



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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Andrea Lichtenwimmer,
Dr. Martin T. Schwab
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Zwangsvollstreckung bei Wertsicherungsklauseln in notariellen Urkunden

– zugleich Besprechung der Entscheidung des BGH vom 10.12.2004, IXa ZB 73/04* –

Von Notar a. D. Dr. Adolf Reul, Würzburg

Wertsicherungsklauseln sind seit jeher häufig Bestandteil notarieller Urkunden. Regelmäßig wird als Bezugsgröße ein vom Statistischen Bundesamt veröffentlichter Lebenshaltungspreisindex oder ein bestimmtes Beamtengehalt verwendet. In Rechtsprechung und Literatur war bislang noch nicht endgültig geklärt, ob Wertsicherungsklauseln in notariellen Urkunden dem Bestimmtheitserfordernis genügen und ob eine Zwangsvollstreckung aus ihnen zulässig ist. Der BGH hat mit seiner Entscheidung vom 10.12.2004 diese Frage für eine Wertsicherungsklausel bejaht, die auf einen Lebenshaltungspreisindex des Statistischen Bundesamtes Bezug nimmt. Offen gelassen hat er es, ob eine Vollstreckung auch dann zulässig ist, wenn der in der Wertsicherungsklausel genannte Lebenshaltungspreisindex nicht mehr fortgeführt wird. Dieses Problem stellt sich insbesondere seit Einführung des neuen Verbraucherpreisindex für Deutschland VPI im Februar 2003. Der nachfolgende Beitrag geht dieser Frage nach. Dabei wird auch untersucht, welche Konsequenzen diese neue Rechtsprechung auf Wertsicherungsklauseln hat, die auf ein Beamtengehalt abstellen.

I. Einleitung

Wertsicherungsklauseln spielen in der notariellen Praxis eine bedeutende Rolle. Anzutreffen sind solche Klauseln regelmäßig in Übergabeverträgen bzw. bei der Verrentung von Kaufpreisansprüchen, wenn es darum geht, langfristige Zahlungsverbindlichkeiten den sich veränderten Werteverhältnissen anzupassen und etwaige Geldwertverluste auszugleichen. Durch die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel werden Geldschulden vom Nennwertprinzip gelöst; ihre summenmäßige Bestimmbarkeit wird sichergestellt durch Bezugnahme auf eine in der Wertsicherungsklausel niedergelegte Bemessungsgrundlage.¹

Die Zulässigkeit von Wertsicherungsklauseln bestimmt sich maßgeblich nach § 2 Abs. 1 Preisangaben- und Preisklauselgesetz (PaPkg)² sowie der hierzu ergangenen Preisklauselverordnung (PrKV).³ Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 des PaPkg darf der Betrag von Geldschulden nicht „unmittelbar und selbsttätig“ durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder anderen Leistungen bestimmt werden, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind. Zulässig sind Wertsicherungsklauseln dagegen für sog. Bereichsausnahmen nach § 2 Abs. 1 PaPkg und §§ 1, 4 PrKV.⁴ Im Übrigen können

² BGBl. I 1998, S. 1253.

³ BGBl. I 1998, S. 3043.

⁴ Kluge, MittRhNotK 2000, 409, 411 f. Das Verbot von Wertsicherungsklauseln gilt nicht für den gesamten Geld- und Kapitalverkehr, § 2 Abs. 1 Satz 3 PaPkg, ausgenommen sind Kreditgeschäfte mit Verbrauchern, § 6 PrKV; ebenso gilt das Verbot nicht für Verträge von gebietsansässigen Kaufleuten mit Gebietsfremden, § 2 Abs. 1 Satz 4 PaPkg, sowie für Erbbaurechtsbestellungsverträge und Erbbauszinsreallasten mit einer Laufzeit von mindestens 30 Jahren, § 1 Ziff. 4 PrKV.

* MittBayNot 2005, 329 (in diesem Heft).

¹ Siehe zu Wertsicherungsklauseln in der notariellen Praxis: Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992; v. Heynitz, MittBayNot 1998, 398; Kluge, MittRhNotK 2000, 409; Limmer, ZNotP 1999, 148; Rasch, DNotZ 2003, 730; Reul, DNotZ 2003, 92.

die an sich verbotenen Wertsicherungsklauseln unter bestimmten in der PrKV genannten Voraussetzungen genehmigt werden, wenn Zahlungen langfristig zu erbringen sind, § 2 Abs. 1 Satz 2 PaPKG. Zuständig für die Genehmigung ist nach § 7 PrKV das Bundesamt für Wirtschaft in Eschborn.⁵ Eine Genehmigungsfähigkeit kommt nach § 3 Abs. 1 Satz 2 PrKV insbesondere für solche Wertsicherungsklauseln in Betracht, in denen der geschuldete Betrag durch die Änderung eines vom Statistischen Bundesamt oder einem Statistischen Landesamt ermittelten Preisindex für die Gesamtlebenshaltung oder eines vom Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft ermittelten Verbraucherpreisindex bestimmt werden soll. Dementsprechend wird in den meisten Wertsicherungsklauseln auf einen solchermaßen vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex abgestellt und eine Änderung der mit dieser Wertsicherungsklausel „gesicherten“ Zahlungspflicht von einer bestimmten Veränderung dieses Preisindex in Prozenten oder in Punkten abhängig gemacht.

Allgemein anerkannt ist daneben, dass Wertsicherungsklauseln u. a. auch auf Lohn- oder Gehaltsindizes als maßgebliche Bezugsgröße abstellen können.⁶ Daran hat sich auch durch die Einführung des Preisangaben- und Preisklauselgesetzes und der Preisklauselverordnung nichts geändert.⁷ Gelegentlich wird dabei auf ein bestimmtes Beamtengehalt Bezug genommen.⁸ Dabei ist zu beachten, dass Beamtengehälter der allgemeinen Kosten- und Preisentwicklung langsamer angepasst werden als etwa tarifvertraglich gebundene Löhne und Gehälter,⁹ vor allem aber dass sich ihre Entwicklung nur eingeschränkt nach der Entwicklung der Verbraucherpreise und Verbrauchergewohnheiten richtet.

II. Zwangsvollstreckung bei Geldforderungen mit Wertsicherungsklauseln

1. Bestimmtheit des Vollstreckungstitels

Nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist die notarielle Urkunde ein ausreichender Vollstreckungstitel, wenn sich der Schuldner in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO a. F. musste der zu vollstreckende Anspruch auf die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge anderer Sachen gerichtet sein. Seit der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle stellt die Bestimmung mit Wirkung zum 1.1.1999 nicht mehr auf einen bestimmten Geldbetrag ab, sondern nur noch auf einen „zu bezeichnenden Anspruch“, der einer vergleichweisen Regelung zugänglich ist, nicht auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist und nicht den Bestand eines Wohnraummietverhältnisses betrifft. Inhaltlich hat sich jedoch nichts daran geändert, dass auch künftig eine Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen aus notariellen Urkunden nur zulässig ist, wenn der Betrag bestimmt ist.¹⁰

Bestimmt ist danach ein Anspruch, wenn er aus sich heraus verständlich ist und für jeden Dritten erkennen lässt, welche

Leistung der Gläubiger vom Schuldner verlangen kann.¹¹ Es muss aufgrund der Formalisierung des Zwangsvollstreckungsverfahrens sichergestellt sein, dass die Vollstreckungsorgane grundsätzlich allein anhand des Titels, vor allem aber ohne weitere materiell-rechtliche Prüfung die erforderlichen Vollstreckungsmaßnahmen durchführen können.¹² Das Erfordernis der Bestimmtheit des Vollstreckungstitels beruht dabei auf dem Gedanken, dass die Vollstreckungsorgane als reine Vollzugshilfe des Staates bei der Durchsetzung des Gläubigerrechtes keine erneute Prüfung des dem Titel zugrundeliegenden Anspruchs mehr vornehmen dürfen und hierzu auch nicht über die erforderlichen Mittel verfügen.¹³ Wie das Gericht einerseits vom Kläger fordern kann, dass dieser den Streitgegenstand bestimmt, woraus sich dann Inhalt und Grenzen seiner Entscheidungsbefugnis/-pflicht ableiten, §§ 253, 308 ZPO, muss das Gericht andererseits dem Vollstreckungsorgan durch den Titel den Umfang dessen Vollstreckungsbefugnis/-pflicht aufzeigen.¹⁴ Schon in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1956 stellte der BGH fest, es sei nicht angängig, dass ein Gläubiger mit einer vollstreckbaren Urkunde eine weitergehende vollstreckbare Verpflichtung seines Schuldners erreichen kann, als er sie mit einer Klage durch daraufhin ergehendes Urteil oder in einem gerichtlichen Vergleich würde erhalten können.¹⁵ Das Bestimmtheitserfordernis gilt für alle Vollstreckungstitel gleichermaßen.

