftlichen Gestaltungsspielraum vorgibt, nicht aber dispositives Recht beinhaltet, das von sich aus in Ermangelung einer besonderen vertraglichen Vereinbarung anzuwenden wäre. Nach überwiegender Ansicht greift darüber hinaus auch § 1020 S. 2 BGB nicht ein, da das Halten der Anlage ein Alleinbenutzungsrecht des Berechtigten voraussetzt<sup>7</sup>. Eine besondere Vereinbarung sollte deswegen bei der Einräumung einer Mitbenutzungsbefugnis des Eigentümers immer getroffen werden.

In Ausnutzung des vorgegebenen Gestaltungsspielraumes kann

a) vereinbart werden, dass den Eigentümer die Unterhaltung der Anlage trifft, § 1021 Abs. 1 S. 1 BGB;

<sup>1</sup> Für die Anregung zu diesem Thema danke ich Herrn Notar Dr. Gerald Weigl, Heilsbronn.

<sup>2</sup> Aus den Formulärmustern: Amann, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, A VII Rdnr. 30 schlägt eine hälftige Kostenteilung vor; Sandweg, in: Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 7. Aufl. 1998, Muster IV.9 schlägt eine Teilung im Verhältnis  $\frac{2}{3}$  Berechtigter zu  $\frac{1}{3}$  Eigentümer vor. Tatsächlich hatte E mit G3 eine Kostenteilung im Verhältnis  $\frac{2}{3}$ : $\frac{1}{3}$  vereinbart. Diese Verkomplizierung können wir für die weitere Argumentation außer Betracht lassen.

<sup>3</sup> »Jede von Menschen geschaffenen Einrichtung, die der Grundstücksnutzung dient« (siehe Palandt/Bassenge, BGB, 59. Aufl. 2000, § 1020 BGB Rdnr. 3), insbesondere also z. B. ein befestigter Weg (Wilke, in Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, Teil 6 Rdnr. 33; Staudinger/Ring, BGB, 13. Bearb. 1996, § 1020 BGB Rdnr. 10).

<sup>4</sup> Z. B. Vermeidung von Schadensereignissen; Vermeidung von Ansehensverlusten durch verfallenen Anlagen (Staudinger/Ring [Fn. 3], § 1020 BGB Rdnr. 9).

<sup>5</sup> Staudinger/Ring (Fn. 3), § 1020 BGB Rdnr. 9; Wilke (Fn. 3), Rdnr. 33.

<sup>6</sup> Über § 1090 Abs. 2 BGB auch einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.

<sup>7</sup> OLG Köln, NJW-RR 1996, 16; Palandt/Bassenge (Fn. 3), § 1020 BGB Rdnr. 3; Wilke (Fn. 3), Rdnr. 36.

b) vereinbart werden, dass der Berechtigte nicht nur zur Erhaltung des ordnungsmäßigen, sondern weitergehend des gebrauchsfähigen Zustands verpflichtet ist, § 1021 Abs. 1 S. 2 BGB. Diese Vereinbarung setzt indes ein Mitbenutzungsrecht des Eigentümers voraus.

In Kombination dieser Möglichkeiten können Berechtigter und Eigentümer Quotelungen sowohl der Unterhaltungslast wie auch allein der Kosten vereinbaren<sup>8</sup>.

## B) Durchsetzung des Anspruchs des Berechtigten

Eine dergestalt vereinbarte Unterhaltungspflicht kann der Dienstbarkeitsberechtigte nach den Vorschriften über die Reallast betreiben. Die Grunddienstbarkeit »enthält« eine Reallast. Eine daneben vereinbarte Unterhaltungsreallast wäre überflüssig, vermutlich wegen des Verbots der Doppelsicherung sogar unzulässig<sup>9</sup>. Der Berechtigte hat danach Anspruch auf Verwertung des dienenden Grundstücks gem. §§ 1021 Abs. 2 i. V. m. 1107 BGB<sup>10</sup>. Die Verweisungskette führt weiter u. a. zu § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG<sup>11</sup>, sodass die Vollstreckung aus dem Rang der Grunddienstbarkeit stattfindet<sup>12</sup>. Er hat daneben aber auch den persönlichen Anspruch gegen den Eigentümer nach §§ 1021 Abs. 2 i. V. m. 1108 BGB<sup>13</sup>.

## C) Durchsetzung des Anspruchs des Eigentümers

Fraglich ist<sup>14</sup> die Absicherung des Anspruchs des Eigentümers gegen den Berechtigten. Das Problem ergibt sich daraus, dass regelmäßig keine Eintragung im Grundbuch des herrschenden Grundstücks erfolgt. Verfahrensrechtlich wäre ein Aktivvermerk zwar gem. § 9 GBO zulässig. Hiervon wird aber in der Praxis nur selten Gebrauch gemacht. Wegen des an

den Aktivvermerk geknüpften Zustimmungserfordernisses dinglich Berechtigter (§ 21 GBO) spricht auch die praktische Handhabung gegen die Eintragung eines solchen Vermerks. Aus dem Grundbuch des herrschenden Grundstücks lassen sich also weder der Bestand der Grunddienstbarkeit noch die daran geknüpfte Unterhaltungsverpflichtung ersehen.

Dementsprechend wird sowohl vertreten, dass die Unterhaltungsverpflichtung automatisch als untrennbarer Inhalt der Grunddienstbarkeit den jeweiligen Berechtigten treffe<sup>15</sup> wie auch das Gegenteil. Die ablehnende Ansicht hält eine zusätzliche Reallast für den jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks für zulässig und erforderlich<sup>16</sup>.

Meines Erachtens sind zur Lösung zwei Fragen voneinander zu unterscheiden, nämlich<sup>17</sup>:

1) Begründet die Vereinbarung nach § 1021 Abs. 1 S. 2 BGB einen unmittelbaren Anspruch gegen den jeweiligen Berechtigten, insbes. also bei Einzelrechtsnachfolge im Eigentum des herrschenden Grundstücks?

2) Und, falls diese Frage zu bejahen ist: Handelt es sich hierbei um einen dinglichen Anspruch auf Verwertung des herrschenden Grundstücks im Rang des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG?

Ad 1: Ja! Für den Anspruch des Eigentümers aus § 1020 S. 2 BGB ging der historische Gesetzgeber davon aus, dass dieser »actio negatoria«-ähnliche Anspruch unmittelbar gegenüber dem jeweils Berechtigten wirke, sodass die Erhaltungspflicht auch einen etwaigen Einzelrechtsnachfolger unabhängig davon treffe, ob er oder sein Vorgänger die Anlage habe verfallen lassen. Diese Rechtsfolge war gerade einer von zwei Gründen für die Aufnahme des § 1020 S. 2 BGB in Ergänzung zu deliktischen Ansprüchen des Eigentümers des dienenden Grundstücks<sup>18</sup>. Gegen eine Wirkung auch des § 1021 Abs. 1 S. 2 BGB gegen den jeweiligen Berechtigten bestehen daher keine Bedenken. Diese Wirkung besteht unabhängig davon, ob ein Aktivvermerk beim herrschenden Grundstück eingetragen ist. Insoweit handelt es sich bei der Grunddienstbarkeit um ein einheitliches Rechtsverhältnis, in das eine Einzelrechtsnachfolge ebenfalls nur einheitlich stattfindet<sup>19</sup>.

Den entscheidenden Einwand gegen das Erfordernis einer zusätzlichen Reallast am herrschenden Grundstück hat dabei *Clarus*<sup>20</sup> bereits vor hundert Jahren gebracht: Angenommen, es bestehen Belastungen im Rang vor dieser Reallast oder im Gleichrang zu ihr, so würde bei einer Verwertung des Grund-

<sup>8</sup> Wilke (Fn. 3), Rdnr. 33; *Erman/Baumert*, BGB, 9. Aufl. 1993, § 1021 BGB Rdnr. 2; MünchKomm/Falckenberg, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1021 BGB Rdnr. 5; *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl. 1989, § 1021 BGB Rdnr. 1; KG NJW 1970, 1686; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rdnr. 1153b; schließlich den Vorschlag von *Sandweg* (Fn. 2): Unterhaltungslast bei Berechtigten; lediglich Kostenquotelung.

<sup>9</sup> So i. E. auch *Staudinger/Ring* (Fn. 3), § 1021 BGB Rdnr. 8.

<sup>10</sup> *Amann*, DNotZ 1989, 531, 535.

<sup>11</sup> *Staudinger/Amann* (Fn. 3), § 1107 BGB Rdnr. 29.

<sup>12</sup> Daraus folgt ein Problem: Wie findet die Zwangsvollstreckung in diesem Rang statt, ohne dass das dingliche Recht erlischt? Die Vorschläge sind vielfältig.

– *Wilke* (Fn. 3), Rdnr. 157; BayObLG DNotZ 1991, 805: Abbedingung vom § 12 ZVG dahingehend, dass die Rückstände im Rang nach dem Hauptanspruch (= Stammrecht) zu vollstrecken sind.

– *Jerschke*, in Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 2), A V Rdnr. 188; *Amann*, DNotZ 1993, 222: Rangrücktritt mit einer Teilreallast über die beizutreibenden Rückstände.

– *Palandt/Bassenge* (Fn. 3), § 1107 BGB Rdnr. 4: Antrag gem. § 59 ZVG oder Beitreibung nur durch Zwangsverwaltung oder Geltendmachung nur der persönlichen Haftung nach § 1108 BGB.

<sup>13</sup> RGZ 131, 163; *Staudinger/Ring* (Fn. 3), § 1021 BGB Rdnr. 6; *Palandt/Bassenge* (Fn. 3), § 1021 Rdnr. 4. Dies entspricht der Sicht des Gesetzgebers (*Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 3: Sachenrecht, S. 735): Ein Antrag, den heutigen § 1108 BGB ausdrücklich in § 1021 BGB in Bezug zu nehmen, wurde deswegen abgelehnt, weil auch andere Normen der Reallast sich nach wissenschaftlicher Klärung womöglich als anwendbar erweisen würden.

<sup>14</sup> ...und war schon immer: siehe die Kontroverse zwischen *Clarus*, BayZ 1908, 173; *Predari*, BayZ 1908, 385 und erneut *Clarus*, BayZ 1908, 476 mit insgesamt umfassenden Nachweisen zum seinerzeitigen Meinungsstand.

<sup>15</sup> *Staudinger/Ring* (Fn. 3), § 1021 BGB Rdnr. 8 (anders noch ders. in der Voraufgabe); *Amann*, DNotZ 1989, 531, 543 (allerdings mit Begründung aus dem Begleitschuldverhältnis); *Böhringer*, BWNotZ 1987, 142 m.w.N. in Fn. 11 und 12; MünchKomm/Falckenberg (Fn. 8), § 1021 BGB Rdnr. 7.

<sup>16</sup> AG Aalen BWNotZ 1987, 141; LG Ellwangen BWNotZ 1987, 142; *Soergel/Stürner* § 1021 BGB Rdnr. 3.

<sup>17</sup> Ähnlich in der Trennung dieser Fragen *Amann*, DNotZ 1989, 531, 543f, der Frage 1 aus dem Begleitschuldverhältnis heraus löst und die Reallast nur zwecks bevorzugter Verwertung des herrschenden Grundstücks heranzieht. Für eine Trennung spricht weiter der Vergleich mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, für die zwar auch §§ 1093 Abs. 2, 1021, 1022 BGB gelten, bei der aber in Ermangelung eines herrschenden Grundstücks eine Reallast an diesem naturgemäß ausscheidet (dazu *Amann*, DNotZ 1982, 396, 415).

<sup>18</sup> *Mugdan* (Fn. 13), S. 269. Daneben sollte der Eigentümer des dienenden Grundstücks vom Verschuldensbeweis befreit werden.

<sup>19</sup> *Amann*, DNotZ 1989, 531, 543; *Staudinger/Ring* (Fn. 3), § 1021 Rdnr. 8; so auch *Böhringer* BWNotZ 1987, 142, 143.

<sup>20</sup> BayZ 1908, 476.

stücks aus dieser vor-/gleichrangigen Belastung die Reallast erlöschen und wären künftige Ansprüche des Eigentümers auf Kostenerstattung nicht mehr vorhanden. Diese Folge wäre mit dem Gesetzeszweck des § 1021 BGB nicht vereinbar<sup>21</sup>.

Ad 2: Nach meiner Ansicht – entgegen der wohl hM<sup>22</sup> – Nein! Anders als für den Berechtigten vermittelt § 1021 Abs. 1 S. 2 BGB dem Eigentümer keine dinglichen Ansprüche auf Verwertung des herrschenden Grundstücks in einem bestimmten Rang, insbes. nicht demjenigen des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG. Andernfalls würde die Grundbuchklarheit deutlich eingeschränkt, wenn insbesondere Grundpfandrechtsgläubiger mit vorrangigen, unbekanntenen Unterhaltungspflichten rechnen müssten. Es müsste also neben der Tatsache, dass die Unterhaltungspflicht »aus«<sup>23</sup> dem herrschenden Grundstück geschuldet wird, auch der Rang dieser Pflicht im Vergleich zu anderen Belastungen, insbes. Grundpfandrechten, bestimmt werden. Die h.M. verweist hier auf eine Analogie zu §§ 912, 914 BGB, in denen ein gesetzlicher Vorrang außerhalb des Grundbuchs für Überbaurente und Notwegerechte festgelegt ist<sup>24</sup>. Keine Frage, dass der Gesetzgeber eine solche Bestimmung auch für den Anspruch aus § 1021 Abs. 1 S. 2 BGB treffen könnte. Er hat sie aber nicht getroffen – und in Abwägung mit der Aussagekraft des Grundbuchs nehme ich an, dass Rechtsprechung und Wissenschaft nicht berufen sind, über die gesetzlichen Vorgaben hinaus außerhalb des Grundbuchs Ansprüche mit Vorrang gegenüber allen eingetragenen Rechte zu begründen<sup>25</sup>. Daraus folgt, dass die Bestellung einer subjektiv-dinglichen Reallast am herrschenden Grundstück für den jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks nicht deswegen erforderlich ist, um die Haftung des Einzelrechtsnachfolgers zu erreichen<sup>26</sup>. Eine solche Reallast ist aber zulässig – und empfehlenswert, wenn die ungesicherte persönliche Haftung keine genügende Sicherheit bieten sollte<sup>27</sup>.

### III. Unterhaltungsverpflichtung bei gleichrangigen Dienstbarkeiten

Das BGB hält mit §§ 1024, 1060 BGB sehr wohl eine Regelung bereit für den Fall, dass mehrere beschränkte dingliche Rechte im Gleichrang miteinander kollidieren. Dazu hat der Gesetzgeber eine Ausübung nach »billigem Ermessen« vorgeschrieben. Er ging für die weitere Konkretisierung des billigen Ermessens davon aus, dass mehrere Berechtigte im Gleichrang zueinander die Benutzung und Verwaltung der Sache nach §§ 743 ff. BGB regeln müssen bzw. eine an §§ 743 ff. BGB orientierte Gebrauchsregelung zwangsweise getroffen wird, wenn sie keine einverständliche Regelung herbeiführen können oder wollen<sup>28</sup>. Dies würde es nahelegen, für den Fall der im Gleichrang miteinander kollidierenden beschränkten

dinglichen Rechte dann auch für die Kostentragung das Recht der Gemeinschaft heranzuziehen, hier § 748 BGB. Die Unterhaltungskosten würden dann zu einem Anteil von je  $\frac{1}{4}$  auf alle Beteiligten verteilt.

Schon diese Rechtsanwendung ist aber dogmatisch nicht über jeden Zweifel erhaben, da die Grunddienstbarkeiten zwar ein Sonderrechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer des dienenden Grundstücks und jedem einzelnen Eigentümer der herrschenden Grundstücke begründen, nicht aber zwischen den Eigentümern der herrschenden Grundstücke untereinander.

### IV. Unterhaltungspflicht zwischen nachrangigen Grunddienstbarkeiten

Für die Kollision mehrerer beschränkter dinglicher Rechte im Nachrang zueinander trifft das BGB keine Regelung und braucht das BGB auch keine Regelung zu treffen, weil sich das Berechtigungsverhältnis schon aus dem Rangverhältnis ergibt<sup>29</sup>. Für die Fälle der Dienstbarkeit und des Nießbrauchs hat der Rangbessere die *actio negatoria* nach §§ 1027 i. V. m. 1004 BGB bzw. §§ 1065 i. V. m. 1004 BGB eben nicht nur gegen störende Dritte, sondern auch gegen den Eigentümer und – selbstverständlich – auch gegen nachrangige Berechtigte an diesem Grundstück. Soweit der Eigentümer Nutzungsbefugnisse am dienenden Grundstück abgespalten<sup>30</sup> und dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks übertragen hat, ist jede anderweitige Einräumung der Nutzungsbefugnisse gesperrt.

Demzufolge muss auch die Unterhaltungspflicht gemäß dem Rangverhältnis aufgeteilt werden. G1 trägt entsprechend der getroffenen Vereinbarung die Hälfte der Unterhaltungskosten, der Eigentümer E (insoweit fiktiv) die andere Hälfte. Diese fiktive andere Hälfte wird nun im Hinblick auf die nachrangige zweite Grunddienstbarkeit erneut halbiert, sodass G2  $\frac{1}{4}$ , der Eigentümer E (erneut fiktive)  $\frac{1}{4}$  der Unterhaltungskosten trägt. Dieses fiktive Eigentümerviertel wird nun zwischen E und G3 erneut geteilt, sodass G3  $\frac{1}{8}$ , E  $\frac{1}{8}$  zu tragen hat.

Dieses Ergebnis trifft auch aus zwei Gründen zu: Zum einen konnte G1 bei Begründung seiner Dienstbarkeiten nicht damit rechnen, dass jemals weitere Grunddienstbarkeiten im Nachrang bestellt würden. Die Zahlungsverpflichtung von G1 wird damit auch durch die weiteren Grunddienstbarkeiten nicht berührt.

Zum anderen wird durch die Begründung einer Grunddienstbarkeit für G1 aus dem Eigentumsrecht eine Nutzungsbefugnis abgespalten. E kann an G2 damit nur noch eine Nutzungsbefugnis übertragen, die ihm nach der Abspaltung der Nutzungsbefugnis an G1 noch verblieben war. Wenn G2 aber ein Weniger an Nutzungsbefugnis eingeräumt wird<sup>31</sup>, wird man auch die Verpflichtung des G2 zu Unterhaltung des Weges geringer ansetzen müssen. Wenn mit anderen Worten G2 nicht mehr an der gesamten Nutzungsbefugnis des Weges, sondern nur noch an der dem E verbleibenden Nutzungsbefugnis partizipieren kann, darf er auch nur an den Kosten beteiligt werden, die dem E nach der Kostenerstattung seitens des G1 noch verbleiben.

<sup>29</sup> *Palandt/Bassenge* (Fn. 3), § 1024 BGB Rdnr. 1.

<sup>30</sup> Zur Einräumung beschränkter dinglicher Rechte als Abspaltung von Eigentümerbefugnissen siehe *Wilhelm*, Sachenrecht (1991), Rdnr. 55.

<sup>31</sup> Was zum Ausdruck kommt durch den von G1 gegen G2 bestehenden Unterlassungsanspruch.

<sup>21</sup> Schon vor Erlass der ErbbauVO stellte sich also das nun in § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauVO geregelte Problem.

<sup>22</sup> Nachweise in Fn. 15.

<sup>23</sup> Im Sinne des § 1113 BGB.

<sup>24</sup> *Böhringer*, BWNNotZ 1987, 142, 144; *MünchKomm/Falckenberg* (Fn. 8), § 1021 BGB Rdnr. 7.

<sup>25</sup> Siehe bereits meine Kritik in ZfIR 1999, 86 an der Rspr. zur Verjährung und Verwirkung des Anspruchs aus § 1004 BGB entgegen § 902 Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>26</sup> Die Fälle AG Aalen, BWNNotZ 1987, 141 und LG Ellwangen, BWNNotZ 1987, 142, jeweils nur die persönliche Verpflichtung betreffend, sind daher unzutreffend entschieden.

<sup>27</sup> Allerdings unter dem Vorbehalt, dass sie bei einer Versteigerung aus vor-/gleichrangigen Belastungen erlöschen wird.

<sup>28</sup> *Mugdán* (Fn. 13), S. 271; ebenso in neuerer Zeit *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, S. 312 (zu § 1060 BGB).

Dieses Ergebnis leuchtet bei Grunddienstbarkeiten unmittelbar ein, die auf Fruchtziehung gerichtet sind, beispielsweise bei einem Bimsabbaurecht<sup>32</sup>. Wenn hier G1 und E vereinbaren, dass der abgebaute Bodenschatz zwischen ihnen hälftig geteilt wird, G2 und E Gleiches vereinbaren, ist selbstverständlich, dass aufgrund des Rangverhältnisses zwischen G1 und G2 das Fruchtziehungsrecht des G1 nicht beeinträchtigt wird. Dann kann aber auch die Bestellung einer weiteren Dienstbarkeit für G2 die Kostentragung des G1 nicht abändern. Da umgekehrt G2 nicht mehr an den gesamten Früchten teilhat, sondern nur an der Hälfte (nach Abzug des G1), darf er auch nur an der verbleibenden Hälfte der Kosten beteiligt werden.

## V. Gestaltungshinweise

Bedenken gegen diese Lösung ergeben sich allerdings daraus, dass gerade bei Geh- und Fahrrechten eine gegenseitige Behinderung kaum stattfinden wird, das Rangverhältnis der Berechtigten untereinander also nahezu keine Bedeutung hat – jedenfalls nicht im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch des Rangbesseren. Der Vergleich mit öffentlich gewidmeten Straßen verdeutlicht dies: erhebliche wechselseitige Beschränkungen ergeben sich erst im Vorfeld eines Staus bzw. im Stau selbst. Der erste Rang von G1 führt deswegen zu einer diesem Rang entsprechenden Belastung mit Unterhaltungspflichten, ohne dass er faktisch einen gegenüber G2, G3 oder E bevorrechtigten Nutzen brächte. Hinzu kommt, dass die Einräumung weiterer nachrangiger Geh- und Fahrrechte die Abnutzung des Weges verstärkt, jedenfalls dann, wenn es sich um einen unbefestigten Weg handelt. Die Kosten für die Instandhaltung fallen aber überproportional bei G1 an, obwohl dieser für den erhöhten Verschleiß nicht verantwortlich ist. Die gesetzliche Lösung läge zwar in §§ 1027, 1004 BGB, wonach der Rangbessere den erhöhten Verschleiß seiner Anlage zum Anlass nehmen kann, sein Verbotungsrecht gegen Nachrangige durchzusetzen. Vermutlich wird dieser Weg aber als Überreaktion empfunden und deswegen nicht oder nur zögerlich beschritten.

Aus kautelarjuristischer Sicht liegt die Überlegung näher, ob nicht durch eine entsprechende Vertragsgestaltung die Unterhaltungskosten angemessener verteilt werden können.

### A) Gleichrang, Gesamtberechtigung

Zunächst könnten alle Grunddienstbarkeiten im Gleichrang zueinander bestellt werden<sup>33</sup>. Besser noch könnte eine Grunddienstbarkeit in Gesamtberechtigung (§ 428 BGB) für alle herrschenden Grundstücke bestellt werden<sup>34</sup>. Eine solche Gesamtberechtigung hätte den Vorteil, dass auch die Berechtigten untereinander in einem besonderen Rechtsverhältnis stehen, auf dem aufbauend (Neben-) Pflichten statuiert werden können<sup>35</sup>. Beide Gestaltungen setzen aber voraus, dass alle Berechtigten von Anfang an bekannt sind und die Grunddienstbarkeiten zeitgleich bestellt werden können. Sie scheitern oder lassen sich nur mit erheblichem Aufwand für Rangänderungen durchführen, wenn die Rechte erst sukzessive begründet werden.

<sup>32</sup> Dazu BGH WM 2000, 536.

<sup>33</sup> So etwa der Formulierungsvorschlag von *Langenfeld*, in: Münchener Vertragshandbuch, 4. Aufl. 1998, Band 4/2, Muster X.19.

<sup>34</sup> Dazu MünchKomm/*Falckenberg* (Fn. 8), § 1018 BGB Rdnr. 23; *Palandt/Bassenge* (Fn. 3), § 1018 BGB Rdnr. 3; *Staudinger/Ring* (Fn. 3), § 1018 BGB Rdnr. 15; KG NJW 1970, 1686; *Haegel/Schöner/Stöber* (Fn. 8), Rdnr. 1124, 1126.

### B) Variabler Kostenanteil

Ich schlage daher vor, die Vereinbarung über die Unterhaltungskosten anders zu fassen, indem auf eine bezifferte Festlegung des Anteilsverhältnisses verzichtet wird:

»Der Eigentümer des dienenden Grundstücks hat den Weg zu unterhalten und in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten. Von den anfallenden Kosten dieser ordnungsgemäßen Instandhaltung des Weges (alternativ: der Anlage) trägt der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks einen Anteil von  $1/(X+1)$ . X ist dabei die Anzahl derjenigen Geh- und Fahrrechte, Wegerechte oder sonstigen Benutzungsrechte (in Form von Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten), die zur Zeit der Instandhaltungsmaßnahme an der heutigen Ausübungsfläche bestellt sein werden.«

Da keine Rechtsbeziehungen zwischen den Berechtigten bestehen, muss die Unterhaltungslast beim Eigentümer des dienenden Grundstücks liegen. Ihm können nämlich Erstattungsansprüche gegen alle Berechtigten eingeräumt werden.

Die Addition von »+1« berücksichtigt dann den Anteil, der auf den Eigentümer aufgrund dessen Mitbenutzungsbefugnis entfällt. Hat E nur ein Recht eingeräumt, verbleibt es bei der hälftigen Kostenteilung. Hat E ein weiteres Recht eingeräumt, sinkt der Anteil des G1 auf  $1/3$ , etc. etc.

Eine alternative, weniger mathematisch geprägte Formulierung schlägt *Weigl* vor:

»Die ordnungsgemäße Instandhaltung der Wegefläche übernehmen der Eigentümer des dienenden und der Eigentümer des herrschenden Grundstücks je zur Hälfte. Verringert sich die Unterhaltungspflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks durch eine Mitunterhaltungspflicht weiterer Nutzungsberechtigter, so ermäßigt sich auch die Unterhaltungspflicht des Eigentümers des herrschenden Grundstücks im gleichen Umfang.«

Ein Verstoß gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz liegt bei beiden Vorschlägen nicht vor. Zwar ist das Anteilsverhältnis im Laufe der Zeit variabel. Für jeden beliebigen Zeitpunkt kann aber nach Grundbucheinsicht das Anteilsverhältnis genau beziffert werden. Das genügt<sup>36</sup>. Vergleichbar werden z. B. bei Grundpfandrechten Gleitzinsen etwa in der Form von »x% über Basiszins«<sup>37</sup> anerkannt. Auch die Höchstbelastung<sup>38</sup> ist dem Grundbuch zu entnehmen. Sie beträgt  $1/2$  und tritt ein, solange der Eigentümer keine weiteren Rechte einräumt.

<sup>35</sup> Treuepflichten (§ 242 BGB) sind immer nur Ausfluss einer bereits anderweitig begründeten Sonderbeziehung. Sie sind nicht geeignet, die Sonderbeziehung für sich zu begründen (*Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rdnr. 694 ff., insbes. Rdnr. 696 – dort zu den [entgegen der hM nicht bestehenden] Treuepflichten der Aktionäre untereinander).

*Langenfeld* (Fn. 33) löst das Problem, indem er in die Urkunde Vereinbarungen der Berechtigten untereinander aufnimmt und dann ihre Unterschriften neben derjenigen des Eigentümers verlangt.

<sup>36</sup> Vgl. etwa *Demharter*, GBO, 23. Aufl. 2000, Anh. zu § 44 GBO Rdnr. 75 zur Bestimmtheit einer Reallast.

<sup>37</sup> Dazu *Palandt/Bassenge* (Fn. 3), § 1115 Rdnr. 14; MünchKomm/*Eickmann* (Fn. 8), § 1115 BGB Rdnr. 25.

<sup>38</sup> Zum Erfordernis, bei Gleitzinsen einen Höchstzinssatz anzugeben, siehe BGH DNotZ 1963, 436; MünchKomm/*Eickmann* (Fn. 8), § 1115 BGB Rdnr. 27.

# Das Gesetz über die Anpassung des Beweisrechts an die Informationstechnologie sowie über die elektronische Signatur in Frankreich

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

## I. Einleitung

Die rasant zunehmende Verbreitung der elektronischen Kommunikation und des elektronischen Geschäftsverkehrs fordern mittlerweile die Möglichkeit, ein digitales Dokument mittels elektronischer Signatur zu unterzeichnen. Wichtig ist dabei nicht nur die Signatur als solche, sondern auch die zweifelsfreie Zuordnung eines elektronischen Dokuments zu einer bestimmten Person, um Verfälschungen zu verhindern.

Mit dem »Gesetz n. 2000-230 vom 13. März 2000 über die Anpassung des Beweisrechts an die Informationstechnologie sowie über die elektronische Signatur«<sup>1</sup> (L.2000-230) hat sich Frankreich u. a. nach Deutschland, Italien und Spanien in die Reihe der europäischen Länder eingereiht, die sich dieser Aufgabe bereits angenommen und die digitale Unterschrift gesetzlich geregelt haben.<sup>2</sup> Das Gesetz zielt darauf ab, »dem mit dem technischen Fortschritt konfrontierten französischen Beweisrecht Eintritt in die Ära der Informationstechnologie zu gewähren«<sup>3</sup> und ermöglicht nun, den Abschluss von auf elektronischem Wege zustande gekommenen Verträgen nachzuweisen und durchzusetzen. Der französische Gesetzgeber hat sich dabei allerdings für einen vollkommen anderen Ansatz als der deutsche entschieden, da er anders als Letzterer nicht die Rahmen- und Sicherheitsbedingungen für elektronische Verträge festlegt,<sup>4</sup> sondern das allgemeine Vertrags- und Beweisrecht umgestaltet, schon fast revolutioniert. Insbesondere mit der Einbeziehung der notariellen Urkunde in die di-

gitalisierte Vertragsgestaltung dürfte Frankreich europaweit eine Vorreiterschaft übernommen haben. Die durch die jüngst in Kraft getretene Signatur-Richtlinie der Europäischen Union<sup>5</sup> vorgegebenen Rahmen- und Sicherheitsbedingungen sind dagegen noch nicht geregelt und bleiben einer Verordnung des Conseil d'État vorbehalten.

## II. Inhalt und Rechtsfolgen des Signaturgesetzes

Nach der Gesetzeskonzeption ist das Signaturgesetz kein eigenständiges Regelungswerk, sondern ist als materiell-rechtliches Änderungsgesetz zum Code Civil zu verstehen, das vertrags- und beweisrechtliche Vorschriften des französischen Zivilgesetzbuches ändert bzw. solche Regelungen neu einfügt. Inhaltlich geht es dabei im Wesentlichen gerade um die zwei Fragenkomplexe, die der deutsche Gesetzgeber bei der Schaffung des deutschen Signaturgesetzes vor drei Jahren noch bewusst außen vor gelassen hat: die Anwendbarkeit der (zivilprozessualen) Beweisregeln des Urkundsbeweises auf die digitale Signatur sowie die Frage über das Verhältnis der Signatur zur zivilrechtlichen Schriftform.

Um als deutscher Jurist die Neuerungen richtig in den Gesetzeskontext einordnen zu können, sei Folgendes vorausgeschickt: Anders als im deutschen Recht sind Beweisregeln – die Beweisformen wie die Grundsätze der Beweiswürdigung – nicht Regelungsgegenstand des Zivilprozessrechts, sondern, in Konsequenz des vom Naturrecht übernommenen Denkens allein auf den Konsens der Vertragsparteien abstellend, Teil des materiellen Rechts und damit in den Code Civil integriert. Die Frage, inwieweit der digitalen Signatur künftig im Prozess die beweisrechtliche Qualität der privaten Urkunde oder gar mehr zukommt, wird damit materiell-rechtlich qualifiziert und wird in diesen und dem nächsten Abschnitt näher dargestellt.

Im letzten Abschnitt ist schließlich das Verhältnis zur privatrechtlichen Schriftform zu untersuchen, wobei auch hier zunächst die Konzeption der Form im französischen Recht kurz aufzuzeigen ist, um aus deutscher Sicht Verständigungsproblemen vorzubeugen.

<sup>1</sup> Loi n. 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O. n. 62 vom 14.03.2000, 3968; Gesamtübersicht über die Gesetzesentstehung mit Verweisen und Links zu Motiven, den verschiedenen Entwürfen und Stellungnahmen unter: <http://www.legifrance.gouv.fr/recpub/2000-230/preuventi.htm> und unter: <http://www.assemblee-nat.fr/2/dossiers/comulect/sommaire.htm>.

<sup>2</sup> Zum Stand in Europa Bericht n. 203 von *Jolibois* für die Commission des Lois, unter: <http://www.senat.fr/rap/199-203/Nataf/Lightburn>, JCP 2000, éd. entr., 836ff. (836).

<sup>3</sup> *Vaillant*, J.O. vom 09.02.2000, déb. sénat., 659.

<sup>4</sup> Am 22. Juli 1997 wurde in Deutschland das »Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz)« verkündet, dessen Art. 3 das Gesetz zur digitalen Signatur (Signaturgesetz) enthält, s. BGBl. 1997 I, 1870ff., 1872ff.; Das Gesetz ist am 1. August 1997 in Kraft getreten. Zur Durchführung des Gesetzes, namentlich der Regelung der Einzelheiten der Zertifizierung im Einzelnen, hat die Bundesregierung am 8. Oktober 1998 auf der Grundlage des Gesetzes die Verordnung zur digitalen Signatur (Signaturverordnung) mit Wirkung zum 1. November 1997 erlassen, Text unter: [http://www.regtp.de/gesetze/start/fs\\_04.html](http://www.regtp.de/gesetze/start/fs_04.html); Regelungsziel und Anwendungsbereich des Gesetzes beschränken sich darauf, einen technischen Rahmen vorzugeben, um elektronische Daten einem bestimmten Aussteller zweifelsfrei zuordnen zu können (§ 1 Abs. 1 SigG). Keine Regelungen enthält das Gesetz in materiell-rechtlicher oder prozessualer Hinsicht. Die Frage, inwieweit die digitale Signatur der Schriftform des § 126 BGB gleichzustellen ist bzw. welche Formqualität der Signatur überhaupt beizumessen ist, wird ebensowenig beantwortet wie die Frage der Anwendbarkeit der zivilprozessualen Beweisregeln der §§ 415ff. ZPO; im Einzelnen hierzu s. *Malzer*, DNöZ 1998, 96ff. m.w.N. und *Oertel*, MittRhNotK 2000, 181ff.

<sup>5</sup> Am 13. Dezember 1999 haben das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union die Richtlinie 1999/93/EG über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen verkündet, die am 19. Januar 2000 in Kraft getreten ist, ABl. EG Nr. L 13 vom 19.01.2000, 12ff.; Um die Gewähr für den freien Verkehr im Binnenmarkt zu gewährleisten, legt die Richtlinie die administrativ-technischen Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und für bestimmte Zertifizierungsdienste fest (Art. 5 und 6 sowie Anhänge I bis IV); Auf das Prinzip der Binnenmarktfreiheit gestützt, werden die Mitgliedstaaten daneben aufgefordert, dafür Sorge zu tragen, dass zertifizierte elektronische Signaturen, sofern sie bestimmten technischen Anforderungen genügen, einer handschriftlichen Unterschrift gleichgestellt werden und in der Rechtswirksamkeit nicht behindert werden (Art. 5); Keine Harmonisierung bewirkt die Richtlinie in Bezug auf Abschluss und Gültigkeit von Verträgen und Einwirkung der elektronischen Signatur auf die nationalen Formvorschriften. Den Mitgliedstaaten bleibt es unbenommen festzulegen, inwieweit die elektronische Signatur bestehende Formvorschriften ersetzt oder diesen gleichkommt und für welche Rechtsgebiete elektronische Dokumente und Signaturen zur Anwendung kommen können.

## 1. Neudefinition des Schriftstücks

Traditionell unlöslich an die »Papier«form geknüpft, wird das Schriftstück im Sinne des Urkundenbeweises neu definiert, als es sich künftig als Folge von Buchstaben, Schriftzeichen, Ziffern oder allen anderen Zeichen oder Symbolen versteht, die einer persönlich zurechenbaren Bedeutung zugänglich sind, unangänglich davon, welches ihre Träger oder ihre Übertragungsmodalitäten auch sind (Art. 1316 CCiv n.F.)<sup>6</sup> Bei einseitigen Rechtsgeschäften, die in bestimmten Fällen gemäß Art. 1326 CCiv. handschriftlicher Zusätze bedürfen, wird das Erfordernis der »Handschriftlichkeit« durch das Erfordernis ersetzt, die entsprechenden Zusätze »durch den Aussteller« erfolgen zu lassen.<sup>7</sup>

Die elektronische Urkunde gilt damit künftig als schriftliche Urkunde i.S.d. Urkundsbeweises. Verträge können per Computer geschlossen, Unterschriften durch andere Erkennungszeichen ersetzt werden. Die Schriftform ist dabei gleichsam gewahrt.

## 2. Rechtliche Anerkennung der elektronischen Signatur

Mit dem herkömmlichen Schriftstück gleichgesetzt, wird die elektronische Urkunde vor Gericht nun beweisrechtlich wie der herkömmliche privatschriftliche Vertrag nach den Vorschriften des Urkundsbeweises gewürdigt. Bislang konnte ein elektronisches Dokument höchstens als Anfangsbeweis in die freie gerichtliche Beweiswürdigung einbezogen werden, aber nicht den hohen Rang des Urkundsbeweises genießen, der in Frankreich von allen im Zivilprozess zulässigen Beweismitteln von Gesetzes wegen die höchste Beweiskraft erfährt.<sup>8</sup> Zur Sicherheit des Rechtsverkehrs erfolgt diese Gleichstellung allerdings nur dann, wenn

- die Identifizierung des Ausstellers sichergestellt ist
- und die Urkunde – wie das herkömmliche Schriftstück – so errichtet und aufbewahrt werden kann, dass ihre Integrität gewährleistet wird.<sup>9</sup>

Dann aber hat das elektronische Dokument die gleiche Beweiskraft wie das herkömmliche Schriftstück, ohne dass dem

<sup>6</sup> »La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soient leur support et leurs modalités de transmission.«

<sup>7</sup> Art. 1326 CCiv n.F.; *Jolibois*, Bericht n. 203 für die Commission des Lois, unter: <http://www.senat.fr/rap/199-203>.

<sup>8</sup> Der französische Zivilprozess ist geprägt vom Grundsatz bestimmter festgelegter Beweismittel, d.h. nur die in Art. 1316 CCiv genannten Beweismittel sind zugelassen. Die höchste Beweiskraft (force probante) genießt unter diesen der Urkundsbeweis (preuve littérale oder écrite), der durch öffentliche Urkunde (acte authentique, Art. 1317 CCiv) oder privatschriftlich (acte sous seing privé, Art. 1322 CCiv) geführt wird. Liegt ein Schriftstück vor, kann – bei Verträgen mit einem Gegenstandswert von (derzeit) über 5.000 FF – der Beweis durch ein anderes Beweismittel als wiederum ein Schriftstück, insbesondere durch Zeugenbeweis, nicht widerlegt werden. (Art. 1341 CCiv). Der elektronischen Signatur kam in diesem System bis dato demnach keine besondere Beweisfunktion zugute, sondern sie konnte nur im Rahmen der freien Beweiswürdigung Berücksichtigung finden. Insbesondere eine Gleichstellung mit der Schriftform und damit die Zulassung im Rahmen des Urkundsbeweises war damit ausgeschlossen; s. Darstellung von *Jolibois*, Bericht n. 203 für die Commission des Lois, unter: <http://www.senat.fr/rap/199-203>; *Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 510ff.

<sup>9</sup> Art. 1316-1 CCiv n.F.; *Jolibois*, Bericht n. 203 für die Commission des Lois unter: <http://www.senat.fr/rap/199-203/199-203.html> mit Einzelheiten.

einen oder anderen der Anschein der höheren oder niedrigeren Beweiskraft zugesprochen werden dürfte.<sup>10</sup>

## 3. Gesetzliche Verankerung der Beweisregeln

Auch weitere, bislang (nur) gerichtlich anerkannte Beweisregeln werden im neuen Gesetz explizit verankert.

Werden im Prozess mehrere gleichwertige Beweismittel, namentlich eine handschriftliche und eine elektronische Urkunde gegeneinander vorgebracht, ist es Sache des Richters zu entscheiden, welches Beweismittel obsiegt. Den Vertragsparteien bleibt es aber unbenommen, Beweisregeln auch vertraglich zu verhandeln und Vereinbarungen über deren Zulässigkeit und Beweiskraft zu treffen. (Art. 1316-2 CCiv n.F.).<sup>11</sup>

## 4. Rechtswirkungen der Unterschrift

Gesetzlich festgehalten sind in Art. 1316-4 Abs. 1 CCiv n.F. nunmehr auch die Rechtswirkungen einer Unterschrift, sei sie »normal« schriftlich oder elektronisch erstellt:

- sie identifiziert den Aussteller/Unterzeichner und
- ist Beweis für die Einigung der Vertragsparteien über den Inhalt des Geschäfts hinsichtlich ihrer vertraglichen Pflichten.<sup>12</sup>

Die Rechtswirkungen der öffentlichen, d.h. insbesondere auch der notariellen Urkunde gehen gemäß Art. 1316-4 Abs. 1 S. 3 CCiv n.F. noch darüber hinaus und bestätigen über die eben genannten allgemeinen Wirkungen der Schriftform außerdem die Echtheit der Urkunde. Beweisrechtlich können diese Erklärungen nur in einem eigenen Verfahren geltend gemacht bzw. angefochten werden.<sup>13</sup>

Diese Rechtswirkungen waren bisher schon von der Rechtsprechung anerkannt. Der französische Gesetzgeber wollte aber im Zuge seiner Reform des Beweisrechts auch diese richterlichen Grundsätze der Vollständigkeit halber in den Gesetzestext aufnehmen. Um eine echte inhaltliche Neuerung handelt es sich aber nicht.<sup>14</sup>

## 5. Definition der elektronischen Signatur

Schließlich fügt Art. 1316-4 Abs. 2 CCiv n.F. noch die Definition der digitalen Signatur ein. Sie versteht sich danach als der Gebrauch eines zuverlässigen Vorgangs der Identifizierung, der die Verbindung zu dem Dokument, auf welches sich die Signatur bezieht, garantiert. Die Zuverlässigkeit dieses Vorgangs wird vermutet, wenn die Signatur, die Identifizierung des Ausstellers sowie die Integrität des gesamten Dokuments in der Weise erfolgt sind, wie dies durch Verordnung des Conseil d'État im Einzelnen festgelegt werden wird.<sup>15</sup>

Damit ist klargestellt, dass bestimmte Rahmen- und Sicherheitsbedingungen erfüllt sein müssen, um an die elektronische Signatur die vorstehend beschriebenen Wirkungen zu knüpfen. Diese Bedingungen werden nicht im neuen Gesetz

<sup>10</sup> Art. 1316-3 CCiv n.F.

<sup>11</sup> S. Gesamtdarstellung der Gesetzesmotive, präsentiert durch *Guigou* im Senat, unter: <http://www.senat.fr/leg/pjl98-488> sowie unter: <http://www.justice.gouv.fr/publicat/signmoti.htm>.

<sup>12</sup> Zum Ganzen s. Gesetzesmotive vom 10.9.1999, unter: <http://www.justice.gouv.fr/publicat/signmoti.htm>; *Caprioli*, JCP 2000, 787ff.

<sup>13</sup> Einzelheiten bei *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 513f.

<sup>14</sup> Gesetzesmotive, unter: <http://www.justice.gouv.fr/publicat/signmoti.htm>.

<sup>15</sup> Art. 1316-4 Abs. 2 C.Civ. n.F.

selbst geregelt, sondern bleiben ausschließlich einer Regelung durch den Conseil d'État vorbehalten.<sup>16</sup> Mit dieser Vorschrift setzt der französische Gesetzgeber die Vorgaben von Art. 2 und 5 der Signatur-Richtlinie der Europäischen Union vom 13.12.1999 um, die zwischen zwei Arten der elektronischen Signatur unterscheidet, nämlich der »normalen« elektronischen Signatur, der die rechtliche Wirksamkeit nicht allein deshalb abgesprochen werden darf, weil sie in elektronischer Form vorliegt, und der »fortgeschrittenen« elektronischen Signatur, die bestimmte Anforderungen erfüllt und die infolgedessen rechtlich der handschriftlichen Unterschrift gleichzustellen ist.<sup>17</sup> Diese Verordnung des Conseil d'État wird die Bestimmungen der Richtlinie mit den Anhängen I (Anforderungen an qualifizierte Zertifikate) und II (Anforderungen an Zertifizierungsdiensteanbieter, die qualifizierte Zertifikate ausstellen) in nationales Recht umsetzen. Sie wird nicht vor Ende dieses Jahres erwartet.<sup>18</sup>

### III. Insbesondere: die digitale notarielle Urkunde

Aus notarieller Sicht von grundlegendem Interesse ist die Einbeziehung der notariellen Urkunde in die Neuregelungen über die elektronische Signatur.

#### 1. Gesetzliche Neuregelung

Nach Art. 1317 CCiv ist die öffentliche Urkunde bislang diejenige, die ein öffentlicher Amtsträger, der das Recht zur Beurkundung hat, innerhalb seiner Befugnisse und in der vorgeschriebenen Form aufgenommen hat.<sup>19</sup>

Neu eingefügt wurde ein Absatz 2. Danach kann die öffentliche Urkunde künftig auch »mittels eines elektronischen Trägers errichtet werden, wenn sie unter den durch eine vom Conseil d'État erlassene Verordnung festgelegten Bedingungen erstellt und aufbewahrt wird«.

Das bedeutet:

- Wird ein Dokument künftig mittels elektronischen Trägers unter bestimmten durch Verordnung vorgegebenen Bedingungen errichtet, steht dieses Dokument beweisrechtlich dem Schriftstück gleich und genießt damit höchste Beweiskraft.
- Wird diese Signatur darüber hinaus durch eine Urkundsperson errichtet bzw. von dieser (in einem bestimmten noch festzulegenden Verfahren bzw. unter bestimmten vorgegebenen noch festzulegenden Voraussetzungen) unterschrieben, so gilt dieses elektronische Dokument beweisrechtlich sogar als öffentliche Urkunde.
- Es wird vermutet, dass der Aussteller selbst »unterschrieben« hat und die »unterschreibenden« Vertragsparteien

<sup>16</sup> Art. 1316-4 Abs. 2 CCiv. n.F.

<sup>17</sup> Anm. 18-21 zu der Richtlinie in ABl. EG Nr. L 13 vom 19.01.2000, 12ff.; Bericht in JCP 2000, éd. entr., 385ff. (387); Bericht von Paul für die Commission des Lois, unter: <http://www.assemblee-nationale.fr/rapports/r2197>; Breban/Depadt, Gaz.Pal. 2000, 17ff. (18f.).

<sup>18</sup> Verhandlungen der Assemblée Nationale unter: <http://www.assemblee-nationale.fr/2/cra/2000020921.htm>; Guigou in projet de loi unter: <http://www.justice.gouv.fr/discours/d290200.htm>; Darstellung der möglichen Zertifizierung bei Michon, le Moniteur v. 11.02.2000, 66f.

<sup>19</sup> Amtsträger idS ist bei Verträgen der Notar, bei einseitigen Geschäften können dies teilweise auch andere Rechtsträger sein, Einzelheiten bei Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Bd. 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 516.

über den Vertragsinhalt einig sind. Darüber hinaus begründet diese elektronische Urkunde den vollen Beweis des beurkundeten Vorgangs und ist vollstreckbar.<sup>20</sup>

Unter welchen Bedingungen dem digitalen Dokument diese (höchste) Beweiskraft zukommt, wird die Verordnung des Conseil d'État genau ausgestalten. Der Gesetzgeber ist sich wohl bewusst, dass die Ausarbeitung dieser Bedingungen Dreh- und Angelpunkt des gesamten Regelwerks ist, damit die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleistet bleibt und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die notarielle Urkunde nicht erschüttert wird. Rechnung wird auch der Tatsache zu tragen sein, dass nicht nur notarielle Urkunden betroffen sind, sondern auch alle anderen öffentlichen Urkunden, die von anderen Amtsträgern errichtet werden können, so z.B. Zivilstandsakte wie die Anerkennung oder Zustimmung zur Adoption von Kindern.<sup>21</sup> Der Ausarbeitung sollen daher umfangreiche Vorüberlegungen durch spezielle Expertengruppen von Juristen und Technikern vorgehen.<sup>22</sup> Die elektronische Beurkundung ist damit in praxi auf noch nicht genau absehbare Zeit hinausgeschoben.

#### 2. Motivation des Gesetzgebers

Die Intention des französischen Gesetzgebers für die Schaffung der digitalen notariellen Urkunde ist klar motiviert:

Der französische Notar soll von Beginn an in die Ära der Informationstechnologie mit einbezogen werden, um die hierarchische Stellung der öffentlichen Urkunde – nämlich vor der privatschriftlichen – und zwar auch in elektronischer Form, für die Zukunft zu gewährleisten.<sup>23</sup> Die Stellung der notariellen Urkunde per se, ihre materiell- wie beweisrechtlichen Wirkungen sowie die Arten und Zahl der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte werden durch die Zulassung der Beurkundung in elektronischer Form nicht verändert. Unverändert bleiben demnach die Beurkundungsbedürftigkeit von Eheverträgen, Schenkungen, Hypothekenbestellungen, desgleichen sämtliche Immobilienverträge, ihre höchste Beweiskraft und Vollstreckbarkeit. Die Novelle, den Vertragsschluss auf elektronischem Wege durchzuführen, ist vielmehr als Ausweitung der bestehenden Möglichkeiten, einen Vertrag zu schließen, zu verstehen, nicht aber als Einschränkung der notariellen Beurkundung.<sup>24</sup>

#### 3. Erste Stellungnahmen

Von Seiten des französischen Notariats wurde die Einbeziehung der Notare positiv aufgenommen. Denn auch das Notariat dürfe sich nicht vor dem Wandel der Zeit versperren. Schon nach dem traditionellen Rollenverständnis des Notars

<sup>20</sup> Bericht n. 203 Jolibois für die Commission des Lois, unter: <http://www.senat.fr/rap/199-203>.

<sup>21</sup> Gautier, JCP 2000, 1113ff. (1116); Filiberti, Droit & Patrimoine, n. 81 - 04/2000, 13 (13).

<sup>22</sup> So ausdrücklich auch die Justizministerin Guigou in der Assemblée nationale v. 29.02.2000, unter: <http://www.justice.gouv.fr/discours/d290200.htm>; s. auch Bericht von Paul für die Commission des Lois, unter: <http://www.assemblee-nationale.fr/2/rapports/r2197.htm> sowie parlamentarische Debatten in der Assemblée nationale v. 29.02.2000, unter: <http://www.assemblee-nationale.fr/2/cra/2000020921.htm>.

<sup>23</sup> Bericht von Paul für die Commission des Lois, unter: <http://www.assemblee-nationale.fr/2/rapports/r2197.htm>.

<sup>24</sup> Bericht n. 203 von Jolibois für die Commission des Lois, unter: <http://www.senat.fr/rap/199-203>; parlamentarische Debatten in der Assemblée nationale v. 29.02.2000, unter: <http://www.assemblee-nationale.fr/2/cra/2000020921.htm>.

sei er derjenige, der die Echtheit und Glaubwürdigkeit eines Dokuments bestätigt und solche zertifiziert. Durch diese Wesensnähe zu den durch die neuen Technologien entstandenen Aufgaben dränge sich deren Erfüllung durch den Notar im Interesse der Rechtssicherheit geradezu auf.<sup>25</sup> Das Beurkundungsverfahren als solches bleibe unangetastet wie auch eine Aufweichung bestehender Formvorschriften nicht erfolge.<sup>26</sup>

Von anderer Seite wird diese Einbeziehung der notariellen Urkunde scharf kritisiert:

Die Wichtigkeit und Existenzberechtigung der Beurkundung resultiere vor allem auch daraus, dass sich die Vertragsparteien gleichzeitig und zusammen in der Präsenz einer Urkundsperson, namentlich des Notars, befänden. Dieser erfülle seine Aufgabe vornehmlich darin, die gegenwärtigen Parteien zu beraten, aufzuklären und informieren, Vorsorge zu treffen und mit den Parteien persönlich zu sprechen, um ihre individuellen Wünsche konkret ausgestalten zu können. Diese Aufgabe entfalle jedoch dann, wenn die Funktion des Notars nur noch darin bestehe, die Unterschriften zweier Parteien, die nicht bzw. nicht gleichzeitig vor dem Notar anwesend sind und mit denen kein persönlicher Kontakt besteht, zu zertifizieren. Der Weg zum kommerziellen Zertifizierer sei dann nicht mehr weit, desgleichen nähere dieses Verfahren die Beurkundung an die rein privatschriftliche Form an.<sup>27</sup>

#### IV. Verhältnis der digitalen Signatur zu formbedürftigen Rechtsgeschäften?

Offen geblieben ist bislang ein Punkt: Die neuen Regeln der Gleichstellung der elektronischen mit der öffentlichen und herkömmlichen privatschriftlichen Urkunde verstehen sich sowohl nach dem Gesetzeswortlaut, als auch ihrer systematischen Stellung im Code Civil im Kapitel IV (über den Beweis von Pflichten und der Zahlung) als reine Beweisvorschriften. Unklar ist bislang das Verhältnis der digitalen Signatur zur privatrechtlichen Form von Rechtsgeschäften geblieben. M.a.W. – unbeantwortet ist noch die Frage: können künftig Verträge, die zwingend der Schriftform, wie z.B. bestimmte Verbraucherverträge, oder gar der notariellen Beurkundung, wie z.B. der Ehevertrag, bedürfen und mangels Einhaltung dieser Form nichtig sind (Formerfordernis »ad solemnitate«) auf elektronischem Wege geschlossen werden? Ersetzt die digitale Signatur die echte Schriftform oder gar die notarielle Beurkundung?

Zum Verständnis ist hierfür zunächst ein kurzer Blick auf die Konzeption des französischen Rechts über der Form von Rechtsgeschäften zu werfen. Nach dem Code Civil sind Rechtsgeschäfte infolge der Parteiautonomie grundsätzlich formfrei. Nur für bestimmte Rechtsgeschäfte sind bestimmte Formerfordernisse vorgesehen, z.B. Schriftlichkeit für Verträge mit einem 5000 FF übersteigenden Gegenstand (Art. 1341 CCiv), Handschriftlichkeit beim Kaufvertrag an der Wohnungstür (Art. L.121-23, L.121-24 CConsom) und bei der Bürgschaft (Art. 1326 CCiv) oder notarielle Beurkundung für Eheverträge (Art. 1394 CCiv), Schenkungen (Art. 931 CCiv), Hypothekenbestellungen (Art. 2127 CCiv) und dem Kauf künftig zu errichtender Gebäude (Art. L.261-11 CConstr Hab).

<sup>25</sup> So *Descorps*, Präsident des Conseil Supérieur du Notariat Français in *Petites Affiches* v. 11.04.2000, n. 72, 3ff. (3).

<sup>26</sup> *Descorps*, *Petites Affiches* v. 11.04.2000, n. 72, 3ff. (3).

<sup>27</sup> *Gautier*, JCP 2000, 1113ff. (1116); *Grynbaum*, JCl. Communication – Commerce électronique, April 2000, 12ff. (14).

Eine § 125 BGB entsprechende Vorschrift existiert jedoch nicht, ebenso wenig andere Vorschriften, die sich inhaltlich mit den Rechtsfolgen der Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form in materiell-rechtlicher Hinsicht befassen. Regelungen über die Form finden sich nur im Zusammenhang mit den schon genannten, in Frankreich materiell-rechtlichen qualifizierten Beweisvorschriften. Das hat zur Folge, dass die Verletzung einer Formvorschrift nicht automatisch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich zieht. Ob ein Rechtsgeschäft mangels Einhaltung der im Gesetz jeweils im Einzelfall vorgeschriebenen Form nichtig ist oder nicht, hängt davon ab, ob die Form echte Gültigkeitsvoraussetzung für das Rechtsgeschäft ist (forme solennelle) oder sie nur rein beweisrechtlichen Charakter innehat (forme probante). Nur in dem Fall, dass die vorgeschriebene Form Solemnitätsfunktion erfüllt, ist das Geschäft nichtig, wenn die Form nicht eingehalten wurde.<sup>28</sup> Andernfalls ist der Vertrag auch ohne Einhaltung materiell wirksam. Jedoch ist – und das ist durch die dem deutschen Recht fremde Stellung der Formvorschriften in den Vorschriften über das Beweisrecht bedingt – das nicht formgemäß abgeschlossene Rechtsgeschäft prozessual nicht oder nur schwierig durchzusetzen.<sup>29</sup> Welche Funktion der jeweiligen Form zukommt, ist im Einzelfall festzustellen.<sup>30</sup>

Was die elektronische Signatur anbelangt, soll nach Willen des Gesetzgebers die Form mit Solemnitätsfunktion nicht betroffen sein.<sup>31</sup> Während der parlamentarischen Debatten über die Gesetzesentwürfe wurde letztlich bestätigt, Verträge und einseitige Erklärungen, welche »echt« formgebunden und damit mangels Einhaltung der Form nichtig sind, nicht durch die Gleichstellung der elektronischen Signatur mit der Unterschrift zu verwässern.<sup>32</sup> Danach kann weder die echte handschriftliche Unterschrift unter der Bürgschaft durch den elektronischen Doppelklick ersetzt werden, noch der Ehevertrag künftig auf elektronischem Wege abgeschlossen werden.<sup>33</sup> Dem digitalen Immobilienkaufvertrag dürfte dagegen nichts mehr im Wege stehen, denn eine echte materiell-rechtliche Formbedürftigkeit entsprechend § 313 BGB kennt das französische Immobilienrecht nicht, die Kaufverträge werden vielmehr nur aus Publizitätsgründen beurkundet.

Nicht wenige Stimmen in der französischen Literatur plädieren dafür, die elektronische Schriftform auch für »echt« formgebundene Verträge zuzulassen.<sup>34</sup> Ob der Ansatz des französischen Gesetzgebers auf Dauer Bestand haben wird, ist daher und vor allem auch im Hinblick auf den europäischen Ge-

<sup>28</sup> Selbst wenn eine vorgeschriebene Form Solemnitätsfunktion erfüllt, bezieht sich dies nur auf die Essentialia des Vertrages, *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 501.

<sup>29</sup> Das Gericht ist dann im Prozess gebunden, nur den in der vorgeschriebenen Form angebotenen Beweis zu berücksichtigen.

<sup>30</sup> Einzelheiten bei *Malaurie/Aynès*, Les obligations, 10. Aufl. 1999, n. 443; *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 501; *Trébulle*, *Petites Affiches* v. 20.04.2000, n. 79, 10ff. (10f.).

<sup>31</sup> Gesetzesmotive, unter: <http://www.justice.gouv.fr/publicat/sign-moti.htm>.

<sup>32</sup> Bericht n. 203 von *Jolibois* für die Commission des Lois, unter: <http://www.senat.fr/rap/199-2031>, Berichterstatter zu Art. 1 in der Debatte der Assemblée Nationale vom 29.2.2000, unter: <http://www.assemblee-nationale.fr/2/cra/2000020921.htm>.

<sup>33</sup> *Grynbaum*, JCl. Communication – Commerce électronique, April 2000, 12ff. (13); *Gautier/Linant de Bellefonds*, JCP 2000, 1113ff. (1115); *Nataf/Lightburn*, JCP 2000, éd. entr., 836ff. (838), jeweils m.w.N.; *Hannoun*, AGORA 2000, n.27, 22f. (22); Bericht in JCP 2000, éd. entr., 385ff. (386).

richtshof fraglich. Art. 5 Abs. 2 der Signatur-Richtlinie vom 13. Dezember 1999 verpflichtet die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass der elektronischen Signatur die rechtliche Wirksamkeit nicht allein deshalb abgesprochen wird, weil sie in elektronischer Form erstellt ist. Die rechtliche Wirksamkeit solcher Dokumente und damit auch in dieser Form abgeschlossener Verträge darf nicht behindert werden.<sup>35</sup>

Ein solche Behinderung liegt aber gerade vor, wird die Wirksamkeit des »echten formgebundenen« Vertrages, der auf digitalem Wege abgeschlossen ist, verneint.<sup>36</sup> Während der Gesetzesvorbereitungen wurde dies erkannt und diskutiert. Ein

<sup>34</sup> *Trébulle*, Petites Affiches, April 2000, 10ff. (13ff.); *Nataf/Lightburn*, JCP 2000, éd. entr., 836ff. (838); wohl auch *Charbonneau/Pansier*, Gaz.Pal. April 2000, 2ff. (3); *Nataf/Lightburn*, JCP 2000, éd. entr., 836ff. (838); *Linant de Bellefonds*, JCP 2000, 1113ff., (1115 Fn. 7).

<sup>35</sup> Dies trifft Frankreich umso mehr, als dass die Richtlinie gemäß Art. 1 Verträge, für die nach einzelstaatlichem Recht zwingende Formvorschriften zu erfüllen sind, eigentlich nicht erfasst und von den Mitgliedstaaten diesbezüglich keine Regelungen erwartet werden, s. *Gautier*, JCP 2000, 1113ff. (1116).

<sup>36</sup> So auch *Gautier/Linant de Bellefonds*, JCP 2000, 1113ff. (1115); *Grynbaum*, JCl. Communication – Commerce électronique, April 2000, 12ff. (13).

entsprechender Gesetzesvorschlag, die elektronische Signatur – auch im Hinblick auf die europäische Rechtslage – ausdrücklich auch auf zwingend formgebundene Verträge auszuweiten,<sup>37</sup> wurde dennoch abgelehnt.<sup>38</sup> Ob das immer noch gilt, wenn die Umsetzungsfrist für die Richtlinie im Sommer 2001 abläuft, ist fraglich. Der Weg zum digitalen Ehevertrag erscheint dann, zumindest nach derzeitigem Stand, nicht mehr als völlig abwegig.

## V. Schluss

Mit dem Gesetz zur Regelung der elektronischen Signatur ist Frankreich einen neuen Weg gegangen. Überraschend weitgehend ist vor allem die Einbeziehung der notariellen Urkunde in die elektronische Vertragsgestaltung. Wie sich diese in der notariellen Praxis auswirken wird, ist noch unklar. Eine kurze Schonfrist besteht noch bis zum Erlass der Verordnung, die die Sicherheits- und Rahmenbedingungen regeln wird.

<sup>37</sup> Martin-Lalade in der Debatte der Assemblée Nationale vom 29.2.2000, unter: <http://www.assemblee-nationale.fr/2/cra/2000020921.htm>.

<sup>38</sup> Der Berichterstatter und die Justizministerin *Guigou* zu Art. 1 in der Debatte der Assemblée Nationale vom 29.2.2000, unter: <http://www.assemblee-nationale.fr/2/cra/2000020921.htm>.

# „Elektronik & Urkunde“

## Elektronisches Dokument und Rechtssicherheit

### – Europäischer Kongress des österreichischen Notariats in Wien vom 7.6. bis. 9.6.2000 –

Von Notar a.D. *Alexander Benesch*, Würzburg, und Notar *Gerhard Weichselbaumer*, Augsburg

Die Österreichische Gesellschaft für Information und Zusammenarbeit im Notariat GmbH, Wien, veranstaltete den Europäischen Kongress des österreichischen Notariats zum Thema „Elektronik & Urkunde“. Die wissenschaftliche Konzeption trug die österreichische Notariatskammer. Die Finanzierung der Veranstaltung ermöglichten Siemens Österreich und die Bank Austria. Nach der Vorankündigung des Präsidenten der Österreichischen Notariatskammer *Dr. Georg Weißmann* sollte auf diesem Kongress das jüngste High-Tech-Vorhaben der österreichischen Notare, verwirklicht mit der Siemens AG, vorgestellt werden. Hierbei handelt es sich um ein nach seinen Worten bisher in Europa einzigartiges zentrales EDV-gestütztes Urkundenarchiv für alle österreichischen Notare. Die Teilnehmerliste umfasste 735 Teilnehmer, vorwiegend Notare aus Österreich, aber auch aus der Europäischen Union, den Ländern Zentral- und Osteuropas sowie aus Südamerika.

Der Präsident der Notariatskammer vermittelte in seinen Eröffnungsworten einen Einstieg in das Thema der Tagung: „Elektronik & Urkunde – Rechtssicherheit im Cyberspace“. Das Radio brauchte 38 Jahre, um 50 Millionen Hörer zu erreichen. Das Fernsehen benötigte dazu 13 Jahre. Das Internet schaffte das in vier Jahren. In einer vernetzten Welt bedeute dies für das Notariat den Abschied vom Papier, den Abschied von der körperlichen Urkunde, denn die digitale Urkunde werde ihren Siegeszug antreten. Die Aufgabe des Notars sei

künftig die des Beraters und Dolmetschers. Man wolle mit der neuen Technologie dem Menschen Sicherheit geben und sein Vertrauen bestätigen, betonte Weißmann: „Computer können in schwierigen Situationen, die wir in unserer Arbeit erleben, bei Verlassenschaft, Entscheidungen über die Übergabe des Betriebes, Errichtung des Testamentes, kurz in der Betreuung des Menschen, den persönlichen Rat nicht ersetzen.“

Den ersten Vortrag hielt Professor *Dr. Nicholas Negroponte*, Gründer und Direktor des Media-Labors des Massachusetts Institute of Technology in Cambridge (USA) zum Thema „Machbarkeit durch Technik“. Nach seinen Worten stünden einige technische Innovationen wie beispielsweise das elektronische Papier, ins Haus. Die Bibliothek der Zukunft könne aus einem einzigen Buch bestehen. Dieses hätte zwar dem Papier vergleichbare Seiten, aber um zu lesen, müsse der entsprechende Inhalt aus dem Internet heruntergeladen werden. Laut Nicholas Negroponte werden Menschen in Zukunft nur noch eine Minderheit unter den Internetnutzern stellen. Mehrheitlich werden sich Maschinen im Internet tummeln. Waschmaschinen, Kühlschränke und Spielsachen werden online mit ihren Herstellerfirmen und Lieferanten kommunizieren und zum Beispiel autonom Milch nachbestellen. Papier, bisher Grundlage der Arbeit des Notars, habe keine Zukunft, zumindest nicht als Speichermedium, wohl aber als Lesemedium. Denn das elektronische Papier, das wie ein Mobiltelefon

funktioniere und die elektronische Bibliothek, die sich in einem einzigen lad- und löschraren Buch erschöpfe, stehe unmittelbar bevor. Doch in dem Maße, in dem sich e-commerce weiterentwickle, werde das wichtigste Thema im Internet „Vertrauen“ heißen. Vertrauen werde immer mehr mit einer „Marke“ verbunden sein, und die Notare seien ein „Markenprodukt“, das den „vertrauenswürdigen Dritten“ gewährleisten könne. Auf die Frage eines spanischen Notars, ob das Internet auch für den Notariatsberuf die notwendige Sicherheit bieten könne, bejahte dies Nicholas Negroponte. Hinzu käme aber die notwendige Geschwindigkeit, denn „speed kills“.

Univ. Prof. *Dr. Norbert Bolz*, Universitätsprofessor für Kommunikationstheorie an der Universität Essen referierte u.a. zum Problem Territorialität und Recht im Cyberspace. Von allen sozialen Systemen der modernen Gesellschaft seien Recht und Politik seiner Auffassung nach am stärksten am Prinzip der Territorialität orientiert. Das mache sie in einer Zeit der totalen Mobilmachung und Weltkommunikation hilflos. Die freie Gesellschaft schließe jedoch absolute Informationsfreiheit aus: keine Politik ohne Top-Secret, kein Unternehmen ohne Betriebsgeheimnis, keine menschliche Existenz ohne Privatsphäre. Zur Freiheit gehöre auch das Recht, den freien Zugang zu Informationen zu verwehren. Je mehr das Internet leisten solle, desto mehr Kommunikationsschranken müssten eingebaut werden. Rechtsschutz, so *Bolz*, sei die Bedingung dafür, dass Menschen Vertrauen in komplexe Systeme wie das Internet entwickeln. Das Schlüsselwort laute: „Vertrauen“.

Univ. Prof. *Dr. Rupert Lay SJ*, emeritierter Professor für Wirtschaftstheorie an der Philosophisch-Theologischen Hochschule St. Georgen in Frankfurt ging sodann mit dem Thema „Wahrung der Würde des Menschen und seiner Rechte auf den virtuellen Märkten“ der Frage nach, wie die Würde des Menschen und seine Rechte auf virtuellen Märkten gewahrt werden können. Virtuelle Märkte könnten Menschenrechte verletzen, etwa den Schutz persönlicher Daten, der Vertraulichkeit, der Sicherheit des Eigentums und des Rechts auf zugesagte Qualität einer Ware oder Dienstleistung. Personales Vertrauen und Vertrauen in Prozesse ermöglichten erst Märkte.

Univ. Prof. *Dr. Bernhard Felderer*, Leiter des Instituts für Höhere Studien, Wien, betonte in seinem Vortrag „Notariat 2005 und virtueller Markt“ im Anschluss das Vertrauen, das der Notar sich verdient habe. Von allen Merkmalen des Notarberufs sei das Vertrauen, das die Notare bei Klienten und in der Gesellschaft allgemein genießen, dasjenige, das sie von allen rechtsberatenden Berufen heraushebe. Sie seien die Anbieter von Vertrauen im Rechtsberatungsmarkt. Als „vertrauenswürdige Dritte“ würden Notare die Rechtssicherheit für die Parteien erhöhen und daher auch im digitalen Zeitalter ihre wichtige Funktion erfüllen.

Univ. Prof. *Dr. Viktor Mayer-Schönberger*, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Cambridge, Massachusetts beschäftigte sich in seinem Vortrag „Recht offen: Plädoyer für ein Informationsrecht im neuen Jahrtausend“ mit der grundsätzlichen Rolle des Rechts im Cyberspace. Er betonte hierbei, e-commerce sei Realität und basiere auf der dramatischen Dynamik in der Entwicklung der neuen Netze und der Bereitschaft der Menschen, sie zu nutzen. Aber auch in der Informationsgesellschaft werde es ein Recht geben. Die wirkliche Frage sei daher: welches Recht im Cyberspace? Entscheidend sei ein Recht, das es erlaube, grenzüberschrei-

tende Transaktionen effizient durchzuführen. Vereinbarungen oder Transaktionen setzen Vertrauen voraus. Transaktionspartner könnten nicht ausschließlich einander vertrauen, sondern müssten einen Teil des Vertrauens aus dem Recht gewinnen. Die Effizienz des Transaktionssicherungssystems, also des Rechts, könne nur beschränkt durch Harmonisierung staatlichen Rechts erhöht werden. Eine weitere Möglichkeit bestehe darin, neben rechtlichen Rahmenbedingungen Vertrauen in Verfahren zu schaffen. Der Cyberspace brauche ein spezielles Recht – vor allem auch ein effizientes Recht. Zur zentralen Frage entwickle sich daher die Rechtssicherheit im e-commerce. Technische Maßnahmen – etwa die elektronische Urkunde und die digitale Signatur – könnten helfen, die notwendigen Strukturen des Vertrauens zu bilden. Auch bedürfe es einer wenigstens strukturellen Vereinheitlichung der Zuordnungsregeln von Informationen zu damit verbundenen Menschen.

Honorarprofessor *Dr. Hans Georg Brunner*, Präsident der Notariatskammer für Salzburg, referierte zum Thema „Das Urkundenarchiv des österreichischen Notariats als Beitrag zur Rechtssicherheit im Cyberspace“. Das Urkundenarchiv des österreichischen Notariats trägt den Namen „cyberDOC“. Nach der österreichischen Notariatsordnung ist jeder Notar gesetzlich verpflichtet, alle ab 1.1.2000 errichteten notariellen Urkunden im elektronischen Urkundenarchiv abzulegen. cyberDOC garantiere eine sichere, von Einflüssen unabhängige Aufbewahrung. Einmal in das zentrale elektronische Urkundenarchiv eingetragen, sei die Urkunde für die Ewigkeit gesichert. Die Beteiligten hätten über ihren Notar den sofortigen Zugriff auf die Urkunde. Das System sei nach den aufwendigsten Sicherheitscodes verschlüsselt, die für die zivile Nutzung zur Verfügung stünden. Ein Datenzugriff von unbefugten Personen sei unmöglich. Die notarielle Verschwiegenheit sei damit gewahrt. Gesetzlich berechnete Stellen wie Ämter und Behörden sowie von den Beteiligten berechnete Personen können das elektronische Urkundenarchiv ebenfalls nutzen. Da Aktensuche, Vervielfältigung und mancher Postweg entfielen, könne Zeit gespart werden. Bereits mit der Notartreuhandbank, dem Treuhandregister, dem Testamentsregister, der Grundbuch- und Firmenbucheinsicht, dem Time-Sharing-Register und der Selbstberechnung von Steuern und Abgaben sei das österreichische Notariat neue Wege der elektronischen Rechtsdienstleistung gegangen. cyberDOC komplettiere das Dienstleistungsangebot auf dem High-Tech-Sektor.

In seinem Schlusswort erklärte Präsident *Georg Weißmann*, aufgrund der hohen Sicherheit sowie des enormen finanziellen und zeitlichen Einsparungspotentials bringe cyberDOC die Vision eines „One-Stop-Shop-Notariats“ entscheidend näher. Der Notar werde dann zur zentralen E-Government-Anlaufstelle für jeden Bürger. Das Österreichische Notariat investiere in cyberDoc sein in der Bevölkerung über Jahrzehnte erworbenes Vertrauen.

Im Rahmen der Tagung erfolgte zugleich die reale Präsentation des EDV-Systems cyberDOC. Der österreichische Notar erstelle die Urkunde, drucke sie aus und beurkunde sie wie bisher. Die Urschrift wird unter Verwendung der vorgegebenen Siemens-Software „Software Nr. 1“ eingescannt, vom Notar verschlagwortet und elektronisch mittels Karte signiert sowie anschließend im zentralen Archiv verschlüsselt abgelegt. Für die archivierte Urkunde wird vom EDV-System eine Identifikationsnummer ausgegeben, mit der die Urkunde jederzeit von berechtigten Personen, in erste Linie von Mandanten, abgerufen werden kann. Der einzelne Notar kann nur

in seiner elektronischen Urkundensammlung recherchieren. Die Software umfasst zwingend die Funktionen für Recherche, Ausdruck, aber auch für den Druck des Geschäftsregisters, der Parteilisten und der Verrechnungslisten. Die gesamte notariatspezifische Archivsoft- und Hardware muss von cyberDOC, also letztlich Siemens, bezogen werden. Alle Notare binden sich infolgedessen auf Dauer an ein bestimmtes EDV-System. Der Wechsel des technischen Partners wird somit kaum möglich sein. Zur Finanzierung von cyberDOC erheben die Notare eine Gebühr von etwa € 32 zzgl. 20 % Ust. pro Urkunde, die an cyberDOC weitergeleitet wird. Trotz der gesetzlichen Verpflichtung zur Archivierung ab 1.1.2000 wird eine Einführung erst im Lauf des Jahres rückwirkend erfolgen.

Das Projekt cyberDOC ist vorläufig umkehrbar. Es erfolgt eine parallele Archivierung im elektronischen Archiv und im Papierarchiv. In einer weiteren Projektphase tritt die elektronisch gespeicherte Datei an die Stelle der Urschrift, so dass diese vernichtet werden kann. In der letzten Projektphase erhalten berechtigte Dritte, also z.B. Finanzamt, Gemeinde usw., Zugriff auf das Archiv. Der Notar übersendet etwa die Mitteilung an die Gemeinde, dass eine Urkunde errichtet wurde. Die Gemeinde nimmt unmittelbaren Zugriff auf das Archiv.

Das Österreichische Notariat weist mit dem Projekt cyberDOC einen interessanten Weg des Notariats in die Informationstechnologie. Zur effizienten Verwaltung leistet cyberDOC sicher einen unschätzbaren Beitrag. Der Nutzen für den Mandanten wird aber kaum sichtbar, obwohl dieser die Kosten zu tragen hat. Eine gesteigerte Funktionalität gegenüber der Papierwelt besteht für ihn nicht, da er nicht von einem beliebigen Ort aus seine Urkunden einsehen kann. Ein derart umfassendes Archiv trifft möglicherweise eher den staatlichen Geschmack nach einnahmesteigernden Informationen. Ob cyberDOC den Datenschutz auf Dauer verteidigen kann, erscheint fraglich. Die Recherche im zentralen Archiv mittels einer Identifikationsnummer für jede Urkunde erscheint für einen Angriff von außen prädestiniert. Der Notar schuldet seinen Mandanten aber gerade Schutz. Schutz bedeutet aber auch Schutz vor unberechtigtem, auch staatlichem, Zugriff. Die österreichischen Notare schaffen indes die technischen Voraussetzungen für einen gläsernen Mandanten. Dem Datenschutz wurde zumindest durch Worte auf dem Kongress nicht Rechnung getragen. Vielleicht werden Taten folgen.

Ein Archivsystem des deutschen Notariats müsste einen höheren Sicherheitsstandard aufweisen. Dieser könnte dadurch

erreicht werden, dass das Archivsystem Teil des Pilotprojektes Notarnetz der Bundesnotarkammer wird. Das Notarnetz bietet sämtliche Vorteile, die das Signaturgesetz beim Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechnik vorsieht. Es steht damit ein technisches Verfahren bereit, das den Urheber von elektronischen Daten und die Unverfälschtheit von elektronischen Daten zuverlässig erkennen lässt. Darüber hinaus lässt sich die Verschlüsselung von elektronischen Daten einfach und zuverlässig bewirken. Die Verschlüsselung wird zwar vom Signaturgesetz und den entsprechenden Verordnungen nicht gefordert, sie sollte jedoch aus Gründen der Vertraulichkeit und Sicherheit erfolgen. Der Zugriff auf die elektronischen Daten ist nur mittels einer Smartcard möglich, die wie die EC-Karte nur in Verbindung mit einer sog. PIN eingesetzt werden kann. Eine Entschlüsselung und ein Abgreifen der Inhalte durch unbefugte Dritte ist unmöglich.

Ein Archivsystem des deutschen Notariats müsste einen Mehrwert gegenüber der Papierwelt für alle Beteiligte aufweisen. Für die Notare mag es aus Kostengründen wie in Österreich interessant sein, nur noch ein elektronisches Urkundenarchiv führen zu müssen. Ein notarieller Bedarf wird für ein elektronisches Nebenaktenarchiv bestehen. Nicht ausgeschlossen erscheint es, dass der Bedarf in der Bevölkerung nach einer sicheren und vertrauenswürdigen elektronischen Verwahrung von hochwertigen Dokumenten, wie privatschriftlichen Verträgen oder Urkunden über berufsrechtliche Zulassungen, wächst. Die bereits auf dem Markt befindlichen privaten Unternehmen kämpfen damit, als vertrauenswürdige Dritte von der Bevölkerung anerkannt zu werden. Ein Mehrwert für den Mandanten könnte auch darin liegen, dass er ein eigenes, durch die Notare sicher geführtes elektronisches Urkundenarchiv, auf das nur er allein von jedem Ort der Welt aus Zugriff besitzt, erhalten kann. Von der ersten Beurkundung an könnte für ihn ein elektronischer Aktenordner „Notar“ vorgehalten werden.

Ein neues Vorzeigeprojekt für E-Government entsteht auch in Bayern: Die Bayerische Regierung hat einem aus SBS und SAP bestehenden Konsortium den Auftrag für die Realisierung und den Betrieb des virtuellen Marktplatzes Bayern erteilt. Unter einer einheitlichen Internetadresse werden sowohl Dienstleistungen von Behörden als auch kommerzielle Angebote und allgemeine Informationen geordnet zu finden sein. Logistik und Zahlungsabwicklung werden vom Betreiber unterstützt. Anregungen für diese Lösung soll unter anderem der österreichische online-Amtshelfer [www.help.gv.at](http://www.help.gv.at) geben.

# Zukünftige Herausforderungen an das Europäische Notariat

## – Tagung der Europäischen Rechtsakademie in Brüssel –

Von Notarassessor *Hans-Ulrich Sorge*, München

Die Europäische Rechtsakademie Trier (ERA) veranstaltete in Kooperation mit der Konferenz der Europäischen Notariate (CNUE) unter obigem Titel am 20. und 21. September eine Tagung in Brüssel, an der gut 100 Notarinnen und Notare aus 14 Staaten des lateinischen Notariats teilnahmen. Für die Bundesnotarkammer (BNotK) war u. a. deren Präsident *Dr. Hans-Dieter Vaasen* anwesend. Im Vergleich zur Zahl der angereisten spanischen, italienischen und österreichischen Kollegen war das deutsche Notariat, und davon insbesondere das Anwaltsnotariat, relativ schwach vertreten. Dabei bot die Tagung hochinteressante Einblicke in Themen, mit denen sich der Berufsstand in naher Zukunft auseinandersetzen haben wird. Die für viele Teilnehmer sicherlich wertvollste Erfahrung war das Erkennen der zahlreichen Gemeinsamkeiten der europäischen Notare, die es rechtfertigen, von einem „Europäischen Notariat“ zu sprechen.

Um die Schlussbemerkung gleich vorwegzunehmen: Die Veranstaltung war sehr gelungen und gut organisiert. Die große Anzahl der Themen ließ zwar eine vertiefende Diskussion oft nicht zu, ermöglichte aber in kürzester Zeit einen komprimierten Blick über den nationalen Tellerrand hinaus und ermutigte, trotz aller etwa aus Brüssel zu befürchtenden Widrigkeiten, die zukünftigen Chancen nicht aus den Augen zu verlieren, die sich aus dem Zusammenwachsen Europas für die Notare ergeben werden. Die Veranstaltung sollte daher in dieser oder ähnlicher Form zu einer regelmäßigen Einrichtung werden.

### 1. Geldwäsche

Nach dem einleitenden Vortrag von Notar *Prof. Dr. Hans-Ulrich Jerschke*, Augsburg, beschäftigte sich die erste der insgesamt sieben Arbeitssitzungen mit den beabsichtigten Änderungen der Geldwäscherichtlinie<sup>1</sup>.

Mit zunehmender Tendenz werden freie Berufe und Notare zum Vertuschen des Ursprungs illegaler Gelder missbraucht. Daher fordert das Parlament und empfiehlt die Kommission, auch Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in den Anwendungsbereich der Richtlinie einzubeziehen, wobei deren berufsspezifische Verschwiegenheitspflichten zu wahren seien.

Angesichts des Bedrohungspotentials der organisierten Kriminalität stand unter den Diskussionsteilnehmern die Notwendigkeit des Mitwirkens des Berufsstands bei deren Bekämpfung außer Frage. Streitig war hingegen, wie diese Mitwirkung mit der Vertraulichkeit in Einklang gebracht werden kann. Giancarlo Laurini, Notar in Neapel (CNUE), forderte einen detaillierten und objektiven Kriterienkatalog, auf dem die Meldepflicht des Notars gründet. Der Präsident der Luxemburgischen Notarkammer, *Jacques Delvaux*, zeigte demgegenüber unter Hinweis auf die in Luxemburg bestehende Rechtslage größere Bereitschaft, an der Ermittlung der wirtschaftlich Berechtigten mitzuwirken.

Ein für die Beteiligten transparentes Meldeverfahren muss m. E. keine Gefahr für die Vertrauensstellung des Notars sein, wie die Erfahrung mit den steuerlichen Beistandspflichten des

Notars in Deutschland zeigt. Die notarielle Urkunde hat schon heute eine in die gleiche Richtung zielende Filterfunktion (§ 14 Abs. 2 BNotO, §§ 4, 54 d Ziff. 1 BeurkG).

In der gegenwärtigen Diskussion vermisste ich aber den Hinweis darauf, dass die notarielle Urkunde nur dann geeignetes Hilfsmittel zur Bekämpfung der Geldwäsche sein kann, wenn das materielle Recht keine Schlupflöcher zu ihrer Umgehung lässt. Ich denke hier z. B. an den für die Geldwäsche anfälligen Bereich der Treuhandgeschäfte, da das geltende Recht die Begründung der Erwerbstreuhand im Rahmen des § 15 GmbHG für nicht beurkundungspflichtig einstuft oder die Beteiligten auf ausländische, nicht meldepflichtige Notare ausweichen können. Solange die Beurkundungspflicht nicht entsprechend erweitert wird, werden die umfangreichsten Meldepflichten ein stumpfes Schwert bleiben.

### 2. Der Notar im elektronischen Rechtsverkehr

Aus Raumgründen verweise ich wegen der Bedeutung und des Inhalts der Thematik auf den Beitrag von *Benesch/Weichselbaumer*<sup>2</sup> zur Tagung „Elektronik und Urkunde“ der österreichischen Gesellschaft für Information und Zusammenarbeit im Notariat GmbH vom 7.–9. Juni in Wien sowie den von *Frank* zum französischen Signaturgesetz<sup>3</sup>. Ähnlich wie die BNotK, deren Pilotprojekt Notarnetz von Notarin *Sigrun Erber-Faller*, Memmingen, vorgestellt worden ist, sind auch die niederländischen Kollegen in die Projektphase zur Zertifizierung von elektronischen Verträgen und zur elektronischen Identifikation eingetreten. *Nicolas Ancot*, Vertriebsmanager der eBusiness-Firma ISABEL, die Kooperationspartners der belgischen Notarkammer ist, mahnte die europäischen Notare, sich an die mit Einführung der digitalen Signatur einhergehenden Veränderungen anzupassen, um auch im Zeitalter des digitalen Wirtschaftens ihre Aufgabe zu erfüllen.

### 3. Notariat und Verbraucherschutz

Unter dem Vorsitz von Notar *Prof. Dr. August L.G.A. Stille*, Universität Utrecht, wurde über die Funktion des Notars im Verbraucherschutz diskutiert<sup>4</sup>. *Stille* stellte fest, dass sich die europäischen Notariate dieser Funktion mittlerweile durchgängig bewusst sind.

Das europäische Verbraucherschutzrecht hat den Grundsatz *pacta sunt servanda* und damit die Vertragsfreiheit durch die Einführung von Widerrufsrechten aufgeweicht. MdEP *Dr. Kurt Lechner*, Notar in Waldfischbach-Burgalben wies, wie an anderer Stelle auch MdEP *Ana Palacio Vellelersundi*, darauf hin, dass die EU die verbraucherschützende Funktion des Notars auf europäischer Ebene dennoch wahrnehme. Die in den Richtlinien – allerdings nicht einheitlich und umfassend – vorhandenen Bereichsausnahmen für notariell beurkundete Rechtsgeschäfte belegten das. Auch die in den vergangenen Jahren qualitativ stark verbesserte Verbandsarbeit der Standesorganisationen in Brüssel trage hierzu bei, zumal sie sich nicht auf Ständesfragen beschränke und damit an Glaubwürdigkeit gewönne.

<sup>2</sup> MittBayNot 2000, 395 (in diesem Heft).

<sup>3</sup> MittBayNot 2000, 391 (in diesem Heft).

<sup>4</sup> Siehe hierzu *Schwarz* zur ERA-Tagung „Verbraucherschutz und Gemeinschaftsrecht“ MittBayNot 2000, 212.

<sup>1</sup> 91/308/EWG vom 10.06.1991; Geldwäschegesetz (GwG); Handbuch für das Notariat, 4. Aufl. 2000, Nr. 260; hierzu auch *Volmer*, MittBayNot 2000, 295.

Gegen Bereichsausnahmen im AGB-Recht sprach sich *Prof. Dr. Peter Schlosser*, München, aus, da der „freiberuflich tätige Notar“ nicht in der Lage sei, die Verwendung missbräuchlicher Klauseln umfänglich zu vereiteln. Aus dem Kreis der Notare wurde darauf hingewiesen, dass die Richtlinie gegen die Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen nicht in Konkurrenz zur verbraucher-schützenden Tätigkeit des Notars gesehen werden muss, sondern dem Notar ein wertvolles Hilfsmittel gegenüber marktstarken Verwendern von AGB zur Seite stellt.

*Lechner* unterstrich ebenso wie der Präsident des obersten österreichischen Gerichtshofs *Dr. Erwin Felzmann*, dass der hohe Standard der notariellen Berufsethik von jedem auch tatsächlich umgesetzt werden müsse. Felzmann forderte die Landesorganisationen auf, kompromisslos gegen die wenigen „schwarzen Schafe“ vorzugehen<sup>5</sup>.

Im Zuge der fortschreitenden Zivilrechtsvereinheitlichung wird sich die EU möglicherweise einmal entscheiden müssen, welchen Stellenwert sie der notariellen Urkunde beimisst. Deshalb sollten die europäischen Notariate zukünftig noch stärker auf ihre interne Qualitätssicherung achten, um sich als verbraucher-schützende Institution im Bewusstsein der Entscheidungsträger zu etablieren.

#### 4. Vollstreckbarkeit von Urkunden

Die letzte Arbeitssitzung des ersten Tages wurde von *Schlosser* geleitet und stand ganz im Zeichen der Beschlüsse des Rates, einen europäischen Vollstreckungstitel zu schaffen (Tampere). Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 17.6.1999 (*Unibank A/S vs. Flemming G. Christensen*; C-260/97)<sup>6</sup> die Rolle des notariellen Vollstreckungstitels indirekt gestärkt, da er eine Urkunde nur dann als tauglichen Vollstreckungstitel i. S. d. Art. 50 Brüsseler Übereinkommens/EuGVÜ ansieht, wenn sie unter Beteiligung einer öffentlichen Urkundsperson errichtet worden ist. Mit dem notariellen Vollstreckungstitel gibt es an sich bereits einen europäischen Vollstreckungstitel (*Vaasen*), von dem in der Praxis bisher viel zu wenig Gebrauch gemacht werde (*Paolo Pasquali*, Notar in Portogruaro, I). *Hubert Gence*, Notar in Rouen (F), empfahl, die Zirkulationsfähigkeit der notariellen Urkunde durch verstärkte Kooperation der europäischen Notare zu verbessern. So könnten bereits bei der Errichtung des Titels, Besonderheiten des Verwendungsstaates berücksichtigt werden.

MdEP *Palacio Vallelersundi* wies darauf hin, dass die notarielle Urkunde als Vollstreckungstitel vom Parlament als wertvolles Instrument der Rechtsdurchsetzung eingestuft werde. Da das Parlament in dieser Frage nur ein Anhörungsrecht hat, bleibt abzuwarten, wie der Rat entscheiden wird<sup>7</sup>.

#### 5. Testamentsregister

Das Baseler Übereinkommen vom 16.5.1972 sieht die Errichtung nationaler Testamentsregister vor, um angesichts der zunehmenden Mobilität das schnelle Auffinden eines Testaments zu erleichtern und dessen Verlustrisiko zu vermindern.

<sup>5</sup> Auch *Hellge*, Europäische Perspektiven für nationale Notariate, Österreichische Notariatszeitung 2000, 1, 5, 10, sieht in der Kontrolltätigkeit der Kammern und Aufsichtsbehörden eine Säule der Qualitäts- und damit Zukunftssicherung des Berufs. Allerdings bleibt unklar, was er unter „vernünftiger Rahmenkontrolle der bereits im Beruf tätigen Notare“ versteht.

<sup>6</sup> S. a. *Geimer*, Freizügigkeit vollstreckbarer Urkunden im Europäischen Wirtschaftsraum, IPPrax 2000, 366.

<sup>7</sup> Vgl. BNotKIntern 3/2000 S. 4.

Die BNotK versucht seit längerem, auch in Deutschland, das Übereinkommen unterzeichnet, aber bis heute nicht ratifiziert hat, ein zentrales, elektronisch geführtes Testamentsregister zu etablieren<sup>8</sup>. Während in Belgien und Frankreich schon konkret an einer Vernetzung der elektronischen Register gearbeitet wird, regiert in Deutschland die Karteikarte. Dieses, an den Maßstäben der Vergangenheit gemessen, gewiss ordentlich funktionierende System der Benachrichtigung in Nachlasssachen<sup>9</sup>, ist auf Grund seiner vielen Schnittstellen fehlerträchtig, langsam und vor allem nicht zukunftsfähig.

In Frankreich und Österreich, das gar nicht Unterzeichnerstaat des Baseler Übereinkommens ist, wurden die Testamentsregister von den Notarständen in Eigenregie aufgebaut. Auch in Belgien sind die Notare mit der Verwaltung des Registers betraut.

#### 6. Kleine und mittlere Unternehmen (KMU)<sup>10</sup>

Kleine und mittlere Unternehmer (KMU) haben häufig noch kein Bewusstsein für eine professionelle Rechtsberatung ausgeprägt. *Lux Hendrickx*, Direktor bei der Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Enterprises (UEAPME), Brüssel, wies darauf hin, dass die Notare in zwei Beziehungen eine wichtige Rolle für KMU übernehmen können. Zum einen werde die Konfliktvermeidung als wirtschaftlicher Vorteil immer mehr erkannt. Zum anderen sei der Notar ideal als dezentral erreichbarer Ansprechpartner in Nachfolgefragen, von dem aus die Beratung durch andere Dienstleister, wie z. B. Steuerberater, koordiniert werden könne („one stop shop“). *Dr. Torsten Slink*, Brüssel, stellte einige Projekte des DIHT zur Nachfolgeplanung und Existenzgründung vor, die in Kooperation mit anderen Verbänden und Organisationen ins Leben gerufen wurden<sup>11</sup>. An dem jüngsten Projekt, der Gemeinschaftsinitiative für Existenzgründungen (EiD), ist auch die BNotK beteiligt.