2. Bisherige Rechtsprechung

Bereits unter der alten Fassung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO musste der zu vollstreckende Zahlungsanspruch betragsmäßig nicht zwingend in der Urkunde selbst festgelegt sein oder sich wenigstens aus der Urkunde ohne weiteres errechnen lassen. Dem Bestimmtheitsgrundsatz genügte es, wenn die Berechnung des zu vollstreckenden Geldbetrages mit Hilfe offenkundiger, insbesondere aus dem Bundesgesetzblatt bzw. aus dem Grundbuch ersichtlicher Umstände möglich ist.¹⁶

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1988 hatte es der BGH dagegen ausdrücklich offen gelassen, ob aus vollstreckungsrechtlicher Sicht eine ausreichende Bestimmtheit auch dann besteht, wenn bei einer Geldforderung eine Wertsicherungsklausel vereinbart wurde.¹⁷ In der älteren Rechtsprechung wurde diese Frage überwiegend verneint.¹⁸

¹¹ BGHZ 22, 54 = DNotZ 1957, 200; OLG Hamm, NJW 1974, 652; *Wieczorek/Schütze/Heß*, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 704 Rdnr. 7; *Zöller/Stöber*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 704 Rdnr. 4.

¹² *Wieczorek/Schütze/Heß*, § 704 Rdnr. 7.

¹³ OLG Düsseldorf, NJW 1971, 436, 437.

¹⁴ *Stürner/Münch*, JZ 1987, 178, 181.

¹⁵ BGHZ 22, 54, 63 = DNotZ 1957, 200.

¹⁶ BGH, MittRhNotK 1995, 140 = MittBayNot 1995, 320 = DNotZ 1995, 770 (in dieser Entscheidung wurde die Bestimmtheit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung bejaht, in der auf eine Grundbucheintragung Bezug genommen wurde. Die Gläubigerberechtigung sollte sich nach dem Verhältnis der gebuchten Miteigentumsanteile richten); BGHZ 22, 54; BGH, WM 1981, 189; OLG Düsseldorf, NJW 1971, 436, 437; OLG Stuttgart, Justiz 1973, 176, 178 f.; OLG Karlsruhe, OLGZ 1991, 227, 228.

¹⁷ BGH, FamRZ 1989, 267 f. = NJW-RR 1989, 318, unter Bezugnahme auf BGH, FamRZ 1986, 45, 46 = NJW 1986, 1440 und BGHZ 22, 54.

¹⁸ BGHZ 22, 54, 60 = DNotZ 1957, 200; OLG Nürnberg, NJW 1957, 1286, 1287 = DNotZ 1957, 665; LG Essen, NJW 1972, 2050 = DNotZ 1973, 26; OLG Köln, FamRZ 1986, 1018, 1019; OLG Karlsruhe, OLGZ 91, 227 ff.; AG Charlottenburg, FamRZ 1993, 1105 f.; OLG Düsseldorf, NJW 1971, 436 ff.; siehe dazu auch umfassend DNotI-Report 1996, 1, 2 ff. m. w. N.

⁵ Postfach 51 50, 65760 Eschborn, Tel.: 06196 9080.

⁶ Vgl. statt aller *Dürkes*, C Rdnr. 148 ff.

⁷ Vgl. dazu beispielsweise *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 417.

⁸ Siehe hierzu beispielsweise das Muster bei *Bosch* in *Heidel/Pauly/Amend*, AnwaltFormulare, 4. Aufl. 2003, § 12 Rdnr. 311.

⁹ *Dürkes*, C Rdnr. 159; *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 417.

¹⁰ *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 422; *Münch*, ZNotP 1998, 474; *Wolfsteiner*, DNotZ 1999, 317; *MünchKommZPO/Wolfsteiner*, 2. Aufl. 2000, § 794 Rdnr. 230.

3. Literatur

Die Literatur hält heute eine Wertsicherungsklausel, die auf einen vom Statistischen Bundesamt festgestellten und veröffentlichten Lebenshaltungspreisindex Bezug nimmt, praktisch einhellig für ausreichend bestimmt.¹⁹ Entscheidend wird hierbei darauf abgestellt, dass sich die eigentliche Höhe der zu vollstreckenden Forderung mit Hilfe offenkundiger, allgemein zugänglicher Quellen ermitteln lässt. Dafür genügen aus dem Bundesgesetzblatt oder aus dem Grundbuch ersichtliche Umstände.²⁰ Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle und die Neufassung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.²¹ Sie beschäftigte sich nicht mit der Frage, ob wertgesicherte Forderungen einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung fähig sind.

Bei einer Bezugnahme auf ein genau bezeichnetes Grundgehalt eines Beamten mit Angabe der Besoldungsgruppe und Dienstaltersstufe wird die vollstreckungsrechtliche Bestimmtheit einer Wertsicherungsklausel ebenso überwiegend bejaht.²² Zum Teil wird aber wegen der unklaren Rechtslage, welche Einkommensbestandteile zum Grundgehalt eines Beamten gehören (Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, Stellenzulagen), die Bestimmtheit auch in Frage gestellt.²³ An anderer Stelle heißt es schließlich, es sei einerseits das prozessökonomische Interesse abzuwägen, überflüssige Prozesse zu vermeiden, andererseits könne dem Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan nicht zugemutet werden, dass er vor Beginn der Vollstreckung mathematische Berechnungen anstellt, amtliche Auskünfte einholt oder eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen heranzieht.²⁴

4. Insbesondere Bezugnahme auf die „Düsseldorfer Tabelle“ und auf die Regelbetrags-VO

Streitig diskutiert wird die Bestimmtheit bei der Bezugnahme auf die Düsseldorfer Tabelle zum Unterhaltsrecht. Entgegen

der Ansicht des OLG Koblenz²⁵ bejaht *Wolfsteiner* „gerade noch“ die Bestimmtheit.²⁶ Für die Praxis kann dieser Streit jedoch dahinstehen. Das gewünschte Ziel lässt sich regelmäßig dadurch erreichen, dass nicht auf die Düsseldorfer Tabelle Bezug genommen wird, sondern auf die (identischen) Altersstufen des § 1612 a Abs. 3 BGB sowie auf die Regelbetrags-VO. Dabei kann die Höhe des geschuldeten Kindesunterhalts in einem Prozentsatz des Regelbetrages angegeben werden. Das Geburtsdatum des Kindes ist regelmäßig im Titel selbst genannt. Der Beginn der jeweiligen Altersstufe kann deshalb mittels Gesetz und des Geburtsdatums ermittelt werden.²⁷ Eine solche Bezugnahme wird in der kautelarjuristischen Literatur zur Schaffung eines Vollstreckungstitels hinsichtlich des Kindesunterhalts ausdrücklich empfohlen.²⁸ Um dem Bestimmtheiterfordernis zu genügen, ist bei der Bezugnahme zwischen § 1 und § 2 Regelbetrags-VO zu unterscheiden. Im Falle einer pauschalen Verweisung ist der Titel nicht ausreichend bestimmt.²⁹

III. Die neue Rechtsprechung des BGH

1. BGH vom 10.12.2003, XII ZR 155/01

Ende 2003 hat nunmehr der BGH in einer ersten Entscheidung ausdrücklich festgestellt, dass eine Geldforderung vollstreckbar ist, wenn hierzu eine Wertsicherungsklausel vereinbart ist, die auf einen vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Lebenshaltungspreisindex Bezug nimmt.³⁰

In dem zugrundeliegenden Fall ging es um die Zwangsvollstreckung aus einem gerichtlich geschlossenen Unterhaltsvergleich aus dem Jahr 1990. Darin verpflichtete sich der Kläger, an die Beklagte einen betragsmäßig bestimmten monatlichen nachehelichen Unterhalt zu zahlen. Weiter wurde vereinbart, dass der monatliche Unterhalt an den Lebenshaltungspreisindex für einen Vier-Personen-Arbeitnehmerhaushalt mit mittlerem Einkommen im Jahresdurchschnitt ohne Aufforderung bis spätestens 30.3. eines jeden Jahres angepasst werden sollte. Grundlage war das Jahr 1990, Basisjahr das Jahr 1980. Der Kläger zahlte daraufhin nur den Grundbetrag sowie den Erhöhungsbetrag aus einer ersten Anpassung im Jahr 1991. Weitere Anpassungen nahm er nicht vor. Die Beklagte erwirkte wegen der rückständigen, nicht vorgenommenen Anpassungszahlungen einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss; der Kläger hat Vollstreckungsgegenklage mit dem Ziel erhoben, die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich insoweit für unzulässig zu halten.

Der BGH hat die Vollstreckungsgegenklage abgewiesen. Seiner Ansicht nach sind Wertsicherungsklauseln, die auf den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltungskosten abstellen, hinreichend bestimmt, so dass aus ihnen vollstreckt werden kann. Entscheidend ist nach Auffassung des BGH, dass die in Bezug genommenen Daten, nämlich die Indizes des Statistischen Bundesamtes, leicht und zuverlässig feststellbar sind. Sie werden veröffentlicht im

¹⁹ *Geitner/Pulte*, Rpfleger 1980, 93 ff.; *Mes*, NJW 1973, 875 ff.; *Müller-Frank*, MittRhNotK 1978, 355, 393 f.; *Mümmeler*, Rpfleger 1973, 124, 125 f.; MünchKommZPO/*Wolfsteiner*, § 794 Rdnr. 232; MünchKommZPO/*Krüger*, vor § 704 Rdnr. 9; *Musielak/Lackmann*, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 704 Rdnr. 7; *Sauer*, Bestimmtheit und Bestimmbarkeit im Hinblick auf die vollstreckbare notarielle Urkunde, 1986, S. 69; *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl. 2002, vor § 704 Rdnr. 6; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl. 2002, vor § 704 Rdnr. 153; *Stürner/Münch*, JZ 1987, 178, 182 f.; *Thomas/Putzo*, ZPO, 26. Aufl. 2004, vor § 704 Rdnr. 16 (anders noch die Voraufgabe); *Wieczorek/Schütze/Heß*, § 704 Rdnr. 11; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 52 Rdnr. 21 f.; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rdnr. 27.2, 27.3; *Zöller/Stöber*, § 794 Rdnr. 26 b; a. A. *Pohlmann*, NJW 1973, 199 f.

²⁰ BGH, NJW 1995, 1162 = DNotZ 1995, 770 = MittBayNot 1995, 320 = MittRhNotK 1995, 140; BGHZ 22, 54, 61 = DNotZ 1957, 200; OLG Düsseldorf, NJW 1971, 436, 437; *Musielak/Lackmann*, § 704 Rdnr. 7; MünchKommZPO/*Wolfsteiner*, § 794 Rdnr. 232; *Opalka*, NJW 1991, 1796, 1797; *Stein/Jonas/Münzberg*, vor § 704 Rdnr. 153; *Stürner/Münch*, JZ 1987, 178, 182 f.; *Wieczorek/Schütze/Heß*, § 704 Rdnr. 11; *Zöller/Stöber*, § 794 Rdnr. 26 b; unzutreffend insoweit *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO, BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 52 BeurkG Rdnr. 7.

²¹ *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 422.

²² *Mümmeler*, Rpfleger 1973, 124, 125 f.; *Musielak/Lackmann*, § 704 Rdnr. 8; wohl auch MünchKommZPO/*Wolfsteiner*, § 794 Rdnr. 232; *Stein/Jonas/Münzberg*, vor § 704 Rdnr. 153; *Wieczorek/Schütze/Heß*, § 704 Rdnr. 11.

²³ *Müller-Frank*, MittRhNotK 1978, 355, 395 f.; *Schuschke/Walker*, vor § 704 Rdnr. 6; zweifelnd aber auch *Musielak/Lackmann*, § 704 Rdnr. 8; *Winkler*, § 52 Rdnr. 22.

²⁴ *Mümmeler*, Rpfleger 1973, 124, 125 f.; *Winkler*, § 52 Rdnr. 21 f.

²⁵ OLG Koblenz, FamRZ 1987, 1291 = MittRhNotK 1988, 45; zweifelnd ebenso *von Rintelen*, RNotZ 2001, 2, 11.

²⁶ MünchKommZPO/*Wolfsteiner*, § 794 Rdnr. 232; ebenso *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 845.

²⁷ OLG Karlsruhe, Rpfleger 2005, 95 = FamRZ 2005, 377.

²⁸ *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2004, Rdnr. 2110, *Riemann* in DAI-Skriptum „Intensivkurs zu Ehegattenverträgen“, 23.–25.10.2003, C S. 70.

²⁹ OLG Naumburg, FamRZ 2002, 554; *Münch*, Rdnr. 2110.

³⁰ BGH, DNotZ 2004, 644 = DNotI-Report 2004, 63.

Bundesanzeiger, im Statistischen Jahrbuch, in den Monats- und Jahresberichten des Statistischen Bundesamtes sowie u. a. auch in der NJW. Damit sind die Daten offenkundig i. S. d. § 291 ZPO.³¹

Ausdrücklich nicht entschieden hat der BGH dagegen die Frage der Vollstreckbarkeit der Wertsicherungsklausel wegen der sich ab dem Jahr 2003 ergebenden Erhöhungsbeträge. Verfahrensgegenstand war nur die Vollstreckbarkeit bis einschließlich 1999.

2. BGH vom 10.12.2004, IXa ZB 73/04

In seiner neuesten Entscheidung hat der BGH diese Rechtsprechung auf vollstreckbare Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO übertragen.³² Gegenstand der Entscheidung war eine wertgesicherte Kaufpreisrente aus dem Jahr 1974, die an die Entwicklung des vom Statistischen Bundesamtes festgestellten Preisindex für die Lebenshaltungskosten aller privaten Haushalte auf der Basis 1970 = 100 anknüpfte. Der IXa-Senat nimmt Bezug auf die vorstehende Entscheidung des XII. Senats und bestätigt dessen Rechtsauffassung. Gleichzeitig knüpft er auch an eine Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 15.12.2003 an.³³ In dieser Entscheidung ging es um eine Abfindungsklausel in einem notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag mit Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung. Nach Ansicht des II. Senats reicht es mangels Bestimmtheit für eine Vollstreckungsfähigkeit nicht aus, wenn sich die Höhe des Abfindungsbetrages weder aus der Urkunde noch aus sonst den Vollstreckungsorganen allgemein zugänglichen Quellen, sondern nur anhand der Jahresabschlüsse der Gesellschaft feststellen lässt.