Die Projekte des DIHT wie auch die Aktivitäten der Großbanken auf dem Feld der Unternehmens- und Vermögensnachfolge belegen, dass um diesen an sich klassischen Beratungsmarkt der Notare, Rechtsanwälte und Steuerberater zukünftig verstärkt auch „branchenfremde“ Bewerber konkurrieren werden. Die oben erwähnten idealen Beratungskompetenzen des Notars dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass er als Ansprechpartner von den Beteiligten leicht übersehen wird, wenn er in seiner täglichen Arbeit nicht entsprechend Flagge zeigt.

#### 7. Aufgaben des Notariats im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege

An der abschließenden Podiumsdiskussion nahm mit *Mario Paulo Tennaireiro*, Abteilungsleiter für Justizielle Zusammenarbeit in der Generaldirektion Justiz und Inneres, endlich auch ein Vertreter der Kommission an der Veranstaltung teil. Er kündigte an, dass die Kommission ein „Grünbuch“ zur alternativen Streitbeilegung (ADR) erstellen werde, in deren Rahmen auch der Notar in seiner streitvermeidenden und streitschlichtenden Rolle berücksichtigt werden würde. Seines Erachtens werde die notarielle Urkunde, insbesondere als Vollstreckungstitel, weiterhin ihren Platz im europäischen Rechtsleben behalten. Aus der Sicht der Kommission wird der Beruf des Notars zukünftig „bürgernäher“, weniger „amtlich“ sein.

<sup>8</sup> DNotZ 2000, 572.

<sup>9</sup> Vgl. Handbuch für das Notariat, 4. Aufl. 2000, Nr. 212.

<sup>10</sup> S. a. DNotZ 2000, 579.

<sup>11</sup> Unternehmensbörse: [www.change-online.de](http://www.change-online.de).

## Einführung zur Sonderreihe

Von Notarassessor *Thomas Wachter*, München

Angesichts der wachsenden Mobilität weiter Kreise der Bevölkerung und einer zunehmenden Internationalisierung der Vermögen gewinnen Auslandsimmobilien immer mehr an Bedeutung. Dies wirkt sich zunehmend auch auf die notarielle Beratungspraxis aus.

Über 600.000 Bundesbürger besitzen heute bereits ein Ferienhaus oder einen Altersruhesitz im Ausland. Nach einer Marktstudie der Landesbausparkassen aus dem Jahr 1999 beabsichtigen mehr als drei Millionen Deutsche in absehbarer Zeit den Erwerb einer Immobilie im Ausland.

Verträge über im Ausland belegenen Grundbesitz wird ein deutscher Notar in aller Regel nicht beurkunden. Selbst bei genauer Kenntnis der ausländischen Rechtsordnung ist die Eigentumsumschreibung aufgrund des in Deutschland geschlossenen Vertrages oftmals mit Schwierigkeiten verbunden. Gleichwohl wünschen sich die Beteiligten von »Ihrem« Notar, dass er sie auch bei Rechtsgeschäften mit Auslandsimmobilien unterstützt. Dies geschieht meist durch die Beurkundung von Veräußerungs- und Erwerbsvollmachten zum Abschluss und zur Durchführung eines Grundstückskaufvertrages. Die Betroffenen vertrauen darauf, dass die Vollmacht in der von dem Grundstücksgeschäft betroffenen Rechtsordnung Bestand hat. Der Vorgang sollte daher nach Möglichkeit nicht nur aus Sicht der eigenen nationalen Rechtsordnung betrachtet werden. Was nach deutschem Recht möglich und selbstverständlich ist, wird im Ausland oft nicht anerkannt. Probleme können sich beispielsweise bei der Befreiung eines Bevollmächtigten von den Beschränkungen des § 181 BGB oder der Erteilung von Generalvollmachten, in denen die einzelnen Befugnisse des Vertreters nicht näher ausgeführt sind, ergeben.

Bei der Vermögensnachfolgeplanung ist zunehmend darauf zu achten, ob und in welcher Form Auslandsvermögen vorhanden ist. Durch eine vorausschauende Vertragsgestaltung lässt sich die spätere Nachlassabwicklung im Zusammenhang

mit Auslandsimmobilien vielfach vereinfachen. Das vor einem deutschen Notar errichtete Testament wird in den meisten Ländern grundsätzlich anerkannt. Gleichwohl mag es im Einzelfall zweckmäßig sein, für inländisches und ausländisches Vermögen getrennte Testamente zu errichten, oder zur Beurkundung eines Testaments vorsorglich einen oder mehrere Zeugen hinzuziehen. Eine gezielte Nutzung der in immer mehr (ausländischen) Erbrechtsordnungen eröffneten Rechtswahlmöglichkeiten kann gleichfalls zur Verwirklichung der gewünschten Nachfolgegestaltung beitragen.

Die Übertragung von Auslandsimmobilien wirft schwierige zivilrechtliche und steuerrechtliche Fragen auf. Eine vollständige Überprüfung der Rechtslage im Ausland ist in der Praxis meist nicht möglich. In vielen Fällen genügt aber bereits die Berücksichtigung einiger weniger Grundsätze der ausländischen Rechtsordnung, damit die von einem deutschen Notar errichtete Urkunde auch im Ausland zum Erreichen des gewünschten Erfolgs beitragen kann.

Vor diesem Hintergrund soll in den MittBayNot in einer Reihe von Kurzbeiträgen das Immobilien- und Erbrecht verschiedener Länder praxisnah dargestellt werden. Im Interesse einer schnellen Orientierung, folgen die einzelnen Länderberichte dabei (weitgehend) einer einheitlichen Gliederung. Ziel ist es, dem Notar in der Praxis eine ungefähre Vorstellung von der ausländischen Rechtslage zu vermitteln. Dies kann und soll eine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage im konkreten Einzelfall nicht ersetzen.

Daneben besteht in jedem Fall die Möglichkeit, das vorhandene Netzwerk europäischer Notare zur Vorbereitung und Abwicklung einzelner Rechtsgeschäfte zu nutzen. Eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit (§ 11a BNotO) bietet die Chance, den Gestaltungswünschen der Beteiligten auch im Hinblick auf Auslandsvermögen umfassend zu entsprechen.

## Der Immobilienerwerb in Tschechien

Von Notarassessorin *Dr. Claudie Rombach*, Würzburg

### I. Einleitung

Die gesetzlichen Grundlagen für den Immobilienerwerb sind in Tschechien im tschechischen Zivilgesetzbuch (ZGB)<sup>1</sup> und im Gesetz über die Eintragungen von Eigentumsrechten und anderen dinglichen Rechten an Immobilien (ImEintrG)<sup>2</sup> gere-

gelt. Während der Erwerb kraft Erbfolge nach der politischen Wende unverändert geblieben ist, erfolgten im Bereich des rechtsgeschäftlichen Erwerbs grundlegende Rechtsänderungen. Der Gesetzgeber hat sich dabei stark an das österreichische Recht angelehnt, das in der Tschechoslowakei bis zum Jahre 1950 gegolten hatte. Neben einer Änderung des ZGB wurde mit Wirkung zum 1.1.1993 das Immobilienkataster der Tschechischen Republik eingerichtet, das ImEintrG erlassen und der Vollzug des vertraglichen Eigentumserwerbs (wieder) von einer konstitutiven Eintragung abhängig gemacht<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Gesetz Nr. 40/1964 Slg. (=Sammlung), in der geltenden Fassung. Eine Übersetzung findet sich bei *Breidenbach* (Hrsg.), Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa, SYST 200 CS.

<sup>2</sup> Gesetz Nr. 265/1992 Slg., in der geltenden Fassung, kurz Immobilieneintragungsgesetz. Eine Übersetzung findet sich bei *Brosta*, Der vertragliche Erwerb von Grundeigentum in Tschechien (2000), S. 210 ff.

<sup>3</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt war das Eigentum mit dem Abschluss des Kaufvertrages übergegangen.

## II. Arten des Eigentums

Das tschechische Recht kennt das Alleineigentum natürlicher und juristischer Personen, das Miteigentum mehrerer Personen, das gemeinschaftliche Vermögen der Ehegatten sowie das Wohnungs- und Teileigentum. Da trotz zahlreicher Rechtsänderungen noch am Grundsatz der rechtlichen Trennung zwischen Grund und baulichen Anlagen festgehalten wird<sup>4</sup>, sind auch Gebäude und andere bauliche Anlagen rechtlich selbständige Immobilien. Dagegen sind die früheren Formen des Eigentums, nämlich sozialistisches, persönliches und privates Eigentum, aufgehoben<sup>5</sup>.

### 1. Miteigentum und gemeinschaftliches Vermögen

Beim sog. »anteiligen Miteigentum« (§ 136 Abs. 1 und §§ 137 ff. ZGB) sind die Miteigentümer mit ideellen Anteilen an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache beteiligt. Jeder Miteigentumsanteil ist grundsätzlich frei veräußerlich und vererblich. Eine Ausnahme besteht jedoch zu Gunsten der anderen Miteigentümer. Gemäß § 140 ZGB steht im Falle der Übertragung des Miteigentumsanteils den anderen Miteigentümern ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu, es sei denn, die Übertragung erfolgt an eine nahe Person i. S. d. § 116 ZGB<sup>6</sup>. Nach wohl herrschender Ansicht ist unter Übertragung lediglich die entgeltliche Übertragung zu verstehen<sup>7</sup>. Eine Verletzung der Bestimmungen über das Vorkaufsrecht führt nicht zur absoluten, sondern nur zur relativen Nichtigkeit<sup>8</sup> des Rechtsgeschäfts, welche vom Katasteramt nicht zu prüfen ist. Sie muss von dem Betroffenen innerhalb der Verjährungsfrist von drei Jahren geltend gemacht werden. Alternativ kann der übergangene Miteigentümer entsprechend den Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht vom Erwerber die Übertragung des Miteigentumsanteils zu den Bedingungen des Kaufvertrages verlangen.

Die zweite Form von Eigentum mehrerer Personen ist das durch den gesetzlichen Güterstand begründete sog. »gemeinschaftliche Vermögen der Ehegatten«<sup>9</sup> (§ 136 Abs. 2 und §§ 143 ff. ZGB). Zum gemeinschaftlichen Vermögen gehört alles, was während der Ehe erworben wird, mit Ausnahme von Erbschaften, Schenkungen, Surrogaten von Vermögen, das einem Ehegatten allein gehörte, sowie Gegenständen, die

dem persönlichen Gebrauch eines Ehegatten dienen<sup>10</sup>. Das gemeinschaftliche Vermögen umfasst auch die mit dem gemeinschaftlichen Vermögen verbundenen Verbindlichkeiten<sup>11</sup>. Gemäß § 143a Abs. 2 ZGB wird ein Ehegatte bei dem Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung durch den anderen Ehegatten nicht Mitgesellschafter.

Die Ehegatten haben die Möglichkeit, den Umfang des gemeinschaftlichen Vermögens durch notariellen Ehevertrag einzuschränken oder zu erweitern<sup>12</sup>. Der Abschluss des Vertrags ist jederzeit, auch vor der Eheschließung, möglich.

### 2. Wohnungs- und Teileigentum

Das Wohnungs- und Teileigentum ist im Gesetz über Wohnungseigentum<sup>13</sup> geregelt. Dieses regelt das Miteigentum an einem Gebäude, in dem ein Miteigentümer sowohl Eigentümer einer Wohnung oder einer nicht zu Wohnzwecken dienenden Einheit als auch anteiliger Miteigentümer von gemeinschaftlichen Gebäudeteilen ist. Das Wohnungs- bzw. Teileigentum kann durch schriftliche Teilungserklärung des Eigentümers<sup>14</sup> oder durch schriftlichen Vertrag<sup>15</sup> entstehen. Beide bedürfen der Eintragung in das Immobilienkataster. Im Gegensatz zur früheren Rechtslage kann Eigentümer einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit nunmehr auch eine juristische Person sein.

## III. Das Immobilienkataster

Bei der Schaffung des Immobilienkatasters im Jahre 1993 wurde an das damalige Universalverzeichnis, die sog. »Evidenz der Liegenschaften« angeknüpft. Das heutige Immobilienkataster umfasst daher sowohl das Grundbuch als auch das Kataster. Es wird von den Katasterämtern geführt, so dass das Eintragungsverfahren ein Verwaltungsverfahren darstellt.

Da nicht jede bauliche Anlage als selbständige Immobilie im Kataster geführt werden kann, wird durch das Katastergesetz (KatG)<sup>16</sup> abschließend festgelegt, welche Immobilien eintragungsfähig sind. Gemäß § 2 KatG werden in das Kataster Grundstücke, Gebäude, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, Wohnungs- und Teileigentum sowie auf Antrag auch im Bau befindliche<sup>17</sup> Gebäude und Wohnungs- und Teileigen-

<sup>4</sup> Gemäß § 119 Abs. 2 ZGB sind Immobilien Grundstücke und bauliche Anlage, die mit dem Grund fest verbunden sind. § 120 Abs. 2 ZGB stellt ausdrücklich klar, dass Bauten nicht Bestandteile des Grundstücks sind.

<sup>5</sup> Obwohl diese Begriffe, insbesondere der Begriff des persönlichen Eigentums, von juristischen Laien heute noch oft verwendet werden.

<sup>6</sup> Nahe Personen sind stets Verwandte in gerader Linie, Geschwister und der Ehegatte. Unter bestimmten Umständen können auch andere Verwandte oder Verschwägerter als nahe Personen gelten.

<sup>7</sup> Radvanová, Občanské právo hmotné I, 2. Aufl. (1997), S. 249; Jehlička in Jehlička/Svestka/Škárová, Občanský zákoník, komentář, 5. Aufl. (1999), § 140 S. 295; a. A. (auch unentgeltliche Übertragung) Holub/Fiala/Bičovský, Občanský zákoník, 6. Aufl. (1999), § 140 ZGB S. 159.

<sup>8</sup> Bei der relativen Nichtigkeit wird ein Rechtsgeschäft für wirksam gehalten, solange sich der Betroffene nicht auf die Nichtigkeit beruft (§ 40a ZGB). Im Falle der Geltendmachung der Nichtigkeit ist das Rechtsgeschäft mit Wirkung gegenüber allen von Anfang an nichtig.

<sup>9</sup> Das bisherige Institut des sog. »anteilslosen Miteigentums der Ehegatten« wurde durch die Familienrechtsnovelle mit Wirkung zum 1. August 1998 aufgehoben und durch den Begriff des gemeinschaftlichen Vermögens ersetzt, dessen Umfang zwar ähnlich, aber nunmehr viel detaillierter geregelt ist.

<sup>10</sup> Unter bestimmten Voraussetzungen gehört zu diesen Ausnahmen auch Vermögen, das aufgrund von Restitutionsvorschriften erworben wurde.

<sup>11</sup> Nicht zum gemeinschaftlichen Vermögen gehören aber Verbindlichkeiten, die die Vermögensverhältnisse der Ehegatten übersteigen und die ein Ehegatte ohne die Zustimmung des anderen eingeht (§ 143 Abs. 1 Buchst. b) ZGB).

<sup>12</sup> Aus dem Wortlaut wird man wohl schließen müssen, dass die Vereinbarung einer reinen Gütertrennung nicht zulässig ist. In diesem Sinne auch Holub/Fiala/Bičovský, (Fn. 7), § 143a ZGB S. 174; Jehlička in Jehlička/Svestka/Škárová (Fn. 7), § 143a S. 305.

<sup>13</sup> Gesetz Nr. 72/1994 Slg., in der geltenden Fassung, in dem einige miteigentumsrechtliche Verhältnisse an Gebäuden und einige Eigentumsverhältnisse an Wohnungen und Nichtwohnräumen geregelt und einige Gesetze ergänzt werden (Wohnungseigentumsgesetz).

<sup>14</sup> § 5 Wohnungseigentumsgesetz.

<sup>15</sup> Sog. Bauvertrag zwischen den Bauherren, § 17 Wohnungseigentumsgesetz.

<sup>16</sup> Gesetz Nr. 344/1992 Slg., in der geltenden Fassung. Eine auszugsweise Übersetzung findet sich bei Broste (Fn. 2), S. 219 ff.

<sup>17</sup> Die Eintragungsfähigkeit solcher Anlagen ist ab dem 1. Juli 1996 vorgesehen, um die Belastung der Bauten noch vor ihrer Fertigstellung zu ermöglichen.

tumseinheiten eingetragen. Diese Begriffe hat der Gesetzgeber in § 27 KatG definiert.

Die rechtlichen Angaben im Grundbuch werden als Personalfolium geführt. Das Eigentumsblatt unterteilt sich in der Regel in fünf Abteilungen. In Abteilung A werden die Angaben über den Eigentümer oder die Miteigentümer samt ihren Miteigentumsanteilen und ihrer Geburtsnummer bzw. Identifikationsnummer bei juristischen Personen eingetragen. In der zweiten Abteilung werden Angaben über alle Immobilien zusammengefasst, die einem Eigentümer oder denselben Miteigentümern gehören, sofern sie im gleichen Katastergebiet belegen sind. Diese Abteilung ist in zwei Bereiche aufgeteilt. In Abteilung B werden u. a. die Flurnummer, die Grundstücksart und -nutzung, die Grundstücksgröße und gegebenenfalls die Konskriptions- oder Evidenznummer des Gebäudes angegeben. In Abteilung B 1 werden andere Rechte eingetragen, so z. B. Dienstbarkeiten in herrschender Stellung. In Abteilung C des Eigentumsblatts werden, wie im österreichischen Recht, alle dinglichen Beschränkungen des Eigentums eingetragen. In Abteilung D werden Bemerkungen erfasst, die rechtliche Bedeutung für die anderen Angaben haben könnten; so werden hier z. B. die Konkurs- oder die Rechtshängigkeitsanmerkung eingetragen. In Abteilung E schließlich werden die Erwerbstitel oder andere Urkunden ausgewiesen, auf denen die Eintragung beruht.

§ 1 Abs. 3 ImEintrG unterscheidet drei Arten von Grundbucheintragungen, nämlich Einverleibung, Aufzeichnung und Anmerkung bzw. deren jeweilige Löschung. Ein Sicherungsmittel wie die deutsche Vormerkung oder die österreichische Anmerkung der Rangordnung kennt das tschechische Recht nicht. Die Einverleibung ist eine Eintragung mit konstitutiver Wirkung, die nur auf Antrag nach Durchführung eines Verwaltungsverfahrens bewilligt werden kann. Die Aufzeichnung dient als berichtigende Eintragung des durch Rechtsänderungen außerhalb des Grundbuchs unrichtig gewordenen Katasters. Die Anmerkung soll künftige Rechtsänderungen außerhalb des Grundbuchs bzw. den Verlust der Verfügungsfähigkeit des Eigentümers anzeigen, wie etwa die Rechtshängigkeits- oder Konkursanmerkung.

Das Kataster ist öffentlich. Jeder ist berechtigt, Einsicht zu nehmen<sup>18</sup>, ohne dass er ein rechtliches oder berechtigtes Interesse darlegen müsste (§ 13 ImEintrG).

#### IV. Der Erwerb des Eigentums

Gemäß § 132 Abs. 1 ZGB vollzieht sich der Eigentumserwerb im tschechischen Recht durch einen Kauf-, Schenkungs- oder anderen Vertrag, durch Erbfolge, durch Entscheidung eines staatlichen Organs oder aufgrund von anderen, gesetzlich festgelegten Tatsachen. Beim vertraglichen Erwerb spricht man von der sog. Eigentumsübertragung, in den anderen Fällen vom sog. Eigentumsübergang.

Beim Eigentumserwerb durch Vertrag muss danach unterschieden werden, ob eine Immobilie im Kataster geführt wird oder nicht. Bei eintragungsfähigen Immobilien wird das Eigentum nach § 133 Abs. 2 ZGB aufgrund des Vertrages mit der Eintragung in das Kataster erworben (*titulus und modus*). Das Eigentum an den sonstigen Immobilien wird nach § 133 Abs. 3 ZGB mit Abschluss des Vertrages erworben.

Der Eigentumsübergang kraft Staatsakts erfolgt beispielsweise bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung von Mit-

eigentum nach § 142 ZGB, wenn die Miteigentümer keine Einigung erzielt haben. Ein Eigentumserwerb aufgrund einer anderen, gesetzlich festgelegten Tatsache kann bei Immobilien unter anderem durch Naturalersitzung erfolgen, die im Gegensatz zum deutschen Recht möglich ist. Voraussetzung ist, dass der rechtmäßige Besitzer einer Immobilie diese zehn Jahre lang im Eigenbesitz hatte (§ 134 Abs. 1 ZGB).

#### V. Der vertragliche Erwerb an Immobilien

Aufgrund der nunmehr geltenden Vertragsfreiheit kann Rechtsgrund für eine Eigentumsübertragung jeder schuldrechtliche Vertrag sein. Für ihre schuldrechtlichen Beziehungen können die Beteiligten gemäß § 9 Abs. 1 MPSaP<sup>19</sup> eine ausdrückliche oder eine stillschweigende Rechtswahl treffen, andernfalls richtet sich das anwendbare Recht nach dem Recht des Ortes, an dem die Immobilie belegen ist (§ 10 Abs. 2 Buchst. b) MPSaP). Für das Sachenrecht (§ 5 MPSaP) und für Eintragungen in das Kataster (§ 7 MPSaP) gilt jedoch zwingend jeweils das Recht des Belegenheitsortes.

##### 1. Der Kaufvertrag

Der Kaufvertrag richtet sich nach den §§ 588 ff. ZGB. Gemäß § 46 Abs. 1 ZGB bedarf der Kaufvertrag über eine Immobilie der Schriftform, ansonsten ist er nach § 40 Abs. 1 ZGB ohne die Möglichkeit einer Heilung absolut nichtig. Das Erfordernis der notariellen Beurkundung ist mit der Umwandlung der staatlichen Notariate in freiberufliche Notariate zum 1.1.1993 weggefallen. Um die Erfordernisse des formellen Grundbuchsrechts<sup>20</sup> zu erfüllen, wird der Vertrag in der Praxis oft unter der Mitwirkung eines Rechtsanwalts oder vor einem Notar geschlossen. Es genügt jedoch, wenn die Beteiligten bei einem selbst verfassten Vertrag ihre Unterschriften beglaubigen lassen.

Die Kaufverträge sind in der Regel sehr kurz und enthalten neben den wesentlichen Vertragsbestandteilen grundsätzlich nur wenige zusätzliche Regelungen<sup>21</sup>. Der Kaufpreis ist oft beim Vertragsschluss oder nach der Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu zahlen. Gängig ist auch die Zahlung in zwei Raten, wobei eine bei Vertragsschluss und die andere nach der Eintragung fällig ist. Die Abwicklung über ein Anderkonto gewinnt zwar gerade in der notariellen Praxis zunehmend an Bedeutung, jedoch noch ohne eine umfassende treuhänderische Tätigkeit des Notars. In der Regel wird der Kaufpreis beim Vertragsschluss einbezahlt und der Notar angewiesen, ihn nach der Eigentumsumschreibung auszuzahlen. In diesem Bereich ist jedoch noch vieles ungeklärt<sup>22</sup>. Im Übrigen ist eine

<sup>19</sup> Tschechisches IPRG, Gesetz Nr. 97/1963 Slg., in der geltenden Fassung. Eine Übersetzung findet sich bei *Riering* (Hrsg.), IPR-Gesetze in Europa (1997), S. 298 ff.

<sup>20</sup> Gemäß § 34 Abs. 7 der DVO zum ImEintrG und KatG hat das Katasteramt die Echtheit der schriftlichen Erklärungen zu prüfen. Der Beweis kann u. a. durch eine behördliche Beglaubigung geführt werden, für die nur bestimmte Behörden und Notare zuständig sind. Nach § 34 Abs. 7 der genannten DVO ist es jedoch auch möglich, dass der Vertrag von einem Rechtsanwalt verfasst wird, der in der Vertragsurkunde bestätigt, dass er sich von der Identität der Beteiligten überzeugt hat.

<sup>21</sup> So z. B. Vereinbarungen von Rücktrittsrechten.

<sup>22</sup> So ist z. B. im Rahmen der Vorschriften zur Notariatsordnung nicht eindeutig geklärt, ob der Notar dem einseitigen Herausgabeverlangen des Hinterlegers Folge leisten müsste, auch wenn dieser sich dadurch vertragswidrig verhalten sollte. Vgl. zu dieser Problematik ausführlich *Brosta* (Fn. 2), S. 84 ff.

weitere Vollzugstätigkeit des Notars, abgesehen von der Durchführung des Katasterverfahrens, nicht üblich<sup>23</sup>.

## 2. Die Eintragung in das Immobilienkataster

Die allgemeinen Vorschriften der Verwaltungsverfahrensordnung werden durch die Sonderregelungen des ImEintrG überlagert und kommen nur subsidiär zur Anwendung. Das Eintragungsverfahren ist in §§ 3 bis 6 ImEintrG geregelt<sup>24</sup>. Antragsberechtigt ist jeder Beteiligte des Rechtsgeschäfts. Der Antrag bedarf der Schriftform. Er muss die Bezeichnung des Katasteramts, Vor- und Zuname, Adresse und Geburtsnummer natürlicher Personen oder Name, Sitz und Identifikationsnummer beteiligter juristischer Personen, und die Bezeichnung der Rechte, die in das Kataster eingetragen werden sollen, beinhalten. Dem Antrag sind jeweils in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift die Erwerbsurkunde, bei Vertretung eines Beteiligten die Vollmacht, und bei Beteiligung juristischer Personen ein Registerauszug beizufügen. Hat der Veräußerer sein Eigentum vor dem 1. Januar 1993 erworben, muss auch dessen Erwerbsurkunde vorgelegt werden. Ferner ist eine beglaubigte Übersetzung einzureichen, falls die Urkunde nicht in tschechischer Sprache verfasst worden ist.

Eine steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung ist dem tschechischen Recht unbekannt. Die Steuererklärung ist erst nach Eintragung des Eigentumswechsels abzugeben.

Der Umfang der Prüfungspflichten des Katasteramts ist abschließend in § 5 ImEintrG geregelt, der dem österreichischen Recht weitgehend nachgebildet ist. Das Katasteramt hat zu prüfen, ob der Eintragung der Katasterstand entgegensteht, ob die beantragte Eintragung durch den Inhalt der beigebrachten Urkunden gerechtfertigt ist, ob das Rechtsgeschäft hinreichend bestimmt und verständlich ist, und ob die vorgeschriebene Form gewahrt wurde. Festgestellt werden muss ferner, ob die Beteiligten berechtigt sind, über die Immobilie zu verfügen, und ob der Veräußerer nicht durch ein gesetzliches, gerichtliches oder behördliches Verbot in seiner Verfügungsbeugnis beschränkt ist. Ersteres ist insbesondere bei der Beteiligung von Devisenausländern<sup>25</sup> relevant. Schließlich müssen etwa erforderliche Genehmigungen vorliegen. Die Eintragungsbewilligung des Veräußerers hingegen ist für die Eintragung nicht erforderlich, obwohl sie in nahezu jedem Kaufvertrag enthalten ist. Sie ist ein Überbleibsel aus dem früher geltenden österreichischen Recht.

Vollzugsmittelungen werden in Tschechien nicht erteilt. Die Bewilligung der Eintragung wird auf der eingereichten Urkunde vermerkt und an die Beteiligten geleitet. Ein etwaiger Ablehnungsbescheid wird allen Beteiligten zugestellt.

## VI. Der Erwerb im Erbfall

Der Erwerb von Todes wegen ist nur aufgrund gesetzlicher Erbfolge oder aufgrund eines Testaments möglich. Gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge sind nichtig<sup>26</sup>. Das Erbstatut richtet sich nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers (§ 17 MPSaP), eine Rechtswahl ist nicht möglich. Die Formgültigkeit einer letztwilligen Verfügung richtet sich gemäß § 18 Abs. 2 MPSaP nach dem Heimatrecht des Erblassers.

<sup>23</sup> Eine etwaige Lastenfreistellung der Immobilie ist Sache des Veräußerers, die er in der Regel vor Vertragsschluss herbeiführen muss. Dies gilt auch für etwa bestehende Vorkaufrechte, wie z. B. beim Verkauf eines Miteigentumsanteils.

<sup>24</sup> Zum Ablauf des Eintragungsverfahrens vgl. *Brosta* (Fn. 2), S. 117 ff.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu unten VII.

ers; es genügt jedoch auch die Einhaltung der Ortsform. Der Erwerb erfolgt kraft Gesetzes im Wege der Universalsukzession, eine Einantwortungserklärung wie im österreichischen Recht ist nicht erforderlich. Das Nachlassverfahren wird wie in Österreich von den Notaren als Gerichtskommissären durchgeführt. Nach Abschluss des Nachlassverfahrens wird der Erbschein vom Gericht ausgestellt. Gehören zum Nachlass Immobilien, wird das Kataster aufgrund des Erbscheins durch eine Aufzeichnung berichtigt.

## 1. Gesetzliche Erbfolge

Die gesetzlichen Erben sind in vier Gruppen unterteilt (§§ 473 bis 475a ZGB). Innerhalb der ersten Gruppe erben der Ehegatte und die Kinder des Erblassers zu gleichen Teilen. An die Stelle der Kinder treten ersatzweise deren Abkömmlinge zu gleichen Teilen. Bevor der Umfang des zum Nachlass gehörenden Vermögens feststeht, muss zuerst das gemeinschaftliche Vermögen der Ehegatten auseinander gesetzt werden.

Innerhalb der zweiten Gruppe erben der Ehegatte, die Eltern des Erblassers und ferner Personen, die mit dem Erblasser mindestens ein Jahr vor seinem Tod im gemeinsamen Haushalt gelebt haben und die in diesem Zusammenhang den Haushalt geführt haben oder auf Unterhalt des Erblassers angewiesen waren<sup>27</sup>, zu gleichen Teilen, der Ehegatte jedoch mindestens zur Hälfte. Sind weder Ehegatte noch Eltern vorhanden, erben als dritte Gruppe die Geschwister des Erblassers und die vorgenannten Personen zu gleichen Teilen, wobei an die Stelle der Geschwister deren Kinder treten. Sind keine Personen dritter Gruppe vorhanden, erben die Großeltern als vierte Gruppe, für den Fall ihres Wegfalls deren Kinder. Weitere Gruppen kennt das tschechische ZGB nicht. Ist von den vorgenannten gesetzlichen Erben niemand vorhanden, erbt, ungeachtet eventueller entfernterer Verwandter, der Staat.

## 2. Gewillkürte Erbfolge

Ein Testament kann entweder handschriftlich oder in anderer Schriftform unter Beteiligung von zwei Zeugen oder in Form einer notariellen Beurkundung errichtet werden (§ 476 Abs. 1 ZGB)<sup>28</sup>. Es muss stets den Tag, den Monat und das Jahr der Errichtung angeben und unterschrieben sein, andernfalls ist es nichtig.

Eine Immobilie kann testamentarisch nur durch Erbeinsetzung vererbt werden. Das tschechische Erbrecht kennt weder Vor- und Nacherbschaft noch Vermächtnisse. Etwaige Bedingungen sind gemäß § 478 ZGB grundsätzlich unbeachtlich<sup>29</sup>. Eine Besonderheit besteht darin, dass der Erblasser Erben bezüglich einzelner Vermögensgegenstände und Rechte, also

<sup>26</sup> Für das gemeinschaftliche Testament wird dies ausdrücklich durch § 476 Abs. 3 ZGB angeordnet. Beim Erbvertrag wird dies aus § 461 Abs. 1 ZGB geschlossen. Dieser bestimmt abschließend, dass man nur aufgrund Gesetzes oder aufgrund eines Testaments oder aus beiden Gründen erben kann. Handelt es sich jedoch um den Erbvertrag zweier deutscher Staatsangehöriger, dürfte dieser aufgrund der Anwendung des deutschen Rechts gemäß § 18 Abs. 1 S. 2 MPSaP wohl anerkannt werden.

<sup>27</sup> Welche Probleme diese Definition in der Praxis mit sich bringt, liegt auf der Hand. Hat ein getrennt lebender Ehegatte ferner keine Kinder, so erben sowohl die Ehefrau als auch eventuell die neue Lebensgefährtin.

<sup>28</sup> Besonderheiten gelten für Minderjährige, die das fünfzehnte Lebensjahr vollendet haben und für behinderte Personen.

<sup>29</sup> Zulässig ist jedoch die Einsetzung eines Ersatzerben, vgl. *Mikeš*, *Občanské právo hmotné II* (1995), S. 440 f.

auch Erben für eine bestimmte Immobilie, einsetzen kann<sup>30</sup>. Dabei handelt es sich nicht um ein Vindikationslegat. Der Bedachte ist Miterbe mit allen Konsequenzen, insbesondere haftet er als Erbe für die Nachlassverbindlichkeiten<sup>31</sup>.

Bei der Testamentserrichtung ist zu beachten, dass dieses insoweit relativ nichtig ist<sup>32</sup>, als es pflichtteilsberechtigten Personen übergeht. Pflichtteilsberechtigten sind lediglich Abkömmlinge des Erblassers. Gemäß § 479 ZGB steht minderjährigen Abkömmlingen mindestens ihr gesetzlicher Erbteil zu. Der Pflichtteil volljähriger Abkömmlinge beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Die Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten beschränken sich in diesem Falle nicht auf Geldansprüche. Der bzw. die übergangenen Abkömmlinge werden vielmehr Erben zu ihrem Mindestanteil<sup>33</sup>. Ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht ist nicht möglich<sup>34</sup>.

## VII. Besonderheiten für Devisenausländer

Besonderheiten ergeben sich, wenn an einem Immobilienerwerb ein Devisenausländer beteiligt ist<sup>35</sup>. Als Devisenausländer gilt, wer seinen dauerhaften Aufenthalt nicht in Tschechien hat. Auf die Staatsangehörigkeit kommt es nicht an. Bei juristischen Personen ist deren Sitz entscheidend. Die Erwerbsmöglichkeiten eines Devisenausländers, der nicht tschechischer Staatsangehöriger ist<sup>36</sup>, sind auf einige, in § 17 DevG abschließend geregelte Fälle beschränkt. Keinen Beschränkungen unterliegt der Erwerb nach § 17 DevG insbesondere im Falle einer Erbschaft oder bei einer Übertragung vom Ehegatten, von den Eltern oder Großeltern. Auch eine Einbringung in das gemeinschaftliche Vermögen der Ehegatten ist möglich. In der Praxis gibt es für einen Devisenausländer, der vertraglich eine Immobilie erwerben möchte, zwei Möglichkeiten. Er kann den Erwerb über einen Treuhänder

durchführen oder eine juristische Person mit dem Sitz in Tschechien gründen, die diese Immobilie erwirbt. Da die Treuhandlösung mit hohen Risiken verbunden ist, hat sich in der Praxis die zweite Alternative durchgesetzt. In der Regel wird die Rechtsform der GmbH gewählt, für deren Gründung ein Stammkapital von 100.000,- tschechischen Kronen aufzubringen ist.

## VIII. Steuern

Die Grunderwerbsteuer bezeichnet man in Tschechien als Übertragungssteuer für Immobilien. Die einschlägigen Regelungen finden sich im Gesetz Nr. 357/1992 Slg.<sup>37</sup>, über die Erbschaft-, Schenkung- und Übertragungssteuer für Immobilien. Die Übertragungssteuer beträgt stets 5 %. Steuerschuldner ist der Verkäufer, wobei der Käufer als Bürge haftet. Der Steuerschuldner ist verpflichtet, innerhalb von 30 Tagen nach Zustellung der Bewilligung der Einverleibung in das Kataster eine Steuererklärung abzugeben. Er hat dieser eine beglaubigte Abschrift des Kaufvertrages und ein Sachverständigen-gutachten über den Wert der Immobilie beizufügen.

Bemessungsgrundlage der Übertragungssteuer ist der Wert der Immobilie im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, der durch das Sachverständigen-gutachten gemäß besonderer Vorschriften<sup>38</sup> ermittelt wurde. Dies gilt auch für den Fall, dass der vereinbarte Kaufpreis niedriger ist als der ermittelte Wert<sup>39</sup>. Ist der Kaufpreis jedoch höher als dieser Wert, so gilt der Kaufpreis. Relevant ist daher stets der höhere Betrag.

Die Veräußerung von Grundbesitz kann ferner der Einkommenssteuer aus sonstigen Einkünften unterliegen. Die Spekulationsfrist beträgt bei eigengenutzten Immobilien zwei Jahre, bei sonstigen Immobilien fünf Jahre<sup>40</sup>.

Die Erbschafts- und Schenkungssteuer unterscheidet drei Steuerklassen und gestaffelte Steuersätze. Seit 1999 sind Personen der Steuerklasse I, nämlich Verwandte gerader Linie und Ehegatten, von der Erbschaftsteuer gänzlich befreit<sup>41</sup>.

<sup>30</sup> § 477 Abs. 1 S. 1 ZGB. Die Bestimmung wird als eine antizipierte, dingliche Erbauseinandersetzung betrachtet, *Mikeš* (Fn. 29), S. 439.

<sup>31</sup> *Holub/Fiala/Bičovský* (Fn. 7), § 477 S. 339.

<sup>32</sup> Relative Nichtigkeit erfordert, dass der Berechtigte die Nichtigkeit geltend machen muss, vgl. Fn. 8.

<sup>33</sup> *Holub/Fiala/Bičovský* (Fn. 7), § 479 S. 342.

<sup>34</sup> *Holub/Fiala/Bičovský* (Fn. 7), § 463 S. 316, *Mikeš* (Fn. 29), S. 430 f. Möglich ist nur eine Ausschlagung nach dem Todesfall.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Köhne*, Osteuropa-Recht 1996, S. 74 ff.

<sup>36</sup> Ein Devisenausländer, der tschechischer Staatsangehöriger ist, unterliegt keinen Erwerbsbeschränkungen.

<sup>37</sup> Das Gesetz wird zum Teil mehrmals jährlich geändert.

<sup>38</sup> Gesetz Nr. 151/1997 Slg., über die Vermögensbewertung.

<sup>39</sup> Eine Schenkungssteuer für den Unterschiedsbetrag fällt in diesem Falle nicht an.

<sup>40</sup> § 10 Abs. 1 Buchst. b) i. V. m. § 4 Buchst. a) und b) EstG.

<sup>41</sup> § 19 Abs. 1 des Gesetzes über die Erbschafts-, Schenkungs- und Übertragungssteuer für Immobilien.

Die MittBayNot hat sich anlässlich des In-Kraft-Tretens des Bayerischen Schlichtungsgesetzes in dem Sonderheft zu Ausgabe 4/2000 ausführlich mit Fragen der Schlichtung und Mediation beschäftigt. Um der Aktualität und Relevanz dieses Themas Rechnung zu tragen, veröffentlicht die MittBayNot in den folgenden Ausgaben in lockerer Folge unter der Rubrik »Verhandeln und Vermitteln« auch weiterhin praxisbezogene Beiträge zu Fragen der Verhandlungstechnik und -führung.

*Die Schriftleitung*

## Grundlegende Verhandlungsstrategien

Von Notar Dr. Robert Walz, LL. M., Ingolstadt

So wie sich die Charaktere der Menschen und die Anlässe für Verhandlungen unterscheiden, unterscheiden sich auch die Strategien, derer sich Teilnehmer von Verhandlungen bedienen. Für einen neutralen Verhandlungsleiter ist es von Wichtigkeit, solche Herangehensweisen unterscheiden und das Verhandlungsgeschehen einschätzen zu können. Vor diesem Hintergrund kann er entscheiden, ob und wie er interveniert. Die Literatur zum Thema Verhandlungstechnik hat einige grundlegende Strategien beschrieben, die hier vorgestellt werden.

### A. Kompetitive Verhandlungsstrategie

#### I. Kampf um Positionen

Die zunächst zu schildernde Art der Verhandlungsführung wird heute nicht selten kritisch behandelt. Es geht um eine Art der Verhandlungsführung, wie sie allerdings in der Realität häufig zu finden ist, typischerweise etwa bei Verhandlungen, in denen es im Wesentlichen um den Preis einer Ware geht. Danach beschreibt sich der Vorgang des Verhandeln wie folgt:

Die Parteien gehen mit einer bestimmten Position in die Verhandlung. Jeder Beteiligte nennt seine Position und sodann beginnt ein Kampf zwischen den Parteien, in dem es darum geht, welcher der beiden Kontrahenten sich durchsetzt. Wenn zwei solche Verhandler zusammentreffen, findet ein Ringen bzw. Feilschen statt. Jeder stellt seine Forderung (»Position«) und gibt dann in kleinen Schritten nach, falls eine Einigung von beiden Seiten gewollt ist. Die Einigung kommt zustande, wenn es gelingt, sich irgendwo in der Mitte zu treffen. Wenn beide Kontrahenten die Technik des Feilschens gleich gut beherrschen und im selben Maße einer Einigung bedürfen, so wird die Einigung häufig auf ein »split the difference« hinauslaufen. Der Unterschiedsbetrag, sofern es um Geld geht, wird schlicht geteilt.

In dieser Art geführte Verhandlungen können mühsam sein. Treffen zwei solche kompetitiven Verhandler zusammen, so beginnt ein zähes Ringen, nicht selten auch ein Wettbewerb des Egos. Die Effizienz des Prozesses der Entscheidungsfindung kann auf der Strecke bleiben. Trifft ein kompetitiver Verhandler auf einen eher kooperativen Verhandler, so wird der Letztere bisweilen übervorteilt werden. Häufig wird der kooperative Verhandler die Verhandlungen aber auch abbrechen, weil er nicht willens ist, sich über den Tisch ziehen zu lassen. Jedenfalls wird die kämpferische, auf Siegen ausgerichtete Strategie des kompetitiven Verhandlers seinen »Gegnern« nicht verborgen bleiben. Diese werden unter Umständen die Gefahr

der Übervorteilung erkennen und ihr Verhalten entsprechend einrichten.

Eine Einigung ist nahezu ausgeschlossen, wenn eine Seite keinerlei Bereitschaft zum Nachgeben zeigt. Daher geht die Empfehlung dahin, hoch zu ankern. Wer seine Position ohne Abstriche halten will, darf diese keinesfalls von Beginn an veröffentlichen. Denn ansonsten bliebe ja kein Spielraum für ein etwaiges Nachgeben. Folglich muss zunächst eine Position eingenommen werden, die auch der eigenen Einschätzung nach überhöht ist. Der Gegner wird getäuscht, allerdings in einer Weise, die wohl als Teil des üblichen Verhandlungsvorganges sozial akzeptiert ist. Man präsentiert eine überhöhte Position als gerechtfertigtes Verlangen und verschleiert möglichst seine eigene Einigungsgrenze, d.h. das schlechteste Ergebnis, das man noch akzeptieren würde. Zugleich versucht man hinter die – vermutete – Täuschung der anderen Seite zu sehen und deren Einigungsgrenze zu errahnen.

Der Ratschlag geht dahin, möglichst hoch zu ankern, jedoch nicht so hoch, dass die andere Partei die Verhandlungen abbricht. Danach ist diejenige Ausgangsposition die richtige, bei der die andere Seite gerade noch am Verhandlungstisch sitzen bleibt. Damit hat man sich den größtmöglichen Spielraum für ein etwaiges Nachgeben geschaffen und kann zugleich versuchen, ein möglichst großes Stück des zu verteilenden Kuchens zu erkämpfen.

#### II. Drohungen

Dabei werden nicht selten Drohungen formuliert, also Bestrafungen in Aussicht gestellt. Fast immer wird mit der Nicht-Einigung gedroht. Gelegentlich kommt es auch zu Drohung mit sonstigen Übeln (»wenn Sie nicht nachgeben, schwärze ich Sie bei Ihrem Chef an«), die allerdings als sozial fragwürdig gelten und das Verhandlungsklima unproduktiv verschlechtern können. Damit Drohungen funktionieren, müssen diese ausreichend sein und als glaubwürdig wahrgenommen werden. Glaubwürdig sind Drohungen dann, wenn der Drohende die Möglichkeit hat, die Drohung auszuführen und er auch entschlossen ist, sie tatsächlich umzusetzen. Dabei kommt es im Wesentlichen auf die Wahrnehmung des Gegenüber an. Regelmäßig wird der Gegner daher mit kleineren oder größeren Unwahrheiten konfrontiert, um etwa die Drohung der Nicht-Einigung glaubwürdig erscheinen zu lassen (etwa: wahrheitswidrig behauptet der Grundstücksverkäufer, der Verkauf sei gar nicht dringlich).

#### III. Einordnung

Der Nachteil dieser Herangehensweise besteht darin, dass nicht oder wenig problemlösend nachgedacht wird. Das Er-

gebnis läuft häufig auf ein Nullsummenspiel hinaus. Die eine Seite kann nur gewinnen, was die andere Seite verliert und umgekehrt. Der zu verteilende Kuchen wird als feste Größe unterstellt. Kooperationsgewinne, also intelligente Lösungen, die den Gewinn beider Seiten – den Kuchen – vergrößern, werden tendenziell auf der Strecke bleiben.

Zudem wird der anderen Seite nicht verborgen bleiben, dass ihr Gegenüber auf einseitiges Gewinnen oder gar Übervorteilung abzielt. Die kämpferische, kompetitive Herangehensweise ist daher wenig geeignet, die Sympathie der Parteien füreinander zu vergrößern.

## C. Kooperative Verhandlungsstrategie

Nach dieser Strategie soll der Teamgedanke im Vordergrund stehen. Die Verhandlungsteilnehmer sind aufgefordert, sich nicht als Gegner (eine dann zu vermeidende Formulierung) zu empfinden, sondern sich gemeinsam um das Lösen von Problemen zu bemühen.

### I. Interessen – Optionen – Standards

Zunächst sollen die Parteien ohne eine bestimmte Position in die Verhandlung gehen. Vielmehr wird über die Interessen der Parteien gesprochen. Auf der Basis der Interessen soll eine mögliche Problemlösung versucht werden. Ein solches rein sachbezogenes Verhandeln lässt eine optimale Ausbeute an Kooperationsgewinnen für beide Parteien erhoffen.

1. Zunächst soll jede Partei ihre eigenen Interessen offenbaren; auf der Basis dieser Interessen kann sodann eine optimale Lösung mit größtmöglichem Kooperationsgewinn entwickelt werden. Der zu verteilende Kuchen soll also möglichst vergrößert werden.

2. Im Rahmen des kooperativen Verhandels soll, auch nachdem die Interessen offenbart wurden, noch nicht über endgültige Lösungen gefeilscht werden, vielmehr sollen zunächst Optionen entwickelt werden. Damit sind diejenigen Einigungsmöglichkeiten gemeint, die zwischen den Parteien überhaupt erzielt werden können. Erst nachdem eine Vielzahl von Optionen gesammelt wurde – sozusagen im Wege des brainstorming – soll darüber verhandelt werden, welche Option nun die für beide Parteien die beste Lösungsmöglichkeit darstellt.

3. Dabei soll die Entscheidung weniger durch ein freies Spiel der Kräfte herbeigeführt werden, als vielmehr durch Anwendung objektiver Standards. Die Entscheidung zwischen der Vielzahl der Optionen soll also anhand von objektiven Kriterien, wie etwa Marktpreis, bisherige Übung, Präzedenzfälle, Gleichbehandlung oder gesetzlich vorgeschlagene Lösungen erfolgen. Damit soll ein Wettbewerb der Egos vermieden und eine sachgerechte, intelligente Lösung erzielt werden.

4. Das Konzept des vernünftigen Verhandels, wie vorstehend umrissen, wird in der Tendenz dazu führen, dass beide Seiten mit den Ergebnis relativ zufrieden sind. Daraus folgt, dass Verhandeln nach diesen Richtlinien vor allem dann besonders ratsam ist, wenn zwischen den Beteiligten eine dauernde Beziehung besteht und diese auch fortgeführt werden soll.

Wer mit einem Geschäftspartner nur einmal verhandelt, muss unter reinen Effektivitätsgesichtspunkten nicht unbedingt offen und vernünftig in dem vorstehenden Sinne verhandeln. Wer als Privatmann einen Gebrauchtwagen verkauft, kann die andere Seite durchaus mit einer kompetitiven Verhandlungsstrategie über den Tisch ziehen, ohne dass ihm dies schadet.

In den meisten geschäftlichen und privaten Verhandlungen ist ein Ergebnis jedoch nur dann gut, wenn es eine bereits bestehende, dauernde Beziehung fortführt und stärkt. Wer kämpferisch verhandelt und moralisch fragwürdige Verhandlungstricks verwendet, schädigt sich dann langfristig. Wer offen über Interessen und Lösungsmöglichkeiten redet, wird in der Tendenz mit seinem Gegenüber eine gute Beziehung aufrechterhalten können.

Die meisten Menschen verstehen dies intuitiv und verhandeln dann etwas kompetitiver, wenn sie mit ihrem Gegenüber künftig nichts mehr zu tun haben werden (und auch ihr Ruf nicht auf dem Spiel steht), während sie dann etwas kooperativer verhandeln, wenn es gilt, eine gute Beziehung zu ihrem Gegenüber aufrecht zu erhalten.

## II. Einordnung

Das vorstehende Konzept hat erhebliche Vorteile für sich:

Der Teamgedanke und die Idee, dass Verhandeln eine Art der Problemlösung sein kann, mag den Parteien erlauben, von einem Gegeneinander zu einem Miteinander überzugehen. Dass dazu die Interessen beider Seiten offenbart werden müssen und das Ergebnis möglichst an objektiven Standards orientieren werden sollte, leuchtet unmittelbar ein.

Gleichwohl kann auch Kritisches angemerkt werden: Zum einen kann die nach dem vorstehenden Ansatz verlangte Offenheit missbraucht werden. Wer seine Interessen offen legt, wird häufig zugleich seine Alternativen zu einer Einigung bekannt geben müssen. Der Verhandlungspartner kann erkennen, wie dringend und zu welchen Bedingungen sich sein Gegenüber einigen muss. Informationen über die Situation der anderen Seite verschaffen einen erheblichen Vorteil in der Verhandlung. Wer einen kooperativen, offenen Verhandlungsstil pflegt, läuft Gefahr von einem kompetitiven Gegenüber überverteilt zu werden.

Es ist hier ein Spannungsverhältnis angesprochen, das einer eindeutigen Lösung nicht zugeführt werden kann. Wer kooperativ Informationen und Interessen offenbart, läuft Gefahr eben deshalb über den Tisch gezogen zu werden. Wer jedoch kompetitiv keinerlei Informationen und Interessen offenbart, nimmt in Kauf, dass Kooperationsgewinne zum Schaden beider Parteien nicht genutzt werden.

Die zweite Schwäche des kooperativen Verhandlungsmodells besteht darin, dass es kaum jemandem gelingt, in der Realität konzeptgemäß zu verhandeln. Selbst in Kursen zu Verhandlungstechniken, welche den vorstehenden kooperativen Ansatz favorisieren und lehren, muss beobachtet werden, dass sich die tatsächlichen Verhandlungen aus einer bunten Mischung von kooperativen, kompetitiven und vor allem irrationalen Elementen zusammensetzen. Eröffnet man die Verhandlung über den Kaufpreis eines Grundstückes mit den Worten »Lassen Sie uns nicht über Positionen sprechen, sondern lassen Sie uns offen über unsere Interessen problemlösend nachdenken«, so wird man allenfalls einen humoristischen, jedoch keinen verhandlungstechnischen Erfolg erzielen.

## D. Realitätsnahes Konzept

### I. Debatte – vorläufige Positionen – Einigungsvorschlag

Nach dieser, hier mit dem Begriff »realitätsnahes Konzept« versehenen Herangehensweise, läuft eine typische Verhandlung etwa folgendermaßen ab:

Zunächst wird zwischen den Parteien kommuniziert, es findet eine Debatte statt, die in der Regel den zeitlich größten Anteil am Verhandlungsgeschehen einnimmt. Dabei wird über die Möglichkeit einer Einigung gesprochen und es werden die jeweiligen Sichtweisen ausgetauscht und diskutiert. Sodann äußern beide Seiten ihre Vorstellung davon, wie eine Einigung aussehen könnte, sie formulieren vorläufige Positionen. Erst im Anschluss an eine erneute Debatte kommt es zu tatsächlichen Einigungsvorschlägen, d. h. erst dann wird formuliert, wie die Einigung konkret und im Einzelnen aussehen könnte. Im Anschluss an einen solchen einseitigen Einigungsvorschlag kann es dann noch zu einer Verhandlung zwischen den Parteien über die letzten Einzelheiten kommen. Eine verbleibende Lücke wird im Wege des Feilschens oder – seltener – auf der Basis der Interessen, also kooperativ verhandelnd, überbrückt.

Das Konzept unterscheidet sich von dem eingangs geschilderten kämpferischen Modell darin, dass einerseits Positionen genannt werden, andererseits diese aber in einem gewissen Rahmen zur Disposition gestellt werden. Jede Seite äußert, wie sie sich eine Einigung vorgestellt hat, ist sich jedoch durchaus bewusst, dass diese nicht unbedingt mit der späteren tatsächlichen Einigung übereinstimmen wird.

Die zunächst genannten, vorläufigen Positionen werden einander angenähert, wobei die Debatte nicht nur aus bloßem Feilschen bestehen muss, vielmehr auch objektive Standards und Interessen beinhalten wird. Fortschritte im Verhandlungsprozess werden über das gegenseitige Signalisieren einer Einigungsbereitschaft erreicht. Ein Signal in diesem Sinn besteht darin, dass eine Person andeutet, es sei ein Potenzial für eine Bewegung in der Position vorhanden ist, ohne sich jedoch hierauf wirklich festzulegen. Ein Signal liegt zum Beispiel vor, wenn eine Partei die Formulierung »Ein solcher Preisnachlass ist völlig unmöglich.« zu »Es würde mir sehr schwer fallen, einen solchen Preisnachlass der Geschäfts-

führung zu erklären.« verändert. Erst wenn die andere Seite ebenso Signale sendet, welche ein graduelles Nachgeben möglich erscheinen lassen (»Würde Ihnen das der Geschäftsführung gegenüber leichter fallen, wenn wir einen längerfristigen Vertrag abschließen?«), erfolgt die tatsächliche Annäherung der Positionen. Signale dieser und anderer Art lassen eine versteckte Kommunikation darüber zu, wie verhandelt wird. Die Parteien verhandeln – i. d. R. zwischen den Zeilen – darüber, wie verhandelt wird: eher kooperativ oder eher kompetitiv?

## II. Einordnung

Das zuletzt genannte Modell beschäftigt sich mehr mit der Frage, wie tatsächlich verhandelt wird, als mit der Frage, wie verhandelt werden sollte. Der Versuch, ein bestimmtes Verhandlungskonzept beim Gegenüber durchzusetzen, unterbleibt. Es handelt sich letztlich um eine Strategie, auf deren Basis sich der Einzelne je nach Situation zwischen der zuerst genannten kämpferischen Verhandlungstechnik und dem idealen Problemlösungsverfahren des rein kooperativen Verhandeln einordnet. Der Verhandler wird je nach Verhandlungsgegenstand, Art der Beziehung zu seinem Gegenüber und vor allem nach dem Verhalten der anderen Seite und im Blick auf den eigenen Vorteil (seine Interessen mithin) frei entscheiden, ob und inwieweit er kooperativ, kompetitiv oder überhaupt verhandelt. Häufig wird es zu einem nicht explizit angesprochenen Tausch von Verhandlungsstilen kommen: Jeder verhandelt insoweit kooperativ, als er die andere Seite als kooperativ verhandelnd wahrnimmt. Das Verhandlungsgeschehen beginnt mit einem gegenseitigen Abtasten, das auch dazu dient, zu erkunden, mit welcher Strategie der andere die Verhandlung führen wird.

**Literaturhinweise:** R. Fisher/W. Ury/B. Patton, *Getting to Yes*, 1991; F. Haft, *Verhandlung und Mediation*, 2. Aufl. 2000, S. 97 ff.; G. Kennedy, *The New Negotiating Edge*, 1998; R. Lebow, *The Art of Bargaining*, 1996.

# Verhandeln mit Vertretern

Von Notarassessor Dr. Lorenz Bilow, München

## A. Einführung

Verhandeln und Vermitteln sind Kernbestandteile der notariellen Tätigkeit: Der Notar hat den Willen der Beteiligten zu erforschen und den Sachverhalt zu klären. Über die Verhandlung muss sodann eine Niederschrift aufgenommen werden, in der die Erklärungen der Beteiligten klar und unzweideutig wiedergegeben werden.

Während in vielen Fällen die Beteiligten oder einer von ihnen den Notar auf Grundlage der mitgeteilten Informationen über Vertragsgegenstand und Vertragsbedingungen mit der Erstellung eines Vertragsentwurfes beauftragen, auf Grundlage dessen die Vertragsteile selbständig eine Einigung erzielen, ist der Notar oft auch in der »heißen Phase« der Vertragsverhandlungen als Berater und Vermittler gefragt: Sei es, dass die Beteiligten vor dem Hintergrund der Hinweise und Erläuterungen des Notars feststellen, dass bezüglich einzelner rege-

lungsbedürftiger Fragen noch keine Einigkeit besteht oder dass ein Beteiligter in der Verhandlung vor dem Notar Forderungen nachschiebt, die vorher nicht erhoben worden waren. Auch das gezielte Ersuchen um Rat in einer streitigen Angelegenheit – bspw. im Rahmen einer Erbaueinandersetzung – fordert den Notar oft als neutralen und kompetenten Berater heraus.

Das neue Schlichtungsrecht nimmt die Notare nochmals verstärkt als Verhandlungsleiter und Vermittler in die Pflicht. Noch häufiger wird der Notar künftig mit Beteiligten verhandeln, die bereits entschlossen sind, zur Lösung eines Konflikts gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Die Aussichten, in der vom Schlichtungsrecht vorgesehenen Verhandlung mit den Beteiligten eine Lösung zu erarbeiten, sind hierbei durchaus günstig. Dies zum einen deshalb, weil die Beteiligten durch ihr letztlich freiwilliges Erscheinen zum Schlichtungstermin ihre grundsätzliche Bereitschaft zur außergerichtli-

chen Einigung signalisiert haben. Zum anderen deshalb, weil der Notar aufgrund seiner Erfahrung und Übung im Verhandeln und Vermitteln sowie in der Formulierung durchdachter Vereinbarungen rasch eine befriedende Vereinbarung zu fixieren in der Lage ist.

Der vorliegende Kurzbeitrag will in knapper und praktisch verwertbarer Form die Besonderheiten einer Verhandlung beleuchten, an der Vertreter teilnehmen. Dabei ist nicht beabsichtigt, eine völlig neue Sicht und Bewertung solcher Verhandlungen zu finden; ebenso sind Fragen der zivil- und berufsrechtlichen Bestimmungen über Stellvertretung im Rahmen des notariellen Beurkundungsverfahrens nicht Gegenstand der Betrachtung. Es sollen lediglich einige kommunikationstechnische Hintergründe und Mechanismen bewusst gemacht werden.

## B. Verhandeln mit Vertretern

Stellvertretung im Rechtssinne liegt vor, wenn eine Willenserklärung im Namen eines Dritten, also eines nicht handelnden Beteiligten, von einer mit gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht versehenen Person abgegeben und entgegengenommen werden. Ob Vertretung ohne Vertretungsmacht vorbehaltlich nachträglicher Genehmigung im Bereich der streitigen oder schlichtenden Verhandlung zu empfehlen ist, muss im Einzelfall abgewogen werden. In der Regel sollte auf das persönliche Erscheinen der Beteiligten bestanden werden, weil Schlichtung und Vermittlung nachhaltige Streitbeilegung zum Ziel haben und z.B. im Falle persönlicher Auseinandersetzungen wie Ehrverletzungsstreitigkeiten ein greifbares und befriedendes Ergebnis auf diesem Wege kaum zu erzielen sein dürfte. In anderen Fällen kann eine Einigung vorbehaltlich Genehmigung oder unter Rücktrittsvorbehalt, wie in der Praxis des gerichtlichen Vergleiches verbreitet, den Weg zur Einigung aber auch erst ebnen.

Kommunikationstheoretisch betrachtet ist jedes Verhandeln in fremder Angelegenheit ein Fall der Vertretung. Erfasst wird damit auch organschaftliches Handeln im (mittelbaren) Interesse der Mitglieder oder anderer Organe einer Körperschaft, Sach- oder Personenmehrheit. Dieser weite Begriff der Vertretung ist Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

### I. Verhandeln unter Abwesenheit des vertretenen Beteiligten

#### 1. Kleine Theorie der Vertretung

Typischerweise bestehen für Vertreter drei Paare unvereinbarer Verhaltensalternativen:

- das Vertrauensdilemma
- das Transformationsdilemma
- das Flexibilitätsdilemma

Da im Regelfall einzelne Handlungen des Vertreters im Außenverhältnis sowohl übereinstimmende Interessen von Auftraggeber und Vertreter, ebenso gut aber auch einseitig Interessen nur des Auftraggebers oder nur des Vertreters zu fördern geeignet sein können, kann der Vertreter im Einzelfall seine Kontrolle über den Gang der Verhandlung auch zum Nachteil seines Auftraggebers missbrauchen, um für sich selbst Vorteile zu erzielen (zum untreuen Vertreter vgl. die Ausführungen unten zum »principal-agent Problem«). Das *Vertrauensdilemma* besteht darin, dass ein Vertreter, der das volle Vertrauen des Auftraggebers genießt, einerseits aufgrund der ihm eingeräumten Verhandlungsfreiheit am ehesten

in der Lage ist, eine für seinen Auftraggeber günstige Vereinbarung zu erzielen, er andererseits aber, je mehr er sich um eine günstige Vereinbarung bemüht, desto schwerer seinem Auftraggeber vermitteln kann, dass seine Bemühungen tatsächlich in dessen Interesse sind.

Ist der Vertreter beauftragt, die Vorgaben seines Auftraggebers genauestens umzusetzen und nicht ermächtigt, diese Vorgaben den äußeren Bedingungen und dem Gang der Verhandlung anzupassen, so kann er auf der einen Seite gegenüber dem Verhandlungspartner unter Berufung auf seinen imperativen Auftrag stark und seinerseits vor Angriffen geschützt argumentieren (»mir sind die Hände gebunden«); andererseits besteht die Gefahr, dass er keine oder eine nur suboptimale Einigung erreicht, weil er seinen Auftrag umsetzen und daher einzelne Gemeinsamkeiten und Chancen zur Erzielung von Kooperationsgewinnen (joint values) ungenutzt lassen muss. Das *Transformationsdilemma* besteht darin, dass der Vertreter, der die ihm gemachten Vorgaben der Verhandlungssituation im Sinne einer günstigen Einigung anpasst, erheblichem Druck nicht nur seitens des Verhandlungspartners ausgesetzt ist, der seine Position aufzuweichen versucht, sondern auch seitens seines Auftraggebers, der ihn für die Bedingungen der erzielten Einigung verantwortlich machen wird.

Eine vom Vertreter verhandelte Einigung setzt sich genau betrachtet immer aus zwei Einigungen zusammen – eine im Außenverhältnis zwischen den Verhandlungspartnern und eine im Innenverhältnis zwischen Auftraggeber und Vertreter. Der Vertreter benötigt einerseits im Innenverhältnis eine ausreichend ausgeprägte Bindung um die von ihm vertretenen Interessen zu verinnerlichen und gegen Spaltungsversuche des Verhandlungsgegners gewappnet zu sein. Andererseits beeinträchtigen feste und klar ausgerichtete Vereinbarungen im Innenverhältnis die Flexibilität des Vertreters bei der Verhandlung auf Kosten der Nutzung von Gemeinsamkeiten und Chancen zur Erzielung von Kooperationsgewinnen: Das *Flexibilitätsdilemma*.

Neben die vorstehend geschilderten drei Verhaltenskonflikte tritt schließlich das klassische Problem der Vertretung, das in der amerikanischen Literatur als *principal-agent-Problem* bezeichnet wird. Es beschreibt eine Konstellation, in welcher der Vertreter in unzulässiger Weise auf Kosten seines Auftraggebers eigene Interessen verfolgt, sich also untreu verhält. Die Kernaussage der principal-agent Literatur besteht darin, dass es dem Auftraggeber unmöglich sei, das Auftragsverhältnis strukturell so zu gestalten, dass erstens die Interessen des Vertreters mit seinen eigenen exakt gleichgerichtet sind und dass er zweitens die volle Kontrolle über das Verhalten des Vertreters in der Verhandlung hat, weil der Vertreter stets Zugang zu Informationen habe, die dem Auftraggeber verschlossen blieben. Das Auseinanderfallen der Interessen von Auftraggeber und Vertreter ist demnach der Grund für ein unvermeidliches Informations- und Kontrollproblem.

#### 2. Verdeckte Interessen des Vertreters

Im Hinblick auf das principal-agent-Problem ist es zweckmäßig, sich darüber Gedanken zu machen, welche eigenen Interessen ein Vertreter in der Verhandlung verfolgen mag – Interessen, die selten offen gelegt werden dürften: verdeckte Eigeninteressen.

Der Vertreter wird zunächst daran interessiert sein, seinem Auftraggeber nach der Rückkehr aus der Verhandlung einen Erfolg präsentieren zu können. Ein Erfolg in der Verhandlung kann für den Auftraggeber dabei nur in einer Einigung liegen,

weil ohne Einigung das von ihm erstrebte Ziel nur durch eine Fortsetzung des Streits, ggf. auf dem Rechtsweg, erreicht werden kann.

Was hier aus Sicht des Verhandlungsleiters und Vermittlers als für die Verhandlung förderlich erscheinen mag, ist zugleich aber auch eine Gefahr für die Einigung. Denn je größer der erregene Sieg, je vollkommener also die Ziele des Auftraggebers in der Einigung verwirklicht sind, desto besser kann der Vertreter dem Auftraggeber das Ergebnis präsentieren – hierin tritt erneut das Flexibilitätsdilemma zutage. Der ehrgeizig die Ziele des Auftraggebers verfolgende und damit »hart« verhandelnde Vertreter verkleinert aber tendenziell den Einigungsspielraum, die so genannte ZOPA (zone of possible agreement = die Schnittfläche der aus Sicht beider Seiten akzeptablen Einigungsalternativen). Die Idee der ZOPA geht auf die Überlegung zurück, dass die Verhandlung ein willensgesteuerter Prozess ist, in welchem eine Einigung dann zustande kommt, wenn eine Lösung gefunden wird, die von beiden Beteiligten gegenüber einer Nichteinigung vorzuziehen ist. Überschneiden sich die Bereiche der von beiden Seiten einer Nichteinigung vorzuziehenden Möglichkeiten nicht oder wird die Überschneidung in der Verhandlung nicht gefunden, so kommt es zu keiner Einigung: NOPA (no possible agreement). Da die Einigung sonach nur innerhalb der ZOPA möglich ist, verkleinert der hart verhandelnde Vertreter mit der ZOPA zugleich die Chance einer Einigung.

Der Vertreter kann schließlich überhaupt in die eine oder andere Richtung ein verdecktes Interesse an einer Einigung oder der Fortsetzung des Streits zwischen den Beteiligten haben. Im Einzelfall mag der Vertreter zu befürchten haben, dass die Beteiligten im Falle einer Einigung auf Kosten seiner Interessen eine Koalition gegen ihn eingehen, so dass er sie im Streit zu seinem Vorteil geschwächt sieht. Von einer Fortsetzung des Streits mag er ferner finanziellen Vorteile erwarten, so z. B. wenn er für dessen Führung bezahlt wird. Die Fortsetzung des Streits kann dem Vertreter aber ebenso gut lästig sein, wenn er sich davon einen hohen Arbeitsaufwand bei einer verhältnismäßig dürftigen Vergütung erwartet.

### 3. Insbesondere der anwaltliche Vertreter

In der Schlichtungs- und Beurkundungsverhandlung wird der Notar am häufigsten auf anwaltliche Vertreter treffen. Dies kann sich auf die Verhandlungssituation in zweierlei Hinsicht günstig auswirken: Erstens muss der anwaltliche Vertreter mit dem Notar anstelle eines Anwaltskollegen als Vermittler nicht fürchten, seinen Mandanten an den Vermittler zu verlieren; er kann daher dem Vermittler mit einer positiven Grundhaltung entgegentreten. Zweitens bietet die Mitwirkung des Rechtsanwalts die Möglichkeit zu einer Verhandlung auf hohem sachlichen Niveau, im Rahmen derer unrealistische Erwartungen der Beteiligten leichter gedämpft werden können.

Nicht entgehen kann auch der anwaltliche Vertreter dem Vertrauensdilemma. Er steht in der Verhandlungssituation unter dem Erwartungsdruck seines Mandanten, den er u.U. selbst durch Versprechungen hervorgerufen hat. Um sich das Vertrauen seines Mandanten zu erhalten, muss er also Verhandlungserfolge vorweisen. Ein von den in Aussicht gestellten Zielen negativ abweichendes Verhandlungsergebnis ist hier – anders als im gerichtlichen Rechtsstreit – auch nicht durch Berufung auf die mangelnde Einsicht des Spruchkörpers oder die Dürftigkeit der Beweislage zu rechtfertigen. Im Einzelfall kann es daher für den Vertreter günstig sein, die Chance einer an sich vernünftigen Einigung auf dem Verhandlungswege verstreichen zu lassen – sei es, weil er sich verspricht, in der

gerichtlichen Auseinandersetzung dem Ziel näher zu kommen, sei es, weil er eine vor Gericht dennoch erlittene Niederlage besser »verkaufen« zu können hofft. Der Rechtsanwalt schätzt also möglicherweise Chancen und Risiken einer unterbliebenen Einigung (sog. BATNA = best alternative to a negotiated agreement) anders ein, als der Mandant selbst es würde. Die Bereitschaft des Rechtsanwalts zur Einigung wird demgegenüber desto größer sein, je besser deren Inhalt auch seine eigenen vorgenannten Anforderungen erfüllt.

Auch das klassische principal-agent-Problem findet im Verhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt seine Entsprechung. Der fachlich-juristische Wissensvorsprung des Rechtsanwalts, verstärkt durch seinen Informationsvorsprung über den Gang der Verhandlung, macht die Leistung des Rechtsanwalts für den Mandanten unüberprüfbar. Ob eine Streitbeilegung auf dem Verhandlungswege die für den Rechtsanwalt attraktivere Vorgehensweise ist, ist möglicherweise auch eine ökonomische und damit eine Frage der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung. Diese honoriert den außergerichtlichen Vergleich mit einer 15/10 Gebühr aus dem vollen Streitwert. Wenn diese Gebühr für den anwaltlichen Vertreter unter Berücksichtigung des von einem gerichtlichen Verfahren zu erwartenden Arbeitsaufwands günstig erscheint, mag dies seine Einigungsbereitschaft stärken.

Weniger dürfte sich auf eine Verhandlung unter Beteiligung von anwaltlichen Vertretern das Transformationsdilemma auswirken, weil Berufsrecht und Berufsethos des Anwaltsstandes die Annahme eines imperativen Mandates verbieten; der Rechtsanwalt ist unabhängiges Organ der Rechtspflege. Dennoch ist zu berücksichtigen, dass Vorgaben des Mandanten den Verhandlungsspielraum des Rechtsanwalts einengen können und die Behauptung solcher Vorgaben verhandlungstaktisch durchaus genutzt werden kann.

Das Flexibilitätsdilemma schließlich kann die Aussichten auf eine Einigung auch bei anwaltlicher Vertretung deutlich einschränken. Verhandeln mit Vertretern geht aufgrund des Flexibilitätsdilemmas tendenziell auf Kosten der ZOPA. Eine Chance des Beurkundungs- wie des Schlichtungsverfahrens liegt aber gerade darin, dass hier gegenüber der streitgegenstandsbezogenen gerichtlichen Auseinandersetzung die Entwicklung von Optionen zur Erzielung von Kooperationsgewinnen erleichtert ist. Der Gegenstand der Verhandlung und damit die Größe des zu verteilenden »Kuchens« steht hier während des gesamten Verfahrens zur Disposition der Beteiligten. In jedem Verfahrensstand können die Beteiligten daher den Streitgegenstand ausweiten, um Einigungsoptionen bspw. durch tauschweise Zugeständnisse zu finden – sie können die ZOPA vergrößern. Diese Möglichkeit besteht im auf die richterliche Urteilsfindung ausgerichteten Zivilprozess – vom gerichtlichen Vergleich abgesehen – nicht ohne Weiteres. Da der Mandant über seine vielfältigen Interessen und Wünsche i.d.R. besser informiert sein dürfte als sein Rechtsanwalt, bleiben verborgene Lösungen in der Vertreterverhandlung leicht unentdeckt. In dieser Schwäche der Vertreterverhandlung liegt freilich zugleich eine ihrer Stärken: Sie ermöglicht potentiell eine offenere und entspanntere Verhandlungsatmosphäre, in der u.U. von den unmittelbar Beteiligten bisher nicht erkannte Optionen zur Gestaltung einer Einigung auftauchen können. Auch können mit dem Rechtsanwalt aufgrund dessen Streit- und Einigungserfahrung Lösungen entwickelt werden, auf die die Beteiligten selbst nicht gekommen wären und damit die ZOPA sogar vergrößert werden: So wäre es denkbar, dass der Rechtsanwalt in einer Streitigkeit über Sachmängelgewährleistung zur Aufbesserung eines Nachbesserungsange-

botes die zusätzliche Abgabe eines selbständigen Garantieversprechens vorschlägt.

#### 4. Taktischer Einsatz von Vertretern

Der Einsatz eines Vertreters in der Verhandlung kann von Seiten des vertretenen Beteiligten aus verschiedenen Gründen erfolgen. Oft bspw. wird dem anwaltlichen Vertreter bereits das Mandat zur streitigen Durchsetzung erhobener Ansprüche erteilt worden sein; in diesem Fall wird auch das Schlichtungsverfahren als Vorschaltverfahren i.d.R. in den Händen des Rechtsanwalts liegen.

Ein Vertreter kann aber auch zur Erzielung verhandlungstaktischer und strategischer Vorteile eingesetzt werden. Dabei ist davon auszugehen, dass der Einsatz von Taktiken und Strategien den Einigungsprozess innerhalb des für eine Beurkundung oder Schlichtung zur Verfügung stehenden zeitlichen Rahmens erschwert und damit aus Sicht des Verhandlungsleiters als nicht wünschenswert erscheint.

Der Vertreter, der bspw. in der Schlussphase der Verhandlung (neudeutsch: closing), zu einem Zeitpunkt, in dem eine Einigung schon zum Greifen nahe ist, die Deckung des bislang gefundenen Ergebnisses durch seinen Auftrag in Frage stellt, kann auf dem erreichten Niveau eine neue Verhandlungsrunde eröffnen und so das Transformationsdilemma für seine Zwecke nutzbar machen. Diese Taktik bietet sich für die Beteiligten z. B. in einer Verhandlung an, in der von zwei beteiligten Ehegatten nur einer erscheint, der zugleich als Beteiligter und Vertreter verhandelt, eine Vereinbarung aber nur mit Einverständnis des anderen Ehepartners schließen kann. Für den Verhandlungsleiter ist sie leicht zu untergraben, indem er zu Beginn der Verhandlung im getrennten Gespräch mit jedem Verhandlungsteil die Kompetenzen des Vertreters abfragt und festhält. In dieser Besprechung wird auch zu erörtern sein, ob im Falle einer zu engen Definition des Verhandlungsauftrages die Verhandlung mit dem Vertreter nicht unzweckmäßig oder gar aussichtslos erscheint, weil ein wichtiges Instrument zur Erzielung einer Einigung – die Möglichkeit zur Vergrößerung des »Kuchens« – fehlt.

Den taktischen Einsatz eines besonders kompetenten, angesehenen oder aggressiven Vertreters zur Erreichung eines strukturellen Vorsprungs gegenüber dem anderen Teil muss der Notar als Vermittler durch geeignete Hinweise neutralisieren, da er verpflichtet ist, den unerfahrenen und ungewandten Beteiligten vor einer Benachteiligung zu schützen.

## II. Verhandeln mit Vertreter und Vertretenem (Delegationenverhandlung)

Unterschiede zum Verhandeln über den Vertreter weist das Verhandeln mit einem Beteiligten unter gleichzeitiger Mitwirkung eines Vertreters auf. Diese Verhandlung wird in der Verhandlungsliteratur auch als Delegationenverhandlung bezeichnet, da hier für zumindest eine Seite eine Delegation auftritt. Stellvertretung im Rechtssinne liegt bei der Delegationenverhandlung i. d. R. nicht vor, weil die eigentlichen Willenserklärungen vom Beteiligten selbst abgegeben werden. Der Vertreter ist hier »bloßer« Interessenvertreter und Hilfe bei der internen Willensbildung des Beteiligten.

### 1. Allgemeine Vertretungsprobleme

Vertrauens-, Transformations- und Flexibilitätsdilemma stellen sich daher bei der Verhandlung in Anwesenheit des vertretenen Beteiligten nicht. Dieser kann in jedem Verhandlungsstadium auf seinen Vertreter einwirken.

Das principal-agent-Problem dagegen wirkt in der Verhandlung mit Vertreter und Beteiligtem im Hintergrund. Der Vertreter wird unter den Augen seines Auftraggebers kaum erkennbar eine interessengerechte Einigung ablehnen und stattdessen zu seinem Vorteil eine für den Auftraggeber weniger günstige Einigung anstreben oder die Verhandlung gar scheitern lassen. Denkbar ist jedoch auch hier, dass der Vertreter verdeckt eigene Interessen verfolgt. Wie oben dargelegt, verkleinert etwa der »hart« verhandelnde Vertreter die ZOPA und verringert damit die Chance für eine Einigung. Ein entsprechendes Verhalten mag der Auftraggeber jedoch als besonderen Einsatz für seine Sache missdeuten.

### 2. Besonderheiten

Bei der Delegationenverhandlung hat der Verhandlungsleiter besonders auf die Waffengleichheit der Beteiligten zu achten. Steht in einer Verhandlung einem einzelnen Beteiligten auf der Gegenseite – möglicherweise für ihn überraschend – eine ganze Mannschaft von Spezialisten (z.B. Ingenieure, Vertragsjuristen, Manager) gegenüber, so ist zu überlegen, ob nicht der vertretene Teil aufgefordert werden muss, während der Verhandlung bis auf einen Vertreter auf die Übrigen zu verzichten. Es liegt auf der Hand, dass die stark vertretene Gegenseite ihre »manpower« in der Verhandlung nutzen würde, um sich gegenseitig die Bälle zuzuspielen.

Auch die Rollenverteilung ist bei der Delegationenverhandlung in einem Gespräch vor der Verhandlung festzulegen und vom Verhandlungsleiter dauern zu überwachen.

Treten auf einer Seite ein Verhandlungsteilnehmer und eine besondere Persönlichkeit, z.B. ein angesehener Berater auf, so besteht z. B. die Gefahr, dass Letzterer aufgrund seiner sozialen Stellung sich zum Schiedsrichter über die gesamte Verhandlung aufschwingt. Es ist daher schon vor der eigentlichen Verhandlung zu klären, dass die Verhandlungsleitung in der Hand des Vermittlers und nicht des Beraters liegt.

Die Rollenverteilung kann von einer Seite auch in unfairer Weise zur Manipulation genutzt werden. Aus amerikanischen Spielfilmen ist man mit dem Polizeiverhör nach dem System »Guter Polizist – böser Polizist« vertraut: Während der böse Polizist sich aufbrausend, physisch drohend und auch handgreiflich aufführt, hält ihn der gute Polizist zurück. Im Laufe des Verhörs schwinden die Kräfte des guten Polizisten zusehens, bis er dem Beschuldigten zu einem Geständnis rät, weil er den bösen Polizisten nicht mehr länger zurückhalten könne. Der Beschuldigte erkennt nicht, dass sein eigentlicher Feind der gute Polizist ist.

Diese Manipulation kann in der Verhandlung dadurch genutzt werden, dass ein Teil der Delegation Maximalforderungen erhebt, während der andere Teil nachgiebig auftritt. Mit großer Mühe bewegt der Nachgiebige (guter Polizist) den Maximalisten (böser Polizist) zu einem Zugeständnis und fordert sodann hierfür vom Verhandlungspartner eine Gegenleistung – und zwar nicht für die (ohnehin nur scheinbare) Konzession, sondern für die Mühe, die ihn sein Einwirken auf den Maximalisten gekostet hat.

Manipulation kann bei der Delegationenverhandlung auch durch die Ausnutzung sozialer Verhaltensprogramme erfolgen. So besteht ein Verhaltensprogramm, dass der Rat sympathischer Leute zu befolgen sei. Es beruht auf der Erfahrung, dass ein sympathischer Mensch es i.d.R. gut mit einem meint. Manipulativ lässt sich dieses Programm ausnutzen, indem der Vertreter sich bemüht, als Freund und Wahrer der Interessen der Gegenseite zu erscheinen.

Vorstehend wurde bei der Frage der Rollenverteilung auch bereits eine weitere Form der Manipulation angesprochen, das Problem der Ausnutzung von Autorität. Hier missbraucht der Manipulateur ein Verhaltensprogramm, wonach Fachleute mehr Wissen als Laien besitzen und somit ihre Anweisungen zu befolgen seien. In der Verhandlung kann Autorität durch die besondere Kompetenz des Vertreters beansprucht werden, der besser als der andere Verhandlungsteil wisse, was in der gegebenen Situation geraten sei.

### C. Schlussbemerkung

Der Verhandlungsleiter und Vermittler steht bei der Verhandlung mit Vertretern vor der Aufgabe, die Beteiligten bei der Suche nach einer für beide einer Nichteinigung vorzuziehenden Lösung zu unterstützen, die zugleich für den oder die Ver-

treter akzeptabel ist. Die Mitwirkung von Vertretern verkompliziert damit den Verhandlungsprozess. Berücksichtigt der Vermittler einige dahinter liegenden Zusammenhänge, so kann die Vertreterverhandlung unter Nutzung der Interessen, Fähigkeiten und Phantasie der Vertreter aber auch besonders produktiv verlaufen. Hilfreich ist es dabei in jedem Fall, der eigentlichen Sachverhandlung eine Rahmenverhandlung vorzuschicken. In dieser sind im Falle der Vertreterverhandlung die Kompetenzen der Vertreter festzuhalten und Spielregeln für die Vertreter zu vereinbaren.

**Literaturhinweise:** *Haft, Fritjof*: Verhandlung und Mediation München, 2. Auflage 2000

*Mnookin, Robert H.; Susskind, Lawrence E.* (Hrsg.): Negotiating on Behalf of Others, Thousand Oaks, USA/Kalifornien 1999

---

## BUCHBESPRECHUNGEN

---

### **Blank, Manfred, Bauträgervertrag, RWS-Vertragskommentar 1, Köln 2000, (RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH), 254 S., 98,- DM**

Die Reihe RWS-Vertragskommentar versucht eine neuartige Verknüpfung der Erläuterungen mit den Vertragsklauseln des Bauträgervertrages. Enthalten sind die Muster eines Bauträgervertrages für ein noch nicht fertiggestelltes Wohnungseigentum (Rdnr. 12 ff.), ein teilweise fertig gestelltes Wohnungseigentum (Rdnr. 259 ff.), ein fertig gestelltes Wohnungseigentum (Rdnr. 286 ff.), ein Wohnungseigentum unter Geltung des InvZulG 1999 (Rdnr. 343), ein Wohnungserbbau-recht (Rdnr. 376 ff.), ein Einzelhaus (Rdnr. 458 ff.) und ein Ausbauhaus (Rdnr. 543 ff.) sowie ein Generalübernehmermodell (Rdnr. 577 ff.), ein Tausch mit dem Bauträger (Rdnr. 663 ff.), eine Altbausanierung/ein Dachgeschossausbau (Rdnr. 756 ff.), Vertretungsregelungen (Rdnr. 858 ff.), Angebot und Annahme (Rdnr. 895 ff.), ein Optionsvertrag (Rdnr. 941 ff.) und eine Nachbeurkundung beim nichtigen Vertrag (Rdnr. 958 ff.). Damit werden nahezu alle in der Praxis relevanten Fallgestaltungen abgehandelt. Ob statt einer Nachbeurkundung nicht besser die Probleme des gleichzeitigen Bauträgers und Erschließungsunternehmers abgehandelt worden wären (vgl. NotBZ 1997, 105), ist zumindest überlegenswert. Der Mustertausch mit dem Bauträger ist zudem idealtypisch; dass sich Leistung und Gegenleistung entsprechen, ist kaum praxisrelevant. Die Wohltat der Grunderwerbsteuererstattung gem. § 16 II GrErwStG wird zudem nicht mit der Rechtsprechung des BFH belegt (vgl. BFHE 118, 239).

In Kleinigkeiten kann man anderer Ansicht als der Autor sein: So bleibt unklar, wieso sich Mehrwertsteuererhöhungen, soweit zulässig, nicht auf die in der ersten Kaufpreisklausel enthaltenen Architektenleistungen und Erschließungskosten auswirken sollen (Rdnr. 26 f.). Mitunter werden Probleme, wie z. B. Baulasten (Rdnr. 46 ff.) und die Unzulässigkeit einer Vertragsanpassungsklausel (Rdnr. 67) erst durch die Erläuterungen deutlich (Rdnr. 192 u. 252). Mutig sind die Verfügung des Notars über die Auflassungsvormerkung des Käufers (Rdnr. 72) und die Aufnahme einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung trotz der obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. N. Rdnr. 339 sowie *Drasdo*, NZM 1999, 1 u. *Hertel*, ZNotP 1999, 3). Durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen haben sich zudem einige Änderungen ergeben. Auch unzulässige Fälligkeitszinsen (vgl. *Brambring* DNotZ 2000, 245/251) und Abnahmefiktionen (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 465) sind dadurch überholt. Aktualisierungen aufgrund des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen sind im Internet abrufbar. Auf die zu erwartenden Regelungen des § 27 a AGBG sollte der Verlag mit einem weiteren Nachtrag reagieren, um das Werk aktuell zu erhalten. Es stellt einen interessanten Neuanatz dar, das Recht des Bauträgerkaufs fundiert sowie hinsichtlich der Problemlösungen in sich schlüssig und praxisnah aufzuarbeiten.

Es handelt sich um ein Buch, das Lösungen anbietet und nicht nur Fragen stellt.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

**Dittmann/Reimann/Bengel: Testament & Erbvertrag, Handkommentar mit Gestaltungsvorschlägen für die kautelarjuristische Praxis, 3. Auflage, 2000, Luchterhand Verlag, Neuwied, 1184 Seiten, DM 198,-**

Der Verlag ließ die interessierten Leser lange auf die 3. Auflage des von *Ottmar Dittmann* begründeten Handkommentars mit Gestaltungsvorschlägen für die Praxis warten. Die Vorauflage lag bereits über 12 Jahre zurück, als die Neuauflage erstmals angekündigt wurde. Von da an vergingen nochmals fast zwei Jahre. Um es vorweg zu nehmen: Das Warten hat sich gelohnt!

Dem Vorwort zufolge hielten die Herausgeber eine Erweiterung des Autorenkreises für erforderlich, um mit der fortschreitenden Entwicklung im Erbrecht, der Zunahme an höchstrichterlicher Rechtsprechung und der steigenden Bedeutung internationaler und steuerrechtlicher Bezüge Schritt halten zu können. Verlag und Herausgebern ist es geglückt, entsprechend der kautelarjuristischen Ausrichtung des Werkes weitere prominente Autoren überwiegend aus dem notariellen Bereich zu gewinnen: Neben den Herausgebern *Prof. Dr. Wolfgang Reimann* und *Prof. Dr. Manfred Bengel* und *Dr. Peter Lichtenberger*, welche sich bereits als Autoren der Vorauflage verdient gemacht haben, ergänzen nun Rechtsanwalt und Notar *Dr. Reinhold Geck*, Notar a.D. *Dr. Peter Limmer*, Notar *Dr. Jörg Mayer* und Univ.-Prof. *Dr. Wolfgang Voit* den Kreis der Autoren.

Das Werk gliedert sich nunmehr in drei Teile: Den Anfang macht ein „Systematischer Teil“, welcher sämtliche für die Gestaltung einer Verfügung von Todes wegen relevanten Aspekte zusammenhängend darstellt. Diesem folgt ein Formularteil mit zahlreichen Checklisten und Musterformulierungen. Den dritten und abschließenden Teil bildet die Kommentierung der §§ 2229 – 2302 BGB und des Beurkundungsgesetzes, soweit dieses für die Erstellung einer Verfügung von Todes wegen von Bedeutung sein kann.

Der Systematische Teil folgt einem klaren Aufbau, ist übersichtlich gegliedert und ermöglicht dem Leser eine zügige Einarbeitung in die wichtigsten Fragestellungen bei der Gestaltung von Testamenten oder Erbverträgen.

Das von *Reimann* verfasste einleitende Kapitel behandelt die Grundlagen des Rechts der Verfügung von Todes wegen. Besonders instruktiv ist die detaillierte Darstellung der einzelnen Nachlassbestandteile und der Bestandteile etwaigen Sondervermögens, welches am Nachlass vorbei auf Sonderrechtsnachfolger übergeht. Anschließend stellt *Lichtenberger* in prägnanter Weise die Grundlagen des Internationalen Testaments- und Erbvertragsrechts dar und gibt einen stichwortartigen Überblick über die erbrechtlichen Bestimmungen ausgewählter Länder. Dem Bedürfnis des Praktikers nach kurzer und bündiger Beantwortung konkreter Fragestellungen wird hier in besonderer Weise Rechnung getragen. Die von *Geck* völlig überarbeitete Darstellung der Grundzüge des Erbschaftsteuerrechts und der einkommensteuerlichen Bezüge des Erbrechts ist inhaltlich vorbildlich gelungen. Sie beschränkt sich auf das Wesentliche und verzichtet auf überflüssiges Wiederholen des Gesetzestextes, wo dieser aus sich selbst heraus verständlich ist. Hervorzuheben ist insbesondere die Darstellung der Problematik rückwirkender Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft nach vorheriger Gütertrennung (Kap. C Rdnr. 57 ff.). Trotz der gebotenen Kürze wäre auf Grund der praktischen Relevanz eine Behandlung der einkommensteuerlichen Frage wünschenswert, wem die Einkünfte im Zeitraum zwischen Erbfall und Erfüllung der Ver-

mächtnis- oder Teilungsanordnung zuzurechnen sind. Das hierzu ergangene Urteil des BFH vom 14.5.2000 (MittBayNot 2000, 339) konnte noch nicht berücksichtigt werden; allerdings wäre ein Hinweis auf das Urteil des BFH v. 24.9.1991 (BStBl. 1992 II S. 330, 332) und das BMF-Schreiben vom 11.1.1993 (BStBl. 1993 I S. 62 Tz. 6) möglich gewesen. Die beiden von *Mayer*, *Bengel* und *Limmer* verfassten folgenden Kapitel bilden den Kern des Systematischen Teils: Die Ausführungen über allgemeine erbrechtliche Problemkreise beinhalten kaleidoskopartig insbesondere Fragen der Auslegung und deren Bedeutung für die Kautelarjurisprudenz, Grundzüge und ausgewählte Problemkreise des Pflichtteilsrechtes, behandeln Anwendungsbereich und Wirkungen des Zuwendungsverzichts in einzigartiger Ausführlichkeit, grenzen die Teilungsanordnung vom Vorausvermächtnis und Übernahmerecht ab und enthalten eine kurze übersichtliche Darstellung der Grundzüge des Stiftungsrechtes. Die anschließende Darstellung ausgewählter Fragen der materiellen Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen gewährt dem Leser u. a. Einblick in die jeweils besonderen Interessenlagen z. B. von älteren kinderlosen Ehegatten gegenüber der Testamentsgestaltung bei Überschuldung des vorgesehenen Erben oder bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Die Darstellung der Testiermöglichkeiten im sog. Unternehmertestament fehlt ebenso wenig wie Erörterungen zu Anwendungsbereich und Wirkung von Pflichtteilklauseln und Hinweise zur Gestaltung der Verfügung von Todes wegen bei behinderten Abkömmlingen. Prägnante Ausführungen zu erbrechtlichen Besonderheiten im Hinblick auf die neuen Bundesländer, Erbschaftsverträgen nach § 312 BGB und dem Schicksal von sog. Bankverfügungen, Lebensversicherungen und Bausparverträgen im Todesfall runden dieses Kapitel ab.

Der Systematische Teil lässt inhaltlich keine Wünsche offen. Allein aus Gründen der leichteren Lesbarkeit und des schnelleren Auffindens der einschlägigen Passagen wäre eine textliche Hervorhebung der jeweils behandelten Stichworte von Vorteil. Zudem ist die Handhabung durch eine Fehlnummerierung im Inhaltsverzeichnis und Sachregister ab Randnummer 176 in Kapitel E. erschwert. Die mittlerweile beigefügte Errata-Lieferung kann dieses Manko nur teilweise ausgleichen.