IV. Stellungnahme und offene Fragen

Aus Sicht der notariellen Praxis ist diese neue Rechtsprechung des BGH zu begrüßen. Der BGH führt mit diesen neuen Entscheidungen seine bereits 1956 begründete Rechtsprechung³⁴ fort. Anhand der Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes kann das Vollstreckungsorgan leicht und eindeutig feststellen, ob und wenn ja in welcher Höhe sich der geschuldete Geldbetrag aufgrund der vereinbarten Wertsicherungsklausel erhöht hat. Schwierige mathematische Berechnungen sind nicht erforderlich. Mit dieser neuen Rechtsprechung werden überflüssige Prozesse vermieden und die Justiz entlastet. Urkunden, in denen vorsichtige Notare bei der Beurkundung einer Wertsicherungsklausel die Zwangsvollstreckungsunterwerfung nur wegen eines bestimmten Ausgangsbetrages aufnehmen, Erhöhungsbeträge aufgrund der vereinbarten Wertsicherungsklausel aber ausdrücklich von der Zwangsvollstreckungsunterwerfung ausnehmen und stattdessen den Schuldner lediglich verpflichten, sich wegen der jeweiligen Erhöhungsbeträge gesondert der Zwangsvollstre-

ckung zu unterwerfen,³⁵ sind daher nicht mehr zeitgemäß.³⁶ Entsprechende Formulare sind auszumustern. Dies gilt jedenfalls bei solchen Wertsicherungsklauseln, die auf einen Lebenshaltungspreisindex des Statistischen Bundesamtes Bezug nehmen.

Diese Rechtsprechung dürfte grundsätzlich auch auf Beamtenklauseln übertragen werden können, wenn also in einer Wertsicherungsklausel als Bezugsgröße ein bestimmtes Grundgehalt eines Beamten durch Verweisung auf eine bestimmte Besoldungsgruppe und Angabe einer Dienstaltersstufe genannt wird.³⁷ Freilich ist hierbei weiter zu fordern, dass eindeutig geklärt wird, ob Maßstab für die Wertsicherungsklausel allein das Grundgehalt ist, oder ob und wenn ja welche Zuschläge bzw. die etwaige Zahlung von Einmalbeträgen³⁸ hierbei mit zu berücksichtigen sind.

Gleichwohl bleiben noch Fragen offen:

Zum einen fragt sich, inwieweit eine Zwangsvollstreckung wegen der Erhöhungsbeträge aus einer Wertsicherungsklausel auch dann (noch) zulässig ist, wenn sich die in der Wertsicherungsklausel zugrundegelegten Parameter verändert haben. Zu denken ist vornehmlich an den Fall, dass der der Wertsicherungsklausel zugrunde gelegte Lebenshaltungspreisindex nicht mehr ermittelt wird. Daneben kommen aber auch strukturelle Veränderungen in Betracht. Solche liegen beispielsweise vor, wenn in einer Wertsicherungsklausel auf ein bestimmtes Beamtengehalt einer bestimmten Besoldungsgruppe und einer bestimmten Dienstaltersstufe verwiesen wird, später dann aber aufgrund besoldungsrechtlicher Änderungen eine Dienstaltersstufe wegfällt, eine Besoldungsgruppe mit einer anderen zusammengefasst wird, Zuschläge neu mit eingerechnet werden, usw.

Zum anderen fragt sich, wer bei einer Zwangsvollstreckung wegen der sich aus einer Wertsicherungsklausel ergebenden Erhöhungsbeträge die maßgeblichen Berechnungen vornehmen muss? Ist es das Vollstreckungsorgan, der Urkundsnotar, der die Vollstreckungsklausel erteilt, oder der Anspruchsgläubiger selbst?

1. Strukturelle Veränderungen der Bezugsgröße einer Wertsicherungsklausel

a) Ergänzende Vertragsauslegung

aa) Beamtengehalt als Bezugsgröße

Die Beamtenbesoldung unterliegt einem steten Wandel. In der Vergangenheit wurden beispielsweise neue Dienstaltersstufen eingeführt, Eingangsstufen sind weggefallen, Ämter wurden in andere Besoldungsgruppen eingestuft oder eine gesamte Besoldungsgruppe wurde durch eine andere Besoldungsgruppe ersetzt. Aus letzter Zeit zu erwähnen ist der Wegfall des früher zum Grundgehalt zusätzlich gewährten Ortszuschlags sowie anderer Zulagen, die jetzt in weiten Teilen in das Grundgehalt einbezogen werden. Ebenso neu ist die Einführung einer sog. Versorgungsrücklage nach § 14 a BBesG.

³¹ Zur Begründung verweist der BGH hier auf eine ältere Entscheidung zum Erbbaurecht BGH, NJW 1992, 2088 = MittBayNot 1992, 264. Dort ging es um den vertraglichen Anspruch auf Anpassung eines Erbbauszinses bei nachhaltiger wirtschaftlicher und währungsrechtlicher Veränderung der Verhältnisse. Der BGH bejahte einen solchen Anpassungsanspruch wegen Offenkundigkeit und verwies zur Begründung auf die Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes. Die Frage nach der vollstreckungsrechtlichen Bestimmtheit war allerdings nicht Gegenstand dieser Entscheidung. Unklar insoweit Winkler, § 52 Rdnr. 21 f.

³² MittBayNot 2005, 329 (in diesem Heft).

³³ BGH, DNotZ 2004, 707 = WM 2004, 329, 330.

³⁴ BGHZ 22, 54 ff. = DNotZ 1957, 200.

³⁵ So z. B. der Hinweis bei Kluge, MittRhNotK 2000, 409, 423 und bei Winkler, § 52 Rdnr. 22 m. w. N.

³⁶ So ausdrücklich Amann in DAI-Skript: Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung 2004/2005, Stand Februar 2005, S. 178. Vgl. zu der „Teilvollstreckbarkeit“ wegen des Grundbetrages bei Unbestimmtheit des Erhöhungsbetrages: LG Essen, NJW 1972, 2050 = DNotZ 1973, 26.

³⁷ Winkler, § 52 Rdnr. 22.

³⁸ Einmalbeträge sollten bei Wertsicherungsklauseln, die an ein Beamtengehalt anknüpfen, von vornherein unberücksichtigt bleiben, weil andernfalls die Berechnung noch weiter erschwert werden würde.

Wie sich solche strukturellen Veränderungen bei der Beamtenbesoldung auf eine Wertsicherungsklausel auswirken, war bereits in der Vergangenheit mehrfach Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Diese löste die Probleme einer strukturellen Veränderung der Bezugsgröße bei einer Wertsicherungsklausel praktisch ausnahmslos im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung, nicht aber unter Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.³⁹

Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist nach allgemeiner Ansicht die vertragliche Regelung entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen. Es ist darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie die Strukturveränderung der Bezugsgröße bedacht hätten.⁴⁰