Der wesentlich erweiterte Formularteil gibt dem Berater bei der Ausarbeitung der Verfügung von Todes wegen die gewünschte konkrete Hilfestellung: Ausführliche Checklisten decken alle für die Gestaltung von Einzel- und Ehegattentestament oder Erbvertrag wesentlichen Gesichtspunkte ab. Die bei Erbeinsetzung, Anordnung von Vor- und Nacherbschaft, Auseinandersetzungsanordnungen, Vermächtnis und Auflage, Testamentsvollstreckung und Pflichtteilklauseln zu beachtenden Einzelpunkte sind ebenfalls in übersichtlichen Merkpostenlisten zusammen gefasst. Die wiedergegebenen Formulare erfassen nahezu jede erbrechtliche Gestaltungsvariante, angefangen von Besonderheiten in der Person des Erblassers (schreibunfähig, taubstumm, fremdsprachig etc.) über Vorschläge zur materiellen Gestaltung eines Grundstücksvermächtnisses mit Testamentsvollstreckung, der auf einen einzigen Gegenstand zu beschränkenden Folgen der Nacherbschaft, der Erbeinsetzung einer noch zu errichtenden Stiftung, Einzelfragen des Ehegattentestamentes einschließlich Fragen des Abänderungsvorbehaltes und der Problematik von Wiederverheirathungsklauseln. Die Formulare über die Verfügungen von Todes wegen bei landwirtschaftlichen Anwesen entsprechen zweckmäßiger Weise weitgehend den Empfehlungen des Bayerischen Bauernverbandes. Wer Formulierungs-

hilfe für einen kombinierten Erb- und Pflegevertrag (Verpfändungsvertrag) sucht, wird ebenso fündig wie beim vorzeitigen Unternehmertestament oder bei der Unternehmensnachfolge unter Einsatz des umwandlungsrechtlichen Instrumentariums. Schließlich ist auch ein ausführliches Muster für die Gestaltung eines sog. Behindertentestamentes enthalten.

Die Formulare bieten rundum wertvolle und zuverlässige Formulierungshilfe. Das Auffinden einzelner Formulare ist allerdings nur über das dem Formulareil vorangestellte Inhaltsverzeichnis möglich und dadurch im Einzelfall etwas mühsam. Hier wäre eine zusätzliche Aufnahme in das allgemeine Stichwortverzeichnis zu erwägen. Dass sich in dem Formular eines Verpfändungsvertrages unter Rdnr. 63 noch das Jahr 1980 als Referenzjahr für den Preisindex findet, ist eine verzeihliche Lässlichkeit und unterstreicht die Richtigkeit des Hinweises der Herausgeber, dass die wiedergegebenen Formulare in keinem Fall eigene Überlegungen des Verwenders ersetzen können. So ist z. B. auch im Rahmen des sog. Behindertentestamentes insbesondere bei der Festlegung der Erbquote des behinderten Kindes Vorsicht geboten: Sofern ein Geschwister des Behinderten ohne Abkömmlinge vorversterben sollte, kann die wegen § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB knapp über der Hälfte des (ursprünglichen) gesetzlichen Erbteils statisch festgelegte testamentarische Erbquote nicht mehr ausreichen, um einen Pflichtteilsanspruch des Behinderten (und damit mittelbar des Sozialhilfeträgers) auszuschließen. Die Erläuterungen in Fn. 59 zu dem auf S. 403 wiedergegebenen Formular und im Systematischen Teil (Teil E Rdnr. 215) lassen hierbei die Frage unbeantwortet, ob die Anordnung eines dynamischen Erbteils („Der Erbteil unseres behinderten Kind beträgt die um 1 v.H. erhöhte Hälfte des gesetzlichen Erbteils, also derzeit 13,5 v.H.“) möglich und sinnvoll ist.

Die mit großer Sorgfalt von *Voit* und *Mayer* neu bearbeitete Kommentierung der Bestimmungen des BGB über Errichtung und Aufhebung eines Testamentes, das Gemeinschaftliche Testament und den Erbvertrag (§§ 2269 – 2301) entspricht in Umfang und Tiefgang der eines Großkommentars. Besonders hervor zu heben sind die klaren und eingehenden Erörterungen zum Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag (§ 2278

Rdnr. 13 ff.). *Mayer* tritt der zuletzt v. a. von *Lehmann* (BW-NotZ 1999, 1 ff.) vertretenen Ansicht, wonach ein Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag nur als vorbehaltener Teilrücktritt zu gestalten sei, mit überzeugenden Argumenten entgegen. Mit der ganz h.M. sieht er im Änderungsvorbehalt ein selbständiges erbrechtliches Institut, welches im Gesetz zwar nicht ausdrücklich geregelt, jedoch von diesem als selbstverständlich vorausgesetzt sei. Die unterschiedliche Zielrichtung von Änderungs- und Rücktrittsvorbehalt formuliert *Mayer* prägnant: „Der Rücktrittsvorbehalt kassiert, der Änderungsvorbehalt reformiert“. Ob damit der Streit endgültig zugunsten der h.M. entschieden ist, wird sich zeigen. Jedenfalls ist die Entscheidung des Streites von erheblicher praktischer Relevanz: Hält man die einseitige Änderung einer erbrechtlichen Verfügung nur im Wege des Teilrücktrittes für möglich, muss dieser in der Form des §§ 2296, 2297 BGB erfolgen. Anderenfalls ist die Änderung durch schlichtes Testament – also ohne Einschaltung eines Notars und Zustellung an den Vertragspartner – möglich.

Der Kommentarteil enthält ferner die von *Limmer* zuverlässig und gut lesbar erläuterten, für die Errichtung einer notariellen Verfügung von Todes wegen relevanten Bestimmungen des Beurkundungsgesetzes (§§ 1 – 35). Diese Kombination materiell-rechtlicher und beurkundungsrechtlicher Kommentierung trägt wesentlich zum umfassenden Gesamteindruck des *Dittmann/Reimann/Bengel* bei.

Der im Vorwort zum Ausdruck gebrachten Hoffnung von Verlag, Herausgebern und Autoren des *Dittmann/Reimann/Bengel* auf hohe Akzeptanz in der kautelarjuristischen Praxis kann man mit großer Zuversicht begegnen: Nicht zuletzt wegen der neu gewonnenen Autoren, auch wegen seines guten Preis-Leistungsverhältnisses hat der *Dittmann/Reimann/Bengel* gute Chancen, deutlich weitere Verbreitung als bisher zu finden und zum Standardwerk erbrechtlicher Beratungspraxis zu werden. Insoweit bleibt zu hoffen, dass die nächste Auflage nicht so lange auf sich warten lässt wie die vorliegende.

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

### **Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung und Beurkundungsgesetz, Kommentar, 2000, München, Verlag C. H. Beck, 1156 Seiten, DM 218,-**

1. In dem vertrauten grauen Gewand der Beck'schen Kurzkommentare haben wesentliche Protagonisten der letzten Neuordnung des Berufsrechtes einen vollständig neuen Kommentar zu den beiden wichtigsten Gesetzen des Status- und Verfahrensrechts der Notare vorgelegt. Die Bearbeiter sind durchweg Notare, zu  $\frac{3}{4}$  aus dem Bereich des hauptberuflichen Notariats stammend, zu  $\frac{1}{4}$  aus dem Bereich des nebenberuflichen Notariats, an ihrer Spitze als Herausgeber der Präsident der Bundesnotarkammer und der seinerzeitige Vorsitzende des Rechtsausschusses im Deutschen Bundestag. Gemeinsam ist allen, dass sie über ihre berufliche Tätigkeit hinaus in politischen oder berufsständischen Ämtern wirken oder gewirkt haben oder in Berufsorganisationen hauptberuflich tätig sind oder waren. Viele der jüngeren Bearbeiter gehören zu den literarisch besonders produktiven Angehörigen des Berufstandes.

Der Verlag wirbt für das Sammelwerk zu Bundesnotarordnung und Beurkundungsgesetz mit den Worten „das ständige Wechseln von einem Kommentar zum anderen gehört damit der Vergangenheit an – und die Anschaffung eines zweiten Bandes erübrigt sich. Dieses Konzept spart Zeit und Geld.“ Man sollte aber die – verlagsintern geschäftsschädigend wirkende – Werbeaussage nicht zu wörtlich nehmen, der Kommentar schließt eher eine von ihm selbst aufgerissene Lücke, als dass er ein schon am Markt befindliches Werk verdrängen könnte. Im Notarverfassungsrecht ergänzen sich die jetzt zur Verfügung stehenden Werke hervorragend, im Beurkundungsverfahrenrecht war der Blick in einen zweiten Kommentar schon bisher kaum vermeidbar. Und ob im Schweifen des Blicks zwischen verschiedenen Büchern für den Juristen ein echtes Problem liegt, mag jeder persönlich entscheiden, Arbeiten mit einem Halbkreis aufgeschlagener Bücher auf dem Schreibtisch ist Alltag. Die Einbändigkeit scheint mir daher kein kaufentscheidendes Kriterium. Es bleibt der Vorzug, im einheitlichen Werk ein einheitliches Kommentierungskonzept verwirklichen und sowohl Status- als auch Verfahrens-

recht mit der das Buch prägenden berufspolitischen Elle messen zu können.

2. So wirkt der Kommentar über weite Strecken als politisches Buch. Der vergleichende Blick auf die in Neuauflagen vorliegenden älteren Kommentare – der „*Schippel*“ in 7. Auflage und der „*Arndt/Lerch/Sandkühler*“ in 4. Auflage – macht dies vor allem an den Stellen deutlich, die von den engagiertesten Gestaltern der zwei Jahre zurückliegenden Berufsrechtsreform geschrieben sind. Der Kommentar ist nicht nur im Druckbild, in der graphischen Gestaltung und der Lesbarkeit, sondern auch inhaltlich ein modernes Buch. Breite Darstellung erfahren diejenigen Vorschriften, die 1998 neu gefasst oder erstmals geschaffen wurden. Gerade wenn es um Themen geht, die die Diskussion innerhalb des Berufsstandes in den letzten Jahren beschäftigt haben, lässt der Kommentar den Benutzer nicht im Stich. Umfangreich erläutert sind neue Aufgabenfelder der Notare, beispielsweise Konfliktvermittlung bei § 20 und Erteilung von Signaturschlüsseln und Attributzertifikaten bei § 21 BNotO dargestellt.

Das Stichwortverzeichnis verweist auf Erläuterungen zu so wenig geläufigen Begriffen wie „Geschäftschancenausnutzung“ oder „Signaturschlüsselzertifikat“. Auch altgewohnte Begriffe wie „Hinterlegung“ oder „Notariatsverweser“ finden sich dort, jedoch nur im Zusammenhang mit der Hinterlegung bei Gericht bzw. als Verweis auf frühere Gebräuche. Im Text sind die im Gesetz beseitigten Begriffe vollständig vermieden. Demgegenüber gibt es die „Aufsicht“ über Notare nach dem Sachverzeichnis im geltenden Recht nicht. Der Kommentar spricht durchgängig von „Dienstaufsicht“, ein Begriff, den das Gesetz nicht kennt und der zu der falschen und fatalen Vorstellung einer fachlichen Aufsicht führen kann. Die Teile der Bundesnotarordnung und des Beurkundungsgesetzes, die von der Reform nicht betroffen waren, wie Normen zur Notarstellenerrichtung und -besetzung, Kammerorganisation, Aufsicht, Disziplinarverfahren und dergleichen, sind solide und in Anlehnung an Rechtsprechung und hergebrachte Kommentare erläutert, wobei die Herkunft des jeweiligen Bearbeiters die Anschauungen prägt. Manches Detail wird im Kommentar aus rheinischer oder westfälischer Praxis heraus dargestellt, die von der in der Kommentarliteratur bisher vorherrschenden bayerischen oder hessischen Sicht abweicht.

Es erstaunt nicht, dass unter den zwölf Bearbeitern in Einzelfragen durchaus unterschiedliche Meinungen vertreten werden. So äußert *Baumann* in seinen tiefgehenden und lesenswerten Erläuterungen zu §§ 8 und 9 BNotO sein tiefes Unbehagen über die Mediatisierung des Notaramtes, die für ihn mit der heftig kritisierten Wirtschaftsprüferentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes (DNotZ 1998, 754) verbunden ist, während *Frenz* die Entscheidung bei § 14 Rdnr. 13 als inhaltlich zutreffend darstellt. In manchen Passagen wird deutlich, dass der Kommentar die Diskussion um Einzelprobleme bei der Berufsrechtsreform fortsetzt und der jeweilige Bearbeiter sich mit ihren Ergebnissen schwer abfinden kann.

3. Die Berufsrechtsreform hat die Befugnis der Berufsorganisationen, Richtlinien für die Berufsausübung der Notare autonom zu erlassen, auf eine neue Grundlage gestellt. Um die demokratische Legitimation des Standesrechts sicherzustellen, hat man die Satzungscompetenz auf die einzelnen Notarkammern verlagert, bei der früheren Zuständigkeit der Bundesnotarkammer schien das schwer erreichbar. Der Kommentar kann sich verständlicherweise nur mit den Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer auseinandersetzen und tut dies bei den einzelnen Sachnormen des Gesetzes, auf denen

die Richtlinien aufbauen, nicht aber im Zusammenhang mit der Richtlinienkompetenz und dem dort angesiedelten Themenkatalog bei § 67 oder § 78 BNotO. Einer Erörterung im Rahmen der Kompetenznorm würdig gewesen wäre die drohende Auseinanderentwicklung der „Kammerrechte“ und damit der beruflichen Anforderungen an den Notar in den einzelnen Kammerbezirken. Hier wird man aufmerksam beobachten müssen, ob die Schwächen mancher Kammer Richtlinien zu einem „Notar-shopping“ führen, auf das notfalls sogar der Gesetzgeber reagieren müsste.

Der Leser erwartet zu Recht eine Ergänzung der von *Vollhardt*, MittBayNot 2000, 215 begonnenen rechtsvergleichenden Studie: *Eylmann* hält in der Kommentierung zu § 29 die Angabe von Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkten nach dem Willen des Gesetzgebers für nicht zulässig, meint aber, es sei zu erwarten, dass sich entgegen diesem Befund die Angabe von Sprach- und besonderen Fachkenntnissen in der Praxis durchsetzen werde. Denn an derartigen Informationen habe das Publikum ein sachbezogenes Interesse und dieses Informationsinteresse des Publikums müsse der Notar befriedigen dürfen. Ob die Angaben nach derzeitigem Recht in den Augen des Kommentators zulässig sind oder nicht, ist nicht recht erkennbar. Anzeigen zu Urlaubsabwesenheiten und mit anderen Informationen sind nach seiner Auffassung weitestgehend zulässig, solange sie nicht durch kampagneartige Häufung die „suggestive Wirkung eines basso continuo“ erzeugen, bei dem es mehr auf die ständige Wiederholung des Notarnamens als auf den Anzeigeninhalt ankommt. Die Ausführungen zu Werbung und werbewirksamem Verhalten füllen 15 Seiten des Kommentars, geben dem Leser aber nicht durchgängig die gesuchte Klarheit über zulässiges, unzulässiges oder künftig als zulässig gewünschtes Verhalten. *Eylmann* überträgt auch Gedanken und Entscheidungen zur Anwaltswerbung auf die Notarwerbung, was mir in dieser Form nicht zutreffend erscheint.

Bei der Kommentierung zu § 29 BNotO aber auch an anderer Stelle werden die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer in einer für ein Erläuterungswerk dieser Art überraschend harschen und apodiktischen Weise als unzulänglich, unsystematisch oder gar verfassungswidrig kritisiert. Dem Benutzer, der im Kommentar Hilfestellung für die tägliche Rechtsanwendung sucht, ist damit weniger gedient. Für die Fortentwicklung und die Selbstrechtfertigung des geltenden Berufsrechts finden sich in der Kritik wichtige Überlegungen und Anstöße, wenngleich es angesichts der Sozialisation der Bearbeiter doch verwundert, wie wenig die Entstehungsgeschichte der Richtlinien samt ihren Vorgängerregelungen bei der Auslegung und Würdigung einbezogen wird. Ohne Kenntnis der Gewohnheiten und Gebräuche früheren Standesrechts sind Teile der Richtlinienempfehlungen schwerlich erklärbar, eine solche historische Erläuterung wird jedoch nicht gegeben. Recht zu geben ist der scharfen Kritik an der von der Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer ausdrücklich protokollierten gespaltenen Zunge, mit der dem Begriff der „Vollzugsgeschäfte“ in II. 1. c) der Richtlinienempfehlungen von Anfang an unterschiedliche Inhalte gegeben werden. Eine Norm – und sei es nur als Normempfehlung – aufzustellen, der der Normgeber selbst konträre Inhalte zuerkennt, ist ein Novum.

4. Eine wichtige Neuerung des Reformgesetzes von 1998 war die gesetzliche Regelung der Verwahrungstätigkeit des Notars. Sie wird von *Hertel* sowohl bei § 23 BNotO wie bei §§ 54 a ff. BeurkG ausführlich und mit wissenschaftlichem Tiefgang erläutert. Der Kommentar lässt keine Frage offen. Manche nur

im Anmerungsapparat behandelten Probleme wären vielleicht besser im Text erörtert worden; denn die Anmerkungen beanspruchen hier zum Teil mehr Raum als der Text selbst.

Aus einer anderen neuen Bestimmung, § 11 a BNotO, leitet *Limmer*, § 40 BeurkG Rdnr. 14 ab, dass die Entgegennahme einer Unterschrift zur Beglaubigung im Ausland nun nicht mehr zur Unwirksamkeit der Unterschriftsbeglaubigung führen müsse. Dieser Schluss scheint mir allzu kühn, betrifft § 11 a BNotO doch die kollegiale Hilfe bei der Amtstätigkeit eines anderen Amtsträgers, während die Urkundstätigkeit nach § 40 BNotO in vollem Umfang Amts- also Hoheitstätigkeit des deutschen Notars darstellt, die an das Hoheitsgebiet des amtverleihenden Staates gebunden ist.

5. Der Vorzug eines völlig neu konzipierten Buches gegenüber der Neuüberarbeitung eines langjährig eingeführten Werkes liegt in der Frische und Unbefangenheit, mit der viele Themen aufgegriffen werden, die andernorts aus Rücksichtnahme, liebgewordener Tradition oder wegen der suggestiven Kraft des schon vorhandenen Textes nicht oder anders behandelt werden. So steckt das von *Eylmann* und *Vaasen* herausgegebene Werk voller neuer Ideen und fruchtbarer Anregungen.

Im Rahmen einer Besprechung treten die Reibungsflächen, die eine solche Neukommentierung bietet, mehr in den Vordergrund, als das Werk verdient. Der Leser wird nicht im Stich gelassen mit Hinweisen auf abweichende Meinungen und in die Lage versetzt, sich ein eigenes Urteil zu bilden. So wird *Limmer* wenig Gefolgschaft finden, wenn er dem Notar die Aufgabe zuerkennt, bei der Aufnahme von Vermögensverzeichnissen auch Bewertungen des Bestandes der aufgenommenen Aktiva und Passiva vorzunehmen (§ 20 Rdnr. 21). Sie wird kaum erfüllbar sein, hierzu fehlen einfach die erforderlichen Vorkenntnisse, sie ist auch dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Andererseits sollte, wenn normierte Verhaltenspflichten in Frage gestellt werden, die Begründung nicht allein – wie öfters –, auch wenn sie dem Zeitgeist entspricht, auf Verfassungswidrigkeit oder Konturlosigkeit der Vorschrift beschränkt sein – beides

im Übrigen meist behebbare Mängel –, man erwartet die Erforschung des jeweiligen Zwecks im Lichte von Funktionen und Aufgaben des Notars. Als letztes Beispiel mag Rdnr. 16 zu § 14 BNotO dienen, wo dem Anscheinsverbot des § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO aus sich heraus keine verpflichtenden Wirkungen zuerkannt werden. Das Anscheinsverbot kann, meine ich, in zweierlei Weise konkrete Folgen haben. Das Verhalten eines Notars, das den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erzeugt, führt zu einer Umkehr der Darlegungslast. Im aufsichtlichen Verfahren hat der betroffene Notar darzulegen, dass ein solcher Verstoß nicht vorgelegen habe. Zum anderen ist die Bestimmung Ausdruck eines Grundkonsenses über das Bild, das der Notar bei seiner Berufsausübung nach außen abgeben muss. Der Notar, dessen Aufgaben und Funktion nicht naturgegeben sind, sondern auf organisatorischen und rechtspolitischen Entscheidungen des Gesetzgebers beruhen, muss in dem beruflichen Gesamtverhalten deutlich machen, dass auf ihn und seine korrekte Amtsführung Verlass ist. Wer den Notar aufsucht, darf keinen Zweifel daran haben, dass er dort entsprechend dem gesetzlichen Auftrag und den beruflichen Pflichten des Notars betreut wird. Grundlage der Berufstätigkeit ist das Vertrauen der Bevölkerung. Dieses wird gefährdet, wenn auch nur Zweifel daran entstehen, dass der Notar seine Pflichten stets erfüllt. Solche Zweifel auch nur zu wecken, ist dem Notar deshalb verboten.

6. Der „*Eylmann/Vaasen*“ füllt eine Lücke. Er wird kaum ein anderes eingeführtes Werk der berufsrechtlichen Literatur verdrängen, ist aber eine unentbehrliche Ergänzung für jeden, der sich nicht mit überkommenen Anschauungen zufrieden geben will und einen anderen Blickwinkel nicht scheut. Wem die Zukunft des Berufsstandes wichtig ist, kommt an der Verwendung des „*Eylmann/Vaasen*“ mit seiner Fülle an Ideen und Konzepten nicht vorbei, er wird ihnen häufig folgen und sich ebenso häufig kritisch mit ihnen auseinandersetzen. Dem Kommentar ist nicht nur eine weite Verbreitung zu wünschen, seine Inhalte sollten auch Gesprächsthema sein.

Notar Dr. Ulrich Bracker, Weilheim i. OB.

---

### **Hausmann/Hohloch, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Erich Schmidt Verlag, Bielefeld, 720 Seiten, DM 248,-**

Das neu auf dem Buchmarkt erschienene Handbuch wurde im Unterschied zu dem Konkurrenzhandbuch von Notar Dr. Dr. Grziwotz, das in der NJW-Schriftenreihe erschienen ist, von einer Mehrzahl von Autoren bearbeitet. Die zehn Autoren sind zum ganz überwiegenden Teil entweder Universitätsprofessoren, so die beiden Herausgeber, oder entstammen der Richterschaft. Der Bezeichnung als Handbuch wird das Werk bereits bei einem Blick in das umfassende Inhaltsverzeichnis gerecht. Das in 13 Kapitel gegliederte Buch erörtert alle rechtlichen Aspekte einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Arbeits- und sozialrechtliche Ausführungen fehlen ebenso wenig wie solche zum Mietrecht und Steuerrecht. Das Handbuch befindet sich auf dem Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung vom November 1998. Die bedeutenden, das Familienrecht betreffenden Gesetzesänderungen, die im Jahre

1998 erfolgten, sind bereits eingearbeitet. Einen wesentlichen Schwerpunkt bilden vom Seitenumfang her die Kapitel 2 und 3, die sich ausführlich mit den besonders streitanfälligen Fragen des Vermögensrechts beschäftigen. Vor allem im dritten Kapitel werden alle Ausgleichsansprüche, die sich nach einer Trennung der Lebenspartner ergeben können, erschöpfend dargestellt.

Für die Notarinnen und Notare dürften die Kapitel 12 und 13 von besonderem Interesse sein. In Kapitel 12 stellt *Hausmann* vier Vertragsmuster mit ausführlichen Erläuterungen für die Gestaltung von Partnerschaftsverträgen vor.

Das erste Vertragsmuster zielt auf eine eheähnliche Absicherung des infolge Kindererziehung nicht berufstätigen Lebenspartners ab. Die darin vorgeschlagenen ausführlichen Regelungen zum Unterhalt, der Altersversorgung und dem Zugewinnausgleich sind so stark den gesetzlichen Regelungen angenähert, dass eine Eheschließung gegebenenfalls verbunden mit einem Ehevertrag als rechtlich weniger aufwändig er-

scheint. In § 2 Abs. 1 dieses Musters ist vorgesehen, dass der von den Partnern eingebrachte Hausrat in das hälftige Miteigentum des jeweils anderen übergehen soll. Ob dieser Vorschlag, der über die Rechtsfolgen einer Eheschließung hinausgeht, der im Normalfall anzutreffenden Interessenslage einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gerecht wird, erscheint zweifelhaft. Unwirksam dürfte hingegen die Regelung in § 11 sein. Darin verpflichten sich die Partner die erforderlichen Sorgeerklärungen für das gemeinsame Kind unverzüglich in öffentlich beglaubigter Form abzugeben. Soweit der Vertrag, wie vorgesehen, nur privatschriftlich abgeschlossen wird, dürfte diese wechselseitige Verpflichtung wegen Missachtung der nach § 1626 d BGB vorgeschriebenen Form für die Abgabe der Erklärungen gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig sein, vgl. a. *Palandt*, 59. Auflage, Einf. v. § 145 Rdnr. 20 zur Formbedürftigkeit von Vorverträgen.

Bei dem in der Anlage II enthaltenen Muster einer Vorsorgevollmacht für den jeweils anderen Lebenspartner sucht man eine Bevollmächtigung für die in § 1906 Abs. 5 BGB angesprochenen Fallgestaltungen vergeblich, vgl. demgegenüber die wesentlich ausführlicheren Muster von *Limmer*, ZNotP 1998, S. 322 ff., *Mehler*, MittBayNot 2000, S. 16 ff.

Der durchschnittlichen Interessenslage nichtehelicher Lebenspartner wesentlich gerechter wird hingegen das zweite Vertragsmuster. Dieses baut auf der weitgehenden Erhaltung der finanziellen Unabhängigkeit von zwei berufstätigen Partnern auf und enthält praxisgerechte Regelungsvorschläge für alle relevanten Lebensbereiche. Im Unterschied zu dem vorstehend beschriebenen Mustervertrag werden die Eigentumsverhältnisse an Hausratsgegenständen in diesem Muster durch die Einbringung in den gemeinsamen Haushalt nicht berührt. Zweckmäßig ist die in § 2 Abs. 4 Satz 1 vorgesehene klarstellende Regelung, dass bei künftigen Anschaffungen im Zweifel derjenige Partner Eigentümer wird, der die Mittel zur Anschaffung aufgebracht hat. Folgerichtig soll Miteigentum entstehen, wenn die Mittel für den Erwerb von Gegenständen von dem gemeinsamen Haushaltskonto bereitgestellt wurden. Hervorzuheben ist schließlich der Regelungsvorschlag für die künftige Wohnungsnutzung im Falle einer Trennung. Sollten sich die Partner nicht einigen können, welcher von ihnen beiden auszuziehen hat, soll darüber das Los entscheiden. Entlässt der Vermieter den ausziehenden Partner nicht aus dem Mietvertrag, so hat der in der Wohnung Verbleibende den Anderen nicht nur von sämtlichen aus dem Mietvertrag herrührenden Verpflichtungen freizustellen, sondern darüber hinaus eine Sicherheit in Höhe einer Jahresmiete zu stellen. Ferner ist die gelungene Regelung für die bedeutsame Frage eventuell vorhandener Kreditschulden im Falle einer Trennung zu erwähnen.

Für die notarieller Praxis von besonderem Interesse ist das dritte und vierte Muster. Das dritte Muster versucht einen Lösungsvorschlag für den häufig auftretenden Fall des gemeinsamen Erwerbs von Grundbesitz zu bieten. Für den Trennungsfall ist darin zunächst in § 3 Abs. 1 die Übernahme des Grundbesitzes durch einen der beiden Partner vorgesehen, falls der andere dem zustimmt. Ein Anspruch auf Veräußerung des Miteigentumsanteils zugunsten des interessierten Partners wird jedoch nicht eingeräumt. Die folgenden vier Absätze dieses Paragraphen sehen Regelungen für den Inhalt dieses Veräußerungsvertrages vor. Unter dem Blickwinkel ihrer rechtlichen Durchsetzbarkeit stellen sie allerdings nichts anderes als Absichtserklärungen dar. Denn mangels Veräußerungsverpflichtung kann dem übernahmewilligen Partner die Übertragung des Miteigentumsanteils ohne jegliche Begrün-

dung verweigert werden, mithin also auch aus Gründen, die an sich durch die Regelungen in den Absätzen zwei mit fünf einem Streit entzogen sein sollten. Motiv für eine Ablehnung kann daher bspw. auch die Forderung nach einer über § 3 Abs. 2 hinausgehenden Ausgleichszahlung sein. Die vorgeschlagenen rechtlichen Rahmenbedingungen für die trennungsbedingte Veräußerung, deren Regelung *Hausmann* wegen der stark eingeschränkten Einigungsfähigkeit nach einer Trennung zurecht bereits im Partnerschaftsvertrag für geboten hält, können also bei einem mangelnden Einigungswillen die gewünschte Bindungswirkung nicht entfalten.

Für den Fall, dass sich die Lebenspartner nicht auf eine Übernahme des Miteigentumsanteils durch den anderen einigen, sieht § 4 Abs. 1 die Möglichkeit vor, dass der eine Partner den anderen zur Zustimmung zu einem gemeinsamen Verkauf an Dritte zwingen kann. Stimmt nämlich der eine einem Verkauf nicht zu, so kann ihn der andere Partner mit einer Frist von vier Wochen zur Übernahme zu den in § 3 geregelten Bedingungen auffordern. Verweigert der Aufgeforderte eine solche Übernahme oder äußert er sich überhaupt nicht, so fingiert § 4 Abs. 1 Satz 2 die Zustimmung zum Verkauf. Das Problem der effektiven Durchführung eines solchen Verkaufs glaubt *Hausmann* dadurch lösen zu können, dass sich nach § 4 Abs. 2 „Die Parteien bevollmächtigen ..., in einem solchen Falle (sic. gemeint ist der in Absatz 1 angeführte) die zum Verkauf notwendigen Rechtshandlungen für den anderen vorzunehmen...“. Aus dieser Formulierung wird nicht hinreichend deutlich, ob die Vollmacht unter der Bedingung des vorstehend beschriebenen Absatzes eins stehen soll. Wäre dies der Fall, müssten die nach Abs. 1 erforderlichen Voraussetzungen wegen § 29 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Dies dürfte im Hinblick auf die Tatsache der Verweigerung der Zustimmung innerhalb der Vier-Wochen-Frist schwerlich möglich sein. Sollte die Veräußerungsvollmacht hingegen von den Erfordernissen des ersten Absatzes unabhängig sein, wäre dies wegen der damit verbundenen Missbrauchsgefahr bedenklich. Nach § 51 Abs. 1 BeurkG darf nämlich jeder der Partner jederzeit eine Ausfertigung der Urkunde verlangen und wäre aufgrund der darin enthaltenen abstrakten Verkaufsvollmacht in die Lage versetzt, den gesamten Grundbesitz zu einem beliebigen Zeitpunkt zu veräußern. Der zu erzielende Mindestverkaufspreis, den *Hausmann* als Einschränkung der Vollmacht in § 4 Abs. 2 Satz 3 zum Schutze des anderen Partners vorgesehen hat, schützt nur ungenügend vor anderweitigen nachteiligen Vertragsvereinbarungen, wie bspw. einer unzureichenden Absicherung der Kaufpreiszahlung oder einer übermäßigen Stundung des Kaufpreises und dergleichen. Erst recht besteht durch diese Einschränkung kein Schutz vor einer überraschenden Veräußerung.

Das vierte Muster sieht Vertragsregelungen für die Auseinandersetzung von Grundbesitz vor, der im Alleineigentum eines Partners steht. *Hausmann* hebt in den Erläuterungen zutreffend die Notwendigkeit hervor, Regelungen für den Fall der Trennung zu treffen, falls beide Partner Geldmittel für den gemeinsamen Hausbau zur Verfügung gestellt haben bzw. stellen werden. Der § 3 des Musters enthält nicht nur einen schuldrechtlichen Rückzahlungs- bzw. Ausgleichsanspruch für den Partner, der nicht Eigentümer des bebauten Grundstücks ist. Vielmehr wurde auch der Fall der gemeinsamen Darlehensaufnahme und die damit verbundene Notwendigkeit eines Freistellungsanspruches sowie die Verpflichtung zur Beibringung einer Schuldhafentlassungserklärung geregelt. Hervorzuheben ist ferner, dass in § 4 eine Absicherung

des Ausgleichsanspruchs durch die Bestellung einer Grundschuld im Rang nach der Sicherungsgrundschuld für die Bank vorgesehen ist. Wenig praxisgerecht ist allerdings die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung durch den Notar geregelt. Diese ist an den Nachweis der Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs geknüpft. Dessen Fälligkeit soll wiederum innerhalb eines Monats nach dem vollständigen Auszug aus dem Wohnhaus eintreten. Für die Erstellung der vollstreckbaren Ausfertigung und als Nachweis für den Auszug soll der anspruchsberechtigte Partner dem Notar eine Umzugsbescheinigung der Meldebehörde und eine eidesstattliche Versicherung des Vermieters vorlegen. Welcher Vermieter ist aber zu der Abgabe der geforderten eidesstattlichen Versicherung zu bewegen? Im Übrigen muss die Vermietereigenschaft durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden, vgl. § 726 ZPO. Zweckmäßiger wäre es, die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ohne den Nachweis der Fälligkeit des Anspruchs zuzulassen.

---

**Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 9. Aufl. 2000, RWS-Skript, 578 Seiten, DM 142,-**

Aufgrund der Unternehmensteuerreform ist in nächster Zeit mit einem nicht unerheblichen Zuwachs an entsprechenden Unternehmenskäufen zu rechnen.

Die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch Kapitalgesellschaften soll ja ab 2002 steuerfrei sein, für andere Veräußerer von Kapitalgesellschaftsanteilen gilt immerhin die Privilegierung durch das künftige »Halbeinkünfteverfahren«. Für die Veräußerung von Einzelunternehmen und Personengesellschaftsanteilen soll, wenn auch mit zahlreichen Einschränkungen, der halbe durchschnittliche Steuersatz wiedereingeführt werden.

Steuerverschärfend ist dagegen die Absenkung der Schwelle für wesentliche Beteiligungen gem. § 17 EStG auf 1 %. Mindestens genauso »schmerzhaft« für die Wirtschaft ist die Abschaffung der Umwandlungsmodelle, mit denen im Anschluss an den Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen bisher einigermaßen erfolgreich die Möglichkeit zur steuerwirksamen Abschreibung des Kaufpreises auf der Käuferseite geschaffen wurde; welche Möglichkeiten hier, wenn überhaupt, künftig noch bestehen (Stichworte: Mitunternehmermodell, nachgeschalteter asset-deal) entzieht sich der derzeitigen Kenntnis des Verfassers der Rezension.

Mit Unternehmenskäufen ist der Notar jedenfalls dann befasst, wenn diese beurkundungspflichtig sind, z.B. weil ein GmbH-Anteil oder ein Grundstück (mit)verkauft wird.

Die Ausgestaltung von Unternehmenskaufverträgen gehört zweifellos zu den anspruchsvolleren Aufgaben eines Kautelarjuristen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass es an speziellen gesetzlichen Regelungen für den Unternehmenskauf fehlt, ganz unterschiedliche Formen von Unternehmenskäufen bestehen (z. B. share-deal, asset-deal, share-for-share-exchange, mergers) und hierfür, je nach Rechtsform, ganz unterschiedliche gesellschafts- und steuerrechtliche Regelungen zur Anwendung kommen und nicht zuletzt die vertragliche Ausgestaltung sehr stark von den steuerlichen Gegebenheiten

Das Kapitel 13 beinhaltet drei Muster für die Gestaltung von letztwilligen Verfügungen und wurde ebenso wie das Kapitel 6, das das Erbrecht behandelt, von Rechtsanwältin und Notarin *Koutsos* bearbeitet. Das erste Vertragsmuster stellt nichts anderes als eine Alleinerbeneinsetzung des anderen Lebenspartners durch Testament vor. Ein Erbvertrag mit wechselseitiger Alleinerbeneinsetzung der Partner ist Thema des zweiten Musters. Das dritte Muster beinhaltet zusätzlich noch eine Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder der Lebenspartner.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass man sich mit dem Handbuch – nicht zuletzt dank des ausführlichen Inhalts- und Stichwortverzeichnisses – einen Überblick über die bestehende Rechtssituation im Hinblick auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft verschaffen kann. Die Vertragsmuster bedürfen hingegen der inhaltlichen Überarbeitung und Vertiefung.

Notarassessor *Markus Riemenschneider*, München

beeinflusst ist, die ihrerseits kompliziert, vielschichtig, je nach Art des Unternehmenskaufs sehr unterschiedlich und einem schnellen Wandel unterworfen sind.

Mit einem einfachen Geschäftsanteilskaufmuster, angereichert mit ein paar Verkäufer-Zusicherungen (so das für kleine Unternehmenskäufe als Grundlage durchaus verwendbare Vertragsmuster im Münchner Vertragshandbuch, Bd. 1 Gesellschaftsrecht, Muster IV.67), ist es vor diesem Hintergrund zumindest bei größeren Unternehmen und Kaufpreisen nicht getan. Dementsprechend kompliziert – und dadurch schon ein bisschen abschreckend – sind auch die meisten in den gängigen Formularbüchern enthaltenen Vertragsmuster verfasst (vgl. z. B. das fast 30-seitige Vertragsmuster im Münchner Vertragshandbuch, Bd. 2, Handels- u. Wirtschaftsrecht, 4. A., 1997, das auf knapp 200 Seiten erläutert wird; durchaus empfehlenswert im Übrigen für den Unternehmenskauf: Hopt, Vertrags- und Formularbuch, 2. Aufl., 2000, Muster IV.B. mit Vorvereinbarungen, kartellrechtlichen Anmeldungen etc.).

Für Literatur, die einem in diesem Gebiet das Leben etwas erleichtert, besteht deshalb sicherlich Bedarf. Bei der Kaufentscheidung nicht außer Acht gelassen werden darf hier natürlich der mittlerweile in 9. Auflage vorliegende »Holzapfel/Pöllath«.

Dieser behandelt auf rund 500 Seiten ausführlich und kompetent die rechtlichen (einschließlich steuerrechtlichen) Aspekte des Unternehmenskaufs mit vielen wichtigen und praxisnahen Hinweisen, auch aus wirtschaftlicher und (verhandlungs-)psychologischer Sicht. Die meisten praxisrelevanten Gestaltungen sind enthalten und von Praktikern für Praktiker erläutert.

Im Einzelnen gliedert sich das Buch wie folgt:

- Überblick Unternehmenssteuerreform 2001 (Entwurf): 6 Seiten
- Zeitlicher Ablauf eines Unternehmenserwerbs (einschließlich »Due Diligence«, Vorvereinbarungen, Kartellrecht): 56 Seiten
- Parteien und andere Beteiligte (einschließlich Informations- und Zustimmungsrechte, Bürge etc.): 28 Seiten

- Unternehmen als Kaufgegenstand (einschließlich steuerlichen Erwägungen zur Entscheidung zwischen share- und asset-deal): 81 Seiten
- Besonderheiten bei Aktiengesellschaften (einschließlich Übernahmeangebote, Going Private, Ad-hoc-Publizität, Insiderrecht, share-for-share-exchanges): 33 Seiten
- Leveraged Buy-out und Management Buy-out (einschließlich Kaufpreisfinanzierung mit dem Vermögen des Zielunternehmens): 66 Seiten
- Gewährleistung des Veräußerers: 64 Seiten
- Haftung des Erwerbers: 21 Seiten
- Betriebsübergang und Arbeitsverhältnisse (§ 613 a BGB): 30 Seiten
- Kaufpreis und Zahlung: 32 Seiten
- Lieferung des Unternehmens (einschließlich Wettbewerbsverbote): 24 Seiten
- Beurkundung des Unternehmenskaufvertrages: 12 Seiten
- Besonderheiten in den Neuen Ländern: 32 Seiten
- Anhang: Unternehmenskaufvertrag (ausführliche Gliederung bzw. Checkliste eines Unternehmenskaufvertrags): 12 Seiten

Zahlreiche Rspr.- und sonstige Fundstellenhinweise runden das Werk ab.

Trotz des – wie vorstehend ersichtlich – gegliederten Aufbaus wirkt die Darstellung manchmal etwas unübersichtlich; so werden z.B. die grunderwerbsteuerlichen Probleme ziemlich verstreut behandelt. Auch das Stichwortregister erscheint teilweise etwas knapp; so sucht man z.B. die Stichworte »Umwandlungsmodell«, »Kombinationsmodell« oder »kapitalersetzende Darlehen« vergeblich (was nicht heißt, dass hierzu an anderer Stelle im Stichwortregister oder im Text nichts zu finden ist!).

Ausgespart ist weitgehend der länderübergreifende Unternehmenskauf, wenn auch diverse Einzelprobleme mit ausländi-

schen Beteiligten durchaus angesprochen werden. Auch sonst kann das Werk natürlich nicht jede mögliche Sondergestaltung vertieft behandeln, z.B. das vornehmlich steuermotivierte Modell eines Unternehmensverkaufs gegen Veräußerungsrente (vgl. *Gratz/Müller* DB 2000, 693). Interessiert wären sicherlich auch einige (potenzielle) Leser an einem ausformulierten Vertragsmuster (anstelle der bzw. ergänzend zur bloßen Gliederung).

Die Ausführungen zum beurkundungsrechtlichen Teil sind eher knapp gehalten. Ausführlich eingegangen wird dagegen auf die steuerlichen Rahmenbedingungen; ohne gewisse Vorkenntnisse tut sich hier der Leser jedoch manchmal etwas schwer, da die Probleme teilweise nur stichwortartig abgehandelt werden. Primär wendet sich das Buch vielleicht doch etwas mehr an den Steuerberater bzw. den unternehmensberatenden und steuerversierten Rechtsanwalt als an den Notar. Auch und gerade der unternehmenskaufereferene Notar kann aber von der Lektüre sicherlich ebenso in vielerlei Hinsicht profitieren.

Der vielleicht gewichtigste Nachteil des Buchs dürfte aus meiner Sicht im Zeitpunkt seiner Erscheinung zu sehen sein: Zwar ist der Entwurf der Unternehmensteuerreform mit Stand zum 1.1.2000 bereits eingearbeitet, das nunmehr beschlossene Steuergesetz hat freilich doch noch an der einen oder anderen Stelle nicht unerhebliche Korrekturen erfahren, die Auswirkungen auf die vertragliche Gestaltung zur Folge haben können. Wer nicht konkret ein Buch zum Unternehmenskauf benötigt, könnte unter diesem Aspekt auch auf die 10. Auflage warten – natürlich mit dem Risiko, dass sich nach dessen Erscheinen die steuerliche Landschaft sogleich wieder verändert. Abgesehen davon kann die Anschaffung des »*Holzappel/Pöllath*« zumindest jedem Notar empfohlen werden, der sich mit der Materie des Unternehmenskaufs etwas vertiefter auseinandersetzen möchte, zumal aktuellere Bücher zum Unternehmenskauf derzeit – soweit ersichtlich – nicht auf dem Markt sind.

Notar *Dr. Gerald Weigl*, Heilsbronn

---

**Reinhold Kaub, Gartenrecht für jedermann. Rechtsprobleme um Garten und Grundstück. Rechtsfälle, neueste Urteile, aktuelle Gesetzeslage aller Bundesländer. 7. Auflage, München, Wien, Zürich, BLV Verlagsgesellschaft mbH 1999, 143 Seiten, ISBN 3-405-15663-7, DM 19,80.**

Eine nützliche Ergänzung zu dem Sonderheft 4/2000 der *MittBayNot* „Schlichtung und Mediation“ ist das vorgenannte Buch. Gemäß dem Vorwort ist dasselbe zwar kein juristisches Lehrbuch und kein Kommentar, aber eine erste Hilfe für alle Gartenfreunde, die bei der Gestaltung ihres Gartens nicht an ihre Nachbarn und die Rechtslage denken.

Das Buch stellt die gegenwärtige Rechtslage rund um den Garten unter Angabe von Urteilen und Beschlüssen der Gerichte nebst den Aktenzeichen und den Fundstellen in den einschlägigen juristischen Fachzeitschriften dar, z.B. wenn die Katze in Nachbars Garten wildert, das Laub von fremden Bäumen die Regenrinnen verstopfen oder der Lärm von Fröschen in Nachbars Teich die Nachtruhe raubt.

Rasenmäher, Samenflug, Überhängen von Zweigen, Grillen, Gartenfeste, Grenzbäume, Komposthaufen, Pflanzenschutzmittel und Zierteiche, sind nur einige Stichworte zu denen der »Ratgeber für jedermann« unter Bezug auf die einschlägigen Gerichtsentscheidungen über die Rechtslage aufklärt. So kann das Buch dabei helfen, Argumente für das Gespräch mit dem Nachbarn zu finden, damit derselbe nicht zum Feind wird, sondern ein Ausgleich im Sinne des Bayerischen Schlichtungsgesetzes gefunden wird, der den Gang zum Anwalt und Gericht überflüssig macht.

Das Buch schließt mit einer Übersicht über die Nachbarrechtsgesetze der Länder, einem umfangreichen Literatur- und Stichwortverzeichnis.

Für jeden Notar, der sich mit dem Nachbarrecht in der Schlichtung befassen möchte, kann das Buch nur empfohlen werden.

Notar *Wolf-George Harms*, Klingenberg am Main

Seit In-Kraft-Treten des Umwandlungsgesetzes am 1.1.1995 und dem Erscheinen der ersten Auflage des von *Lutter* herausgegebenen Kommentars Ende 1996 hat sich ein umfangreiches Schrifttum zu dem neuen Gesetz entwickelt und die ersten richtungsweisenden Urteile sind ergangen. Auch der Gesetzgeber war in dieser Zeit nicht untätig, das Umwandlungsgesetz wurde seit seinem In-Kraft-Treten bereits viermal geändert.

Mit der nun erschienenen zweiten Auflage können diese Entwicklungen berücksichtigt werden. Entsprechend hat auch der Umfang des Kommentars gegenüber der Voraufgabe um 427 Seiten zugenommen. Durch die Aufteilung in zwei Bände konnte aber ein benutzerfreundliches Format erhalten werden.

Der Stand der Kommentierungen entspricht durchgehend dem 1. Oktober 1999. Die Zusammensetzung des Autorenteam aus neunzehn Bearbeitern aus Wissenschaft und Praxis hat sich seit der 1. Auflage nicht verändert. Diese Kontinuität schlägt sich in einer guten Abstimmung der einzelnen Beiträge untereinander nieder.

Da mit dem neuen Recht die Unternehmensumwandlungen sprunghaft zugenommen haben, sind auch die Notare immer stärker mit diesem Rechtsgebiet befasst. Der trotz seines Umfangs handliche Kommentar bietet für fast alle Rechtsfragen, die im Zusammenhang mit einer Umwandlung anfallen, aktuellen und fundierten Rat. Besonders hervorzuheben ist die Übersichtlichkeit und das ausgezeichnete Stichwortverzeichnis.

Das Umwandlungsgesetz stellt durch seine Baukastentechnik für jeden Autor eine besondere Herausforderung dar. Auf der einen Seite wird für jeden Umwandlungsfall eine eingehende Kommentierung erwartet, andererseits können nicht alle denkbaren Fälle von Umstrukturierungen unter Berücksichtigung aller möglichen Besonderheiten eingehend dargestellt werden. Die daraus resultierende Technik, für bestimmte Probleme auf Verweisungen auf andere Stellen des Werkes zurückgreifen zu müssen, führt unweigerlich dazu, dass sich der Leser darauf einstellen muss, nach welchen Gesichtspunkten die Kommentierung verteilt wurde. Dass in diesem Zusammenhang immer Wünsche an das Stichwortverzeichnis offen bleiben ist klar, liegt aber sicherlich hauptsächlich in der Erwartungshaltung des jeweiligen Benutzers.

In seinem Aufbau folgt der Kommentar der Gesetzesstruktur. Allgemeine Einleitungen führen in das Umwandlungsgesetz (*Lutter*) und in das Umwandlungssteuergesetz (*Schaumburg*) ein. Diesen folgt die Kommentierung der einzelnen Paragraphen wobei jeweils in Anhängen zu den verschiedenen Umwandlungsformen die jeweiligen Steuerfolgen zusammenfassend dargestellt sind. Diese „Kurz-Monographien“ zum Steuerrecht enthalten auch für den steuerlich nur eingeschränkt Vorgebildeten viele nützliche und erhellende Hinweise.

In allen Beiträgen fällt die gelungene Darstellung auf; die Probleme werden klar dargestellt und die Lösungsvorschläge überzeugen in der Regel. Seinen hohen Stellenwert für die tägliche Arbeit erhält der Kommentar nicht zuletzt dadurch, dass er neben den wissenschaftlichen Fachfragen teilweise die mitunter ganz profanen Probleme der Beurkundungspraxis anspricht: Es werden Vorschläge für einzelne Formulierungen oder Belehrungen gemacht (vgl. § 5 Fn. 140 zu variab-

len Verschmelzungsstichtagen oder § 5 Rdnr. 61 für die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer oder zu den Belehrungen durch den Notar § 5 Rdnr. 80). Auch die jeweiligen Kostenfolgen bei Notar und Gericht sind bei den einzelnen Umstrukturierungsmaßnahmen dargestellt. Allerdings sind die vom Rezensenten der Voraufgabe (*Steiner*, MittBayNot 1997, 92 ff.) gerügten Unzulänglichkeiten bei der Kommentierung der Kosten teilweise auch noch in der 2. Auflage enthalten. So ist für die Berechnung des Geschäftswertes für die Registeranmeldung der Verschmelzung nicht mehr auf den letzten Einheitswert des Betriebsvermögens des übertragenden Rechtsträgers abzustellen. Die Kosten einer (absolut untypischen) Beurkundung einer Anmeldung werden angesprochen, während auf die Kosten einer Beglaubigung bei Entwurfserstellung durch den Notar nicht eingegangen wird (so Rdnr. 8 zu § 16 UmwG).

Insgesamt überzeugt das Werk durch seine homogene Struktur und den hohen Standart seiner Beiträge. Nach dem subjektiven Empfinden des Rezensenten sind besonders hervorzuheben die Kommentierungen von *Winter* zur Verschmelzung unter Beteiligung von GmbH, von *Hadding* zur Verschmelzung unter Beteiligung rechtsfähiger Vereine und von *Decher* für die allgemeinen Vorschriften zum Formwechsel.

Die nachfolgenden Anmerkungen sollen nicht als Kritik an dem insgesamt ausgezeichneten Werk, sondern nur als Anregungen verstanden werden.

Leider werden nicht alle Stellen, in denen zumindest streitige Positionen vertreten werden als solche gekennzeichnet: So sind z. B. der von *Lutter* bei § 5 Rdnr. 15 vertretenen Auffassung, dass bei der Verschmelzung einer Kommanditgesellschaft auf eine GmbH der nicht am Kapital beteiligte Komplementär keinen Anteil an der aufnehmenden GmbH erhalten sondern ex lege ausscheiden würde, beachtliche Argumente entgegen zu halten. Denn § 2 UmwG stellt auf die „Anteilsinhaberschaft“ und somit auf die Gesellschafterstellung und nicht auf eine vermögensmäßige Beteiligung ab (vgl. *Mayer* in *Widmann/Mayer*, § 5 Rdnr. 24.3). Auch die Registergerichte fordern in der Regel eine Anteilsgewährung auch an den Komplementär.

Etwas mehr Raum würde man sich für die Erörterung der Fragen der Stellvertretung wünschen. So wird für den Abschluss des Verschmelzungsvertrages die Frage der rechtsgeschäftlichen Vertretung ausführlich, auch in Hinblick auf die Form einer Vollmacht erörtert (§ 6 Rdnr. 6). Für den Zustimmungsbeschluss findet sich ein Hinweis nur für die GmbH (§ 50 Rdnr. 5), wobei auf die Frage, ob sich für den Fall, dass zur Durchführung der Verschmelzung eine Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden GmbH beschlossen und die neu geschaffenen Anteile den Anteilsinhabern des übertragenen Rechtsträgers gewährt werden oder, dass die Vollmachtserteilung durch einen Anteilsinhaber erfolgt, der der Verschmelzung zustimmen muss (z. B. gem. §§ 13 Abs. 2, 40 Abs. 2 Satz 2, 50 Abs. 2, 51 UmwG) ein besonderes Formerfordernis ergibt (vgl. *Heckschen* in *Widmann/Mayer*, § 13 Rdnr. 112 ff.), nicht eingegangen wird.

Ob bei der Anmeldung der Verschmelzung zum Handelsregister eine Stellvertretung aufgrund Vollmacht zulässig ist, wird nicht behandelt. Dabei können gerade in diesem Zusammenhang Schwierigkeiten auftreten. So ist anerkannt, dass eine Vertretung aufgrund Vollmacht auch bei Anmeldungen zum Handelsregister grundsätzlich zulässig ist (vgl. *Schwarz* in *Widmann/Mayer* § 16 Rdnr. 9.3). Die rechtsgeschäftliche Vertretung ist aber ausgeschlossen für Anmeldungen mit höchst-

persönlichen Erklärungen (vgl. *Schaub*, MittBayNot 1999 S. 542). Auch wenn die aufnehmende GmbH ihr Kapital zur Durchführung der Verschmelzung erhöht steht zwar § 57 Abs. 2 GmbHG gem. § 55 Abs. 1 Satz 1 UmwG einer Stellvertretung nicht entgegen, da die Geschäftsführer keine Versicherung über die Leistung der Stammeinlage abgeben müssen. Problematisch ist allerdings die Erklärung gem. § 16 Abs. 2 Satz 1 UmwG, für die mit beachtlichen Argumenten die Auffassung vertreten wird, dass es sich um eine höchstpersönliche Erklärung handle (vgl. *Melchior*, GmbHR 1999, S. 520) und insoweit eine Stellvertretung ausgeschlossen sei. Gem. § 16 Abs. 1 S.1 UmwG ist diese Erklärung allerdings nur „bei der Anmeldung“ und nicht in der Anmeldung abzugeben, so dass wohl davon ausgegangen werden kann, dass hier im Gegensatz zu § 12 Abs. 1 HGB die privatschriftliche Form ausreichend ist.

Die für die Praxis bedeutsame Frage der Heilung von Mängeln des Verschmelzungsvertrages ist auf den ersten Blick etwas verwirrend dargestellt. Bei § 5 Rdnr. 92 kommentiert *Lutter*, dass das Fehlen von Angaben gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1–3 zur unheilbaren Nichtigkeit des Vertrages und damit auch zur Nichtigkeit der Verschmelzung insgesamt führen würde. Nur beim Fehlen anderer Gesichtspunkte sei der Vertrag zwar unvollständig und der darauf beruhende Beschluss fehlerhaft und damit anfechtbar, diese Mängel könnten aber durch die Eintragung geheilt werden. Nur zwei Randziffern weiter heißt es dagegen: „Nach Eintragung der Verschmelzung macht die Geltendmachung der Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages wegen der durch § 20 Abs. 2 vom Gesetzgeber mit der Eintragung bezweckten und bewirkten umfassenden Heilung der Verschmelzung wenig Sinn.“ Diese Kommentierung beruht vermutlich auf der Unterscheidung des Gesetzgebers nach der die in § 20 Abs. 1 Nr. 4 genannten Mängel geheilt werden, während § 20 Abs. 2 sonstige Mängel die Wirkungen der Eintragung nur unberührt lassen.

Diese Unterscheidung in Heilung einerseits bzw. Ausschluss der Geltendmachung der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit andererseits macht für die Praxis wenig Sinn. In beiden Fällen kann die Geltendmachung der Mängel die Wirkungen der Verschmelzung nicht mehr beseitigen. Etwaige Schadenersatzansprüche sind von dieser Unterscheidung nicht betroffen. Zutreffender ist es wohl von einer umfassenden Heilungswirkung durch die Eintragung auszugehen (vgl. hierzu Entscheidung des BayObLG mit Anmerkung von *Dieter Mayer*, MittBayNot 2000, 121 ff.).

Die Tatsache, dass das Stichwort der Kettenumwandlung mit keinem Wort erwähnt wird, ist besonders deshalb bedauerlich, da ein großer Teil der Unternehmensumstrukturierungen in mehreren Umwandlungsschritten erfolgt und hier erhebliche Probleme auftauchen können. So würde man sich z.B. Ausführungen dazu wünschen, ob und unter welchen Bedingungen mehrere Umwandlungsvorgänge hintereinander geschaltet werden können. Auch die Frage von Zustimmungserfordernissen kann in diesem Zusammenhang auftauchen, z.B. ob bei der Verschmelzung einer A-AG auf eine B-AG und darauf aufschiebend bedingter Ausgliederung aus dem Vermögen der B-AG auf eine Tochtergesellschaft C-GmbH nicht auch die Gesellschafter der A-AG, die bei Beschluss über die Zustimmung zur Ausgliederung vor Wirksamkeit der Verschmelzung noch nicht Gesellschafter der B-AG sind, der Ausgliederung von der B-AG auf die C-GmbH zustimmen müssen.

Angeregt wird in der nächste Auflage auch die Anforderungen, die an die Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers

zu stellen sind, ausführlicher darzustellen. Gerade, wenn die Acht-Monatsfrist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG weitgehend ausgenutzt wird, könnten mittels einer Checkliste böse Überraschungen vermieden werden; so legen die Beteiligten häufiger zwar vom Wirtschaftsprüfer testierte aber nicht von sämtlichen Geschäftsführern/Vorständen unterschriebene Bilanzen vor (vgl. z.B. *Hüffer*, AktG, 4. Aufl. § 91 Rdnr. 3, *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl. § 41 Rdnr. 1 f.).

Die Kommentierung zum § 126 UmwG ist etwas mager; hier können Fragen offen bleiben, insbesondere bei der Bezeichnung des zu übertragenen Vermögens und der Gewährung von Mitgliedschaften.

Im Rahmen der derzeitigen Börsenbegeisterung ist ein eifriger Wechsel aus der Rechtsform der GmbH in die Aktiengesellschaft zu beobachten. Entsprechend nehmen auch die zu beurkundenden Formwechsel zu. Gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 EG AktG dürfen bis zum 31.12.2001 noch Aktiengesellschaften neu eingetragen werden, deren Grundkapital und Aktien auf Deutsche Mark lauten. Entscheiden sich die Gesellschafter nicht für Stückaktien sondern für Nennbetragsaktien, gelten für Gesellschaften, die auf Grund einer nach dem 31.12.1998 erfolgten Anmeldung eingetragen werden, aber hinsichtlich Mindestnennbetrag und Teilbarkeit der Aktien die gem. dem amtlich festgesetzten Umrechnungskurs in DM umzurechnenden Beträge des § 8 AktG n.F. Auf Grund des Umrechnungskurses von Euro in DM von 1,95583 gerät bei formwechselnden Gesellschaften mit DM-Stammkapital § 197 UmwG, nachdem die jeweiligen Gründungsvorschriften Anwendung finden, mit § 247 UmwG, der von der Kontinuität des Stammkapitals ausgeht, in Widerstreit.

Nach *Happ* folge aus § 318 Abs. 2 UmwG, der § 247 UmwG vorginge, dass eine GmbH nicht gezwungen sei ihr auf DM lautendes Stammkapital vor dem Beschluss über den Formwechsel bereits auf Euro umzustellen. In diesem Fall würde auch das Nennkapital des neuen Rechtsträgers auf DM lauten; allerdings seien die gem. §§ 7 und 8 AktG in Euro festzusetzenden Nennbeträge der Aktien in DM umzurechnen. Die Umrechnung des Kapitals und der Nennbeträge führe dabei stets zu Differenzen zwischen dem DM-Nennkapital vor und nach dem Formwechsel. Bei einem GmbH-Stammkapital von z.B. DM 1.000.000,- würde das Grundkapital der Aktiengesellschaft DM 999.998,28 (Differenz 1,72 DM) betragen. *Happ* rechnet dabei aus, in wie viele Aktien mit einem Nennbetrag von Euro 1 = 1,95583 DM das Grundkapital eingeteilt sein kann. Entscheiden sich die Gesellschafter aber für eine andere Einteilung, z.B. in Nennbetragsaktien zu Euro 100, ergeben sich andere Werte: Der Nennbetrag jeder Aktie in DM beträgt dann DM 195,58, das Grundkapital lässt sich nur in 5112 Aktien einteilen, die Differenz beträgt in diesem Falle DM 179,70. Diese faktische Reduzierung des Nennkapitals sei hinzunehmen, da Umwandlung vor Umstellung ginge. Der Differenzbetrag sei in einem vorübergehenden Rechnungsabgrenzungsposten auszuweisen und würde mit der Umstellung auf Euro zu einem Gewinn führen (§ 247 Rdnr. 5). Ob die Registergerichte dieser Auffassung folgen ist noch nicht geklärt. Dies erscheint insbesondere deshalb zweifelhaft, weil damit eine vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Möglichkeit der vereinfachten Kapitalherabsetzung geschaffen würde. Angesichts der Regelungen in § 86 Abs. 3 S. 3, 2. Halbsatz GmbHG und § 4 Abs. 2, 3 und 5 EG AktG ist aber davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeiten der Euro-Umstellung durch Kapitalherabsetzung abschließend regeln wollte. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Differenz nur dann relativ ge-

ring ist, wenn ein niedriger Nennbetrag für die Aktien gewählt wird. Die Gesellschafter sind aber in der Festlegung der Höhe der Nennbeträge frei. Für die Praxis kann deshalb nur empfohlen werden, dass der Formwechsel aufschiebend bedingt auf eine juristisch logische Sekunde nach dem Wirksamwerden einer vorher oder gleichzeitig zu beschließenden Umstellung des Stammkapitals der GmbH auf Euro und den zur Glättung des Stammkapitals erforderlichen Kapitalmaßnahmen beschlossen wird.

Sind solche vorbereitenden Kapitalmaßnahmen im Gesellschafterkreis nicht durchzusetzen, bleibt die Möglichkeit Stückaktien auszugeben und das Nennkapital entweder auf DM lauten zu lassen oder nur auf zwei Dezimalstellen gerundet, ohne Glättung auf Euro umzustellen. Bei der Ausgabe von Stückaktien empfiehlt es sich allerdings in Hinblick auf

§ 182 Abs. 1 S. 5 AktG, eine Anzahl zu wählen, die zumindest zu einigermaßen glatten rechnerischen Anteilen am Grundkapital führt.

Dass für den Formwechsel einer GmbH in eine AG als Mindestgrundkapital der Gesellschaft neuer Rechtsform DM 100.000,- und nicht Euro 50.000,- angegeben werden (vgl. § 247 Rdnr. 7), ist ein offensichtliches Redaktionsversehen.

Im Ergebnis bleibt aber festzuhalten, dass der neue „Lutter“ nicht zuletzt durch den schnellen Zugang zu den Problemen und ihren Lösungen ein hervorragendes Hilfsmittel für die Bewältigung der immer größer werdenden Zahl von Unternehmensumstrukturierungen darstellt.

Notarassessor *Dr. Michael Fronhöfer*, München

**Müller/Hofmann (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 1999, Verlag C.H.Beck, München, 1804 Seiten, DM 220,-**

Zusammen mit der zweiten Auflage des Beck'schen Handbuchs der GmbH hat der Verlag C. H. Beck vergangenes Jahr das Beck'sche Handbuch der Personengesellschaften herausgebracht. Diese Reihe zeichnet sich durch einen klaren und auf die praxisrelevanten Probleme konzentrierten Aufbau und eine enorme Stofffülle aus, vor allem aber durch die für den Berater unverzichtbare Integration zivil- und steuerrechtlicher Gesichtspunkte ausgehend von der Erkenntnis, dass eine gute gesellschaftsrechtliche immer auch eine gute steuerrechtliche Beratung (und umgekehrt) voraussetzt.

Das Beck'sche Handbuch der Personengesellschaften ist in drei Hauptabschnitte gegliedert:

Im ersten Abschnitt werden die wichtigsten Fragenkomplexe der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft dargestellt. An die jeweiligen zivilrechtlichen Ausführungen schließt sich regelmäßig ein steuerrechtlicher Teil an. Die einzelnen Themenbereiche sind wie folgt geordnet: § 2 Gründung und Beitritt § 3 Organisationsrecht § 4 Der Gesellschafter § 5 Rechnungslegung § 6 steuerliche Gewinnermittlung § 7 Ausscheiden des Gesellschafters § 8 Erbfolge, Schenkung, Güterstandsregelungen § 9 Umwandlung § 10 die Personengesellschaften in der Krise § 11 Auflösung und Liquidation.

Der zweite Hauptabschnitt behandelt die Sonderformen der Personengesellschaften, nämlich die GmbH & Co. KG, stille Gesellschaft, Unterbeteiligung, Familienpersonengesellschaft, Publikumpersonengesellschaft, Arbeitsgemeinschaft, Partnergesellschaft, europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, den Pool bzw. das Konsortium.

In einem dritten Abschnitt werden weitere Gestaltungsmöglichkeiten durch oder im Zusammenhang mit Personengesellschaften dargestellt, nämlich das Jointventure (als Equity oder Contractual Jointventure) die Betriebsaufspaltung, der Unternehmenskauf bzw. -verkauf, die Personengesellschaft im Konzern sowie die Personengesellschaft mit Auslandsbezug in den wesentlichen Bezügen des internationalen Gesellschafts- und Steuerrechts.

Die Ausrichtung dieses Handbuchs an den Bedürfnissen des gesellschaftsrechtlichen Beraters zeigt sich aber auch bereits

an dem den drei Hauptabschnitten vorangestellten Einleitungskapitel, welches sich eingehend mit den Aspekten der Rechtsformwahl im Allgemeinen und den Rechtsformen der einzelnen Personengesellschaften im Besonderen befasst, wiederum unter eingehender Berücksichtigung steuerlicher Gesichtspunkte.

Der formal überzeugende Aufbau des Handbuchs mündet in eine – in dieser Form bisher nicht anzutreffende – umfassende Bearbeitung aller wesentlichen Rechtsfragen, vor die der Berater einer Personengesellschaft gestellt werden kann. Selbst entlegene Probleme werden präzise und – in aller Regel auch in die Tiefe gehend – dargestellt. Der sorgfältig zusammengestellte und hinsichtlich der angegebenen Zitatstellen auch stets korrekte Fußnotenapparat ermöglicht es dem Leser, die gewonnenen Erkenntnisse schnell weiter zu vertiefen. Als eine der wenigen Kritikpunkte des Handbuchs bleibt in diesem Zusammenhang allerdings anzumerken, dass Weiterweisungen zwischen den von verschiedenen Bearbeitern erstellten Themenblöcken weitgehend fehlen, so dass einzelne, insbesondere steuerrechtliche Fragen häufig mehrfach, in unterschiedlicher Tiefe und in unterschiedlichen Zusammenhängen behandelt werden, ohne dass der Leser die Möglichkeit erhält, hieraus Nutzen zu ziehen. Auch das Inhaltsverzeichnis gibt dazu nicht immer ausreichende Hinweise. Für eine zweite Auflage würde man sich insoweit eine Verbesserung wünschen. Angesichts der schier ungläublichen Fülle der behandelten Themen erscheint es wenig sinnvoll in dieser Besprechung auf einzelne Punkte einzugehen. Die verschiedenen Fragestellungen sind jedoch durchgängig nach dem Stand der aktuellen Rechtsprechung und herrschenden Meinung bearbeitet; Mindermeinungen werden zwar nicht völlig negiert, wie von einem Praktikerhandbuch zu erwarten aber nur in der ihnen zukommenden geringeren Bedeutung berücksichtigt.

Das Handbuch lässt sich nicht nur als Nachschlagewerk für die Behandlung einzelner Rechtsprobleme nutzen, sondern auch als Lehrbuch zum Erarbeiten ganzer Themenbereiche. Innerhalb der gesellschaftsrechtlichen Handbücher nimmt es eine Ausnahmestellung ein. Die gerne verwendete Empfehlung, das besprochene Werk dürfe in keiner Bibliothek eines gesellschaftsrechtlichen Beraters fehlen, kann deshalb auch für das Beck'sche Handbuch der Personengesellschaften guten Gewissens ausgesprochen werden.

Notar *Dr. Christoph Giehl*, Erlangen

**Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2., überarbeitete und aktualisierte Auflage. 2000. XXIV, 912 Seiten, 178,- DM.**

Die **Werbung** des Verlags bezeichnet *Nieders* Handbuch als „den Klassiker“. Dies überrascht zunächst, verbindet man mit dem Begriff der Klassik doch i. d. R. etwas altes, weit zurückliegendes. Dabei erschien die 1. Auflage erst 1992 und acht Jahre sind selbst in unserer schnelllebigen Zeit des Internets, der Globalisierung und der Genforschung kein langer Zeitraum. Aber unter Klassik wird in der Literatur auch der Höhepunkt einer Literatur verstanden, und klassisch ist etwas, was in seiner Art vollkommen ist. Und damit kommen wir der hier von der Werbung wohl gemeinten Bedeutung schon näher. Denn in der Tat hat sich bereits die Voraufgabe einer großen Beliebtheit erfreut und wurde für viele Notare und „Erbrechtler“ zum geschätzten, immer wieder herangezogenen Hilfsmittel bei der tagtäglichen Arbeit.

Die Neuauflage des „*Nieder*“ enthält nicht nur eine **Aktualisierung** der ersten, die durch eine Reihe von Gesetzesänderungen (Erbrechtsgleichstellungsgesetz, Insolvenzordnung, Erbschaftsteuerrecht) und die Vielzahl der seitdem ergangenen Entscheidungen notwendig wurde. Weite Passagen wurden völlig **neu überarbeitet**, Wiederholungen vermieden und Zusammengehöriges verbunden. Dies bedingt allerdings, dass die Randnummern gegenüber der Voraufgabe teilweise erheblich abweichen und somit das Auffinden mitunter erschwert wird. Gegenüber der Voraufgabe wurden weiter die Formulierungsvorschläge erheblich vermehrt und vor allem durch eine Unterlegung mit „grau“ im Text deutlich hervorgehoben. Dadurch hat die Übersichtlichkeit der Darstellung erheblich gewonnen. Zu Recht wird aber hinsichtlich entsprechender Formulierungsbeispiele auch immer wieder auf das Münchener Vertragshandbuch verwiesen, das im erbrechtlichen Bereich ebenfalls von *Nieder* bearbeitet wird. Damit wird eine „Überfrachtung“ der Darstellung mit Formularen vermieden. Das Stichwortverzeichnis ist sehr sorgfältig gemacht und ermöglicht ein schnelles Auffinden der Einzelprobleme.

Der **Aufbau** ist im Wesentlichen gleich geblieben. Der 1. Teil beinhaltet allgemeine Überlegungen vor der Gestaltung der Verfügung von Todes wegen, insbesondere die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht als Schranke der erbrechtlichen Gestaltung. Der 2. Teil beschäftigt sich mit den erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, insbesondere mit der Erbeinsetzung, der Vor- und Nacherbschaft, dem Vermächtnis, der Testamentsvollstreckung und den erbrechtlich bindenden Verfügungen von Todes wegen und den Möglichkeiten zu ihrer Beseitigung. Hier werden immer wieder umfangreiche und gute Checklisten gegeben, die heute vielfach sehr gesucht sind, von manchem Routinier aber auch als „Krücken“ der Gestaltungspraxis verworfen werden. Der 3. Teil behandelt die formelle Seite der Formulierung und des richtigen Aufbaus der Verfügung von Todes wegen, also das so wichtige und immer wieder vernachlässigte „Handwerkszeug“ (Rdnr. 1045 ff.). Im 4. Teil erörtert *Nieder* die *vorbereitenden Erbfolgemaßnahmen* durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, insbesondere den Pflichtteilsverzicht (Rdnr. 1144 ff.), gesellschaftsvertragliche Nachfolgeregelungen (Rdnr. 1228 ff.) sowie die Durchbrechung der erbrechtlichen Bindung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden (Rdnr. 1177 ff.). Die nach den §§ 2287, 2288 BGB drohenden Gefahren werden in der notariellen Praxis oftmals unterschätzt. Die Lektüre dieses Abschnitts sei jedem empfohlen, zumal die dortige Darstellung selbst die in so manchem Großkommentar bei weitem

übertrifft. Bei *Nieders* Ausführungen hierzu zeigt sich auch exemplarisch, was auch sonst immer wieder das Buch auszeichnet: Nicht nur eine leicht lesbare und umfassende „theoretische“ Darstellung von Rechtsprechung und h.M. im Schrifttum, sondern immer wieder die gekonnten Hinweise auf die praktische Umsetzung in die tagtägliche Arbeit. So findet sich zu §§ 2287 BGB eine gute Übersicht, welche Umstände ein anerkanntes „lebzeitiges Eigeninteresse“ des gebundenen Erblassers begründen und damit einen Anspruch wegen beeinträchtigender Schenkung ausschließen können. Und ein besonderes Verdienst *Nieders* ist es, dass er immer wieder darauf hinweist, welche *Darlegungs- und Beweislastgrundsätze* gelten und welche Auswirkungen dies auf die Gestaltung hat. Denn dieser Gesichtspunkt kam bisher sowohl in den Formularbüchern wie auch in den allgemeinen Darstellungen zur Methodik der Vertragsgestaltung zu kurz und wird in Zukunft eines der großen Themen der Kautelarjurisprudenz werden.

Der 5. Teil enthält – quasi als Brennpunkt der zuvor bereits allgemein aufgezeigten Probleme – verschiedene Fallgruppen zu erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten im privaten Bereich, wie aber auch bei der Unternehmensnachfolge.

Entsprechend den praktischen Bedürfnissen geht *Nieder* immer wieder auch auf die **steuerlichen Auswirkungen** ein und betont dabei aber zu Recht, dass es sich angesichts der ständigen Änderungen in diesem Rechtsgebiet nur um Momentaufnahmen handelt. Dabei ist *Nieders* Darstellung hier „top-aktuell“: So behandelt er bereits die Probleme, die sich bei einer Realteilung über einen Nachlass im Unternehmensbereich durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 ergeben (vgl. Rdnr. 1351 ff.). Auch die *erbschaftsteuerliche Problematik* des „*Berliner Testaments*“ wird eingehend aufgezeigt (Rdnr. 428), wengleich zu wenig deutlich wird, dass dies natürlich nicht bei jedem „Otto Normalerblasser“ der Fall ist, und dass die angebotenen Ersatzlösungen ihrerseits u.U. einkommensteuerrechtliche Probleme viel größeren Umfangs auslösen können (dazu *J. Mayer*, ZEV 1998, 50, 55). Die „*Daragan'sche Klausel*“ (vgl. etwa *ders.*, DStR 1999, 393) wird zu Recht nicht empfohlen, sie dürfte den Bedürfnissen der Praxis nicht entsprechen und birgt die gleiche Gefahr einkommensteuerrechtlicher Nachteile.

Demgegenüber sucht man ganz **aktuelle erbrechtliche Fragestellungen** oftmals vergeblich. So wird nicht darauf eingegangen, welche Auswirkungen das Minderjährigenhaftungsbegrenzungsgesetz auf die Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich hat. Dass minderjährige Erben zur Unternehmensfortführung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen, dürfte sich bei einem direkten Erwerb aufgrund Erbenstellung (Einzelunternehmen oder erbrechtliche Nachfolgeklausel bei Gesellschaften) nach Inkrafttreten des *Minderjährigenhaftungsbegrenzungsgesetzes* nicht mehr vertreten lassen. Auch ein Hinweis auf die begrenzten Wirkungen einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB wäre sicherlich wünschenswert. So kann es zu nicht geahnten Problemen infolge des sog. „*Forum-Shoppings*“ kommen: Wählt etwa ein italienischer Staatsangehöriger hinsichtlich des in Deutschland belegenen Grundbesitzes deutsches Erbrecht, so hindert dies seine Pflichtteilsberechtigten nicht, vor einem italienischen Gericht ihre gegenüber dem deutschen Recht weitergehenden Pflichtteilsrechte nach italienischem Recht geltend zu machen und diese dann auch bezüglich des deutschen Grundbesitzes zu vollstrecken (dazu etwa *Riering* ZEV 1995, 167, 171). Auch die Gestaltungsempfehlungen bei

Zuwendungen zu Gunsten überschuldeter Personen müssen wohl in Zukunft zumindest dann überdacht werden, wenn der Überschuldete nur Miterbe wird; denn die für den Pfändungsschutz notwendige Anordnung der Testamentsvollstreckung hindert den Miterben nicht, über seinen Erbanteil zu verfügen; und diesen muss und kann er u.U. seinen Gläubigern zur Verfügung stellen, um die *Restschuldbefreiung* nach den §§ 286 ff. InsO zu erhalten (dazu s. *Damrau* MDR 2000, 255).

Daran zeigt sich: Es ist nicht *Nieders* Anliegen, neue, u.U. gewagte Ansichten zu vertreten, zu „experimentieren“ und damit zu brillieren. Vielmehr stellt er die h. M. und Rechtsprechung zuverlässig und in leicht erfassbarer Weise dar und gibt dazu in der Praxis bewährte Gestaltungsempfehlungen. Begriffliche Klarheit und „stille Größe“ im Sinne des Klassikerverständnisses eines *Johann Joachim Winckelmann* also,

wenn man den „Werbe-Slogan“ vom Klassiker nochmals aufnehmen will. Man kann es aber auch einfacher wenden (und jeder der den Kollegen *Nieder* kennt, weiß, dass ihm dies sicherlich lieber ist): Jeder Notar, aber auch der interessierte Rechtsanwalt und Richter, wird das Handbuch der Testamentsgestaltung mit Gewinn lesen: Für seine tägliche Arbeit, aber auch und vor allem für sein besseres und vertieftes Verständnis des Erbrechts. Enthält es doch die gesammelte Erfahrung eines langen Berufslebens eines der besten deutschen Erbrechtskenner.

„Erben ist kein Gewinn“ heißt ein altes deutsches Rechtspruchwort. Es entstand, bevor die Testamente mit Hilfe des „*Nieders*“ gemacht wurden.

Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

#### **Sudhoff Unternehmensnachfolge 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000, 1259 Seiten, DM 198,-**

##### A.

Das zu besprechende Werk befasst sich mit einem Themenbereich, der für alle Kautelarjuristen in zunehmendem Maße an Bedeutung gewinnt. In zahlreichen Familienunternehmen steht in den nächsten Jahren der Generationswechsel von der Gründergeneration zur nachfolgenden Generation an. Der anstehende Generationswechsel stellt dabei hohe Anforderungen an den jeweiligen juristischen Berater. Zum einen verbirgt sich hinter dem schlichten Wort »Unternehmensnachfolge« eine der rechtlich schwierigsten und anspruchsvollsten Aufgabengebiete für den Kautelarjuristen. Gilt es doch, bei der Unternehmensnachfolge gesellschaftsrechtliche, erbrechtliche und steuerrechtliche Besonderheiten zu kennen und bei der Vertragsgestaltung zu beachten. Darüber hinaus sind auch hervorgehobene Kenntnisse im übrigen Zivilrecht unabdingbar. Zum anderen stellt eine Unternehmensnachfolge auch hohe Anforderungen an das Einfühlungsvermögen und die psychologische Beratung eines mit diesem Themengebiet befassten Juristen. Denn immer wieder zeigt sich in der Praxis, dass es leichter ist, ein Unternehmen zu gründen als zu übergeben.

Die Neuauflage des *Sudhoff*, Unternehmensnachfolge, hat sich zur Aufgabe gemacht, die unterschiedlichen komplexen Aspekte einer Unternehmensnachfolge zu beleuchten. Ausweislich der Einleitung versteht sich die Neuauflage als Handbuch für die Praxis. Diese Neuauflage hat mit den Vorauflagen des *Sudhoff* nichts mehr gemein, da in Gestaltung und Text völlig neue Wege gegangen worden sind.

##### B.

Die Neuauflage des *Sudhoff* ist in fünf Abschnitte untergliedert: A. Erbrecht, B. Vorweggenommene Erbfolge, C. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, D. Steuerrecht, E. Gestaltung der Nachfolge durch Umwandlung des Unternehmens und F. Gestaltungsmodelle der Unternehmensnachfolge.

Unter Abschnitt »A. Erbrecht« werden auf 244 Seiten die Grundlagen der gesetzlichen und gewillkürten Erbfolge, die Anordnungen des Erblassers, z. B. Erbeinsetzung, Vermächtnisse, Vor- und Nacherbfolge, die Nachlassabwicklung sowie

der Ausschluss von der Erbfolge behandelt. Unter Abschnitt »B. Vorweggenommene Erbfolge« werden Grundfragen dieses Bereichs dargestellt sowie Gestaltungsformen zur Durchführung der Generationennachfolge und der Sonderfall der Hofübergabe beschrieben. Unter »C. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten« werden die unterschiedlichen Gesellschaftsformen und gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten dargestellt, den Unternehmensnachfolger am Unternehmen zu beteiligen. In Abschnitt »D. Steuerrecht« werden die steuerlichen Konsequenzen der Unternehmensveräußerung, Unternehmensaufgabe, Unternehmensverpachtung, des Erbfalls sowie der vorweggenommenen Erbfolge dargelegt. Der Abschnitt E. befasst sich mit der Gestaltung der Nachfolge durch Umwandlung des Unternehmens. Dort werden die Umwandlung des Unternehmens als Gestaltungsmittel, die Durchführung der Umwandlung und die Grundlagen des Umwandlungssteuerrechts behandelt. In Abschnitt »F. Gestaltungsmodelle der Unternehmensnachfolge« werden in der Praxis häufig vorkommende Gestaltungsmodelle der Unternehmensnachfolge in ihrem rechtlichen und steuerlichen Zusammenhang dargestellt, so z. B. die Gründung einer Familiengrundbesitzgesellschaft, das so genannte »Wiesbadener Modell«, die Gründung einer Familienholding, die Betriebsverpachtung und der Betriebsübergang mit laufender Gegenleistung.

I. In dem Abschnitt »A. Erbrecht« werden ausführlich die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge sowie die vom Erbrecht zur Verfügung gestellten Instrumente im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen, aber auch die rechtliche Situation nach Eintritt des Erbfalls und das gesetzliche Pflichtteilsrecht sowie der Erb- und Pflichtteilsverzicht dargestellt. In § 3 Rdnr. 15 ff. werden die Vorzüge des öffentlichen und privaten Testaments miteinander verglichen. Zu Recht findet sich der Hinweis darauf, dass sich die Kosten für ein notariell beurkundetes Testament von dem Hintergrund relativieren, dass in bestimmten Fällen die Erteilung eines Erbscheins durch das notariell beurkundete Testament samt Eröffnungsniederschrift überflüssig ist. Nicht nachvollziehbar ist der Hinweis in § 3 Rdnr. 17, dass das eigenhändige Testament dem öffentlichen Testament deswegen überlegen sei, da es leichter, schneller und unbürokratischer geändert werden könne. Denn auch ein notariell beurkundetes Testament kann durch ein eigenhändiges Testament geändert und aufgehoben werden. Gleichwohl sollte auch ein eigenhändiges Testament nur mit

fachkundigem Rat errichtet werden. In § 6 Rdnr. 25 wird zutreffend der Vorteil des Vermächtnisses im Rahmen der Unternehmensnachfolge kraft letztwilliger Verfügung hervorgehoben: Im Rahmen der vermächtnisweisen Zuwendung eines Unternehmens kann der vom Erblasser ermächtigte Dritte eine Ermessensentscheidung hinsichtlich der Auswahl des Unternehmensnachfolgers aus einer Gruppe von Personen, die der Erblasser benannt hat, treffen. Gleiches gilt, wenn ein Unternehmen im Rahmen einer Teilungsanordnung auf den Nachfolger zu übertragen ist und die Auswahl des Nachfolgers wiederum einem Dritten obliegt. In Rdnr. 26 von § 6 wird in diesem Zusammenhang auch die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft als Gestaltungsmittel empfohlen. Der Vorerbe könne Einfluss auf die Person des Nacherben nehmen, indem die Nacherbschaft unter der auflösenden Bedingung angeordnet wird, dass der Vorerbe keine anderweitige Entscheidung trifft oder indem der Erblasser die Personen als Nacherben einsetzt, die der Vorerbe zu seinen Erben beruft. Das Instrument der Vor- und Nacherbschaft sollte jedoch im Bereich der Unternehmensnachfolge nur zurückhaltend eingesetzt werden. Zum einen sollte der Unternehmensinhaber nur die Person zum Unternehmensnachfolger bestimmen, die er für geeignet hält, und nicht die mit der Vor- und Nacherbschaft verbundenen Beschränkungen des Vorerben als Ausgleich für dessen mangelnde Eignung ansehen. Zum anderen ist zu bedenken, dass auch zum Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls der Gesellschaftsvertrag noch eine entsprechende Nachfolgeklausel vorsehen muss. Grundsätzlich ist der Vorerbe nicht daran gehindert, den Gesellschaftsvertrag zusammen mit den übrigen Gesellschaftern dahingehend zu ändern, dass er mit seinem Tode aus der Gesellschaft ausscheidet. In diesem Fall verbliebe dem Nacherben nur ein Abfindungsanspruch. Darüber hinaus bestehen gegen die genannte Möglichkeit, dass der Erblasser diejenigen Personen als Nacherben einsetzt, die der Vorerbe zu seinen Erben beruft, erhebliche Bedenken. Diese so genannte »Dieterle«-Klausel muss im Lichte des § 2065 Abs. 2 BGB betrachtet werden, wonach der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem anderen überlassen kann. Obgleich die »Dieterle«-Klausel auch in der Praxis der Geschiedenentestamente Verbreitung gefunden hat, ist sie nur mit äußerster Vorsicht zu genießen. Am sichersten dürfte es sein, auf sie ganz zu verzichten.

In § 6 wird unter Rdnr. 29 die Jastrow'sche-Klausel als wirkungsvolles Instrument dargestellt, um die Pflichtteilsansprüche von den Abkömmlingen im Falle des Todes des Überlebenden der Eltern möglichst weitgehend zu beschränken, die beim Tod des Erstversterbenden bereits ihren Pflichtteilsanspruch geltend gemacht haben.

Dies ist zweifelsohne richtig. Gleichwohl ist aus praktischer Sicht zu sagen, dass die Jastrow'sche-Klausel zu einem Automatismus führt. Man stelle sich nur die Situation vor, dass beim Tod des erstversterbenden Elternteils einer der Abkömmlinge seinen Pflichtteilsanspruch geltend gemacht hat, der andere Abkömmlinge, der seinen Pflichtteilsanspruch nicht geltend gemacht hat, in eine Sekte eingetreten ist, in der das gesamte Vermögen der Sektenmitglieder dem Oberhaupt der Sekte zuzuwenden ist. Es dürfte sicherlich nicht dem Willen des Erstversterbenden entsprechen, dass in einem solchen Fall der Abkömmling, der seinen Pflichtteilsanspruch nicht geltend gemacht hat, automatisch einen Geldzahlungsanspruch in Form eines Vermächtnisses zugewendet erhält. Aus diesem Grund ist die Jastrow'sche-Klausel in der Praxis eher zurückhaltend einzusetzen. Pflichtteilsansprüche können

auch auf andere Weise reduziert werden, z. B. durch Schenkungen im 10-Jahres-Rhythmus (§ 2325 Abs. 3 BGB), sofern dem nicht die Vorschrift des § 2287 entgegensteht.

In § 7 Rdnr. 31 wird kurz das Verhältnis von Nießbrauchsvermächtnis und Unternehmensnachfolge angeschnitten. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass vor der vermächtnisweisen Anordnung, aber auch vor jeder Bestellung eines Nießbrauchs an Unternehmensbeteiligungen, der Gesellschaftsvertrag dahingehend geprüft werden muss, ob wegen der Vorschrift des § 1069 I BGB die Anordnung eines Nießbrauchs zulässig ist, oder ob z. B. die Zustimmung der Gesellschaft oder anderer Gesellschafter aufgrund einer Vinkulierungsklausel erforderlich ist. In § 34 werden unter Rdnr. 8 ff. die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Bestellung eines Nießbrauchs an Unternehmensbeteiligungen dargestellt.

In § 17 werden unter Rdnr. 52 ff. Gestaltungsempfehlungen zur Verringerung oder Vermeidung von Pflichtteilsansprüchen gegeben. Gut dargestellt werden die Möglichkeiten, die durch die Wahl eines entsprechenden Güterstandes bestehen. Nicht eingegangen wird auf die Möglichkeit der Vereinbarung einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, § 1483 Abs. 1 BGB. Durch die Vereinbarung der fortgesetzten Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen wird erreicht, dass Pflichtteilsansprüche von gemeinschaftlichen Abkömmlingen solange nicht geltend gemacht werden können, wie der überlebende Ehegatte noch lebt. Nicht dargestellt wird außerdem die Möglichkeit der Beendigung des gesetzlichen Güterstands der Zugewinngemeinschaft durch Vereinbarung der Gütertrennung. Dies könnte insbesondere dann erwogen werden, wenn z. B. der vermögende, im gesetzlichen Güterstand lebende Ehemann ein nichteheliches Kind hat. Durch die Beendigung des gesetzlichen Güterstandes entsteht eine Ausgleichsforderung der Ehefrau. Durch die Begleichung der Ausgleichsforderung wird das Vermögen des Ehemannes, das für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs des einseitigen Abkömmlings des Ehemannes maßgeblich ist, verringert. Zu bedenken ist allerdings, dass sich in diesem Fall durch die Vereinbarung der Gütertrennung regelmäßig der Pflichtteilsanspruch des Abkömmlings erhöht, so dass daran gedacht werden könnte, zu einem späteren Zeitpunkt den Güterstand der Gütertrennung aufzuheben und wiederum in den Güterstand der Zugewinngemeinschaft zu wechseln. Noch nicht geklärt ist jedoch, ob die Vereinbarung der Gütertrennung in einem derartigen Fall pflichtteilsfest ist. Ein Gesichtspunkt für die Bejahung der Pflichtteilsfestigkeit könnte sein, wenn der Güterstandswechsel vornehmlich aus anderen Gründen, z. B. der Ausstattung des anderen Ehepartners mit eigenem Vermögen, erfolgt. Der Wechsel (wieder) in den gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft in kurzem zeitlichen Abstand dürfte unter dem Gesichtspunkt der Pflichtteilsfestigkeit schädlich sein. Nicht erwähnt wird bei diesem Überblick auch der Einsatz der »Ausstattung«, § 1624 Abs. 1 BGB: Auch durch die Ausstattung der Eltern oder eines Elternteils an die Kinder können Pflichtteilsansprüche verringert werden, wenn die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter, entsprechende Maß nicht übersteigt, um dem Kind mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder zur Erlangung einer selbständigen Lebensstellung die wirtschaftliche Existenz zu begründen oder zu erhalten. Im Rahmen einer Zuwendung sollte der Begriff der Ausstattung ausdrücklich erwähnt werden, wenn eine solche gewünscht ist.

II. § 21 des Abschnitts »B. Vorweggenommene Erbfolge« befasst sich mit den zivilrechtlichen Formvorschriften, die im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge zu beachten sind. In Rdnr. 9 und 10 wird zutreffend angemerkt, dass die schenkungsweise Einräumung einer atypischen oder typischen stillen Beteiligung oder einer Unterbeteiligung sowie die schenkungsweise Zuwendung einer Beteiligung an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts der notariellen Beurkundung gemäß § 518 Abs. 1 BGB bedarf. Eine Heilung des formunwirksamen abgegebenen Schenkungsversprechens kommt weder durch die Einbuchung des Anteils noch durch Auszahlung der Gewinnanteile in Betracht, da hierdurch die Rechtsänderung nicht äußerlich erkennbar gemacht wird. Nicht zutreffend ist die Feststellung in Rdnr. 13 von § 21, wonach bei Immobilien die Bestellung eines Nießbrauchs durch notarielle Beurkundung und Eintragung erfolgt. Erforderlich ist eine privatschriftlich mögliche Einigung und die Eintragung dieser Einigung im Grundbuch. Wegen § 29 GBO ist für die Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuch lediglich die Beglaubigung der Unterschriften erforderlich. In § 24 Rdnr. 16 ff. findet man Ausführungen zum Erb- und Pflichtteilsverzicht. Diese sind überflüssig und größtenteils Wiederholungen, da diese bereits ausführlich unter A. § 18 Rdnr. 1 ff. behandelt werden. In § 26 werden unter Rdnr. 1 ff. die gesellschaftsvertraglichen Sicherungs- und Kontrollinstrumente für den Erblasser im Rahmen vorweggenommener Erbfolgeregelungen im unternehmerischen Bereich dargestellt. Weder an dieser Stelle noch in § 34, der sich mit der Aufnahme Geschäftsunfähiger oder Minderjähriger als gesellschaftsrechtlichem Sonderfall befasst, wird auf die Problematik des Sonderkündigungsrechts Minderjähriger mit Erreichen der Volljährigkeit (§ 723 I Nr. 2 BGB) und auf entsprechende vorsorglich zutreffende gesellschaftsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten hingewiesen, z. B. durch eine entsprechende Abfassung der in den Gesellschaftsverträgen enthaltenen Abfindungsklauseln (s. dazu *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 206 ff.).