Im Urteil vom 15.3.1968 behandelte der BGH⁴¹ den Wegfall der Eingangsstufe einer bestimmten Besoldungsgruppe und stellte fest, dass es bei ersatzlosem Wegfall des Anfangsgrundgehaltes der Beamtenbesoldungsgruppe nahe liege, die Wertsicherungsklausel dahin auszulegen, dass sich die Parteien bei Voraussicht des künftigen Wegfalls der als Vergleichsgröße gewählten Besoldungsgruppe von Anfang an dazu entschlossen hätten, im Rahmen der Wertsicherungsklausel auf die benachbarte Gehaltsgruppe Bezug zu nehmen. Auch das OLG Hamm hatte im Urteil vom 27.2.1970⁴² die Frage zu entscheiden, wie sich eine grundlegende Neuregelung der Beamtenbesoldung auf die Wertsicherungsklausel auswirkt. Das OLG Hamm stellt allgemein auf den Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab und war daher der Auffassung, dass bei einer Strukturveränderung, die in der Besoldungsgruppe A 13 dazu geführt hat, dass vor die bisherige Eingangsstufe eine zusätzliche Stufe neu vorgeschaltet worden ist, nicht aufgrund des bloßen Wortlauts der Klausel die jetzige neue Eingangsstufe der früheren alten Eingangsstufe gleichgesetzt werden könne. Maßgeblich sei, welche Vereinbarungen die Parteien getroffen hätten, wenn sie die Strukturänderung vorausgesehen hätten. Sie hätten dann mit Sicherheit vereinbart, dass nach Eintritt der Strukturveränderung an die Stelle der alten Eingangsstufe nunmehr die zweite Dienstaltersstufe treten sollte. Im Urteil des BGH vom 13.10.1982⁴³ war die Frage zu entscheiden, wie sich der Ersatz eines beamtenrechtlichen Kindergeldzuschlages durch das allgemeine Kindergeld auswirkt. Auch hier war der BGH der Auffassung, dass das allgemeine Kindergeld in die Gehaltsberechnung einzubeziehen sei, wenn die Beteiligten eine Wertsicherungsklausel vereinbart hatten, in dem noch der beamtenrechtliche Kindergeldzuschlag enthalten war.

bb) Lebenshaltungspreisindex als Bezugsgröße und Umstellung auf den neuen Verbraucherpreisindex VPI auf der Basis 2000 = 100

Im Februar 2003 hat das Statistische Bundesamt erstmals den neuen Verbraucherpreisindex VPI auf der Basis 2000 = 100 veröffentlicht und bis einschließlich Dezember 1999 zurück-

gerechnet. Gleichzeitig hat es die Berechnung der bisher für verschiedene Haushaltstypen und zwar getrennt für das frühere Bundesgebiet sowie für die neuen Bundesländer und Berlin-Ost ermittelten Lebenshaltungskostenindizes eingestellt. Dem neuen Verbraucherpreisindex VPI liegen die Verbraucherpreise und die Verbrauchergewohnheiten aller privaten Haushalte in Deutschland insgesamt zugrunde. Da dieser Lebenshaltungspreisindex für alle privaten Haushalte in Deutschland bereits seit Januar 1991 berechnet wird, kann mittels Umbasierung der im Dezember 1999 auf der Basis 1995 = 100 ermittelten Werte eine vollständige Entwicklung dieses Index ab Januar 1991 dargestellt werden.⁴⁴

Für die übrigen nicht mehr fortgeführten Indizes kommt eine Umstellung auf den neuen Verbraucherpreisindex VPI ebenso oder „erst recht“ im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in Betracht.⁴⁵ Die Rechtslage ist zum Teil vergleichbar mit der soeben dargestellten Situation der strukturellen Veränderungen bei Beamtenklauseln. Vergleichbar ist die Rechtslage aber auch mit dem Fall, dass eine zunächst unwirksame Wertsicherungsklausel durch eine wirksame Wertsicherungsklausel ersetzt wird.⁴⁶ Nach Auffassung der Rechtsprechung hilft auch hier eine ergänzende Vertragsauslegung, wenn zunächst ein ungeeigneter Referenzmaßstab für die Wertsicherungsklausel vereinbart wurde.⁴⁷

b) Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage

In der Literatur wird zum Teil aber auch die Ansicht vertreten, es sei in diesen Fällen stets eine einvernehmliche Vertragsänderung notwendig. Bei Auslaufen der vom Statistischen Bundesamt nicht mehr fortgeführten Indizes und ihrer Umstellung sei unklar, auf welchen Zeitpunkt man bei der Umstellung der Wertsicherungsklausel abstellen müsse; auch kämen theoretisch verschiedene Folgeindizes in Betracht. Die Vertragsbeteiligten hätten allerdings einen gegenseitigen Anspruch auf Mitwirkung an dieser Vertragsanpassung. Anspruchsgrundlage hierfür sei § 313 Abs. 1 BGB und die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.⁴⁸

c) Gegenargumente

Diese Auffassung überzeugt nicht. Zwar ist zuzugeben, dass es sicherlich verschiedene Folgeindizes gibt, auf die der in einer Wertsicherungsklausel vereinbarte und nicht mehr fortgeführte Lebenshaltungspreisindex des Statistischen Bundesamtes theoretisch umgestellt werden könnte. Nach dem hypothetischen Parteiwillen, was also die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten,⁴⁹ kommt jedoch allein der neue Verbraucherpreisindex VPI allen bisher vom Statisti-

³⁹ BGH, WM 1964, 906; WM 1968, 833; BB 1976, 1483; BB 1983, 215; OLG Hamm, WM 1970, 1239; OLG Düsseldorf, DB 1978, 2166; Dürkes, C Rdnr. 161 ff.; Staudinger/Karsten Schmidt, BGB, Stand: 1997, vor § 244 Rdnr. D 175 ff., jeweils m. w. N.

⁴⁰ Vgl. allgemein zur ergänzenden Vertragsauslegung BGHZ 90, 77; BGH, NJW 1994, 1011; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1035; Staudinger/Karsten Schmidt, vor § 244 D Rdnr. 333.

⁴¹ WM 1968, 833.

⁴² WM 1970, 1239.

⁴³ BB 1983, 215.

⁴⁴ Rasch, DNotZ 2003, 730.

⁴⁵ Reul, DNotZ 2003, 92, 95 ff.; Klingmüller/Wichert, ZMR 2003, 797, 799; Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl. 2005, § 245 Rdnr. 29 b; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 3276; Wolf in Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl. 2005, Teil 2 Rdnr. 382.

⁴⁶ BGHZ 63, 132; BGH, NJW 1979, 1545; NJW 1986, 932; OLG Köln, ZMR 1999, 633; Lützenkirchen, OLG-Report, Kommentar 18/2001, K41, K43; MünchKommBGB/Grundmann, § 245 Rdnr. 86; Staudinger/Karsten Schmidt, vor § 244 D Rdnr. 333.

⁴⁷ BGHZ 63, 132; BGHZ 81, 135, 141; OLG Köln, BB 1987, 1420 m. Anm. Hirte.

⁴⁸ Lützenkirchen, NZM 2001, 835, 836; Schultz, GE 2003, 721, 722; Wax, LMK 2004, 83.

⁴⁹ BGHZ 84, 7; BGH, NJW 1994, 1011.

schen Bundesamt veröffentlichten Lebenshaltungskostenindizes, die auf einen bestimmten Haushaltstyp Bezug nehmen, am nächsten.⁵⁰ Von daher ist weder der für die Europäische Union bestimmte harmonisierte Verbraucherpreisindex = HVPI noch der etwa von einem Bundesland für sein Gebiet selbst festgestellte Lebenshaltungspreisindex von Bedeutung.

Insbesondere scheidet der vom Statistischen Bundesamt neben dem VPI noch ermittelte harmonisierte Verbraucherpreisindex HVPI als mögliche Alternative aus. Wichtigste Zielsetzung des HVPI ist der Vergleich der Preisveränderungsraten zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU). Erforderlich ist die Berechnung des HVPI, weil sich die nationalen Verbraucherpreisindizes in vielfältiger Weise unterscheiden. Diese Unterschiede sind z. T. historisch bedingt, resultieren aber auch aus unterschiedlichen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen oder abweichenden Strukturen des statistischen Systems. Auch sind die Ziele der VPI-Berechnung oft weiter gefasst als die des HVPI. Während der HVPI primär das Ziel „Inflationsmessung“ verfolgt, dienen die nationalen Verbraucherpreisindizes zusätzlich als „Kompensationsmaßstab“ (Wertsicherungsklauseln) sowie als „Deflator“ (z. B. zur Berechnung des realen Wachstums). Auch unterscheiden sich die Erfassungsbereiche des deutschen VPI und des deutschen HVPI durch den jeweils zugrunde gelegten Warenkorb. So wird beispielsweise im VPI das vom Eigentümer selbst genutzte Wohneigentum (durch Mietäquivalente) mitberücksichtigt, im HVPI dagegen nicht.⁵¹

Ebenso stellt aber auch die Anwendung eines von einem Statistischen Landesamt ermittelten Indexes keine wirkliche Alternative zum VPI dar. Wenn Bezug genommen wird auf die Ermittlungen zum Lebenshaltungspreisindex durch eine bestimmte Bundesbehörde, dann kann weder angenommen werden, dass an deren Stelle die Ermittlungen einer Landesbehörde treten, noch dass Bezugsgröße für den Lebenshaltungspreisindex fortan nur ein bestimmtes Bundesland ist.