In § 26 Rdnr. 15 ff. wird festgestellt, dass dem Erblasser bei lebzeitiger Aufnahme von Familienmitgliedern in die Gesellschaft häufig daran gelegen sei, die Stimmrechtsausübung des Nachfolgers für eine gewisse Zeit einzuschränken. Als probates Mittel wird dann vorgeschlagen, das Stimmrecht durch Stimmbindungsverträge einzuschränken. Hierbei wird jedoch bei Beteiligungen an Personengesellschaften außer Acht gelassen, dass bei der Beurteilung der Frage, ob eine Mitunternehmerschaft i. S. des § 15 EStG vorliegt, Stimmbindungsverträge problematisch sein können (s. *Schmidt*, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 18. Aufl., § 15 Rdnr. 272).

In § 27 Rdnr. 15 wird festgestellt, dass bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen abbedungen werden kann. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH v. 27.9.1999 (DStR 1999, 1704) ist die früher so beliebte »GbR mit beschränkter Haftung« jedoch praktisch gestorben.

III. § 38 befasst sich mit den Vor- und Nachteilen einzelner Gesellschaftsformen. Nicht erwähnt wird ein wesentlicher Unterschied zwischen der Aktiengesellschaft und der GmbH: In der GmbH haben die Gesellschafter wesentlich mehr Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens, da der Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung gewählt und abgewählt wird. Bei der Aktiengesellschaft besitzen die Aktionäre eine wesentlich geringere Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung, da der Vorstand ja bekanntlich vom Aufsichtsrat und nicht von den Aktionären bestellt und abberufen wird.

In den §§ 39 bis 50 werden die einzelnen Gesellschaftsformen umfassend dargestellt (Die Rechtsform der EWIV wird dabei allerdings nicht vorgestellt). In diesem Zusammenhang wird zurecht die GmbH & Co. KGaA als interessante Gesellschaftsform für Familiengesellschaften genannt, da sie sowohl eine personalistische Führungsstruktur als auch den Zugang zum Kapitalmarkt ermöglicht. Nicht erwähnt wird der erbschaft- und schenkungsteuerliche Vorteil einer »atypischen« GmbH & Co. KGaA: Bei der atypischen Variante dieser Gesellschaftsform besteht das finanzielle Engagement der Familie nicht in Kommanditaktien, sondern in Form einer Vermögenseinlage als Komplementärkapital. Im Falle der Übertragung von Anteilen an der Personengesellschaft, die Komplementärin der KGaA ist, wird für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Schenkung- und Erbschaftsteuer die mit den übertragenen Anteilen verbundene Quote am Wert des Betriebsvermögens der Gesellschaft zugrundegelegt (§ 97 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 1 a Bewertungsgesetz). Insbesondere bei ertragsstarken Unternehmen führt dies zu einer erheblich geringeren schenkung- und erbschaftsteuerlichen Belastung als bei der Übertragung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, bei denen der gemeine Wert für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage maßgeblich ist.

IV. In Abschnitt D. §§ 51 bis 53 werden ausführlich und klar die steuerlichen Folgen der Unternehmensveräußerung, der Unternehmensaufgabe und der Unternehmensverpachtung dargestellt. § 54 befasst sich mit den steuerlichen Konsequenzen des Erbfalls. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass der Erbfall aus steuerlicher Sicht vorher genau zu durchdenken und zu planen ist, da eine »nachträgliche Reparatur« der sich als steuerlich verunglückt erweisenden Gestaltungen in der Regel nicht möglich ist. An dieser Stelle wäre noch ein kurzer Hinweis darauf angebracht, dass bei der Testamentsgestaltung im Unternehmensbereich auch eine der Kernfragen lautet, ob Veräußerungsgewinne im Zuge der Erbauseinandersetzung gewünscht werden oder ob diese möglichst vermieden werden sollen. Zur Beantwortung dieser Frage zwingen den Kautelarjuristen die Beschlüsse des Großen Senates vom 5.7.1990, in denen dieser u. a. entschieden hat, dass die Auseinandersetzung dem Erbfall als selbständiger Rechtsvorgang nachfolgt und mit diesem keine rechtliche Einheit bildet (s. zu diesem Themenbereich auch die Ausführungen von *Priester*, DNotZ 1991, 507 ff.). Wichtig ist auch der Hinweis auf die steuerlichen Gefahren (Aufdeckung stiller Reserven), die im Falle einer Betriebsaufspaltung bestehen, wenn durch testamentarische Anordnungen (oder Maßnahmen des Testamentsvollstreckers) die Anteile an der Besitzgesellschaft und die Anteile an der Betriebsgesellschaft an jeweils andere Personen übertragen werden, so dass die persönliche Verflechtung und damit auch die Betriebsaufspaltung als solches endet.

§ 51 Rdnr. 38 ff. befasst sich mit der Problematik der Übertragung eines Anteils an einer Personengesellschaft beim Vorhandensein von Sonderbetriebsvermögen. Sowohl im Rahmen der vorweggenommenen Unternehmensnachfolge als auch der durch letztwillige Verfügung angeordneten Unternehmensnachfolge ist nach der Abschaffung des Mitunternehmererlasses verstärkt darauf zu achten, dass die Unternehmensnachfolge bei Vorhandensein von Sonderbetriebsvermögen nicht zu einer Aufdeckung stiller Reserven führt, s. § 6 Abs. 5 S. 3 EStG. Übersichtlich werden in Rdnr. 40 die einzelnen Fallkonstellationen bei der Veräußerung von Mitunternehmeranteilen aufgelistet, wenn Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens vorhanden sind.

Gut dargestellt werden die Privilegierungen der §§ 13 a und 19 a Erbschaftsteuergesetz. Diese Privilegierungen der Übertragung von Betriebsvermögen sind jedoch gefährdet durch die Verwirklichung von Nachsteuertatbeständen: Wird innerhalb eines Zeitraumes von fünf Jahren ein Nachsteuertatbestand verwirklicht, so entfällt die Privilegierung des Betriebsvermögens rückwirkend. Dies hat insbesondere auch für die notarielle Praxis Bedeutung, denkt man z. B. daran, dass begünstigt erworbene Anteile an Kapitalgesellschaften innerhalb der Fünf-Jahres-Frist veräußert werden oder das Vermögen der Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft, natürliche Person oder eine andere Körperschaft übertragen wird. Die einzelnen, eine Nachbesteuerung auslösenden Tatbestände, werden in § 54 Rdnr. 59 ff. übersichtlich aufgelistet.

V. In § 56 Rdnr. 1 ff. werden die Bedeutung von Umwandlungen im Rahmen der Unternehmensnachfolge und die Abwägung und Berücksichtigung der hierbei tangierten Interessen des Unternehmers, des Unternehmensnachfolgers, die Interessen der anderen Erben und die Interessen des Unternehmens behandelt. Zutreffend ist der Hinweis, dass die Planung der Unternehmensnachfolge einen guten Ansatzpunkt darstellt, über lange aufgeschobene und notwendige Restrukturierungsmaßnahmen nachzudenken. Im Rahmen der Darstellung der Restrukturierung einer bereits vorhandenen Gesellschaft als Familiengesellschaft wird in § 60 unter Rdnr. 11 und in § 65 Rdnr. 10 das »Anwachungsmodell« als kostengünstige Alternative zu den beurkundungspflichtigen Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz genannt. Dem sind zwei Gesichtspunkte entgegenzuhalten: Erstens ist zweifelhaft, ob das sogenannte »erweiterte Anwachungsmodell«, das bei Vorhandensein stiller Reserven beispielsweise bei der Umwandlung einer GmbH & Co. KG in eine GmbH zu wählen ist (die Kommanditanteile an der Kommanditgesellschaft werden im Wege der Sachkapitalerhöhung in die bisherige Komplementär-GmbH eingelegt, wodurch die Kommanditgesellschaft erlischt. Das Vermögen der Kommanditgesellschaft wächst der GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an), kostengünstiger ist. Denn in diesem Fall sind die Sachgründungsvorschriften bei der Einbringung der Mitunternehmeranteile anzuwenden. Das Argument, dass das »Anwachungsmodell« kostengünstiger im Vergleich mit einer Umwandlung nach dem UmwG sei, relativiert sich auch vor dem Hintergrund, dass nach § 47 KostO die Höchstgebühr beispielsweise für einen Umwandlungsbeschluss im Rahmen eines Form-

wechsels 10.000,- DM beträgt und diese Höchstgebühr bei einem Aktivvermögen des formwechselnden Rechtsträgers von mehr als 3.260.000,- DM eingreift. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass der Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz gegenüber dem Anwachungsmodell den großen Vorteil hat, dass bei Vorhandensein von Grundstücken der Formwechsel nach nunmehr gefestigter Ansicht keine Grunderwerbsteuer auslöst. Demgegenüber stellt das Anwachungsmodell einen Grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerb nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Grunderwerbsteuergesetz dar (der gegebenenfalls nach § 6 Grunderwerbsteuergesetz begünstigt ist).

Nicht zutreffend ist der Hinweis in § 66 Rdnr. 23, wonach eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur im Wege des Anwachungsmodells in eine GmbH umgewandelt werden kann. In diesem Fall ist daran zu denken, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Eintragung im Handelsregister in eine OHG oder eine KG »umzuwandeln« und sodann den Formwechsel durchzuführen.

### C.

Zusammenfassend lässt sich von dem besprochenen Werk sagen, dass es auf hohem Niveau geschrieben und für den Praktiker, der mit der Unternehmensnachfolge zu tun hat, sehr nutzbringend ist. Das Handbuch überzeugt durch seinen übersichtlichen und klar gegliederten Aufbau. Eingearbeitet wurden bereits die aktuellen Änderungen durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002. Das Werk versucht, sich dem Gebiet der »Unternehmensnachfolge« umfassend zu nähern, was zwangsläufig eine sehr ausführliche Darstellung auch der grundlegenden Bereiche zur Folge hat. Etwas störend sind in diesem Zusammenhang gelegentliche Wiederholungen in der Darstellung von bestimmten rechtlichen Grundlagen oder Problemstellungen. Der Wert dieses Werks für die kautelarjuristische Praxis könnte auch noch dadurch gesteigert werden, dass Formulierungsvorschläge mit aufgenommen werden, die bisher nahezu gänzlich fehlen.

Festzuhalten bleibt aber: Wer sich umfassend mit der Unternehmensnachfolge und den mit ihr zusammenhängenden zivilrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Fragestellungen beschäftigen möchte oder befassen muss, ist mit dem Werk *Sudhoff*, »Unternehmensnachfolge« bestens bedient.

Notar Dr. Christian Winkler, LL.M., Neu-Ulm

### Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 166, 172, 173; HWiG § 1 (*Widerrufsrecht nach HWiG bei aufgrund notarieller Vollmacht abgeschlossenem Vertrag*)

- a) Bei Einschaltung eines Vertreters zum Abschluss eines Darlehensvertrages kommt es für die Widerruflichkeit der Vertragserklärung nach dem Haustürwiderrufgesetz jedenfalls grundsätzlich nicht auf die Haustürsituation des Vertretenen bei der Vollmachtserteilung, sondern auf die des Vertreters bei Abschluss des Darlehensvertrages an.**
- b) Der in seinem Vertrauen auf eine ihm vorgelegte notariell beurkundete Treuhandvertrags- und Vollmachtsklärung geschützte Darlehensgeber darf ohne weiteres davon ausgehen, dass dem Vertretenen ein Recht zum Widerruf der Treuhandvertrags- und Vollmachtsklärung nicht zusteht (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG).**

BGH, Urteil vom 2.5.2000 – XI ZR 150/99 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### *Zum Sachverhalt:*

Der Kläger verlangt die Rückabwicklung eines Darlehensvertrages, den er mit der beklagten Sparkasse zur Finanzierung seiner Beteiligung an einem Immobilienfonds geschlossen hat.

Aufgrund eines in seiner Wohnung geführten Werbegesprächs mit einem Anlagevermittler beauftragte der Kläger am 11.7.1986 die M. Vermögensanlagen – Vermittlungsgesellschaft mbH (GmbH) mit der Vermittlung eines entgeltlichen Treuhandvertrages; die Treuhänderin sollte ihrerseits die für den Erwerb und die Finanzierung eines Anteils an einer Immobilienfonds GbR erforderlichen Geschäfte mit einem Gesamtaufwand von 50.000 DM im Namen und für Rechnung des Klägers abschließen. Der Treuhandvertrag und die – für die Dauer des Treuhandverhältnisses unwiderrufliche – Vollmacht zu dessen Durchführung wurde, wie vereinbart, am 27.7.1986 notariell beurkundet.

Die Treuhänderin schloss unter Vorlage der notariellen Vollmacht im Namen des Klägers mit der Beklagten einen Darlehensvertrag über 50.000 DM zur Finanzierung des Fondsanteils. Der Darlehensbetrag wurde vereinbarungsgemäß an die Fondsgesellschaft, der der Kläger, vertreten durch die Treuhänderin, beigetreten ist, ausgezahlt.

Mit Schreiben vom 29.4.1998 widerrief der Kläger den Darlehensvertrag unter Hinweis darauf, dass er nicht nach § 2 HWiG belehrt worden sei. Die Beklagte hält diesen Widerruf für unwirksam.

Das Landgericht hat der Klage auf Rückzahlung der auf den widerrufenen Darlehensvertrag erbrachten Leistungen des Klägers in Höhe von 35.786,46 DM und auf Feststellung, dass der Beklagten aus diesem Vertrag keine Rechte zustehen, stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Die hiergegen eingelegte Revision hatte Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

##### I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Beklagte sei gemäß § 3 Abs. 1 HWiG zur Rückzahlung der vom Kläger erbrachten Leistungen verpflichtet, weil der

vom Kläger erklärte Widerruf des Darlehensvertrages wirksam sei. Der Kläger sei nämlich in einer Verhandlungssituation im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG zur Abgabe der auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung bestimmt worden. Weil die Folgen der Erklärung der Treuhänderin nach § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB den Kläger trafen, komme es nicht darauf an, dass dieser die Erklärung nicht selbst abgegeben habe. Unerheblich sei auch, dass der widerrufene Darlehensvertrag nicht in der Privatwohnung des Klägers, sondern in den Geschäftsräumen der Beklagten geschlossen worden sei. Durch den Treuhandvertrag, zu dessen Abschluss der Kläger in seiner Privatwohnung geworben worden sei, und die Erteilung der unwiderruflichen Vollmacht sei ein »automatischer« Ablauf in Gang gesetzt worden, der letztlich zum Darlehensvertrag geführt habe. Zwar habe nicht die Beklagte, sondern ein unbeteiligter Dritter den Kläger zur Abgabe der Vertragserklärung bestimmt; das Verhalten des Dritten müsse die Beklagte sich aber nach § 123 Abs. 2 BGB analog zurechnen lassen, da sie hätte erkennen müssen, dass Beteiligungserwerbungen der in Rede stehenden Art vielfach nach einem Schema abließen, das regelmäßig einleitende Kontakte in der Wohnung des Kunden umfasse. Der Widerruf sei auch nicht durch die notarielle Beurkundung von Treuhandvertrag nebst Vollmacht ausgeschlossen, da der widerrufene Darlehensvertrag nicht beurkundet und damit ein Grund für den Widerrufsabschluss nicht gegeben sei. Der Widerruf sei auch mangels Belehrung über die Widerrufsmöglichkeit nicht verfristet und im Übrigen nicht verwirkt. Wegen des somit wirksamen Widerrufs sei auch das Feststellungsbegehren begründet.

##### II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG, wonach eine auf Abschluss eines Vertrages über eine entgeltliche Leistung gerichtete Willenserklärung, zu der der Erklärende (Kunde) durch mündliche Verhandlungen im Bereich seiner Privatwohnung bestimmt worden ist, erst wirksam wird, wenn der Kunde, falls ordnungsgemäß belehrt, sie nicht binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerruft, gewährt dem Kläger kein Recht, die Darlehensvertragserklärung zu widerrufen.

1. Die auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung hat nicht der Kläger, sondern die von ihm beauftragte und bevollmächtigte Treuhänderin für ihn abgegeben. Die Treuhänderin ist zur Abgabe dieser Erklärung nicht in oder aufgrund einer Verhandlungssituation im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG bestimmt worden. Dass ihre Erklärung nach § 164 Abs. 1 BGB unmittelbar für und gegen den Kläger wirkt, hat zwar zur Folge, dass der Kläger als »Kunde« der Beklagten im Sinne des § 1 Abs. 1 HWiG anzusehen ist. Daraus ergibt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts aber nicht, dass der Kläger ohne weiteres das Recht hat, die von der Treuhänderin für ihn abgegebene Erklärung zu widerrufen, weil er zum Abschluss des Treuhandvertrages sowie zur Erteilung einer Vollmacht für die Treuhänderin in oder aufgrund einer Haustürsituation veranlasst worden ist.

a) Ob die Verhandlungssituation im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG bei Abschluss eines Vertrages durch einen Vertreter für

diesen oder aber für den Vertretenen vorliegen muss, regelt das Haustürwiderrufsgesetz nicht. Aus der Gleichsetzung des »Erklärenden« mit dem »Kunden« in der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 Halbsatz 1 HWiG ist nicht zu folgern, dass auch bei Abgabe der Vertragserklärung durch einen Vertreter darauf abzustellen ist, ob für den Vertretenen eine Haustürsituation vorgelegen hat. Der Begriff des »Kunden« legt nur fest, wen die rechtlichen Folgen der Vertragserklärung treffen (*Fischer/Machunsky*, HWiG 2. Aufl. § 1 Rdnr. 11).

b) Auch der vom Berufungsgericht herangezogene § 164 Abs. 1 BGB gibt auf die angesprochene Frage keine Antwort. Er regelt die Zurechnung der Rechtsfolgen einer von einem Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht für einen anderen abgegebenen Willenserklärung, nicht aber die hier bedeutsame Frage, ob bei Mängeln der Vertragserklärung auf die Person des Vertreters oder aber auf die des Vertretenen abzustellen ist.

2. Diese Frage behandelt, jedenfalls für einen wesentlichen Teilbereich, der vom Berufungsgericht nicht berücksichtigte § 166 BGB.

a) Nach § 166 Abs. 1 BGB kommt es bei Willensmängeln nicht auf die Person des Vertretenen, sondern auf die des Vertreters an. Diese Regelung trägt dem Umstand, dass der Vertreter eine eigene Willenserklärung abgibt, aber auch dem Verkehrsschutz Rechnung (*Soergel/Leptien*, BGB 13. Aufl. § 166 Rdnr. 1). Der Geschäftspartner verhandelt – wie auch im vorliegenden Fall – oftmals nur mit dem Vertreter und kennt deshalb häufig nur dessen Verhandlungssituation.

Das Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 HWiG setzt nun allerdings keinen Willensmangel im Sinne des § 166 Abs. 1 BGB voraus. Es soll einen situativen Übereilungsschutz gewähren (*Auer ZBB* 1999, 161, 163). Diesen hat der Gesetzgeber deshalb für notwendig erachtet, weil in den Verhandlungssituationen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG erfahrungsgemäß die Gefahr besteht, dass auf die Willensbildung dessen, der sich in oder aufgrund einer Haustürsituation zum Abschluss eines entgeltlichen Vertrags entschließt, in unzulässiger oder unangemessener Weise Einfluss genommen worden ist, also die Gefahr einer mangelhaften Willensbildung gegeben ist.

Der Einflussnahme des Vertragspartners oder eines Dritten ausgesetzt ist grundsätzlich nur derjenige, der mit dem Vertragspartner verhandelt und die Vertragserklärung abgibt. Dies ist bei einem Vertretergeschäft der Vertreter. Aus dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB, den heranzuziehen der Senat keine Bedenken trägt, ist deshalb zu folgern, dass für die situationsbezogenen Voraussetzungen des Widerrufsrechts nach § 1 Abs. 1 HWiG grundsätzlich allein die Person des Vertreters maßgebend ist. Dies entspricht auch der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur (BGH, Urteil vom 13.3.1991 – XII ZR 71/90, WM 1991, 860, 861; *Staudinger/Werner*, BGB 13. Bearb. § 1 HWiG Rdnr. 16; *MünchKomm/Ulmer*, BGB 3. Aufl. § 1 HWiG Rdnr. 15; *Soergel/Wolf*, BGB 12. Aufl. § 1 HWiG Rdnr. 4; *Palandt/Putzo*, BGB 59. Aufl. Einl. HWiG Rdnr. 3; *Fischer/Machunsky*, HWiG 2. Aufl. § 1 Rdnr. 63; *Klauss/Ose*, Verbraucher kreditgeschäfte 2. Aufl. § 1 HWiG Rdnr. 63; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht 6. Aufl. Rdnr. 1270; *Teske* BB 1988, 869, 870).

b) Ob es in besonders gelagerten Fällen ausreichen kann, dass sich nicht der Vertreter, sondern – wie hier der Kläger bei Abschluss des Treuhandvertrages und der Erteilung der Vollmacht – der Vertretene in einer Verhandlungssituation im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG befunden hat, bedarf keiner Entscheidung.

Nach § 166 Abs. 2 BGB kann sich der Vertretene auf die Unkenntnis des Vertreters von solchen Umständen nicht berufen, die er selbst kannte, wenn er dem Vertreter für den Abschluss des Rechtsgeschäfts bestimmte Weisungen erteilt hat. Daraus und aus § 166 Abs. 1 BGB hat der Bundesgerichtshof für den Fall der arglistigen Täuschung des Vertretenen den Grundgedanken entnommen, es komme bei einem Willensmangel jeweils auf die Person und die Bewusstseinslage desjenigen an, auf dessen Interessenbewertung und Entschließung der Geschäftsabschluss beruhe. Das sei, handele er selbständig, der Vertreter. Dagegen sei es der Vertretene, wenn er dem Vertreter eine besondere Weisung erteilt und damit sein Geschäftswille Abgabe und Inhalt der Vertretererklärung entscheidend bestimmt habe (BGHZ 51, 141, 147). Die Frage, ob dies auch in anderen Fällen von Willensmängeln oder unzulässiger oder unangemessener Willensbeeinflussung des Vertretenen gilt (dafür: *MünchKomm/Schramm*, BGB 3. Aufl. § 166 Rdnr. 41; *Palandt/Heinrichs*, BGB 59. Aufl. § 166 Rdnr. 12; dagegen: *Staudinger/Schilken*, BGB 13. Bearb. § 166 Rdnr. 27; *Soergel/Leptien*, BGB 13. Aufl. § 166 Rdnr. 33), hat der Bundesgerichtshof noch nicht entschieden. Sie kann auch hier dahinstehen.

Der Kläger hat der Treuhänderin ausweislich des vorgelegten Treuhandvertrages für den Abschluss des Darlehensvertrages keine bestimmten Weisungen erteilt. Die Treuhänderin hat die Beklagte selbständig handelnd als Partnerin des Darlehensvertrages ausgewählt und auch über die Konditionen des Darlehens ohne Vorgaben des Klägers verhandelt. Die abgegebene Darlehensvertragserklärung beruht auf ihrer Entschließung. Dass dem Treuhandvertrag, der vom Kläger aufgrund einer Verhandlungssituation im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG geschlossen wurde, die Verpflichtung der Treuhänderin entnommen werden kann, zur Finanzierung des Immobilienanteils einen Vertrag über ein Darlehen in Höhe von 50.000 DM für den Kläger abzuschließen, ändert unter Berücksichtigung des Verkehrsschutzes, dem Rechnung zu tragen ist, nichts. Wollte man dies anders sehen, wäre es der Beklagten trotz noch so sorgfältiger und umsichtiger Verhandlung unmöglich, einen Widerruf der Darlehensvertragserklärung zu vermeiden. Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Beklagte habe dies durch eine Widerrufsbelehrung nach § 2 Abs. 1 HWiG erreichen können. Dabei wird insbesondere unberücksichtigt gelassen, dass der Treuhandvertrag und die darin enthaltene Vollmacht notariell beurkundet waren, so dass die Beklagte angesichts des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG keinen Anlass hatte, eine Widerrufsbelehrung vorzunehmen. Abgesehen davon hätte eine solche hier auch keinen Schutz des Klägers bewirkt. Die Widerrufsbelehrung konnte nämlich allein gegenüber der Vertreterin des Klägers erfolgen (*Staudinger/Werner*, BGB 13. Bearb. § 2 HWiG Rdnr. 48; *Fischer/Machunsky*, HWiG 2. Aufl. § 2 Rdnr. 43).

c) Auch unter Berücksichtigung des § 166 Abs. 2 BGB steht dem Kläger danach kein Recht zu, die Darlehensvertragserklärung zu widerrufen. Dass der Kläger das Geschehen mit dem Abschluss des Treuhandvertrages und der Vollmachtserteilung aus der Hand gegeben hat, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts insoweit ohne rechtliche Bedeutung.

### III.

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

1. Insbesondere ist der Darlehensvertrag, den die Treuhänderin namens und in Vollmacht des Klägers geschlossen hat, für

ihn nicht deshalb unwirksam, weil er die Treuhandvertrags- und die damit verbundene Vollmachtserklärung aufgrund einer Verhandlungssituation im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG abgegeben hat.

Für einen Widerruf der Treuhandvertrags- und/oder der Vollmachtserklärung gegenüber der Treuhänderin hat der Kläger nichts vorgetragen. Ob er diese Erklärungen noch widerrufen kann, ist für die Wirksamkeit des Darlehensvertrages ohne Belang. Nach dem unbestrittenen Vorbringen der Beklagten ist ihr die notariell beurkundete Vollmacht von der Treuhänderin vor Abschluss des Darlehensvertrages vorgelegt worden. Zugunsten der Beklagten greift deshalb § 172 Abs. 1 BGB ein. Die Beklagte durfte danach auf den Inhalt der Urkunde vertrauen, es sei denn, sie hätte die Unwirksamkeit der Vollmacht bei Abschluss des Darlehensvertrages gekannt oder kennen müssen (§ 173 BGB). Davon kann indes selbst dann keine Rede sein, wenn auf die mögliche Widerruflichkeit des Treuhandvertrages abgestellt und zugunsten des Klägers außerdem noch davon ausgegangen wird, auch die Vollmachtserklärung als solche sei widerruflich oder teile nach § 139 BGB das rechtliche Schicksal des Treuhandvertrages.

Nach den in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts musste der Beklagten zwar bekannt sein, dass der entgeltliche Treuhandvertrag aufgrund einer Verhandlungssituation im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG zustande gekommen war. Daraus ergibt sich indes noch nicht, dass sie bei dem erst Monate später erfolgten Abschluss des Darlehensvertrages die Widerruflichkeit des Treuhandvertrages und der darin enthaltenen Vollmachtserklärung kennen musste, zumal eine allgemeine Überprüfungs- oder Erkundigungspflicht im Rahmen des § 173 BGB nicht besteht (MünchKomm/Schramm, BGB 3. Aufl. § 173 Rdnr. 3).

Die Treuhandvertrags- und die Vollmachtserklärung des Klägers waren notariell beurkundet. Bei solchen Erklärungen besteht nach dem klaren Wortlaut des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG ein Widerrufsrecht nicht. Darauf durfte die Beklagte, ohne dass ihr der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden kann, ohne weiteres vertrauen. Das gilt selbst dann, wenn § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG mit der Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Abl. Nr. L 372/31 vom 31. Dezember 1985), die einen Ausschluss des Widerrufsrechts bei notariell beurkundeten Erklärungen nicht vorsieht, nicht vereinbar oder aber unter Berücksichtigung der Richtlinie, die für Verträge über Immobilien nicht gilt (Art. 3 Abs. 2 a)), einschränkend auszulegen sein sollte.

Die Streitfrage, ob dies möglich und notwendig ist (vgl. dazu *Staudinger/Werner*, BGB 13. Bearb. § 1 HWiG Rdnr. 150; *MünchKomm/Ulmer*, BGB 3. Aufl. § 1 HWiG Rdnr. 49; *Fischer/Machunsky*, HWiG 2. Aufl. § 1 Rdnr. 207; *Stüsser NJW* 1999, 1586, 1589) bedarf deshalb ebenso wenig der Entscheidung wie die Fragen, ob eine Vollmachtserklärung als solche nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG überhaupt widerrufen werden kann (vgl. dazu *Staudinger/Werner*, BGB 13. Bearb. § 1 HWiG Rdnr. 7; *Fischer/Machunsky*, HWiG 2. Aufl. § 1 Rdnr. 15; *Hoffmann ZIP* 1999, 1586, 1587 f.) und ob und unter welchen Voraussetzungen die Nichtigkeit oder Widerruflichkeit des Grundgeschäftes die Unwirksamkeit der Vollmacht nach sich zieht (vgl. dazu BGHZ 102, 60, 62; 110, 363, 369; *Staudinger/Roth*, BGB 13. Bearb. § 139 Rdnr. 56; *MünchKomm/Schramm*, BGB 3. Aufl. § 164 Rdnr. 94).

2. Der Darlehensvertrag ist ferner auch nicht deshalb unwirksam, weil er mit dem finanzierten Vertrag, der Beteiligung an

einem Immobilienfonds, nach den vom Berufungsgericht in anderem Zusammenhang rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen eine wirtschaftliche Einheit bildet und deshalb dessen rechtliches Schicksal teilt (vgl. Senatsurteil BGHZ 133, 254, 261). Für die Widerruflichkeit oder gar die Unwirksamkeit der Fondsgesellschaftsbeteiligung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG ist nichts festgestellt. Auch der Gesellschaftsbeitritt ist nicht vom Kläger, sondern von der Treuhänderin für ihn erklärt worden. Dass für sie eine Verhandlungssituation im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG vorlag, ist weder festgestellt noch vorgetragen. In einem solchen Fall kommt ein Widerrufsrecht des Vertretenen, wie dargelegt, grundsätzlich nicht in Betracht.

3. Der Darlehensvertrag ist auch nicht nach §§ 5, 1 und 2 HWiG widerruflich. Eine Umgehung der Vorschriften des Haustürwiderrufgesetzes durch Einschaltung eines Bevollmächtigten kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil bei geschlossenen Immobilienfonds in der Investitionsphase die Einschaltung eines Treuhänders aus organisatorischen Gründen sinnvoll ist.

#### IV.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) und die Klage abweisen.

---

2. BGB § 1795 Abs. 1, BGB § 883 Abs. 1 S. 2 (*Schenkung von Wohnungseigentum als rechtlicher Vorteil; Vormerkungsfähigkeit gesetzlicher Rückübertragungsansprüche*)

- 1. Die Schenkung eines Wohnungseigentums begründet für den Minderjährigen nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil, wenn sie mit dem Eintritt in den Verwaltervertrag verbunden ist. (Wie BayObLGZ 1979, 243, 248).**
- 2. Eine Vormerkung, die die gesetzlichen Rückübertragungsansprüche des Schenkers nach den §§ 528, 530 BGB sichern soll, kann nicht im Grundbuch eingetragen werden.**

OLG Hamm, Beschluss vom 23.5.2000 – 15 W 119/00 – mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

#### Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte zu 1) hat durch notarielle Urkunde vom 19.3.1987 das Grundstück Gemarkung D. in vier Miteigentumsanteile aufgeteilt und diese jeweils mit dem Sondereigentum an einer Wohnung nach näherer Maßgabe des Aufteilungsplans verbunden. Die Teilungserklärung enthält mit Ausnahme der Bestimmung über das Stimmrecht, das sich nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile richtet, keine von den gesetzlichen Vorschriften des WEG abweichende Regelung über das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer. § 12 Abs. 2 sieht eine Verwaltervergütung von 5,00 DM/qm Wohnfläche im Jahr vor. Die Beteiligte zu 1) hat sich in § 10 selbst zur ersten Verwalterin bestellt. Unter Bezugnahme auf diese Teilungserklärung hat das Grundbuchamt am 21.4.1987 die Wohnungsgrundbücher von D. Blatt 1 bis 4 angelegt. Änderungen der Teilungserklärung sind in den Bestandsverzeichnissen der Wohnungsgrundbücher nicht eingetragen.

Zu notarieller Urkunde vom 7.11.1998 hat die Beteiligte zu 1) die in den Wohnungsgrundbüchern von D. Blatt 1 und 4 eingetragenen Mit-

eigentumsanteile der Beteiligten zu 2) als Schenkung im Wege weggenommener Erbfolge übertragen und aufgelassen. Die am 15.8.1982 geborene, somit noch minderjährige Beteiligte zu 2) ist die Enkelin der Beteiligten zu 1). Die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Minderjährigen wurden in der notariellen Urkunde von ihrer Mutter als deren gesetzliche Vertreterin abgegeben. § 3 des notariellen Vertrages sieht vor, dass sich die Beteiligte zu 1) neben einem lebenslänglichen Nießbrauch »das bei Schenkungen bestehende gesetzliche Rückforderungsrecht für die gesetzlichen Fälle« vorbehält. In § 4 der notariellen Urkunde haben die Beteiligten neben der Eintragung des Nießbrauchs bewilligt.

»b. eine Rückauflassungsvormerkung für Leonore X. für die Fälle, da nach dem Gesetz ein Widerruf der Schenkung zulässig ist.«

Der Urkundsnotar hat mit Schreiben vom 9.2.1999 die Eigentumsbeschreibung in den beiden Wohnungsgrundbüchern »Zug um Zug« mit der Eintragung des Nießbrauchs, und der Rückauflassungsvormerkung für die Beteiligte zu 1) in Abteilung II der Grundbücher beantragt.

Der Rechtspfleger des Grundbuchamts hat mit Zwischenverfügung vom 25.2.1999 den Eintragungsantrag beanstandet. Die gesetzliche Vertretungsmacht der Mutter der Minderjährigen erstreckte sich nicht auf die Schenkung der Eigentumswohnungen, da diese für die Minderjährige nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Denn die Eigentumsübertragung führe zu persönlichen Verpflichtungen des minderjährigen Erwerbers aus dem Gemeinschaftsverhältnis. Erforderlich sei deshalb die Beibringung einer familiengerichtlichen Genehmigung des Rechtsgeschäfts. Der Rückübertragungsanspruch der Beteiligten zu 1) sei in der in der notariellen Beurkundung erklärten Form nicht hinreichend bestimmt und könne deshalb nicht durch eine Vormerkung gesichert werden. Zur Behebung der Eintragungshindernisse ist eine Frist von einem Monat gesetzt worden, die der Rechtspfleger in der Folgezeit mehrfach verlängert hat.

Mit Schriftsatz vom 29.11.1999 hat der Urkundsnotar gegen die Zwischenverfügung »Erinnerung« eingelegt, mit der er sich gegen die genannten Beanstandungen gewandt hat. Dem gem. § 11 Abs. 1 RPfLG n.F. als Beschwerde zu behandelnden Rechtsmittel hat der Rechtspfleger des Grundbuchamts mit Verfügung vom 10.12.1999 nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde durch Beschluss vom 17.1.2000 zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Diese hatte keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

1.) Zur gesetzlichen Vertretungsmacht der Mutter der Beteiligten zu 2) beim Abschluss des notariellen Vertrages vom 7.11.1998:

Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde war das Grundbuchamt berechtigt und verpflichtet zu überprüfen, ob sich die gesetzliche Vertretungsmacht der Mutter der Beteiligten zu 2) auf das in ihrem Namen abgeschlossene Rechtsgeschäft erstreckte. Denn nach § 20 GBO hat das Grundbuchamt vor der Eintragung einer Eigentumsänderung die Wirksamkeit der erklärten Auflassung (§ 925 BGB) und damit auch die Wirksamkeit der Vertretung der Minderjährigen zu prüfen (BayObLGZ 1998, 139, 142 = NJW 1998, 3574, 3575 [MittBayNot 1998, 431]; *Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 20 Rdnr. 20 und § 19 Rdnr. 74).

Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass die gesetzliche Vertretungsmacht der Mutter der Beteiligten zu 2) nicht die hier erklärte Auflassung mitumfasst. Dies folgt allerdings nicht aus der vom Landgericht herangezogenen Vorschrift des § 1821 BGB, die zu dem Erfordernis der Erteilung einer familiengerichtlichen Genehmigung des Rechtsgeschäfts führen würde. Denn einer der dort geregelten Genehmigungstatbestände liegt bei einem unentgeltlichen Grundstückserwerb durch einen Minderjährigen nicht vor. Der Ausschluss der gesetzlichen Vertretungsmacht der Mutter der Beteiligten zu 2)

folgt hier jedoch aus den vom Landgericht ebenfalls herangezogenen Vorschriften der §§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB. Danach kann ein Elternteil sein Kind nicht bei einem Rechtsgeschäft zwischen einem seiner Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Mündel andererseits vertreten, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Diese Vorschrift ist somit anwendbar auf das hier vorliegende Rechtsgeschäft zwischen der Großmutter einerseits und der minderjährigen, durch ihre Mutter vertretenen Enkelin andererseits. Das Rechtsgeschäft kann deshalb nur wirksam werden, wenn es, von einem vom Familiengericht zu bestellenden Ergänzungspfleger (§ 1909 BGB) genehmigt wird (BayObLG Rpfleger 1998, 70, 71); dementsprechend hat der Senat in diesem Punkt die Fassung der Zwischenverfügung des Grundbuchamts abgeändert.

Das Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 greift allerdings wie dasjenige des § 181 BGB nicht ein bei Rechtsgeschäften, die dem minderjährigen Kind lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen (BGH NJW 1975, 1885 [= MittBayNot 1975, 175]; BayObLGZ 1998, 139, 143). Im Falle einer Schenkung von Wohnungseigentum an einen über sieben Jahre alten Minderjährigen ist die Frage, ob die Schenkung für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, aus einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrages heraus zu beurteilen (BGHZ 78, 28, 35 = NJW 1981, 109 [= MittBayNot 1980, 194]). Eine getrennte Beurteilung des schuldrechtlichen Schenkungsgeschäfts einerseits und des dinglichen Erfüllungsgeschäfts andererseits, wie sie offenbar der weiteren Beschwerde vorschwebt, findet danach nicht statt. Der Rechtserwerb führt dann nicht zu einem lediglich rechtlichen Vorteil, wenn er mit der Begründung persönlicher Verpflichtungen für den Minderjährigen verbunden ist. Ob bereits der Eintritt des minderjährigen Erwerbers in das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer und die vom Gesetz damit verknüpften vielfältigen Verpflichtungen (§§ 10 ff. WEG) die Annahme eines lediglich rechtlichen Vorteils ausschließt, hat der BGH in seiner bereits erwähnten Entscheidung (BGHZ 78, 28, 31 f.) offen gelassen. Als nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtserwerb hat es der BGH angesehen, wenn durch die Gemeinschaftsordnung Regelungen getroffen worden sind, durch die die einzelnen Wohnungseigentümer kraft Gesetzes treffenden Verpflichtungen nicht unerheblich verschärft worden sind. Solche Regelungen lässt die Teilungserklärung der Beteiligten zu 1) vom 19.3.1987 nicht erkennen. Die von der gesetzlichen Regelung des § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG abweichende Bestimmung des Stimmrechts in § 9 Abs. 3 der Teilungserklärung begründet keine verschärfte persönliche Verpflichtung des einzelnen Wohnungseigentümers; Der Senat kann in diesem Zusammenhang offen lassen, ob auch die Möglichkeit der Begründung verschärfter persönlicher Verpflichtungen durch vereinbarungsersetzenden Mehrheitsbeschluss (etwa im Hinblick auf eine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels), dessen Wirksamkeit in der bisherigen Rechtsprechung anerkannt ist (BGHZ 127, 99, 103 ff. = NJW 1994, 3230 [= MittBayNot 1995, 32]; BayObLG NZM 2000, 280, 282 jeweils m.w.N.) und den Sonderrechtsnachfolger im Wohnungseigentum gemäß § 10 Abs. 3 WEG bindet, in die Bewertung mit einbezogen werden muss.

Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht einen rechtlichen Nachteil für die Beteiligte zu 2) bereits darin gesehen, dass sie mit dem Erwerb des Wohnungseigentums in den Verwaltervertrag eintritt und dementsprechend gesamtschuldnerisch

die Verpflichtungen der Wohnungseigentümer aus diesem Vertrag, insbesondere also diejenige auf Zahlung der Vergütung, zu tragen hat. Der Eintritt des Wohnungseigentümererwerbers in den Verwaltervertrag vollzieht sich aufgrund einer entsprechenden Anwendung des § 10 Abs. 4 WEG (BayObLGZ 1986, 368, 370; Rpfleger 1998; 70, 71; KG WuM 1993, 755, 756). Der Senat schließt sich – wie bereits das Landgericht – der Auffassung des OLG Celle (NJW 1976, 2214) sowie des BayObLG (BayObLGZ 1979, 243, 248) an, dass bereits der Eintritt des Minderjährigen in den Verwaltervertrag die Annahme eines lediglich rechtlich vorteilhaften Wohnungseigentümererwerbs ausschließt (ebenso *Pick in Bärman/Pick/Merle*, WEG, 8. Aufl.; § 1 Rdnr. 45; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 59. Aufl., § 107 Rdnr. 4). Die daran geäußerte Kritik von *Jahnke* (NJW 1977, 960), die im Kern darauf abhebt, dass die zwingend vorgeschriebene Bestellung eines Verwalters zum gesetzlichen Inhalt des Wohnungseigentums gehört, vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen. Das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer begründet im Ausgangspunkt schuldrechtliche Verpflichtungen lediglich im Verhältnis der Sondereigentümer untereinander, insbesondere diejenige auf anteilige Tragung der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten (§ 16 Abs. 2 WEG). Der auf § 10 Abs. 4 WEG beruhende Eintritt des Wohnungseigentümererwerbers in den Verwaltervertrag geht in seinen Wirkungen darüber hinaus, indem er eine unmittelbare gesamtschuldnerische Haftung des Minderjährigen gegenüber dem Verwalter als Dritten aus dem mit ihm geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag begründet. Für die Beurteilung der ausschließlichen rechtlichen Vorteilhaftigkeit eines Rechtsgeschäfts für den Minderjährigen kommt es allein auf eine rechtliche Bewertung und nicht darauf an, ob das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen insgesamt wirtschaftlich vorteilhaft ist (BayObLGZ 1979, 243, 246). Unter diesem Gesichtspunkt mag die rechtliche Ausgestaltung des Wohnungseigentums durch das WEG die Schenkung eines Wohnungseigentumsrechts an einen Minderjährigen durch das Erfordernis der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers erschweren. Dies muss indessen im Interesse des Minderjährigenschutzes in Kauf genommen werden.

Rechtlich fehlerfrei hat das Landgericht daran anknüpfend ausgeführt, der vorbehaltene Nießbrauch für die Beteiligte zu 1) ändere nichts daran, dass die Übertragung der Wohnungseigentumsrechte der Beteiligten zu 2) nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringe. Denn der Ausgleichsanspruch, der der Beteiligte zu 2) hinsichtlich der Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums gegen die Beteiligte zu 1) als Nießbraucherin gemäß § 1047 BGB zustehen kann, berührt die schuldrechtliche Verpflichtung des minderjährigen Erwerbers im Außenverhältnis gegenüber den anderen Wohnungseigentümern und dem Verwalter nicht (vgl. BayObLG Rpfleger 1998, 70, 71).

2.) Eintragung einer Rückkauflassungsvormerkung für die Beteiligte zu 1) in den Wohnungsgrundbüchern:

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung dahin beanstandet, der schuldrechtliche Rückübertragungsanspruch sei in der vorliegenden Form nicht hinreichend bestimmt und könne deshalb nicht durch eine Vormerkung gesichert werden. Falls die Vormerkung sich auf ein gesetzliches Rückforderungsrecht beziehen solle, könne dieses durch eine Vormerkung erst gesichert werden, wenn die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen eingetreten seien. Falls bereits zum jetzigen Zeitpunkt eine Sicherung eingetragen werden solle, müsse der Anspruch in der Form

des § 313 S. 1 BGB nach Tatbestandsvoraussetzungen und Inhalt festgelegt werden.

Mit diesem Inhalt durfte indessen eine Zwischenverfügung nicht erlassen werden. Die Verfügung des Grundbuchamtes geht ersichtlich davon aus, dass nach dem Inhalt der Erklärungen der Beteiligten in §§ 3 und 4 des notariellen Vertrages vom 7.11.1998 die gesetzlichen Ansprüche der Beteiligten zu 1) auf Rückübertragung des Schenkungsgegenstandes (§§ 528 und 530 BGB) durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden sollen. Dies entspricht der insoweit unzweideutigen Vereinbarung in § 3 Abs. 3 des notariellen Vertrages, derzufolge sich die Beteiligte zu 1) »das bei Schenkungen bestehende gesetzliche Rückforderungsrecht für die gesetzlichen Fälle vorbehält«. Diese Formulierung schließt die Annahme aus, dass ein vertraglicher Rückforderungsanspruch begründet werden sollte. Vom Rechtsstandpunkt des Grundbuchamtes aus, den der Senat aus den nachstehenden Gründen im Ergebnis teilt, ist eine Vormerkung mit diesem Inhalt im Grundbuch nicht eintragungsfähig. Dann konnte das Grundbuchamt jedoch nicht eine Zwischenverfügung mit dem Ziel erlassen, den Beteiligten Gelegenheit zu geben, durch Vornahme eines anderweitigen Rechtsgeschäfts und Begründung eines etwaigen vertraglichen Rückübertragungsanspruchs ihrer Eintragungsbewilligung einen völlig anderen Inhalt zu geben. Eine Zwischenverfügung darf nach § 18 Abs. 1 GBO nur erlassen werden, um einem gestellten Eintragungsantrag zum Erfolg zu verhelfen. Dementsprechend ist eine Zwischenverfügung unzulässig, wenn die Eintragung eines inhaltlich nicht eintragungsfähigen Rechts beantragt wird (BayObLGZ DNotZ 1982, 438; Senat Rpfleger 1983, 395). Ist ein solcher Antrag – wie hier – durch einen zulässigen Vorbehalt nach § 16 Abs. 2 GBO mit anderen Anträgen verbunden, so kann das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung nach § 18 GBO lediglich auf die Rücknahme des beanstandeten Antrags hinwirken, um den Vollzug anderer Eintragungsanträge zu ermöglichen (BGHZ 71, 349, 351 = Rpfleger 1978, 365; BayObLGZ 1977, 268, 261; Senat OLGZ 19.75, 150, 153).

Das Landgericht hat demgegenüber die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes sachlich bestätigt. Die Kammer sieht durch die Eintragungsbewilligung zwar ebenfalls den Bestimmtheitsgrundsatz im Grundbuchverkehr nicht gewahrt. Ohne zu der Eintragungsfähigkeit der bewilligten Vormerkung näher Stellung zu nehmen, hat das Landgericht in der Sache lediglich beanstandet, die Regelungen in § 3 Abs. 3 einerseits und in § 4 Nr. 4 lit. b des notariellen Vertrages vom 7.11.1998 andererseits seien in sich widersprüchlich: Die Formulierung in § 3 Abs. 3 des Vertrages deute auf ein gesetzliches Rückforderungsrecht aus § 528 BGB hin, während die Eintragungsbewilligung sich offenbar auf das Rückforderungsrecht des Schenkers nach erklärtem Widerruf wegen groben Undanks (§ 530 BGB) beziehe. Auf der Grundlage der Auffassung des Landgerichts handelte es sich indessen lediglich um ein durch klarstellende Formulierung der Eintragungsbewilligung behebbares Eintragungshindernis, das Gegenstand einer Zwischenverfügung des Grundbuchamtes sein konnte. Von seinem Standpunkt aus hätte das Landgericht die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes konkretisierend neu fassen und durch das Aufzeigen konkreter Mittel zur Behebung des Eintragungshindernisses ergänzen müssen (Senat NJW-RR 1989, 717, 718; OLG Frankfurt Rpfleger 1993, 147, 148).

Der Senat teilt indessen die Auffassung des Grundbuchamtes, dass die bewilligte Vormerkung ihrem Inhalt nach nicht ein-

tragungsfähig ist. Er hat deshalb die Zwischenverfügung in diesem Punkt in der oben erwähnten Weise neu gefasst, um im Hinblick auf den Vorbehalt nach § 16 Abs. 2 GBO den Vollzug der anderen Eintragungsanträge zu ermöglichen. Die Auffassung des Senats beruht im Einzelnen auf folgenden Erwägungen:

Nach § 883 Abs. 1 BGB kann zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Der schuldrechtliche Anspruch (hier auf Übertragung der Wohnungseigentumsrechte) muss nicht auf vertraglicher, sondern kann auch auf gesetzlicher Grundlage beruhen (BGHZ 134, 182, 184 NJW 1997, 861). Die Eintragung einer Vormerkung für die gesetzlichen Rückübertragungsansprüche des Schenkers nach den §§ 528, 530 BGB ist deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen.

Für die hier zu treffende Entscheidung kann im Ergebnis offen bleiben, ob die in der Zwischenverfügung zum Ausdruck gebrachte Auffassung des Grundbuchamts zutrifft, die genannten Ansprüche seien erst nach ihrer Entstehung, also dem Eintritt ihrer gesetzlichen Voraussetzungen, vormerkungsfähig. Richtig ist, dass es sich zeitlich vor dem Eintritt der Anspruchsvoraussetzungen lediglich um künftige Ansprüche handelt. Nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB ist jedoch die Eintragung einer Vormerkung ausdrücklich auch zur Sicherung eines künftigen (oder bedingten) Anspruchs zulässig. Obwohl der Wortlaut dieser Bestimmung die Eintragungsfähigkeit nicht einschränkt, stehen Rechtsprechung und Lehre einhellig auf dem Standpunkt, dass zur Sicherung eines künftigen Anspruchs eine Vormerkung nur eingetragen werden kann, wenn bereits der Rechtsboden für seine Entstehung vorbereitet ist: Der BGH hat dazu in seiner vorgenannten Entscheidung offengelassen, ob die Bejahung dieser Voraussetzung entsprechend der früheren reichsgerichtlichen Rechtsprechung (RGZ 151, 75, 77), einer eigenen früheren Entscheidung (BGHZ 12, 115, 118 = NJW 1954, 633) sowie der ständigen Rechtsprechung des BayObLG (DNotZ 1978, 39; 1978, 159, 160; 1996, 374, 376) voraussetzt, dass die Entstehung des Anspruchs nur noch vom Willen des künftigen Berechtigten abhängt, eine Voraussetzung, die auf die gesetzlichen Rückforderungsansprüche des Schenkers nach den §§ 528, 530 BGB nicht zutrifft. Der BGH hat sich in seiner genannten Entscheidung, die unmittelbar lediglich einen rechtsgeschäftlich bedingten Rückübertragungsanspruch betrifft, auf eine negative Abgrenzung dahin beschränkt, dass es für die Eintragungsfähigkeit einer Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Anspruchs nicht genüge, wenn für die künftige Gestaltung des Anspruchs lediglich eine bloß mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit bestehe. Denn eine unbeschränkte Vormerkbarkeit künftiger Ansprüche würde das Grundbuch mit einer unübersehbaren Zahl gesicherter Ansprüche überlasten, die möglicherweise nie zur Entstehung gelangen würden. Dies hätte eine faktische Sperre des Grundbuchs mit negativen Folgen für die Verkehrsfähigkeit des Grundstücks zur Folge. Die Vormerkbarkeit eines künftigen Anspruchs sei auch dann zu verneinen, wenn die Entstehung des Anspruchs ausschließlich vom Willen des Schuldners, oder davon abhängt, dass dieser ein Rechtsgeschäft überhaupt erst vornehme. Der Senat kann offen lassen, ob im Hinblick auf die Vormerkungsfähigkeit die erfolgte Schenkung bereits einen hinreichend sicheren Rechtsboden für künftige gesetzliche Rückübertragungsansprüche des Schenkers nach den §§ 528, 530 BGB begründet. Denn die Vormerkungsfähigkeit dieser Ansprüche ist aus anderen Gründen zu verneinen.

Die Eintragung einer Vormerkung unterliegt aufgrund ihrer dinglichen, insbesondere rangwahrenden Wirkung dem allgemeinen sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Daraus folgt, dass ein künftiger Anspruch hinreichend bestimmbar sein muss. Nur dann ist gewährleistet, dass die an etwaigen Veräußerungen oder Belastungen des Grundstücks Beteiligten sich ein Bild über die Voraussetzungen des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Übertragung der Wohnungseigentumsrechte machen können. Nur unter diesen Voraussetzungen rechtfertigt es sich, einer künftigen Rechtsänderung durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch dingliche Wirkungen zu verleihen (BGHZ 22, 220, 224 = NJW 1957, 58; 61, 209, 211 = NJW 1973, 1838; Senat OLGZ 1987, 400, 402; FGPrax 1995, 136, 137; Kohler in *Bauer/von Oefele*, GBO, AT III Rdnr. 10). Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung der Rückübertragungsansprüche des Schenkers nach den §§ 528, 530 BGB lassen die Entstehung des Anspruchs nicht in einer Weise bestimmbar erscheinen, die mit dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz noch vereinbar wäre. Sowohl der Rückforderungsanspruch nach § 528 Abs. 1 BGB als auch derjenige aufgrund eines erklärten Widerrufs des Schenkers nach § 530 Abs. 1 BGB sind von einer Vielzahl von Bewertungsfaktoren abhängig, die nur aufgrund einer künftigen tatsächlichen Entwicklung im persönlichen Bereich des Schenkers und des Beschenkten, teilweise verbunden mit einer Interessenabwägung, beurteilt werden können. Der Rückforderungsanspruch nach § 528 Abs. 1 BGB erfordert die Feststellung, dass der Schenker sowohl seinen eigenen angemessenen Unterhalt nicht zu bestreiten vermag als auch die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten oder seinem früheren Ehegatten gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht nicht erfüllen kann. Dem Beschenkten steht nach Abs. 1 Satz 2 und 3 der Vorschrift eine Abwendungsbefugnis zu. Der Anspruch ist ferner unter den Voraussetzungen des § 529 BGB ausgeschlossen, insbesondere wenn durch die Herausgabe des Geschenks der Unterhalt des Beschenkten oder die Erfüllung der kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird (Abs. 2 der Vorschrift). Die Voraussetzungen des Widerrufsrechts des Schenkers nach § 530 Abs. 1 BGB knüpfen allein an unbestimmte Begriffe an, nämlich diejenigen einer schweren Verfehlung, durch die sich der Beschenkte gegenüber dem Schenker oder einem seiner nahen Angehörigen groben Undanks schuldig gemacht hat. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe müssen bei der Anwendung der Vorschrift bezogen auf den konkret feststellbaren Sachverhalt unter Berücksichtigung der Entwicklung der persönlichen Beziehung zwischen Schenker und Beschenktem ausgefüllt werden und Ausschlussgründe nach § 532 BGB berücksichtigt werden.

Insgesamt bleibt die Entstehung der gesetzlichen Voraussetzungen für einen Rückübertragungsanspruch des Schenkers nach den §§ 528, 530 BGB so vage, dass die Sicherung eines solchen Anspruchs durch Eintragung einer Vormerkung mit der Publizitätsfunktion des Grundbuchs nicht vereinbar ist. Den Beteiligten bleibt es unbenommen, durch eine andere Vertragsgestaltung zu gewährleisten, dass ein etwa entstehender gesetzlicher Anspruch: der Beteiligten zu 1) auf Rückübertragung nach den §§ 528, 530 BGB durchsetzbar bleibt, etwa indem ein bedingter Rückkaufanspruch der Beteiligten zu 1) für den Fall begründet wird, dass die Beteiligte zu 2) die ihr übertragenen Wohnungseigentumsrechte veräußert oder belastet (vgl. BGHZ 134, 182 ff.) und/oder die Wohnungseigentumsrechte mit einer Zwangshypothek belastet oder zwangsversteigert werden (BayObLGZ 1977, 268, 274; OLG Düsseldorf OLGZ 1984, 90).

Im Hinblick auf die erfolgte Neufassung der Zwischenverfügung hat der Senat die bereits abgelaufene Frist zur Behebung der Eintragungshindernisse verlängert (vgl. OLG Düsseldorf FGPrax 1995, 187).

3. BGB § 181 (*Keine Anwendung von § 181 BGB bei Genehmigung vollmachtloser Vertretung*)

**Die Beschränkungen des § 181 BGB finden i. E. keine Anwendung, wenn ein Erwerber zugleich in eigenem Namen und als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Gemeinde einen Vertrag schließt, weil in diesem Fall die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes weiterhin bei der vollmachtlos vertretenen Gemeinde liegt.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Saarbrücken, Beschluss vom 15.3.2000 – 5 T 140/00 – mitgeteilt von Notar *Dr. Rolf Hoffmann*, Völklingen

*Zum Sachverhalt:*

Die Antragsteller haben mit notarieller Urkunde vom 27.12.1999 den Verkauf und die Auflassung des im Grundbuch von V. eingetragenen Grundbesitzes Flst. 08/15 vereinbart.

Bei diesen Erklärungen ist die Mittelstadt V. durch den erwerbenden Ehemann als Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten worden.

Der Oberbürgermeister der Mittelstadt V. hat in seiner Eigenschaft als deren gesetzlicher Vertreter am 10.1.2000 alle Erklärungen, die in der Urkunde vom 27.12.1999 abgegeben worden sind, genehmigt.

Das Amtsgericht – Grundbuchamt hat durch Beschluss vom 16.2.2000 den Antrag des Notars vom 1.2.2000 auf Eintragung des Eigentumswechsels zurückgewiesen.

Es hat ausgeführt, die in der notariellen Urkunde abgegebenen Erklärungen würden gegen § 181 BGB verstoßen.

Das Amtsgericht hat der dagegen eingelegten Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt. Die Beschwerde hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Das Auftreten des erwerbenden Ehemannes gleichzeitig für sich selbst auf der Erwerberseite und als Vertreter ohne Vertretungsmacht der Mittelstadt V. unterfällt, dem Regelungsbereich des § 181 BGB. Die Feststellung eines konkreten Interessenkonfliktes ist dazu nicht erforderlich (vgl. RGZ 157, 24, 31; BGHZ 21, 229, 231; BGHZ 91, 334, 337).

Dennoch sind die getroffenen Vereinbarungen wirksam, da dem erwerbenden Ehemann das Selbstkontrahieren durch die Genehmigung des Oberbürgermeisters der Mittelstadt V. vom 10.1.2000 nachträglich gestattet worden ist (§§ 181, 184 Abs. 1 BGB).

Ein Rechtsgeschäft, das ein Vertreter mit sich selbst im eigenen Namen abschließt, ohne von dem Verbot des Selbstkontrahierens befreit zu sein, ist nicht nichtig, sondern schwebend unwirksam mit der Möglichkeit der Genehmigung in entsprechender Anwendung des § 177 BGB (vgl. BGHZ 65, 123, 125 f; BGH NJW-RR 1994, 291, *Demharter*, GBO 21. Auflage, § 19 GBO Rdnr. 90; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 57. Auflage, § 181 BGB Rdnr. 15).

Die erforderliche Genehmigung wurde erteilt durch die Genehmigung des Oberbürgermeisters der Mittelstadt V. vom

10.1.2000. Dadurch sind alle Erklärungen in der notariellen Urkunde vom 27.12.1999 genehmigt worden. Die Genehmigung erstreckt sich zunächst auf das Auftreten des erwerbenden Ehemannes in seiner Eigenschaft als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 Abs. 1 BGB). Die ausgesprochene Genehmigung enthält jedoch gleichzeitig auch eine konkludente nachträgliche Befreiung von dem Verbot des Selbstkontrahierens im Sinne von § 181 BGB (vgl. *Haegeler/Schöner/Stöber* Rdnr. 3557 m.w.N.).

Fraglich ist jedoch, dies wird von dem angefochtenen Beschluss des Amtsgerichts bejaht, ob der Oberbürgermeister der Mittelstadt V. seinerseits von dem Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) hätte befreit sein müssen.

Insoweit ist allgemein anerkannt, dass § 181 BGB auch auf das Handeln der Organe juristischer Personen des öffentlichen Rechts Anwendung findet, soweit diese im Rahmen privatrechtlicher Rechtsgeschäfte tätig werden (vgl. BGHZ 33, 189, 190; BGHZ 56, 97, 101; MünchKomm/Schramm, BGB, 13. Auflage, § 181 BGB Rdnr. 33; *Soergel/Leptien*, BGB, 12. Auflage, § 181 BGB Rdnr. 24; *Palandt/Heinrichs* § 181 BGB Rdnr. 3.).

Die Befreiung des Oberbürgermeisters als vertretungsberechtigtes Organ der Stadt von dem Verbot des Selbstkontrahierens wird in Literatur und Rechtsprechung in den Fällen gefordert, in denen das Organ einen Untervertreter bestellt, der in dieser Eigenschaft mit sich selbst im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft abschließt. (Vgl. *Erman/Brox*, BGB, 8. Auflage, § 181 BGB Rdnr. 25; *Palandt/Heinrichs* § 181 BGB Rdnr. 12, 18; *Staudinger/Schilken*, BGB 13. Aufl., § 181 BGB Rdnr. 35–37; *Haegeler/Schöner/Stöber* Rdnr. 3559 BayObLG MittBayNot 1993, 150, 152; OLG Frankfurt OLGZ 1974, 347, 349).

Durch diese von der angesprochenen Meinung geforderte Befreiung von dem Verbot des Selbstkontrahierens soll eine Umgehung des § 181 BGB durch die Einschaltung eines Untervollmächtigten verhindert werden.

Die Befreiung des genehmigenden Organs von dem Verbot des Selbstkontrahierens ist konsequenter Weise dann nicht erforderlich, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine Umgehung des § 181 BGB nicht angenommen werden kann.

Eine Umgehung des § 181 BGB durch die Einschaltung eines Unterververtreters wäre nur dann zu befürchten, wenn der Oberbürgermeister der Stadt V. den erwerbenden Ehemann vor Abschluss des notariell beurkundeten Rechtsgeschäfts bevollmächtigt hätte, die Mittelstadt V. zu vertreten. Dies hätte zur Folge, dass der erwerbende Ehemann nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht, sondern als Vertreter mit Vertretungsmacht für die Stadt V. aufgetreten wäre. Die Wirksamkeit des von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäftes wäre somit nicht von der Genehmigung der vertretenen Stadt (§ 177 Abs. 1 BGB) abhängig. Die Stadt hätte vielmehr durch die Erteilung der Untervollmacht seitens ihres Oberbürgermeisters die Kontrollmöglichkeiten aus der Hand gegeben. Deshalb wäre es gerechtfertigt, in einem solchen Fall die Wirksamkeit der Untervollmächtigung davon abhängig zu machen, ob der bevollmächtigende Oberbürgermeister seinerseits – etwa durch einen entsprechenden Beschluss des Stadtrates – von dem Verbot des Selbstkontrahierens befreit ist.

Anders verhält es sich jedoch im vorliegenden Fall. Da der erwerbende Ehemann als Vertreter ohne Vertretungsmacht der Stadt V. aufgetreten ist, bedarf es zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes der Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB. Deshalb

liegt das Recht der Bestimmung über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes nach wie vor bei der Mittelstadt V. Dass diese bei der Entscheidung und bei der Erklärung über die Genehmigung durch ihren Oberbürgermeister vertreten wird, liegt an ihrer Konstitution als juristische Person des öffentlichen Rechts, die nicht selbst, sondern durch ihre Organe handlungsfähig ist. (Vgl. im Ergebnis ebenso: KG Deutsche Notarzeitschrift 1941, 164, 165; *Diederichsen* *JUS* 1968, 1969, 172; *Lichtenberger*, *MittBayNot* 1999, 472 als Anmerkung zu einer im Sachverhalt anders gelagerten Entscheidung des OLG Düsseldorf *MittBayNot* 1999, 470).

Es liegt dann in der Hand des genehmigenden Oberbürgermeisters vor der Erklärung seiner Genehmigung zu kontrollieren, ob durch die entsprechenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen die Interessen der vertretenen Stadt gebührend berücksichtigt sind. Bei seiner Entscheidung stellt sich weder unmittelbar noch mittelbar das Problem des Selbstkontrahierens. Seine Tätigkeit ist rechtlich vielmehr ebenso zu bewerten, wie wenn er und nicht der erwerbende Ehemann die Mittelstadt V. beim Abschluss des Vertrages vertreten hätte. Darin wird deutlich, dass kein Bedürfnis besteht, den Oberbürgermeister vor der Erteilung einer solchen Genehmigung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien.

## Anmerkung

1. Dem Beschluss ist im Ergebnis zuzustimmen. Der Begründung des Beschlusses kann jedoch nicht beigepliziert werden. Dennoch enthält die Begründung Lesenswertes und Ausbaufähiges.

2. Den einfachen und somit richtigen Weg (*simplex sigillum veri*) geht der Beschluss nicht. Er macht es sich unnötig schwer. Der einfache, richtige Weg wäre es nämlich gewesen, zu erkennen und auszusprechen, dass § 181 BGB auf den Vertreter ohne Vertretungsmacht keine Anwendung findet (vgl. *MittBayNot* 1999, 470 ff.). Der Vertreter ohne Vertretungsmacht ist gar kein Vertreter; denn der Vertreter braucht, um überhaupt Vertreter zu sein, das rechtliche Können zur Vertretung, eben die Vertretungsmacht. Fehlt ihm dieses Können, ist er ebensowenig ein Vertreter, wie – im allgemeinen Verständnis – ein Kraftfahrzeug ohne Motor ein Auto ist.

3. Der einzig denkbare Einwand gegen die eigentlich auf der Hand liegende Erkenntnis, dass der *falsus procurator*, also der „falsche“ Vertreter, mithin eben gar kein Vertreter ist, doch den Beschränkungen des § 181 BGB unmittelbar, mittelbar oder gar analog, unterliegen könnte, ist der, dass die Interessen dessen, der *zugleich* kraft rechtsgeschäftlicher, organschaftlicher oder sonstiger Vertretungsmacht von dem Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten wird, gefährdet sein könnten. Dieser Fall liegt zwar der Entscheidung des Landgerichts Saarbrücken nicht zugrunde, bedarf aber dennoch der Erwägung. Denn eine Theorie, also auch die, dass der vollmachtlose Vertreter kein Vertreter ist, muss jedem Einwand standhalten, sei er auch noch so praxisfern.

§ 181 BGB ist aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit formalisiert. Diese Formalisierung und Abstrahierung kann nun dazu verführen und hat dazu verführt, nur noch formal zu denken und auf den äußeren Tatbestand wie hypnotisiert zu schauen. Erblickt man im rein äußeren Geschehen auch nur den geringsten Anhaltspunkt, einen Schatten einer Mehrfachvertretung, ist man schon mit dem Schwert des Verbotes bei der Hand. Dabei wird übersehen, dass sehr wohl

auch der Normzweck, der Schutzzweck des § 181 BGB zu berücksichtigen ist, nur eben nicht uferlos.

Es darf nicht jeder denkbare oder mögliche Interessenkonflikt gleich das Tor zum § 181 BGB aufstoßen. Diese, wohl verstandene, Handhabung des § 181 BGB haben sowohl zu Einschränkungen als auch zu Erweiterungen des Anwendungsbereiches der Vorschrift des § 181 BGB geführt. Sie führt aber eben nicht zur Anwendung auf den Vertreter ohne Vertretungsmacht (daher mindestens missverständlich: *BayObLG* 1988, 61). Im Gegenteil: Sollte man – entgegen jeder Praxis und weltfern – den Interessenkonflikt zu dem, den der vollmachtlose Vertreter gleichzeitig kraft irgendeiner Vertretungsmacht vertritt, darin erblicken, dass er beim denkbaren vorgegenommenen Aushandeln und Verhandeln des Rechtsgeschäfts mit dem Geschäftsherrn, der vorbehaltlich dessen Genehmigung vertreten wird, für beide Partner das Geschäft in Erscheinung tritt, so fällt dies dennoch nicht unter § 181 BGB. Aushandeln und Verhandeln ist sicherlich keine Vornahme eines Rechtsgeschäfts gemäß § 181 BGB. Dazu ist aber ausdrücklich zu betonen, dass in der Praxis das Aushandeln und Verhandeln so gut wie nie zwischen dem „*falsus procurator*“ und dem, für den er handelt, stattfindet, sondern eben zwischen den materiell Beteiligten selbst. Wer im Fall des § 177 BGB (vollmachtloser Vertreter) formell handelt, ist materiell gleichgültig. Will man unbedingt der Theorie Genüge tun, ist es eindeutig, dass Verhandeln und Aushandeln keine Vornahme des Rechtsgeschäfts im Sinne des § 181 BGB ist.

Vollmachtloses Handeln ist weder im Verhältnis zum „Geschäftsherrn“ des „falschen“ Vertreters noch im Verhältnis zum (etwaigen) Geschäftsherrn des vollmachtlosen Vertreters, den dieser aufgrund etwa anderweitiger, irgendwie gearterter, Vertretungsmacht (auch) noch hat, ein Fall des § 181 BGB.

4. § 181 BGB spricht davon, dass ein Rechtsgeschäft „vorgenommen“ wird. Der Vertreter ohne Vertretungsmacht nimmt aber gegenüber dem, den er ohne Vollmacht „vertritt“ gar kein Rechtsgeschäft vor. Die „Vornahme“ des Rechtsgeschäfts erfolgt erst durch die Genehmigung dessen, der ohne Vollmacht „vertreten“ wird. Die Genehmigung ist die Zentrale des vollmachtlosen Handelns, § 177 BGB, nicht der formelle Abschluss durch welche Personen auch immer.

5. Blickt man schon, gar ausschließlich, durch die formale Brille, so kann man nicht darüber weggehen, wenn, eben formal, der vollmachtlose Vertreter gar nicht für zwei „Geschäftsherrn“ handelt, sondern für seinen Geschäftsherrn, den er aufgrund ordnungsmäßiger Vollmacht oder sonstiger Vertretungsmacht vertritt, und dieser Geschäftsherr als vollmachtloser Vertreter für den anderen Vertragsteil. Wer schon ganz formal denkt, vorgeht und urteilt, kann nicht so ohne weiteres darüber hinweg kommen, dass eben schon formal der Tatbestand des § 181 BGB nicht gegeben ist, weil eben schon „äußerlich“ sich nicht die gleichen Parteien gegenüber stehen.

Dies – ohne nähere Begründung – als Umgehung des § 181 BGB anzusehen und dem Fall des Abschlusses mit einem zu diesem Zweck bestellten Untervertreter gleichzusetzen, ist nicht angängig (vgl. *MittBayNot* 1999, 470). Abgesehen davon, dass auch schon die Bestellung eines Unterververtreters eine Erweiterung des Tatbestandes des § 181 BGB darstellt (vgl. *BGH* 64, 74), was darüber hinaus gehenden Erweiterungen gerade nicht die Tür öffnet, ist gerade die gegenteilige Überlegung angebracht. Bevor man sich bemüht, eine im Allgemeinen unzulässige Erweiterung des Tatbestandes zu kon-

struieren, muss man sich überlegen, ob denn der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 181 BGB überhaupt erreicht ist. Das ist nämlich hier nicht der Fall. Formal stehen sich nicht die gleich „vertretenen“ Parteien gegenüber, materiell liegt kein Interessenkonflikt vor.

6. Die Begründung des Beschlusses des Landgerichts Saarbrücken lässt ein Eingehen auf diese wichtigen Gesichtspunkte vermissen. Das Ergebnis ist allerdings richtig.

Zu Beginn stellt die Begründung fest, es liege ein Fall des § 181 BGB vor. Damit wird die bisherige herrschende Meinung unreflektiert wiedergegeben. Das geht nicht an. Ein Fall des § 181 BGB liegt eben gerade nicht vor. Der Fall, dass der „Vertreter“ ohne Vertretungsmacht noch für einen anderen mit Vertretungsmacht handelt liegt überdies nicht vor. Es trifft gerade nicht zu, dass, wer für sich und vollmachtlos für einen anderen handelt, im Bannbereich des § 181 BGB ist.

7. Es trifft zu, dass Rechtsgeschäfte, die unter § 181 BGB fallen, genehmigt werden können.

Es ist völlig unbestrittenen Rechts, dass jede Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zugleich auch die Genehmigung (etwaiger) Verstöße gegen die Beschränkungen des § 181 BGB – jedenfalls konkludent – enthält. Denn eine Genehmigung bezieht sich eben auf das Rechtsgeschäft so, wie es ist, also mit oder ohne Erfassung des Bereichs des § 181 BGB. Eine ausdrückliche Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ist also nicht notwendig. Dies verkennt auch das Landgericht Saarbrücken, unter Berufung auf *Haegele/Schöner/Stöber*, nicht. Das Gericht hätte also sagen können, dass es auf die Frage eines Verstoßes gar nicht ankommt, weil ja genehmigt worden ist. Wünschenswert wäre allerdings gewesen, wenn das Gericht gegen die versteinerte und verstaubte Ansicht, auch ein vollmachtloser Vertreter sei ein Vertreter im Sinne des § 181 BGB, Stellung bezogen hätte. Unnötig war es aber auf jeden Fall, die Meinung, der falsus procurator könne den Tatbestand der Einschränkungen des § 181 BGB erfüllen, unbesehen wiederzugeben.

8. Fraglich hätte sein können, ob bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB überhaupt und grundsätzlich möglich ist. Das ist richtiger Weise zu bejahen. Zutreffender Weise wird im konkreten Fall die Befreiung durch das Vertretungsorgan (Stadtrat, Gemeinderat) erteilt. Der Beschluss geht aber darauf nicht weiter ein. Diese Lücke hätte man sich bei zutreffender Würdigung des Handelns eines Vertreters ohne Vertretungsmacht ersparen können.

Immerhin kommt der Beschluss zu dem Ergebnis, dass eine Umgehung der Einschränkungen des § 181 BGB nicht vorliegt. Auch sagt der Beschluss am Ende, dass es in der Hand des genehmigenden Oberbürgermeisters liege, bei seiner Genehmigung zu entscheiden, ob die Interessen der Stadt verletzt seien oder nicht. Damit stelle sich weder mittelbar noch unmittelbar das Problem des § 181 BGB. Leider ist dann der naheliegende Schluss, dass auf den vollmachtlosen Vertreter der Tatbestand des § 181 BGB überhaupt nicht zutrifft, nicht gezogen.

9. Begrüßenswert und nachvollziehenswert ist dann aber die Schlussfolgerung der Entscheidung, dass es darauf ankomme, ob die Stadt auch selbst durch ihr gesetzliches Vertretungsorgan hätte abschließen können oder nicht. Das wäre bei einer Vollmacht nicht der Fall gewesen. Dies scheint ein sehr zutreffendes Merkmal über die Anwendbarkeit des § 181 BGB zu sein. Immer dann, wenn durch das Genehmigungserforder-

nis die gleiche Situation gegeben ist, wie wenn man selbst gekommen wäre, gibt es keinen Raum für die gesetzlichen Beschränkungen des Selbstkontrahierens. Das ist vernünftig, richtig und praxisingerecht und führt wieder zur sachlich allein bedeutenden Frage des cui bono. Wenn keinerlei Interessen auf dem Spiel stehen oder gar verletzt werden könnten, wem nützen dann begriffsjuristische Spielereien, die man einem vernünftigen Betrachter nicht klar machen kann und die nur tückische Fallstricke für die Praxis legen?

10. Wegweisend kann auch sein, dass der Beschluss klarstellt, dass bei einer Genehmigung § 181 BGB nicht berührt ist. Damit werden abstruse Ergebnisse wie die, dass ohne Befreiung von den Beschränkungen des § 181 eine Genehmigung überhaupt nicht möglich sei, wenn sie (auch konkludent) von den Beschränkungen des § 181 BGB befreie, vermieden. Bei juristischen Personen des Privatrechts sind Befreiungen von § 181 BGB umständlich, bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht ganz zweifelsfrei, jedenfalls aber praktisch selten. Dann könnte das Ergebnis sein, dass man bei einer Gemeinde oder Stadt neu abschließen müsste, weil für eine Genehmigung kein Raum ist. Das würde kaum einer einsehen.

Notar a. D. Dr. Peter Lichtenberger, München

4. BGB § 1191; AGBG § 3 (*Sicherungsumfang einer Grundschuld*)

**Bei der Grundschuld ist die formularmäßige Erstreckung der dinglichen Haftung sowie einer zusätzlichen persönlichen Haftungsübernahme auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des jeweiligen Sicherungsgebers nicht überraschend im Sinne des § 3 AGBG.**

BGH, Urteil vom 23.5.2000 – XI ZR 214/99 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Aus den Gründen:*

Die Klägerin wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung der beklagten Sparkasse aus einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Zur Finanzierung der Gründung, der Erweiterung und des Betriebs eines Handels mit Autozubehör und Ersatzteilen gewährte die Kreissparkasse A., deren Rechtsnachfolgerin die beklagte Sparkasse ist, der Klägerin und deren Ehemann seit 1983 zahlreiche Kredite. Mit notarieller Urkunde vom 25.2.1986 bestellte der Ehemann der Klägerin zugunsten der Kreissparkasse A. an dem ihm gehörenden Betriebsgrundstück eine Grundschuld über 400.000 DM zuzüglich Zinsen. In dieser Urkunde übernahmen die Klägerin und ihr Ehemann die persönliche Haftung für die Zahlung des Grundschuldbetrags nebst Zinsen und unterwarfen sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen. Unter Ziffer 6 der vorformulierten Urkunde ist bestimmt, dass die Grundschuld »der Sicherung aller bestehenden und künftigen ... Forderungen der Sparkasse gegen uns, die Eheleute B. M., aus der Geschäftsverbindung« dient. Der nachfolgende Satz über die Haftung der Grundschuld auch für Forderungen gegen jeden Einzelnen von mehreren Darlehensnehmern ist gestrichen. Am 2.6.1986 unterzeichneten die Klägerin und ihr Ehemann ein als »Zweckerklärung für Grundschulden« bezeichnetes Formular der Kreissparkasse A., in dem unter anderem auf die hier interessierende Grundschuld Bezug genommen und bestimmt ist, dass sie zur Sicherung für alle bestehenden und künftigen Forderungen der Sparkasse gegen die Klägerin und ihren Ehemann oder gegen einen von ihnen dient.

Die Kredite, die Anlass für die Grundschuldbestellung vom 25.2.1986 waren, sind inzwischen getilgt. Später aufgenommene Darlehen, die die Kreissparkasse A. ebenfalls jeweils der Klägerin und ihrem Ehemann gemeinsam gewährte, sind in erheblichem Umfang noch offen.

Die Klägerin ist der Ansicht, sie könne aus der Urkunde vom 25.2.1986 nicht in Anspruch genommen werden, weil die Übernahme der persönlichen Mithaftung angesichts ihrer Vermögens- und Einkommenslosigkeit wegen Sittenwidrigkeit nichtig sei und weil auch die Erstreckung der persönlichen Haftung aus der Grundschuldbestellung auf später begründete Verbindlichkeiten unwirksam sei.

Das Landgericht hat die Klage, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 25.2.1986 für unzulässig zu erklären, abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die in der notariellen Urkunde vom 25.2.1986 enthaltene Mithaftungserklärung der Klägerin sei in Verbindung mit der Zweckerklärung vom 2.6.1986 wegen Verstoßes gegen § 3 AGBG unwirksam, soweit sie sich auf solche Forderungen der Beklagten beziehe, die nicht Gegenstand und Anlass der Grundschuldbestellung gewesen seien. Die Kreditverbindlichkeiten, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt worden sei, seien aber unstreitig getilgt.

Das AGB-Gesetz sei auf das Vertragswerk vom 25.2.1986 ungeachtet der notariellen Beurkundung anwendbar, weil dabei ein von der Beklagten eingebrachter banküblicher Vordruck benutzt worden sei. Die Streichung des Satzes über die Haftung der Grundschuld auch für Forderungen gegen jeden Einzelnen von mehreren Darlehensnehmern habe nicht dazu geführt, dass die übrigen Regelungen des Vertragswerks den Charakter einer Individualvereinbarung im Sinne des § 4 AGBG angenommen hätten.

Eine im Sinne des § 3 AGBG überraschende Regelung liege vor, weil die Grundschuldbestellungsurkunde vom 25.2.1986 und die Zweckerklärung vom 2.6.1986 hinsichtlich der Reichweite der von der Klägerin übernommenen Haftung von deren Erwartungen deutlich abgewichen seien. Die Klägerin habe die genannten Urkunden ersichtlich aus Anlass des Bemühens der Eheleute um die Erlangung bestimmter Geschäftskredite unterschrieben. Ihre Haftung aus den Urkunden gehe aber viel weiter und umfasse auch Forderungen der Beklagten, die der Ehemann der Klägerin allein begründet habe oder in Zukunft begründen werde.

#### II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen es nicht, die noch offenen Kreditforderungen der Beklagten als von der Haftungsübernahme der Klägerin nicht mit umfasst anzusehen.

1. Bei der Prüfung formularvertraglicher Vereinbarungen über den Umfang der durch eine Grundschuld gesicherten Forderungen des Sicherungsnehmers am Maßstab des § 3 AGBG muss zwischen Forderungen gegen den Sicherungsgeber und

solchen gegen Dritte unterschieden werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die formularmäßige Ausdehnung der dinglichen Haftung des Sicherungsgebers auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten eines Dritten in der Regel überraschend im Sinne des § 3 AGBG. Das gilt auch dann, wenn der Dritte der Ehegatte des Sicherungsgebers ist. Dagegen verstößt die Erstreckung der dinglichen Haftung auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Sicherungsgebers nicht gegen § 3 AGBG, weil das damit verbundene Risiko für ihn hinsichtlich der Gegenwart überschaubar und im Hinblick auf die Zukunft vermeidbar ist. Dasselbe gilt für Verbindlichkeiten, die den Sicherungsgeber als einen von mehreren Gesamtschuldnern treffen (Senatsurteil vom 3.6.1997 – XI ZR 133/96, WM 1997, 1280, 1282 m.w.N.).

Die an dieser Entscheidung von einem Teil der Literatur (*Volmer* WM 1998, 914, 915 f.; *Weber* ZfIR 1999, 2, 4 f.; *Joswig* EWiR 1997, 673, 674) geübte Kritik gibt dem Senat zu einer Änderung seiner Rechtsprechung keinen Anlass. Die Erstreckung der dinglichen Haftung des Grundschuldbestellers auf alle bestehenden und künftigen eigenen Verbindlichkeiten ist insbesondere bei Geschäftskrediten so üblich, dass der Sicherungsgeber damit rechnen muss (§ 3 AGBG). Deshalb und mit Rücksicht auf die Möglichkeit, die Hauptverbindlichkeiten entscheidend zu beeinflussen, wohnt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht einmal der formularmäßigen Ausdehnung der Bürgenhaftung des Geschäftsführers, des Allein- oder des Mehrheitsgesellschafters für alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten der GmbH, also fremde Schulden, ein Übertumpelungseffekt inne (BGHZ 130, 19, 30; BGH, Urteile vom 11.12.1997 – IX ZR 274/96, WM 1998, 235, insoweit nicht in BGHZ 137, 292 abgedruckt, vom 10.11.1998 – XI ZR 347/97, ZIP 1998, 2145 und vom 16.12.1999 – IX ZR 36/98, WM 2000, 514, 517). Nichts spricht dafür, dies bei einem Sicherungsgeber, der für eigene Verbindlichkeiten eine dingliche Haftung übernimmt, anders zu beurteilen.

Dies gilt entsprechend für einen Sicherungsgeber, der eine Grundschuld durch die Übernahme der persönlichen Haftung verstärkt, ohne selbst Eigentümer oder Miteigentümer des belasteten Grundstücks zu sein. Auch ihm gegenüber verstoßen formularvertragliche Abreden über den Umfang der durch die Grundschuld gesicherten Forderungen insoweit nicht gegen § 3 AGBG, als sie Forderungen einbeziehen, die sich gegen ihn – sei es als Alleinschuldner, sei es als Gesamtschuldner – richten.

2. Im vorliegenden Fall stammen alle Kreditforderungen, deretwegen die Beklagte die persönliche Haftung der Klägerin aus der vollstreckbaren Urkunde vom 25.2.1986 in Anspruch nimmt, aus Darlehen, die die Beklagte der Klägerin und deren Ehemann gemeinsam für die Erweiterung und den Betrieb eines Handels mit Autozubehör und Ersatzteilen gewährt hat. Für die Rückzahlung dieser Darlehen haftet die Klägerin nach § 421 BGB als Gesamtschuldnerin neben ihrem Ehemann, sofern ihre Mitverpflichtung nicht nach den Grundsätzen über die Sittenwidrigkeit der Mithaftung einkommens- und vermögensloser Ehegatten gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Da das Berufungsgericht zu den tatsächlichen Voraussetzungen dieses Nichtigkeitsgrundes, zu denen die Parteien unter jeweiligem Beweisantritt kontrovers vorgetragen haben, keine Feststellungen getroffen hat, ist für die Revisionsinstanz zugunsten der Beklagten davon auszugehen, dass ihre noch offenen Rückzahlungsansprüche sich auch gegen die Klägerin richten.

Da sowohl die in der Urkunde vom 25.2.1986 enthaltene Zweckerklärung als auch die gesonderte Zweckerklärung vom 2.6.1986 jedenfalls insoweit gegenüber der Klägerin wirksam sind, als sie deren eigene – auch künftige – Verbindlichkeiten einbeziehen, kann die Berechtigung der Beklagten zur Vollstreckung aus der Urkunde auf der Grundlage des gegenwärtigen Sach- und Streitstands nicht verneint werden. Daran würde es nichts ändern, wenn andere Teile der genannten Zweckerklärungen nach § 3 AGBG unwirksam wären. Es kann daher offen bleiben, ob die Annahme des Berufungsgerichts, bereits die in der Urkunde vom 25.2.1986 enthaltene Zweckerklärung beziehe auch künftige Verbindlichkeiten nur des Ehemannes der Klägerin mit ein und diese Einbeziehung sei ungeachtet der notariellen Beurkundung überraschend im Sinne des § 3 AGBG, den Angriffen der Revision stand hält.

### III.

Das Berufungsurteil musste daher aufgehoben werden. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil die vom Berufungsgericht nicht geprüfte Frage, ob die Mithaftung der Klägerin für die Kreditforderungen der Beklagten und möglicherweise auch die Übernahme der persönlichen Haftung für die Grundsuld nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, noch der Klärung bedarf. Diese Klärung ist nicht ohne tatsächliche Feststellungen zu den von der Beklagten bestrittenen Behauptungen der Klägerin über ihre Situation sowie Art und Ausmaß ihrer Mitwirkung in dem Handelsbetrieb und bei dem Abschluss der Darlehensverträge möglich. Deshalb war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

5. BGB §§ 273 Abs. 1, 1191 Abs. 1 (*Kein Zurückbehaltungsrecht bei nicht valutierter Grundsuld*)

**Gegenüber dem Anspruch auf Rückgewähr oder Löschung einer Sicherungsgrundsuld kann kein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB wegen einer nach der Sicherungsabrede durch die Grundsuld nicht gesicherten Forderung geltend gemacht werden.**

BGH, Beschluss vom 9.5.2000 – XI ZR 299/99 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Aus den Gründen:*

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Revision hat im Endergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Zustimmung zur Löschung der zugunsten des Beklagten eingetragenen Grundsuld mit der Begründung bejaht, der Sicherungszweck der Grundsuld sei weggefallen, weil die einzige Forderung, die nach der zwischen den Parteien getroffenen Sicherungsabrede durch die Grundsuld gesichert werden sollte, weder entstanden sei noch in Zukunft entstehen könne. Diese Auslegung der Sicherungsabrede, einer Individualvereinbarung, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und wird von der Revision hingenommen.

Die Revision macht nur ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB wegen einer durch die Grundsuld nicht gesicherten Forderung geltend. Damit kann sie keinen Erfolg haben. Gegenüber dem – aus der Sicherungsabrede folgenden – Anspruch auf Rückgewähr einer Grundsuld wegen Wegfalls des Sicherungszwecks (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1995 – XII ZR 62/94, WM 1996, 133, 134) kann kein Zurückbehaltungsrecht wegen einer durch die Grundsuld nicht gesicherten Forderung geltend gemacht werden, weil sich aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis ein anderes ergibt (§ 273 Abs. 1 BGB). Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts verstößt gegen die Sicherungsabrede, wonach der Sicherungsnehmer die Grundsuld, die treuhänderisch zu seinen Gunsten bestellt wird, nur nach Maßgabe der Sicherungsabrede geltend machen darf (vgl. *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundsuld, 3. Aufl. Rdnr. 275 m.w.N.). Der Sicherungszweck einer Grundsuld, der nach der Sicherungsabrede auf bestimmte Forderungen begrenzt ist, kann nicht durch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Anspruch auf Rückgewähr oder Löschung der Grundsuld faktisch auf andere Forderungen, die von der Sicherungsabrede nicht erfasst werden, ausgedehnt werden (vgl. OLG Köln WM 1984, 46, 48; *Soergel/Wolf*, BGB 12. Aufl. § 273 Rdnr. 37; MünchKomm/Keller, BGB 3. Aufl. § 273 Rdnr.73).

6. GBO 77 (*Fehlendes Beschwerderecht auf Anweisung zum Vollzug nach Aufhebung einer Zwischenverfügung*)

**Ist eine Zwischenverfügung auf Beschwerde aufgehoben worden, ist eine weitere Beschwerde mit dem Ziel, das Grundbuchamt zum Vollzug des Eintragungsantrags anzuweisen, unzulässig.**

BayObLG Beschluss vom 25.5.2000 – 2Z BR 37/00 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Der Beteiligte zu 1 ist im Wohnungsgrundbuch als Eigentümer von mehreren Wohnungen eingetragen. Am 3.9.1997 wurde ein allgemeines Veräußerungsverbot nach § 106 KO und am 18.11.1997 ein Vermerk über die Eröffnung des Konkursverfahrens eingetragen. Am 30.10.1997 wurden für die Beteiligte zu 2 mehrere Zwangssicherungshypotheken eingetragen.

In dem noch nicht abgeschlossenen Konkursverfahren gab der Konkursverwalter die Wohnungen aus dem Konkursbeschlagnahme frei. Der Beteiligte zu 1 verkaufte daraufhin die Wohnungen; in den Kaufverträgen verpflichtete er sich zur Lastenfreistellung.

Der Beteiligte zu 1 hat beantragt, das Grundbuch nach § 22 GBO zu berichtigen und die Zwangssicherungshypotheken zu löschen. Mit Zwischenverfügung vom 10.1.2000 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass ohne Löschungsbewilligung der Gläubigerin eine Löschung der Zwangssicherungshypotheken nicht vorgenommen werden könne. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 3.2.2000 auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1 die Zwischenverfügung aufgehoben. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1, mit der er beantragt, das Grundbuchamt anzuweisen, die Zwangssicherungshypotheken zu löschen.

*Aus den Gründen:*

Dem Beteiligten zu 1 fehlt die Beschwerdeberechtigung; sein Rechtsmittel ist deshalb unzulässig.

Ist eine Zwischenverfügung auf Beschwerde aufgehoben worden, ist ein Rechtsmittel mit dem Ziel, die Zwischenverfügung wiederherzustellen, unzulässig (*Demharter* GBO 23. Aufl. § 71 Rdnr. 65 m.w.N.). Das Gleiche gilt, wenn nach Aufhebung einer Zwischenverfügung im Beschwerdeverfahren mit der weiteren Beschwerde das Ziel verfolgt wird, das Grundbuchamt zum Vollzug des Eintragungsantrags anzuweisen. Bei Zwischenverfügungen kann Gegenstand der Rechtsmittelverfahren nur das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis sein, nicht aber die Entscheidung über den Eintragungsantrag selbst (*Demharter* § 71 Rdnr. 35); mit der Aufhebung der Zwischenverfügung im Beschwerdeverfahren ist folglich über den Verfahrensgegenstand der Beschwerde abschließend entschieden (*Demharter* § 77 Rdnr. 14 und 15).

Maßgebend für die Beschwer ist nur die im Tenor ausgesprochene Aufhebung der Zwischenverfügung. Unerheblich ist, dass der Beschwerdeführer die vom Landgericht für seine Entscheidung gegebene Begründung für unrichtig hält; eine Beschwer kann nie allein der Begründung einer gerichtlichen Entscheidung entnommen werden (vgl. *Thomas/Putzo* ZPO 22. Aufl. Vorbem. § 511 Rdnr. 21).

#### 7. BGB § 1090 (*Bestellung eines zeitlich unbegrenzten Wohnungsbesetzungsrechtes*)

**Die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts für eine juristische Person setzt nicht zwingend voraus, dass das Recht zeitlich begrenzt ist.**

BayObLG, Beschluss vom 22.5.2000 – 2Z BR 43/00 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligten zu 1 sind die Eigentümer von zwei Grundstücken. Auf diesen soll ein Betriebsgebäude mit zwei Wohnungen errichtet werden.

Am 29.9.1999 bestellten die Beteiligten zu 1 an dem Grundbesitz zugunsten des Beteiligten zu 2, des Freistaats Bayern, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und bewilligten deren Eintragung im Grundbuch. Die Dienstbarkeit soll folgenden Inhalt haben:

„Die Wohnungen dürfen nur von Personen genutzt werden, die durch den jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks mit Zustimmung des Freistaates Bayern, ... bestimmt werden; die Zustimmung gilt als erteilt für Personen, die entweder Inhaber des auf dem dienenden Grundstück betriebenen Gewerbebetriebes sind oder hauptberuflich im Gewerbebetrieb des Bestimmungsberechtigten tätig sind oder zu dessen noch nicht selbständigen und wirtschaftlich oder durch andere Lebensumstände von ihm abhängigen Familienangehörigen gehören.

Dem Eigentümer des dienenden Grundstücks ist es infolge dessen auf unbegrenzte Zeit untersagt, die Wohnungen in dem Betriebsgebäude anders zu nutzen, als vorstehend angegeben.

Das Recht, solches zu untersagen, steht dem Freistaat Bayern zu und wird diesem eingeräumt.“

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung der Dienstbarkeit durch Zwischenverfügung vom 3.1.2000 beanstandet. Es hält die Bestellung des Rechts auf unbegrenzte Zeit für unzulässig und verlangt eine Beschränkung auf höchstens 25 Jahre. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung durch Beschluss vom 23.2.2000 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten mit Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

(...)

2.

a) Bei dem zur Eintragung beantragten Recht handelt es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts (§§ 1090, 1018 BGB). Nach dem Inhalt des Rechts sollen auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, nämlich die Überlassung der Wohnungen auf dem Grundstück an beliebige Personen. Damit liegt eine Unterlassungsdienstbarkeit vor (Fall 2 des § 1018 BGB). Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Unterlassungsdienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts, mit der öffentliche Interessen verfolgt werden, steht heute nicht mehr in Frage (BayObLGZ 1982, 184; vgl. BayObLGZ 1989 89/94 und 347: *Haegele/Schöner/Stöber* GBR 11. Aufl. Rdnr. 1205; *Bayer in Bauer/v. Oefele* GBO AT III Rdnr. 323; *KEHE/Herrmann* GBR 5. Aufl. Einl. N Rdnr. 54; *Demharter* GBO 23. Aufl. Anh. zu § 44 Rdnr. 24). Welches öffentliche Interesse verfolgt und durch die Dienstbarkeit gesichert werden soll, lässt sich der Eintragungsbewilligung im Einzelnen nicht entnehmen.

b) Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nach der gesetzlichen Ausgestaltung grundsätzlich an die Person des Berechtigten gebunden, also nicht übertragbar (§ 1092 Abs. 1 BGB) und nicht vererblich (§ 1090 Abs. 2 i.V.m. § 1061 BGB). Sie belastet ein Grundstück daher grundsätzlich nur auf eine begrenzte Zeit. Daraus folgt das Landgericht die Notwendigkeit einer zeitlichen Beschränkung auch im vorliegenden Fall, in dem Berechtigter nicht eine natürliche, sondern eine juristische Person ist, nämlich der Freistaat Bayern. Dies beruht auf einem Rechtsfehler.

c) Das Gesetz lässt es zu, dass Berechtigter einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auch eine juristische Person ist (§ 1092 Abs. 2 BGB). Damit scheidet von vornherein schon eine Begrenzung des Rechts auf einen bestimmten Zeitraum wie die Lebensspanne eines Menschen aus. Außerdem ist in diesem Fall, da §§ 1059a ff. BGB entsprechend anwendbar sind (§ 1092 Abs. 2 BGB), das Recht grundsätzlich auch übertragbar (vgl. § 1059a Abs. 1 BGB). Aus dem Gesetz lässt sich damit nicht ableiten, dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten einer juristischen Person immer zeitlich beschränkt sein muss. Die vom Grundbuchamt verlangte Beschränkung auf 25 Jahre wäre im Übrigen willkürlich. Eine zeitliche Begrenzung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als eines dinglichen Rechts wird auch bei der dinglichen Sicherung einer Getränkebezugsverpflichtung jedenfalls dann nicht verlangt, wenn sich aus der für das Grundbuchamt allein maßgebenden Eintragungsbewilligung eine Rechtfertigung hierfür nicht ableiten lässt (vgl. *BGH NJW* 1988, 2364 [= *MittBayNot* 1988, 124]; *BayObLGZ* 1985, 290/294).

Es trifft auch nicht zu, dass in Rechtsprechung und Schrifttum ganz überwiegend verlangt werde, die Dauer der Dienstbarkeit müsse beschränkt sein. *Haegele/Schöner* (Rdnr. 1205) halten dies für geboten, aber nicht für zwingend notwendig; *Bayer (Bauer/v. Oefele* III Rdnr. 323) empfiehlt eine zeitliche Begrenzung; *Odersky* (Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat, S. 213/222) meint, der Grundsatz der gesetzlichen Ausgestaltung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als nicht übertragbares und nicht vererbliches Recht solle auch bei der Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für eine juristische Person angemessen Rechnung getragen werden. In dem der Entscheidung *BayObLGZ* 1989, 89 zugrunde liegenden Fall war die Dienstbarkeit auflösend bedingt bestellt und bewilligt. Der Entscheidung kann nicht

entnommen werden, dass ohne eine solche Begrenzung des Rechts dieses nicht hätte eingetragen werden können; entsprechendes gilt für die Entscheidung BayObLGZ 1982, 184 (s. dazu insbesondere S. 190). Auch wenn damit die Eintragung des zeitlich nicht begrenzten Rechts zulässig ist, schließt dies nicht aus, dass bei veränderten Umständen der Grundstückseigentümer einen Anspruch gegen den Dienstbarkeitsberechtigten auf Aufhebung und Löschung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit haben kann.

---

8. GBO § 20; BGB § 1356 Abs. 1 (*Anforderungen an auf § 1365 BGB gestützte Zwischenverfügung*)

**Das Grundbuchamt darf den Antrag auf Eintragung einer Auflassung nur dann wegen der Notwendigkeit der Zustimmung des mit dem Veräußerer im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten durch Zwischenverfügung beanstanden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es sich bei dem Grundstück um das nahezu ganze Vermögen handelt und der Vertragspartner im Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts weiß, dass dies der Fall ist. Bloße Vermutungen und Unterstellungen genügen nicht.**

BayObLG, Beschluss vom 20.1.2000 – 2Z BR 190/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Zum Sachverhalt:*

Der Beteiligte zu 1 und die Beteiligte zu 3 sind im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet; sie leben getrennt und beabsichtigen, sich scheiden zu lassen.

Am 12.1.1998 veräußerte der Beteiligte zu 1 zwei Grundstücke mit einer Größe von 1340 m<sup>2</sup> und 94 m<sup>2</sup> an die Beteiligte zu 2 und ließ sie an diese auf; die Beteiligte zu 2 wurde am 17.2.1998 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Der Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümer eines weiteren, 1.017 m<sup>2</sup> großen Grundstücks eingetragen. Am 12.1.1998 verkaufte er an die Beteiligte zu 2 aus diesem Grundstück eine Teilfläche von 209 m<sup>2</sup> und durch Vertrag vom 10.2.1998 eine weitere Teilfläche von 380 m<sup>2</sup>. Die beiden Teilflächen wurden nach Vermessung am 20.7.1998 aufgelassen.

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Vollzug der Auflassung durch Zwischenverfügung vom 7.10.1998 beanstandet und die Zustimmung der Beteiligten zu 3 verlangt, weil es sich bei der Teilfläche um das nahezu ganze Vermögen des Beteiligten zu 1 handle. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 am 18.10.1999 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich deren weitere Beschwerde mit Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

2. (...)

b) Nach § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB kann sich ein im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebender Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Zustimmungsbedürftig sind danach nicht nur Rechtsgeschäfte über die Veräußerung des Gesamtvermögens als solchen, sondern auch Rechtsgeschäfte über einen einzelnen Gegenstand, wenn dieser das ganze oder nahezu ganze Vermögen ausmacht; Gleiches gilt, wenn über mehrere Einzelgegenstände verfügt wird, die im Wesentlichen das ganze Vermögen darstellen. Die Zustimmungsbedürftigkeit hat in diesen Fällen außer einem objektiven auch noch ein subjektives Erfordernis: der

Vertragspartner muss positiv wissen, dass es sich bei dem Gegenstand um das ganze oder nahezu ganze Vermögen des Ehegatten handelt; zumindest muss er die Umstände kennen, aus denen sich dies ergibt. Maßgebender Zeitpunkt hierfür ist der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts (BGHZ 43, 174/176 f.; 106, 253/256 f.; BayObLGZ 1967, 87/89; 1987, 431/434 f.).

Die Auflassung eines Grundstücks darf das Grundbuchamt nur eintragen, wenn die gemäß § 873 Abs. 1, § 925 BGB erforderliche Einigung erklärt ist (§ 20 GBO). Bedarf die Verpflichtung, über ein Grundstück zu verfügen, gemäß § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB der Zustimmung des anderen Ehegatten, so liegt eine wirksame Auflassung nur vor, wenn die Zustimmung erteilt ist (§ 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das Grundbuchamt hat daher im Rahmen seiner sich aus § 20 GBO ergebenden Prüfungspflicht auch der Frage nachzugehen, ob bei der Verfügung eines im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebenden Ehegatten über ein Grundstück die Zustimmung des anderen Ehegatten vorliegt. Allerdings ist das Grundbuchamt nur dann berechtigt und verpflichtet, die Zustimmung des anderen Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, wenn sich aus den Eintragungunterlagen oder sonst bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsverbots gemäß § 1365 Abs. 1 BGB gegeben sind (BGHZ 35, 135/139 f.; 64, 246/250; BayObLGZ 1967, 87/90; 1987, 431/435; *Demharter* GBO § 33 Rdnr. 31; *KEHE/Herrmann* GBR 5. Aufl. § 33 Rdnr. 12; *Meikel/Böhringer* GBR 8. Aufl. § 33 Rdnr. 5 ff.).

c) Nach diesen Grundsätzen verlangen das Landgericht und mit ihm das Grundbuchamt zu Unrecht die Zustimmung der Beteiligten zu 3 zur Eintragung der Auflassung in das Grundbuch. Es fehlen sowohl ausreichende konkrete Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Verfügung über die Grundstücksteilflächen um das nahezu ganze Vermögen des Beteiligten zu 1 handelt, als auch und insbesondere dafür, dass die Beteiligte zu 2 zu dem maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 12.1. und 10.2.1998 positive Kenntnis davon hatte. Hinsichtlich der Kenntnis der Beteiligten zu 2 stützen sich die Vorinstanzen auf bloße Unterstellungen und legen den Sachvortrag der Beteiligten zu 3 zugrunde. Das Landgericht unterstellt, dass es sich bei der Beteiligten zu 2 bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 12.1. und 10.2.1998 um die Lebensgefährtin des Beteiligten zu 1 gehandelt habe, und leitet daraus die positive Kenntnis der Beteiligten zu 2 von den Vermögensverhältnissen des Beteiligten zu 1 ab. Dies stellt einen Rechtsfehler dar. Gegen die Annahme, dass es sich um das nahezu ganze Vermögen handelt, spricht schon der Umstand, dass dem Beteiligten zu 1 von dem Grundstück, von dem zwei Teilflächen abveräußert werden, ein erheblicher Teil verbleibt. Im Übrigen stützen sich die Vorinstanzen, auch soweit es um die Frage geht, ob es sich um das nahezu ganze Vermögen handelt, im Wesentlichen nur auf den Sachvortrag der Beteiligten zu 3. Wenn es zutreffen sollte, dass es sich bei der Verfügung über die Grundstücksteilflächen auch unter Berücksichtigung der Veräußerung der beiden anderen Grundstücke um das nahezu ganze Vermögen des Beteiligten zu 1 gehandelt hat, kommt entscheidende Bedeutung dem Umstand zu, dass konkrete Anhaltspunkte für eine positive Kenntnis der Beteiligten zu 2 am 12.1. und 10.2.1998 fehlen.

9. BGB § 1026, BGB 1093, WEG § 8 (*Fortbestehen eines Wohnungsrechts nach Aufteilung des belasteten Grundstücks in Wohnungseigentum*)

- 1. Das Grundbuchamt hat einen Eintragungsantrag zurückzuweisen, der zu einer inhaltlich unzulässigen Eintragung im Grundbuch führen würde.**
- 2. Wird ein mit einem Wohnungsrecht belastetes Grundstück in Wohnungseigentum aufgeteilt, so kann die Beschränkung des Belastungsgegenstandes des Wohnungsrechts auf ein (oder mehrere) Wohnungseigentumsrechte nur dann eintreten, wenn der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit mit der Nutzungsbefugnis eines oder mehrerer Sondereigentümer deckungsgleich ist. Geht der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit darüber hinaus, muss notwendig das gesamte Grundstück mit dem Wohnungsrecht belastet bleiben.**
- 3. Erstreckt sich der Ausübungsbereich des Wohnungsrechts auf die ausschließliche Nutzung der einer Wohnung zugeordneten Terrasse, so fehlt die erforderliche Deckungsgleichheit, wenn dem Sondereigentum der betreffenden Wohnung ein Sondernutzungsrecht an dieser Terrasse nicht eingeräumt ist.**

OLG Hamm, Beschluss vom 8.5.2000 – 15 W 103/00 – mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

10. WEG § 10 Abs. 2, 15; BGB 1010 (*Benutzungsregelung für Duplexparker I*)

**Eine Gebrauchsregelung für einzelne Stellplätze einer Sammelgarage ist sowohl nach §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 WEG als auch nach § 1010 BGB möglich.**

OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 23.12.1999 – 20 W 281/98 –

*Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde ist gemäß §§ 78, 80 GBO zulässig. Sie ist auch in der Sache begründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Verletzung der §§ 1 Abs. 3, 10 Abs. 2 und 15 Abs. 1 WEG.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen kann die von den Antragstellern erstrebte Zuordnung und Nutzung der einzelnen Stellplätze in den Sammelverschiebeparkanlagen nicht nur durch eine Benutzungsregelung gemäß § 1010 Abs. 2 BGB, sondern auch durch eine Gebrauchsregelung gemäß §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 WEG im Grundbuch gewahrt werden.

Die Antragsteller haben durch ihre beurkundeten Erklärungen vom 16.4.1997 gemäß § 4 WEG neues Teileigentum im Sinne des § 1 Abs. 3 WEG an den drei Einzelstellplätzen Nr. 25, 26 und 27 und den beiden Sammelstellplatzverschiebeanlagen bestehend aus den Stellplätzen Nr. 1 bis 9 und 10 bis 24 gebildet. An den einzelnen Stellplätzen der beiden Verschiebeanlagen sollen gemäß Ziffer 6 der Änderungserklärung vom 16.4.1997 zur Teilungserklärung Sondernutzungsrechte begründet werden, die in entsprechender Anwendung der Teilungserklärung und § 5 der Miteigentümerordnung in den Kaufverträgen einzelnen Wohnungen zugeordnet werden sollen. Der Senat hält eine derartige Verfahrensweise in Überein-

stimmung mit der Entscheidung, des BayObLG vom 21.7.1994 (NJW-RR 1994, 1427 = MittBayNot 1994, 438) für zulässig. Es handelt sich hierbei um eine Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG, die als Inhalt des Sondereigentums im Bestandsverzeichnis des Grundbuches einzutragen ist.

Die Frage, ob auf diesem Wege neben der ansonsten üblichen Gebrauchsregelung nach § 1010 BGB ebenfalls die Nutzung der einzelnen Stellplätze innerhalb einer im Eigentum mehrerer Personen stehenden Stellplatzanlage als Teileigentum geregelt werden kann, ist seit langem umstritten. Die Vertreter der Auffassung, die hierfür nur eine Benutzungsregelung gemäß § 1010 BGB, die als Belastung in Abteilung II des Grundbuches einzutragen ist, für zulässig halten (OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1987, 163; *Stumpp*, MittBayNot 1971, 10 ff., *Weitmauer/Liike*, WEG, 8. Aufl., § 5 Rdnr. 39; *Palandt/Bassenge*, BGB, 59. Aufl., § 15 WEG, Rdnr. 1; *Huff*, WE 1996, 134 ff., *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdnr. 2836; *Schöner*, Rpfleger 1997, 416 ff., *Soergel/Stürmer*, BGB, 12. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 14), begründen dies ebenso wie die Entscheidung des Landgerichts überwiegend mit systematischen Erwägungen. Das Wohnungseigentumsgesetz enthalte insgesamt keine Regelung für das Verhältnis mehrerer Eigentümer einer Sondereigentumseinheit untereinander, sondern regeln in den § 10 ff WEG nur das Verhältnis der Eigentümer der einzelnen Sondereigentumseinheiten zueinander (vgl. insbesondere *Schöner* a.a.O. S. 417 m.w.N.). Diese Auslegung hält der Senat nicht für zwingend. Zwar betreffen die gesetzlichen Regelungen der § 10 ff. WEG zunächst das Verhältnis zwischen den Eigentümern der verschiedenen Sondereigentumseinheiten. § 15 Abs. 1 WEG enthält jedoch eine Öffnungsklausel, die der Eigentümergemeinschaft abweichend von der gesetzlichen Regelung erhebliche Gestaltungsfreiräume für die Regelung des Gebrauchs als wichtigstem Ausfluss des Eigentumsrechts eröffnet. Wie das BayObLG zutreffend herausgestellt hat, ist hier eine Regelungsmöglichkeit nicht nur für das gemeinschaftliche Eigentum, sondern auch für das Sondereigentum ausdrücklich vorgesehen. Zwar mag der typische Anwendungsfall hierfür die Regelung der Nutzung des Sondereigentums im Verhältnis zu den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergemeinschaft sein. Es sind jedoch keine zwingenden Gründe dafür vorhanden, von dieser die Zustimmung aller Wohnungseigentümer erfordernden Möglichkeit der Vereinbarung die Regelung der Nutzung von Teileigentum zwischen den Mitgliedern dieser Sondereigentümergemeinschaft auszuschließen.

Sinn und Zweck des § 15 Abs. 1 WEG stehen einer derartigen Regelung nicht entgegen. Sie findet ihre Rechtfertigung darin, dass die Miteigentümer des Teileigentums Sammelparkanlage durch den damit verbundenen Miteigentumsanteil in das Gemeinschaftsverhältnis aller Wohnungs- und Teileigentümer eingebunden sind und deshalb einverständlich auch solche Regelungen treffen können, die nur einzelne Sondereigentumseinheiten betreffen (vgl. BayObLGZ a.a.O.).

Gegen die Zulässigkeit einer derartigen Regelung spricht des Weiteren nicht, dass daneben auch die Möglichkeit einer Benutzungsregelung gemäß § 1010 BGB eröffnet wäre. Vielmehr muss die Wahl der Ausgestaltung den Beteiligten überlassen bleiben. Damit erübrigt sich an dieser Stelle auch eine Diskussion der jeweiligen Vor- und Nachteile der beiden Gestaltungswege, die die Beteiligten selbst im Vorfeld ihrer Entscheidung abzuwägen haben. Des Weiteren kann die Frage des Eintragungsaufwandes oder der besseren Übersichtlichkeit im Grundbuch nicht zum Maßstab der Zulässigkeit erhoben werden.

Auch die vom Landgericht befürchteten verfahrensrechtlichen Komplikationen erfordern keinen Ausschluss der Anwendbarkeit des § 15 WEG für die hier beabsichtigte Gebrauchsregelung an den einzelnen Stellplätzen in den Sammelparkanlagen. Auch wenn für Streitigkeiten aufgrund einer derartigen Gebrauchsregelung gemäß § 15 WEG nicht das Prozessgericht, sondern das Gericht des Wohnungseigentumsverfahrens nach den §§ 43 ff. WEG zuständig ist, lässt sich hieraus nicht die materielle Unzulässigkeit dieser Gestaltung folgern. Soweit auf die aufwändige Beteiligung sämtlicher Wohnungseigentümer im FGG-Verfahren verwiesen wird, hat das BayObLG (a.a.O.) bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass solche Wohnungseigentümer, deren Interessen in keiner Weise betroffen werden, an einem Verfahren nicht beteiligt werden müssen.

Die vom Landgericht hervorgehobenen Unklarheiten für den Fall der Vereinigung sämtlicher Miteigentumsanteile an der Sondereigentumseinheit in einer Hand sind hier praktisch nicht zu befürchten, da nicht zu erwarten steht, dass sich in der Zukunft sämtliche Miteigentumsanteile an den jeweiligen Sammelparkanlagen in der Hand eines einzelnen Wohnungseigentümers vereinen werden.

Letztlich ist kein zwingender Grund dafür ersichtlich, wieso die Gebrauchszuweisung an dem einzelnen Stellplatz in einer Sammelparkanlage gemäß § 15 Abs. 1 WEG dann möglich sein soll, wenn diese im Gemeinschaftseigentum steht, für den Fall des Teileigentums an einer solchen Stellplatzeinheit jedoch ausgeschlossen und nur über § 1010 BGB gegeben sein soll. Deshalb ist die hier beabsichtigte Gebrauchsregelung für die einzelnen Stellplätze der Mehrfachparkanlagen gemäß §§ 1 Abs. 3, 10 Abs. 2, 15 Abs., 1 WEG zulässig (ebenso: LG München I MittBayNot 1971, 242; LG München II MittBayNot 1988, 78; von Heynitz, DNotZ 1971, 645 ff.; Ertl, Rpfleger 1979, 81 ff. und DNotZ 1988, 4 ff.; Bärmann-Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Aufl., Rdnr. 67; Frank MittBayNot 1994, 512 ff.; Bauer/von Oefele, GBO AT V Rdnr. 88 und Staudenmaier BWNtZ 1975, 170, 172, Schneider Rpfleger 1998, 9 ff. und 53 ff.).

Angesichts des klar ersichtlichen Regelungsinhaltes der Gebrauchsregelung kommt es nicht entscheidend darauf an, ob man hierfür den gesetzlich nicht definierten Begriff des Sondernutzungsrechtes am Sondereigentum verwendet oder diesen nach dem bisher üblichen Sprachgebrauch der Einräumung des alleinigen Gebrauchs am gemeinschaftlichen Eigentum vorbehält (so BayObLG a.a.O.).

## Anmerkung

### 1. Ausgangslage:

Trotz interessanter Argumente der Literatur<sup>1</sup> ist die Rechtsprechung einhellig der Meinung<sup>2</sup>, dass ein einzelner Stellplatz des Doppelparkers nicht sondereigentumsfähig ist. Nachdem das BayObLG<sup>3</sup> entschieden hatte, dass hier eine Benutzungsregelung nicht nur nach § 1010 BGB, sondern

<sup>1</sup> Linderhaus MittRhNotK 1978, 86 (Anm.); Sauren MittRhNotK 1982, 213, Gleichmann Rpfleger 1988, 10 u. Frank MittBayNot, 1994, 512; kritisch auch OLG Hamm OLGZ 1983, 1 = MittRhNotK 1982, 218 = Rpfleger 1983, 19; DNotI-Gutachten Nr. 1123 für Sondereigentum an durch Trennlinie am Boden geteilter Hälfte eines Vierfachparkers.

<sup>2</sup> BayObLG 1974, 466 = DNotZ 1976, 28 = Rpfleger 1975, 90 und NJW-RR 1995, 783; DNotZ 1995, 622 = Rpfleger 1995, 346; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1978, 85; Noack Rpfleger 176, 5.

<sup>3</sup> BayObLG NJW-RR 1994, 1427 = DNotZ 1995, 70 Rpfleger 1995, 67.

auch nach § 15 WEG zulässig ist, gab es fast so viele Gegner<sup>4</sup> wie Befürworter<sup>5</sup> dieser Lösung nach § 15 WEG. Der Meinung des BayObLG haben sich nun auch das Thüringer OLG<sup>6</sup> (mit zustimmender Anmerkung Schmidt<sup>7</sup> im Fall eines Doppelparkers und das OLG Frankfurt<sup>8</sup> im Fall einer Sammelverschiebeparkanlage (= so genannter „Autolift“, d.h. in einem Sondereigentumsraum werden die PKWs durch eine Automatanlage jeweils an ihren Stellplatz transportiert) angeschlossen. Dass damit die Streitfrage geklärt ist, ist aus der Sicht der Praxis sehr zu begrüßen.

### 2. Begründung:

a) Die überzeugende **Begründung der drei Gerichte** beruht jeweils einerseits darauf, dass die Lösung vom Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich zugelassen wird und andererseits die vorgebrachten Gegenargumente weder aus der Gesetzessystematik, noch aus dem Normzweck, noch aus praktischen Gründen überzeugend oder zwingend sind. Im Folgenden soll versucht werden, diesen letzteren, auf der Ablehnung von Gegenargumenten beruhenden Teil durch eine positive Begründung zu ergänzen.

b) § 15 Abs. 1 WEG enthält mit der Formulierung „den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung regeln“ nicht nur eine ausdrückliche Ermächtigung für Regelungen zum Sondereigentum (SE), sondern auch eine einheitliche Rechtsgrundlage für Regelungen zum gemeinschaftlichen Eigentum (GE) und zum SE. Aus der **einheitlichen Rechtsgrundlage** folgt, dass es auch ein Sondernutzungsrecht am SE (bzw. wenn man den Begriff Sondernutzungsrecht vermeiden will, ein Alleinnutzungsrecht) geben muss, soweit nicht zwingende Konstruktionsprinzipien des WEG entgegenstehen.

c) Die Benutzung des SE kann völlig unstrittig hinsichtlich der **Nutzungsart** geregelt werden und extreme Einschränkungen am Sondereigentum bewirken<sup>9</sup>: Z. B. Nutzung nur als Lagerhalle zulässig und damit Ausschluss jeder anderen gewerblichen Nutzung und Wohnnutzung<sup>10</sup> oder z. B. nur als gemeinschaftlich betriebenes Hotel<sup>11</sup> verwendbar und damit Ausschluss fast jeder eigenen Nutzung. Daneben kann auch völlig unstrittig eine **räumliche Nutzungstrennung** erfolgen: einzelne Räume nur für gewerbliche Zwecke oder Räume im EG nur als Wohnung, Räume im UG nur als Hobbyraum oder als Praxis usw.

d) Auch wenn einzelne Sondereigentümer und/oder Teilhaber der Bruchteilsgemeinschaft keine besondere Wohnungseigentümergeinschaft bilden können, sind doch **verschiedene Rechtsverhältnisse einzelner oder mehrerer Wohnungs-/Teileigentümer üblich**: So ist bei Mehrhausanlagen die Konstruk-

<sup>4</sup> LG Düsseldorf MittRhNotK 1987, 163; Huff WE 1996, 139; Schneider Rpfleger 1998, 53; Schöner, Rpfleger 1997, 416; Stumpp MittBayNot 1971, 10, 12; Haegele/Schöner/Stöber Rdnr. 2836; Palandt/Bassenge § 15 Rdnr. 1; Weitnauer § 15 Rdnr. 39; Sauren § 15 Rdnr. 5.

<sup>5</sup> LG München I MittBayNot 1971, 242, LG München II MittBayNot 1988, 78; Frank MittBayNot 1994, 512; Böttcher ZfIR 1997, 321, 327; Ertl Rpfleger 1979, 81 und DNotZ 1988, 4, 11; Schmidt MittBayNot 1995, 115; Bärmann/Pick/Merle, 7. Aufl., § 15 Rdnr. 16; Staudinger/Kreuzer, 12. Aufl. 15 Rdnr. 10.

<sup>6</sup> In diesem Heft S. 443.

<sup>7</sup> Friedrich Schmidt ZWE 2000, 207.

<sup>8</sup> In diesem Heft S. 440.

<sup>9</sup> Vgl. Bauer/v. Oefele GBO, AT Rdnr. V 124.

<sup>10</sup> Vgl. BayObLG NJW-RR 1994, 527.

<sup>11</sup> Vgl. BayObLGZ 1999 Nr. 11.

tion der „**Untergemeinschaft**“, also Gemeinschaft nur einzelner Sondereigentümer hinsichtlich eines von mehreren Häusern mit entsprechender Regelung zur Sondernutzung und zu den Lasten unstrittig üblich<sup>12</sup>. Dies gilt auch für gemeinschaftliche Sondernutzungsrechte hinsichtlich von Flächen und Räumen, schließlich auch für ein (gemeinsames) Sondernutzungsrecht an einem Sondereigentumsraum einer Einheit, der als Hausflur von der anderen Einheit mitbenutzt wird<sup>13</sup>.

e) Die Zuordnung eines Sondernutzungsrechts an einem Stellplatz zu einem (anderen) Wohnungseigentum – wie im Fall des Thüringer OLG – entspricht daher weitgehend den vorgenannten Regelungsmöglichkeiten. Praktisch wesentlich zweckmäßiger ist aber die Zuordnung zu einem Miteigentumsanteil am Mehrfachparker. Der Unterschied zu den vorgenannten Konstruktionsformen besteht hier ausschließlich darin, dass die räumliche Nutzungstrennung mit einem Miteigentumsanteil am Teileigentum verbunden wird, also letztlich nicht mit einer vollständigen WE-Einheit verbunden wird, sondern mit einem Bruchteilseigentum hieran. Die Frage ist also, ob die Nutzungsregelung zwischen den Bruchteilseigentümern am TE noch innerhalb der Regelungsschwelle von § 15 WEG liegt, also noch eine „**dingliche Innenregelung**“ ist, oder ob das Wohnungs-/Teileigentum eine ausschließliche Konstruktionsgrenze ist und nurmehr Vereinbarungen zwischen Bruchteilseigentümern einer Einheit außerhalb der Regelungsschranke möglich sind, also als „**Außenregelung**“<sup>14</sup>.

f) Einerseits umfasst die Formulierung in § 15 Abs. 1 WEG „*die Wohnungseigentümer*“ auch mehrere Wohnungseigentümer einer einzigen Einheit. Andererseits ist der **Gesetzeswortlaut** „*Gebrauch regeln ...*“ in § 15 Abs. 1 WEG und „*Nutzung geregelt*“ in § 1010 Abs. 1 BGB fast gleich, vom Sinn her aber identisch. Da das WEG ohnehin konstruktiv in der Bruchteilsgemeinschaft wurzelt<sup>15</sup>, wollte der Gesetzgeber offensichtlich mit § 15 Abs. 1 WEG Gebrauchsregelungen nach § 1010 BGB in den Inhalt der Wohnungseigentumseinheit integrieren, also ermöglichen, dass die grundbuchtechnische Außenregelung des § 1010 BGB zum Inhalt des entstehenden Elements Wohnungseigentum/Teileigentum wird, nämlich als Inhalt des Sondereigentums (§ 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG). Weiter ergibt sich auch aus § 10 Abs. 1 S. 1 WEG, dass die Vorschriften der Bruchteilsgemeinschaft nur hilfsweise gelten sollen. Aus der Gegenüberstellung beider Vorschriften folgt schließlich, dass der Gesetzgeber für das Element „Wohnungseigentum“ die Innenregelung bevorzugt hat. Dieser gleiche **Normzweck** entspricht also der einheitlichen Rechtsgrundlage für das hier gegenständliche Alleinutzungsrecht am Sondereigentum.

g) Sowohl das BayObLG (a.a.O.) als auch das OLG Frankfurt stellen fest, dass es für die Zulässigkeit der gegenständlichen Konstruktion unbedeutend ist, ob dieses Alleinutzungsrecht „**Sondernutzungsrecht**“ genannt werden soll und lassen die Anwendbarkeit dieses Begriffs ausdrücklich offen. Der vom Gesetzgeber überhaupt nicht verwendete Begriff wurde in der Vergangenheit ausschließlich für Sondernutzungsrechte am GE verwendet<sup>16</sup>. Dies ist jedoch überhaupt nicht zwingend, vielmehr sollte einerseits das Sondernutzungsrecht ganz allgemein als Teil einer „Innenregelung“ bei Spaltungs-

formen des Eigentums begriffen werden und damit abgegrenzt werden zu „Außenregelungen“ wie Dienstbarkeiten usw. Damit entstände im WEG parallel zum Sondereigentum (vom gemeinschaftlichen Eigentum abgesondertes Eigentum) der einheitliche Begriff der Sondernutzung (vom betroffenen Eigentum abgesonderte Alleinnutzung). Dies würde auch dem Verständnis von Laien einerseits und der Aussagefähigkeit des Grundbuchs andererseits nutzen.

h) Aus den vorgenannten Gründen sollte auch ein § 1010 BGB entsprechender **Ausschluss des Aufhebungsrechts** hier zugelassen werden; für diese kaum diskutierte Möglichkeit<sup>17</sup> spricht auch der Zweck von § 6 WEG.

### 3. Praktische Vorteile

a) Erster großer Vorteil dieser Konstruktion ist, dass die im Bestandsverzeichnis eingetragene Regelung nach § 15 WEG **keinen Rang** hat und daher anders als bei der Regelung nach § 1010 BGB keine Gefahr des Ausfalls in der Versteigerung besteht<sup>18</sup>.

b) Zweiter großer Vorteil ist der **leichtere Vollzug im Grundbuch**. In dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall ist für die Begründung des Sondernutzungsrechts (genau wie beim GE) die Eintragung der negativen Komponente mit Eintragung der Teilungserklärung erfolgt; die positive Komponente wurde durch Zuordnungserklärung des Bauträgers bei Verkauf des Miteigentumsanteils am Mehrfachparker und entsprechende Eintragung im Grundbuch vollzogen. Hier erfolgt also die Verdinglichung des Sondernutzungsrechts sofort mit der Teilung, während erst im Zuge des Verkaufs festgelegt wird, wer welches Sondernutzungsrecht erhält. Dies ist von größter praktischer Bedeutung, vor allem bei Vierfachparkern oder bei Sammelparkanlagen, da ja bei Regelungen nach § 1010 BGB immer die Gefahr besteht, dass die Regelung Nachrang nach einer Vielzahl von Grundpfandrechten erhält; außerdem werden immer wieder diese Regelungen beim Vollzug übersehen und können leicht Verwechslungen eintreten.

c) Schließlich ist die **Eintragung der positiven Komponente** (z. B. „*Sondernutzungsrecht am rechten oberen Stellplatz ist dem Miteigentumsanteil I b) zugeordnet*“) ein weiterer erheblicher Vorteil, da für jeden Rechtsnachfolger sofort aus dem Grundbuch ersichtlich wird, welchen Stellplatz er nutzen darf.

### 4. Formulierungsbeispiel (Aus Schmidt, Fn. 7, 208 mit Änderungen):

#### „Gebrauchsregelung

Die Nutzung des Sondereigentums am Doppelparker Nr. ... wird gemäß § 15 WEG wie folgt geregelt:

Dem jeweiligen Inhaber eines Hälfitemiteigentumsanteils an diesem Teileigentum steht das Recht auf alleinige und ausschließliche Nutzung eines Stellplatzes zu (Sondernutzungsrecht). Mit Eintragung der Teilungserklärung im Grundbuch wird diese Regelung, insbesondere der Ausschluss jedes Miteigentümers von der Nutzung, jeweils eines Stellplatzes (negative Komponente), Inhalt des Teileigentums. Die Zuordnung des Nutzungsrechts an einem Stellplatz zu einem Miteigentumsanteil nimmt der teilende Eigentümer im Kaufvertrag oder durch eine sonstige Erklärung an das Grundbuchamt vor, was gleichfalls im Grundbuch vermerkt werden soll.

Die Unterhaltung und Instandhaltung des Doppelparkers, insbesondere der Hebebühne, obliegt den Miteigentümern zu gleichen Teilen.“

Notar von Oefele, München

<sup>12</sup> Vgl. iE *Bauer/v. Oefele*, GBO, AT Rdnr. V 81, 143.

<sup>13</sup> OLG Zweibrücken Rpfleger 1990, 19.

<sup>14</sup> Zu dieser Abgrenzung vgl. *Bauer/v. Oefele* AT Rdnr. V 137.

<sup>15</sup> Vgl. *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 7. Aufl. § 10 Rdnr. 3.

<sup>16</sup> Vgl. BayObLG Fn. 3 und Rpfleger 1981, 299; *Horber/Demharter* 20. Aufl., Anh. zu § 3 Rdnr. 21.

<sup>17</sup> Für Zulassung: *Bauer/v. Oefele* AT Rdnr. V 91; a.a.O. *Schöner Rpfleger* 1997, 416.

<sup>18</sup> Vgl. *Schmidt*, ZWE 2000, 207, 208.

11. WEG § 15; BGB § 1010 (*Benutzungsregelung für Duplexparker II*)

**Die Benutzungsregelung für die Stellplätze eines Duplexparker kann auch dann, wenn es sich um in Miteigentum stehendes Teileigentum handelt, nach § 15 Abs. 1 WEG getroffen und im Grundbuch eingetragen werden.**

Thüringer OLG, Beschluss vom 24.11.1999 – 6 W 715/99 – mitgeteilt von Notar *Dr. Jan Rohls*, Frankfurt/M.

*Aus den Gründen:*

Die Frage, ob die Miteigentümer eines WEG-Sondereigentums ihr Gemeinschaftsverhältnis nur nach § 1010 BGB oder auch nach den §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 WEG durch Zuweisung von Sondernutzungsrechten bzw. Benutzungsregelungen regeln können, ist, worauf auch das Landgericht zutreffend hinweist, umstritten. Der Senat folgt, anders als das Erstbeschwerdegericht, der Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, wonach eine Benutzungsregelung für die beiden Stellplätze einer Duplex-Garage auch dann, wenn es sich um in Miteigentum stehendes Teileigentum handelt, nach § 15 Abs. 1 WEG getroffen und im Grundbuch eingetragen werden kann (vgl. BayObLG, Rpfleger 1995, 67 f. = MittBayNot 1994, 438). Für diese Auffassung spricht insbesondere der Wortlaut des § 15 Abs. 1 WEG, wonach eine Gebrauchsregelung hinsichtlich des Sondereigentums ausdrücklich zulässig ist (vgl. auch *Bauer/v.Oefele*, GBO, AT I Rdnr. 108, AT V Rdnr. 91 jeweils m.w.N.). Die gegenteilige Auffassung des Landgerichts findet im Gesetz keine Stütze; insbesondere steht ihr auch nicht der Sinn und Zweck des § 15 Abs. 1 WEG entgegen. Soweit dagegen eingewandt wird, eine solche Gebrauchsregelung regle nicht das Verhältnis der Eigentümer verschiedener Sondereigentumseinheiten untereinander oder zur Gesamtheit aller anderen, sondern ausschließlich das Verhältnis von Bruchteileigentümern einer Sondereigentumseinheit (vgl. *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Auflage, Rdnr. 2836 m.w.N.; *Stumpp*, MittBayNot 1971, 10, 12; *Weitnauer*, WEG, 8. Auflage, § 3 Rdnr. 120; *Schöner*, Rpfleger 1997, 416, 417), teilt der Senat diese Bedenken nicht. Die Teilhaber der Bruchteileigentümergemeinschaft an dem Sondereigentum Duplex-Garage oder Doppelparker bilden zwar als solche keine Wohnungseigentümergeinschaft; das Wohnungseigentumsrecht der Miteigentümer besteht aber nicht nur in dem jeweiligen Sondereigentum an dem Doppelparker, sondern ist durch den Miteigentumsanteil an dem jeweiligen gemeinschaftlichen Eigentum in das Gemeinschaftsverhältnis aller Wohnungseigentümer eingebunden (vgl. BayObLG a.a.O. m.w.N.; *Demharter*, GBO, 22. Auflage, Anhang zu § 3 Rdnr. 22 m.w.N., *Schneider*, Rpfleger 1998, 9, 13 m.w.N.; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 7. Auflage, § 15 Rdnr. 16). Neben diesen Erwägungen sprechen schließlich auch die Bedürfnisse der Rechtspraxis für die Zulassung einer solchen Gebrauchsregelung und die Eintragung des entsprechenden Vermerks im Bestandsverzeichnis des Wohnungsgrundbuchs (vgl. *Bauer/v.Oefele*, a.a.O., AT V Rdnr. 91 und 92; *Ertl*, Rpfleger 1979, 81, 82 sowie DNotZ 1988, 4, 11). Hinzu kommt, dass sich die notarielle Beurkundungspraxis und die Eintragungspraxis der Grundbuchämter mittlerweile auf die zitierte Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts eingestellt haben dürfte (vgl. *Schneider*, a.a.O., 13). Zwingende Gründe, von dieser Rechtsauffassung abzuweichen und die Sache deshalb nach § 79 Abs. 2 GBO dem Bundesgerichtshof vorzulegen, sind für den Senat nicht ersichtlich und werden auch vom Landgericht nicht aufgezeigt.

12. GG Art. 14 Abs. 1, 6 Abs. 1; BGB §§ 2303, 2333 (*Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts*)

- 1. Die Erbrechtsgarantie gewährleistet nicht das Recht, den vorhandenen Eigentumsbestand von Todes wegen ungemindert auf Dritte zu übertragen. Zum grundlegenden Gehalt der Erbrechtsgarantie gehört auch das Prinzip des Verwandtenerbrechts. Deshalb ist in dem Pflichtteilsrecht eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung zu sehen.**
- 2. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Höhe des Pflichtteilsrechtes muss mangels Erheblichkeit nicht entschieden werden.**

*(Leitsätze der Schriftleitung)*

BVerfG, Beschluss vom 30.8.2000 – 1 BvR 2464/97 –

*Zum Sachverhalt:*

1. Der 1914 geborene Beschwerdeführer war mit der im Jahre 1993 verstorbenen Erblasserin verheiratet. Aus der Ehe sind drei Söhne hervorgegangen. Die Eheleute errichteten am 14.6.1982 ein gemeinschaftliches notarielles Ehegattentestament, in dem sie Folgendes bestimmten:

„Wir setzen uns hiermit gegenseitig zum alleinigen und ausschließlichen Erben ein. Der überlebende Teil wird in keiner Weise beschränkt oder beschwert. Er kann über das beiderseitige Vermögen in jeder Weise frei verfügen.

Dem Überlebenden wird es auch überlassen, weitere letztwillige Verfügungen zu treffen.

...

Wir wurden von dem Notar auf die gesetzlichen Pflichtteilsbestimmungen hingewiesen und bestimmen hierzu was folgt:

Sollte eines unserer Kinder beim Tod des erstversterbenden Elternteils gegenüber dem überlebenden Elternteil von uns seinen Pflichtteil durchsetzen, so soll er auch nach dem Tod des Längstlebenden ausschließlich seinen Pflichtteil erhalten. Das dadurch freigewordene Vermögen soll den übrigen Kindern zukommen.“

Der – 1945 geborene – jüngste Sohn des Beschwerdeführers (im Folgenden: Kläger) verlangte nach dem Tod seiner Mutter, der Erblasserin, von dem Beschwerdeführer als deren Alleinerben den Pflichtteil. Hierzu verklagte er den Beschwerdeführer vor dem Landgericht im Wege der Stufenklage zunächst auf Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses gemäß § 2314 BGB. Der Beschwerdeführer wandte ein, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Pflichtteil seien verfassungswidrig, so dass er weder zur Auskunftserteilung noch zur Zahlung verpflichtet sei. Der Kläger habe bereits Ende der 60er-Jahre jeden Kontakt zu den Eltern abgebrochen und sich seitdem einer indischen Sekte zugewandt.

Die Auskunftsklage hatte in beiden Rechtszügen Erfolg. Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht sahen die Vorschriften über den Pflichtteil als verfassungsmäßig an.

Das Oberlandesgericht führte in dem angegriffenen Urteil aus, neben dem Grundsatz der Testierfreiheit sei auch das Prinzip der Verwandtenerbfolge ein tragendes Strukturprinzip der deutschen Erbrechtsordnung. Nach ganz überwiegender Meinung gehöre das Pflichtteilsrecht zum institutionell verbürgten Gehalt der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG. Jedenfalls könne der Gesetzgeber im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Erbrechts den nächsten Verwandten ein Pflichtteilsrecht einräumen. Auf die Frage, ob die in § 2333 BGB enthaltene Regelung über die Entziehung des Pflichtteils eines Angehörigen zu eng und deshalb verfassungswidrig sei, komme es für die Entscheidung ebenso wenig an wie darauf, ob eine verfassungskonforme Auslegung des § 2333 BGB es erfordern könnte, dem Erblasser auch dann ein Recht zur Entziehung des Pflichtteils zuzubilligen, wenn ein familiärer Zusammenhang zwischen dem Erblasser und seinem Kind fehle und auch sonst kein sittlicher, existenzsichernder oder sonstiger Grund für eine Beteiligung am Nachlass gegeben sei. Die Erblasserin habe dem Kläger den Pflichtteil nicht entzogen. Es fehlten auch jegliche Anhaltspunkte dafür, dass sie dies

getan, hätte, wenn sie erwogen hätte, dass die Voraussetzungen für eine Pflichtteilsentziehung im Lichte verfassungskonformer Auslegung weiter zu verstehen seien, als sich dies auf Grund der Lektüre des § 2333 BGB unmittelbar aufdränge. Der Kläger habe vorgetragen, dass er gegen den Willen des Beschwerdeführers mit seiner Mutter regelmäßig telefonischen Kontakt unterhalten und bis zu ihrem Tode ein herzliches Verhältnis zu ihr gehabt habe. Gegenteiliges habe der Beschwerdeführer nicht unter Beweis gestellt.

2. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG. Hierzu führt er im Wesentlichen aus:

Das geltende Pflichtteilsrecht sei mit der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Wesentliches Element der Erbrechtsgarantie sei die Testierfreiheit des Erblassers. Demgegenüber nehme das Pflichtteilsrecht der Verwandten nicht am Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG teil, sondern schränke die Testierfreiheit ein. Bei dieser Einschränkung der Testierfreiheit müsse insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Das Selbstbestimmungsrecht des Testators stehe nicht zur Disposition des Gesetzgebers, Art. 14 GG unterbinde die Familiensozialisierung von Vermögen und Vermögenswerten. Ein Pflichtteilsanspruch der Kinder lasse sich nur aus den unterhaltsrechtlichen Gesichtspunkten der Sicherung der präsenten Existenz und der Ausbildung rechtfertigen. Mit der Entwicklung zum Sozialstaat und dem ständigen Ausbau der Sozialgesetzgebung habe das Erbrecht seine Aufgabe, die Hinterbliebenen wirtschaftlich zu versorgen, weitgehend verloren. Infolge der Veränderung der Altersstruktur seien die Erben im Zeitpunkt des Erbfalls oft bereits selbst im Renten- und Pensionsalter; in dieser Phase des Lebens sei eine zusätzliche Existenzsicherung nicht mehr notwendig. In der DDR habe § 396 ZGB die Konsequenz hieraus gezogen und die Pflichtteilsansprüche von Kindern auf den Fall der Unterhaltsbedürftigkeit beschränkt.

Auch Art. 6 Abs. 1 GG könne eine Einschränkung der Testierfreiheit dann nicht mehr rechtfertigen, wenn eine persönlich-menschliche Bindung zwischen Erblasser und Abkömmling nicht mehr bestehe und eine völlige Entfremdung vorliege. Insofern könne im Pflichtteilsrecht nichts anderes gelten als im auf dem Zerrüttungsprinzip beruhenden Scheidungsrecht. Daher sei jedenfalls die geltende Regelung des § 2333 BGB für die Entziehung des Pflichtteilsrechts zu eng und verfassungswidrig. Die Verfassungswidrigkeit der gegenwärtigen Regelung des Pflichtteilsrechts ergebe sich auch aus einer Parallelwertung zum Erbschaftsteuerrecht.

Im vorliegenden Fall hätten der Beschwerdeführer und seine Ehefrau in dem gemeinschaftlichen Testament eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie keinerlei Vermögensabfluss nach dem Tode des Erstversterbenden gewollt hätten. Lediglich im Hinblick auf die „BGB-loyale“ Gesetzesinformation durch den Notar sei von einer ausdrücklichen Pflichtteilsentziehung abgesehen worden.

Art. 3 Abs. 1 GG sei dadurch verletzt, dass in den neuen Bundesländern noch die pflichtteilsrechtlichen Regelungen des ZGB Anwendung fänden.

3. Zu der Verfassungsbeschwerde haben das Bundesministerium der Justiz namens der Bundesregierung, der Präsident des Bundesgerichtshofs, der Präsident der Bundesnotarkammer, die Bundesrechtsanwaltskammer und die Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main Stellung genommen.

a) Das Bundesministerium der Justiz äußert Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, soweit der Beschwerdeführer die Verfassungswidrigkeit des § 2333 BGB rüge. Er sei insofern nicht selbst in seinen Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG betroffen. Die Verfassungsbeschwerde sei jedenfalls unbegründet. § 2303 Abs. 1 und § 2314 Abs. 1 BGB seien mit Art. 14 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar. Die Testierfreiheit und das subjektive Recht des Erben, entsprechend der Erbeinsetzung zu erben, fänden im Pflichtteilsrecht eine verfassungsrechtliche Schranke. Der Pflichtteilsanspruch der Abkömmlinge in der Ausgestaltung des geltenden Rechts stehe auch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang.

b) Die Bundesnotarkammer ist ebenfalls der Auffassung, die Verfassungsbeschwerde sei unbegründet. Dies gelte sowohl in Bezug auf den Einwand des Beschwerdeführers, das Pflichtteilsrecht sei generell verfassungswidrig, als auch hinsichtlich seiner Angriffe auf die

Voraussetzungen der Pflichtteilsentziehung. Der Gesetzgeber überschreite mit der gegenwärtigen Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts nicht die verfassungsrechtlichen Grenzen. Die mit dem Pflichtteilsrecht verbundene Beschränkung der Testierfreiheit führe regelmäßig nicht zur Annahme einer unzumutbaren Inhalts- und Schrankenbestimmung. Vorbehalte seien allenfalls bei extrem gelagerten Fällen denkbar. Ein solcher Fall liege hier aber nicht vor.

c) Auch die Bundesrechtsanwaltskammer und die Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main halten die Verfassungsbeschwerde für unbegründet.

aa) Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer handelt es sich bei den gesetzlichen Regelungen des Pflichtteilsrechts um eine verfassungsrechtlich zulässige, insbesondere verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Erbrechts gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Allerdings sei denkbar, dass die Anwendung der grundsätzlich verhältnismäßigen Bestimmungen in einem konkreten Fall zu einem unverhältnismäßigen Ergebnis führen könnte. Im vorliegenden Fall gehe es aber nur um die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs, so dass dieser Gesichtspunkt, der erst bei der Bestimmung des Inhalts des Pflichtteilsanspruchs Bedeutung gewinne, hier keiner weiteren Erörterung bedürfe. Auch die Frage der Verfassungswidrigkeit des § 2333 BGB sei nicht entscheidungsrelevant, da den angegriffenen Entscheidungen nicht entnommen werden könne, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers dem Kläger des Ausgangsverfahrens den Pflichtteil entzogen hätte, wenn dies unter weiteren gesetzlichen Voraussetzungen möglich gewesen wäre.

bb) Die Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main ist der Auffassung, das Pflichtteilsrecht der nächsten Angehörigen gehöre zum Wesensgehalt der deutschen Erbrechtsordnung, untersteht daher der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG und werde zusätzlich von Art. 6 Abs. 1 GG geschützt. Es stelle die zwingende Schranke für die Testierfreiheit dar. Wenn dem Staat über die Erbschaftsteuer eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Teilhabe am Nachlass zugestanden werde, die ebenfalls die Testierfreiheit des Erblassers beeinträchtige, müsse erst recht den nächsten Angehörigen eine unentziehbare Teilhabe am Nachlass zuerkannt werden.

d) Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat eine Stellungnahme des Vorsitzenden des IV. Zivilsenats übersandt. Dieser weist unter anderem auf Entscheidungen hin, in denen der IV. Zivilsenat die Auffassung vertritt, dass das Recht der Pflichtteilsberechtigten in einem gewissen Umfang auch unter dem Schutz des Art. 14 GG stehe (BGHZ 98, 226 <232 f.>; 109, 306 <312 f.>), sowie auf weitere Entscheidungen, in denen ausgeführt wird, dass die unter dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG stehende Testierfreiheit ihre sozialstaatliche und durch Art. 6 GG legitimierte Grenze am Pflichtteilsrecht finde (BGHZ 111, 36 <39 f.>; 123, 368 <371>). Zu der Frage, ob die Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts im Einzelnen vom Grundgesetz gewährleistet sei, habe sich der Senat noch nicht geäußert. Er halte die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen allerdings für verfassungsrechtlich unbedenklich.

#### *Aus den Gründen:*

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Voraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen.

1. Der Verfassungsbeschwerde kommt keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG). Diese ist nur gegeben, wenn die Verfassungsbeschwerde eine verfassungsrechtliche Frage aufwirft, die sich nicht ohne weiteres aus dem Grundgesetz beantworten lässt und noch nicht durch die verfassungsrechtliche Rechtsprechung geklärt oder die durch veränderte Verhältnisse erneut klärungsbedürftig geworden ist. Auf diese Frage muss es zudem bei der Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde ankommen (vgl. BVerfGE 90, 22 <24 f.>).

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist bestimmendes Element der durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als Rechtsinstitut und als Individualrecht

gewährleisteten Erbrechtsgarantie die Testierfreiheit. Sie dient ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben (vgl. BVerfGE 91, 346 <358>; 99, 341 <350>). Zu dem grundlegenden Gehalt der Erbrechtsgarantie gehört, wie der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mittlerweile ausdrücklich festgestellt hat, auch das Prinzip des Verwandtenerbrechts (vgl. BVerfGE 93, 165 <173>).

Die Erbrechtsgarantie des Grundgesetzes überlässt es dem Gesetzgeber in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, ebenso wie beim Eigentum, Inhalt und Schranken des Erbrechts zu bestimmen. Aufgabe des Gesetzgebers ist es in erster Linie, Interessenkonflikte zwischen rechtlich gleichgeordneten Rechtssubjekten sachgerecht zu lösen. Die Erbrechtsgarantie weist das Erbrecht insoweit dem bürgerlichen Recht zu. Der Gestaltung durch den Gesetzgeber ist damit von vornherein in besonderem Maße Raum gegeben (vgl. BVerfGE 67, 329 <340 f.>). Die Erbrechtsgarantie garantiert nicht das (unbedingte) Recht, den vorhandenen Eigentumsbestand von Todes wegen ungemindert auf Dritte zu übertragen (vgl. BVerfGE 93, 165 <174>). Die vom Verfassungsgeber vorgefundene Rechtslage bestimmt Inhalt und Schranken des Erbrechts nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. BVerfGE 67, 329 <342>).

Das Bundesverfassungsgericht hat vor diesem Hintergrund die Verfassungsmäßigkeit der durch das Pflichtteilsrecht bewirkten Beschränkung der Testierfreiheit als solche nie in Frage gestellt. Es hat im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Verpflichtung des Gesetzgebers besteht, Angehörigen über die Vorschriften der §§ 2303 ff. BGB hinaus einen unentziehbaren Anteil am Nachlass zu sichern, ausdrücklich festgestellt, dass der in den geltenden Pflichtteilsvorschriften geregelte Ausgleich zwischen Testierfreiheit und Verwandtenerbrecht den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt (BVerfGE 91, 346 <359 f.>; vgl. auch BVerfGE 67, 329 <342>). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasst die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken (vgl. BVerfGE 58, 377 <398>; 99, 341 <350 f.>). Auch hiermit kommt zum Ausdruck, dass das Bundesverfassungsgericht die Testierfreiheit als durch das Pflichtteilsrecht begrenzt ansieht.

b) In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist allerdings, in welchem Verhältnis das Prinzip der Testierfreiheit und das Prinzip des Verwandtenerbrechts zueinander stehen und ob es von Verfassungs wegen geboten ist, nahen Familienangehörigen auch gegen den Willen des Erblassers eine Mindestbeteiligung am Nachlass einzuräumen. Das Bundesverfassungsgericht hat auch die Einzelheiten der gesetzlichen Regelung des Pflichtteilsrechts, insbesondere die Ausgestaltung der Pflichtteilsentziehungsgründen in § 2333 BGB, bislang noch keiner näheren verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen.

c) Die genannten, vom Bundesverfassungsgericht noch nicht geklärten Fragen sind jedoch für den vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich.

Der Beschwerdeführer kann sich zwar als begünstigter Erbe, jedenfalls vom Zeitpunkt des Erbfalls an, auf die Erbrechts-

garantie des Art. 14 Abs. 1 GG berufen (vgl. BVerfGE 91, 346 <360>; 99, 341 <349>). Er kann daher grundsätzlich geltend machen, die Testierfreiheit der Erblasserin sei durch das geltende Pflichtteilsrecht in verfassungswidriger Weise eingeschränkt worden.

Nach den Feststellungen der Fachgerichte bestanden aber im konkreten Fall weder hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin ihrem Sohn, dem Kläger des Ausgangsverfahrens, den Pflichtteil entziehen wollte, noch, dass es zu einer völligen Entfremdung zwischen dem Kläger und der Erblasserin gekommen war. Aus der zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kläger offensichtlich bestehenden Entfremdung und dem Willen des Beschwerdeführers selbst, den Kläger in keiner Weise an seinem (künftigen) Nachlass partizipieren zu lassen, kann nicht auf einen entsprechenden Willen der Erblasserin hinsichtlich ihres Nachlasses geschlossen werden.

In dem maßgeblichen Testament vom 14.6.1982 ist der Pflichtteil der Kinder der Erblasserin ausdrücklich erwähnt. Selbst wenn man dies nicht sogar als besondere Betonung des Willens der Erblasserin, dass jedes der Kinder mindestens den Pflichtteil erhalten sollte, ansehen wollte, sondern – wie der Beschwerdeführer meint – lediglich als Folge der „BGB-loyalen“ Beratung durch den beurkundenden Notar, fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass die Erblasserin dem Kläger den Pflichtteil entzogen hätte, wenn hierfür die gesetzliche Möglichkeit bestanden hätte. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann dies nicht aus dem bloßen Umstand gefolgert werden, dass nach dem Wortlaut des Testaments der überlebende Ehegatte nach dem Tod des Erstversterbenden keinen Verfügungsbeschränkungen ausgesetzt sein sollte. Gegen einen entsprechenden Erblasserwillen spricht insbesondere, dass die Eheleute in dem gemeinschaftlichen Testament den Kläger des Ausgangsverfahrens nicht anders behandelten als dessen Brüder. Die in dem Testament enthaltene Pflichtteilklausel betrifft die drei Kinder in gleicher Weise. Sie enthält darüber hinaus sogar die ausdrückliche Willensäußerung, dass im Fall der Geltendmachung des Pflichtteils durch eines der Kinder das dadurch frei gewordene Vermögen den übrigen Kindern zukommen solle, ohne den Kläger des Ausgangsverfahrens hiervon auszunehmen.

Mangels ausreichender tatsächlicher Anhaltspunkte kann im vorliegenden Fall daher nicht davon ausgegangen werden, dass die durch das gesetzliche Pflichtteilsrecht gewährleistete Mindestbeteiligung des Klägers des Ausgangsverfahrens am Vermögen der Erblasserin gegen deren Willen erfolgte, so dass nicht einmal feststeht, ob das in der Testierfreiheit enthaltene Selbstbestimmungsprinzip (vgl. BVerfGE 99, 341 <351 f.>) im konkreten Fall überhaupt eine Einschränkung erfahren hat.

Für eine nähere verfassungsrechtliche Überprüfung des Verhältnisses zwischen Testierfreiheit und gesetzlichem Pflichtteilsrecht des Abkömmlings hätte nur dann Anlass bestanden, wenn die Erblasserin in der letztwilligen Verfügung deutlich zum Ausdruck gebracht hätte, dass sie den Kläger von jeglicher Beteiligung am Nachlass ausschließen wollte. Dies war aber – wie ausgeführt – nicht der Fall.

2. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch nicht zur Durchsetzung der als verletzt bezeichneten Grundrechte des Beschwerdeführers aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG angezeigt (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG). Denn die Verfassungsbeschwerde ist ohne hinreichende Aussicht auf Erfolg (vgl. BVerfGE 90, 22 <25 f.>).

a) Hinsichtlich der Rüge einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG ist die Verfassungsbeschwerde bereits unzulässig. Das Vorbringen des Beschwerdeführers genügt insoweit nicht dem Begründungserfordernis der §§ 23 Abs. 1 Satz 2, 92 BVerfGG. Der Beschwerdeführer hat in keiner Weise dargelegt, inwiefern der Gleichheitssatz dadurch verletzt sein könnte, dass aufgrund der Übergangsvorschrift des Art. 235 § 1 Abs. 1 EGBGB in Fällen, in denen der Erblasser vor dem 3.10.1990 und nach dem 31.12.1975 verstorben ist und seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in der Deutschen Demokratischen Republik hatte, das Pflichtteilsrecht des ZGB zur Anwendung kommt (vgl. *Frank*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl., 1997, § 2303 Rdnr. 30).

b) Hinsichtlich der Rüge einer Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG ist die Verfassungsbeschwerde ohne Aussicht auf Erfolg, weil aus den dargelegten Gründen keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die gesetzliche Regelung des Pflichtteilsrechts im konkreten Fall zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Testierfreiheit der Erblasserin geführt hat.

3. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 93 d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

—

13. BGB 139, § 2269, § 2270, § 2289, § 2339, § 2352 (*Auswirkungen eines Zuwendungsverzichts*)

**Zu den Auswirkungen eines Zuwendungsverzichts, durch den der Bedachte auf die Rechte aus einem gemeinschaftlichen Testament verzichtet, in dem er zum Schlusserben eingesetzt worden ist.**

BayObLG, Beschluss vom 9.6.2000 – 1Z BR 25/00 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Der im Alter von 93 Jahren 1998 verstorbene Erblasser war verwitwet; seine Ehefrau ist 1970 verstorben. Die aus der Ehe hervorgegangene Tochter verstarb im Alter von sieben Monaten im Jahr 1948. Die Eheleute adoptierten die 1952 geborene Beteiligte zu 1. Deren Sohn ist der 1971 geborene Beteiligte zu 2.

Der Erblasser und seine Ehefrau errichteten am 5.8.1964 ein notarielles gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Erben des Erstversterbenden einsetzten. Den Letztversterbenden sollte die gemeinsame Adoptivtochter, die Beteiligte zu 1, allein beerben.

Weiter liegt ein Testament vom 7.4.1981 vor, in dem der Erblasser den Beteiligten zu 2 als Alleinerben einsetzt und die Beteiligte zu 1 auf den Pflichtteil setzt. Das Testament enthält zwei Unterschriften mit dem Namen des Erblassers in unterschiedlichem Schriftbild.

Ein unter dem 6.2.1982 verfasstes privatschriftliches Testament hat folgenden Wortlaut:

Testament

Zu meinem alleinigen Erben setze ich meinen Enkel (Beteiligter zu 2) ein. Meine Adoptivtochter (Beteiligte zu 1) setze ich auf den Pflichtteil. Sie hat sich Beträge anrechnen zu lassen, die Sie wegen ihrer Schuldenwirtschaft zu zahlen verpflichtet ist.

Unterschrift des Erblassers

Am 3.11.1982 schlossen der Erblasser und die Beteiligte zu 1 einen notariellen Zuwendungsverzichts- und Erbvertrag. Darin verzichtete die Beteiligte zu 1 auf die ihr im gemeinschaftlichen Testament vom 5.8.1964 gemachte Zuwendung gegenüber dem Erblasser. Der Zuwendungsverzicht betraf beide Nachlässe der Adoptiveltern, nicht

aber das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht der Beteiligten zu 1 am Nachlass des Erblassers. Dieser nahm den Zuwendungsverzicht an. Weiter ist in der Urkunde festgehalten, dass der Grund für den Zuwendungsverzicht darin liege, dass der Erblasser über DM 200.000, – Schuldverbindlichkeiten der Beteiligten zu 1 getilgt habe. Weiter ordnete der Erblasser ein Vermächtnis zugunsten des Beteiligten zu 2 an, in dem er ihm sein Hausanwesen zuwendete.

Ein privatschriftliches Testament vom 22.2.1991 hat folgenden Wortlaut:

Testamentsänderung

Ich (Erblasser) bestimme, dass meine Tochter (Beteiligte zu 1) die Hälfte von meinem Hause bekommen soll.

Unterschrift des Erblassers

Der Nachlass des am 15.10.1998 verstorbenen Erblassers setzt sich zusammen aus Grundbesitz (Hausanwesen im Wert von DM 350.000) und Geldvermögen im Wert von DM 326.477.

Sowohl die Beteiligte zu 1 als auch der Beteiligte zu 2 stellten Erbscheinsanträge, wonach sie jeweils Alleinerbe des Erblassers geworden seien. Die Beteiligte zu 1 berief sich auf gesetzliche Erbfolge; sie hält die Testamente vom 7.4.1981 und 6.2.1982 für gefälscht. Sie ist der Auffassung, dass diese auch deswegen unwirksam seien, weil sie in Widerspruch zum gemeinschaftlichen Testament vom 5.8.1964 stünden.

Das Nachlassgericht holte das Gutachten einer Schriftsachverständigen ein, die zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Testamente vom 6.2.1982 und 22.2.1991 mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vom Erblasser stammten, während mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit der Text und die erste Unterschrift des Testaments vom 7.4.1981 nicht vom Erblasser herrührten, jedoch die zweite Unterschrift von ihm eigenhändig vorgenommen worden sei. Mit Beschlüssen vom 22.10.1999 wies das Nachlassgericht den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 zurück und kündigte einen Erbschein an, wonach der Erblasser vom Beteiligten zu 2 beerbt wird. Gegen diese Entscheidungen legte die Beteiligte zu 1 durch ihren Verfahrensbevollmächtigten Beschwerde ein, in der sie zusätzlich vorbrachte, der Beteiligte zu 2 sei möglicherweise im Hinblick auf die Fälschung des Testaments vom 7.4.1981 als erbnwürdig anzusehen.

Das Landgericht wies mit Beschluss vom 18.1.2000 die Beschwerde der Beteiligten zu 1 zurück. Hiergegen richtet sich ihre mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten eingelegte weitere Beschwerde. Diese hatte keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

(...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

(...)

b) Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass auf Grund des Testaments des Erblassers vom 6.2.1982 der Beteiligte zu 2 Alleinerbe geworden ist. Das Testament entspricht den Anforderungen des § 2247 BGB und ist vom Erblasser errichtet worden. Die Überzeugung hiervon hat das Landgericht aufgrund des Gutachtens der Schriftsachverständigen gewinnen können. Die vom Rechtsbeschwerdegericht nur beschränkt überprüfbare Beweiswürdigung des Landgerichts (vgl. BayObLG FamRZ 1997, 1511/1512) weist keinen Rechtsfehler auf. Dieses hat sich dem Sachverständigengutachten angeschlossen, weil sich dessen Ergebnis auf der Grundlage der dargelegten Untersuchungsmethode und Bewertungskriterien ohne Widersprüche und ohne Unklarheiten erschließt. Die Beteiligte zu 1 hatte im Beschwerdeverfahren gegen das Schriftsachverständigengutachten keine inhaltlichen Einwendungen erhoben, so dass kein Anlass bestanden hat, ein weiteres Sachverständigengutachten zur Echtheit des Testaments vom 6.2.1982 einzuholen, wie nunmehr mit der Rechtsbeschwerde unzulässigerweise beantragt wird.

c) Der Wirksamkeit des Testaments vom 6.2.1982 steht – wie das Landgericht zutreffend annimmt – die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments der Eheleute vom 5.8.1964 nicht entgegen.

aa) Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass es sich bei dem Testament der Eheleute vom 5.8.1964 um ein gemäß § 2232, § 2265 BGB formgerecht errichtetes Berliner Testament im Sinne des § 2269 Abs. 1 BGB handelt. Die Eheleute haben sich gegenseitig als Erben eingesetzt und die gemeinsame Adoptivtochter, die Beteiligte zu 1, zur Schlusserbin nach dem Tod des Letztversterbenden bestimmt. Das Landgericht hat die Erbeinsetzung des Erblassers durch die Ehefrau und dessen Schlusserbeinsetzung der Beteiligten zu 1 als wechselbezüglich angesehen. Wechselbezüglichkeit liegt gemäß § 2270 Abs. 1 BGB vor, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre bzw. wenn jede Verfügung mit Rücksicht auf eine Verfügung des anderen getroffen ist und nach dem Willen der Ehegatten mit ihr stehen oder fallen soll (vgl. BayObLG FamRZ 1991, 1358; 1992, 1102). Den entsprechenden Bindungswillen der Eheleute konnte das Landgericht daraus entnehmen, dass diese die Testamentsanfechtung für den Wiederverheiratungsfall des Überlebenden (§ 2079 BGB) ausgeschlossen haben (vgl. BGH NJW 1983, 2247; *Palandt/Edenhofer* BGB 59. Aufl. 2281 Rdnr. 2) und dem überlebenden Ehegatten einen Testiervorbehalt nur für den Fall eingeräumt haben, dass die Schlusserbin nach dem Tode des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangt (vgl. BayObLG NJWRR 1997, 1027).

bb) Die sich aus der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen ergebende Bindungswirkung führt dazu, dass der überlebende Ehegatte mit dem Tod des anderen Ehegatten das Recht auf Widerruf seiner wechselbezüglichen Verfügung verliert (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB). Dies hat – entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1 – jedoch nicht die Folge, dass eine neue Verfügung von Todes wegen des durch das gemeinschaftliche Testament gebundenen Ehegatten von vornherein nichtig ist. Umfang und Wirkung der Bindung ergeben sich durch analoge Anwendung von § 2289 BGB (RG 58, 64; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1995, 265/266; *Palandt/Edenhofer* § 2271 Rdnr. 15). Gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Satz 1 BGB ist eine nachfolgende Verfügung von Todes wegen nur unwirksam, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde.

Übertragen auf das gemeinschaftliche Testament bedeutet dies für eine neue testamentarische Verfügung des durch wechselbezügliche Verfügung in seiner Testierfreiheit beschränkten Ehegatten, dass diese nur unwirksam ist, soweit sie das Recht des Bedachten beeinträchtigen würde. Eine Beeinträchtigung liegt jedoch nicht vor, wenn die vorrangige wechselbezügliche Verfügung gegenstandslos ist bzw. wird (RG 149, 200/201; OLG Frankfurt a.M. aaO; *Palandt/Edenhofer* § 2271 Rdnr. 15, § 2289 Rdnr. 6). Im vorliegenden Fall ist die Erbenstellung der Beteiligten zu 1 aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 5.8.1964 durch den von ihr am 3.11.1982 formgerecht erklärten Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 BGB entfallen (vgl. *Palandt/Edenhofer* § 2271 Rdnr. 15 a.E.). Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Zuwendungsverzicht der Beteiligten zu 1 gemäß § 2352 BGB wirksam ist. Dies wird von keiner Seite in Frage gestellt.

Der Zuwendungsverzicht der Beteiligten zu 1 beseitigt ihre Erbenstellung aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments

vom 5.8.1964 (vgl. *Palandt/Edenhofer* § 2352 Rdnr. 5). An ihrer Stelle ist der Beteiligte zu 2 Erbe aufgrund des Testaments vom 6.2.1982 geworden (§ 1937 BGB). Dieses Testament bleibt auch dann Grundlage für den im Vorbescheid angekündigten Erbschein, wenn der Beteiligte zu 2 in Anwendung der Auslegungsregel des § 2069 BGB Ersatzerbe der Beteiligten zu 2 auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Testaments vom 5.8.1964 geworden ist (vgl. dazu BayObLG NJW-FER 1998, 14). Dies bedarf keiner abschließenden Klärung, weil in diesem Fall beide Testamente übereinstimmend die Alleinerbfolge durch den Beteiligten zu 2 vorsehen und nebeneinander begründen.

d) Die Vorinstanzen haben zu Recht davon abgesehen, die von der Beteiligten zu 1 geltend gemachte Erbnunwürdigkeit des Beteiligten zu 2 gemäß § 2339 Abs. 1 Nr. 4 BGB zu überprüfen. Entgegen deren Auffassung ist eine Feststellung der Erbnunwürdigkeit nur im Rechtsstreit auf Anfechtungsklage (§ 2342 BGB), nicht aber im Erbscheinsverfahren möglich (BayObLGZ 1973, 257/258; *Palandt/Edenhofer* § 2342 Rdnr. 1; *Staudinger/Ohlshausen* § 2339 Rdnr. 9). Ob Erbnunwürdigkeitsgründe zum Nachteil des Beteiligten zu 2 gegeben sind, hatten die Vorinstanzen im Erbscheinsverfahren nicht zu untersuchen. Sie wären nur an ein rechtskräftiges Anfechtungsurteil (§ 2242 Abs. 2 BGB) gebunden gewesen (§ 2344 Abs. 1 BGB). Ein solches liegt nicht vor.

e) Das Landgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass das Testament vom 22.2.1991 keinen Einfluss auf die Erbfolge hat. Es hat angenommen, dass dieses lediglich eine Vermächtnisanordnung (§ 1939 BGB) enthält. Die Auslegung letztwilliger Verfügungen ist in erster Linie Sache der Gerichte der Tatsacheninstanz. Im Verfahren der weiteren Beschwerde ist die Auslegung nur auf Rechtsfehler nachzuprüfen (vgl. BayObLGZ 1991, 173/176 m.w.N.).

Das Landgericht hat bei der Auslegung der letztwilligen Verfügung vom 22.2.1991 berücksichtigt, dass der Erblasser nur über einen einzelnen Gegenstand, nämlich den Hälfteanteil seines Hauses, verfügt hat, der wertmäßig hinter seinem übrigen Vermögen zurückbleibt. Dies entspricht der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB und ist rechtlich nicht zu beanstanden. Da das Vermächtnis die Erbfolge nicht berührt (vgl. *Palandt/Edenhofer* § 1939 Rdnr. 1), hatte das Landgericht keinen Anlass, dessen Verhältnis zum erbvertraglichen Vermächtnis vom 3.11.1982 oder die Frage der Testierfähigkeit des Erblassers am 22.2.1991 zu klären.

---

14. BGB §§, 2085, 2229 Abs. 4; HeimG § 14 Abs. 1, Abs. 5 (*Zur Frage der Testierfähigkeit; Anwendbarkeit von § 14 HeimG bei mittelbarer Begünstigung*)

1. **Zur Frage der Testierunfähigkeit bei Vorliegen eines hirnanorganischen Psychosyndroms vom Ausprägungsgrad einer Wesensänderung und zeitweiligen paranoiden Vorstellungen.**
2. **Keine Anwendung des § 2085 BGB auf Verfügungen in verschiedenen Testamenten.0**
3. **Zur Frage der Anwendung des § 14 Abs. 1, Abs. 5 HeimG, wenn die Zuwendung des Heimbewohners an dritte Personen geht und durch eine Auflage das Heim mittelbar begünstigt werden kann.**

BayObLG, Beschluss vom 22.2.2000 – 1Z BR 147/99 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

## Zum Sachverhalt:

Der kurz vor Vollendung des 98. Lebensjahres verstorbene Erblasser war verwitwet und hatte keine Kinder. Seine Ehefrau ist 1983 verstorben. Der Beteiligte zu 2 ist ein Neffe des Erblassers.

Der Erblasser, der seit 1.7.12.1992 in einem Seniorenheim in A. lebte und über erhebliches Wertpapiervermögen verfügte, verfasste zwischen 1979 und 1994 zahlreiche letztwillige Verfügungen:

Mit privatschriftlichem gemeinschaftlichem Testament vom 7.4.1979 mit Nachtrag vom 26.8.1981 setzten sich der Erblasser und seine Ehefrau ohne Bindung an die Schlusserbeneinsetzung gegenseitig zu Alleinerben, den Beteiligten zu 2 und dessen Ehefrau sowie deren Kinder zu Ersatzerben ein. Zugunsten karitativer Einrichtungen ordnete er Vermächtnisse an.

Nach dem Tod seiner Ehefrau verfasste er eine Reihe weiterer Testamente, in denen er zumeist den Beteiligten zu 2 zum Erben einsetzte und Zuwendungen an karitative Einrichtungen, aber auch an die Stadt A. zugunsten wohltätiger Zwecke verfügte.

Mit notariellem Testament vom 14.7.1992 setzte der Erblasser den Beteiligten zu 2 als seinen Alleinerben ein und bestimmte dessen Abkömmlinge zu Ersatzerben. Als Vermächtnisnehmer waren die Kinder des Beteiligten zu 2 sowie zwei karitative Einrichtungen vorgeesehen.

Am 4.3.1993 errichtete der Erblasser ein notarielles Testament, in dem er alle früheren Verfügungen von Todes wegen widerrief und die Stadt A. (Beteiligte zu 1) als seine Alleinerbin einsetzte. In Ziff. III der Urkunde heißt es:

Die Erbeinsetzung erfolgt unter der Auflage, dass die Stadt A. den Erlös aus dem Verkauf der zum Nachlass gehörenden Wertpapiere und sonstiges Barvermögen den in der Stadt A. lebenden Armen zugute kommen lässt. Dabei hat die Stadt A. das Geld nach freiem Ermessen für soziale und karitative Maßnahmen in der Stadt zu verwenden, die vor allem den älteren Bürgern der Stadt zugute kommen.

Beispielsweise werden genannt:

- Verbesserung der Einrichtung und Ausstattung der Altenheime in der Stadt, ohne Rücksicht auf die Trägerschaft.
- Unterstützung älterer bedürftiger Menschen, in Not geratener Familien und karitativer Hilfsdienste.

Ausdrücklich nicht gewünscht wird ein finanzieller Beitrag zu den Kosten des Neubaus des Altersheimes .... Die Entscheidung über die Verwendung des Geldes hat allein der jeweilige Bürgermeister der Stadt A. zu treffen.

Mit notariellem Vertrag vom selben Tag schenkte der Erblasser der Beteiligten zu 1 sein gesamtes Wertpapiervermögen (Kurswert 31.12.1992: DM 373.310,-) mit Ausnahme einer Anleihe in Höhe von DM 80.000,-. Die Schenkung erfolgte unter der Auflage, dass die Beteiligte zu 1 den Wertpapiererlös den in der Stadt A. lebenden Armen zugute kommen lässt. Die Stadt A. solle mit dem Geld zunächst die Anschaffung einer „automatischen Badewanne“ im Seniorenheim finanzieren. Im Übrigen sollte die Beteiligte zu 1 das Geld nach freiem Ermessen für soziale und karitative Maßnahmen in der Stadt verwenden, die vor allem den älteren Bürgern der Stadt zugute kommen. Der weitere Text der Auflage entspricht dem in Ziff. III des notariellen Testaments vom selben Tag.

Mit notariellen Testamenten vom 22.7.1993 und 8.10.1993 ergänzte der Erblasser das Testament vom 4.3.1993 und beschwerte die Beteiligte zu 1 durch Aussetzung verschiedener Vermächtnisse. Das Testament vom 22.7.1993 widerrief er.

Schließlich widerrief der Erblasser mit notariellem Testament vom 25.1.1994 auch die im Testament vom 8.10.1993 angeordneten Vermächtnisse und verfügte, dass nur noch das Testament vom 4.3.1993 Gültigkeit habe. Zugleich beschwerte er die Beteiligte zu 1 als Erbin mit einem Vermächtnis, nach dem von seinem Geldvermögen jeweils  $\frac{1}{4}$  eine Großnichte, das Katholische Pfarramt A. und die Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband ... zur freien Verfügung des jeweiligen Heimleiters des Seniorenheimes in A. zugunsten der Heimbewohner erhalten sollten.

Am 11.8.1994 beantragte der Beteiligte zu 2 und mit Schreiben vom 30.8.1994 der Leiter des Seniorenheims die Errichtung einer Betreu-

ung für den Erblasser. Dieser erlitt am 27.8.1994 einen Schlaganfall und musste zur stationären Behandlung ins Krankenhaus eingeliefert werden. Dort wurde er von der im Betreuungsverfahren bestellten Gutachterin am 2.9.1994 und vom Vormundschaftsrichter am 26.9.1994 bewusstlos angetroffen. Ohne das Bewusstsein wiedererlangt zu haben, verstarb der Erblasser am 15.10.1994.

Die Beteiligte zu 1 beantragte die Erteilung eines Alleinerbscheins aufgrund der Testamente vom 4.3.1993 und 25.1.1994. Der Beteiligte zu 2 wandte sich dagegen; der Erblasser sei bei Errichtung der Testamente vom 4.3.1993, 22.7.1993, 8.10.1993 sowie 25.1.1994 wegen schwerer Multiinfarktdeemenz, fortgeschrittener arteriosklerotischer Demenz sowie seniler Demenz und dadurch bedingter Beeinflussbarkeit durch die Heimleitung und den Bürgermeister der Stadt A. nicht mehr testierfähig gewesen. Darüber hinaus verstoße das Testament vom 25.1.1994 in Verbindung mit dem vom 4.3.1993 ebenso wie der Schenkungsvertrag vom selben Tage gegen § 14 HeimG.

Das Nachlassgericht hat die Betreuungsakte beigezogen, zur Frage der Testierfähigkeit ein Sachverständigen Gutachten eines Facharztes für Neurologie und Psychiatrie eingeholt und jeweils in dessen Anwesenheit die den Erblasser behandelnden Ärzte, den Bürgermeister der Stadt A., den Leiter des Heimes in B., den Leiter des Heimes in A., den die Beurkundungen vom 4.3.1993 bis 25.1.1994 vornehmenden Notar, einen Polizeibeamten, zwei Bankangestellte, sieben Beschäftigte des Seniorenheimes in A., zwei Beschäftigte des Seniorenheimes in B., die Ehefrau und den Sohn des Beteiligten zu 2 persönlich angehört. Darüber hinaus gaben eine Nichte des Erblassers eine schriftliche Erklärung sowie der Beteiligte zu 2 und seine Ehefrau umfangreiche schriftliche Stellungnahmen ab. Unter dem 14.11.1996 erstattete der Sachverständige sein nervenärztliches Gutachten. Am 12.6.1997 erließ das Nachlassgericht einen Vorbescheid, in dem die Erteilung eines Alleinerbscheins zugunsten der Beteiligten zu 1 angekündigt wurde.

Greifbare Anhaltspunkte für eine Testierunfähigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung am 4.3.1993 liegen nicht vor. Eine etwaige Unwirksamkeit der nachfolgend angeordneten Vermächtnisse führe nicht zur Unwirksamkeit der Erbeinsetzung.

Gegen diese Entscheidung legte der Beteiligte zu 2 Beschwerde ein und beantragte, nach Aufhebung des Vorbescheids das Nachlassgericht anzuweisen, ihm einen Alleinerbschein aufgrund des Testaments vom 14.7.1992 zu erteilen. Das Landgericht holte eine schriftliche Stellungnahme der Hausärzte ein und zog die Pflege- und Behandlungsdokumentation (PDL-Kardex) des Seniorenwohnheims A. sowie eine Dokumentenmappe des Erblassers bei. Das Landgericht vernahm durch die Berichterstatterin als beauftragte Richterin den Beteiligten zu 2, seinen Sohn und seine Töchter, eine Bekannte und eine Nichte des Erblassers sowie – im Beisein des Sachverständigen – erneut einen der Hausärzte und den Notar. Die Ehefrau des Beteiligten zu 2 legte eine weitere ausführliche Stellungnahme sowie eine schriftliche Erklärung ihrer Zugefrau vor. Der Sachverständige erstattete unter dem 3.2.1999 ein Ergänzungsgutachten. Mit Beschluss vom 22.7.1999 wies das Landgericht die Beschwerde des Beteiligten zu 2 zurück.

Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 2 mit der weiteren Beschwerde, der die Beteiligte zu 1 entgegengetreten ist. Die weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

## Aus den Gründen:

(...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 FGG, § 550 ZPO).

a) Die Vorinstanzen sind zutreffend davon ausgegangen, dass für die Feststellung der Erbfolge das Testament des Erblassers vom 4.3.1993 maßgeblich ist. In diesem Testament hat der Erblasser alle früheren letztwilligen Verfügungen widerrufen (§ 2258 BGB).

aa) Daran war er nicht durch das gemeinschaftliche Testament vom 7.4.1979 gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB gehindert, weil die Ehegatten zulässig bestimmt haben, dass der überlebende Ehegatte ohne Bindung an die Schlusserbeneinset-

zung frei nach seinem Belieben letztwillig verfügen könne (vgl. *Palandt/Edenhofer* BGB 59. Aufl. § 2271 Rdnr. 17, 19).

bb) Die Testamente vom 22.7.1993, 8.10.1993 und 25.1.1994 haben keinen Einfluss auf die Erbfolge, weil sie in Ergänzung des Testaments vom 4.3.1993 lediglich Vermächtnisse anordnen (§ 1939 BGB).

cc) Das Testament vom 4.3.1993 ist auch nicht durch Anfechtung gemäß § 2078 BGB unwirksam geworden. Zu Recht haben die Vorinstanzen die Erklärung des Beteiligten zu 2, seine Einwendungen gegen die Erbscheinserteilung seien als Anfechtungserklärung gemäß § 2081 Abs. 1 BGB zu verstehen, als unbeachtlich angesehen. Die Einwendungen des Beteiligten zu 2 beziehen sich darauf, dass er den Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung vom 4.3.1993 für testierunfähig hält. Sie erlauben keine Auslegung als Testamentsanfechtung.

dd) Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht offen gelassen, ob die Testamente vom 23.7.1993, 8.10.1993 und 25.1.1994 wirksam sind. Nach § 2085 BGB kann sich die Unwirksamkeit einer von mehreren in *einem* Testament enthaltenen Verfügung auf die Übrigen erstrecken. Das gilt aber nicht, wenn die unwirksame Verfügung nicht im selben Testament enthalten ist wie die wirksame, sondern in einem Testament, das einen Zusatz oder Nachtrag enthält; insoweit liegt kein Fall des § 2085 BGB vor (vgl. *Palandt/Edenhofer* § 2085 Rdnr. 3). So verhält es sich hier: Die Vermächtnisanordnungen vom 23.7.1993, 8.10.1993 und 25.1.1994 sind in gesonderten Testamenten als lediglich ergänzende Nachträge zum Testament vom 4.3.1993 enthalten. Dessen Gültigkeit bleibt von den Nachträgen unberührt. Nach dem Testament vom 4.3.1993 ist die Beteiligte zu 1 Alleinerbin geworden.

b) Ohne Rechtsfehler sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass das Testament vom 4.3.1993 nicht wegen Testierunfähigkeit des Erblassers (§ 2229 Abs. 4 BGB) unwirksam ist.

aa) Die Testierfähigkeit setzt nach allgemeiner Meinung die Vorstellung des Testierenden voraus, dass er ein Testament errichtet hat und welchen Inhalt die darin enthaltenen letztwilligen Verfügungen aufweisen. Er muss in der Lage sein, sich ein klares Urteil zu bilden, welche Tragweite seine Anordnungen haben, insbesondere welche Wirkungen sie auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen ausüben. Das schließt auch die Gründe ein, welche für und gegen die Anordnungen sprechen (vgl. BayObLGZ 1999, 205/211). Nach seinem so gebildeten Urteil muss der Testierende grundsätzlich frei von Einflüssen Dritter handeln können (vgl. BayObLG NJWRR 1998, 870; st. Rspr.). Das schließt nicht aus, dass er Anregungen Dritter aufnimmt und sie kraft eigenen Entschlusses in seiner letztwilligen Verfügung umsetzt (vgl. BayObLG FamRZ L990, 318). Von diesen Grundsätzen ist das Landgericht ausgegangen.

bb) Die Frage, ob die Voraussetzungen der Testierfähigkeit gegeben sind, ist im Wesentlichen tatsächlicher Natur. Das Rechtsbeschwerdegericht kann die Feststellung des Landgerichts, der Erblasser sei bei Errichtung des Testaments vom 4.1.1993 nicht erweislich testierunfähig gewesen, nur daraufhin überprüfen, ob das Landgericht den maßgebenden Sachverhalt ausreichend erforscht hat (§ 12 FGG, § 2358 Abs. 1 BGB), ob die Vorschriften über die Beweisaufnahme verletzt wurden und ob die Beweismittel fehlerhaft sind. Letztere kann nur dahin überprüft werden, ob das Landgericht bei der Erörterung des Beweismittels alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln oder die Denkgesetze und feststehende Erfah-

ungssätze verstoßen hat, ferner ob es die Beweisanforderungen zu hoch oder zu niedrig angesetzt hat. Hierbei ist allerdings in Rechnung zu stellen, dass sich das Beschwerdegericht nicht mit allen möglicherweise in Betracht kommenden Umständen ausdrücklich auseinander setzen muss; es genügt, wenn es alle wesentlichen, die Entscheidung tragenden Umstände gewürdigt hat und sich daraus ergibt, dass eine sachentsprechende Beurteilung stattgefunden hat (vgl. BayObLGZ 1995, 383/388 m.w.N.).

cc) Das Landgericht hat den maßgeblichen Sachverhalt im erforderlichen Umfang (vgl. dazu BayObLGZ FamRZ 1994, 593) ermittelt.

(1) Die Tatsacheninstanzen haben, wie dies bei konkret begründeten Zweifeln an der Testierfähigkeit geboten ist, ein psychiatrisches Sachverständigen-gutachten erholt (vgl. BayObLG FamRZ 1985, 742/743). Bei der Auswahl des Sachverständigen waren sie nicht gehalten, einen Landgerichtsarzt zu bestellen. Die Auswahl ist, nach pflichtgemäßem Ermessen vorzunehmen (vgl. *Keidel/Kayser*, FGG 14. Aufl. § 12 Rdnr. 175). Dieses wird nicht dadurch eingeschränkt, dass die Erstattung ärztlicher Gutachten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Bayern auch zu den Dienstaufgaben der Landgerichtsärzte gehört.

Die Bestellung des Sachverständigen ist nicht ermessensfehlerhaft. Dieser ist als Facharzt für Neurologie und Psychiatrie im Bezirkskrankenhaus und seit vielen Jahren häufig als Gerichtsgutachter tätig und besitzt die für die Beurteilung der Testierunfähigkeit erforderliche besondere Fachkunde. Das Landgericht war auch nicht gehalten, im Beschwerdeverfahren einen anderen bzw. weiteren Gutachter zu bestellen. Die Behauptung des Beteiligten zu 2, der Sachverständige sei ohne Rücksicht auf das Beweisergebnis im Beschwerdeverfahren nur deswegen zur Testierfähigkeit des Erblassers gekommen, weil er sich an sein in erster Instanz abgegebenes Gutachten gebunden gefühlt habe, beruht auf einer von Tatsachen nicht gestützten Vermutung.

(2) Die Tatsacheninstanzen haben die gebotenen Ermittlungen (vgl. BayObLG FamRZ 1994, 593/594) angestellt, um die Grundlagen für den medizinischen Befund zu schaffen und anschließend daraus Schlüsse auf die Testierfähigkeit des Erblassers am 4.3.1993 zu ziehen.

Sie haben eine Vielzahl von Zeugen zum Verhalten des Erblassers vor und im Zeitraum der Testamentserrichtung vom 4.3.1993 vernommen. Das Landgericht hat dabei zu Recht sowohl die vom Nachlassgericht als auch die von der Bericht-erstatlerin der Beschwerdekammer gemachten Aussagen der Zeugen und des Beteiligten zu 2 verwertet. Die im ersten Rechtszug angestellten Ermittlungen und Beweiserhebungen wirken im Beschwerderechtszug fort; ihre Wiederholung ist nur veranlasst, wenn das Beschwerdegericht die Glaubwürdigkeit eines Zeugen anders beurteilen oder den Sinn einer mehrdeutigen Aussage anders verstehen will als der Erstrichter (vgl. BGH NJW 1988, 484; BayObLG FamRZ 1985, 513/514; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 23 Rdnr. 11). Das Landgericht ist von demselben Aussageinhalt und Verständnis sämtlicher vom Nachlassgericht einvernommener Zeugen und der behandelnden Ärzte sowie des eingeholten Sachverständigen-gutachtens ausgegangen. Es hat darüber hinaus neben zusätzlichen Zeugen den Sohn des Beteiligten zu 2 sowie – in Anwesenheit des Sachverständigen – einen der Hausärzte und den Notar erneut einvernommen. Das Landgericht konnte im Rahmen des Freibeweises die Aussagen der vom Nachlassgericht vernommenen Zeugen ebenso verwerten wie die von

der Berichterstatterin der Beschwerdekammer vernommenen Zeugen. Denn die Beschwerdekammer hat bei der Beweiswürdigung nicht auf die Glaubwürdigkeit oder den sonstigen persönlichen Eindruck, den die Zeugen hinterlassen haben, abgestellt, sondern auf den Inhalt der von ihnen beurkundeten Tatsachen, wie es in den Vernehmungsniederschriften wiedergegeben ist (vgl. BayObLG NJWRR 1992, 73/74; OLG Frankfurt FamRZ 1998, 1061/1063). Aus diesem Grunde war auch eine weitere mündliche Verhandlung vor der Beschwerdekammer nicht veranlasst.

Die Vorinstanzen haben die Anknüpfungstatsachen für das Sachverständigengutachten in einer außerordentlich umfangreichen und gründlichen Beweisaufnahme verfahrensfehlerfrei ermittelt. Der Sachverständige hat den Aussagen der Hausärzte, der Heimleiter, der Heimbediensteten, des Bürgermeisters der Stadt A., der Bankangestellten, der Ehefrau und des Sohnes des Beteiligten zu 2 beigewohnt (vgl. BGH ZEV 1997, 384/385; OLG Köln NJW-RR 1994, 396) und im Übrigen auch die Niederschriften der Anhörung weiterer Zeugen und des Beteiligten zu 2 sowie die schriftlichen Stellungnahmen der Hausärzte, der Zeugin ... und der Ehefrau des Beteiligten zu 2 in seinen Gutachten vom 14.11.1996 und 3.2.1999 verwertet. Der Einholung vorbereitender schriftlicher Gutachten der Hausärzte hat es nicht bedurft. Die Zeugenbefragung hat in Anwesenheit des Beteiligten zu 2 stattgefunden, ohne dass dessen Fragerecht beschnitten worden wäre. Die von ihm gewünschte Zeugenbefragung des Polizeibeamten ... hat sich nicht auf ein Verhalten des Erblassers, den der Zeuge überhaupt nicht kannte, sondern auf ein für die Entscheidung unerhebliches Verhalten des Beteiligten zu 2 selbst bezogen. Die vom Beteiligten zu 2 behauptete vorzeitige Beendigung der Befragung der Zeugin ... könnte nur dann einen Verfahrensfehler begründen, wenn noch entscheidungserhebliche Fragen an sie zu richten waren; dies kann der Senat nicht feststellen, weil der Beteiligte zu 2 den Inhalt der beabsichtigten Fragen nicht mitgeteilt hat (§ 27 Abs. 1 FGG, § 561 Abs. 1 Satz 2, § 554 Abs. 3 Nr. 3b ZPO).