Schließlich ist auch der maßgebliche Zeitpunkt der Umstellung der Wertsicherungsklausel auf den neuen Verbraucherpreisindex VPI nicht zweifelhaft.⁵² Die Feststellung des hypothetischen Parteiwillens der Beteiligten hat seinen Ausgangspunkt in der zwischen ihnen vereinbarten Wertsicherungsklausel und der hier getroffenen Bezugnahme auf den konkret vereinbarten Lebenshaltungspreisindex. Von daher erscheint es weiterhin allein richtig zu sein, dass dieser alte Lebenshaltungspreisindex für die in Rede stehende Wertsicherungsklausel so lange maßgebend ist, so lange dieser ursprüngliche Lebenshaltungspreisindex auch fortgeführt wird.⁵³ Stichtag ist damit der 31.12.2002. Bis dahin ist der Wertsicherungsklausel somit noch der alte Lebenshaltungspreisindex zugrunde zu legen, wie dies von den Vertragsparteien auch vereinbart wurde.⁵⁴ Erst danach ist auf den neuen VPI umzustellen.

Der Wegfall der bisher vom Statistischen Bundesamt ermittelten verschiedenen Lebenshaltungskostenindizes und ihre Ersetzung durch den Verbraucherpreisindex VPI ist letztlich in gewisser Weise ähnlich mit der Situation bei der Festsetzung des Basiszinssatzes nach § 247 BGB. Auch dieser verändert sich fortlaufend jeweils zum 1. Januar und zum 1. Juli, § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der aktuelle Basiszinssatz wird nach

§ 247 Abs. 2 BGB von der Deutschen Bundesbank unverzüglich nach Neufestsetzung im Bundesanzeiger bekannt gegeben. Der alte Basiszinssatz wird durch den neuen Basiszinssatz ersetzt. Ebenso aber ersetzt auch der neue Verbraucherpreisindex VPI die alten nicht mehr fortgeführten Lebenshaltungskostenindizes. Insoweit besteht ein erheblicher Unterschied zur Rechtslage bei strukturellen Veränderungen von Wertsicherungsklauseln, die auf ein Beamtengehalt abstellen. Dort mag man in der Tat zweifeln, welches Beamtengehalt, welche Besoldungsgruppe oder welche Dienstaltersstufe an die Stelle der in einer Wertsicherungsklausel vereinbarten, jedoch später weggefallenen Bezugsgröße tritt. Für den hypothetischen Parteiwillen kommen verschiedene Alternativen in Betracht. Dagegen tritt an die Stelle der bislang vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Lebenshaltungskostenindizes allein der neue Verbraucherpreisindex VPI. Alternativen bestehen also gerade nicht.

2. Wahrung des vollstreckungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernisses nach einer ergänzenden Vertragsauslegung

a) VPI als Bezugsgröße der Wertsicherungsklausel

In der Entscheidung vom 10.12.2003⁵⁵ hat der BGH ausdrücklich die Frage einer Vollstreckbarkeit angesprochen, wenn der von den Parteien in der Wertsicherungsklausel in Bezug genommene Preisindex ab dem Jahr 2003 nicht mehr fortgeführt wird. Der BGH konnte die Frage offen lassen. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt ging es nur um die Vollstreckbarkeit bis zum Jahr 1999. In der jüngsten Entscheidung vom 10.12.2004 erwähnte der BGH dieses Problem nicht.⁵⁶ Wax⁵⁷ und Roessink⁵⁸ bezweifeln, ob wegen der Erhöhungsbeträge ab 2003 aus einer Wertsicherungsklausel noch die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Nach Ansicht von Wax ist für die Anpassung der Wertsicherungsklausel zwingend eine Änderungsvereinbarung erforderlich.

Dem ist zu widersprechen. Maßgebend ist allein, ob der zu vollstreckende Anspruch bestimmt genug ist. Bestimmt ist der Anspruch, wenn er aus sich heraus verständlich ist und für jeden Dritten erkennen lässt, welche Leistung der Gläubiger vom Schuldner verlangen kann.⁵⁹ Bestimmtheit besteht zum einen dann, wenn der zu vollstreckende Geldbetrag betragsmäßig in dem Titel genannt ist. Zum anderen genügt es, dass das Vollstreckungsorgan die Höhe des zu vollstreckenden Anspruchs leicht und eindeutig mit Hilfe offenkundiger, allgemein zugänglicher Quellen ermitteln kann.⁶⁰ Eine Auslegung des Titels steht dem Bestimmtheitserfordernis dabei nicht unbedingt entgegen.⁶¹

⁵⁵ BGH, DNotZ 2004, 644, 645.

⁵⁶ MittBayNot 2005, 329 (in diesem Heft).

⁵⁷ LMK 2004, 83.

⁵⁸ FamRB 2004, 150.

⁵⁹ BGHZ 22, 54 = DNotZ 1957, 200; OLG Hamm, NJW 1974, 652; Wieczorek/Schütze/Heß, § 704 Rdnr. 7; Zöller/Stöber, § 704 Rdnr. 4.

⁶⁰ BGH, NJW 1995, 1162 = DNotZ 1995, 770 = MittBayNot 1995, 320 = MittRhNotK 1995, 140; BGHZ 22, 54, 61 = DNotZ 1957, 200; OLG Düsseldorf, NJW 1971, 436, 437; Musielak/Lackmann, § 704 Rdnr. 7; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rdnr. 232; Stein/Jonas/Münzberg, vor § 704 Rdnr. 153; Wieczorek/Schütze/Heß, § 704 Rdnr. 11; Zöller/Stöber, § 794 Rdnr. 26 b.

⁶¹ MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rdnr. 187; Stein/Jonas/Münzberg, vor § 704 Rdnr. 26.

⁵⁰ Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 1, 3; Kluge, MittRhNotK 2000, 409, 416; Rasch, DNotZ 1999, 467, 473.

⁵¹ Vgl. dazu <http://www.destatis.de/basis/d/preis/vpinfo2.php>.

⁵² Reul, DNotZ 2003, 92, 103.

⁵³ Reul, DNotZ 2003, 92, 103.

⁵⁴ Reul, DNotZ 2003, 92, 101.