(3) Das Landgericht hat sich nicht überzeugen können, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 4.3.1993 testierunfähig gewesen ist; seine Beweiswürdigung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Schlussfolgerungen des Landgerichts sind möglich; ob auch andere Schlussfolgerungen in Betracht kommen, ist unerheblich (vgl. BayObLGZ 1982, 309/313). Das Vorbringen des Beteiligten zu 2 läuft im Wesentlichen auf den Versuch hinaus, die eigene Tatsachenwürdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts zu setzen. Damit kann er im Rechtsbeschwerdeverfahren keinen Erfolg haben (vgl. BayObLGZ 1991, 173/177).

Das Landgericht hat seine Überzeugung vor allem auf die Gutachten des Sachverständigen vom 16.11.1996 und 3.2.1999 gestützt, nach denen keine ausreichenden Hinweise bestehen, dass der Erblasser am 4.3.1993 unter krankhafter Störung der Geistestätigkeit, unter Geistesschwäche oder einer Bewusstseinsstörung gelitten hätte, die ihn außerstande gesetzt hätten, die von ihm abgegebene Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln; diese Fähigkeiten seien durch das beim Erblasser vorliegende organische Psychosyndrom vom Ausprägungsgrad einer Wesensänderung mit zeitweiliger paranoider und depressiver Symptomatik nicht beeinträchtigt worden. Dem ist das Landgericht ohne Rechtsfehler gefolgt. Zwar können paranoide Wahnvorstellungen insbesondere dann zur Testierunfähigkeit führen, wenn in deren Mittelpunkt eine als Erbe in Betracht kommende Person steht

(vgl. BayObLGZ 1999, 205/210 f.). Der Sachverständige hat aber im vorliegenden Fall eingehend begründet, dass keine Hinweise auf Wahnvorstellungen bei Testamentserrichtung am 4.3.1993 vorgelegen hätten, welche Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit im Sinn des § 229 Abs. 4 BGB krankheitsbedingt gestört hätten.

Das Landgericht hat sich mit dem Gutachten des Sachverständigen sachlich auseinandergesetzt (vgl. BayObLGZ 1982, 309/314); es hat insbesondere die Aussagen der verschiedenen Zeugen gewürdigt und die Vereinbarkeit des so gewonnenen Ergebnisses mit den tatsächlichen Grundlagen des Sachverständigengutachtens geprüft.

Zutreffend hat das Landgericht dem Sachverständigengutachten bei der Beweiswürdigung maßgebliches Gewicht beigemessen. Die Frage, ob der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung testierfähig war oder nicht, lässt sich in der Regel nur mit Hilfe eines psychiatrischen Sachverständigen beantworten. Dieser ist aufgrund seiner besonderen Fachkunde befähigt, aus dem Gesamtverhalten mit dem Gesamtbild der Persönlichkeit in der fraglichen Zeit unter Einbeziehung der Vorgeschichte und aller äußeren Umstände zu klären, ob der Erblasser die Bedeutung der von ihm abgegebenen Willenserklärung einsehen und nach dieser Einsicht handeln konnte. Unter diesem Gesichtspunkt musste das Landgericht den Angaben des Hausarztes, einem Facharzt für innere Krankheiten, keine entscheidende Bedeutung beimessen (vgl. BayObLGZ 1995, 383/391 m.w.N.).

Das Landgericht hat aufgrund des Sachverständigengutachtens und der ihm zugrunde liegenden Tatsachenfeststellungen nicht mit der erforderlichen Gewissheit feststellen können, dass der Erblasser am 4.3.1993 testierunfähig gewesen ist. Es hat dabei den Grundsatz beachtet, dass die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme bildet, und ein Erblasser solange als testierfähig anzusehen ist, als nicht die Testierunfähigkeit zur Gewissheit des Gerichts nachgewiesen ist. Bei nicht behebbaren Zweifeln ist von der Testierfähigkeit auszugehen (vgl. BayObLGZ 1982, 309/312; st. Rspr.). Da sich das Landgericht nach Würdigung aller Umstände nicht von der Testierunfähigkeit des Erblassers am 4.3.1993 überzeugt hat, ist es ohne Rechtsfehler von dessen Testierfähigkeit ausgegangen. Die Feststellungslast für verbleibende und nicht aufklärbare Zweifel trägt der Beteiligte zu 2, weil er sich auf die Unwirksamkeit des Testaments vom 4.3.1993 beruft.

c) Wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat, verstößt das Testament vom 4.3.1993 auch nicht gegen § 14 HeimG. Diese Vorschrift verbietet dem Heimträger, sich von oder zugunsten von Heimbewohnern über das gemäß § 4 HeimG vereinbarte Entgelt hinaus Geld oder geldwerte Leistungen versprechen oder gewähren zu lassen (Abs. 1) sowie dem Leiter, den Beschäftigten und den sonstigen Mitarbeitern eines Heimes, sich von oder zugunsten von Heimbewohnern neben der vom Träger erbrachten Vergütung sowie Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Heimvertrag versprechen oder gewähren zu lassen (Abs. 5). Die im Testament vom 4.3.1993 als Alleinerbin eingesetzte Beteiligte zu 1 ist weder Träger des vom Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bewohnten Heimes noch gehört sie zu dem Heimpersonal.

Die Auflage in Ziff. III des Testaments vom 4.3.1993 enthält auch keine Umgehung der Verbotsvorschrift des § 14 HeimG. Diese läge vor, wenn durch die gewählte rechtliche Gestaltung der Tatbestand des Verbotsgesetzes selbst nicht erfüllt ist, dennoch der von ihm verbotene Erfolg herbeigeführt wird (vgl. BGH NJW 1991, 1060/1061; h.M.). Das kann der Fall

sein, wenn die verbotene Zuwendung nicht an den Verbotsadressaten selbst, sondern an eine ihr nahe stehende oder sonst verbundene Person geht und dadurch eine mittelbare bzw. indirekte Begünstigung des Verbotsadressaten erfolgt (vgl. BayObLGZ 2000 Nr. 8; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 192/193). Allerdings berührt auch die analoge Anwendung von § 14 Abs. 1, Abs. 5 HeimG auf Umgehungstatbestände die allgemeine Handlungsfreiheit und Privatautonomie der Beteiligten (Art. 2 Abs. 1 GG) und den Grundsatz der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG); daher sind ihr – insbesondere bei letztwilligen Verfügungen – enge Grenzen gesetzt (vgl. BayObLGZ 1991, 251/255).

In Fällen mittelbarer Zuwendung kommt die analoge Anwendung von § 14 Abs. 1, Abs. 5 HeimG nur in Betracht, wenn diese – wenn auch über den Umweg über einen Dritten – sich als Zuwendung des Erblassers an einen vom Verbot erfassten Adressaten darstellt. Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor. Der Erblasser hat nämlich der zur Alleinerbin eingesetzten Beteiligten zu 1 die Entscheidung über die Verwendung des vererbten Vermögens im Rahmen des nur allgemein vorgegebenen Zwecks überlassen. Anders als im Schenkungsvertrag vom selben Tag hat der Erblasser keine bestimmte Zuwendung an den Heimträger verfügt. Das Landgericht hat daher zutreffend verneint, dass er dem Heimträger auf dem Umweg über Dritte eine zusätzliche, über das gemäß § 4 HeimG vereinbarte Entgelt hinausgehende Leistung für die Heimunterbringung gewährt hat.

## Anmerkung:

### 1. Sachverhalt

Der Sachverhalt, der der zu besprechenden Entscheidung zugrundeliegt, ist einerseits sehr umfangreich und kompliziert, die Sachverhaltsschilderung des Gerichts lässt andererseits doch Sachverhaltselemente offen, deren Kenntnis für die Lösung des Falles wichtig sein könnten:

- Die Stadt A ist eine Kleinstadt von ca. 20.000 Einwohnern;
- In dieser Stadt A gibt es zwei Altenheime;
- Träger des einen Heimes ist die Arbeiterwohlfahrt; in diesem Heim wohnte der Erblasser;
- Der Träger des anderen Heimes ist nicht bekannt, aber wohl eine mit der Kirche und nicht mit der Stadt A verbundene Institution;
- Der Bürgermeister der Stadt A kannte den Erblasser offenbar persönlich und wusste von seinen letztwilligen Verfügungen zugunsten der Stadt A.

### 2. Die Unwirksamkeitsgründe

Gegen die Wirksamkeit des/der Testamente wurde geltend gemacht

- a) krankheitsbedingte Testierunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung,
- b) Verstoß gegen § 14 HeimG.

Zur Frage der krankheitsbedingten Testierunfähigkeit (§ 2229 Abs. 4 BGB) sollen Anmerkungen hier nicht gemacht werden (hierzu *Zimmermann*, BWNNotZ 2000, 97 ff.). Das Gericht geht hier von bewährten Regeln aus, insbesondere bei der Prüfung von evtl. Fehlern in der Beweiswürdigung vom grundlegenden und hier sogar verfassungsrechtlich gebotenen Regel-Ausnahme-Prinzip des Beweisrechts, nämlich dass im Zweifel Testierfähigkeit als Regel anzunehmen ist. Trotz gewisser Bedenken gegen die Testierfähigkeit des Erblassers (Anzahl der Testamente!) geht das BayObLG also von dessen Testierfähigkeit aus.

### 3. HeimG

Bei der Prüfung der Rechtswirksamkeit der Verfügungen von Todes wegen unter dem Gesichtspunkt des § 14 HeimG ergeben sich folgenden Überlegungen:

#### 3.1 Erbeinsetzung Stadt A

Weder die Verbotsvorschrift des § 14 Abs. 1 HeimG noch die des Abs. 5 greifen bezüglich der Erbeinsetzung der Stadt A ein, da diese weder Trägerin des vom Erblasser bewohnten Heimes war noch – über Organe – als Heimbeschäftigte gelten konnte.

#### 3.2 Auflagenbestimmung im Testament vom 4.3.1993

Die im Testament vom 4.3.1993 enthaltene Auflagenbestimmung hätte bei angenommener Unwirksamkeit ohnehin über § 2085 BGB nur im Ausnahmefall (Nachweis entsprechenden anderen Willens des Testators) zu einer Unwirksamkeit der Erbeinsetzung der Stadt, also zu einer Gesamtnichtigkeit des Testaments geführt.

Aber auch abgesehen davon ergreifen die Verbotsvorschriften des § 14 Abs. 1, 5 HeimG die im Testament vom 4.3.1993 enthaltenen Auflagen nicht: Schon aus dem Wortlaut des § 14 Abs. 1, 5 HeimG lässt sich dies herleiten. § 14 verbietet den Verbotsadressaten sich Geld oder geldwerte Gegenleistungen für die von ihnen geschuldeten Leistungen über das vereinbarte Entgelt hinaus, „versprechen oder gewähren“ zu lassen (zu diesen Begriffen näher: *Rossak* ZEV 1996, 41, 43). Der Verbotsadressat (hier: Arbeiterwohlfahrt als Heimträgerin) hat sich nichts versprechen oder gewähren lassen, da zwischen ihr und dem Erblasser keinerlei schuldrechtliche Vereinbarungen oder Erfüllungsgeschäfte getätigt wurden.

Freilich ist anerkannt, dass § 14 HeimG nicht nur auf vereinbarte Zuwendungen, sondern auch auf einseitige Verfügungen von Todes wegen Anwendung findet unter der Voraussetzung, dass die Verfügung im Einvernehmen bzw. mit Wissen des Bedachten erfolgt und der Heimbewohner wiederum hiervon weiß: „Doppelwissen“ (vgl. *Rossak* ZEV 1996, 43 ff; *ders.* MittBayNot 1998, 407). Hier hatte offenbar der Bürgermeister der Stadt A Kenntnis vom Inhalt des Testaments, nicht aber die Arbeiterwohlfahrt als Trägerin des Altenheimes. Damit wäre diese Voraussetzung der Anwendung des § 14 HeimG im Rahmen von Verfügungen von Todes wegen schon nicht erfüllt gewesen.

Das BayObLG geht auch nicht der Frage nach, inwieweit bei einer Verfügung von Todes wegen, in welcher mehrere bedacht sind, die aber nicht alle zu den Verbotsadressaten des § 14 gehören, die Kenntnis des einen (Haupt)bedachten, z.B. des Erben, der nicht zum Kreis der Verbotsadressaten gehört, dem anderen Bedachten, z.B. Vermächtnisnehmer, der zu diesem Kreis gehört, „zuzurechnen“ ist.

Eine solche „Globalkennntnis“ wird aber schon unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (vgl. BVerfG NJW 1998, 2964) nicht ausreichen. Der einzelne Begünstigte, der zum Kreis der Verbotsadressaten gehört, muss also die Kenntnis von der ihn betreffenden Begünstigung besitzen.

Die Ausführungen im BayObLGZ 2000, 36, 42 sprechen nicht gegen dieses Ergebnis. Zwar hat das BayObLG hier angeführt, dass es auf die Kenntnis der Bedachten (dort: Ersatzbedachten) nicht ankommt. Aber hier ging es um einen Umgehungsfall, der „mittelbar“ Bedachte hatte Kenntnis und auf die Kenntnis des „Werkzeugs“ konnte es nicht ankommen, da in Umgehungsfällen an den vom Gesetz missbilligten Erfolg angeknüpft wird ohne das Erfordernis eines subjektiven Elementes (vgl. *Rossak*, MittBayNot 1998, 407, 408).

Dagegen konnte das BayObLG eine verbotene Begünstigung nicht schon deshalb a limine verneinen, weil der Erblasser die Begünstigung nicht durch Vermächtnis sondern durch Auflage (§§ 1940, 2192 ff. BGB) angeordnet hat. Zwar verleiht die Auflage dem Begünstigten keinen Anspruch, sondern nur eine Art Reflexrecht. Im Rahmen des § 14 HeimG spielt dies indessen keine Rolle, da auch die Erfüllung der Auflage zu einem „Gewährenlassen“ führt und die mit § 14 HeimG verfolgten Zwecke tangiert sind.

Konsequent wendet sich das BayObLG, da es eine direkte Anwendung des § 14 HeimG nicht bejahen kann, der Umgehungsproblematik im Rahmen des § 14 zu (dazu bereits OLG Düsseldorf MittBayNot 1998, 264 mit Anm. *Rossak* MittBayNot 1998, 407 f. und ZEV 1998, 34 f.; BayObLG ZEV 1999, 406 f.; BayObLGZ 2000, 36, 42 f.).

Bisher entschiedene Umgehungsfälle sind: Einsetzung der Kinder des Heimleiters zu Erben (OLG Düsseldorf) bzw. der Töchter des Heimträgers zu Ersatzerben und Einsetzung der Ehefrau des Heimträger-GmbH-Geschäftsführers (und Alleingesellschafters) als Ersatzerbin (BayObLG).

Zwar hat das BayObLG in der Entscheidung BayObLGZ 2000, 36 ff. die Einsetzung des Heimträger-GmbH-Geschäftsführers (und Alleingesellschafters) selbst eigenartigerweise nicht als Umgehungsfall behandelt, sondern unter der dogmatischen Rubrik „analoge Anwendung des § 14“.

Da aber auch die Umgehungsproblematik nach richtiger Ansicht in eine analoge Anwendung des § 14 HeimG mündet (*Rossak* MittBayNot 1998, zustimmend BayObLGZ 2000, 42), überzeugt diese Differenzierung nicht und wird in der zu besprechenden Entscheidung deshalb auch nicht mehr aufgegriffen.

Eine Umgehung des § 14 HeimG wird angenommen, wenn die verbotene Zuwendung nicht an den Verbotsadressaten selbst, sondern an eine ihm nahe stehende oder ihm sonst verbundene Person geht und dadurch eine mittelbare bzw. indirekte Begünstigung des Verbotsadressaten erfolgt, wenn also über den Umweg über des Dritten sich die Zuwendung letztendlich doch als Zuwendung an den Verbotsadressaten darstellt.

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen wird vom BayObLG zu Recht verneint. Als „Begünstigte“ der Auflage werden im Testament „die Armen“ der Stadt A benannt, für welche nach dem Ermessen der Stadt die Vermögenswerte für soziale und karitative Maßnahmen, die vor allem älteren Bürgern zugutekommen sollen, zu verwenden sind: beispielsweise Verbesserung der Ausgestaltung der Altenheime in der Stadt A ohne Rücksicht auf Trägerschaft.

Wiewohl also durchaus auch das Altenheim, in welchem der Erblasser wohnte, im Kreis der potenziell Begünstigten steht, wurde eine analoge Anwendung des § 14 HeimG mit Recht verneint mit dem Hinweis, dass keine bestimmte Zuwendung an den Heimträger begründet wurde, sondern die Entscheidung über die Verwendung des ererbten Vermögens im Sinne der Auflage dem Ermessen des Erben überlassen war.

Diese Ansicht des BayObLG überzeugt nicht nur vom Ergebnis her sondern auch unter dogmatischen Gesichtspunkten. Es ist anerkannt, dass § 14 HeimG als Eingriffsnorm „eng“ auszulegen ist (BayObLGZ 1991, 251, 255; *Rossak* ZEV 1996, 41, 44; *ders.* ZEV 1996, 146); dies fordert nicht zuletzt eine verfassungskonforme Auslegung, die auf Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG Rücksicht nimmt. Dadurch wird zwar eine analoge Anwendung nicht von vorneherein ausgeschlos-

sen (BayObLGZ 2000, 36, 41; *Niemann* ZEV 1998, 419 ff.), sondern ist in den Grenzen des Gesetzeszwecks durchaus statthaft (hierzu BayObLG MittBayNot 1998, 263, Anm. *Rossak* ZEV 1998, 219 ff.).

Jedoch muss sich auch diese analoge Anwendung denselben engen Grenzen unterwerfen wie die enge Auslegung. Die Zwecke des § 14 (BR-Drucks. 173/72, 14; BT-Drucks. 7/180, 12, 15; BT-Drucks. 11/5120, 17 f.; BR-Drucks. 203/89, 44 f.)

- den Heimbewohner vor finanzieller und wirtschaftlicher Ausnutzung und Benachteiligung zu schützen (Stichwort: Extensivierung des Gedankens des § 138 Abs. 2 BGB),
- eine unterschiedliche, bevorzugende oder benachteiligende, sachlich nicht gerechtfertigte Behandlung der Heimbewohner zu verhindern (Stichwort: Gleichbehandlung)
- die Testierfreiheit der Heimbewohner zu sichern werden aber durch eine solche Gestaltung nicht tangiert, da
- der Verbotsadressat durch die bloße ungewisse Aussicht auf eine Zuwendung sich kaum zu einer bevorzugenden Behandlung des Heimbewohners veranlasst sehen wird, er sich doch eher um die Gunst der Haupterben bemühen wird,
- der Heimbewohner durch diese Auflage angesichts ihrer Unverbindlichkeit und Irrelevanz für seine Vermögensdisposition weder ausgenützt noch benachteiligt wird,
- seine Testierfähigkeit nicht berührt wird, von welcher er ja in anderer Richtung bereits Gebrauch gemacht hat.

Demnach kommt eine analoge Anwendung des § 14 HeimG auf den vom BayObLG entschiedenen Sachverhalt nicht in Betracht, da eine Auflage dieses Inhalts, durch die eine nur potenzielle Zuwendung mehrfach mediatisiert wird, nicht vergleichbar ist mit der in § 14 idealtypisch normierten Situation: hier fehlt es an der unmittelbaren und in irgendeiner Weise verbindlichen Geber-Nehmer-Beziehung; die Beziehung zum Geber ist mittelbar (über den Haupterben) und unverbindlich, da von dessen Ermessen abhängig.

#### 4. Wirksamkeit der weiteren Verfügungen

Das Gericht hat nicht geprüft die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügungen vom 25. 1.1994. Sie enthielten weitere Vermächtnisse. Begründet wurde dies vom Gericht damit, dass die evtl. Unwirksamkeit der Verfügungen vom 25.1.1994 jedenfalls nicht die Wirksamkeit des Testamentes vom 4.3.1993 tangiere, da beide in ihrer Wirksamkeit völlig unabhängig sind und § 2085 BGB schon seinem Wortlaut nach keine Anwendung finden könne. Wiewohl letzteres Argument nicht über alle Zweifel erhaben ist, wird man auch hier dem Gericht zustimmen müssen, da ein „gesamtvernichtender“ Wille des Erblassers nicht nur nicht feststellbar, sondern ein gegenteiliger Wille ausdrücklich feststellbar war.

Ansonsten bestehen aber keine Zweifel, dass die Anordnung des Vermächtnisses des Heimbewohners zugunsten der Arbeiterwohlfahrt zur freien Verfügung des Heimleiters des Altenheimes in A dem § 14 HeimG unterfällt, die Erfüllung der „Doppel-Wissen-Komponente“ vorausgesetzt.

Notar Dr. Erich Rossak, Dachau

15. BGB § 134, § 1937 HeimG § 14 Abs. 1 (*Analoge Anwendung von § 14 HeimG auf geschäftsführenden Alleingesellschafter einer Pflegeheim-GmbH*)

**1. Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 HeimG, wenn das Pflegeheim in der Rechtsform einer GmbH betrieben wird und der geschäftsführende Alleingesellschafter von einem Heimbewohner zum Erben eingesetzt wird.**

**2. Umgehung des Verbots nach § 14 Abs. 1 HeimG durch Ersatzerbeneinsetzung eines Angehörigen (Ehefrau) des Verbotsadressaten.**

BayObLG, Beschluss vom 9.2.2000 – 1Z BR 149/99 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Zum Sachverhalt:*

Der im Alter von fast 89 Jahren verstorbene Erblasser war verwitwet und kinderlos. Nach dem Tod seiner Ehefrau lebte er mit der Beteiligten zu 1 zusammen, die seinen Haushalt besorgte. 1980 kauften der Erblasser und die Beteiligte zu 1 ein Wohnanwesen, das jeweils zur Hälfte in ihrem Miteigentum stand und das sie gemeinsam bewohnten. Am 24.5.1989 errichtete der Erblasser ein notarielles Testament, in dem er die Beteiligte zu 1 als seine Alleinerbin einsetzte.

Am 4.1.1997 erlitt der Erblasser einen Oberschenkelhalsbruch und konnte nach dem erforderlichen Krankenhausaufenthalt nicht mehr von der Beteiligten zu 1 versorgt werden, die sich selbst einer Krankenhausbehandlung unterziehen musste. Der Erblasser ließ sich daher am 24.1.1997 in das Pflegeheim X verlegen. Dieses wurde im Jahr 1997 von einer GmbH betrieben, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Beteiligte zu 2 war. Die Beteiligte zu 3 ist seine Ehefrau.

Am 1.4.1997 errichtete der Erblasser ein notarielles Testament, das u.a. wie folgt lautet:

„Mein vorgenanntes Testament vom 24.05.1989 hebe ich vollinhaltlich auf.

Sodann berufe ich zu meinem alleinigen Erben, den Leiter des Seniorenpflegeheims X (Beteiligte zu 2), ersatzweise dessen Ehefrau (Beteiligte zu 3).

Ich ordne folgendes Vermächtnis an: Mein Stiefbruder erhält einen Betrag in Höhe von 40.000,- DM, ersatzweise dessen ältester Sohn.

Ich wurde vom Notar auf die Bestimmung des § 14 Heimgesetz, sowie darauf hingewiesen, dass nach dieser Bestimmung die Gültigkeit meiner Erbeinsetzung zweifelhaft ist. Ich erkläre hierzu, dass ich mit dem Bedachten über meine Erbeinsetzung nicht gesprochen habe, geschweige denn, dass er mich in irgendeiner Weise dazu veranlasst hat. Sollte aber meine Erbeinsetzung ungültig sein, bestimme ich zu meinem Erben den Vermächtnisnehmer, ersatzweise den Ersatzvermächtnisnehmer.“

Dem Erblasser wurde am 23.5.1997 ein Betreuer mit den Aufgabenkreisen Gesundheits- und Vermögenssorge bestellt. Er verblieb bis 31.7.1997 im Seniorenpflegeheim X. Am 1.8.1997 zog er um in ein anderes Seniorenpflegeheim. Am 28.10.1997 wurde der Erblasser in das Seniorenpflegeheim X zurückverlegt, wo er am 30.10.1997 verstarb.

Sämtliche Beteiligte – der Beteiligte zu 4 ist der älteste Sohn des im Testament vom 1.4.1997 genannten vorverstorbenen Vermächtnisnehmers – stellten jeweils Antrag auf Erteilung eines Alleinerbscheins. Das Nachlassgericht hat den beurkundenden Notar, seinen Notariatsangestellten, den Hausarzt des Erblassers und den im Betreuungsverfahren eingeschalteten Sachverständigen angehört sowie die mit dem Betreuungsverfahren beschäftigte Sozialpädagogin und den bestellten Betreuer. Mit Vorbescheid vom 1.12.1998 hat es die Erteilung eines Erbscheins angekündigt, der den Beteiligten zu 4 als Alleinerben ausweisen solle. Zur Begründung führte es aus, dass nach dem Testament vom 1.4.1997 der Beteiligte zu 4 Erbe geworden sei. Der Erblasser sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht erweislich testierunfähig gewesen. Die Erbeinsetzung des Beteiligten

zu 2 sei im Hinblick auf § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG unwirksam, weil er als Gesellschafter und Geschäftsführer der Betreiber-Gesellschaft nicht bedacht werden dürfe, nachdem er von der Erbeinsetzung Kenntnis erhalten habe. Die Ersatzerbeneinsetzung der Beteiligten zu 3 sei ebenfalls unwirksam, weil die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 3 als Ehefrau des Beteiligten zu 2 eine Umgehung des gesetzlichen Verbots nach § 14 HeimG darstelle.

Gegen diese Entscheidung legte die Beteiligte zu 3 Beschwerde ein, die das Landgericht nach Anhörung der Beteiligten zu 3 mit Beschluss vom 22.7.1999 zurückwies. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 3 mit der weiteren Beschwerde, mit der sie die Erteilung eines Alleinerbscheins weiterverfolgt. Diese blieb ohne Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

1. (...)

2. (...) Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass das Testament vom 1.4.1997 bezüglich der Erb- bzw. Ersatzerbeneinsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 HeimG nichtig ist und dass dem für diesen Fall (§ 2085 BGB) als Ersatzerben (§ 2096 BGB) eingesetzten Beteiligten zu 4 der von ihm beantragte Alleinerbschein zu erteilen ist.

a) Das Landgericht ist ohne Rechtsfehler von der Testierfähigkeit des Erblassers bei Errichtung des Testaments vom 1.4.1997 ausgegangen. Es hat die Aussagen der hierzu vernommenen Zeugen so verstanden und gewertet wie das Nachlassgericht (vgl. BGH NJW 1992, 741/742; BayObLG FamRZ 1998, 1469/1470). Bei deren Würdigung, die der Senat lediglich auf Rechtsfehler zu überprüfen hat (vgl. BayObLG FamRZ 1997, 1511/1512), ist das Landgericht zutreffend von dem Grundsatz ausgegangen, dass die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme bildet und ein Erblasser so lange als testierfähig anzusehen ist, als nicht die Testierunfähigkeit zur Gewissheit des Gerichts nachgewiesen ist (vgl. BayObLG FamRZ 1996, 1438/1439 m.w.N.). Das Landgericht hat sich insbesondere aufgrund der Aussagen des Hausarztes und des psychiatrischen Sachverständigen, der im Betreuungsverfahren beauftragt war, nicht überzeugen können, dass der Erblasser nicht mehr in der Lage gewesen wäre, die Bedeutung seiner letztwilligen Verfügung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (§ 2229 Abs. 4 BGB).

b) Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ist auf die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 durch den Erblasser im Testament vom 1.4.1997 weder § 14 Abs. 1 HeimG (i.d.F. vom 23.4.1990 [BGBl I S. 763, 1069], zuletzt geändert durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes vom 3.2.1997 [BGBl I S. 158 f.]) noch § 14 Abs. 5 HeimG direkt anwendbar. Gemäß § 14 Abs. 1 HeimG ist es dem Träger eines Heimes untersagt, sich von oder zugunsten von Heimbewohnern Geld oder geldwerte Leistungen über das nach § 4 HeimG vereinbarte Entgelt versprechen oder gewähren zu lassen, wobei § 14 Abs. 2 HeimG verschiedene – hier nicht einschlägige – Ausnahmen zulässt. Gemäß § 14 Abs. 5 HeimG ist es darüber hinaus dem Leiter, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeitern des Heimes untersagt, sich von oder zugunsten von Heimbewohnern neben der vom Träger erbrachten Vergütung Geld oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Heimvertrag versprechen oder gewähren zu lassen, soweit es sich nicht um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt. Der Beteiligte zu 2 gehört nicht unmittelbar zu dem in § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG genannten Personenkreis.

aa) Das Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG richtet sich gegen den Träger des Heims, d.h. diejenige natürliche oder juristische

Person, die das Heim betreibt (vgl. § 2 HeimsicherungsVO vom 24.4.1978, BGBl I S. 555). Betreiber ist derjenige, in dessen Namen und auf dessen Rechnung (vgl. § 4 HeimG) die Einrichtung im Sinne des § 1 Abs. 1 HeimG betrieben wird (vgl. *Rossak ZEV* 1996, 41/42) und den somit auch die Verantwortung für Unterhalt und Betrieb der Einrichtung trifft (vgl. *Brandmüller BayVBl* 1978, 363). Das ist hier nicht der Beteiligte zu 2 selbst, sondern für den Zeitraum des Heimaufenthaltes des Erblassers vom 24.1.1997 bis 31.7.1997 und vom 28.10.1997 bis 30.10.1997 die GmbH, deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Beteiligte zu 2 im maßgeblichen Zeitraum war. Diese Gesellschaft hatte mit dem Erblasser den Heimvertrag gemäß § 4 HeimG abgeschlossen und daraus die Verpflichtung zur Betreuung und Versorgung des Erblassers übernommen. Als Gesellschafter und Geschäftsführer der Betreibergesellschaft gehört der Beteiligte zu 2 aber auch nicht zu dem in § 14 Abs. 5 HeimG genannten Personenkreis. Dort sind nämlich in dem Leiter, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeitern des Heimes die Bediensteten erfasst, die der Träger des Heims aufgrund Dienst- bzw. Arbeitsvertrages zur Durchführung des Heimbetriebes beschäftigt hat (vgl. *Kunz/Ruf/Wiedemann HeimG* 8. Aufl. § 14 22; *Dahlem/Giese/Igl/Klie HeimG* 22. Lfg. § 14 Rdnr. 18). Der Beteiligte zu 2 gehört weder in seiner Eigenschaft als Gesellschafter der Betreibergesellschaft noch als deren Geschäftsführer zum Hauspersonal des Pflegeheims. Die Vorinstanzen haben keine Feststellungen getroffen, dass der Beteiligte zu 2 über seine Organstellung hinaus die Funktion des Heimleiters oder eines sonstigen Heimbediensteten wahrgenommen hätte. Die Beteiligte zu 3 hat bei ihrer Anhörung angegeben, dass nicht sie oder ihr Ehemann (Beteiligter zu 2), sondern eine dritte Person Leiter des Heims sei.

bb) Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich dennoch im Ergebnis als richtig (§ 27 Abs. 1 FGG, § 563 ZPO), weil das Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG auf die vom Erblasser vorgenommene Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 im Testament vom 1.4.1997 analog anzuwenden ist.

(1) Der Gesetzgeber verfolgt mit der Regelung in § 14 Abs. 1 (und Abs. 5) HeimG mehrere Zwecke:

- Sie soll verhindern, dass durch die Gewährung von finanziellen Zusatzleistungen oder Zusatzversprechen eine unterschiedliche, privilegierende oder benachteiligende Behandlung der Heimbewohner eintritt und der Heimfriede dadurch gestört werde (vgl. *BT-Drucks 7/180*, S. 12; *11/5120*, S. 17 f.; *BGHZ* 110, 235/239).
- Sie soll verhindern, dass die Hilfs- oder Arglosigkeit alter und pflegebedürftiger Menschen in finanzieller Hinsicht ausgenutzt werde; sie sollen vor der nochmaligen oder überhöhten Abgeltung von Pflegeleistungen bewahrt werden (*BT-Drucks 7/180*, S. 12, 15).
- Sie soll dazu dienen, die Testierfreiheit der Heimbewohner zu sichern; sie sollen davor bewahrt werden, dass ihr Recht auf freie Verfügung von Todes wegen durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet wird (vgl. *BT-Drucks 11/5120*, S. 17).

(2) Ist der Träger des Heims – wie hier – eine Kapitalgesellschaft, so sind die Heimbewohner diesen Gefahren in gleicher Weise gegenüber den für diese handelnden oder deren Geschicke bestimmenden Personen ausgesetzt. Das gilt auch im vorliegenden Fall: Der Beteiligte zu 2 hat im Zeitpunkt der Testamenterrichtung vom 1.4.1997 die GmbH als Geschäftsführer vertreten (§ 35 Abs. 1 GmbHG) und zugleich als Alleingesellschafter deren Geschicke bestimmt (§ 45 f.

GmbHG). Er war daher kraft seiner Geschäftsführungsbefugnis in der Lage, auf die Betreuung und Versorgung des im Heim dieser Gesellschaft untergebrachten Erblassers rechtlich und tatsächlich Einfluss zu nehmen. Der Schutzzweck der Verbotsregelung des § 14 Abs. 1 HeimG erfordert die Anwendung der Verbotsnorm auch auf den geschäftsführenden Alleingesellschafter einer GmbH, die Träger eines Heims im Sinne von § 1 HeimG ist. Die analoge Anwendung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass § 14 Abs. 1 HeimG als Ausnahmenvorschrift an sich »eng auszulegen ist« (vgl. *BayObLGZ* 1991, 251/255); vielmehr ist in den Grenzen des Gesetzeszweckes – wie hier – ihre analoge Anwendung statthaft (vgl. *BGHZ* 26, 78/83; *Palandt/Heinrichs BGB* 59. Aufl. Einl. Rdnr. 45).

(3) Aufgrund der analogen Anwendung des § 14 Abs. 1 HeimG ist es dem Beteiligten zu 2 daher untersagt, sich von Bewohnern Geld oder geldwerte Leistungen über das vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen. Nach der Rechtsprechung (vgl. *BayObLG NJW-RR* 1999, 1454/1455 m.w.N.) fallen testamentarische Zuwendungen unter das Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG, so dass die Erbeinsetzung eines Heimträgers oder – wie hier – einer gleich zu behandelnden Person in einer einseitigen letztwilligen Verfügung eine geldwerte Leistung darstellt. Diese Leistung lässt sich der Verbotsadressat gewähren, wenn er vom Vorhandensein dieser Verfügung Kenntnis erhält, der Heimbewohner dies weiß und daraus den Schluss ziehen kann, der Bedachte sei mit der Zuwendung von Todes wegen einverstanden. Eine solche Verfügung ist gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das Verbotsgesetz des § 14 Abs. 1 HeimG nichtig, wenn diese Leistung über das vereinbarte Entgelt hinaus erbracht wird, keine der in § 14 Abs. 2 HeimG aufgeführten Ausnahmen vorliegt und auch einen behördliche Ausnahmegenehmigung gemäß § 14 Abs. 6 HeimG fehlt. Die darin liegende Einschränkung der Testierfähigkeit und der Erbrechtsgarantie sind verfassungsgemäß (*BayObLGZ* 1991, 251/255 f.; *BVerfG NJW* 1998, 2964; *BGH ZEV* 1996, 145).

(4) Das Landgericht ist auf der Grundlage der vom Nachlassgericht getroffenen Feststellungen rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die nach § 14 Abs. 1 HeimG erforderliche Kenntnis des Bedachten im Mai 1997 vorlag und dass der Erblasser hiervon seinerseits Kenntnis hatte.

c) Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht davon ausgegangen, dass auch die Ersatzerbeinsetzung der Ehefrau des Beteiligten zu 2, der Beteiligten zu 3, als Umgehung des Verbotes gemäß § 14 Abs. 1 HeimG gemäß § 134 BGB nichtig ist.

aa) Das Landgericht hat hierbei zu Recht nicht die Auslegungsregel des § 2085 BGB herangezogen, weil der Erblasser die Ersatzerbeinsetzung gerade wegen der Bedenken des Notars im Hinblick auf § 14 HeimG vorgenommen hat. Jedoch findet das Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG auch bei Umgehung durch Zuwendungen an Verwandte des Verbotsadressaten Anwendung. Ein vom Gesetz missbilligter Erfolg darf nicht durch Umgehung des Gesetzes erreicht werden (*BGHZ* 85, 39/46). Eine verbotene Umgehung liegt vor, wenn durch die gewählte rechtliche Gestaltung der Tatbestand des Verbotsgesetzes selbst nicht erfüllt ist, dennoch der von ihm verbotene Erfolg herbeigeführt wird (vgl. *BGH NJW* 1991, 1060/1061; h.M.). Ein weiteres subjektives Element ist nicht erforderlich (vgl. *BGHZ* 51, 255/262; 56, 285/289; 110, 235/239; *Rossak MittBayNot* 1998, 407/408 m.w.N.). Die analoge Anwendung der zur Nichtigkeit gemäß § 134 BGB führenden Verbotsnorm des § 14 Abs. 1 HeimG auf An-

gehörige der Verbotsadressaten ist nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes gerechtfertigt, weil

- die Gefahr einer ungleichen Behandlung der Heimbewohner in analoger Weise besteht, wenn die Zuwendung einem Familienangehörigen des Verbotsadressaten gemacht wird, wie wenn die Zuwendung an den Verbotsadressaten selbst geht,
- die Möglichkeit finanzieller Ausnutzung von Abhängigkeiten in gleicher Weise gegeben ist, wenn die Zuwendung Angehörigen der Verbotsadressaten gemacht wird,
- sich der Heimbewohner in seiner Testierfreiheit im einen wie im anderen Fall eingeengt sehen kann und eingeengt wird (vgl. *Rossak* a.a.O.).

Das Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG würde leer laufen, wenn der missbilligte Erfolg der Zuwendung an die genannten Verbotsadressaten dadurch erreicht werden könnte, dass sie mittelbar bzw. indirekt über ihnen nahe stehende Angehörige begünstigt werden könnten (vgl. auch OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 192/193; *Rossak* a.a.O.; *Kunz/Ruf/Wiedemann* § 14 Rdnr. 22 a.E.).

bb) Diese Grundsätze hat das Landgericht beachtet. Es ist zu Recht davon ausgegangen, dass es auf die Kenntnis der Beteiligten zu 3 vom Inhalt des Testaments nicht ankommt, weil die Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB an den vom Gesetz missbilligten Erfolg des Umgehungsgeschäftes anknüpft (vgl. auch *Staudinger/Sack* BGB 13. Bearb. § 134 Rdnr. 145, 149). Dem Landgericht ist auch zuzustimmen, dass mit dem Verbot nach § 14 Abs. 1 HeimG eine Einschränkung der Testierfreiheit einhergeht, die durch einen gegenteiligen Erblasserwillen nicht aufgehoben werden kann.

d) Der Erblasser hat den Beteiligten zu 4 gerade für den Fall eingesetzt, dass die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 und die Ersatzerbeinsetzung der Beteiligten zu 3 ungültig sein sollten. Da diese Erbeinsetzung in keinem Bezug zu der Heimunterbringung des Erblassers steht, wird sie von der Nichtigkeit gemäß § 14 Abs. 1 HeimG nicht erfasst; vielmehr ist sie nach der Auslegungsregel des § 2085 BGB wirksam.

---

16. BGB § 2232; BeurkG 22, 24 Abs. 1 u. 3, §§ 25, 31 (*Errichtung eines notariellen Testaments durch schreib- und sprechunfähige Person*)

- 1. Der Senat hält nach der Entscheidung des BVerfG v. 19.1.1999 (NJW 1999, 1553 [= MittBayNot 1999, 185]) daran fest, dass ein schreibunfähiger Stummer ein Testament nicht durch reine Gebärden oder Bewegungszeichen errichten kann.**
- 2. Belange der Rechtssicherheit und des Schutzes dieses Personenkreises gebieten es, die vom BVerfG vorgesehene Übergangsregelung für die künftige Errichtung letztwilliger Verfügungen auch auf bereits errichtete notarielle letztwillige Verfügungen als Mindeststandard anzuwenden. Danach bedarf es wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden der in §§ 22, 24 BeurkG vorgesehenen Mitwirkung einer Vertrauensperson und eines Zeugen oder zweiten Notars.**

OLG Hamm, Beschluss vom 15.5.2000 – 15 W 476/99 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

#### Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten sind die Kinder des am 20.12.1996 verstorbenen Erblassers mit seiner Ehefrau. Diese lebte von dem Erblasser getrennt; das Scheidungsverfahren war rechtshängig. Die Beteiligten zu 1) und 2) streiten darum, ob der Beteiligte zu 1) aufgrund notariellen Testaments vom 4.12.1996 den Erblasser allein beerbt hat oder ob gesetzliche Erbfolge eingetreten ist, weil der Erblasser bei der Errichtung des notariellen Testaments testierunfähig war oder das Testament des mehrfach behinderten Erblassers nicht in der gehörigen Form errichtet worden ist. Das Testament hat folgenden Wortlaut:

„Vor mir, dem unterzeichnenden Notar N. mit dem Amtssitz zu P. erschien heute ... zum Zwecke der Errichtung einer letztwilligen Verfügung, aufgesucht in der Intensivstation der Rentner J., geb. 1935 und wohnhaft ..., dem Notar vorgestellt zur Person von dem diensthabenden Stationsarzt Dr. G.

Wie eine Unterredung mit J. ergab, ist dieser zwar am Unterschreiben gehindert, aber in der Lage, seinen Willen zu äußern durch Reaktionen auf Fragen und Antworten.

Wegen der Schreibbehinderung des Erblassers zog der Notar als Zeugen Dr. ... zu, von Person bekannt.

Der Notar überzeugte sich durch die Verhandlung von der Geschäftsfähigkeit des Erblassers. Der Erschienene erklärte, ein Testament durch mündliche Erklärung errichten zu wollen und durch frühere Verfügungen von Todes wegen hieran nicht gehindert zu sein.

Er erklärte, deutscher Staatsangehöriger zu sein. Die Zuziehung des Zeugen wurde gewünscht.

Der Erblasser erklärte dem Notar mündlich seinen letzten Willen wie folgt:

§ 1

Für den Fall meines Todes berufe ich als meinen Alleinerben meinen Sohn M.

§ 2

Meine Töchter B. und J. und auch meine Ehefrau E. schließe ich von der Erbfolge aus.

§ 3

Der Notar soll beglaubigte Abschrift zurückbehalten und die Urschrift in amtliche Verwahrung beim Amtsgericht P. geben.

Vorstehende Verhandlung wurde vom Notar dem Erschienenen in Gegenwart des Verhandlungszeugen vorgelesen, vom Erblasser genehmigt und alsdann vom Verhandlungszeugen und dem Notar unterschrieben wie folgt:

(LS) Dr. A. Notar.“

Zum Nachlass gehören neben einem hälftigen Miteigentumsanteil an einem 3-Familienhaus zwei Sparbücher. Zur Höhe der Sparguthaben sowie zum Verbleib der Sparbücher haben die Vorinstanzen keine Feststellungen getroffen.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1) vom 15.1.1997, den das Amtsgericht entsprechend seinen Vorbescheiden vom 9.5.1997 und 1.6.1999 erteilen will.

Das Landgericht hat den Beschluss des Amtsgerichts vom 9.5.1997 aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen, weil die erste Instanz der Frage der Testierfähigkeit des Erblassers nicht ansatzweise nachgegangen sei. Die dagegen gerichtete weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1) hat der Senat durch Beschluss vom 30.7.1998 – 15 W 472/97 – zurückgewiesen. Das Amtsgericht hat in der Sitzung vom 26.10.1998 die Ehefrau des Erblassers und die Beteiligten zu 1) bis 3) persönlich angehört sowie weitere Personen aus dem Lebensumfeld des Erblassers als Zeugen vernommen. Es hat sodann zur Testierfähigkeit des Erblassers ein schriftliches Sachverständigen Gutachten eingeholt, welches der Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. V. unter dem 12.3.1999 erstattet hat. Unter dem 1.6.1999 hat das Amtsgericht erneut einen Erbschein angekündigt, der den Beteiligten zu 1) als testamentarischen Alleinerben ausweist. Auf die hiergegen gerichtete (wiederholte) erste Beschwerde hat das Landgericht diesen Vorbescheid durch Beschluss vom 15.11.1999 mit der Begründung aufgehoben, dass das notarielle Testament als formunwirksam anzusehen

sei, weil es – ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Testamentserrichtung durch schreibunfähige Stumme – der Hinzuziehung einer Vertrauensperson des Erblassers bedürft hätte.

Gegen diese Entscheidung des Landgerichts hat der Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 13.12.1999 erneut weitere Beschwerde eingelegt, der die Beteiligte zu 2) entgegengetreten ist. Diese hatte keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat offen gelassen, ob der Erblasser bei Errichtung des notariellen Testaments am 4.12.1996 testierfähig i.S.d. § 2229 Abs. 4 BGB war. Für das zweite Verfahren der weiteren Beschwerde ist deshalb zugunsten des Beteiligten zu 1) die Testierfähigkeit des Erblassers zu unterstellen.

2. Die Entscheidung über das Erbrecht des Beteiligten zu 1) hängt sonach entscheidend davon ab, ob das Testament vom 4.12.1996 ordnungsgemäß errichtet worden ist.

a) Hierzu meint das Landgericht im Ausgangspunkt: Die Formvorschrift des 2232 BGB, wonach ein öffentliches Testament zur Niederschrift eines Notars nur durch mündliche Erklärung oder durch Übergabe einer Schrift, die den letzten Willen enthalte, errichtet werden könne, sei nicht eingehalten worden. Denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe der Erblasser am 4.12.1996 weder sprechen noch schreiben können. Die Testamentserrichtung sei deshalb in der Weise erfolgt, dass der Erblasser auf entsprechende Fragen des Notars mit Kopfschütteln oder Kopfnicken reagiert habe.

Diese Feststellungen des Landgerichts sind rechtlich unangreifbar und werden von der weiteren Beschwerde auch nicht in Zweifel gezogen. Die hieraus gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen treffen zu. Sie entsprechen der insoweit nicht überholten Rechtsprechung des Senats (NJW-RR 1994, 593 = FamRZ 1994, 993), nach der Kopfnicken und -schütteln keine mündlichen Erklärungen darstellen und eine Testamentserrichtung in der Form des § 2232 BGB bei Mehrfachbehinderungen der vorliegenden Art ausscheidet (vgl. auch die erste Senatsentscheidung in dieser Sache vom 30.7.1998 – 15 W 472/97 –). Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 19.1.1999 (NJW 1999, 1853, 1855 = DNotZ 1999, 409 [= MittBayNot 1999, 185]) ausdrücklich bestätigt, in der im vorliegenden Zusammenhang ausgeführt wird, §§ 2232, 2233 BGB, § 31 BeurkG verlangten entweder eine mündliche Äußerung des Testierenden oder seine eigenhändige schriftliche Erklärung, sodass ein Testament jedenfalls nicht durch reine Gebärden oder Bewegungszeichen errichtet werden könne.

b) Das Bundesverfassungsgericht hat in der zitierten Entscheidung allerdings ausgesprochen (a.a.O. S. 1855 f.), dass die genannten Formvorschriften fortan nicht mehr auf letztwillige Verfügungen schreib- und sprechunfähiger Personen, die geistig und körperlich zu einer Testamentserrichtung in der Lage sind, angewendet werden dürfen, soweit sie diese Personen von jeder Testierung ausschließen. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung könnten schreib- und sprechunfähige Personen künftig mit notarieller Hilfe letztwillige Verfügungen errichten, und zwar nach den Vorschriften der §§ 22 – 26 BeurkG über rechtsgeschäftliche Erklärungen unter Lebenden i.V.m. den §§ 27–29, 34 und 35 BeurkG. Die Übergangsvorschrift erfasse allerdings nicht in der Vergangenheit von schreib- und sprechunfähigen Personen bereits errichtete letztwillige Verfügungen. In diesen Fällen sei es Aufgabe der Rechtsprechung, die durch die Unvereinbarkeitserklärung

entstandene Regelungslücke zu schließen und Maßstäbe für die Beurteilung der Wirksamkeit solcher Testamente zu entwickeln. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit könnten die von schreibunfähigen Stummen in der Vergangenheit errichteten Testamente nicht allein wegen Verletzung des gesetzlichen Formzwangs als unwirksam angesehen werden. Vielmehr müssten jedenfalls solche letztwillige Verfügungen als rechtswirksam anerkannt werden, die von schreibunfähigen Stummen in Ermangelung anderer Regelungen entsprechend den Anforderungen der §§ 22 – 26 BeurkG errichtet worden seien (BVerfG a.a.O. S. 1856).

In Anwendung dieser Grundsätze hat das Landgericht im Kern ausgeführt: Bereits bei einer so genannten Einfachbehinderung des Urkundsbeteiligten sei nach § 22 BeurkG ein Zeuge oder ein zweiter Notar hinzuzuziehen, es sei denn, alle Beteiligten verzichteten hierauf. Sei mit der sprachunfähigen Person auch keine schriftliche Verständigung möglich, so fordere § 24 Abs. 1 BeurkG für die Formwirksamkeit des Beurkundungsakts ferner die Hinzuziehung einer Vertrauensperson, die sich mit dem Beteiligten zu verständigen vermöge. Dabei folge aus § 24 Abs. 3 BeurkG, wonach das Erfordernis, nach § 22 BeurkG einen Zeugen oder zweiten Notar zuzuziehen, hiervon unberührt bleibe, dass es sich bei dieser Vertrauensperson um eine von dem Urkundsnotar oder zweiten Notar personenverschiedene, weitere Personen handeln müsse. An der Hinzuziehung einer solchen Vertrauensperson fehle es vorliegend. Der der Testamentserrichtung allein hinzugezogene behandelnde Arzt Dr. G. sei ausweislich des Wortlauts des Testaments vom Urkundsnotar wegen der Schreibbehinderung des Erblassers als Schreibzeuge i.S.d. § 25 BeurkG hinzugezogen worden. Selbst wenn man ihm mit Rücksicht auf den letzten Absatz des Testaments, in dem er vom Notar als Verhandlungszeuge bezeichnet werde, nicht als bloßen Schreibzeugen ansehen wollte, könnte er allein als Zeuge i.S.d. § 22 Abs. 1 BeurkG angesehen werden, nicht aber als Vertrauensperson i.S.d. § 24 Abs. 1 BeurkG. Auch wenn sich der Erblasser ausweislich des Wortlautes des Testaments ausdrücklich mit der Hinzuziehung des Zeugen einverstanden erklärt habe, sei vorliegend die Hinzuziehung einer dritten Person nach § 22 Abs. 1 BeurkG nicht entbehrlich gewesen. Gemäß § 24 Abs. 1 und 3 BeurkG hätte es damit für die Beurkundung noch der Hinzuziehung einer dritten Person neben dem beteiligten Zeugen bedurft. Auf die Hinzuziehung einer Vertrauensperson könne bei schreibunfähigen Stummen auch nicht verzichtet werden. Gerade mit der Hinzuziehung der Vertrauensperson, bei der es sich neben Taubstummendolmetschern regelmäßig um mit den Vorstellungen des Erblassers vertraute Angehörige oder Bekannte handeln werde, solle besonders sichergestellt werden, dass der Wille des Behinderten von dem Urkundsnotar zuverlässig und richtig ermittelt und in der Urkunde festgehalten werde. Diese Funktion erfülle der vom Notar zugezogene Stationsarzt nicht.

Diese Begründung trägt die angefochtene Entscheidung. Nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (NJW 1999, 1853, 1854 [= MittBayNot 1999, 185]) verfolgt der Gesetzgeber mit der Anwendung von Formvorschriften auf schreibunfähige Stumme zum Schutz der Rechtssicherheit und zum Schutz des Testierenden legitime Gemeinwohlziele, wobei bei selbstbestimmungsfähigen Personen lediglich die starre Regelung der §§ 2232, 2233 BGB, § 31 BeurkG als nicht erforderlich beanstandet wird, weil als milderes Mittel – wie sich aus § 24 BeurkG ergebe – Beurkundungsverfahren denkbar seien, die zu einer zuverlässigen

Feststellung des letzten Willens führten. Hierbei hat der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts herausgestrichen, dass der Gesetzgeber das im Erbrecht gegebene höhere Bedürfnis nach Rechtssicherheit in Bezug auf die Echtheit und Authentizität einer Willenserklärung als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden über die in den §§ 22, 24 BeurkG vorgesehene Mitwirkung einer Vertrauensperson und eines Zeugen oder zweiten Notars hinaus z. B. durch das Erfordernis besonderer Qualifikationen der beigezogenen Personen ausgleichen könne (BVerfG a.a.O., S. 1854 f.). Die Belange der Rechtssicherheit und des Schutzes schreib- und sprechunfähiger Personen vor vermeidbaren Irrtums- und Kommunikationsrisiken gebieten es nach Auffassung des Senats, die vom Bundesverfassungsgericht vorgesehene Regelung für die künftige Errichtung letztwilliger Verfügungen bis zu einer gesetzlichen Neuregelung auch auf bereits errichtete notarielle letztwillige Verfügungen als Mindeststandard anzuwenden. Eine Vertrauensperson ist schon deshalb unverzichtbar, weil das Erbrecht vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten vorsieht und sich der letzte Wille des Erblassers nicht auf Erbeinsetzungen beschränken muss. Deshalb wird es einem Notar, der mit der familiären Situation und den erbrechtlichen Vorstellungen des Erblassers nicht im Einzelnen vertraut ist, regelmäßig unmöglich sein, den letzten Willen des Erblassers herauszufinden, indem er Fragen stellt, die nicht verbal, sondern nur mit Kopfbewegungen beantwortet werden können. Dieser Mangel kann entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde durch eine entsprechende Sachverhaltsaufklärung z. B. im Erbscheinserteilungsverfahren nicht ausgeglichen werden, weil eine hinreichend zuverlässige, den differenzierten erbrechtlichen Vorstellungen des Erblassers entsprechende urkundliche Grundlage als Ausgangspunkt für die Ermittlungen des Erblasserwillens fehlt.

Dies gilt gerade auch im vorliegenden Fall. Nach den Angaben des vom Amtsgericht vernommenen Notars sowie des behandelnden Arztes Dr. G. beschränkte sich der Dialog zwischen dem Notar und dem Erblasser auf das Durchgehen von Familienangehörigen unter dem Gesichtspunkt ihrer Einsetzung als (Allein-)Erbe. Im Blick auf das nicht unbeträchtliche Vermögen des Erblassers (Anteil an einem Mehrfamilienhaus; Sparbücher) wären auch differenzierte erbrechtliche Regelungen in Betracht gekommen. Diese sind ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 26.10.1998 nicht zur Sprache gekommen, weil sich der Notar nach seinen eigenen Angaben an den Vorgaben unbekannter Herkunft orientiert hat, die ihm zuvor telefonisch von den jetzigen Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1) übermittelt worden waren. Im Blick auf das rechtshängige Scheidungsverfahren und den Abschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts nach § 1933 BGB ist auch fraglich, ob der Erblasser der ihm angetragenen Testamentserrichtung letztlich nur in dem Rechtsirrtum nicht entgegengetreten ist, nur durch ein Testament könne er das von ihm möglicherweise nicht gewünschte gesetzliche Erbrecht seiner Ehefrau ausschließen.

Aus den Erwägungen der landgerichtlichen Entscheidung ist die Zuziehung eines Schreibzeugen (§ 25 BeurkG) ungeachtet der Regelung in § 24 Abs. 3 BeurkG kein geeignetes Mittel, um die Schwierigkeiten bei der Erforschung des Erblasserwillens hinreichend auszugleichen. Der Schreibzeuge wirkt bei der Errichtung einer öffentlichen Urkunde in der Weise mit, dass er dem Vorgang des Vorlesens und der Genehmigung der Niederschrift seine Aufmerksamkeit widmet und der Verhandlung im Bewusstsein dieser Verantwortung beiwohnt (vgl. *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 25 Rdnr. 11); er

kann nicht gleichzeitig Vertrauensperson sein (vgl. *Keidel/Winkler*, a.a.O.). Aus der Funktion des Schreibzeugens, den äußeren Beurkundungsvorgang zu verfolgen, ergibt sich, dass es nicht zu seinen Aufgaben zählt, durch ein aktives Eingreifen in den Dialog, mit dem schreibunfähigen Stummen und dem Notar zu einer zuverlässigen Feststellung des letzten Willens beizutragen. Dies ist aber in den Fällen eines in mehrfacher Hinsicht behinderten Erblassers – ebenso wie bei Geschäften unter Lebenden – unverzichtbar.

Das notarielle Testament vom 4.12.1996 ist daher formunwirksam. Die Unwirksamkeit eines Testaments infolge der Verletzung der vorgeschriebenen Form nimmt das Gesetz ausdrücklich hin. Dieses Ergebnis wird auch vom Bundesverfassungsgericht (a.a.O. S. 1856) für die Fälle der bereits vor Erlass der Entscheidung vom 19.1.1999 errichteten letztwilligen Verfügungen durch schreib- und sprechunfähige Personen nicht in Frage gestellt (ebenso: *Rossak DNotZ* 1999, 420).

---

17. GBO § 35 Abs. 1 Satz 2 (*Auslegung eines notariellen Testaments durch Grundbuchamt*)

**Das Grundbuchamt ist nicht befugt, tatsächliche Ermittlungen über einen etwaigen, in der Testamentsurkunde nur unvollständig zum Ausdruck gekommenen Erblasserwillen durchzuführen.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Hamm, Beschluss vom 30.3.2000 – 15 W 35/00 – mitgeteilt von RA und Notar *Friedrich-Wilhelm Welskop*, Castrop-Rauxel

*Zum Sachverhalt:*

Im Grundbuch ist als Eigentümer der Bergmann W. St. (im Folgenden: Erblasser), der am 20.7.1999 verstorben ist, eingetragen. Dieser hatte etwa drei Monate vor seinem Tod zu notarieller Urkunde vom 16.4.1999 im St. Rochus Hospital in Castrop-Rauxel ein Testament errichtet, in dem es heißt:

Ich setze hiermit zu meinem alleinigen und unbeschränkten Erben ein, gleichviel, ob und welche Pflichtteilsberechtigte bei meinem Tode vorhanden sind:

meinen Neffen Landwirt Ulrich D. geboren am 31.12.1960, wohnhaft (...)

Mein Erbe hat für die Grabpflege zu sorgen, solange er Eigentümer des Grundbesitzes ist. Wird meine Tochter Eigentümer des Grundbesitzes, hat sie von dem Zeitpunkt des Eigentümerübergangs für die Grabpflege zu sorgen.

Ich belaste meinen Erben mit folgenden Vermächtnissen:

1. Meine Ehefrau Ingeborg St., wohnhaft (...), erhält außer dem ihr schon eingeräumten Wohnrecht an unserer gemeinsamen Wohnung alles, was sich zum Zeitpunkt meines Todes in unserer Wohnung befindet, das gesamte Kapitalvermögen einschließlich etwaiger Versicherungsforderungen.

Die Vermächtnisnehmerin hat für meine standesgemäße Beerdigung zu sorgen.

2. Meine Tochter Brigitte St. erhält den meinem Erben vermachten Grundbesitz mit allen aufstehenden Gebäuden, wenn sie heiratet und leibliche, eheliche Kinder bekommt  $\frac{1}{2}$  Jahr nach der Geburt des ersten Kindes zu Eigentum Zug um Zug gegen Rückzahlung einer eventuell geltend gemachten Pflichtteilsforderung nebst 4 % Zinsen vom Tage der Zahlung an, belastet mit allen Lasten, die zur Zeit meines Todes auf dem Grundbesitz lasten oder von mir veranlasst worden sind.

Der Beteiligte Ulrich D. beantragte mit Schreiben seines Verfahrensbevollmächtigten vom 29.9.1999 unter Berufung auf das Testament vom 16.4.1999, ihn im Wege der Grundbuchberichtigung als Eigentümer in das Grundbuch einzutragen. Er vertrat die Auffassung, der Erblasser habe ihn zum alleinigen Erben eingesetzt.

Das Amtsgericht bat mit Schreiben vom 7.10.1999 um die Übersendung eines Erbscheins, weil sich aus dem Testament die Erbfolge nicht eindeutig ergebe. Nachdem der Beteiligte dieser Auffassung widersprochen hatte, gab ihm das Amtsgericht durch Zwischenverfügung vom 4.11.1999 die Einreichung eines Erbscheins zum Zwecke des Nachweises der Erbfolge auf. Zur Begründung führte es aus, dass es sich bei der im Testament verfügten Zuwendung an die Tochter des Erblassers um eine bedingte Nacherbfolge handele, da das Hausgrundstück gemäß dem notariellen Schreiben vom 29.10.1999 den wesentlichen Teil des Nachlasses darstelle.

Gegen diese Zwischenverfügung legte der Beteiligte Beschwerde ein, die das Landgericht mit Beschluss vom 10.12.1999 zurückwies. Hiergegen richtet sich die mit Anwaltsschriftsatz vom 14.1.2000 eingelegte weitere Beschwerde des Beteiligten. Diese hatte keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Auch die Sachentscheidung des Landgerichts hält rechtlicher Nachprüfung stand. Gegenstand des Verfahrens ist ein Antrag des Beteiligten auf Grundbuchberichtigung aufgrund der nach dem Tode des Grundstückseigentümers eingetretenen Erbfolge (§ 22 Abs. 1 GBO). Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein geführt werden. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die – wie hier – in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es nach Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz der genannten Vorschrift, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Beide Urkunden hat das Grundbuchamt beigezogen. Nach § 35 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz GBO kann das Grundbuchamt gleichwohl die Vorlage eines Erbscheins verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunde nicht für nachgewiesen erachtet. Dabei steht es nicht im Belieben des Grundbuchamtes, die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen. Das Grundbuchamt hat die Verfügung von Todes wegen nach Form und Inhalt zu prüfen. Ergeben sich hierbei Zweifel tatsächlicher Art hinsichtlich des behaupteten Erbrechts, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können, so kann das Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins verlangen (vgl. etwa BayObLGZ 1974, 1 = NJW 1974, 954; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 5. Aufl., § 35 GBO Rdnr.74). Von diesen Grundsätzen ist das Landgericht zutreffend ausgegangen.

Die Kammer hat ausgeführt, der Wille des Erblassers lasse sich nicht ohne weiteres klären, weil das zugunsten der Tochter in dem Testament dem Erben auferlegte Vermächtnis auch als auflösend bedingte Nacherbeneinsetzung angesehen werden könnte. Die tatrichterliche Auslegung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung und damit auch von Testamenten unterliegt im Verfahren der weiteren Beschwerde nur einer rechtlichen Nachprüfung dahin, ob sie nach den Denkgesetzen und der feststehenden Erfahrung möglich ist – sie muss nicht zwingend sein –, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Wortlaut und Sinn der Erklärung nicht widerspricht und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (vgl. *Bauer/von Oefele/Budde*, GBO, § 78 Rdnr. 25 m.w.N.). Einen solchen Rechtsfehler lässt die Entscheidung des Landgerichts nicht erkennen.

Das Testament des Erblassers ist, wovon das Landgericht zutreffend ausgegangen ist, auslegungsfähig und auslegungsbe-

dürftig. Denn einerseits sollte der Neffe des Erblassers, der Beteiligte, alleiniger und unbeschränkter Erbe sein, andererseits war aber offen, ob ihm überhaupt irgendetwas aus dem Nachlass auf Dauer verbleiben sollte. Der Erblasser unterschied seinen Nachlass in seine Immobilie und in sein sonstiges Vermögen (»alles, was sich im Haus befindet, Kapitalvermögen einschließlich etwaiger Versicherungsforderungen«). Letzteres sollte seiner Ehefrau zukommen. Die Immobilie sollte zwar der Beteiligte als »alleiniger und unbeschränkter Erbe« erhalten, aber nur bedingt und zeitlich begrenzt. Denn letztlich sollte die Tochter sie bekommen, sofern sie ein Kind bekommt und sobald dieses Kind  $\frac{1}{2}$  Jahr alt ist. Es ist daher sehr zweifelhaft, ob nach dem Willen des Erblassers dessen Tochter nur auf einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Beteiligten beschränkt werden oder ob sie nicht tatsächlich eine von dessen Willen unabhängige Rechtsstellung erlangen sollte. Die Annahme des Landgerichts, es könne hier auch eine auflösend bedingte Vorerbschaft zugunsten des Beteiligten und Nacherbschaft zugunsten der Tochter vorliegen, ist daher möglich, wenn nicht gar nahe liegend.

Soweit der Beteiligte im Erstbeschwerdeverfahren und im Verfahren der weiteren Beschwerde seine Auslegung unter Berufung auf zusätzliche Angaben des Urkundsnotar zu erklären versucht, stützt er sich auf außerhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände. Dies gilt insbesondere für sein Vorbringen, der Erblasser habe nicht mehr mit einer Eheschließung seiner Tochter und mit Enkelkindern gerechnet und die vom Landgericht angenommene Konstruktion habe der Vorstellung des Erblassers widersprochen. Mit diesem tatsächlichen Vorbringen kann der Beteiligte schon deshalb keinen Erfolg haben, weil im Grundbucheintragsverfahren die Erbfolge durch Vorlage eines Erbscheins nachzuweisen ist. Das Grundbuchamt ist schon im Ausgangspunkt nicht befugt, tatsächliche Ermittlungen über einen etwaigen, in der Testamentsurkunde nur unvollständig zum Ausdruck gekommenen Erblasserwillen durchzuführen. Dies ist vielmehr dem Erbscheinsverfahren vorbehalten, in dem das Ergebnis durchgeführter Ermittlungen zusammenfassend zu würdigen ist.

#### **Anmerkung:**

Dem Beschluss ist nicht zuzustimmen. Er entwertet das notarielle Testament und unterstellt, dass Notare Grundbegriffe des Erbrechts, wie z.B. »das Vermächtnis« nicht beherrschen und bürdet den Erben vermeidbare Kosten (LG Bonn in NJW 1964, 209) des Erbscheinsverfahrens auf.

1.) Der Beschluss geht zutreffend davon aus, dass auch öffentliche Testamente auslegungsfähig und möglicherweise auslegungsbedürftig sind. Er verliert jedoch unverständlicherweise kein Wort darüber, ob nicht davon auszugehen ist, dass juristische Begriffe in einem notariellen Testament zutreffend angewandt sind (vgl. BGH in DRiZ 1971, 26; *Staudinger-Otte* vor §§ 2064 ff. Rdnr. 67 BGB – RGR K / *Johannsen* § 2084 Rdnr. 5; *Soergel-Loritz* § 2084 Rdnr. 18; *MünchKomm/Leipold* § 2084 Rdnr. 11). Tatsächlich ist davon auszugehen, dass juristische Termini von Notaren zutreffend gebraucht sind, insbesondere wenn keine konkreten Einwendungen erhoben sind – im Testamentseröffnungsverfahren sind keine Bedenken geäußert worden –.

Konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Benutzung des Terminus »Vermächtnis« werden in dem Beschluss nicht aufgezeigt. Auch äußert sich die Entscheidung nicht zu der Beweiskraft einer notariellen Urkunde, einer

öffentlichen Urkunde gemäß § 415 ZPO, was sicherlich notwendig war (OLG Frankfurt in OLGZ 1990, 288, 290; MünchKomm/Promberger § 2353 Rdnr. 142, Demharter, GBO, 23. Auflage § 35 Rdnr. 142).

Der Beschluss zweifelt einfach an, dass das, was im Testament niedergeschrieben ist, nicht dem Willen des Erblassers entspricht. Konkrete Tatsachen, die diesen Zweifel rechtfertigen, werden nicht aufgezeigt und sind auch nicht vorhanden. (Weder die Ehefrau noch die Tochter haben im Testamentseröffnungsverfahren Bedenken geäußert).

Abstrakte Zweifel und bloße Vermutungen rechtfertigen aber nicht das Verlangen auf Vorlegung eines Erbscheins (OLG Hamm JMBI NW 1963, 180; BayObLGZ in NJW 94, 954 (955); BayObLG Rpfleger 95, 249; OLG Hamm NJW 69, 798, Demharter § 35 Rdnr. 39). Abstrakte Zweifel sind darüber hinaus nicht begründet. Soweit das OLG meint, es habe doch nahe gelegen, die Tochter besser als geschehen abzusichern, übersieht es, dass der Erblasser ganz konkret mit einer Heirat und Mutterschaft seiner 35-jährigen – immer ledig gewesenen – Tochter (all dies ergibt sich aus dem Testament) nicht mehr gerechnet hat.

- 2.) Das Verlangen auf Vorlage eines Erbscheins ist auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil das Nachlassgericht mangels konkreter Umstände keine anderen Erkenntnismöglichkeiten als das Grundbuchamt hat. Ist die Beweislage so, kann ein Erbschein nicht gefordert werden (OLG Köln in MittBayNot 2000, 239; Kuntze/Ertel/Herrmann § 35 Rdnr. 74; OLG Stuttgart 92, 147) Diese Forderung wäre reiner Formalismus und würde zu einer Verzögerung führen.

Die formelle Beweiskraft einer notariellen Urkunde erstreckt sich ohne Rücksicht auf die Überzeugung des Gerichts auf die Richtigkeit der Beurkundung, d.h. darauf, dass die Erklärung nach Inhalt und Begleitumständen abgegeben wurde (OLG Frankfurt in OLG Z 1990, 290).

Für Landgericht und Oberlandesgericht war nicht zu erkennen, dass weitere Erkenntnisquellen vorhanden sind. (Die Familie hat das Testament nicht angezweifelt. Der das Grundbuchberichtigungsverfahren betreibende Notar ist mit dem Urkundsnotar identisch. Zeugen waren bei der Testamentserrichtung nicht zugegen).

Bemerkenswert ist noch, dass der Nachlassrichter im anschließenden Erbscheinsverfahren ohne weitere Aufklärung und Beweiserhebung den Erbschein einen Monat nach Antragstellung erlassen hat.

RA u. Notar *Friedrich-Wilhelm Welskop*, Castrop-Rauxel

## Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

18. GmbH §§ 51 a, 51 b; ZPO § 1032 Abs. 1 (*Schiedsfähigkeit des Auskunfts- und Einsichtsrechts des GmbH-Gesellschafters*)

- 1. Das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Gesellschafters einer GmbH kann einer schiedsgerichtlichen Entscheidung unterworfen werden, weil es einem Vergleich zugänglich ist.**
- 2. Zu den in der Schiedsvereinbarung genannten Streitigkeiten, welche »den Gesellschaftsvertrag, das Gesellschaftsverhältnis oder die Gesellschaft« betreffen, gehört auch das Auskunfts- und Einsichtsrecht, das in**

### **dem vertraglich begründeten Gesellschaftsverhältnis wurzelt und dem das Gesetz nur eine zwingende rechtliche Gestalt verleiht.**

OLG Hamm, Beschluss vom 7.3.2000 – 15 W 355/99 – mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

#### *Zum Sachverhalt:*

Der Beteiligte zu 1) war Gesellschafter der Beteiligten zu 2). Ob er in der Zwischenzeit aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, ist zwischen den Beteiligten streitig. Die Satzung der Beteiligten zu 2) enthält in § 18 eine Schiedsklausel, die folgenden Wortlaut hat:

»Über alle Streitigkeiten, zwischen Gesellschaftern oder zwischen der Gesellschaft und Gesellschaftern, welche diesen Vertrag, das Gesellschaftsverhältnis oder die Gesellschaft betreffen, entscheidet, soweit dem nicht zwingendes Recht entgegensteht, unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges, ein Schiedsgericht. Das gilt auch für Streitigkeiten über die Gültigkeit dieses Vertrages oder einzelne seiner Bestimmungen.

Zuständigkeit, Zusammensetzung und Verfahren des Schiedsgerichts bestimmen sich im Einzelnen nach dem zwischen den Gesellschaftern geschlossenen Schiedsvertrag, der unter dem gleichen Datum wie dieser Gesellschaftsvertrag unterzeichnet wird. Diese Schiedsklausel und der Schiedsvertrag gelten auch für alle künftigen Gesellschafter.«

Die in der Schiedsklausel genannte Schiedsvereinbarung vom 8.12.1992 hat, soweit von Interesse, folgenden Wortlaut:

»§ 1

Über die Meinungsverschiedenheiten, die zwischen Gesellschaftern untereinander oder zwischen Gesellschaftern und der Gesellschaft hinsichtlich der Wirksamkeit, Auslegung, Anwendung und Durchführung dieses Gesellschaftsvertrages und dieser Schiedsvereinbarung sowie der auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Beschlüsse und Maßnahmen entstehen, entscheidet, soweit gesetzlich zulässig, unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs ein Schiedsgericht.

§ 2

Das Schiedsgericht besteht aus zwei Beisitzern und einem Obmann. ...«

Die Beteiligte zu 2) ist Lizenznehmerin der J-GmbH Hamburg. Nach dem Vortrag des Beteiligten zu 1) hat die Beteiligte zu 2) den Lizenzvertrag ohne die dazu erforderliche Zustimmung des Beteiligten zu 1) geändert und mit der J-GmbH Hamburg einen Unterlizenzvertrag abgeschlossen. Vor diesem Hintergrund sieht sich der Beteiligte zu 1) über die Verhältnisse der Beteiligten zu 2) nicht in der gesetzlich gebotenen Weise informiert. Mit Schriftsatz vom 28.6.1999 hat der Beteiligte zu 1) bei dem Landgericht im Verfahren nach § 51 b GmbHG sinngemäß den Antrag gestellt:

1. Die Antragsgegnerin wird verurteilt, dem Antragsteller und einem vom Antragsteller hinzugezogenen und zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt oder Steuerberater Einsicht in die Bücher und Schriften der Antragsgegnerin zu gestatten und dem Antragsteller und dem von ihm beauftragten zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt oder Steuerberater zu diesem Zwecke Zutritt zu den Geschäftsräumlichkeiten der Antragsgegnerin zu ermöglichen.

2. Die Antragsgegnerin wird verurteilt, dem Antragsteller und einem von ihm beauftragten zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt oder Steuerberater insbesondere Einsicht in den gesamten Schriftverkehr mit der J-GmbH, Hamburg, insbesondere auch in alle mit der J-GmbH, Hamburg, oder Dritten abgeschlossene Lizenz- und/oder Unterlizenzverträge zu gewähren.

Die Beteiligte zu 2) ist dem Antrag entgegengetreten. Sie vertritt die Auffassung, dem Beteiligten zu 1) stehe als ausgeschiedenem Gesellschafter ein Informationsrecht nach § 51 a GmbHG nicht zu. Im Übrigen erhebt sie die Einrede des Schiedsvertrages.

Das Landgericht hat sich dem angeschlossen und den Antrag als unzulässig zurückgewiesen. Gegen diesen den Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1) am 6.9.1999 zugestellten Beschluss hat

der Beteiligte zu 1) mit beim Landgericht am 9.9.1999 eingegangenem Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 7.9.1999 sofortige Beschwerde eingelegt, mit der er sein Auskunfts- und Einsichtsrecht weiterverfolgt. Diese hatte keinen Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde ist infolge Zulassung durch das Landgericht nach § 51 b S. 1 GmbHG, § 132 Abs. 3 S. 2 AktG statthaft und im Übrigen nach den § 132 Abs. 3 S. 1, § 99 AktG, §§ 21, 22 FGG form- und fristgerecht eingelegt, mithin zulässig.

In der Sache ist die sofortige Beschwerde unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 132 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 99 Abs. 3 S. 2 AktG, § 550 ZPO). Der Antrag des Beteiligten zu 1) war in entsprechender Anwendung des § 1032 Abs. 1 ZPO als unzulässig zurückzuweisen.

1. Das Landgericht ist der Auffassung, dass das auf § 51 a GmbHG beruhende Auskunfts- und Einsichtsrecht des Gesellschafters einer schiedsgerichtlichen Entscheidung unterworfen werden könne, weil es einem Vergleich zugänglich sei. Dieser Rechtsstandpunkt entspricht der ganz überwiegend vertretenen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. OLG Koblenz WM 1990, 1992; BayObLGZ 1978, 294, 298 f. [zu § 166 Abs. 3 HGB]; *Baumbach/Zöllner*, GmbHG, 16. Aufl., § 51 b Rdnr. 2; *von Gerkan EWiR* 3/86 S. 803 f.; *Hachenburg/Ulmer/Hüffer*, GmbHG, 8. Aufl., § 51 b Rdnr. 24; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl., § 51 b Rdnr. 2; *Karsten Schmidt ZIP* 1987, 218, 219; *derselbe* in *Scholz*, GmbHG, 8. Aufl., § 51 b Rdnr. 5; *Stein/Jonas/Schlösser*, ZPO, 21. Aufl., vor § 1025 Rdnr. 19; a.A.: OLG Köln GmbHR 1989, 207, 208; LG Mönchengladbach JZ 1987, 99 mit ablehnender Anmerkung *Bork*; unklar: *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, 3. Aufl., § 51 b Rdnr. 4). Der Senat schließt sich der herrschenden Rechtsmeinung an.

a) Seit der Leitentscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17.6.1952 (BGHZ 6, 248, 253 f.) entspricht es einer gesicherten Rechtsmeinung, dass für die Zulässigkeit einer Schiedsvereinbarung nicht entscheidend ist, ob die durch sie geregelte Rechtsmaterie verfahrensrechtlich dem Gebiet der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen ist. Dies folgt daraus, dass sich die Zuweisung letztlich nach Zweckmäßigkeitsgründen bestimmt und es auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit echte Streitverfahren gibt, in denen das Verfügungsrecht der Beteiligten über den Streitgegenstand nicht stärker eingeschränkt ist als im Bereich des streitigen Zivilprozesses (vgl. BGH a.a.O.; *Bork JZ* 1987, 100 f.; *Engelhardt JZ* 1987, 227, 228; *Keidel/Kayser*, FG, 14. Aufl., § 12 Rdnr. 198, und *Keidel/Schmidt*, a.a.O., § 1 Rdnr. 9).

b) Der zwingende Charakter des Auskunfts- und Einsichtsrechts (§ 51 a Abs. 3 GmbHG) steht der Schiedsfähigkeit ebenfalls nicht entgegen. Die damit angesprochene objektive Schiedsfähigkeit fehlt nach der vom Senat gebilligten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Wesentlichen nur dann, wenn sich der Staat im Interesse besonders schutzwürdiger, der Verfügungsmacht privater Personen entzogener Rechtsgüter ein Rechtsprechungsmonopol in dem Sinne vorbehalten hat, dass allein der staatliche Richter in der Lage sein soll, durch seine Entscheidung den angestrebten Rechtszustand herbeizuführen (BGH NJW 1991, 2215, 2216; 1996, 1753, 1754). Nicht schiedsfähig sind damit etwa Ehescheidungs- und Kindschafts-, also der Parteidisposition entzogene Statusverfahren. Dagegen hat der Bundesgerichtshof unter diesem Gesichtspunkt nicht einmal gegen die Schiedsfähig-

keit von Beschlussmängelstreitigkeiten bei einer GmbH durchgreifende Bedenken gelten lassen (BGH NJW 1996, 1753, 1754). Unter Anwendung des vom Bundesgerichtshof entwickelten Maßstabes ist der Informationsanspruch des Gesellschafters einer GmbH ohne Zweifel vergleichsfähig (OLG Koblenz a.a.O.; *Hachenburg/Ulmer/Hüffer* a.a.O.; *Scholz/Karsten Schmidt* a.a.O.; Münchener Kommentar zur ZPO/*Maier*, § 1025 Rdnr. 5). Dabei kann der Senat die dogmatische Frage offen lassen, ob zwischen einem nicht vergleichsfähigen Informationsrecht als mitgliederschaftlicher Befugnis und dem einzelnen Informationsverlangen unterschieden werden müsse (so *Hachenburg/Ulmer/Hüffer* a.a.O., Rdnr. 24) oder ob § 51 a Abs. 3 GmbHG nur das materielle Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters satzungsfest mache, das Erzwingungsverfahren indes nicht betreffe (so *Bork JZ* 1987, 101; *Karsten Schmidt ZIP* 1987, 219; *von Gerkan EWiR* 3/86 S. 804). Entscheidend ist nach Auffassung des Senats, dass die Dispositionsbefugnis über das Auskunfts- und Einsichtsrecht nicht schlechthin ausgeschlossen ist, sondern ein Vereinbarungsspielraum verbleibt, der sich etwa auf die Art und Weise der Informationserteilung und die nähere Ausgestaltung des Auskunfts- und Einsichtsverweigerungsrechts der Gesellschaft (§ 51 a Abs. 2 GmbHG) bezieht (vgl. OLG Koblenz a.a.O. S. 1993). Die Beteiligten des vorliegenden Verfahrens wären als Parteien eines streitigen Zivilprozesses jedenfalls berechtigt gewesen, sich über diese Punkte in der einen oder anderen Richtung zu vergleichen.

c) Der sofortigen Beschwerde kann auch nicht dahin gefolgt werden, dass sich die fehlende Schiedsfähigkeit aus dem in § 51 b GmbHG in Bezug genommenen § 132 AktG ergebe, weil durch die Verweisung das aktienrechtliche Instrument für das GmbH-Recht zur Verfügung gestellt werde und im Aktienrecht nicht zweifelhaft sei, da das Auskunftsrecht nicht vor einem Schiedsgericht geltend gemacht werden könne und nach der ausdrücklichen Formulierung des § 132 Abs. 1 AktG über das Informationsrecht ausschließlich das Landgericht, also kein Schiedsgericht, zu entscheiden habe.

Aus der (hier nicht näher zu untersuchenden) Unzulässigkeit von Schiedsklauseln im Aktienrecht kann für den vorliegenden Fall schon deshalb nichts abgeleitet werden, weil sich die mangelnde Schiedsfähigkeit nicht aus der Natur des Informationsanspruchs des Aktionärs ergibt, sondern in der formellen Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG begründet ist, die dem Recht der GmbH fremd ist (vgl. *Karsten Schmidt ZIP* 1987, 219; *derselbe* in *Scholz* a.a.O., § 51 b Rdnr. 5). Durch die Verweisung u.a. auf § 132 Abs. 1 S. 1 AktG wird allerdings die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts bestimmt, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. Diese ausschließliche Gerichtsstandszuweisung betrifft indes nur die staatliche Gerichtsbarkeit und hindert – ebenso wenig wie im sachlichen Geltungsbereich der Zivilprozessordnung – die Zulässigkeit einer Schiedsgerichtsvereinbarung nicht. Auch das hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden (BGHZ 6, 248, 257; ebenso: *von Gerkan* a.a.O., S. 804; *Karsten Schmidt ZIP* 1987, 219). Dem ist nichts hinzuzufügen.

Das Landgericht ist mithin zu Recht von der objektiven Schiedsfähigkeit der vorliegenden Streitigkeit ausgegangen.

2. Der Senat teilt schließlich nicht die Bedenken der sofortigen Beschwerde, dass das vorliegende Auskunftsersuchen eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft von der Schiedsklausel des Gesellschaftsvertrages nicht erfasst werde.

a) Nach dem maßgebenden § 18 der Satzung entscheidet das Schiedsgericht nicht nur zwischen den Gesellschaftern, son-

dem auch zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern. Es ist sonach eindeutig klargestellt, dass sich die Schiedsklausel auch auf Streitigkeiten mit der GmbH erstreckt (zu der Kautelarpraxis vergleiche *Bork* a.a.O. S. 100).

b) Die sofortige Beschwerde macht ferner geltend, die Schiedsvereinbarung beschränke sich auf Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Wirksamkeit, Auslegung und Anwendung und Durchführung des Gesellschaftsvertrages und gelte mithin nur für Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrag. Das geltend gemachte Informationsrecht ergebe sich indes allein aus § 51 a GmbHG, mithin aus dem Gesetz. Auch hiermit kann der Beteiligte zu 1) nicht durchdringen. Nach allgemeiner Ansicht sind Schiedsklauseln weit auszulegen. Wenn die Beteiligten in der Satzung – wie hier – für alle Streitigkeiten, welche den Gesellschaftsvertrag, das Gesellschaftsverhältnis oder die Gesellschaft betreffen, die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbaren und in der anliegenden Schiedsvereinbarung ersichtlich bemüht sind, alle in Betracht kommenden Meinungsverschiedenheiten zwischen den Gesellschaftern untereinander sowie der Gesellschaft und den Gesellschaftern unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges dem Schiedsgericht zuzuweisen, ist dies dahin zu verstehen, dass das Schiedsgericht alle Streitigkeiten entscheiden soll, die mit dem durch Vertrag begründeten Gesellschaftsverhältnis in Zusammenhang stehen, also auf diese Weise ihre Wurzel in dem Vertrag finden. Hierzu gehört das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Gesellschafters gemäß § 51 a GmbHG, welches in dem vertraglich begründeten Gesellschaftsverhältnis wurzelt und dem das Gesetz nur eine zwingende rechtliche Gestalt verleiht (*von Gerkan* a.a.O., S. 804; *Bork* a.a.O., S. 100).

3. Die Entscheidung des Senats begründet keine Vorlagepflicht gemäß § 28 Abs. 2 FGG an den Bundesgerichtshof. Das OLG Köln, welches in seinem Beschluss vom 26.10.1988 (GmbHR 1989, 207) die abweichende Auffassung vertreten hat, dass der Streit über die Auskunftserteilung gemäß § 51 a Abs. 1 GmbHG nicht im Voraus durch Schiedsabrede der Entscheidung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit entzogen werden könne, war als Erstbeschwerdegerecht zur Entscheidung über eine einfache Beschwerde nach § 19 FGG berufen. Bei seiner Entscheidung handelt es sich sonach weder um eine auf weitere Beschwerde ergangene Entscheidung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die durch das nach § 28 FGG zuständige Gericht erlassen wurde, noch um eine erste Rechtsbeschwerde im Sinne des § 51 b S. 1 GmbHG in Verbindung mit § 132 Abs. 3 S. 1, § 99 Abs. 3 S. 6 AktG. Abgesehen davon betrifft die Entscheidung des OLG Köln die vom vorliegenden Fall abweichende tatsächliche Fallgestaltung, dass die Schiedsvereinbarung vor der Einfügung der §§ 51 a, 51 b in das GmbH-Gesetz durch Gesetz vom 4.7.1980 (BGBl. I 836) getroffen worden ist. Auf diese Fallgestaltung hatte das OLG Köln den als entscheidungserheblich angesehenen Verstoß gegen die zwingende Regelung des § 51 a Abs. 3 GmbHG beschränkt. Wie zu entscheiden ist, wenn die Parteien – wie hier – die gesetzliche Regelung der §§ 51 a, 51 b GmbH in ihre zum Abschluss des Schiedsvertrages mündenden Erwägungen einbeziehen konnten, hat das OLG Köln ausdrücklich offen gelassen.

Die sofortige Beschwerde war deshalb zurückzuweisen.

19. BGB §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 (*Genehmigungspflicht bei Veräußerung von GmbH-Zwerganteilen eines Minderjährigen*)

**Die Veräußerung einer von einem Minderjährigen gehaltenen GmbH-Beteiligung bedarf nur dann der familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB, wenn der Minderjährige eine Alleingeschafterstellung oder eine bedeutende wirtschaftliche Stellung aufgibt. Dies ist bei der Veräußerung einer Beteiligung von lediglich 6 % nicht der Fall.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

AG Ilmenau, Beschluss vom 21.6.2000 – F 154/2000 –

*Zum Sachverhalt:*

Der Minderjährige hat zusammen mit seiner Mutter, der Verfahrensbeteiligten zu 1), einen Geschäftsanteil von 4.500,- DM an der K.-GmbH mit dem Sitz in S. Dieser Geschäftsanteil wurde entsprechend der Urkunde vom 15.5.2000, URNr. 695/00 G des Notars Dr. G. mit dem Amtssitz in W. an die Herren K. und P. K., die Verfahrensbeteiligten zu 3) und 4), abgetreten.

Mit Schreiben vom 16.5.2000, eingegangen am 18.5.2000, beantragte der Verfahrensbeteiligte zu 2) im Namen der Verfahrensbeteiligten zu 1) die Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung zu vorgenannter Urkunde.

*Aus den Gründen:*

Vorliegend kommt lediglich eine Genehmigungspflicht nach § 1822 Ziffer 3 BGB in Betracht.

Die Vorschrift verlangt allerdings einen Vertrag, der auf die Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes gerichtet ist. Dies wäre bei der entgeltlichen Übertragung von Geschäftsanteilen nur dann der Fall, wenn damit der maßgebliche Einfluss auf das Unternehmen verknüpft ist. Eine Genehmigung ist deshalb nur erforderlich, wenn der Minderjährige eine Alleingeschafterstellung oder eine bedeutende wirtschaftliche Stellung aufgibt. Wann eine solche bedeutende wirtschaftliche Stellung vorliegt, ist in der Rechtsprechung umstritten.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass bei einer Beteiligung des Minderjährigen von mehr als 75 % die Abtretung des Geschäftsanteils der Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes gleichkommt.

Vorliegend ist der Minderjährige zusammen mit seiner Mutter, der Verfahrensbeteiligten zu 1), jedoch nur zu 6 % an der K.-GmbH beteiligt. Von einer wirtschaftlich bedeutenden Stellung kann also keinesfalls gesprochen werden, so dass eine Genehmigungspflicht nach § 1822 Ziffer 3 BGB nicht in Betracht kommt.

## Beurkundungs- und Notarrecht

20. BNotO § 8 Abs. 3 (*Wahl eines Notars in Aufsichtsrat einer Kreditgenossenschaft*)

**1. Bei dem Versagungsgrund des § 8 Abs. 3 Satz 2 BNotO handelt es sich um einen der vollen gerichtlichen Nachprüfung unterliegenden unbestimmten Rechtsbegriff.**

**2. Der Eintritt eines Notars in den Aufsichtsrat einer Kreditgenossenschaft, die sich nach ihrer Satzung auch mit Grundstücksgeschäften und deren Vermitt-**

## **lung befasst, kann das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars gefährden.**

BGH, Beschluss vom 31.7.2000 – NotZ 13/00 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

### *Zum Sachverhalt:*

Der Antragsteller, der seit 1983 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist, übt seit dem 6.6.1997 auch das Amt eines Notars mit dem Amtssitz H. aus. Am 19.5.1999 wurde er von der Vertreterversammlung der L. Volksbank eG in den Aufsichtsrat gewählt.

Die L. Volksbank eG befasst sich nach ihrer – insoweit seit dem 10.5.1995 geänderten – Satzung neben der Gewährung von Krediten aller Art unter anderem mit der Vermittlung oder dem Verkauf von Bausparverträgen, Versicherungen, Reisen, Immobilien und sonstigen Dienstleistungen (§ 2 Abs. 2 i der Satzung); durch Beschluss der Vertreterversammlung vom 19.5.1999 wurde der satzungsmäßige Gegenstand des Unternehmens noch ergänzt um den Erwerb sowie gegebenenfalls die Erschließung, die Belastung und die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten (§ 2 Abs. 2 j der Satzung) sowie die Beteiligung an Unternehmen, die eines der vorgenannten Geschäfte zum Gegenstand haben (§ 2 Abs. 2 k der Satzung).

Der Antragsteller hat die Antragsgegnerin als Aufsichtsbehörde um Genehmigung zum Eintritt in den Aufsichtsrat der L. Volksbank eG gebeten. Die Antragsgegnerin hat den Antrag durch Bescheid vom 1.11.1999 mit der Begründung abgelehnt, die Genehmigung sei zu versagen, weil durch eine Tätigkeit des Notars im Aufsichtsrat eines Kreditinstituts, das sich nach seiner Satzung auch mit Grundstücksgeschäften befasst, das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars gefährdet wäre. Auf Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung hat das Oberlandesgericht (Notarsenat) den ablehnenden Bescheid der Antragsgegnerin aufgehoben und die Antragsgegnerin verpflichtet, den Antragsteller erneut zu bescheiden. In dem Beschluss des Oberlandesgerichts wird ausgeführt, die ablehnende Entscheidung der Antragsgegnerin sei ermessensfehlerhaft erfolgt, weil die Antragsgegnerin eine „nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 3 BNotO grundsätzlich genehmigungsfähige Tätigkeit“ von vornherein als nicht genehmigungsfähig angesehen habe, ohne eine Genehmigung unter Auflagen als eine weniger einschneidende Maßnahme in Betracht zu ziehen. Die vollständige Versagung der Genehmigung käme nur in Betracht, wenn Immobiliengeschäfte den Hauptzweck des Unternehmens darstellten – was augenscheinlich nicht der Fall sei – oder jedenfalls einen wirtschaftlichen Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit der L. Volksbank eG ausmachten, was nicht festgestellt sei. Mit der sofortigen Beschwerde bekämpft die Antragsgegnerin diesen Beschluss. Diese hatte Erfolg.

### *Aus den Gründen:*

Die gemäß § 111 Abs. 4 BNotO i.V.m. § 42 Abs. 4 BRAO zulässige sofortige Beschwerde ist begründet. Das Oberlandesgericht hat den Bescheid der Antragsgegnerin vom 1.11.1999 zu Unrecht aufgehoben. Der angefochtene Bescheid der Antragsgegnerin, durch den sie den Antrag des Notars auf Genehmigung zum Eintritt in den Aufsichtsrat der L. Volksbank eG (§ 8 Abs. 3 BNotO) abgelehnt hat, ist entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts rechtmäßig.

1. Die Entscheidung, ob dem Notar eine Nebentätigkeit gemäß § 8 Abs. 3 BNotO genehmigt wird, liegt grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Aufsichtsbehörde (Senatsbeschlüsse vom 20.1.1969 – NotZ 5/68 – DNotZ 1969, 312 f, 13.12.1993 – NotZ 52/92 – DNotZ 1994, 336 und vom 8.5.1995 – NotZ 28/94 – DNotZ 1996, 219, 221). Durch den mit dem Dritten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 31.8.1998 (BGBl. I S. 2585) dem Absatz 3 (früher Absatz 2) angefügten Satz 2 des § 8 BNotO wird jedoch das von der Aufsichtsbehörde auszuübende Ermessen nunmehr – entsprechend den bereits nach dem bisherigen Recht aus dem Regelungszusammenhang und -zweck der Bundesnotarord-

nung von Praxis und Rechtsprechung im Hinblick auf die Sicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit entwickelten Kriterien zur Vereinbarung einer Nebentätigkeit mit dem öffentlichen Amt (vgl. BT-Drucks. 13/4184 S. 21) – ausdrücklich gesetzlich begrenzt. Danach muss die Genehmigung versagt werden, wenn die betreffende Tätigkeit mit dem öffentlichen Amt des Notars nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit oder Überparteilichkeit gefährden kann. Bei dem hier von der Antragsgegnerin dem Genehmigungsantrag des Antragstellers für den Eintritt in den Aufsichtsrat der L. Volksbank eG entgegengehaltenen Versagungsgrund, durch eine solche Tätigkeit würde das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Antragstellers als Notar gefährdet, handelt es sich um einen der vollen gerichtlichen Nachprüfung unterliegenden unbestimmten Rechtsbegriff (vgl. Senatsbeschlüsse vom 13.12.1993 a.a.O. S. 337 und vom 8.5.1995 a.a.O. S. 223; zur gerichtlichen Nachprüfbarkeit der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe s. ferner Senatsbeschluss BGHZ 134, 136, 138 ff.) (...)

2. Der Senat tritt – entgegen dem Oberlandesgericht – der Antragsgegnerin darin bei, dass die Tätigkeit des Antragstellers im Aufsichtsrat der L. Volksbank eG, die sich nach ihrer Satzung auch mit Grundstücksgeschäften und deren Vermittlung befasst, das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit des Notars gefährden und dass dieser Gefahr nur durch die Versagung der Nebentätigkeitsgenehmigung vorgebeugt werden kann.

a) Wie der Senat bereits auf der Grundlage des bisherigen Rechts entschieden hat, muss die Entscheidung über die Nebentätigkeitsgenehmigung am erkennbaren Willen des Gesetzgebers ausgerichtet werden, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Notare zu wahren und jeder nur denkbaren Gefährdung von vornherein entgegenzutreten. Dabei gilt es, im Interesse einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege und damit im Interesse des Gemeinwohls nicht erst konkreten, sondern bereits möglichen Gefährdungen des Leitbildes des Notars vorzubeugen und deshalb schon dem mit einer bestimmten Nebentätigkeit verbundenen Anschein einer Gefährdung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars zu begegnen (vgl. nur Beschluss vom 8.5.1995 a.a.O. S. 221). Durch das Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung hat sich an diesem Verständnis nichts geändert; es ist im Gegenteil durch die Anfügung des Satzes 2 in § 8 Abs. 3 BNotO „festgeschrieben“ worden (BT-Drucks. a.a.O.).

Ausgehend hiervon hat der Senat den Eintritt eines Notars in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, die sich satzungsgemäß mit Grundstücksgeschäften befasst, als geeignet angesehen, das Vertrauen der Rechtsuchenden in die Unparteilichkeit und die Unabhängigkeit des Notars zu beeinträchtigen (Senatsbeschluss vom 13.12.1993 a.a.O.). Er hat hervorgehoben, es bestehe die Gefahr, dass bei Einbindung in ein Organ, das zum Erfolg der Gesellschaft beizutragen hat, von dem Notar erwartet werde, dass er konkrete Kenntnisse über einzelne Grundstücksgeschäfte, die er durch seine notarielle Tätigkeit erlangt, an seine Gesellschaft weitergibt und ihr möglicherweise dadurch Wettbewerbsvorteile verschafft, die den Konkurrenten nicht zugänglich sind. Bei der fragenden Öffentlichkeit könnten deswegen begründete Zweifel entstehen, ob die Verfolgung und Wahrung des Gesellschaftszwecks die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Amtsträgers nicht nachteilig beeinflussten. Insoweit sei allein auf den Satzungszweck des Unternehmens abzustellen. Solange dieser den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken einschließe, komme es nicht darauf an, ob das Unternehmen sich

derzeit tatsächlich in dieser Sparte betätigt. Diese Besorgnis sei auch mit der Position eines Aufsichtsrats verbunden, der Verantwortung für die Gesellschaft und ihre Ziele bis hin zur eigenen Haftung habe (Senatsbeschluss vom 13.12.1993 a.a.O. S. 339 f.). In gleicher Weise hat der Senat eine Nebentätigkeit als nebenberufliches Vorstandsmitglied bei einer gemeinnützigen Wohnungsbaugenossenschaft sowie gleichzeitig als Geschäftsführer deren Tochtergesellschaft als mit dem Notaramt nicht vereinbar erklärt (Beschluss vom 8.5.1995 a.a.O.). In dieser Entscheidung hat der Senat den Grundsatz bekräftigt, dass bei Gesellschaften, bei denen Grundstücksgeschäfte für die Erreichung des Geschäftszwecks typisch sind und nicht nur beiläufige und mittelbare Bedeutung haben, grundsätzlich ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist, was die Vereinbarkeit einer Nebentätigkeit für solche Gesellschaften mit dem Notaramt angeht. An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest.

Der hier vorliegende Fall des Eintritts in den Aufsichtsrat einer Kreditgenossenschaft, die sich zugleich satzungsgemäß unter anderem mit Grundstücksgeschäften und deren Vermittlung befasst, ist – aus dem maßgeblichen Blickwinkel der Öffentlichkeit – nicht anders zu beurteilen. Dabei kommt es, wenn die Kreditgenossenschaft – wie hier – satzungsgemäß auch Grundstücke vermittelt, nicht einmal so sehr (allein) auf den Anschein eines Interessenkonflikts bei bestimmten Beurkundungsvorgängen an, die dem Notar – soweit es um Grundstücksgeschäfte unter Beteiligung oder jedenfalls zugunsten der L. Volksbank eG ginge – im Zusammenhang mit einer Genehmigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 BNotO durch entsprechende Auflagen generell untersagt werden könnten (vgl. Senatsbeschluss vom 20.1.1969 a.a.O. S. 316). Die Vermittlung von Grundstücksgeschäften als satzungsmäßiger Geschäftszweck des Unternehmens, in dessen Aufsichtsrat der Notar eintreten will, ist vielmehr schon deshalb besonders bedenklich, weil dem Notar – abgesehen von den ihm durch Gesetz zugewiesenen Vermittlungstätigkeiten – vom Gesetz ausdrücklich verboten ist, u.a. Grundstücksgeschäfte zu vermitteln (§ 14 Abs. 4 BNotO). Das Verbot der Vermittlung u.a. von Grundstücksgeschäften soll verhindern, dass der Notar – etwa um eine Vermittlungsprovision zu erlangen – am Abschluss oder an einem bestimmten Inhalt des Geschäfts interessiert ist, mit dem er amtlich befasst ist oder befasst werden könnte. Zumindest könnte der Anschein der Parteilichkeit entstehen (*Sandkühler* in: *Arndt/Lerch/Sandkühler* BNotO 4. Aufl. § 14 Rdnr. 203). Bei einer Verquickung mit gewerbsmäßiger Maklertätigkeit bestünde überdies die Gefahr – im Sinne jedenfalls eines solchen Anscheins –, dass im Zusammenhang mit der Amtstätigkeit gewonnene Erkenntnisse für Provisionsgeschäfte „fruchtbar“ gemacht werden könnten (vgl. zur Unvereinbarkeit der Mitarbeit in einem Maklerunternehmen bereits mit dem Rechtsanwaltsberuf BGH, Beschlüsse vom 11.12.1995 – AnwZ (B) 32/95 – BRAK-Mitt. 1996, 78 und vom 18.10.1999 – AnwZ (B) 97/98 – BRAK-Mitt. 2000, 43). Im Blick hierauf liegt auf der Hand, dass die Mitwirkung eines Notars im Vorstand, Aufsichtsrat oder einem sonstigen Organ eines mit dem Verkauf oder der Vermittlung von Grundstücken befassten Unternehmens typischerweise geeignet ist, jedenfalls den Anschein möglicher Interessenkonflikte zu erwecken, was allein schon das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit des Notars untergräbt.

b) Die in Rede stehende Gefährdung des Vertrauens in die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit des Notars besteht unabhängig davon, ob sich die L. Volksbank eG mit Grundstücksgeschäften bzw. deren Vermittlung als „Hauptzweck“ oder

jedenfalls schwerpunktmäßig befasst, wie das Oberlandesgericht meint. Es genügt, dass es sich um eine ernsthaft und nachhaltig verfolgte Geschäftsfähigkeit des Unternehmens handelt. Davon ist hier allein schon deshalb auszugehen, weil die Satzung der L. Volksbank eG auf die entsprechenden Geschäftszweige ausgeweitet worden ist. Solange der Zweck des Unternehmens nach der Satzung Grundstücksgeschäfte und deren Vermittlung einschließt, kommt es nicht darauf an, ob und in welchem Umfang das Unternehmen sich derzeit tatsächlich in dieser Sparte betätigt. Wie der Senat bereits entschieden hat, kann der Aufsichtsbehörde nicht angeonnen werden, solche Unternehmen daraufhin zu überwachen, in welchem Umfang ihre jeweilige Geschäftspolitik mit ihrem verlautbarten Satzungszweck übereinstimmt (Beschluss vom 13.12.1993 a.a.O. S. 339). (...)

c) Zu Recht hat die Antragsgegnerin auch angenommen, dass sich der erörterten Gefährdung des Vertrauens in die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit des Notars, der in den Aufsichtsrat einer Kreditgenossenschaft eintritt, die satzungsgemäß Grundstücksgeschäfte betreibt, nicht durch Auflagen an den Notar, etwa Mitwirkungsverbote, begegnen lässt, zumal die entscheidende Gefährdung in dem in der Öffentlichkeit möglichen „bösen Schein“ liegt. Soweit das Oberlandesgericht Gegenteiliges annimmt, führt es nicht aus, welche konkreten Auflagen insoweit sinnvoll und erfolgversprechend sein könnten.

21. BNotO § 14 Abs. 2; BeurkG § 4 (*Pflicht zur Unterlassung unwirksamer Beurkundungen*)

**Die Verpflichtung des Notars, unwirksame Beurkundungen zu unterlassen, oder es zu unterlassen, in anderer Weise zum Abschluss unwirksamer Rechtsgeschäfte beizutragen oder solche zu vollziehen, soll den Betroffenen davor schützen, dass er im Vertrauen auf den Bestand des Geschäfts Aufwendungen tätigt, die wegen dessen Unwirksamkeit nutzlos sind. Ob der Betroffene entsprechende Vermögensnachteile auch bei Wirksamkeit des Geschäfts erlitten hätte, weil er daraus herrührende Zahlungsverpflichtungen nicht vollständig hätte erfüllen können, ist unerheblich.**

BGH, Urteil vom 20.6.2000 – IX ZR 434/98 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Die Kläger nehmen die Beklagten wegen Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrages auf Schadensersatz in Anspruch.

Im Jahre 1983 ließ I. W. (im Folgenden: Verkäuferin) durch ihren Ehemann, einen Bauunternehmer, auf einem ihr gehörenden Grundstück ein Doppelhaus errichten. Die eine Hälfte wollte sie für sich selbst behalten, die andere als Wohnungseigentum veräußern. Die Kläger zeigten Interesse und schlossen deshalb im Juli 1983 mit der Wohnungsbaukreditanstalt des Landes Schleswig-Holstein (WKA) einen Vertrag über die Finanzierung des Objekts. Die Verkäuferin wollte den angefangenen Bau zu »Freundschaftspreisen« fertig stellen. Die Kläger trugen zunächst durch Zahlungen, Materiallieferungen, Eigenleistungen und einen Kredit dazu bei.

Später, am 11.10.1983, beurkundete der Notar einen Kaufvertrag zwischen der Verkäuferin und den Klägern über einen Miteigentumsanteil am Grundstück und Sondereigentum an der im Bau befindlichen Wohnung zum Preise von 110.000 DM. Damit wurden Grundstücksanteil, Keller, Brauchwasserhausanschluss und Entwäs-

serung bis zur Straße abgegolten. Die Errichtung der Doppelhaushälfte im Übrigen sei, so heißt es in der Urkunde weiter, von den Klägern auf eigene Kosten vorzunehmen. Tatsächlich war der Rohbau zu diesem Zeitpunkt schon weiter – in welchem Umfang, ist zwischen den Parteien streitig – gediehen. Die Verkäuferin und die Kläger hatten sich aber nicht auf den Preis für die weiteren Leistungen einigen können. Insofern sollte weiter verhandelt werden.

Dies geschah – in Gegenwart des Notars – noch am selben Tage. Der Notar setzte einen Entwurf auf, in dem es heißt, dass die Kläger sich verpflichten, für das vorhandene Gebäude weitere 84.839,27 DM an die Verkäuferin zu zahlen. Die Richtigkeit der diesem Betrag zugrunde liegenden Abrechnung sollte von den Vertragsparteien noch überprüft werden. Als diese tags darauf, am 12.10.1983, wieder bei dem Notar erschienen, waren sie sich immer noch uneins. Der Notar fügte nunmehr in den am Vortag geschriebenen Entwurf den Satz ein: »Die Richtigkeit der Abrechnung bleibt vorbehalten«. Daraufhin unterschrieben die Eheleute W. und die Kläger den Text. Notariell beurkundet wurde er nicht.

Auch später kam eine Einigung über den Preis nicht zustande. Die Kläger setzten den Bau in eigener Regie fort. Am 16.12.1983 wurde das Wohnungseigentum aufgelassen. Am 1.2.1984 wurden die Kläger im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Im April 1984 erhob die Verkäuferin gegen die Kläger Klage auf Zahlung des sich aus dem »Vertrag« vom 12.10.1983 ergebenden Betrages von 84.839,27 DM. Sie obsiegte in erster Instanz und vollstreckte aus dem Urteil in Darlehensauszahlungsansprüche der Kläger gegen die WKA. In der Folgezeit gerieten die Arbeiten am Rohbau ins Stocken. In der Berufungsinstanz wies das OLG die damaligen Prozessparteien durch Beschluss vom 5.2.1985 darauf hin, dass die beiden Verträge vom 11. und 12.10.1983 nichtig seien. Mit derselben Begründung wies es durch Urteil vom 17.5.1985 die Klage ab. Das Urteil wurde den Klägern am 30.5.1985 zugestellt.

Die WKA kündigte im März 1986 die den Klägern gewährten Kredite mit der Begründung, dass mit der Fertigstellung des Bauvorhabens nicht mehr gerechnet werden könne und die Kläger mit ihren Leistungen im Rückstand seien. Im Juni 1986 wurde auf Antrag der WKA die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums angeordnet.

Die Kläger haben im Januar 1990 eine Schadensersatzklage gegen die Beklagten und den Notar erhoben. Durch rechtskräftig gewordenes Teilurteil vom 19.10.1990 hat das Landgericht die Klage gegen den Notar wegen Verjährung abgewiesen. Daraufhin haben die Kläger geltend gemacht, die Beklagten hätten zum einen den Anspruch gegen den Notar verjähren lassen und es zum anderen versäumt, die Zwangsversteigerung abzuwenden. Das Landgericht hat diese Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger hatte keinen Erfolg. Die von den Klägern eingelegte Revision hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

A.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Die Beklagten seien nicht haftbar dafür, dass der Notar nicht mit Erfolg auf Schadensersatz in Anspruch genommen worden sei. Zwar habe er vorsätzlich seine Amtspflichten verletzt, als er den Verkauf des Wohnungseigentums beurkundet habe. Diese Beurkundung hätte er unterlassen müssen, weil die beurkundete Einigung nur einen Teil des beabsichtigten Rechtsgeschäfts umfasst und bezüglich des anderen Teils ein offener Dissens vorgelegen habe. Wenn der Notar die Beurkundung des ersten Teils pflichtgemäß abgelehnt hätte, wäre der Schaden nicht entstanden. Dieser falle jedoch nicht in den Schutzbereich der verletzten Amtspflicht. Er beruhe auf der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums. Diese sei nicht wegen der Unwirksamkeit des beurkundeten Vertrages, sondern deswegen betrieben worden, weil die Kläger ihre Verpflichtungen gegenüber der WKA nicht mehr erfüllen könnten. Die Beklagten hätten es auch nicht zu vertreten, dass ein

– etwa doch bestehender – Notarhaftungsanspruch verjährt sei. Der Lauf der Verjährungsfrist habe erst mit der Zwangsversteigerung im Jahre 1987 begonnen. Nachdem das Mandat der Beklagten im Frühjahr 1988 geendet habe, hätten die Kläger, durch ihren neuen Rechtsanwalt beraten, noch ausreichend Zeit gehabt, um gegen den Notar vorzugehen.

B.

Diese Begründung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. (...)

II.

Die Zahlungsklage ist dem Grunde nach gerechtfertigt, soweit sie darauf gestützt wird, dass die Beklagten den Schadensersatzanspruch der Kläger gegen den Notar haben verjähren lassen.

1. Die Kläger haben gegen den Notar einen Schadensersatzanspruch gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO.

a) Dem Berufungsgericht ist jedenfalls im Ergebnis darin zuzustimmen, dass der Notar seine Amtspflichten verletzt hat.

aa) Der Notar hätte die Beurkundung vom 11.10.1983 ablehnen müssen. Ein Notar darf nicht sehenden Auges ein nichtiges Geschäft beurkunden (§ 4 BeurkG); das vertrüge sich nicht mit seiner Aufgabe als Organ der Rechtspflege (§ 1 BNotO). Das beurkundete Geschäft war nichtig. Die Kläger wollten nicht lediglich das Sondereigentum an dem Rohbau ihrer Doppelhaushälfte »bis zur Oberkante Kellerdecke« erwerben, sondern an dem gesamten Rohbau. Das, was der Beklagte beurkundet hat, war von den Parteien nicht ernsthaft gewollt. Falls der beurkundete Vertrag nicht als Scheingeschäft (§ 117 BGB) unwirksam war (für diesen Fall vgl. BGH, Urt. v. 9.12.1991 – NotSt (Brg) 2/91, BGHR BeurkG § 4 – Zweck, unredlicher 1; *Sandkühler*, in: *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO 4. Aufl. § 14 Rdnr. 82), konnte er jedenfalls nur in Verbindung mit einer formell und materiell wirksamen Beurkundung des »restlichen Geschäfts« wirksam werden. Ob es dazu kam, war am 11.10.1983 ungewiss.

Pflichtwidrig war es auch, dass der Notar die Vertragsparteien unter Ziff. III (3) d der Urkunde vom 11.10.1983 wahrheitswidrig versichern ließ, »dass sie außerhalb dieses Vertrages keine beurkundungspflichtigen Abmachungen ... getroffen haben«. Dadurch hat der Notar die Vollständigkeit der Urkunde vorgespiegelt und einen falschen Anschein erweckt. Das verstößt gegen die Pflicht zur redlichen Amtsführung (§ 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG). Der Notar hätte die Vertragsparteien auf die zumindest vorläufige Unwirksamkeit der Beurkundung aufmerksam machen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 9.7.1992 – IX ZR 209/91, WM 1992, 1662, 1663). Dies hat er unterlassen.

bb) Eine weitere Pflichtverletzung hat der Notar begangen, als er tags darauf – am 12.10.1983 – an der Errichtung der privatschriftlichen Urkunde mitwirkte, in welcher der »restliche Rohbau« verkauft wurde. Wenn insoweit ein Vertrag geschlossen worden wäre, wäre er formnichtig gewesen. Indes ist nicht einmal ein Vertrag zustande gekommen, weil sich die Beteiligten über die Höhe des Kaufpreises nicht einigen konnten (§ 154 Abs. 1 Satz 1 BGB). Indem der Notar die Kläger und die Verkäuferin den »Vertrag« unterschreiben ließ, ohne klarzustellen, dass diese Unterschriften rechtlich wirkungslos waren, hat er wiederum einen falschen Anschein erweckt und damit der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Bezeugung (§ 14 Abs. 2 BNotO) zuwidergehandelt (vgl. BGH 134, 100, 108 f.; *Sandkühler*, a.a.O. Rdnr. 64).

Gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, bezüglich des Kaufpreisanspruchs habe ein offener Dissens vorgelegen, wenden sich die Revisionserwiderungen der beiden Beklagten im Wege einer Gegenrüge. Sie machen darauf aufmerksam, dass § 154 Abs. 1 BGB lediglich eine Auslegungsregel enthalte, die unanwendbar sei, wenn sich die Parteien trotz der noch offenen Punkte erkennbar hätten vertraglich binden wollen. Davon sei im vorliegenden Fall auszugehen, weil die Kaufvertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits mit dem Vollzug des Vertrages begonnen gehabt und den Vollzug danach fortgesetzt hätten.

Diese Gegenrügen greifen nicht durch. Zwar haben die Kaufvertragsparteien den Vertrag tatsächlich – vor und nach dem 11./12.10.1983 – umgesetzt. Dies könnte darauf hindeuten, dass sie sich trotz der fehlenden Einigung über den Kaufpreis haben binden wollen.

Um die Anwendung der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB auszuschließen, muss aber noch hinzukommen, dass sich die verbliebenen Vertragslücken ausfüllen lassen (BGH, Urt. v. 20.9.1989 – VIII ZR 143/88, NJW 1990, 1234, 1235; *Staudinger/Bork*, BGB 13. Bearb. § 154 Rdnr. 3, 8; *Palandt/Heinrichs*, BGB 59. Aufl. § 154 Rdnr. 2). Das ist hier nicht der Fall. Der unvollständige Vertrag enthält keine Hinweise darauf, wie sich die Parteien die Schließung der Lücke vorgestellt haben. Das dispositive Gesetzesrecht bietet ebenso wenig eine Lösung. Die Vorschriften der §§ 315, 316 BGB sind nicht anwendbar, weil sich aus den getroffenen Abmachungen und dem nachfolgenden Verhalten der Kaufvertragsparteien nicht ergibt, dass einer Seite ein Bestimmungsrecht zustehen sollte (vgl. BGHZ 94, 98, 102; BGB, Urteil vom 5.7.1991 – V ZR 117/90, NJW-RR 1992, 142). Die Anwendung des § 317 BGB scheidet aus, weil die für die Arbeitsleistungen anzusetzenden »Freundschaftspreise« von einem Dritten nicht bestimmt werden können. (...)

Da es bereits an einem Vertragsschluss fehlt, kommt es auf den Mangel der notariellen Form (§ 313 Satz 1 BGB), auf den das Berufungsgericht abgehoben hat, nicht an.

cc) Pflichtwidrig – weil unvereinbar mit einer redlichen Amtsführung (§ 14 Abs. 2 BNotO) – war es schließlich auch, dass der Notar den Vertrag vollzog, obwohl sich die Beteiligten – wie er wusste – bis zuletzt über den noch offenen Punkt nicht nur nicht geeinigt, vielmehr endgültig zerstritten hatten. Der Notar veranlasste die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Kläger. Am 16.12.1983 beurkundete er die Auflassung und anschließend zahlte er den von den Klägern bei ihm hinterlegten Betrag von 110.000 DM (mit dem der Grundstücksanteil und der Keller bis zur Oberkante Kellerdecke abgegolten werden sollte) an die Verkäuferin aus. Schließlich veranlasste er die Umschreibung des Eigentums. Bei alledem wusste der Notar, dass seine Versicherung, der Kaufvertrag sei »rechtswirksam«, nicht der Wahrheit entsprach. Er hat als Partei im vorliegenden Verfahren vorgetragen, er habe schon am 11.10.1983 die Beteiligten darauf hingewiesen, dass eine »Nachtragsbeurkundung« erforderlich sei, sobald sie sich geeinigt hätten, und dass »ohne die Nachtragsbeurkundung ein vertragsloser Zustand bestehe«. Bei einem »vertragslosen Zustand« durften die »Vereinbarungen« vom 11./12.10.1983 nicht von ihm vollzogen werden.

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht ferner angenommen, dass der Notar seine Amtspflichten vorsätzlich verletzt hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt ein Amtsträger vorsätzlich, wenn er sich bewusst über die verletzte Amtspflicht hinwegsetzt. Zum Vorsatz gehört die

Kenntnis der Tatsachen, aus denen die Pflichtverletzung sich objektiv ergibt, und das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit, d.h. das Bewusstsein, gegen die Amtspflicht zu verstoßen. Zumindest muss der Amtsträger mit der Möglichkeit eines solchen Verstoßes rechnen und diesen billigend in Kauf nehmen (vgl. BGHZ 120, 176, 181; BGH, Urteil vom 6.10.1994 – III ZR 134/93, WM 1995, 64, 66). Mehr ist für den Vorsatz nicht zu verlangen. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass der Amtsträger die Schädigung derjenigen will, die durch die verletzte Amtspflicht geschützt werden. Im vorliegenden Fall hat der Notar – wie sich aus den Ausführungen zu a) ergibt – bewusst seinen Amtspflichten zuwidergehandelt.

c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts beruht der geltend gemachte Schaden zum Teil – nämlich soweit er nach dem 11.10.1983 entstanden ist – auf den dargestellten Pflichtverletzungen.

aa) Das Berufungsgericht hat zu Recht an der Ursächlichkeit im natürlichen Sinne nicht gezweifelt. Hätte sich der Notar pflichtgemäß verhalten, wären die Verträge vom 11./12.10.1983 weder geschlossen noch gar vollzogen worden. Dann hätten die Kläger nach diesem Zeitpunkt nicht mehr in das Objekt investiert; insofern wäre ihnen kein Schaden entstanden.

bb) Unzutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, der (nach dem 11.10.1983 entstandene) Schaden falle nicht in den Schutzbereich der verletzten Amtspflichten.

Ersatz kann nur für solche Schadensfolgen verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Pflicht liegen. Notwendig ist ein innerer Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage, nicht nur eine bloß zufällige äußere Verbindung (BGH, Urteil vom 27.5.1993 – IX ZR 66/92, WM 1993, 1513, 1517; v. 18.11.1999 – IX ZR 402/97, WM 2000, 35, 38).

Die Verpflichtung des Notars, unwirksame Beurkundungen zu unterlassen oder es zu unterlassen, in anderer Weise zum Abschluss unwirksamer Rechtsgeschäfte beizutragen oder solche zu vollziehen, soll den Betroffenen davor schützen, dass er im Vertrauen auf die vermeintliche Wirksamkeit des Geschäfts Aufwendungen tätigt, die sich wegen dessen Unwirksamkeit als nutzlos herausstellen. Darunter fallen bei einem unwirksamen Erwerb zunächst alle Aufwendungen, die getätigt werden, um die Gegenleistung aufzubringen. Außerdem soll der Betroffene davor geschützt werden, auf den vermeintlich erworbenen Gegenstand wertsteigernde Verwendungen vorzunehmen.

Zwar hat das Berufungsgericht angenommen – und dagegen wendet sich die Revision nicht –, der Verlust des Wohnungseigentums beruhe auf der Zwangsversteigerung und diese sei nicht durch die Unwirksamkeit der »Verträge« vom 11./12.10.1984 ausgelöst worden, sondern durch den von den Klägern selbst zu verantwortenden Mangel an Geldmitteln. Dadurch wird jedoch nicht in Frage gestellt, dass die Aufwendungen bei wertender Betrachtung in den Schutzbereich der verletzten Amtspflichten fallen. Die Kläger machen nicht das positive Interesse geltend. Sie wollen nicht so gestellt werden, wie wenn sie Wohnungseigentümer wären. Die Kläger verlangen vielmehr das negative Interesse, d.h. Ersatz der nutzlosen Aufwendungen, die sie im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Wohnungserwerbs erbracht haben. Die Pflicht des Notars, nicht zum Abschluss unwirksamer Rechtsgeschäfte beizutragen, soll vor solchen Leistungen auch und gerade dann schützen, wenn der Betroffene sich damit – wegen mangelnder Finanzkraft – »übernimmt«. Ob und in welchem

Umfang die Aufwendungen bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Kaufvertrages hätten berücksichtigt werden können – hinsichtlich der Finanzierungskosten wäre das beispielsweise nicht möglich gewesen (vgl. BGHZ 116, 251, 256 f) –, ist ebenfalls unerheblich. Die Kläger sollten bereits davor bewahrt werden, solche nutzlosen Aufwendungen überhaupt zu tätigen, derentwegen sie später – mit ungewissen Erfolgsaussichten – schuldrechtliche Ausgleichsansprüche geltend machen mussten.

d) Falls eine anderweitige Ersatzmöglichkeit bestehen sollte, kann sich der Notar nicht darauf berufen, weil ihm Vorsatz zur Last fällt (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO).

2. Der Schadensersatzanspruch gegen den Notar ist verjährt. Ein Anspruch wegen notarieller Amtspflichtverletzung verjährt gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO, §§ 839, 852 BGB in drei Jahren, beginnend mit der Kenntnis des Geschädigten von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen. Die Kenntnis vom Schaden setzt den Schadenseintritt voraus. Ein Schaden ist eingetreten, wenn sich die Vermögenslage des Betroffenen verschlechtert hat, mögen auch Umfang und Endgültigkeit der Beeinträchtigung noch ungewiss sein (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 15.4.1999 – IX ZR 328/97, WM 1999, 1330, 1333 f; v. 17.6.1999 – IX ZR 100/98, WM 1999, 1642, 1643).

Im vorliegenden Fall verschlechterte sich die Vermögenslage der Kläger, sobald sie auf den nicht wirksam abgeschlossenen Kaufvertrag Leistungen erbrachten oder Aufwendungen auf die erworbene Immobilie tätigten. Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen hatten die Kläger möglicherweise schon am 12.5.1984. Mit Schriftsatz von diesem Tage haben sie im Verfahren vor dem Landgericht die Nichtigkeit des Kaufvertrages gerügt. Spätestens mit Bekanntgabe des Beschlusses des OLG, mit dem das Gericht mitteilte, dass es die Auffassung der Kläger zur Nichtigkeit des Kaufvertrages teile und ihrer Berufung stattgeben würde, hatten die Kläger diese Kenntnis. Der Beschluss ging ihnen noch im Februar 1985 zu.

Der Beginn der Verjährungsfrist wurde nicht wegen eines »Verweisungsprivilegs« des Notars (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) hinausgeschoben (s.o. 1 d).

Die Verjährungsfrist ist somit spätestens im Februar 1988 abgelaufen. Eine zur Unterbrechung der Verjährung geeignete Maßnahme war erst die Einreichung der Klageschrift am 12.1.1990. Diese kam zu spät.

(...)

---

22. BNotO §§ 15 Abs. 1, 20 bis 22a, 24; BeurKG §§ 53, 54 (*Amtspflichten bei Aufassungsvollmacht für Notarangestellte*)

**Hat der Notar in einem Kaufvertrag übernommen, die Aufassung nach Zahlung des Kaufpreises zu beurkunden und haben die Vertragsparteien den namentlich benannten Notariatsangestellten zur Abgabe der erforderlichen Erklärungen Vollmacht erteilt, so besteht beim Streit der Parteien über die Höhe des Kaufpreises keine Amtspflicht des Notars, die Angestellten zur Abgabe der Erklärungen anzuhalten.**

OLG Frankfurt, Beschl. v. 7.12.1999 – 20 W 471/99

#### *Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligten zu 1) und deren zwischenzeitlich verstorbener Ehemann, der Vater der Beteiligten zu 2) und 3), haben als Käufer und die Beteiligte zu 4) als Verkäuferin in dem notariellen Kaufvertrag über den Kauf eines Grundstücks nebst einem noch zu erstellenden Wohngebäude vereinbart, dass die Aufassung erteilt wird, sobald der Kaufpreis entrichtet ist (§ 11 des Vertrages). Hinsichtlich der Aufassung haben die damaligen Vertragsparteien namentlich benannte Angestellte des Notars bevollmächtigt, die Aufassung zu erklären und entgegenzunehmen (§ 13 des Vertrages).

Der Kaufpreis ist mit 541.257,- DM beziffert und als Festpreis bezeichnet (§ 3 Abs. 1 des Vertrages). Die Zahlung hat nach bestimmten Prozentsätzen nach Bautenstand zu erfolgen (§ 3 Abs. 2 des Vertrages). Zusätzlich sind Bestimmungen bezüglich der Sonderwünsche getroffen. § 3 Abs. 3 des Vertrages sieht vor, dass Sonderwünsche des Käufers erst nach schriftlicher Festlegung der zusätzlichen Kostenhöhe und Anerkenntnis durchgeführt werden und dass die sich hieraus ergebenden Beträge nach Ausführung der Leistung zu zahlen sind.

Die Verkäuferin ist der Ansicht, dass zu dem in § 11 des Vertrages genannten Kaufpreis, von dessen Entrichtung die Aufassungserklärung abhängig ist, auch die Bezahlung der Sonderwünsche gehört. Die Verkäuferin verweigert deswegen die Aufassung. Der Notar, hat diese Weigerung als Widerruf der Vollmacht zur Beurkundung der Aufassung gesehen, weswegen es entgegen dem Begehren der Beteiligten zu 1) bis 3) noch nicht zur Beurkundung der Aufassung gekommen ist.

Die Beteiligten zu 1) bis 3) haben mit ihrer erhobenen Beschwerde beantragt, den Notar anzuweisen, dass dieser unter Ausnutzung der Vollmachten gemäß § 13 des notariellen Vertrages die Aufassung erklären lässt und beurkundet.

Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Das LG ist dabei davon ausgegangen, dass die Verkäuferin die Vollmacht habe wirksam widerrufen können.

#### *Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) bis 3) ist unzulässig. Das LG hat zwar zu Unrecht angenommen, es handle sich vorliegend um eine Beschwerde nach § 54 BeurKG. Dies trifft indessen nicht zu, weil die Antragsteller nicht die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nach § 52 BeurKG oder eine sonst in § 54 BeurKG genannte Amtshandlung (Aushändigung einer Urschrift pp) beantragt haben, sondern die Anordnung, dass der Notar unter Ausnutzung der in § 13 des Kaufvertrages erteilten Vollmachten die Aufassung erklären lässt und dieses auch beurkundet. Dieser Ausgangspunkt des LG ist aber unschädlich, weil § 15 BNotO den Beschwerderechtszug in gleicher Weise eröffnet, wenn behauptet wird, der Notar verweigere seine Amtstätigkeit ohne ausreichenden Grund.

Die weitere Beschwerde ist aber im Ergebnis nicht begründet.

Da die Aufassung erst noch erklärt werden, die notarielle Urkunde als Grundlage weiterer Vollzugstätigkeit des Notars erst noch erstellt werden muss, liegt kein Fall des § 53 BeurKG vor, wonach der Notar von der Einreichung der Urkunde nur absehen kann, wenn alle Beteiligten gemeinsam etwas verlangen.

Es geht hier auch nicht um eine Verweigerung der Urkundstätigkeit i. S. von §§ 20 bis 22 a BNotO. Der Notar hat es nicht abgelehnt, dem Wunsch der Vertragsparteien nach Beurkundung der Aufassung nachzukommen. Er hat es nur abgelehnt, einen Beurkundungstermin anzusetzen, bei dem die Verkäuferseite durch eine seiner Angestellten vertreten ist und eine Aufassung zu beurkunden, die auf der Verkäuferseite auf der in dem notariellen Vertrag vom 28.12.1995 erteilten Vollmacht beruht. Den Beteiligten zu 1) bis 3) geht es also im

Kern darum, dass der Notar eine seiner in § 13 des Vertrages bevollmächtigten Angestellten anweist, die Auflassung zu erklären, weil die Verkäuferin dazu nicht bereit ist.

Übernimmt ein Notar – wie hier – über die in §§ 20 bis 20 a BNotO genannten Tätigkeiten, hinaus Betreuungstätigkeiten i. S. von § 24 BNotO (vgl. *Seybold/Schippel/Reithmann*, BNotO, 6. Aufl., 1995, § 24 Rdnr. 33), so hat er sie ordnungsgemäß abzuwickeln. Die Erfüllung dieser Pflicht kann auch nach wohl herrschender Rechtsprechung im Beschwerdeweg nach § 15 12 BNotO eingefordert werden (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 3. Aufl., 1996, § 15 Rdnr. 76, 77; *Seybold/Schippel/Reithmann*, BNotO, 6. Aufl., 1995, § 24 Rdnr. 9).

Eine Amtspflichtverletzung des Notars liegt jedoch nicht vor. Der Notar ist nicht verpflichtet, den Streit der Beteiligten zu 1) bis 3) mit der Verkäuferin dadurch zu beenden, dass er eine seiner von den damaligen Vertragsbeteiligten bevollmächtigten Angestellten zur Abgabe der Auflassungserklärung bestimmt.

Zunächst ist es bereits zweifelhaft, ob der Notar hier eine solche Weisungsverpflichtung übernommen hat. Die Angestellten sind zwar aufgrund ihres Dienstverhältnisses mit dem Notar von den Vertragsbeteiligten bevollmächtigt worden. Deswegen leitet sich ihre Vollmacht aber nicht vom beurkundenden Notar, sondern von den Parteien ab. Das bedeutet, dass die Angestellten insoweit eigenverantwortlich und unabhängig vom Notar handeln (*Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl., 1997, 59 Rdnr. 157). Würde man nämlich die Vollzugsvollmacht der Notariatsangestellten von dem mit dem Notar vereinbarten Dienstvertrag ableiten, dann würde eine solche Beurkundung gegen das Beurkundungsverbot des § 6 BeurkG verstoßen (vgl. auch *Wörner*, Zur Vollzugsvollmacht der Notariatsangestellten, JurBüro 1980, 1465 ff.).

Letztlich kann es aber auch dahinstehen, ob und in welcher Form der Notar bei dieser Vertragsgestaltung noch eine Weisungsverpflichtung gegenüber seinen Angestellten hat. Selbst wenn man von einer solchen ausgehen wollte, so müsste die Durchführung der übernommenen Tätigkeit gleichwohl dem pflichtgemäßen Ermessen des Notars überlassen bleiben (*Seybold/Schippel/Reithmann* BNotO, 6. Aufl. 1995, § 24 Rdnr. 35).

Im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens hat sich die Entscheidung des Notars aber gehalten. Im Einzelnen gilt hierzu Folgendes: Grundsätzlich werden Kaufvertrag und Auflassung in einer Urkunde zusammengefasst, davon kann jedoch auch abgewichen werden. Vorliegend ist eine getrennte Beurkundung gewählt worden. Häufig wollen die Vertragsteile dann sich das nochmalige Erscheinen vor dem Notar ersparen. In diesem Fall können sie einer Partei des beiderseitigen Vertrauens Vollmacht erteilen, wobei die Ansicht vertreten wird, dass die Vollmacht zweckmäßigerweise unwiderruflich erteilt wird (*Reithmann/Albrecht/Basty*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 7. Aufl., 1995, BT Rdnr. 346 ff.).

Ob eine unwiderrufliche Vollmachterteilung hier vorliegt, erscheint zweifelhaft. Der notarielle Vertrag enthält insoweit keine ausdrückliche Vereinbarung. Dies bedeutet aber nicht, dass schon deswegen von der Widerruflichkeit der Vollmacht auszugehen wäre, denn für die Frage der Widerruflichkeit kommt es auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis und den Zweck der Bevollmächtigung an (*Palandt/Heinrichs*, BGB 58. Aufl., 1999, § 168 Rdnr. 6; *Reithmann/Albrecht/Basty*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl., 1995, BT Rdnr. 346 ff.). Es scheint hier möglich, dass die damaligen Vertragsparteien die Bevollmächtigungen nur aus

Gründen der Bequemlichkeit gewählt haben, um also den Vertragsbeteiligten einen nochmaligen Gang zum Notar zu ersparen und nicht aus Sicherheitsgründen bzw. um dem Notar eine wie auch immer geartete Schiedsrichterrolle zu übertragen (vgl. *Wolfsteiner*, DNotI-Report 1997, 112).

Es braucht hier nicht abschließend erörtert zu werden, ob und welche Punkte hier für oder gegen eine Widerrufsmöglichkeit sprechen. Selbst wenn die Vollmachterteilung nicht widerruflich wäre, so hätte das nicht zur Folge, dass der Notar bzw. dessen Angestellte gegen den Willen der Vollmachtsgeberin von seiner Vollmacht Gebrauch machen müsste. Der Notar müsste vielmehr aufgrund seiner Verpflichtung zur Unparteilichkeit darauf bedacht sein dass sowohl die Käufer- als auch die Verkäuferinteressen gewahrt bleiben.

Auch die vertragliche Regelung bezüglich der Abgabe der Auflassungserklärung ist hier auslegungsbedürftig. Es ist fraglich, ob hier die Auflassung nur von der Entrichtung des Festpreises abhängig sein sollte oder auch von der Bezahlung des Werklohns für die Sonderwünsche. Entgegen der Meinung der Beteiligten zu 1) bis 3) ist die Bezeichnung des Festpreises als »Kaufpreis« hier kein zwingendes Abgrenzungskriterium zu den Zusatzkosten für Sonderwünsche, denn auch der Festpreis ist – jedenfalls bezüglich der Herstellungskosten – im eigentlichen Sinn Werklohn.

Würde der Notar wie von den Beteiligten zu 1) bis 3) beantragt, tätig werden, hätte er im Ergebnis den Streit um die Sonderwünsche und deren Bezahlung – jedenfalls vorläufig zugunsten der Beteiligten zu 1) bis 3) entschieden. Dazu ist er nicht verpflichtet. Die Grenzen des pflichtgemäßen Ermessens überschreitet der Notar nicht, wenn er den zwischen den Vertragsbeteiligten aufgetretenen Streit über die Vertragserfüllung nicht entscheidet. Grundsätzlich ist es nicht Aufgabe des Notars, zwischen den Vertragsparteien streitig gewordene Fragen zu klären und zu entscheiden (OLG Köln, Beschl. v. 19.5.1999, 2 Wx 18/99, Juris-Dok.). Es ist insoweit nicht Aufgabe des Notars, richterliche Funktionen wahrzunehmen. Entschließt sich der Notar in einem solchen Fall mit der weiteren Beurkundung innewohalten, was letztlich bedeutet, dass die Vertragsparteien den Streit notfalls im Prozessweg klären müssen, so handelt er nicht pflichtwidrig (so beim Präzidentenstreit OLG Hamm, DNotZ 1994, 121 ff. und OLG Frankfurt FGPrax 1998, 79 ff. = MDR 1998, 44 = OLG-Report 1998, 135 = DNotI-Report 1998, 80).

### Anmerkung:

Die Entscheidung stellt zweierlei klar:

1. Der Auflassungsbevollmächtigte handelt, auch wenn er Angestellter des Notars ist, außerhalb des Amtes des Notars.
2. Auch der Notar handelt, wenn er über § 24 BNotO hinaus (z. B. wie ein Schiedsrichter) tätig wird, außerhalb des Notaramts.

Der Entscheidung lag der alltägliche Fall eines Grundstückskaufvertrages zugrunde, bei dem der Notar sich bemühte, Leistung und Gegenleistung zu sichern, wie das der BGH in ständiger Praxis fordert: Der Verkäufer erwartet, Eigentum nicht zu verlieren, bevor er den Kaufpreis erhalten hat. Der Käufer erwartet nach Kaufpreiszahlung ohne Verzögerung als Eigentümer eingetragen zu werden. Im vorliegenden Fall wurde diese Erwartung enttäuscht, obwohl Notarangestellten Auflassungsvollmacht erteilt war.

Zur Sicherung von Leistung und Gegenleistung hat die notarielle Praxis zwei Methoden entwickelt, den Vorbehalt der Eigentumsumschreibung und den Vorbehalt der Auflassung. Im erstgenannten Fall wird Auflassung und Eintragungsbewilligung bereits in der Kaufurkunde erklärt, der Notar aber angewiesen, diese dem Grundbuchamt erst vorzulegen, wenn die Zahlung des Kaufpreises erfolgt ist. Dabei handelt es sich um ein notarielles Treuhandverfahren, in dem die Vertragsteile dem Notar eine gemeinsame Anweisung erteilen. An diese gemeinsame Anweisung an den Notar sind sie gebunden. Ein einseitiger Widerruf ist vom Notar grundsätzlich nicht zu beachten. Dies hat das BayObLG wiederholt entschieden.<sup>1</sup>

Im vorliegenden Fall wählten die Vertragsteile jedoch den Vorbehalt der Auflassung: Auflassung und Eintragungsbewilligung werden noch nicht erklärt. Durch Einschaltung eines Auflassungsbevollmächtigten soll gesichert werden, dass die Eigentumsumschreibung nicht zu früh (vor Zahlung des Kaufpreises), aber auch nicht zu spät erfolgt. Diese Auflassungsvollmacht kann dem Sozius des Notars<sup>2</sup> erteilt werden; eine vom Sozius des Notars erklärte Auflassung darf der Notar aber nicht beurkunden (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG).

Deshalb wird die Vollmacht oft einem Angestellten<sup>3</sup> des Notars erteilt. Die Mitwirkungsverbote des § 3 Abs. 1 Nr. 4 »gemeinsame Geschäftsräume« und Nr. 9 »ständiges Dienstverhältnis« werden hinsichtlich des Notarangestellten in der Praxis (ihrem Sinne nach mit Recht) verneint.

Das OLG Frankfurt hat klargestellt, dass der Auflassungsbevollmächtigte, gleich ob er Notarangestellter ist oder nicht, jedenfalls selbständig handelt. Die Tätigkeit des Auflassungsbevollmächtigten ist in keinem Fall eine Amtstätigkeit. Der Notar darf Auslagen, Spesen und Vergütung des Auflassungsbevollmächtigten nicht mit seiner Kostenrechnung erheben.

Der Notar kann (als Tätigkeit nach § 24 BNotO)<sup>4</sup> den Gebrauch der Vollmacht (wenn es sich um eine überwachbare Vollmacht handelt) überwachen. Durch dieses Verfahren ist aber, wie der vorliegende Fall zeigt, die Leistung nicht gesichert. Der Notar kann den Auflassungsbevollmächtigten,

auch wenn er sein Angestellter ist, nicht anweisen, die Auflassung zu erklären. Der Käufer kann den Notar keinesfalls zu einer solchen Anweisung zwingen; der sonst üblichen Weg des § 15 BNotO (Anrufen des Landgerichts) ist hier nicht gegeben. Dem Käufer bleibt in solchen Fällen nur die Klage auf Auflassung gegen den Verkäufer.

Besser erscheint es (überwachbare) Auflassungsvollmacht an den Käufer zu erteilen. Als Treuhandtätigkeit nach § 24 BNotO kann es der Notar auch hier übernehmen, den Gebrauch der Vollmacht zu überwachen; die Überwachung des Notars sichert aber nur, dass von der Vollmacht nicht vorzeitig gegen die Vereinbarung der Treuhandanweisung (also bevor der Verkäufer den Kaufpreis erhalten hat) Gebrauch gemacht wird.<sup>5</sup>

Dabei liegt es dem Notar ob, zu prüfen, ob die Bedingungen der Treuhandanweisungen erfüllt sind, also der Kaufpreis eingegangen ist. Eine solche Prüfung kann zur »sonstigen Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege« (§ 24 BNotO) gehören, wo die Grenzen liegen, zeigt der vorliegende Fall: Nach der Treuhandanweisung konnte es zweifelhaft sein, ob die Eigentumsumschreibung von der Bezahlung von »Sonderwünschen« abhängig sein sollte. In diesem Fall hätte der Notar, wie das OLG ausführt, »im Ergebnis den Streit um die Sonderwünsche und deren Bezahlung, jedenfalls vorläufig«, zu entscheiden gehabt.

Grundsätzlich ist es, wie das OLG ausführt, »nicht Aufgabe des Notars, zwischen den Vertragsparteien streitig gewordene Fragen zu klären und zu entscheiden«.

Eine solche Tätigkeit kann der Notar zwar als Schiedsrichter übernehmen. Schiedsrichterliche Tätigkeit steht der Betreuungstätigkeit des Notars zwar nahe, gehört aber nach der ausdrücklichen Regelung des § 8 BNotO nicht zur Amtstätigkeit des Notars.<sup>6</sup>

Wie zur Übernahme einer Testamentsvollstreckung bedarf der Notar auch zur Übernahme einer schiedsrichterlichen Tätigkeit keiner Genehmigung. Dies ändert aber nichts daran, dass eine solche Tätigkeit außerhalb der Amtstätigkeit liegt. War der Notar (oder sein Sozius) als Schiedsrichter (oder als Testamentsvollstrecker) tätig, so ist er in derselben Angelegenheit (§ 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG) von der Beurkundung ausgeschlossen.

Notar a. D. Dr. Christoph Reithmann, Wolfratshausen

<sup>1</sup> »Nur in Ausnahmefällen und unter ganz besonderen Umständen kann der Notar berechtigt sein, auf einseitige Weisung nur eines von mehreren Beteiligten eine Vollzugstätigkeit aufzuschieben. Ein solcher Sachverhalt kann angenommen werden, wenn der Beteiligte dem Notar einen ausreichend substantiierten und glaubhaften Sachverhalt vorträgt, der einen Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund des Kaufvertrages oder einer seiner Bestimmungen als naheliegend und offensichtlich gegeben erscheinen lässt, und der andere Beteiligte dagegen keine durchgreifenden Einwendungen vorbringen kann« (BayObLG 16.1.1998 DNotZ 1998, 646). »Beruft sich eine Vertragspartei auf die Unwirksamkeit eines notariellen Vertrages, hat sie eine der Urkunde entgegenstehende Rechtslage im Prozesswege geltend zu machen und zur Verhinderung des Vollzugs der Urkunde ggfs. im Wege der einstweiligen Verfügung ein Erwerbsverbot zu erreichen« (BayObLG 27.5.1998 DNotZ 1998, 648).

<sup>2</sup> Die Auflassungsvollmacht kann auch an den Notar selbst erteilt werden. § 7 BeurkG steht dem nicht entgegen, weil der Notar dadurch keinen »rechtlichen Vorteil« erhält, sondern nur das Mittel zur Durchführung eines Treuhandauftrags. Übernimmt der Notar diesen Treuhandauftrag, fällt eine Gebühr nach § 147 KostO an. Der Notar darf allerdings die von ihm selbst erklärte Auflassung nicht beurkunden (§ 6 BeurkG).

<sup>3</sup> Haftungsfragen dazu behandelt *Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997 Rdnr. 157.

<sup>4</sup> Im Einzelnen *Reithmann/Albrecht/Basty*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, Rdnr. 346/349.

<sup>5</sup> Freilich kann auch ein Auflassungsbevollmächtigter eingeschaltet werden lediglich zu dem Zweck, den Vertragsteilen den Gang zum Notar zu ersparen, etwa wenn in einem Bauträgervertrag, der das Vertragsobjekt zweifelsfrei beschreibt, an den Bauträger Auflassungsvollmacht erteilt wird. Aber auch in diesem Fall sollte der Anschein einer notariellen Sicherheit vermieden werden.

<sup>6</sup> Die Abgrenzung von Betreuungstätigkeit nach § 24 BNotO ist zu ziehen aus dem Begriff der »Vorsorgenden Rechtspflege«: Als Einrichtung der Rechtspflege stellt das Notariat ein Netz von Vertrauenspersonen zur Verfügung. Hier geht es um das Vertrauen in die Institution des Notariats als Teil der Rechtspflege. Kriterium kann die Frage bilden, ob der Vertreter im Amt den vom Notar übernommenen Betreuungsauftrag ausführen kann. Dagegen beruht die Bestellung eines Notars zum Schiedsrichter oder zum Testamentsvollstrecker auf dem persönlichen Vertrauen auf den Berufenen, ein Vertrauen, das nicht ohne weiteres dem Vertreter oder Amtsnachfolger des Notars gilt (im Einzelnen *Schippel/Reithmann* BNotO § 24 Rdnrn. 7–12).

## Kostenrecht

23. KostO § 19 (Ermittlung des Gebäudewertes von Mietwohngrundstücken)

**Der Gebäudewert von Mietwohngrundstücken kann im Ertragswertverfahren ermittelt werden, wenn sich der Kostenschuldner darauf beruft, eine Ertragswertberechnung vorlegt und etwa erforderliche Unterlagen zur Verfügung stellt (Fortführung zu BayObLGZ 1979, 69 ff. und Abgrenzung zu BayObLGZ 1993, 173 ff.).**

BayObLG, Beschluss vom 28.6.2000 – 3Z BR 148/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

### Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 11.1.1999 übertrug die Mutter des Beteiligten zu 1 an diesen einen Miteigentumsanteil zu  $\frac{35}{100}$  an einem zu Wohnzwecken vermieteten Grundstück. Der Beteiligte zu 1 räumte seiner Mutter am Vertragsgrundstück den Nießbrauch ein. Zur Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs bewilligte er weiter die Eintragung einer Vormerkung. Nach dem Grundbuchrechtlichen Vollzug der Urkunde setzte das Amtsgericht – Grundbuchamt – mit Beschluss vom 27.7.1999 den Geschäftswert für die Eigentumsübertragung auf 560 000 DM, für den Nießbrauch auf 112 000 DM und für die Rückauflassungsvormerkung auf 280 000 DM fest. Am 28.2.2000 wies das Landgericht die Geschäftswertbeschwerde des weiteren Beteiligten zurück. Dagegen wendet sich der weitere Beteiligte mit seiner vom Landgericht zugelassenen weiteren Beschwerde, jedoch ohne Erfolg.

### Aus den Gründen:

(...)

2. a) Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 KostO ist der Wert einer Sache der gemeine Wert. Er entspricht, wie sich aus § 19 Abs. 1 Satz 2 KostO ergibt, dem Verkehrswert. Diese Grundsätze gelten auch für Grundstücke, soweit hinreichende Anhaltspunkte für die Bestimmung des Verkehrswerts vorhanden sind und dieser über dem Einheitswert liegt (§ 19 Abs. 2 Satz 1 KostO). Danach soll der Verkehrswert zugrunde gelegt werden, soweit das ohne unwirtschaftlichen Aufwand und unvermeidbare Verzögerungen möglich ist. Jedenfalls soll das aus vorhandenen Anhaltspunkten gewonnene Ergebnis der Bewertung dem Verkehrswert möglichst nahe kommen (BayObLGZ 1979, 69/74).

b) Das Gesetz regelt nicht näher, nach welcher Bewertungsmethode der gemeine Wert (Verkehrswert) festzustellen ist. § 19 Abs. 1 Satz 2 KostO erläutert lediglich, dass er durch den im gewöhnlichen Geschäftsverkehr bei der Veräußerung zu erzielenden Preis bestimmt wird. Die Frage, auf welche Unterlagen bei der Wertermittlung zurückzugreifen ist, regelt § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO in der Weise, dass einige Anhaltspunkte für die Feststellung des Wertes von Grundbesitz aufgezählt, aber auch andere zugelassen werden („oder aus sonstigen ausreichenden Anhaltspunkten“). Das hat seine Überzeugung vom zutreffenden Geschäftswert aus allen Anhaltspunkten zu bilden, die ihm ohne Beweisaufnahme zugänglich sind. In vielen Fällen stellen die Verwendung der Bodenrichtwerte und der Brandversicherungswert von Gebäuden eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar. Diese – vereinfachte – Sachwertmethode ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt (BayObLGZ 1972, 297/300 ff. und 1976, 89; *Korintenberg/Bengel* KostO 14. Aufl. § 19 Rdnr. 52).

c) Nach den Gepflogenheiten des Grundstückmarktes wird der Verkehrswert von Mietwohngrundstücken meist im Ertrags-

wertverfahren ermittelt, weil bei ihnen der nachhaltig erzielbare Ertrag im Vordergrund der Erwägungen von Interessenten steht (BayObLGZ 1979, 69/77; *Simon/Kleiber* Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten 7. Aufl. Rdnr. 1.133 ff.; *Zimmermann/Heller* Der Verkehrswert von Grundstücken A.5 Rdnr. 55; vgl. auch Nr. 1.5.5.3 der Wertermittlungsrichtlinien 1991, BAnz. Nr. 182a vom 27.9.1991). Da § 19 Abs. 1 Satz 2 KostO gerade auf den im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu erzielenden Preis und damit auf den Verkehrswert abstellt, hat der Senat deshalb auch für die Ermittlung des Geschäftswerts nach der Kostenordnung eine Verwendung des Ertragswertverfahrens nicht von vornherein ausgeschlossen. Er hatte zunächst lediglich die Auffassung vertreten, dass der Ertragswert bei der Grundstücksbewertung nach § 19 KostO nicht in der Weise maßgebend ist, dass über ihn nicht hinaus gegangen werden dürfte, wenn genügend Anhaltspunkte für einen höheren, näher beim Verkehrswert liegenden Wert vorhanden sind (BayObLGZ 1972, 297/299; 1975, 244/248). Er hat weiter ausgesprochen, die Wertermittlung dürfe nicht unverhältnismäßig erschwert werden und deshalb könne von den Gerichten nicht erwartet werden, da sie von sich aus den Gebäudewert nach dem Ertragswertverfahren ermitteln. In seinem Beschluss vom 8.3.1979 (BayObLGZ 1979, 69) hat er schließlich die Ermittlung des Verkehrswerts von Mietwohngrundstücken im Ertragswertverfahren ausdrücklich anerkannt, wenn sich der Kostenschuldner darauf beruft, wenn er eine Ertragswertberechnung vorlegt und etwa erforderliche Unterlagen zur Verfügung stellt (ebenso *Korintenberg/Bengel* § 19 Rdnr. 19; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 19 Rdnr. 46).

Auch die Entscheidung vom 23.4.1993 (BayObLGZ 1993, 173 ff.) erklärt die Ertragswertmethode nicht generell für unzulässig. Der Senat hat lediglich darauf hingewiesen, dass das Gesetz für die Ermittlung bestimmter materiell-rechtlicher Ansprüche die Bewertung bestimmter Vermögenswerte nach dem Ertragswertverfahren vorschreibt (vgl. § 1376 Abs. 4, § 1515 Abs. 2, §§ 2049, 2312 BGB), um einen Beteiligten zu privilegieren, und dass, wenn eine solche Privilegierung in Frage steht, für die Bewertung im Rahmen der Kostenordnung das Ertragswertverfahren ungeeignet ist. Eine generelle Aussage dahin, dass für Bewertungen im Rahmen der Kostenordnung das Ertragswertverfahren nicht angewendet werden dürfe, ist dieser Entscheidung nicht zu entnehmen. Im Übrigen hat der Senat durch den Gebrauch des Wortes „grundsätzlich“ zum Ausdruck gebracht, dass Ausnahmefälle selbst in diesem Bereich denkbar sind. Dies bedeutet insbesondere, dass Gegenstände, bei denen sich das Interesse des Geschäftsverkehrs an ihrem Erwerb üblicherweise nach ihrem Ertragswert richtet, nach wie vor unter Heranziehung des Ertragswerts bewertet werden dürfen, wenn die in dem Beschluss vom 8.3.1979 (BayObLGZ 1979, 69) genannten Voraussetzungen vorliegen.

d) Vorliegend handelt es sich um ein Mietwohngrundstück, der Beteiligte hat ein Ertragswertgutachten eines Sachverständigen vorgelegt. Daher kommt die Ermittlung des Geschäftswerts nach dem Ertragswertverfahren in Betracht.

aa) Das Landgericht durfte dem Gutachten Vorrang vor dem vereinfachten Sachwertverfahren einräumen. Zwar verbietet das Gesetz in § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO eine förmliche Beweisaufnahme. Dadurch sollen ein unwirtschaftlicher, u.U. mit der Gebührenhöhe in keinem vernünftigen Verhältnis mehr stehender Aufwand sowie zeitliche Verzögerungen vermieden werden (BayObLGZ 1979, 69/74). Liegt aber ausnahmsweise ein Wertgutachten eines Sachverständigen vor, so ist es, da es häufig für die Wertfeststellung besonderes aussagekräftig sein

wird, in angemessener Weise zu berücksichtigen. Das gilt auch dann, wenn es wie hier von einem Beteiligten vorgelegt wird. Denn nach dem Gesetz kommt auch den Angaben der Beteiligten Bedeutung zu (§ 19 Abs. 2 Satz 1 KostO).

bb) Das Gutachten war allerdings daraufhin zu überprüfen, ob der Anlass, aus dem es erstellt wurde, Bedenken gegen seine Aussagekraft erkennen lässt, und ob es, obwohl Parteigutachten, hinreichend objektiv ist. Anhaltspunkte, die in dieser Richtung zu Bedenken Anlass gäben, musste das Landgericht nach seinen verfahrensfehlerfrei getroffenen tatsächlichen Feststellungen, die den Senat binden (*Jansen FGG* 2. Aufl. § 27 Rdnr. 43), nicht annehmen. Es wurden auch keine ausreichenden Anhaltspunkte für Mängel des Gutachtens vorgebracht noch sind solche ersichtlich. Wenn der Beteiligte Betriebskosten nicht geltend gemacht hat und solche deshalb im Gutachten nicht berücksichtigt wurden, so ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Zutreffend weist das Landgericht darauf hin, dass dies eher zu einem zu hohen als zu einem zu niedrigen Verkehrswert geführt hat.

cc) Eine eingehendere Überprüfung des Ertragswertgutachtens anhand der Ergebnisse des vereinfachten Sachwertverfahrens war nicht geboten. Eine solche Überprüfung des Ertragswerts wird insbesondere dann angebracht sein, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass im Geschäftsverkehr für das Preisangebot desjenigen, der am Erwerb des Grundstücks interessiert ist, nicht nur der aus dem Grundstück zu erwirtschaftende Ertrag, sondern auch andere wertbildende Umstände von erheblichem Gewicht sein können, z. B. weil eine von der bisherigen Nutzung abweichende Verwertung möglich und gewinnbringender ist. Sie wird ferner angezeigt sein, wenn der Ertragswert von dem im Sachwertverfahren festgestellten Wert beträchtlich abweicht (*BayObLGZ* 1979, 69/78, vgl. auch *Simon/Kleiber* Rdnr. 1.140 f.).

Derartige Umstände liegen hier nicht vor. Wie dargelegt bewertet der Geschäftsverkehr ein Mietwohngrundstück vor allem und in erster Linie nach dem zu erzielenden Ertrag. Es liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass ein Investor, der das Gebäude als Renditeobjekt erwirbt, bereit wäre, aus anderen Gründen, z. B. wegen der besonders guten Substanz des Gebäudes oder der Möglichkeit einer Aufteilung in Wohnungseigentum und anschließenden Veräußerung, einen über dem Ertragswert liegenden Preis zu bezahlen. Der im Gutachten ausgewiesene Ertragswert übersteigt den Bodenwert deutlich und unterscheidet sich von dem nach der Sachwertmethode ermittelte Wert nicht so erheblich, dass eine eingehendere Überprüfung geboten wäre. Der Bezirksrevisor hat keine Umstände aufgezeigt, warum hier eine Korrektur erforderlich ist.

Im Übrigen ist bei Bewertungen nach § 19 KostO zu berücksichtigen, dass sie bei den Gerichten in großer Zahl anfallen und zunächst dem Kostenbeamten im Rahmen des Kostenansatzes obliegen. Die Ermittlung des Grundstückswerts darf deshalb nicht unnötig kompliziert werden. Eine Feststellung von Grundstückswerten mit letzter Präzision ist nicht möglich (*Simon/Kleiber* Rdnr. 1.142 f.). Sie wird durch das Gesetz auch nicht gefordert, wie die zugelassene Verwendung bloßer Anhaltspunkte zeigt (*BayObLGZ* 1972, 297/301). Dies erscheint nicht zuletzt deshalb gerechtfertigt, weil die ermittelten Geschäftswerte lediglich zur Bestimmung der Wertgebühren nach der Tabelle in der Anlage § 32 KostO dienen und die dort aufgeführten Gebühren im Verhältnis zu den Geschäftswerten maßvoll gehalten sind.

24. KostO § 19 Abs. 4 (*Landwirtschaftsprivileg bei sukzessiver Betriebsübergabe*)

**Das Landwirtschaftsprivileg kann auch dann eingreifen, wenn ein landwirtschaftlicher Betrieb als Wirtschaftseinheit übertragen wird, die zu der Hofstelle gehörenden Wohnräume aber in einem zu einem anderen Betrieb (Gastwirtschaft) gehörenden Gebäude liegen, das vorab übertragen wurde, sofern die Beteiligten von vorherein die Absicht hatten, beide Betriebe, wenn auch zeitlich versetzt, auf denselben Erwerber zu übertragen und die Landwirtschaft durch ihn fortführen zu lassen.**

BayObLG, Beschluss vom 28.6.2000 – 3Z BR 145/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Mit notariellem Vertrag vom 14.12.1992 hatte der Vater der Beteiligten dieser das Grundstück Flst. 75 (Wohnhaus mit Gastwirtschaft, Hofraum, Parkplatz) zu 1.692 m<sup>2</sup> übergeben. Die Grundstücke Flst. 75/1, 2 und 3, auf denen sich die landwirtschaftlichen Betriebsgebäude, wie Stallungen, Scheune, Schuppen etc. befinden, grenzen unmittelbar hieran an. Mit notariellem Vertrag vom 28.7.1998 übergab der Vater auch diese Grundstücke zusammen mit weiterem land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitz an die Beteiligte.

Für die Beurkundung der Übergabe vom 28.7.1998 hat der Notar der Beteiligten mit Kostenrechnung vom 30.12.1998 einen Betrag von 6.668,26 DM in Rechnung gestellt, wobei er der Berechnung den Verkehrswert der Grundstücke zugrunde legte.

Hiergegen hat die Beteiligte Beschwerde erhoben, mit der sie eine Berechnung auf der Grundlage des vierfachen Einheitswertes erreichen wollte. Der Notar vertrat demgegenüber die Auffassung, dass die Vergünstigung gemäß § 19 Abs. 4 Satz 1 KostO hier nicht zur Anwendung gelangen könne, da keine vollständige Hofstelle übergeben worden sei.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 5.4.2000 die Kostenberechnung aufgehoben und den Notar angewiesen, unter Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO den Geschäftswert der Beurkundung abweichend zu ermitteln.

Mit der zugelassenen weiteren Beschwerde wendet sich der beteiligte Notar gegen die Entscheidung des Landgerichts, jedoch ohne Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO sieht für Geschäfte, welche die Fortführung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle betreffen, die Bewertung des land- oder forstwirtschaftlichen Vermögens nach dem Vierfachen des letzten Einheitswerts vor. Sie soll aus agrarpolitischen Gründen eine frühzeitige Regelung der Hofnachfolge fördern und der Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe dienen, die vielfach seit Generationen in der Hand bäuerlicher Familien geführt werden (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates BT-Drucks. 11/2343 S. 6 re. Sp. u.).

Daher ist für die Anwendung des Privilegs gemäß § 19 Abs. 4 KostO eine Hofstelle erforderlich, die in aller Regel der bäuerlichen Familie auch Wohnung bietet (*BayObLGZ* 1992, 231/233, noch weitergehend *Fassbender*, Das Kostenprivileg der Landwirtschaft, Rdnr. 86, der fordert, dass ein ausreichendes Wohngebäude stets vorhanden sein müsse). Von der Hofstelle aus muss der Grund und Boden bewirtschaftet werden (vgl. auch *Wöhrmann/Stöcker* Das Landwirtschaftserbrecht 5. Aufl. § 1 Rdnr. 39). Grundbesitz und Hofstelle müssen eine wirtschaftliche und organisatorische Einheit bilden (*Korinten-*

berg/Bengel KostO 14. Aufl. § 19 Rdnr. 76 und 77). Der Betrieb muss zudem leistungsfähig sein, also jedenfalls den Unterhalt einer bäuerlichen Familie ganz oder teilweise sichern können (BayObLGZ 1992, 231/233).

2. Nach diesen Grundsätzen ist auch im vorliegenden Fall von der Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebs mit Hofstelle auszugehen. Es genügt, dass der Beteiligten der landwirtschaftliche Betriebe als vollständige Wirtschaftseinheit übergeben wurde und sie im Ergebnis, wie von vornherein von den Vertragspartnern beabsichtigt, im Besitz einer vollständigen Hofstelle einschließlich der Wohnräume ist, auch wenn die Wohnräume im Rahmen der Übergabe der Gastwirtschaft bereits früher übertragen worden war.

a) Nach Auffassung des Senats wäre es mit dem Zweck der in § 19 Abs. 4 KostO enthaltenen Privilegierung nicht vereinbar, wollte man im vorliegenden Fall nur deshalb die Übergabe eines vollständigen Betriebs verneinen, weil bereits früher das Wohngebäude mit der Gastwirtschaft gesondert übertragen wurde.

Auch bei einer stufenweisen Übertragung dieser Art, die nur die Übergabe des Wohngebäudes vorwegnimmt, wird letztlich ein voll funktionsfähiger landwirtschaftlicher Betrieb übertragen. Dies geschieht auch, ohne dass zu irgendeiner Zeit die eigentlichen landwirtschaftlichen Betriebstätten von einem Dritten, wie etwa im Falle einer zwischenzeitlichen Verpachtung, im Sinne einer sog. Stückländerei bewirtschaftet werden. Der unmittelbaren Fortführung des gesamten landwirtschaftlichen Betriebes durch die Beteiligte stand objektiv zu keinem Zeitpunkt ein Hindernis entgegen, sie war vom Übergeber wie von der Beteiligten von vornherein beabsichtigt. Der übergebende Vater hatte, wollte er wie beabsichtigt die Gastwirtschaft als eigenständige Wirtschaftseinheit vorab übergeben, keine andere Möglichkeit, als die in dem Gastwirtschaftsgebäude belegenen Wohnräume zusammen mit diesem Gebäude zu übertragen, obwohl diese (auch) zu dem landwirtschaftlichen Betrieb gehörten.

b) Dass die Übertragung der gesamten Landwirtschaft bereits bei Vornahme des Übergabevertrags vom 14.12.1992 beabsichtigt war, hat das Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Nach den Angaben der Beteiligten vor dem Landgericht war die Übergabe auch der Landwirtschaft schon für die nächsten Jahre vorgesehen. Der Ehemann der Beteiligten hat bereits seit damals in der Landwirtschaft mitgearbeitet. Dies zeigt eine ähnliche Gestaltung, wie im Falle der sog. gleitenden Hofübergabe, in der der eigentlichen Übergabe zunächst die bloße Mitarbeit in dem Betrieb vorausgeht, deren rechtliche Vereinbarung bereits gemäß § 19 Abs. 4 KostO bewertet wird (*Faßbender*, Das Kostenprivileg der Landwirtschaft Rdnr. 139, *Korintenberg/Bengel* KostO 14. Aufl. § 19 Rdnr. 84).

Damit müssen beide Überlassungsverträge in einem engen sachlichen Zusammenhang gesehen werden, dergestalt, dass die Übertragung der gesamten Landwirtschaft in zwei aufeinanderfolgenden Akten entsprechend der von Anfang an bestehenden Absicht durchgeführt wurde. Dies rechtfertigt es, jedenfalls für den Übertragungsakt, mit dem der wesentliche Teil des landwirtschaftlichen Betriebes übergeben wurde, die Bewertung nach § 19 Abs. 4 KostO vorzunehmen.

25. KostO § 68 (*Löschung einer Globalgrundschuld bei Wohnungseigentumsanlage*)

**Die Grundsätze zur Gleichbehandlung aller Erwerber von Wohnungs- oder Teileigentum einer Wohnungseigentumsanlage bei der Belastung mit Gebühren für die Löschung einer auf allen Eigentumseinheiten lastenden Globalgrundschuld sind auch auf solche Eigentümer anzuwenden, die ihren Miteigentumsanteil im Rahmen eines Bauherrenmodells erworben haben (Fortführung zu BayObLGZ 1992, 247 u. 1993, 285).**

BayObLG, Beschluss vom 30.5.2000 – 3Z BR 59/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligten zu 1) und 2) erstreben die Herabsetzung einer Löschungsgebühr für eine Globalgrundschuld auf ihrem Miteigentumsanteil.

Sie erwarben im Rahmen eines Bauherrenmodells mit Kaufvertrag vom 28.6.1984 einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück Flst. 436/7. Entsprechend der vertraglichen Gesamtkonzeption sollte das Grundstück durch alle Erwerber bebaut und anschließend zu deren Gunsten Wohnungs- und Teileigentum gebildet werden. Zur Finanzierung der Bebauung wurde am 3.8.1984 eine Gesamtgrundschuld über 7.540.000 DM an dem Grundstück eingetragen. Sie wurde bei der späteren Bildung von Wohnungs- und Teileigentum in die für die einzelnen Miteigentumsanteile angelegten Grundbuchblätter, auch diejenigen der Beteiligten zu 1) und 2), übertragen. Inzwischen wurden alle übrigen Miteigentumsanteile aus der Mithaftung entlassen. Im Zusammenhang mit der Veräußerung des Teileigentums der Beteiligten zu 1) und 2) durch Vertrag vom 8.4.1998 beantragte der beurkundende Notar für die Beteiligten zu 1) und 2) die Freigabe von dieser Grundschuld. Die Löschung erfolgte am 6.7.1999.

Hierfür stellte der Kostenbeamte des Amtsgerichts den Beteiligten zu 1) und 2) neben den Gebühren für weitere Löschungen am 7.7.1999 jeweils 2.855 DM (Gesamtbetrag 5.710 DM) in Rechnung. Dies entspricht der Hälfte einer halben Gebühr bezogen auf den Nennwert der Grundschuld. Hiergegen legten die Beteiligten zu 1) und 2) Erinnerung ein, die das Amtsgericht mit Beschluss vom 11.8.1999 zurückwies. Auch die dagegen erhobene Beschwerde hat das Landgericht mit Beschluss vom 2.2.2000 zurückgewiesen. Ein geringerer Gebührenansatz, wie in der Rechtsprechung für die Löschung von Gesamtgrundschulden an der letzten belasteten Eigentumseinheit vertreten würde, sei jedenfalls für Eigentümer, welche gleichzeitig als Ersteller der Wohnung in Form einer Bauherrengemeinschaft aufgetreten seien, nicht gerechtfertigt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) und 2), die geltend machen, sie hätten ihren Miteigentumsanteil für 244.900 DM gekauft. Hierzu stünden die Löschungsgebühren außer Verhältnis. Da der Verkauf des Grundstücks nunmehr erst 14 Jahre nach dessen Erwerb erfolgt sei, seien sie kaum noch in der Lage, bei den übrigen Mitgliedern der Bauherrengemeinschaft anteilige Kosten einzuziehen. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Die Entscheidung des Landrichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO, § 550 ZPO) nicht stand. Die Beteiligten zu 1) und 2) können für die Kosten der Löschung der Gesamtgrundschuld nur in der Höhe in Anspruch genommen werden, wie sie auch für die anderen Wohnungseigentümer der Wohnanlage hinsichtlich deren Entlassung aus der Mithaftung berechnet werden könnte.

1. Die vom Landgericht bestätigte Geschäftswert- und Gebührenberechnung entspricht zwar dem Wortlaut des Geset-

zes. Nach § 68 Satz 1 Halbsatz 1 KostO wird für jede Löschung die Hälfte der für die Eintragung bestimmten Gebühr – nach § 62 Abs. 1, § 63 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, § 23 Abs. 2 KostO je eine volle Gebühr für die Eintragung jedes Rechts aus dem Nennbetrag der Schuld – erhoben, während für die Eintragung der Entlassung aus der Mithaft nur die Hälfte der Gebühr erhoben wird, die für die Eintragung der Einbeziehung in die Mithaft zu erheben sein würde, somit gemäß § 68 Satz 1 Halbsatz 2, § 63 Abs. 1, Abs. 4 KostO ein Viertel der vollen Gebühr aus dem Wert des Grundstücks (Wohnungseigentums), wenn er – wie hier – geringer ist als der Wert des Rechts. Da die Beteiligten die letzten Wohnungseigentümer waren, auf deren Eigentum die Globalgrundschuld noch lastete und dieses Recht somit zu löschen war, wären sie im Gegensatz zu den anderen Wohnungseigentümern ohne Rücksicht auf den Wert ihres Wohnungseigentums mit der Gebühr der Löschung des Grundpfandrechts aus dessen vollem Nennbetrag zu belasten.

2. Nach der Rechtsprechung des Senats gebietet es das Grundgesetz, die Erwerber einer Wohnungseigentumsanlage hinsichtlich der Gebühren für die Löschung der auf ihren Anteil eingetragenen Globalgrundschulden gleichzustellen. Daher ist es nicht zulässig, nur deshalb von einem Erwerber höhere Kosten zu fordern, weil dieser zufällig als Letzter die Löschung einer zunächst durch umfangreichen Grundbesitz gesicherten Globalgrundschuld durchführen lässt (BayObLGZ 1992, 247/250 = Rpfleger 1992, 540/541; ebenso OLG Köln JurBüro 1997, 544 = Rpfleger 1997, 406; Korintenberg/Bengel KostO 14. Aufl. § 23 Rdnr. 17; Hartmann, Kostengesetze 29. Aufl. § 68 KostO Rdnr. 5; a.A. OLG Hamm Rpfleger 1998, 376; zweifelnd OLG Düsseldorf ZMR 1999, 497).

Dieses Gleichbehandlungsgebot der Verfassung greift nach der Rechtsprechung des Senats aber nur zugunsten von Erwerbern ein. Andere Personen wie Gläubiger oder Ersteller der Wohnungen, die entsprechende Löschanträge stellen, dürfen der Kostenordnung entsprechend unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, ob sie nur eine Entlassung aus der Mithaft oder als zufällig letzte Inhaber eines noch mit der Globalgrundschuld belasteten Anteils eine Löschung dieser Grundschuld beantragen (BayObLGZ 1993, 285/287 f. = JurBüro 1994, 288/289 und Rpfleger 1999, 100 = JurBüro 1999, 100).

3. Hier haben die Beteiligten zu 1) und 2) ihre Miteigentumsanteile nicht in der Form von Wohnungs- oder Teileigentum erworben, sondern bereits vorher als Bruchteileigentum am Grundstück. Gleichzeitig sind sie einer Bauherrengemeinschaft beigetreten, die die Errichtung eines Gebäudes und die anschließende Begründung von Wohnungs- beziehungsweise Teileigentum entsprechend den erworbenen Miteigentumsanteilen zum Ziel hatte. Gleichwohl sind die durch den Senat für Erwerber von Wohnungseigentum entwickelten Grundsätze auch auf sie anzuwenden.

a) Voraussetzung für eine von dem Wortlaut der Kostenordnung abweichende Gebührenberechnung ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (BayObLGZ 1992, 247/250). Das insoweit geforderte Missverhältnis der nach dem Wortlaut der Kostenordnung zu berechnenden Gebühr zum Interesse der Beteiligten zu 1) und 2) an der erbrachten staatlichen Leistung und zu den von anderen Miteigentümern für die Entlassung aus der Mithaft gezahlten Gebühren (vgl. näher BayObLGZ 1992, 247/250 f.) liegt hier vor. Der Nennwert der Globalgrundschuld ist mehr als 25-mal

so hoch wie der Verkehrswert des Teileigentums der Beteiligten zu 1) und 2). Dementsprechend liegt die Gebühr für die Löschung der Grundschuld um ein Vielfaches über derjenigen für die Entlassung aus der Mithaft.

b) Dass die Beteiligten zu 1) und 2) über die Rechtsstellung bloßer Erwerber von Wohnungseigentum hinaus im Rahmen ihrer Beteiligung an der Bauherrengemeinschaft an der Erstellung des Gebäudes und der Bestellung der Globalgrundschuld mitgewirkt haben, rechtfertigt es nicht, sie einem Ersteller der Gesamtanlage oder einem Gläubiger der Grundschuld gleichzustellen.

Wie der Senat in seiner hierfür grundlegenden Entscheidung (BayObLGZ 1993, 285/288) ausgeführt hat, ist das Interesse des Erstellers der Anlage bei Bestellung des Grundpfandrechts von vornherein auf dessen gesamten Wert gerichtet. Der Ersteller hat bereits bei der Planung des Objekts die Möglichkeit, die vollen Kosten der Löschung in seine Kalkulation einzubeziehen und sie angemessen auf die Erwerber zu verteilen. Ihm kommt deshalb bei Eintragung wie Löschung des Grundpfandrechts der Wert der staatlichen Leistung in vollem Umfang zugute. Dies ist auch der Grund dafür, dass ihm selbst bei einem groben Missverhältnis zwischen Lösungsgebühr und der Gebühr für die Entlassung aus der Mithaft eine Gebührenermäßigung nicht zusteht.

Demgegenüber handelt der Erwerber von vornherein nur im Rahmen seines auf das einzelne Wohnungs- oder Teileigentum begrenzten wirtschaftlichen Interesses (vgl. auch BayObLG Rpfleger 1999, 100). Insoweit besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen demjenigen, der unmittelbar das Wohnungs- oder Teileigentum vom Ersteller (Bauträger) erwirbt, und demjenigen, der im Zusammenhang mit der Beteiligung an einem sogenannten Bauherrenmodell zwar zunächst nur den Miteigentumsanteil an dem zu bebauenden Grundstück erwirbt, dies jedoch mit dem verbindlichen, ihm durch vertragliche Gesamtkonzeption vorgegebenen Ziel, das Grundstück alsbald zu bebauen und nach der Bebauung im Rahmen der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum eine seinem Miteigentumsanteil entsprechende Wohnungs- oder Teileigentumseinheit zu erwerben. Seine Mitgliedschaft in der Bauherrengemeinschaft ist von Anfang an auf eine konkrete Wohnungs- oder Teileigentumseinheit bezogen, seine ursprüngliche Stellung als Miteigentümer des Grundstücks verwandelt sich plangemäß in die Rechtsstellung des Wohnungs- oder Teileigentümers. Auch in Bezug auf die wirtschaftlichen Gestaltungsmöglichkeiten kommt der Mitgliedschaft in der Bauherrengemeinschaft keine wesentliche Bedeutung zu, da alle unternehmerischen Entscheidungen bereits vorgezeichnet sind oder durch jedenfalls faktisch nicht widerrufliche Vollmachten den Initiatoren des Projekts überlassen sind.

---

26. KostO §§ 36 Abs. 2, 38 Abs. 2 Nr. 3 (*Kostenbegünstigung des Aufhebungsvertrages*)

**Die Eintragung einer Vormerkung ist noch keine Teilerfüllung des Grundgeschäfts im Sinne von § 38 Abs. 2 Nr. 3 KostO, wenn der Aufhebungsvertrag (noch) keiner notariellen Beurkundung bedarf.**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.3.2000 – 8 W 215/98 –

### Zum Sachverhalt:

Der Notar hatte Mitte 1995 einen Kaufvertrag über ein Hausgrundstück zwischen den Verkäufern und dem Kostenschuldner als Käufer beurkundet. Die Auflassung sollte nach vollständiger Kaufpreiszahlung erfolgen, die zum Übergabezeitpunkt Mitte 1997 vorgesehen war; für die Zwischenzeit vereinbarten die Parteien ein Mietverhältnis. Zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung war aufgrund Bewilligung der Verkäufer und Eintragungsantrag des Käufers 1995 im Grundbuch eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden.

Der Käufer konnte den vereinbarten Kaufpreis Mitte 1997 nicht entrichten. Er hatte einen anderen Interessenten gefunden, der das Hausgrundstück zu denselben Bedingungen von den Verkäufern kaufen wollte. Der Notar beurkundete einen Aufhebungsvertrag zwischen den Verkäufern und dem Kostenschuldner. Nach dessen Ziff. 1 traten die Verkäufer mit Zustimmung des Kostenschuldners vom damaligen Kaufvertrag zurück. In Ziff. 2 bewilligte und beantragte der Kostenschuldner auf seine Kosten die Löschung der vorbezeichneten Auflassungsvormerkung im Grundbuch. Unter Ziff. 3 verpflichtete sich der Kostenschuldner für den Fall, dass ein etwaiger Nachfolgekäufer irgendwelche Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängeln geltend machen sollte, die Verkäufer hieraus frei zu stellen bzw. Ersatz zu leisten. Die Kosten der Urkunde trug gem. Ziff. 4 der Kostenschuldner.

Für die Beurkundung des Aufhebungsvertrags hat der Kostengläubiger zunächst gem. § 38 II Nr. 3 KostO die Hälfte der vollen Gebühr aus dem Gegenstandswert (= Kaufpreis) in Rechnung gestellt. Diesen Betrag hat der Kostenschuldner auch entrichtet.

Anlässlich der Prüfung der Amtsgeschäfte hat der Bezirksrevisor diesen Gebührenansatz beanstandet und die Auffassung vertreten, dass eine doppelte Gebühr gem. § 36 II KostO aus dem Gegenstandswert zu erheben seien. Dem hat der Kostengläubiger in einer weiteren Kostenrechnung entsprochen und 1.276,50 DM brutto nacherhoben. Dagegen richtete sich die vom Kostenschuldner erhobene Erstbeschwerde, der der Präsident des Landgerichts als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars entgegengetreten ist.

Das Landgericht hat das Rechtsmittel mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Nachberechnung geboten gewesen sei, weil ein nicht nur schuldrechtlicher Vertrag aufgehoben worden sei. Der Kaufvertrag sei wegen der Eintragung der bewilligten Auflassungsvormerkung ins Grundbuch bereits teilweise erfüllt gewesen, so dass die Aufhebung nicht mehr unter die Gebührenprivilegierung gem. § 38 II Nr. 3 KostO falle, sondern unter § 36 II KostO. Auch wenn der Aufhebungsvertrag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hier nicht der notariellen Form bedürftig sei, so sei die Berechnung der weiteren Gebühren nicht deshalb gem. § 16 KostO wegen unrichtiger Sachbehandlung niederzuschlagen, weil der Notar den Kostenschuldner hierauf und auf die zu erwartenden höheren Gebühren nicht hingewiesen habe; unter den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen sei davon auszugehen, dass auch bei einem entsprechenden Hinweis der Aufhebungsvertrag notariell beurkundet worden wäre. Das Landgericht hat die weitere Beschwerde gegen seine Entscheidung zugelassen, weil die Frage der Anwendbarkeit von § 38 II Nr. 3 KostO bei Eintragung einer Vormerkung obergerichtlich noch nicht entschieden sei.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts richtet sich die innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe eingegangene weitere Beschwerde des Kostenschuldners. Diese hatte Erfolg.

### Aus den Gründen:

2.

(...)

a) Nach allgemeiner Meinung greift die kostenrechtliche Privilegierung für einen Aufhebungsvertrag gem. § 38 II Nr. 3 KostO schon dann nicht mehr ein, wenn der aufzuhebende Vertrag von einer Seite auch nur teilweise bereits erfüllt worden ist (*Rohs/Wedewer*, KostO (Stand Dez. 1999), Rdnr. 17, 19; *Korintenberg/Bengel*, KostO, 14. Aufl., Rdnr. 29 f.; *Hart-*

*mann*, KostenG, 29. Aufl., Rdnr. 18 – je zu § 38 KostO). Streit besteht im Schrifttum, ob eine derartige Teilerfüllung bereits ab Eintragung einer Vormerkung gem. § 883 BGB ins Grundbuch vorliegt oder erst ab Entstehung eines Anwartschaftsrechts. Veröffentlichte gerichtliche Entscheidungen zu dieser Frage sind nicht ersichtlich.

Nach *Rohs/Wedewer* (a.a.O.) ist die Eintragung einer Vormerkung als solche als Teilerfüllung zu werten (unklar *Korintenberg/Bengel*, a.a.O., die nur die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung erwähnen und hier noch keine Teilerfüllung bejahen). Dagegen ist nach *Lappe* (*Tschischgale/Lappe*, KostRspr, Stand Jan. 2000, Anm. zu Nr. 30 zu § 38 KostO) eine teilweise Erfüllung des schuldrechtlichen Grundgeschäfts im Zusammenhang mit einer Vormerkung gem. § 883 BGB erst dann anzunehmen, wenn die Aufhebung des Vertrags nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der notariellen Beurkundung bedarf.

b) Der Senat tritt der zuletzt genannten Auffassung bei.

Der Grund für die differenzierende höchstrichterliche Rechtsprechung zur Formbedürftigkeit von Aufhebungsverträgen zu Grundstückskaufverträgen bei Eintragung einer Vormerkung liegt darin, dass der Bundesgerichtshof ein als ein dingliches Recht anzuerkennendes Anwartschaftsrecht und damit eine Rückübertragungspflicht in Bezug auf ein dingliches Recht an einem Grundstück erst bejaht, wenn über die Eintragung einer Vormerkung hinaus auch die Auflassung in Bezug auf das (Voll-)Recht erfolgt ist (vgl. BGHZ 103, 179; BGH DB 1984, 713; BGHZ 83, 395, 398).

Dem entspricht die rechtliche Qualifikation der Vormerkung gem. § 883 BGB durch die herrschende Meinung. Danach ist eine Vormerkung weder ein dingliches Recht, noch ein solches, das ein dingliches Recht aufschiebend verschafft, sondern ein mit gewissen dinglichen Rechtswirkungen ausgestattetes *Sicherungsmittel* eigener Art für einen schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung (*Palandt/Bassenge*, 59. Aufl., Rdnr. 2 zu § 883 BGB m.w.N.). Als Sicherungsmittel lässt eine Vormerkung allein, auch wenn sie im Grundbuch eingetragen ist, noch kein dingliches Recht entstehen. Sie fällt ggf. zusammen mit dem Grundgeschäft – etwa bei Anfechtung – von selbst wieder weg und das Grundbuch wird in derartigen Fällen unrichtig. Erst wenn die Auflassung erfolgt ist, bewirkt die Eintragung einer Vormerkung ein Anwartschaftsrecht, welches als dingliche Teilerfüllung des Grundgeschäfts anzuerkennen ist. Erst dann ist es bei sachgerechter Auslegung von § 38 II Nr. 3 KostO aber geboten, eine teilweise Erfüllung des kausalen Grundgeschäfts (Kaufvertrag zu bejahen, so dass für die Rückabwicklung eine doppelte Gebühr gem. § 36 II KostO entsteht.

Da dieses Stadium im vorliegenden Fall bei Abschluss des Aufhebungsvertrags von Mitte 1997 noch nicht erreicht war, ist hier nur eine halbe Gebühr gem. § 38 II Nr. 3 KostO aus dem Wert des Kaufvertrags entstanden, die der Notar hier schon zuvor berechnet und erhalten hatte. Die ergänzende Gebührenrechnung und die angefochtene Entscheidung des Landgerichts waren danach aufzuheben, ohne dass es noch darauf ankam, ob wegen einer nur eingeschränkten Zulassung der weiteren Beschwerde auf den weiteren Einwand des Kostenschuldners noch einzugehen gewesen wäre, bei richtiger Belehrung durch den Notar über die fehlende Beurkundungsbedürftigkeit wäre der Aufhebungsvertrag nicht beurkundet worden.