Bei der Umstellung einer Wertsicherungsklausel auf den VPI im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung wird das Bestimmtheiterfordernis gewahrt. Der neue VPI wird wie die früheren vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Lebenshaltungskostenindizes in allgemein zugänglichen Quellen, insbesondere im Bundesanzeiger, in der NJW und in der DNotZ veröffentlicht. Gleiches gilt für die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Umstellung auf den VPI. Auf der Basis 2000 = 100 hat das Statistische Bundesamt den neuen VPI bis Dezember 1999 zurückgerechnet.⁶² Gleichzeitig wurden die alten Lebenshaltungskostenindizes noch bis zum 31.12.2002 fortgeführt. Eine Umrechnung der alten Indexwerte auf den VPI zum maßgeblichen Zeitpunkt 31.12.2002 ist daher anhand der Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes ohne weiteres möglich. Zusätzlich bietet das Statistische Bundesamt ein kostenfreies Umrechnungsprogramm im Internet an.⁶³ Im Ergebnis ist daher auch die Umstellung auf den Verbraucherpreisindex VPI bei einer Wertsicherungsklausel offenkundig i. S. d. § 291 ZPO. Wegen der sich aus einer Wertsicherungsklausel ergebenden Erhöhungsbeträge nach Umstellung auf den Verbraucherpreisindex VPI ab dem Jahr 2003 ist somit eine Zwangsvollstreckung ohne Bedenken zulässig.

b) Beamtengehalt als Bezugsgröße einer Wertsicherungsklausel

Zweifel an dem vollstreckungsrechtlichen Bestimmtheiterfordernis bestehen allerdings, wenn in einer Wertsicherungsklausel nicht auf einen vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Lebenshaltungspreisindex abgestellt wird, sondern auf ein bestimmtes Beamtengehalt und es hierbei zu strukturellen Veränderungen kommt. Nach der Rechtsprechung hilft zwar auch hier eine ergänzende Vertragsauslegung.⁶⁴ In den von der Rechtsprechung bislang entschiedenen Fällen ging es indessen nur um die schuldrechtliche „Bestimmbarkeit“, nicht aber um die vollstreckungsrechtliche Bestimmtheit.⁶⁵ Die ergänzende Vertragsauslegung führt zwar dazu, dass hier der wertgesicherte Geldbetrag bestimmbar ist. Vollstreckungsfähig ist er damit aber noch nicht. Anders als bei der Ersetzung der weggefallenen Lebenshaltungskostenindizes des Statistischen Bundesamtes durch den Verbraucherpreisindex VPI gibt es bei strukturellen Veränderungen einer Wertsicherungsklausel, die auf ein Beamtengehalt Bezug nimmt, i. d. R. mehrere Alternativen einer Vertragsanpassung. Insbesondere ist es nicht „offenkundig“ i. S. d. § 291 ZPO, auf welche Weise eine Vertragsanpassung erfolgt. Mit dem formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren ist es aber nicht vereinbar, wenn die Vollstreckungsorgane eine materiell-rechtliche Prüfung vornehmen müssen, um die erforderlichen Vollstreckungsmaßnahmen durchführen zu können.⁶⁶ Eine Zwangsvollstreckung wegen der Erhöhungsbeträge aus der Wertsicherungsklausel ist in diesen Fällen nicht möglich. Notwendig ist hier eine einvernehmliche Vertragsanpassung,

auf die nach § 313 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage Anspruch besteht und die ggf. im Klagewege durchzusetzen ist.

In der notariellen Praxis sollte deshalb bei Wertsicherungsklauseln nicht mehr auf ein bestimmtes Beamtengehalt Bezug genommen werden. Richtig erscheint vielmehr, stattdessen nur noch auf den Verbraucherpreisindex VPI abzustellen.

3. Zuständigkeit für die Berechnung des Erhöhungsbetrages

Eine andere Frage ist es, ob es ausreicht, wenn der Notar bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung lediglich erklärt, dass „die vorstehende Ausfertigung dem XY zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt wird“, und die Feststellung der eigentlichen Höhe des zu vollstreckenden Geldbetrags dem Vollstreckungsorgan überlassen kann oder ob der Notar in der Vollstreckungsklausel selbst den sich aufgrund der Wertsicherungsklausel einschließlich der Umstellung auf den neuen Verbraucherpreisindex ergebenden Geldbetrag beziffern muss.

Wolfsteiner geht davon aus, dass der Notar selbst im Klauselerteilungsverfahren die maßgeblichen Berechnungen durchführen muss, nicht aber das Vollstreckungsorgan.⁶⁷ An anderer Stelle heißt es dagegen, es genüge, „dass das Vollstreckungsorgan die zu erzwingende Leistung aus dem Titel in Verbindung mit anderen allgemein zugänglichen Daten feststellen kann.“⁶⁸ Auch der BGH hat es in seinem Beschluss vom 10.12.2004⁶⁹ genügen lassen, wenn die Berechnung mit Hilfe offenkundiger, insbesondere aus dem Bundesgesetzblatt oder dem Grundbuch ersichtlicher Umstände möglich ist. Soweit den veröffentlichten Urteilsgründen zu entnehmen ist, war in der dem Beschluss zugrundeliegenden Vollstreckungsklausel der aufgrund der Wertsicherungsklausel geschuldete Geldbetrag ebenso nicht beziffert. Die maßgebliche Berechnung der Forderungshöhe erfolgte durch das Amtsgericht als Vollstreckungsorgan bzw. durch das Beschwerdegericht.

Im Ergebnis knüpft der BGH mit dieser Aussage an seine ältere Rechtsprechung an. Bereits in der Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1956⁷⁰ stellt er bei der Frage der Bestimmtheit darauf ob „der Gerichtsvollzieher ... bei Vollstreckungstiteln auf Zahlung von Zinsen ... Höhe und Zeitpunkt der Wirksamkeit des neuen Zinssatzes leicht und eindeutig feststellen kann.“ Damit bringt der BGH zumindest konkludent zum Ausdruck, dass das jeweilige Vollstreckungsorgan die maßgeblichen Berechnungen durchführt. Auf derselben Linie liegen die Entscheidungen des OLG Nürnberg⁷¹ und das LG Essen⁷². Beide begründen die vollstreckungsrechtliche Unbestimmtheit einer Wertsicherungsklausel damit, dass eine Berechnung für das Vollstreckungsorgan zu schwierig und deshalb unzumutbar ist. Damit gehen auch sie unausgesprochen davon aus, dass das jeweilige Vollstreckungsorgan für die Berechnung der Erhöhungsbeträge zuständig ist. Auch das OLG Düsseldorf vertritt diese Ansicht.⁷³ Es hat jedoch weiter

⁶² Vgl. Rasch, DNotZ 2003, 730.

⁶³ <http://www.destatis.de/wsk/>. Siehe dazu aber Reul, DNotZ 2003, 92, 103.

⁶⁴ BGH, WM 1964, 906; WM 1968, 833; BB 1976, 1483; BB 1983, 215; OLG Hamm, WM 1970, 1239; OLG Düsseldorf, DB 1978, 2166; Dürkes, C Rdnr. 161 ff.; Staudinger/Karsten Schmidt, vor § 244 Rdnr. D 175 ff., jeweils m. w. N.

⁶⁵ BGH, WM 1964, 906; WM 1968, 833; BB 1976, 1483; BB 1983, 215; OLG Hamm, WM 1970, 1239; OLG Düsseldorf, DB 1978, 2166.

⁶⁶ Mümmler, Rpfleger 1973, 124, 125 f.; Wieczorek/Schütze/Heß, § 704 Rdnr. 7; Winkler, § 52 Rdnr. 22.

⁶⁷ Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 36.16, 49.10 und Rdnr. 26.8. Im Ergebnis auch Müller-Frank, MittRhNotK 1975, 355, 396.

⁶⁸ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl. 2003, Rdnr. 42; ebenso Kluge, MittRhNotK 2000, 409, 423 f.

⁶⁹ MittBayNot 2005, 329 (in diesem Heft).

⁷⁰ BGHZ 22, 54, 61 = DNotZ 1957, 200.

⁷¹ NJW 1957, 1286, 1287 = DNotZ 1957, 665.

⁷² NJW 1972, 2050 = DNotZ 1973, 26.