## Öffentliches Recht

27. VwVfG §§ 54, 56, 59 Abs. 2 Nr. 4; BauGB §§ 131, 133; VwGO § 137 Abs. 1 Nr. 2 (*Nichtigkeit eines Vertrages wegen Verstoß gegen Koppelungsverbot nach Rückforderung erbrachter Leistungen*)

1. **Macht eine Gemeinde die Änderung eines Bebauungsplans (hier: Ausweisung eines Außenbereichsgrundstücks als Wohngebiet) in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag davon abhängig, dass der bauwillige Eigentümer an Stelle eines nicht mehr festsetzbaren Erschließungsbeitrages an sie einen Geldbetrag für einen gemeinnützigen Zweck (hier: Unterhaltung städtischer Kinderspielplätze) leistet, so verletzt sie damit das sog. Koppelungsverbot; der Vertrag ist gemäß § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig.**
2. **Dem auf einem nichtigen verwaltungsrechtlichen Vertrag beruhenden Erstattungsanspruch eines Beteiligten steht der Grundsatz von Treu und Glauben nicht schon deshalb entgegen, weil eine Rückabwicklung der vom anderen Teil erbrachten Leistung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist.**

BVerwG, Urteil vom 16.5.2000 – 4 C 4/99 –

## Steuerrecht

28. EigZulG § 9 Abs. 2 Satz 3, § 11 Abs. 6 Satz 3; EStG § 26 (*Eigenheimzulage bei Ehegatten*)

1. **Ehegatten können als Miteigentümer einer Wohnung gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG den Fördergrundbetrag jeweils nur entsprechend ihrem Miteigentumsanteil in Anspruch nehmen, auch wenn bei ihnen die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG vorliegen.**
2. **Erwirbt ein Anspruchsberechtigter, der bereits zuvor Miteigentümer einer eigengenutzten Wohnung ist, einen weiteren Miteigentumsanteil hinzu, kann er gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG den Fördergrundbetrag nur entsprechend dem neu hinzuerworbenen Miteigentumsanteil in Anspruch nehmen.**

BFH, Urteil vom 6.4.2000 – IX R 90/97 –

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) war zusammen mit seiner Mutter Eigentümer in fortgesetzter Gütergemeinschaft des Hausgrundstücks B 7 in H. Mit notariellem Vertrag vom 18.7.1996 wurde die Gütergemeinschaft auseinander gesetzt, indem das Grundstück zu  $\frac{3}{4}$  auf den Kläger und zu  $\frac{1}{4}$  auf die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) übertragen wurde. Der Übernahmepreis wurde auf 200 000 DM festgesetzt. Unter Anrechnung des auf den Kläger entfallenden hälftigen Anteils wurde eine Herauszahlung an die Mutter des Klägers in Höhe von 100 000 DM bestimmt.

Am 1.8.1996 stellten die Kläger beim Beklagten und Revisionskläger (Finanzamt – FA –) einen Antrag auf Eigenheimzulage. Das FA setzte daraufhin am 23.8.1996 die Eigenheimzulage auf 4 250 DM jährlich fest. Dieser Betrag setzte sich aus dem zur Hälfte gewährten Fördergrundbetrag in Höhe von 1 250 DM und einer Kinderzulage von 3 000 DM zusammen.

Mit ihrem Einspruch wandten sich die Kläger gegen die hälftige Kürzung des Fördergrundbetrages. Das FA wies den Einspruch als unbegründet zurück, da die Kläger das bereits zur Hälfte im Eigentum des Klägers stehende Grundstück nur zu  $\frac{1}{2}$  erworben hätten. Gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 des Eigenheimzulagengesetzes (EigZulG) könne der

Fördergrundbetrag nur entsprechend diesem Miteigentumsanteil in Anspruch genommen werden.

Das Finanzgericht (FG) gab der hiergegen erhobenen Klage statt und verpflichtete das FA, die Eigenheimzulage unter Berücksichtigung des vollen Fördergrundbetrages festzusetzen (Entscheidungen der Finanzgerichte – EFG – 1998, 177).

Mit der Revision rügt das FA eine Verletzung von § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG. Die Wertung des FG, dass im Fall des Hinzuerwerbs von Miteigentumsanteilen an einer Wohnung zu Alleineigentum § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG keine Anwendung finde, berücksichtige weder Sinn und Zweck der Regelung noch Systematik und Entstehungsgeschichte des EigZulG. Darüber hinaus sei zu klären, ob Miteigentum von zusammen veranlagten Ehegatten im Rahmen des § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG zusammen zu betrachten und insoweit nur von einem Anspruchsberechtigten auszugehen sei.

Die Revision hatte Erfolg.

### Aus den Gründen:

1. Gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG kann ein Anspruchsberechtigter den Fördergrundbetrag nur entsprechend seinem Miteigentumsanteil in Anspruch nehmen, wenn mehrere Anspruchsberechtigte Eigentümer einer Wohnung sind. Diese Kürzungsregelung gilt grundsätzlich auch für Ehegatten, die die Voraussetzungen für eine Zusammenveranlagung gemäß § 26 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) erfüllen. § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG ist auch in den Fällen anzuwenden, in denen ein Miteigentümer einen weiteren Miteigentumsanteil an einer eigengenutzten Wohnung hinzuerwirbt. Der Fördergrundbetrag kann in diesen Fällen nur in Höhe des neu hinzuerworbenen Miteigentumsanteils in Anspruch genommen werden.

a) Ehegatten können gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG den Fördergrundbetrag nur entsprechend ihrem jeweiligen Miteigentumsanteil an einer Wohnung in Anspruch nehmen, auch wenn bei ihnen die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG vorliegen. Die Ehegatten sind nach dem EigZulG nicht als ein Anspruchsberechtigter zu behandeln.

Gemäß § 1 EigZulG haben unbeschränkt Steuerpflichtige i. S. des EStG Anspruch auf Eigenheimzulage nach der Maßgabe der folgenden Vorschriften des EigZulG. Anspruchsberechtigter ist danach die jeweils einzelne natürliche Person. Bei Ehegatten, die gemeinsam eine Wohnung herstellen oder anschaffen, ist jeder Ehegatte selbständig anspruchsberechtig i. S. des § 1 EigZulG. Sind die Ehegatten Miteigentümer einer Wohnung, kann jeder von ihnen gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG den Fördergrundbetrag nur entsprechend seinem Miteigentumsanteil in Anspruch nehmen (*Wacker*, Eigenheimzulagengesetz, 2. Aufl., § 9 Rdnr. 51; *Wilde*, Eigenheimzulagengesetz § 9 Rdnr. 29 f.; a. A. *Boeker* in *Lademann*, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, § 9 EigZulG Anm. 21, m.w.N.).

Das EigZulG enthält keine § 26b EStG vergleichbare Regelung, die anordnet, dass Ehegatten gemeinsam als ein Anspruchsberechtigter zu behandeln seien. Es fehlt auch eine Verweisung auf § 26b EStG, die eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift im EigZulG ermöglichen würde. Hätte der Gesetzgeber eine eigenständige Anspruchsberechtigung zusammen veranlagter Ehegatten regeln wollen, müsste dies im EigZulG durch eine entsprechende ausdrückliche Anweisung zum Ausdruck kommen.

Aus den verschiedenen Regelungen für Ehegatten in §§ 5, 6, 11 und 13 EigZulG lässt sich ebenfalls nicht entnehmen, dass Ehegatten wie ein Anspruchsberechtigter zu behandeln sind. Es handelt sich vielmehr um Sonderregelungen, die für die

Einkunftsgrenze, die Objektbeschränkung, die Festsetzung und die Auszahlung der Eigenheimzulage den Besonderheiten bei Ehegatten Rechnung tragen. § 5 EigZulG knüpft an den Gesamtbetrag der Einkünfte nach § 2 Abs. 3 EStG an, der für nach § 26b EStG zusammen veranlagte Ehegatten gemeinsam festgestellt wird. § 6 Abs. 2 Satz 2 EigZulG regelt ausschließlich die Frage der Objektbeschränkung, bildet jedoch keine Rechtsgrundlage für eine eigenständige Anspruchsberechtigung von Ehegatten (a.A. *Boeker*, a.a.O.). Zwar gelten die jeweiligen Miteigentumsanteile von Eheleuten an einer zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 EigZulG nicht als selbständige Objekte. Aber bereits für die Eigenheimförderung des § 10e EStG hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass auch im Falle der Zusammenveranlagung von Ehegatten für jeden Miteigentumsanteil selbständig zu prüfen sei, ob die Voraussetzungen der Eigenheimförderung vorliegen (BFH-Entscheidung vom 15.11.1995 X R 59/95, BStBl II 1996, 356). Auch aus § 11 Abs. 6 Satz 3 und § 13 Satz 3 EigZulG lässt sich keine eigenständige Anspruchsberechtigung zusammen veranlagter Ehegatten ableiten. Die besonderen Regelungen über die Festsetzung und Auszahlung der Eigenheimzulage an Ehegatten setzen vielmehr voraus, dass nach der Systematik des EigZulG jeder Ehegatte einen eigenen, auch eigenständig zu prüfenden Anspruch auf Eigenheimzulage hat.

b) Erwirbt ein Anspruchsberechtigter, der bereits zuvor Miteigentümer einer eigengenutzten Wohnung ist, einen weiteren Miteigentumsanteil hinzu, kann er gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG den Fördergrundbetrag nur entsprechend dem neu hinzuerworbenen Miteigentumsanteil in Anspruch nehmen.

Aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG ergibt sich nicht eindeutig, in welchem Umfang ein Anspruchsberechtigter den Fördergrundbetrag in Anspruch nehmen kann, wenn er zu vorhandenem Miteigentum einen weiteren Miteigentumsanteil erwirbt. Zwar ermöglicht die Regelung auch eine Auslegung, dass der Fördergrundbetrag entsprechend dem nach dem Erwerb vorhandenen gesamten Miteigentumsanteil gewährt wird. Der Systematik und dem Zweck des EigZulG entspricht es jedoch, den Fördergrundbetrag nur entsprechend dem jeweils neu hinzuerworbenen Miteigentumsanteil zu gewähren. In den Fällen des Hinzuerwerbs eines Miteigentumsanteils zu einem vorhandenen Eigentumsanteil bleibt die getrennte Anspruchsberechtigung für den jeweiligen Miteigentumsanteil auch dann bestehen, wenn die selbständigen Zulagenobjekte zivilrechtlich durch Anteilsvereinigung untergehen (zum Hinzuerwerb von Miteigentumsanteilen zu Alleineigentum: *Wacker*, a.a.O., Rdnr. 81).

Das EigZulG geht davon aus, dass die Eigenheimzulage – ebenso wie die Steuerbegünstigung gemäß § 10e EStG – generell nur wohnungsbezogen gewährt wird (*Hausen/Kohlrust-Schulz*, Die Eigenheimzulage, 2. Aufl., S. 142 Rdnr. 410; *Kohlrust-Schulz*, Deutsches-Steuerrecht – DStR – 1998, 477, 478; *Fischer-Tobies*, Die Information über Steuer und Wirtschaft – Inf – 1997, 449, 451; *Bartsch*, Betrieb und Wirtschaft – BuW –, 1998, 129). Begünstigt ist gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 EigZulG die Herstellung oder Anschaffung einer Wohnung in einem im Inland belegen eigenen Haus und einer im Inland belegen eigenen Eigentumswohnung. In den Fällen des Miteigentums an einer Wohnung ist jeder Miteigentümer zur anteiligen Inanspruchnahme der Eigenheimzulage berechtigt. Jeder Erwerbsvorgang ist in Miteigentumsfällen bezogen auf den Miteigentumsanteil eigenständig zu werten, mit der Folge eines jeweils eigenständigen Förderzeitraums, einer nur quotalen Zulagengewährung und des grundsätzlich vollen

Objektverbrauchs (*Wacker*, a.a.O., § 2 Rdnr. 70). Dementsprechend regelt § 6 Abs. 2 EigZulG, dass für den Objektverbrauch der Anteil an einer Wohnung einer Wohnung gleichsteht, während § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG sicherstellt, dass der Fördergrundbetrag nur anteilig in Anspruch genommen werden kann. Der enge Zusammenhang zwischen diesen beiden Regelungen wird durch die gleichartige Formulierung der Tatbestandsvoraussetzungen verdeutlicht.

Auch der Zweck des § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG spricht für eine anteilige Gewährung des Fördergrundbetrages bei dem Erwerb eines Miteigentumsanteils zu vorhandenem Miteigentum. Diese Regelung soll sicherstellen, dass bei einer Mehrheit von Miteigentumsanteilen die Eigenheimzulage für jeden Anteilsberechtigten nur entsprechend seinem Miteigentumsanteil gewährt wird. Dadurch soll eine Vervielfältigung des Fördergrundbetrages entsprechend der Anzahl der Anteile verhindert werden. Der Fördergrundbetrag soll wohnungsbezogen nur einmal in voller Höhe gewährt werden. Diesem Zweck entspricht es, jeden Miteigentumsanteil auch für den Fördergrundbetrag eigenständig zu bewerten. Zu Recht weist das BMF darauf hin, dass die Auffassung des FG in vielen Fällen des sukzessiven Erwerbs von Miteigentumsanteilen zu wenig einsichtigen Ergebnissen führt, die auch durch die Kappungsgrenze des § 9 Abs. 6 EigZulG nicht korrigiert werden können (vgl. die Beispiele bei *Stephan*, Der Betrieb – DB – 1996, 2458).

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, ein Systembruch liege vor, weil die Kürzung dazu führen kann, dass die gewährte Eigenheimzulage unter dem bei der Anschaffung von Genossenschaftsanteilen nach § 17 EigZulG festgelegten Förderbetrag liegt. Die Eigenheimzulage bei Anschaffung von Genossenschaftsanteilen stellt einen eigenständigen Subventionstatbestand dar, der dem Regelungssystem des EigZulG fremd ist (*Wacker*, a.a.O., § 17 Rdnr. 2; *Hausen/Kohlrust-Schulz*, a.a.O., Rdnr. 532; *Wilde*, a.a.O., § 17 Rdnr. 3). Eine systemwidrige Vorschrift kann jedoch nicht als Maßstab für die Systemgerechtigkeit einer anderen Regelung herangezogen werden.

Das Ergebnis wird durch die Entstehungsgeschichte des § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG bestätigt. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass die bisherigen Rechtsgrundsätze für Miteigentumsanteile unverändert übernommen werden sollten. In der Begründung zu § 9 EigZulG heißt es: „Miteigentümer einer Wohnung können entsprechend der zu § 10e EStG geltenden Rechtslage den Fördergrundbetrag im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile in Anspruch nehmen“ (BRDrucks 498/95, S. 35). Zu § 10e EStG hat der BFH entschieden, dass Miteigentumsanteile für die Steuerbegünstigung auch dann selbständige Objekte bleiben, wenn sie zivilrechtlich durch Anteilsvereinigung untergehen (BFH-Urteil vom 10.7.1996, X R 72/93, BStBl II 1998, 111). Danach käme eine Steuerbegünstigung auch nur in Höhe der neu hinzuerworbenen Miteigentumsanteile in Betracht.

2. Danach ist das Urteil des FG aufzuheben und die Klage abzuweisen. Das FA hat den Klägern zu Recht den Fördergrundbetrag nur entsprechend den neu hinzuerworbenen Miteigentumsanteilen gewährt.

Die Kläger haben jeweils nur  $\frac{1}{4}$  Miteigentumsanteil an dem Grundstück in H. neu hinzuerworben. Bei der Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft des Klägers und seiner Mutter sind auf den Kläger  $\frac{3}{4}$  und auf die Klägerin  $\frac{1}{4}$  des Grundstücks übertragen worden. Da der Kläger bereits zuvor an der Gütergemeinschaft beteiligt war, hat er lediglich

1/4 Miteigentumsanteil neu hinzuerworben; zur Hälfte stand das Hausgrundstück bereits vor Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft im Eigentum des Klägers.

Gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG können die Kläger den Fördergrundbetrag nur entsprechend diesen neu hinzuerworbenen Miteigentumsanteilen in Anspruch nehmen. Sie haben nach § 9 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 9 Abs. 2 Satz 2 EigZulG Anspruch auf jeweils ein Viertel des Fördergrundbetrages von 2 500 DM. Da die Kläger Ehegatten sind, hat das FA zu Recht die Eigenheimzulage gemäß § 11 Abs. 6 Satz 3 EigZulG gemeinsam auf die Hälfte des Fördergrundbetrages festgesetzt.

### Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. auch den Beitrag von *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 206.

29. EStG § 15 Abs. 2 (*Gewerblicher Grundstückshandel bei Mehrfamilienhaus*)

- Objekt im Sinne der von der Rechtsprechung entwickelten sog. Drei-Objekt-Grenze zur Abgrenzung einer privaten Vermögensverwaltung vom gewerblichen Grundstückshandel kann auch ein Mehrfamilienhaus sein (Anschluss an BFH-Urteil vom 18.5.1999 I R 118/97, BStBl II 2000,28 [= MittBayNot 1999, 589]; gegen Tz. 9 des BMF-Schreibens vom 20.12.1990 IV B 2 – S 2240-61/90, BStBl I 1990, 884 [= MittBayNot 1991, 182], und BMF-Schreiben vom 21.1.2000 IV C 2 – S 2240 – 2/00, BStBl I 2000, 133 [= MittBayNot 2000, 152]).**
- War das verkaufte Grundstück im Wege der Erbfolge auf den Veräußerer übergegangen, ist hinsichtlich der Frage des sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs zwischen Anschaffung und Veräußerung die Besitzdauer des Erblassers grundsätzlich nicht wie eine eigene Besitzzeit des Veräußerers zu werten (gegen Tz. 2 des BMF-Schreibens in BStBl I 1990, 884).**

BFH, Urteil vom 15.3.2000 – X R 130/97 –

#### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) hatte von ihrer am 1.4.1989 verstorbenen Mutter den hälftigen Anteil an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) geerbt, zu deren Gesamthandsvermögen fünf in der M-Straße in B belegene Eigentumswohnungen gehörten. Diesen Anteil veräußerte sie am 1. 12.1989 zum Kaufpreis von 380 000 DM. Die Mutter hatte den Gesellschaftsanteil am 22.9.1988 zum Preis von 223 000 DM angeschafft.

Die Brüder der Klägerin haben die Erbschaft nach ihrer Mutter ausgeschlagen. Hierzu hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Finanzgericht (FG) und vor dem Senat unwidersprochen vorgetragen: Nach Eintritt des Erbfalls habe sie die Angelegenheiten ihrer vier Brüder regeln müssen. Diese hätten in schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen gelebt; sie seien ehemalige Sonderschüler und hätten teilweise keinen festen Wohnsitz. Die Brüder hätten auf Vorschlag des Nachlassgerichts das Erbe zu ihren, der Klägerin, Gunsten ausgeschlagen. Dadurch habe sie die Möglichkeit gehabt, die Anteile an den Wohnungen in der M-Straße zu veräußern. Sie habe dann ihren Brüdern „deren Anteile am Verkaufserlös“ ausgezahlt und zahle ihnen noch auf ihr Erbe Raten, da diese nicht nüt Geld umgehen könnten. Hierzu hat der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) erklärt, der festgestellte Gewinn aus Gewerbebetrieb könne gemindert werden, „wenn die Klägerin die an ihre Brüder gezahlten Beträge nachweist“.

Außerdem erwarb und veräußerte die Klägerin folgende Objekte:

		Ankauf	Verkauf
Eigentumswohnung	H 65	12.3.1987	29.9.1989
	in K	45 000DM	117 000DM
	F 15	30.11.1989	18.7.1990
	in M	83 000 DM	95 000 DM
Mietwohngrundstück (Mehrfamilienhaus)	W 4	1.7.1990	14.8.1992
	in S	300 000 DM	460 000 DM

Das FA vertrat die Auffassung, mit den vier Verkäufen innerhalb von fünf Jahren habe die Klägerin einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben, und erließ für die Streitjahre 1989, 1990 und 1992 Gewinnfeststellungsbescheide. Die hiergegen eingelegten Einsprüche hatten nur hinsichtlich der Höhe der festgestellten Gewinne teilweise Erfolg.

Das FG hat der Klage stattgegeben.

Die vom FA eingelegte Revision blieb ohne Erfolg.

#### Aus den Gründen:

1. Das FG hat rechtsfehlerfrei entschieden, dass die Klägerin mit der Anschaffung und Veräußerung der hier fraglichen Grundstücke keinen gewerblichen Grundstückshandel betrieben hat. Die Klägerin hat weniger als vier Objekte angeschafft und verkauft. Das Mehrfamilienhaus in S ist ein Objekt i.S. der Drei-Objekt-Grenze (unten 3.). Hinsichtlich des von der Mutter ererbten Anteils an der grundstücksbesitzenden GbR (M-Straße) sind der Klägerin die Anschaffung durch ihre Mutter sowie deren Vorbesitz für eine Beurteilung am Maßstab des § 15 EStG nicht zuzurechnen (unten 4.). Die Klägerin hat die Anteile ihrer Brüder nicht zur Veräußerung für eigene Rechnung erworben (unten 5.).

2. Hinsichtlich der Besteuerung von Grundstücksgeschäften als gewerblicher Grundstückshandel geht der Senat von den folgenden Grundsätzen aus:

a) Nach § 15 Abs. 2 EStG ist Gewerbebetrieb eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Tätigkeit anzusehen ist. Außerdem darf es sich nicht um private Vermögensverwaltung handeln (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 25.6.1984 GrS 4/82, BStBl II 1984, 751). Die Absicht, gewerbliche Gewinne zu erzielen, muss durch eine Tätigkeit verfolgt werden, die nach allgemeiner Auffassung als unternehmerisch gewertet wird (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 17.1.1972 GrS 10/70, BStBl II 1972, 700, unter II. 2.). Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und der nicht steuerbaren Sphäre ist auf das Gesamtbild der Verhältnisse und auf die Verkehrsanschauung abzustellen. In Zweifelsfällen ist maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 3.7.1995 GrS 1/93, BStBl II 1995, 617, unter C. I.). Nach ständiger Rechtsprechung des BFH wird die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten, wenn die Ausnutzung substanzieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund tritt (Beschluss in BStBl II 1995, 617, unter C. I.).

b) Der Große Senat des BFH hat in seinem Beschluss in BStBl II 1995, 617 (unter C. II. 2.) entschieden: Die „Zahl der Objekte und der zeitliche Abstand der maßgebenden Tätigkeiten (Anschaffung, Bebauung, Verkauf) haben für die Beurteilung am Maßstab des § 15 EStG eine indizielle Bedeutung. Die von der Rechtsprechung entwickelten Beweisanzeichen dienen dem Zweck, eine die Gleichheit der Rechtsanwendung gewährleistende Zuordnung zum ‚Bild des Gewerbebetriebes‘ – der Handel mit Grundstücken durch marktmäßigen Umschlag erheblicher Sachwerte sowie die Bauunternehmung – bzw. zur privaten Vermögensverwaltung zu ermöglichen.“ Nach Auffassung des Großen Senats ist eine nichtsteuerbare Vermögensverwaltung „im Regelfall dann anzunehmen, wenn nicht mehr als drei Wohneinheiten angeschafft und veräußert werden“.

c) Die nachfolgende Rechtsprechung hat die rechtstraditionelle Unterscheidung zwischen dem Handel mit Grundstücken und der gewerblichen Wertschöpfung nach Art eines Bauunternehmers/Bauträgers betont. Hiernach begründen der Ankauf zweier Grundstücke, die Bebauung mit zwei Supermärkten in Verkaufsabsicht und die zeitnahe Veräußerung eine gewerbliche Wertschöpfung und damit einen Gewerbebetrieb (Senatsurteil vom 24.1.1996 X R 255/93, BStBl II 1996, 303), desgleichen der Ankauf eines Grundstücks, die Bebauung mit einem Sechsfamilienhaus in Veräußerungsabsicht und dessen zeitnahe Veräußerung (Senatsurteil vom 14.1.1998 X R 1/96, BStBl II 1998, 346 [= MittBayNot 1998, 375]). Ob auch die Errichtung und Veräußerung von bis zu drei Wohneinheiten als bauunternehmerische Wertschöpfung zu gewerblichen Einkünften führt oder wegen der niedrigen Objektzahl zur privaten Vermögensverwaltung gehört, ist Gegenstand der Anfrage des erkennenden Senats an den Großen Senat des BFH (Beschluss vom 29.10.1997 X R 183/96, BStBl II 1998, 332 [= MittBayNot 1998, 206]).

3. Dies vorausgesetzt, hat der An- und Verkauf des Grundstücks in S im Rahmen der für die Annahme eines Handels mit Grundstücken grundsätzlich erforderlichen „Objekt-Zählung“ ungeachtet dessen kein höheres quantitatives oder qualitatives Gewicht, dass keine Wohneinheit, sondern ein Mehrfamilienhaus angeschafft und veräußert worden ist.

a) Die auch im vorliegenden Verfahren entscheidungserhebliche Rechtsfrage, ob für den An- und Verkauf („Durchhandeln“ ohne zwischenzeitliche gewerbliche Wertschöpfung) von anderen Grundstücken als Wohneinheiten ebenfalls die Drei-Objekt-Grenze gilt oder ob beispielsweise der An- und Verkauf von zwei Wohneinheiten und zusätzlich eines Mehrfamilienhauses gewerblich sein kann, war bisher offen geblieben (BFH-Entscheidungen vom 20.11.1990 VIII B 102/89, BFH/NV 1991, 304; vom 12.7.1991 III R 47/88, BStBl II 1992, 143, unter 1. a bb; vom 10.11.1992 VIII R 100/90, BFH/NV 1993, 538, unter 2. a; vom 15.12.1992 VIII R 9/90, BFH/NV 1993, 656, unter 2. a; vom 23.4.1996 VIII R 27/94, BFH/NV 1997, 170, unter 1 b dd; in BStBl II 1998, 346; vom 22.4.1998 IV B 19/98, BStBl II 1999, 295). Auch der Große Senat hat im Beschluss in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 (unter C. II. 1.) im Zusammenhang mit der Drei-Objekt-Grenze den Begriff „Wohneinheiten“ durch Aufzählung von Ein- und Zweifamilienhäusern und Eigentumswohnungen erläutert; er hat aber nicht erkennen lassen, ob diese Aufzählung abschließend sein soll. Die FG nehmen überwiegend an, dass Objekte im Sinne der Drei-Objekt-Grenze auch Mehrfamilienhäuser sein können (FG Münster, Urteil vom 19.9.1995 11 K 5915/92 E, EFG 1996, 268; FG Berlin, Urteile vom 9.9.1996 IX 317/95, EFG 1997, 533; vom 9.6.1997 VIII

128/94, EFG 1998, 52; FG Münster, Urteil vom 21.4.1999 13 K 799/94 F u. a., EFG 1999, 1013).

b) Der 1. Senat des BFH hat mit Urteil in BFHE 188, 561, BStBl II 2000, 28 gegen die Auffassung des BMF (Schreiben in BStBl I 1990, 884) entschieden, dass Objekte im Sinne der sog. Drei-Objekt-Grenze Mehrfamilienhäuser und Gewerbebauten sein können. Im Rahmen der gebotenen „normausfüllenden Typisierung“ komme es weder auf die Größe und den Wert des einzelnen Objekts noch auf dessen Nutzungsart an. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf die Entscheidung Bezug genommen. Die Finanzverwaltung wendet dieses Urteil „über den entschiedenen Einzelfall hinaus zunächst nicht allgemein an“ (BMF-Schreiben in BStBl I 2000, 133 [= MittBayNot 2000, 152]).

c) Der erkennende Senat schließt sich der Rechtsauffassung des I. Senats in BStBl II 2000, 28 [= MittBayNot 1999, 589] an und bemerkt zusätzlich:

aa) Bereits das Preußische Oberverwaltungsgericht (Preuß. OVG) hat den *Handel mit Grundstücken* als fortgesetzte berufsmäßige Tätigkeit mit der Absicht der Wiederholung und der Gewinnerzielung, mithin als Gewerbebetrieb i.S. von § 1 des Preußischen Gewerbesteuergesetzes vom 24.6.1891 (Gesetzes-Sammlung 1891, 205) angesehen (vgl. Preuß. OVG, Entscheidung vom 28.11.1901 VI. G. 98-100/01, PrOVG (St) 10, 388: „feststehende Praxis des Gerichtshofes“; ausführlich *Fuisting*, Die Preußischen direkten Steuern, 1906, Bd. III, 18 ff.; *Strutz* Kommentar zum Einkommensteuergesetz 1925, Bd. I (1927), § 6 Anm. 17. Der Handel wurde umschrieben als „die der Vermittlung des Güterumlaufs zugewendete Erwerbstätigkeit; zu seinem Wesen gehört der Kauf oder die sonstige Anschaffung von Sachen zum Zwecke der Weiterveräußerung in gleichem Zustande oder nach weiterer Be- oder Verarbeitung“. Steuerbarer Grundstückshandel war ferner möglich aufgrund eines nach Erwerb gefassten, aus schlüssigen Tatsachen gefolgerten Entschlusses, „Grundbesitz als Ware zu behandeln“ (Preuß. OVG, Entscheidung vom 3.10.1896 VI. G. 271/96, PrOVG (St) 5, 430, 432 f., Hervorhebung im Original). Sachlich übereinstimmend hiermit hat es der Reichsfinanzhof (RFH) als entscheidend angesehen, „ob Grundstücke zur Ware geworden sind“ (RFH-Urteil vom 16.1.1923 I A 236/22, RFHE 11, 249, 254 f.; ferner RFH-Entscheidung vom 8.11.1937 VI 640/37, RStBl 1938, 485, Steuer und Wirtschaft – StuW – 1938 Nr. 129). Nach Auffassung des RFH ist der gewerbliche Grundstückshandel „planmäßig auf die Wiederveräußerung der angeschafften Grundstücke gerichtet“ (RFH-Urteil vom 5.10.1938 VI 422/38, RStBl 1939, 158). Der Grundstückshändler ist auf den raschen Umschlag seiner Ware bedacht (BFH-Urteil vom 17.3.1981 VIII R 149/78, BStBl II 1981, 522). Eine private Vermögensverwaltung liegt nicht vor, wenn „durch unternehmerisches Handeln Wohnungen wie Waren umgesetzt werden“ (BFH-Urteil vom 30.11.1982 VIII R 23/81, nicht veröffentlicht – NV –). Der BFH kennzeichnet den Grundstückshandel als „häufigen und kurzfristigen marktgebäuglichen Umschlag erheblicher Sachwerte“ (BFH-Urteil vom 28.4.1988 IV R 102/86, BFH/NV 1989, 101, 102, m.w.N.; vgl. ferner Urteile vom 23.10.1975 VIII R 60/70, BStBl II 1976, 152; vom 28.6.1984 IV R 156/81, BStBl II 1984, 798; vom 17.2.1993 X R 108/90, BFH/NV 1994, 84); der Große Senat hat diese Formel fortgeführt (Beschluss in BStBl II 1995, 617, unter C. II. 2.).

bb) Aufgrund dieser langjährigen Rechtsprechung hat das „Bild des gewerblichen Handelns mit Grundstücken“ rechtli-

che Konturen erhalten, die zunächst durch § 1 Abs. 1 der Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung (GewStDV) a.F. und später durch § 15 Abs. 2 EStG i.d.F. ab 1984 tatbestandlich verdeutlicht wurden. Beide Vorschriften bezweckten letztlich, in der sozialen Wirklichkeit vorgefundene, durch eine konkrete und nicht lediglich fiktive Verkehrsanschauung geprägte „typische“ Gewerbebetriebe steuerrechtlich zu erfassen. Vorliegend geht es um den Händler, der neben dem Produzenten (Erzeuger) und dem Dienstleistenden (vgl. Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern 77/388/EWG – Richtlinie 77/388/EWG –) zu den „Urbildern“ des Gewerbetreibenden gehört (vgl. – zum Bauunternehmer als dem „Urbild“ des auf dem Grundstücksmarkt tätigen Produzenten – Senatsurteil in BStBl II 1996, 303).

cc) Mit diesem Inhalt ist der steuerrechtliche Tatbestand „Einkünfte aus Gewerbebetrieb“ nicht verfassungswidrig unbestimmt, und zwar ungeachtet dessen, dass die Auslegung des § 15 Abs. 2 EStG angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhalte und auch des Entstehens neuer „Berufsbilder“ eine eindeutige Vorhersehbarkeit des Ergebnisses ausschließt (vgl. zum Typus des Arbeitnehmers Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – BVerfG – vom 20.5.1996 1 BvR 21/96, Neue Juristische Wochenschrift – NJW – 1996, 2644). Denn der Gewerbebetrieb i.S. des § 15 Abs. 2 EStG erhält rechtliche Konturen auch durch den Gegentypus der privaten Vermögensverwaltung. Selbst hohe Veräußerungsgewinne können im steuerrechtlichen Sinne „privat“ und damit nichtsteuerbar sein. Der Entscheidung des I. Senats in BStBl II 2000, 28 [= MittBayNot 1999, 5891] ist darin zu folgen, dass die hier erörterte Konkretisierung des gesetzlichen Tatbestandes auch vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Entscheidung bewältigt werden muss, dass Gewinne aus privat verwaltetem Vermögen – vorbehaltlich der §§ 17, 23 EStG – nicht der Einkommensteuer unterliegen. Hiergegen kann nicht mit Erfolg vorgebracht werden, dass § 14 Satz 3 der Abgabenordnung (AO 1977) als „typische“ Vermögensverwaltung nur die verzinsliche Anlage von Kapitalvermögen und die Vermietung und Verpachtung von unbeweglichem Vermögen erwähnt. Auch die Veräußerung gehört zum „Bild“ der Vermögensverwaltung. Veräußerungsgewinne können, wie die amtliche Überschrift des § 23 EStG in der ab 1. 1. 1999 geltenden Fassung bestätigt, „privat“ sein. Daher begründen die Parzellierung eines unbebauten Grundstücks oder die Aufteilung eines Mietwohngrundstücks in Eigentumswohnungen – und deren *Veräußerung* für sich allein – wenn diese Immobilien nicht in zumindest bedingter Veräußerungsabsicht erworben worden waren – unabhängig von der Zahl der Veräußerungsfälle und von der Branchennähe des Steuerpflichtigen (BFH-Urteil vom 12.3.1964 IV 136/61 S, BStBl III 1964, 364) grundsätzlich keinen gewerblichen Grundstückshandel (BFH-Urteile vom 22.10.1969, I R 61/68, BStBl II 1970, 61; vom 10.8.1983 I R 120/80 BStBl II 1984, 137; vom 23.10.1987 III R 275/83, BStBl II 1988, 293; vom 5.9.1990 R 107-108/89, BStBl II 1990 1060; vom 4.6.1992 IV R 79/91 BFH/NV 1992, 809, m.w.N.). Denn zur privaten Vermögensverwaltung gehören auch der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken, wenn diese beiden Vorgänge den Beginn und das Ende einer in erster Linie auf Fruchtziehung gerichteten Tätigkeit darstellen. Der letzte Akt der privaten Vermögensverwaltung kann darin bestehen, dass der Inhaber das Vermögen – ggf. in zahlreichen Teilakten – veräußert (Urteil in BStBl II 1984, 137). Bezogen auf den Streitfall stellt sich die entscheidungserhebliche Rechtsfrage dahin, ob mit der Anschaffung und Veräußerung zweier Wohnobjekte und eines Mehrfamilien-

hauses drei mangels Erfüllung des Tatbestands des § 23 EStG nichtsteuerbare private Veräußerungsgeschäfte oder aber ein gewerblicher Handel mit Grundstücken anzunehmen ist.

dd) Zum „Bild des Handels“ gehört die tatsächlich durchgeführte oder – im Fall des erfolglosen Händlers – zumindest angestrebte Umschlagshäufigkeit. Für die steuerrechtliche Einordnung als Gewerbebetrieb oder private Vermögensverwaltung ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, ob eine Tätigkeit auf „die Veräußerung“ z.B. eines gemischtgenutzten Grundstücks oder eines Zweifamilienhauses gerichtet ist; Art und Nutzung des Grundstücks lassen keinen Schluss auf die Intensität und den Umfang der „Tätigkeiten des Veräußerers“ zu (BFH-Beschluss vom 2.9.1992 XI R 21/91, BStBl II 1993, 668; zustimmende Anmerkung von *Gosch* Die steuerliche Betriebsprüfung 1993, 260, 262). Nach Auffassung des I. Senats des BFH (Urteil in BStBl II 2000, 28) kann die gesetzgeberische Grundentscheidung, private Veräußerungsgewinne unbesteuert zu lassen, im Allgemeinen nicht davon abhängen, ob das jeweilige Veräußerungsobjekt besonders aufwendig erichtet, besonders groß oder besonders wertvoll ist. Der I. Senat begründet dies wie folgt: „Ausschlaggebend kann vielmehr immer nur sein, ob die Grenze zur Gewerblichkeit aufgrund der mit dem Veräußerungsvorgang verbundenen Tätigkeit des Steuerpflichtigen überschritten ist, mit anderen Worten, ob diese Tätigkeit über eine bloße Vermögensverwaltung hinausgeht.“ Dem schließt sich der erkennende Senat an.

ee) Die Tätigkeit, soll sie gewerblich i.S. des § 15 Abs. 2 EStG sein, muss schon im Hinblick auf den Tatbestand der Nachhaltigkeit (§ 15 Abs. 2 EStG) quantifiziert werden. Zur Festlegung einer Mindestgrenze für die im Gesetz vorausgesetzte „Häufigkeit des Warenumschlages“ hat die Rechtsprechung die Grundsätze der Drei-Objekt-Grenze entwickelt. Deren sachlicher Geltungsbereich kann nicht ohne Rücksicht auf den gesetzlichen Tatbestand bestimmt werden. Die Rechtsgrundsätze zum sachlichen und zeitlichen Zusammenhang beim bloßen Handel mit mindestens vier Objekten sind das Ergebnis einer am „Bild des Händlers“ orientierten Auslegung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale „nachhaltig“ und „Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr“ (Senatsbeschluss in BStBl II 1998, 332). Wegen dieser normativen Herleitung hat die Quantifizierung mittels der Drei-Objekt-Grenze nicht lediglich eine Vereinfachungsfunktion, die bei mutmaßlich größeren Steuerfällen aufgegeben werden könnte.

ff) Das BMF macht geltend, die „Ausdehnung“ der Drei-Objekt-Grenze auf andere Grundstücke als Wohneinheiten habe letztlich den Charakter einer „in der Vereinfachung begründeten“ sachlichen Steuerbefreiung der Art, wie sie nur der Gesetzgeber selbst gewähren könne. Denn bei der Veräußerung von bis zu drei Objekten finde eine Rechtsprüfung hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale eines Gewerbebetriebs nicht mehr statt. Dieser Vortrag setzt indes gedanklich voraus, dass der An- und Verkauf von weniger als vier Objekten grundsätzlich den Tatbestand des § 15 Abs. 2 EStG erfüllt. Dies ist aber wie vorstehend dargelegt nicht der Fall. Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand, vor „Einführung der Drei-Objekt-Grenze“ habe diese Rechtsprüfung auch schon bei der Veräußerung von weniger als drei Objekten eingesetzt. Dies war nach Auffassung des erkennenden Senats schon deswegen erforderlich, weil überwiegend nicht zwischen den Fällen des eigentlichen Grundstücks-„Handels“ und der produzierenden Wertschöpfung auf dem Grundstücksmarkt unterschieden wurde. Ungeachtet dessen kann auch nach der derzeitigen Rechtsprechung des BFH Gewerblichkeit bei einem An- und Verkauf von weniger als vier Objekten vorliegen (unten d).

gg) Die Art des Objekts gibt für die Auslegung des § 15 Abs. 2 EStG prinzipiell nichts her. Anschaffung und Veräußerung von Wohneinheiten und anderer Grundstücke sind im Regelfall nicht nur hinsichtlich des Umfangs der steuerlich relevanten Betätigung vergleichbar. Auch hinsichtlich der Wertverhältnisse und dementsprechend der möglichen Verwertungsgewinne bestehen nur tendenziell Unterschiede zwischen einzelnen Arten von Grundstücken, die indes die von der Finanzverwaltung befürwortete Grenzziehung nicht rechtfertigen. Zwar wird ein Hotelgrundstück im Regelfall wertvoller sein als ein mit einem Zweifamilienhaus bebautes Grundstück; zwingend ist dies indes nicht. Wie der zu beurteilende Sachverhalt zeigt, kann ein in einer strukturschwachen Region belegenes Mehrfamilienhaus weniger wertvoll sein als eine Eigentumswohnung in einem prosperierenden Ballungsgebiet. Eine als Zweifamilienhaus bewertete Villa kann einen höheren Marktwert haben als ein schlichter Bürobau. Für Gewerbe- und Fabrikgrundstücke jedweder Art gibt es ohnehin keine eine Typisierung tragende Vermutung für die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Wertkategorie.

hh) Eine Zweiteilung in Wohneinheiten und andere Grundstücke wäre daher auch nicht aufgrund typisierender Annahmen und im Hinblick auf eine wünschenswerte Vereinfachung des Steuerrechts und Praktikabilität der Steuererhebung gerechtfertigt. Zwar muss jede gesetzliche Regelung notwendigerweise verallgemeinern. Vor allem bei der Ordnung von Massenerscheinungen ist der Gesetzgeber berechtigt, die Vielzahl der Einzelfälle in dem Gesamtbild zu erfassen, das nach den ihm vorliegenden Erfahrungen die regelungsbedürftigen Sachverhalte zutreffend wiedergibt. Auf dieser Grundlage darf er generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, ohne wegen der damit un vermeidlich verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen (BVerfG-Beschluss vom 11.11.1998 2 BvL 10/95, BStBl II 1999, 502, unter C. I.). Dabei entstehende Härten und Ungerechtigkeiten müssen hingenommen werden, wenn die Benachteiligung nur eine kleine Zahl von Personen betrifft und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist. Stehen die wirtschaftlichen Folgen einer solchen Regelung jedoch in einem Missverhältnis zu den mit der Typisierung verbundenen Vorteilen, so genügt diese dem Maßstab des Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) nicht (BVerfG-Beschluss vom 15.7.1998 1 BvR 1554/89 u. a., BVerfGE 98, 365, 386, m.w.N. der Rechtsprechung des BVerfG). Auch bei einer Typisierung unterliegt der Gesetzgeber einer strengeren Bindung, wenn sich die Regelung auf die Ausübung eines Grundrechts auswirken kann (BVerfGE 98, 365, 385).

Diese verfassungsrechtlich gebotenen Grenzen einer Typisierung gelten erst recht für die richterrechtliche Konkretisierung des Gesetzes. Dies bedeutet für den Streitfall ebenso wie für vergleichbare „Normalfälle“, dass eine typisierende Unterscheidung zwischen Wohneinheiten und anderen Grundstücken keine verlässliche, weil im Regelfall zutreffende Zuordnung zum „Bild des Handels mit Grundstücken“ gewährleistet. Die genannte Unterscheidung ist nicht einmal geeignet, „typisierend auch quantitative Gesichtspunkte – wie die mögliche Höhe des Veräußerungsgewinns – einzubeziehen“. Eine Typisierung wie die hier zu beurteilende, die auf nur tendenziell sachadäquate, weil nicht am allgemein verständlichen Belastungsgrund des Steuertatbestandes orientierte Gattungsmerkmale abhebt, ist in Anbetracht des mit der Steuerauswirkung verbundenen erheblichen Grundrechtseingriffs nicht hinnehmbar. Eine Vereinfachung des Steuerrechts wird ohnehin nur erreicht, wenn man alle Objekte in die Drei-

Objekt-Grenze einbezieht (vgl. *Gast-de Haan*, Deutsche Steuerzeitung – DSTZ – 1992, 289, 290).

ii) Das Anliegen der Finanzverwaltung ist letztlich darauf gerichtet, mit den Verwertungsgewinnen aus dem An- und Verkauf von „Mehrfamilienhäusern, Büro-, Hotel- und Fabrikgrundstücken“ solche Grundstücksgeschäfte steuerlich zu erfassen, bei denen „sehr hohe Veräußerungsgewinne entstehen“. Dieses Anliegen einer Verbreiterung der Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer mag im Interesse einer gerechten Erfassung steuerlicher Leistungsfähigkeit rechtspolitisch berechtigt sein. Ihm kann indes aus den genannten Gründen nach der Systematik des geltenden Rechts nicht Rechnung getragen werden. Für eine tatbestandliche Abgrenzung des Gewerbebetriebs von der privaten Vermögensverwaltung, durch welche vor allem die fiskalisch lohnenden Fälle steuerlich erfasst werden, bedarf es eines Dictums des Gesetzgebers (vgl. BVerfG-Urteil vom 24.1.1962 1 BvR 232/60, BVerfGE 13, 318, 328). Indes hatte der Gesetzgeber bis zum Jahre 1999 in Kenntnis der Problematik und der fiskalischen Ergiebigkeit einer Besteuerung von Wertsteigerungen im privaten Immobilienvermögen keinen entsprechenden Steuertatbestand geschaffen. Die Rechtsprechung ist wegen ihrer Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) hierzu nicht befugt.

d) Im Hinblick auf das Vorbringen des BMF bemerkt der Senat klarstellend, dass die Rechtsprechung des BFH zur Gewerblichkeit des Handels bei An- und Verkauf von weniger als vier Objekten nach wie vor Gültigkeit hat. Hierbei handelt es sich u. a. um die folgenden rechtlichen Aussagen:

- Das Merkmal der Nachhaltigkeit ist zwar bei einer Mehrzahl von Handlungen im Gegensatz zu einer einmaligen Handlung im Regelfall zu bejahen (BFH-Urteil vom 11.4.1989 VIII R 266/84, BStBl II 1989, 621, m.w.N.). Eine einmalige Tätigkeit kann aber nachhaltig sein, wenn sie in der Absicht ausgeübt wird, sie zu wiederholen, und wenn sich die Tätigkeit auf andere Weise als durch tatsächliche Wiederholung als nachhaltig darstellt (BFH-Urteile vom 28.4.1977 IV R 98/73, BStBl II 1977, 728; vom 4.3.1993 IV R 28/92, BFH/NV 1993, 728).

- Bei einem einzigen Verkauf mehrerer Wohnobjekte oder Grundstücke ist Nachhaltigkeit anerkannt worden, wenn sich aus anderen objektiven Umständen ergab, dass noch weitere Grundstücksgeschäfte geplant waren (BFH-Urteil in BStBl II 1992, 143; s. ferner Urteil vom 21.11.1989 VIII R 19/85, BFH/NV 1990, 625).

- Nachhaltig kann das erfolglose Verkaufsbemühen sein, wenn das in Absicht der Weiterveräußerung erworbene Grundstück an den Veräußerer zurückübertragen werden muss. Der BFH erachtete es als entscheidend, dass Grundstücke am Immobilienmarkt mehrmals angeboten worden waren (BFH-Urteil vom 7.4.1992 VIII R 34/91, BFH/NV 1992, 797). Diese Entscheidung betrifft den Bereich des Scheiterns eines beabsichtigten Grundstückshandels, der – ebenso wie die beabsichtigte unternehmerische Tätigkeit i.S. des § 2 Abs. 1 Satz 3 UStG bzw. die wirtschaftliche Tätigkeit i.S. des Art. 4 der Richtlinie 77/388/EWG, die nicht zu Umsätzen führt. (Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften – EuGH – vom 29.2.1996 Rs C-110/94, INZO, Slg. 1996, I-857, BStBl II 1996, 655) – steuerrechtlich bedeutsam sein kann.

- Bei einem beginnenden Grundstückshandel kann sich die ganze Geschäftstätigkeit zunächst auf den Verkauf eines einzigen Grundstücks konzentrieren (BFH-Urteil in

BFH/NV 1990, 625, zu einem „abgebrochenen“ Grundstückshandel).

– Als nachhaltig beurteilt wurde auch das Bemühen um Einzelverkäufe, das zu einem Verkauf an einen einzigen Erwerber führt (Urteil in BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143).

Generell wird Veranlassung bestehen, bei der Anschaffung und zeitnahen Veräußerung von Großobjekten zu prüfen, ob nicht Anzeichen dafür vorliegen, dass noch weitere Grundstücke angeschafft und veräußert werden sollen. Diese Absicht kann auch durch die Art und Weise indiziert werden, mit welcher der Steuerpflichtige auf dem Grundstücksmarkt auftritt.

4. Der Erwerb des erbrechtlich der Klägerin zustehenden Anteils an der grundstücksbesitzenden GbR (M-Straße) kraft Gesamtrechtsnachfolge ist kein Erwerb eines Objekts i. S. der Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel. Auch kann der Klägerin die Anschaffung des Gesellschaftsanteils durch die Mutter nicht mit tatbestandsbegründender Wirkung zugerechnet werden. Der Senat folgt im rechtlichen Ausgangspunkt nicht der vom BMF in seinem Schreiben in BStBl I 1990, 884 [= MittBayNot 1991, 182] (Tz. 2) vertretenen Auffassung.

a) Für die Gesamtrechtsnachfolge bestimmt § 45 AO 1977, dass die Forderungen und Schulden aus dem Steuerschuldverhältnis auf den Rechtsnachfolger übergehen. Der BFH vertritt darüber hinaus die Auffassung, der Gesamtrechtsnachfolger trete grundsätzlich materiell-rechtlich und verfahrensrechtlich in die abgabenrechtliche Stellung des Rechtsvorgängers ein. Indes sind höchstpersönliche Verhältnisse oder Umstände, die unlösbar mit der Person des Rechtsvorgängers verknüpft sind (z.B. bestimmte für einen Besteuerungs- oder Begünstigungstatbestand erhebliche Eigenschaften) von der Zurechnung ausgeschlossen (BFH-Urteil vom 11.11.1971 V R 111/68, BStBl II 1972, 80).

b) Nach der Rechtsprechung des BFH sind nur solche Objekte in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen, hinsichtlich derer eine zumindest bedingte Veräußerungsabsicht festgestellt werden kann (Urteile vom 23.2.1977 I R 28/75, BStBl II 1977, 552; vom 3.6.1987 III R 209/83, BStBl II 1988, 277; vom 14.3.1989 VIII R 373/83, BFH/NV 1990, 38). Nur diejenigen Grundstücksgeschäfte sind als gewerblich zu beurteilen, die in einem solchen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zueinander stehen, dass der Schluss auf einen einheitlichen gewerblichen Betätigungswillen möglich ist (Großer Senat des BFH in BStBl II 1995, 617, unter C. II. 2.; BFH-Beschluss vom 31.7.1996 III B 38/96, BFH/NV 1997, 229, ständige Rechtsprechung). Der sachliche Zusammenhang zwischen den einzelnen Geschäften wird durch die einen Gewerbebetrieb kennzeichnenden Merkmale – selbständige und nachhaltige Betätigung, mit Gewinnerzielungsabsicht, unter Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr – hergestellt (BFH-Urteil in BFH/NV 1993, 656). Der gewerbliche Betätigungswille muss bei dem ersten der in die Gesamtwürdigung einzubeziehenden Veräußerungsvorgänge vorliegen (BFH-Urteile vom 13.1.1993 X R 139/90, BFH/NV 1993, 474; vom 6.7.1999 VIII R 17/97, BFH/NV 2000, 103). Die rechtlich erforderliche Gesamtschau kann nicht nachträglich einen gewerblichen Grundstückshandel bei solchen Verkäufen ergeben, bei denen vorher feststeht, dass sie für sich gesehen nicht Gegenstand eines gewerblichen Grundstückshandels sind.

c) Der hiernach rechtlich vorausgesetzte zeitliche und sachliche Zusammenhang von Grundstücksgeschäften ist grund-

sätzlich in dem Sinne personenbezogen, dass der Tatbestand des Handels konstituiert wird durch die Zeitnähe zwischen Anschaffung und Veräußerung, die eine Anschaffung in zumindest bedingter Veräußerungsabsicht des Erwerbers im Zeitpunkt des Erwerbsvorgangs indiziert (Anschaffung zur Weiterveräußerung). Dieser Rückschluss aus äußeren Tatsachen auf eine subjektive Absicht setzt grundsätzlich Personenidentität voraus. Die Veräußerung eines Grundstücks durch den Erben lässt nicht den Schluss auf eine bestimmte Absicht des Erblassers zu. Der Erbe kann und wird oft aufgrund einer anderen Interessenlage andere Vorstellungen über die Nutzung bzw. Verwertung des ererbten Vermögens haben. Anders ist die Rechtslage allenfalls dann, wenn bereits der Erblasser in seiner Person einen gewerblichen Grundstückshandel – u.U. durch den Handel mit weniger als vier Objekten (oben 3. d) – aufgenommen hatte und der Erbe einen unternehmerischen Gesamtplan fortführt; hierzu ist im Streitfall nichts festgestellt worden und auch nicht anderweitig ersichtlich.

5. Soweit die Klägerin infolge der Erbausschlagung ihrer Brüder Gesellschafterin der grundstücksbesitzenden GbR (Objekte M-Straße) geworden ist und sie den Gesellschaftsanteil weiterveräußert hat, sind Anhaltspunkte für die vom FA beanspruchte Wertung, die Klägerin habe Grundstücke angeschafft und für eigene Rechnung weiterveräußert, nicht erkennbar. Das FA unterstellt letztlich, die Klägerin habe ihren Brüdern einen vereinbarten oder von ihr selbst bestimmten Vermögensanteil an Nachlass ausbezahlt, dadurch die bezeichneten Objekte im Sinne der Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel angeschafft und einen über die Anschaffungskosten hinausgehenden Verwertungsgewinn für eigene Rechnung vereinnahmt. Indes ist der Gesellschaftsanteil aufgrund der unstrittig bürgerlich-rechtlich wirksamen Ausschlagung durch die Brüder im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an die Klägerin als Alleinerbin gelangt, also von ihr nicht angeschafft worden. Selbst wenn man die gewählte bürgerlich-rechtliche Gestaltung – wirtschaftlich betrachtet – dahingehend werten wollte, dass die Klägerin den Gesellschaftsanteil anschließend auch für Rechnung ihrer (ursprünglich miterbbberechtigten) Brüder veräußert habe, ist nach dem FG-Urteil davon auszugehen, dass die Klägerin mit der Veräußerung der ursprünglich auf ihre Brüder entfallenden Anteile am Grundbesitz keinen eigenen Verwertungsgewinn erzielt, vielmehr den Veräußerungserlös – anteilig – an die Brüder zur Tilgung von deren Ansprüchen aus der – unterstellten – „Erbaueinandersetzung“ abgeführt hat. Zu den diesbezüglichen Vorbringen der Klägerin hat das FA erklärt, der festgestellte Gewinn aus Gewerbebetrieb könne gemindert werden, „wenn die Klägerin die an ihre Brüder gezahlten Beträge nachweise“. Da das FA insoweit eine Sachaufklärungsrüge nicht – auch nicht hilfsweise – erhoben hat, sieht der Senat keine Veranlassung, die Sache gemäß § 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO an das FG zurückzuverweisen.

6. Hiernach kommt es auf die Frage, ob bei der Veräußerung von Anteilen an grundstücksbesitzenden Gesellschaften für die Anwendung der Drei-Objekt-Grenze die Zahl der im Gesamthandsvermögen befindlichen Grundstücke maßgebend ist (vgl. BFH-Urteil vom 10.12.1998 III R 61/97, BFHE 187, 526, BStBl II 1999, 390; BMF-Schreiben in BStBl I 1990, 884 Tz. 16), nicht an.

30. GrEStG § 1 Abs. 3 Nr. 3 (*Grunderwerbsteuerpflicht bei konzerninternen Umstrukturierungen*)

**Die Übertragung von sämtlichen Anteilen einer Organmutter an einer Grundbesitz haltenden Organtochter auf eine andere Organtochter ist gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG grunderwerbsteuerpflichtig. Eine einengende Auslegung der Vorschrift ist nicht geboten.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

FG Münster, Urteil vom 20.10.1999 – 8 K 5381/96 – (rkr.)

*Zum Sachverhalt:*

Streitig ist, ob der Beklagte (das Finanzamt – FA – zu Recht wegen Übertragung aller Anteile einer grundbesitzenden GmbH auf die Klägerin Grunderwerbsteuer gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 3 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) festgesetzt hat.

Die KB-AG war die alleinige Gesellschafterin der V-GmbH, der in A. Grundstücke gehören. Sie ist außerdem an der Klägerin zu 100 v.H. beteiligt.

Durch notariell beurkundeten Kauf- und Abtretungsvertrag vom 13.9.1995 erwarb die Klägerin den einzigen Geschäftsanteil der V-GmbH von der KB-AG.

Das FA sah in dem Kaufvertrag ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG und setzte mit Grunderwerbsteuerbescheid vom 26.9.1995 die Grunderwerbsteuer auf (...) DM fest.

Hiergegen richtet sich nach erfolglosem Vorverfahren die vorliegende Klage. Diese hatte keinen Erfolg.

(...)

*Aus den Gründen:*

Das FA ist zu Recht in dem angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheid davon ausgegangen, dass der Kaufvertrag, mit dem die Klägerin den einzigen Geschäftsanteil der die Grundstücke besitzenden V-GmbH von der KB-AG erworben hat, ein Rechtsgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG ist.

Die Klägerin erlangte durch den Kaufvertrag einen Anspruch auf Übertragung aller Anteile der grundbesitzhaltenden V-GmbH. Dadurch wurden diese Grundstücke grunderwerbsteuerrechtlich nunmehr der Klägerin zugeordnet. Sie gelten als durch die Klägerin erworben.

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist diese Vorschrift nicht abweichend von ihrem Wortlaut nach Sinn und Zweck der Vorschrift dahingehend einschränkend auszulegen, dass bei einer Anteilsübertragung im Konzern kein Übergang der Herrschaftsmacht an den Grundstücken von einem Unternehmen auf das andere Unternehmen erfolgt. Die Herrschaftsmacht liegt nach Meinung der Klägerin, wie sich aus § 1 Abs. 3 Nr. 1 2. Alternative GrEStG ergebe, nicht bei dem vom Konzern zu 100 % beherrschten Unternehmen (hier die Klägerin), sondern bei dem Konzern (KB-AG) selbst. Konzerninnumsätze durch Anteilsübertragungen könnten nicht steuerbar sein, wie dies der BFH in seinen Urteilen vom 20.10.1993 II R 116/90 [MittBayNot 1994, 175] und vom 12.1.1994 II R 130/91 BStBl II 1994, 408 entschieden habe.

Aus dem Sinn und Zweck des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG ergeben sich zugunsten der Klägerin keine Anhaltspunkte für die von ihr erstrebte einengende Auslegung dieser Vorschrift. Hierzu hat die Klägerin ebenfalls nichts vorgetragen. Auf § 1 Abs. 3 Nr. 1 2. Alternative GrEStG kann sich die Klägerin insoweit nicht mit Erfolg berufen. Zu dieser Vorschrift hat der BFH in seinem Urteil vom 30.3.1988 II R 81/85, BStBl II 1988, 682 entschieden, dass zwar durch § 1 Abs. 3 Nr. 1

GrEStG in seiner 2. Alternative die Vereinigung von Anteilen in der Hand mehrerer Gesellschaften eines Organkreises eine Anteilsvereinigung in einer Hand gleichgestellt sei. Dadurch werde bei Vorliegen einer Organschaft der Tatbestand der Anteilsvereinigung über den Regelfall hinaus erweitert. Der Gesetzgeber habe diese Erweiterung, die 1940 in das Grunderwerbsteuerrecht eingeführt worden sei, deshalb für notwendig gehalten, „weil größere Unternehmen mit weitgehender gesellschaftlicher Verschachtelung die Entstehung der Steuer bisher dadurch hätten umgehen können, dass sie die Anteile in der Hand mehrerer abhängiger Unternehmen oder in der Hand des herrschenden und eines abhängigen Unternehmens vereinigt hätten“ (Abs. 24 der Begründung zu § 1 GrEStG, RStBl 1940, 387, 392). Daraus könne aber nicht gefolgert werden, dass die zu einem Organkreis gehörenden Gesellschaften zu einer grunderwerbsteuerrechtlichen Einheit in dem Sinne werden sollten, da die Übertragung aller Anteile von einer Gesellschaft des Organkreises auf eine andere Gesellschaft des Organkreises entgegen dem Wortlaut des § 1 Abs. 3 Nr. 3, 4 GrEStG nicht mehr der Grunderwerbsteuer habe unterliegen sollen.

Der erkennende Senat hält diese Rechtsgrundsätze für zutreffend. Aus den BFH-Urteilen vom 20.10.1993 a.a.O. und vom 12.1.1994 a.a.O. ergibt sich nichts anderes. Der BFH hat in diesen Urteilen lediglich Rechtsausführungen zu grunderwerbsteuerlichen Fragen gemacht, die bei der Anwendung des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG im Rahmen von Anteilsvereinigungen aufgetreten sind. Im Urteil vom 20.10.1993 hat der BFH entschieden, dass dann, wenn die Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft bereits derart vereinigt i. S.v. § 1 Abs. 3 Nr. 1 bzw. 2 GrEStG 1983 seien, dass sie zum einen Teil unmittelbar von einer Person gehalten würden, zum anderen Teil von einer Gesellschaft, an der diese Person zu 100 v.H. beteiligt sei (mittelbare Anteilsvereinigung), die nachfolgende Vereinigung aller Anteile unmittelbar in der Hand dieser Person keine Grunderwerbsteuer mehr auslöse. Diese Auffassung hat der BFH in seinem Urteil vom 12.1.1994 dahingehend ergänzt, dass auch dann, wenn alle Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft bereits seit Gründung der Gesellschaft von einer Person teils unmittelbar, teils mittelbar über eine Gesellschaft gehalten würden, an der diese Person zu 100 v.H. beteiligt sei, die Vereinigung aller Anteile unmittelbar in der Hand dieser Person keine Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 GrEStG 1983 auslöse.

Die im Rahmen der Vorschrift des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG zugrunde liegende grunderwerbsteuerliche Einheit zwischen den herrschenden und abhängigen Personen oder Unternehmen ist aber nicht für andere Tatbestände dieser Vorschrift verallgemeinerungsfähig. Grundsätzlich ist jede Person bzw. jedes Unternehmen für sich Rechtsträger der ihr gehörenden Grundstücke. Dies gilt auch für die Grundstücke von Gesellschaften, an denen sie zu 100 v.H. beteiligt sind.

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist eine analoge Anwendung des in § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG zugrunde liegenden Rechtsgedankens einer grunderwerbsteuerrechtlichen Einheit zwischen den herrschenden und abhängigen Personen oder Unternehmen auf § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG nicht zulässig. Eine analoge Anwendung würde eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Lücke voraussetzen, die durch die analoge Anwendung sinngemäß zu schließen wäre. Eine derartige Lücke ist jedoch nicht feststellbar. Die Vorschrift des § 1 Abs. 3 GrEStG ist in dem 1940 in Kraft getretenen GrEStG aus § 3 GrEStG 1919 übernommen worden. Zweck war, Steuerumgehungen zu verhindern. Der Gesetzgeber des GrEStG 1983 hat diese Rechts-

lage mit im Wesentlichen nur redaktionellen Änderungen fortgeschrieben (vgl. *Fischer in Boruttau*, GrESt-Kommentar, 14. Auflage, § 1 Rdnr. 853). Wenn der Gesetzgeber des GrEStG 1983 im Rahmen des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG gewollt hätte, dass die zu einer herrschenden Person gehörenden Gesellschaften zu einer grunderwerbsteuerrechtlichen Einheit in dem Sinne werden sollten, dass die Übertragung aller Anteile von einer Gesellschaft der herrschenden Person auf eine andere von dieser Person beherrschten Gesellschaft nicht der Grunderwerbsteuer unterliegen sollte, hätte er dies ohne weiteres in das GrEStG aufnehmen können.

Das Vorbringen der Klägerin, sie sei selbst weder zivilrechtlich Eigentümerin der Grundstücke geworden noch könnten ihr die Grundstücke wegen ihrer Stellung als ein zu 100 v.H. beherrschtes Unternehmen spezifisch grunderwerbsteuerrechtlich zugeordnet werden, durch die Anteilsübertragung sei keine Verstärkung ihrer Herrschaftsmacht eingetreten, so dass mangels veränderter Zuordnung von Grundstücken kein Vorgang stattgefunden habe, an dem nach dem Sinn und Zweck des GrEStG eine Grunderwerbsteuerpflicht anknüpfen kann, kann der Klage nicht zum Erfolg verhelfen. Die Klägerin erkennt, dass ihr die der V-GmbH zivilrechtlich gehörenden Grundstücke aufgrund der Übertragung aller Anteile der V-GmbH auf sie sehr wohl als zu 100 v.H. Anteilseignerin der V-GmbH spezifisch grunderwerbsteuerrechtlich zugeordnet sind (vgl. BFH-Urteil vom 20.10.1993 a.a.O.). Sie besitzt nämlich die unmittelbare Herrschaftsmacht an den Grundstücken der V-GmbH. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass daneben die Grundstücke auch der KB-AG als herrschendes Unternehmen i.S.d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG zugeordnet sind. Die Verwirklichung des Tatbestandes des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG setzt nicht voraus, dass die Beziehungen der bisherigen Anteilseignerin zu den Grundstücken infolge der Anteilsübertragung gänzlich gelöst werden (vgl. BFH-Urteil vom 30.3.1988 a.a.O.).

Dass die zu 100 v.H. beherrschte Gesellschaft trotz der (mittelbaren) Zurechnung ihrer Grundstücke zu einer herr-

schenden Person i.S.d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG grunderwerbsteuerrechtlich als Rechtsträger selbständig bleibt und grunderwerbsteuerpflichtige Rechtsvorgänge verwirklichen kann, ergibt sich auch aus dem von der Klägerin zitierten BFH-Urteil vom 20.10.1993 a.a.O. Darin hat der BFH entschieden, dass dann, wenn sich alle Anteile einer Gesellschaft in der Hand eines Erwerbers vereinigt haben, die nachfolgende Erfüllung der Tatbestände des § 1 Abs. 1 bis 3 GrEStG durch die Gesellschaft, deren Anteile vereinigt worden seien, als Erwerberin zwar bei dieser Grunderwerbsteuer auslöse, nicht aber bei demjenigen, in dessen Hand ihre Anteile vereinigt seien.

Die Klägerin kann sich ebenfalls nicht mit Erfolg auf die BFH-Rechtsprechung im Beschluss vom 4.12.1996 II B 116/96, BStBl II 1997, 661 zur formwechselnden Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in einer Personengesellschaft berufen. Abgesehen davon, dass ein solcher Fall mit dem hier vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar ist, hat der BFH dort eine Grunderwerbsteuerpflicht verneint, weil er einen Rechtsträgerwechsel bei der formwechselnden Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft verneint hat. Wie oben bereits ausgeführt, liegt im vorliegenden Fall bezüglich der Grundstücke der V-GmbH, die zuvor der KB-AG aufgrund ihres 100 v.H.-Anteils an der V-GmbH grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen waren, ein Rechtsträgerwechsel aufgrund der Übertragung der 100 v.H.-Anteile an der V-GmbH von der KB-AG auf die Klägerin vor. Denn dieser sind nunmehr die Grundstücke aufgrund des ihr gehörenden 100 v.H.-Anteils an der VGmbH grunderwerbsteuerrechtlich unmittelbar zuzurechnen.

Es kann dahinstehen, ob die Behauptung der Klägerin zutrifft, dass die hier vertretene Rechtsauffassung zu einer Erschwerung der Umstrukturierung von Konzernen führe. Eine Erleichterung könnte insoweit nur der Gesetzgeber bewirken und nicht das Gericht, das an die bestehenden Gesetze gebunden ist.

### 1. Einkommensteuersteuer:

#### **Haftungsbeschränkung bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Auswirkungen des BGH-Urteils vom 27. 9. 1999**

(BMF-Schreiben vom 18.7.2000 – IV C 2 – S 2241 – 56/00)

Mit Urteil vom 27. 9. 1999 (MittBayNot 1999, 577) hat der BGH entschieden, dass für die im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) begründeten Verbindlichkeiten die Gesellschafter kraft Gesetzes auch persönlich haften und diese Haftung nicht durch einen Namenszusatz (z. B. »GbR mbH«) oder einen anderen Hinweis beschränkt werden kann, der den Willen, nur beschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten einzustehen, verdeutlicht. Nach Auffassung des BGH ist für eine Haftungsbeschränkung vielmehr eine individuell getroffene Abrede der GbR bei jedem von ihr abgeschlossenen Vertrag erforderlich.

In steuerlicher Hinsicht hat diese Rechtsprechung im Wesentlichen Auswirkung

- auf die Beurteilung der sog. gewerblichen Prägung i.S.d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG.

So konnte nach bisheriger Auffassung eine vermögensverwaltende GbR, die nicht als Schein-KG in das Handelsregister eingetragen war, allein durch das Hinzutreten einer GmbH die gewerbliche Prägung nicht erlangen, es sei denn, die rechtsgeschäftliche Haftung der außer der Kapitalgesellschaft an der GbR beteiligten Gesellschafter war allgemein und im Außenverhältnis erkennbar auf ihre Einlage beschränkt. Dem entspricht die bisherige Aussage in H 138 Abs. 6 EStH 1999, die allerdings durch die Rechtsprechung des BGH und auch durch die Rechtsentwicklung überholt ist, da sich nach dem Handelsrechtsreformgesetz 1999 (BGBl. I 1998 S. 1474) jede vermögensverwaltende Personengesellschaft als Personenhandelsgesellschaft in das Handelsregister eintragen lassen kann.

- auf die Anwendung des § 15a Abs. 5 Nr. 2, 1. Alternative EStG (»soweit die Inanspruchnahme des Gesellschafters für Schulden im Zusammenhang mit dem Betrieb durch Vertrag ausgeschlossen ist«).

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder wird zu den steuerlichen Auswirkungen des o. g. BGH-Urteils wie folgt Stellung genommen:

#### **1. Auswirkungen auf die gewerbliche Prägung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG**

##### **a) Grundsatz**

In Fällen, in denen in der Vergangenheit – beispielsweise bei einer GmbH & Co. GbR – aufgrund der bisherigen BGH-Rechtsprechung auch ohne ausdrückliche Abrede der Parteien eine Haftungsbeschränkung angenommen wurde, also steuerlich vom Vorliegen einer gewerblich geprägten Personengesellschaft i.S.d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ausgegangen wurde,

erweist sich diese Annahme *rückwirkend* als unrichtig. Die betreffende GbR hatte *von Anfang an kein Betriebsvermögen*, sondern es lag von Anfang an Privatvermögen vor. Der Wandel der Beurteilung stellt also *keine (Zwangs-)Betriebsaufgabe i. S. d. § 16 EStG dar*.

Wird die GbR nunmehr gemäß den Regelungen des Handelsrechtsreformgesetzes ins Handelsregister eingetragen und damit zur Personenhandelsgesellschaft (KG), so stellt dies steuerlich eine *Betriebsöffnung* i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 6 EStG dar.

Soweit in der Vergangenheit aus einem Betriebsvermögen einzelne Wirtschaftsgüter in eine – vermeintlich gewerblich geprägte – GbR eingebracht wurden, lag steuerlich gesehen eine *Entnahme* i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG vor.

##### **b) Vertrauensschutzregelung**

Ist in entsprechenden Fällen aufgrund der bisherigen BGH-Rechtsprechung eine i.S.d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG gewerblich geprägte Personengesellschaft angenommen worden, so kann im Hinblick auf die bisherigen Regelungen in H 138 Abs. 6 EStH 1999 aus Vertrauensschutzgründen *auf Antrag der Gesellschaft* das Vermögen der Personengesellschaft weiterhin als Betriebsvermögen behandelt werden.

Der Antrag ist bis zum 31. 12. 2000 bei dem für die Besteuerung der Personengesellschaft zuständigen FA zu stellen. Der Antrag ist unwiderruflich und hat zur Folge, dass das Vermögen der Personengesellschaft *in jeder Hinsicht* als Betriebsvermögen behandelt wird, d. h. es sind auch Gewinne oder Verluste aus einer späteren Betriebsveräußerung oder Betriebsaufgabe gem. § 16 EStG steuerlich zu erfassen.

Voraussetzung hierfür ist, dass die betreffende GbR bis zum 31. 12. 2000 in eine GmbH & Co. KG umgewandelt wird; diese Möglichkeit ist – wie dargestellt – durch das Handelsrechtsreformgesetz 1999 (a.a.O.) eröffnet worden.

#### **2. Auswirkungen auf § 15 a Abs. 15 Nr. 2, 1. Alternative EStG**

Sofern ein Antrag gestellt wird, das Vermögen der GbR weiterhin als Betriebsvermögen zu behandeln (vgl. oben unter 1. b)), hat dieser Antrag auch zur Folge, dass § 15a Abs. 5 Nr. 2, 1. Alternative EStG auch auf etwaige Verluste innerhalb der Übergangszeit, d. h. bis zum 31. 12. 2000, anwendbar bleibt.

#### **2. Stand des Basiszinssatzes mit Beginn des 1.9.2000**

Bekanntmachung der Deutschen Bundesbank vom 30.8.2000 (Mitteilung 1005/2000)

Auf Grund des § 1 Abs. 1 des Diskontsatz-Überleitungsgesetzes gibt die Deutsche Bundesbank bekannt, dass der seit 1.5.2000 3,42 % betragende Basiszinssatz sich mit Beginn des 1.9.2000 auf 4,26% erhöht.

## Personaländerungen

### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

Am 19.7.2000  
wurde Notar a. D. Dr. Peter Lichtenberger, München, der Bayerische Verdienstorden verliehen

Ab 1.9.2000:  
Notar Tobias Feist, Höchstädt a. d. Donau  
Bestellung zum Prüfer für die Erste Juristische Staatsprüfung (Prüfungsort Augsburg)

Notar Ferdinand Huwendiek, Aichach  
Bestellung zum Prüfer für die Erste Juristische Staatsprüfung (Prüfungsort Augsburg)

Ab 15.9.2000:  
Notar Prof. Dr. Hans-Ulrich Jerschke, Augsburg  
Wiederbestellung zum Prüfer für die Erste Juristische Staatsprüfung (Prüfungsort Augsburg)

### 2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Rainer Lutz, Mindelheim, verst. 29.7.2000

Notar a. D. Dr. Hans Leyendecker, Weiden/Opf., verst. 18.9.2000

Hans Raimund Lindner, vormals Notar in Hengersberg, verst. 19.9.2000

Amtmann i. N. Werner Rudolf Lesmeister, Augsburg, (Notarstellen Laue/Verwalter), verst. 27.8.2000

Oberinspektor i. N. Volker Ottmar Nöth, Gemünden a. Main, (Notarstelle Dr. Hohmann), verst. 27.8.2000

### 3. Es wurde verliehen :

Mit Wirkung vom 1. 8.2000:

Hersbruck (neuerrichtete Notarstelle in Sozietät mit Dr. Vollhardt)	dem Notarassessor Dr. Gerhard Lenz (bisher in Nürnberg Notarstellen Goebel/Rehle)
---	--

Mit Wirkung vom 1. 9. 2000:

Coburg (in Sozietät mit Notar Dr. Lugert)	dem Notar Dr. Jürgen Müller (bisher in Greding)
Altötting (in Sozietät mit Notar Spaett)	dem Notarassessor Rainer Krick (bisher in München Notarstellen Dr. Keim/Schott)

Mit Wirkung vom 1. 10. 2000:

Augsburg (in Sozietät mit Notar Laue)	dem Notar Rasso Rapp (bisher in Bayreuth)
---	---

München (in Sozietät mit Notar Dr. Kössinger)	dem Notar Dr. Peter Bräu (bisher in Landsberg a. Lech)
---	--

Roth (in Sozietät mit Notar- assessor Sieghörtner)	dem Notar Dr. Dietmar Weidlich (bisher in Wassertrüdingen)
--	--

Roth (neuerrichtete Notarstelle in Sozietät mit Dr. Weidlich)	dem Notarassessor Robert Sieghörtner (bisher in Nürnberg Notar- stellen Dr. Ehrhardt/Pilhofer)
---	---

Schongau (in Sozietät mit Notar Ohr)	dem Notar Gerald Ferstl (bisher in Gerolzhofen)
---	---

Schwabach (in Sozietät mit Notar Dr. Joachim)	dem Notarassessor Dr. Martin Böhmer (bisher in Coburg Notar- stellen Dannecker/Dr. Heil)
---	---

Mit Wirkung vom 1.11.2000:

München	der Notarassessorin Dr. Beate Kopp (bisher in München Notar- stellen Jungsberger/Dr. Wimer)
---------	--

Mit Wirkung vom 1.2.2001:

Bad Tölz (in Sozietät mit Notar Dr. Safferling)	dem Notar Winfried Staudt (bisher in Kaufbeuren)
---	--

### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.9.2000:

Balzer Claudia, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel)  
Hagspiel Christoph, Garmisch-Partenkirchen (Notarstel-  
len Dr. Aumüller/ Dr. Reiner)

Mit Wirkung vom 1.10.2000:

Michelfeit Paul Christian, Landshut (Notarstelle Dr.  
Schervier)  
Nachreiner Andreas, Mühldorf (Notarstellen Dr. Döhner/  
Buchmaier)

### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Christoph Döbereiner, München (Notarstel-  
len Dr. Gebhard/Rüth), wurde mit Wirkung vom 8.8.2000  
promoviert

Notarassessorin Dr. Claudie Brosta, führt auf Grund Ehe-  
schließung nunmehr den Familiennamen Rombach

Notarassessor Dr. Jörg Budnick, Ingolstadt (Notarstellen  
Dr. Ott/Dr. Wegmann), ab 1.7.2000 in Schwabach (Notar-  
stellen Hagg/ Liebing)

Notarassessorin Dr. Susanne Frank, München (Notarstel-  
len Bender/Dr. Brachvogel), ab 1.8.2000 in München  
(Notarstelle Wilfart-Kammer)

Notarassessorin Dr. Kathrin Maniak, Hersbruck (Notarstelle Dr. Vollhardt), ab 1.8.2000 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak/ Regler)

Notarassessorin Helene Förtig, Mühldorf (Notarstellen Dr. Döhner/Buchmaier), ab 12.9.2000 in München (Notarstellen Dr. Beck/Dr. Eckhardt)

Notarassessor Volker Appel, Bamberg (Notarstelle Dr. Liedel), ab 1.10.2000 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Ehrhardt/Pilhofer)

Notarassessor Dr. Peter Fahr, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Wegmann), ab 1.10.2000 in München (Notarstelle v. Heynitz)

Notarassessorin Anja Kapfer, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/Thoma), ab 1.10.2000 in Landsberg (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)

Notarassessor Martin Regensburger, Lichtenfels (Notarstelle Dr. Schmidlein), ab 1.10.2000 in München (Notarstellen Prof. Dr. Geimer/Dr. Graf v. Stosch)

Notarassessor Georg Ruhland, Augsburg (Notarstellen Füger/Dr. Waibel), ab 1.10.2000 in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Notarassessorin Ursula Philipp, München (Notarstelle Wurm), ab 2.10.2000 in Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Wegmann)

Notarassessorin Dr. Margit Twehues, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel), ab 16.10.2000 in Abensberg (Notarstelle Dr. Ries)

Notarassessor Patrick Schneider, Eggenfelden (Notarstelle Feller), ab 13.11.2000 in Fürstenfeldbruck (Notarstellen Dr. Spinar/Schüßler)

Notarassessor Falko Bode, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Dr. Spinar/Schüßler), ab 1.12.2000 in München (Notarstelle Dr. Schaub)

Notarassessor Benedikt Selbherr, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/Schmidl), ab 1.12.2000 in Augsburg (Notarstellen Füger/Dr. Waibel)

Inspektorin i. N. Petra Wettstein, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob), ab 1. 9. 2000 in Neustadt a. d. Weinstraße (Notarstellen Fuchs/Schütz)

Inspektorin i. N. Judith Schmalenberger, Landstuhl (Notarstelle Schäffling), ab 1.11.2000 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Armbruster/Bensch)

## **6. Ausgeschiedene Angestellte:**

Oberamtsrat i. N. Erich Haussmann, Nürnberg (Notarstellen Dr. Armbruster/Bensch), ab 1.9.2000 in Ruhestand





---

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M., Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 0 89/5 51 66-0, Telefax: 0 89/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 65,- DM einschließlich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 12,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.

## Sonstiges

### Mit Sicherheit online

#### Notare starten Pilotprojekt mit modernsten Technologien

(Pressemitteilung der Bundesnotarkammer vom 7.8.2000)

Sichere und verlässliche Kommunikation im Internet für die Notare in Deutschland ermöglicht ein Pilotprojekt der Bundesnotarkammer, für das am 7. August 2000 der Startschuss gegeben wurde. Im kommenden Frühjahr werden die ersten Notare an ein sogenanntes Virtual Private Network (VPN) angeschlossen, in dem elektronische Signaturen und Verschlüsselungsalgorithmen auf neuestem technologischen Stand zum Einsatz kommen. Damit können Notare nun auch vertrauliche Klienteninformationen unter strikter Wahrung ihrer Verschwiegenheitspflicht elektronisch übermitteln. Wegen der bekannten Sicherheitsrisiken des Internets war dies bisher problematisch.

Der Notar kann künftig von der Bundesnotarkammer als Zertifizierungsstelle eine Chipkarte erhalten, mit der er Nachrichten verschlüsseln und signieren, also mit einer fälschungssicheren elektronischen Unterschrift versehen kann. Ein Attributzertifikat, das der Notar nur unter Mitwirkung seiner Notarkammer erhält, stellt zusätzlich eine Art Notarausweis für elektronische Kommunikation dar. Hiermit sollen sich die Notare auch gegenüber staatlichen Stellen elektronisch ausweisen können, mit denen Notare kraft ihres Amtes besonders eng zusammenarbeiten. Ein Beispiel hierfür sind die Grundbuchämter, die in einigen Bundesländern bereits elektronische Grundbucheinsichten ermöglichen.

Damit werden nicht nur die modernsten Sicherheitstechnologien zum Einsatz gebracht, sondern auch die Vorgaben des Signaturgesetzes einschließlich seiner noch für dieses Jahr geplanten Novellierung erfüllt. Die Bundesnotarkammer sieht das Pilotprojekt zudem als Basis für künftige Anwendungen, mit denen die Notare ihren Klienten auch in einer Zukunft zunehmenden elektronischen Rechtsverkehrs als Garanten von Rechtssicherheit und unabhängige Rechtsberater zur Verfügung stehen können. Nachgedacht wird beispielsweise über elektronische Archive für Urkunden und Akten sowie über Beglaubigungen von elektronischen Dokumenten. Beides würde aber voraussetzen, dass neben den technischen auch die gesetzlichen Voraussetzungen geschaffen werden.

Die Bundesnotarkammer hat nunmehr mit der Firma debis Systemhaus CSS GmbH und der Deutschen Post Verträge über das Pilotprojekt abgeschlossen, debis Systemhaus übernimmt dabei den Aufbau des Virtual Private Networks sowie die Einrichtung und den Betrieb der Anwendungen für die Bundesnotarkammer.

Das Geschäftsfeld Signtrust der Deutschen Post wird die technischen Dienste eines Trustcenters realisieren, auf das die Bundesnotarkammer bei der Ausgabe der Signaturschlüssel an die Notare zurückgreifen kann.

Ansprechpartner:	1. Alexander Benesch	2. Till Schemmann
	Deutsches Notarinstitut Gerberstraße 19 97070 Würzburg Tel: 0931/35576-39 Fax: 0931/35576-225 e-mail: a.benesch@dnoti.de	Bundesnotarkammer Burgmauer 53 50667 Köln Tel: 0221/256823 Fax: 0221/256808 e-mail: bnotk@bnotk.de

#### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Haag i. OB, Notarstelle Schreiber, Krankenhausstraße 1 a, 83527 Haag i. OB.

Starnberg, Notarstelle Dr. Wufka, Maximilianstraße 10/I, 82319 Starnberg, Telefon: 08151/6058, Fax: 08151/72668

Naila, Notarstelle Adrian, Bahnhofstraße 3, 95119 Naila, Telefon: 09282/96210, Fax: 09282/962120

Stadtsteinach, Notarstelle Höfle, Marktplatz 17, 95346 Stadtsteinach, Telefon: 09225/95650, Fax: 09225/956515

Schweinfurt, Notarstelle Dr. Weiß, Hadergasse 6, 97421 Schweinfurt, Telefon: 09721/730666, Fax: 09721/7306673

München Notarstelle Dr. Kopp, Leopoldstraße 18, 80802 München, Telefon: 089/552968-0, Fax: 089/55296844

### Veranstaltungen des DAI

1. Abwicklung von Kaufverträgen mit und ohne Anderkonto  
25. November 2000 in Frankfurt  
(andere Termine auf Anfrage)
2. Hofübergabe – Nacherbenabfindungsansprüche – Steuern – Kosten  
3. und 4. November 2000 in Münster
3. Internationales Erbrecht  
4. November 2000 in Bochum
4. Intensivkurs zum Gesellschaftsrecht  
9. – 11. November 2000 in Bad Kissingen
5. Erbrecht in der Kautelarpraxis  
13. – 14. November 2000 in Bremen
6. Rechtsformwechsel aufgrund der Unternehmenssteuerreform  
17. und 18. November 2000 in Köln
7. Unternehmenssteuerreform  
26. Januar 2001 in Köln  
27. Januar 2001 in München

Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V – Fachinstitut für Notare –, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. 02 34/9 70 64 18, Fax 02 34/70 35 07, e-mail: notare@anwaltsinstitut.de

### Veranstaltungen der Europäischen Rechtsakademie (ERA)

1. Internationales Steuerrecht und Steuerplanung in Europa  
10. November 2000 in Trier
2. Brauchen wir ein europäisches Bürgerliches Gesetzbuch?  
17. November 2000 in Trier

Anfragen sind ausschließlich zu richten an die Europäische Rechtsakademie Trier (ERA), Telefon 06 51/9 37 37-0, Telefax 06 51/9 37 37-90, e-mail: info@era.int

**Der Deutsche Notarverein lädt ein zur zweiten Tagung Berufspolitik: Amtstätigkeit und Dienstleistung**

am 26. und 27. Januar 2001 in **Wiesbaden, Hotel Oranien.**

**Tagungsprogramm:**

**Freitag, 26. Januar 2001**

- 14.00 Uhr Eröffnung**  
Notar *Dr. Stefan Zimmermann*, Präsident des Deutschen Notarvereins
- 14.15 Uhr Notarielle Amtstätigkeit und Rechtsbesorgungsmarkt**  
Leitung: Notar *Dr. Stefan Zimmermann*, Köln  
Referenten: Notar *Dr. Horst Heiner Hellge*, Hamburg  
Rechtsanwalt und Notar *Horst Eylmann*, Stade
- 15.45 Uhr Kaffeepause**
- 16.15 Uhr Anforderung an notarielle Tätigkeiten aus Sicht der Klienten**  
Leitung: Notar *Dr. Oliver Vossius*, München  
Referenten: Steuerberaterin *Elfriede Bittmer-Voigt*, Ingolstadt  
Pressereferent *Martin Huff*, Wiesbaden
- 17.45 Uhr Zwischenbilanz**
- 19.30 Uhr** Bustransfer zum Abendessen im Weinhaus Sinz

**Samstag, 27. Januar 2001**

- 09.00 Uhr Ausbau notarieller Dienstleistungen: Chance oder Verwässerung der Kernkompetenz**  
Leitung: RA und Notar *Dr. Klaus R. Wagner*, Wiesbaden  
Referenten: Notar *Dr. Hans Wolfsteiner*, München  
Notar *Prof. Dr. Piet Hein Gerver*, Amsterdam
- 12.45 Uhr Mittagspause**

- 14.30 Uhr Qualitätsmanagement im Notariat**  
Leitung: Notar *Dr. Norbert Frenz*, Mönchengladbach  
Referenten: *Wilhelm Markl*, Marketingberater der österreichischen Notariatskammer, Wien  
RA, Stb u. WP *Thomas Sauter*, Frankfurt a.M.

- 16.00 Uhr Vorstellung der Thesen und Resümee**  
**ca. 17.00 Uhr Ende der Veranstaltung**

Tagungsort: Hotel Oranien, Wiesbaden  
Platter Straße 2, 65193 Wiesbaden  
Tel.: 0611/18 82-0; Fax: 0611/&18 82-200;  
e-mail: info@hotel-oranien.de

Beginn: 26. Januar 2001, 14:00 Uhr  
Ende: 27. Januar 2001, 17:00 Uhr

Begleitprogramm: Abendessen im Weinhaus Sinz inkl. Wein und Bustransfer DM 50,00 (Freitag, 26.1.2001, 20.00 Uhr, Herrnbergstr. 17-19, 65201 Wiesbaden-Frauenstein)

Die Teilnehmerzahl ist begrenzt. Eine verbindliche Anmeldung richten Sie bitte bis zum 12. Januar 2001 an den **Deutschen Notarverein, Kronenstr. 73/74, Tel. 030/204 54 284, Fax. 030/204 54 290, e-Mail: dnotv@t-online.de**. Die Teilnahmegebühr beträgt für Notarassessoren 110,- DM, für alle übrigen Teilnehmer 220,- DM. Die Kosten für die Teilnahme am Begleitprogramm betragen zusätzlich 50,- DM. Nach Eingang Ihrer Anmeldung erhalten Sie eine Anmeldebestätigung und eine Rechnung.

Im **Tagungshotel** (reserviert bis 28.11.2000: DM 195,-), im **ibis Hotel Mauritiusplatz** (reserviert bis 28.11.2000: EZ 144,90 DM, DZ 159,90), Mauritiusstr. 5-7, 65183 Wiesbaden, Tel.: 0611/16 71-0; Telefax: 0611/16 71-750 sowie im **Hotel de France** (reserviert bis 21.1.2001: EZ 150,-; DZ 198,-), Tannusstr. 49, 65183 Wiesbaden, Tel.: 0611/95 973-0; Telefax: 0611/95 973-74 (die beiden letzteren Hotels befinden sich in Fußentfernung des Tagungshotels) stehen begrenzte Zimmerkontingente für die Teilnehmer zur Verfügung (Alle Preise sind incl. Frühstück u. MwSt.). Übernachtungskosten und Mittagessen sind im Seminarpreis **nicht** enthalten. Die Teilnehmer werden gebeten, die Reservierung unter dem Stichwort „Deutscher Notarverein“ unmittelbar bei den vorstehenden Hotels selbst vorzunehmen. **Bitte beachten Sie die Reservierungsfristen der Hotels.**

---

**NEUERSCHEINUNGEN**

---

1. Beuthien, Genossenschaftsgesetz mit Umwandlungsrecht, 13. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 1094 Seiten, DM 198,-.
2. Böhm, Konfliktbeilegung in personalistischen Gesellschaften, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 226 Seiten, DM 68,-.
3. Frenz, Bundes-Bodenschutz-Gesetz – Kommentar, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 792 Seiten, DM 148,-.
4. Gablenz, Rechte und Belastungen in der Grundstücksbewertung, 2. Auflage, 2000, Werner Verlag, Düsseldorf, 373 Seiten, DM 84,-.
5. Horst, Rechtshandbuch Nachbarrecht, 2000, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Herne, 783 Seiten, DM 178,-.
6. Ingenstau/Hustedt, Kommentar zum Erbbaurecht, 8. Auflage, 2000, Werner Verlag, Düsseldorf, ca. 440 Seiten, ca. DM 160,-.
7. Lenz, Checkbuch Gesellschafterwechsel, 2000, Dr. Otto Schmidt Verlag, 132 Seiten, DM 58,-.
8. Schaumburg/Schulte, Die KGaA – Recht und Steuern in der Praxis, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 154 Seiten, DM 79,-.
9. Schmittat, Einführung in die Vertragsgestaltung, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 248 Seiten, DM 39,50.
10. Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 8. Auflage, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 757 Seiten, DM 98,-.
11. Sudhoff, GmbH & Co. 5. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 1.400 Seiten, DM 198,-.
12. Timmann, Vor- und Nacherbschaft innerhalb der zweigliedrigen OHG oder KG, 2000, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 221 Seiten, DM 110,-.

**1. BGH: Nacherbenzustimmung bei Grundstücksveräußerung durch Vorerben**

(BGB §§ 883, 886)

Hat der nicht befreite Vorerbe beim Verkauf des zur Erbschaft gehörenden Grundstücks die Fälligkeit der Kaufpreisforderung von der Erteilung der Zustimmung des Nacherben abhängig gemacht, so liegt darin zugleich eine Erfüllbarkeitsbedingung, deren endgültigen Ausfall die bereits eingetragene Auflassungsvormerkung erlöschen lässt.

(Urteil vom 14.7.2000 – V ZR 384/98 –)

**2. BGH: Formfreie Ausübung des Mietervorkaufsrechtes**

(BGB § 570 b)

Die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes des Mieters nach § 570b BGB bedarf nicht der notariellen Beurkundung.

(Urteil vom 7.6.2000 – VIII ZR 268/99 –)

**3. BGH: Vereinbarung von Nutzungszinsen in AGB**

(AGBG § 3)

Die Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach der Erwerber eines Grundstücks nach Besitzübergang bis zur Fälligkeit des Kaufprei-

ses Nutzungszinsen zahlen muss, ist nicht ungewöhnlich im Sinne des § 3 AGBG.

(Urteil vom 26.5.2000 – V ZR 49/99 –)

**4. BayObLG: Umwandlung von Sondernutzungsrecht in Sondereigentum**

(WEG § 4 Abs. 1, 2; § 10 Abs. 1 Satz 2)

Die Einräumung eines umfassenden Sondernutzungsrechts an einer Gemeinschaftsfläche enthält nicht die vorweggenommene Einigung über die Einräumung von Sondereigentum an den Räumen in einem hierauf errichteten Gebäude.

Die vorweggenommene Zustimmung oder Ermächtigung, am gemeinschaftlichen Eigentum Sondereigentum zu begründen, kann nicht mit einer die Sondernachfolger bindenden Weises als Inhalt des Sondereigentums begründet werden.

(Beschluss vom 10.8.2000 – 2Z BR 41/00 –)

**5. BayObLG: Vormerkungswirkung eines ausgeübten gesetzlichen Vorkaufsrechts**

(BayNatSchG Art. 34)

Auch ein ausgeübtes Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG kann nicht im Grundbuch eingetragen werden. Gleichwohl geht es einer später eingetragenen Auflassungsvormerkung im Rang vor. Ein gutgläubiger Erwerb eines Drittkäufers ist nicht möglich.

(Beschluss vom 1.8.2000 – 2Z BR 57/00 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F