⁷³ NJW 1971, 436, 437.

darauf hingewiesen, dass die Anforderungen an die Vollstreckungsorgane allgemein gestiegen sind. Allgemein anerkannt ist, dass die Vollstreckungsorgane die Höhe der Zinsen zu errechnen haben, die von einem bestimmten Basiszinssatz abhängig sind.⁷⁴ Gleiches gilt im Hinblick auf den Beginn der Verzinsung, wenn diese beispielsweise auf eine Grundbucheintragung abstellt.⁷⁵ Ausdrücklich behandelte der BGH diese Problematik dann in einer Entscheidung aus dem Jahr 1993.⁷⁶ Dort ging es um die Zwangsvollstreckung aus einem italienischen Gerichtsurteil in Deutschland wegen einer Geldforderung. Nach dem Inhalt des Urteils waren die bei der italienischen Lira zwischenzeitlich eingetretenen Währungsaufwertungen zu berücksichtigen. Im Hinblick auf künftige Entwicklungen wegen der Höhe der zu vollstreckenden Forderung ist nach Ansicht des BGH „das Vollstreckungsorgan gefordert und berechtigt, die nötige Bestimmung selbst vorzunehmen, soweit dies aus dem Titel einschließlich etwaiger Entscheidungsgründe selbst oder aufgrund allgemein zugänglicher, leicht und sicher feststellbarer anderer Urkunden, auf die der Titel verweist, möglich ist.“⁷⁷

Diesen Ausführungen ist nichts hinzuzufügen.⁷⁸ Sie sind letztlich die logische Konsequenz der oben getroffenen Feststellung, dass eine Geldforderung, die mit einer Wertsicherungsklausel versehen ist, auch dann vollstreckungsrechtlich ausreichend bestimmt ist, wenn der der Wertsicherungsklausel zugrundeliegende Lebenshaltungspreisindex anhand allgemein zugänglicher Quellen ermittelt werden kann. Dies ist auch dann der Fall, wenn ein solcher Lebenshaltungspreisindex nicht mehr fortgeführt wird und im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch den neuen Verbraucherpreisindex VPI ersetzt wird.

Unbenommen ist es dem Notar freilich, wenn er in der Vollstreckungsklausel selbst den zu vollstreckenden Geldbetrag, wie er sich unter Zugrundelegung der Wertsicherungsklausel einschließlich der Umstellung auf den VPI ergibt, nennt. Damit verhindert der Notar das möglicherweise faktisch bestehende Problem, wenn sich das Vollstreckungsorgan ggf. weigert, die entsprechende Berechnung selbst vorzunehmen. Ein Verstoß gegen die Neutralitätspflicht ist damit nicht zu besorgen. Regelmäßig ist es ja der Notar selbst, der die Klausel entworfen und in die Urkunde aufgenommen hat.

4. Vollstreckung im Ausland

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist allerdings in dem Entwurf der Bundesregierung eines EG-Vollstreckungstitel-Durchführungsgesetzes enthalten.⁷⁹ Mit der Verordnung des Europäischen Parlaments und Rates vom 21.4.2004, in Kraft getreten am 21.1.2005, wird ab dem 21.10.2005 ein Europäischer Vollstreckungstitel für unbestrittene Geldforderungen in

Zivil- und Handelssachen geschaffen.⁸⁰ Dieser Europäische Vollstreckungstitel soll Gläubigern eine effizientere grenzüberschreitende Vollstreckung ermöglichen. Für bestimmte Titel über unbestrittene Geldforderungen entfallen alle Zwischenverfahren, die bisher der Vollstreckung aus ausländischen Titeln vorgeschaltet sind. Nach dem Entwurf eines EG-Vollstreckungstitel-Durchführungsgesetzes der Bundesregierung zur Umsetzung dieser Verordnung soll an deren Stelle eine „Bestätigung“ nach §§ 1079 ff. ZPO n. F. treten. Zuständig für die Erteilung der Bestätigung sind die Gerichte, Behörden oder Notare, denen die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung obliegt. Zu dem Zweck, dass möglichst viele deutsche Titel als Europäische Vollstreckungstitel bestätigt werden können, enthält § 790 ZPO in der Fassung des EG-Vollstreckungstitel-Durchführungsgesetzes besondere Vorschriften für die Vollstreckung aus einem Unterhaltstitel im Ausland, wenn der Titel den Unterhalt nach § 1612 a BGB als Vomhundertsatz des jeweiligen Regelbetrags nach der Regelbetrags-VO festsetzt.⁸¹ Nach dem Gesetzentwurf ist auf Antrag der geschuldete Unterhalt zu beziffern. Zuständig für die Bezifferung sind die Gerichte, Behörden oder Notare, denen die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Titels obliegt.

Mit diesem Gesetzentwurf bestätigt die Bundesregierung letztlich das hier gefundene Ergebnis. Nur für eine Vollstreckung im Ausland kann die Bezifferung eines im Übrigen ausreichend bestimmten Vollstreckungstitels von dem die Vollstreckungsklausel erteilenden Organ gefordert werden. Für eine Vollstreckung im Inland kann dagegen auf eine solche Bezifferung im Klauselerteilungsverfahren verzichtet werden.

V. Zusammenfassung

Erhöhungsbeträge aus Wertsicherungsklauseln in notariellen Urkunden sind vollstreckungsfähig. Dem Bestimmtheitserfordernis genügen jedenfalls solche Wertsicherungsklauseln, die auf einen vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Lebenshaltungspreisindex Bezug nehmen. Die Vollstreckbarkeit der Erhöhungsbeträge ist auch nach 2003 gewährleistet. Die nicht mehr fortgeführten Lebenshaltungskostenindizes werden im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch den neuen Verbraucherpreisindex VPI ersetzt. Auch in diesem Fall ist die Berechnung des Erhöhungsbetrages mit Hilfe offenkundiger Umstände möglich.

Zweifel bestehen an der vollstreckungsrechtlichen Bestimmtheit dagegen, wenn in einer Wertsicherungsklausel auf ein bestimmtes Beamtengehalt Bezug genommen wird. Bei strukturellen Veränderungen ist das Bestimmtheitserfordernis einer solchen Wertsicherungsklausel nicht mehr erfüllt. In der notariellen Praxis sollten daher solche Wertsicherungsklauseln nicht mehr verwendet werden.

Bei der Zwangsvollstreckung aus einer Wertsicherungsklausel ist das Vollstreckungsorgan zur Berechnung des Erhöhungsbetrages verpflichtet, der Notar dagegen nicht. Der Notar darf jedoch im Klauselerteilungsverfahren die notwendige Berechnung durchführen und in die Vollstreckungsklausel aufnehmen, insbesondere um eine schnellere Erledigung des Vollstreckungsauftrags durch das Vollstreckungsorgan zu fördern.

⁷⁴ OLG Düsseldorf, NJW 1971, 436, 437.

⁷⁵ Kluge, MittRhNotK 2000, 409, 423.

⁷⁶ BGHZ 122, 16 = NJW 1993, 1801.

⁷⁷ BGHZ 122, 16, 18 = NJW 1993, 1801, 1802; ebenso Stein/Jonas/Münzberg, vor § 704 Rdnr. 153; Stürner/Münch, JZ 1987, 178, 182 f.

⁷⁸ Ebenso Kluge, MittRhNotK 2000, 409, 424; vgl. auch Münch, DNotZ 1995, 749, 752.

⁷⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 über einen Europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen (EG-Vollstreckungstitel-Durchführungsgesetz) vom 4.2.2005, BR-Drucks. 88/05.

⁸⁰ ABl. EU Nr. L 143, S. 15.

⁸¹ Siehe dazu oben II. 4.

EU-Agrarreform 2003: Betriebsprämienregelungen in der Praxis

Von Ass. jur. *Roman Fischer*, Bayerischer Bauernverband, München

Im Jahr 2005 kommen durch die Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP-Reform) auf die Landwirtschaft umfangreiche Neuregelungen bei den EU-Direktzahlungen zu. Die wichtigsten Änderungen hierbei sind die Entkopplung der Direktzahlungen von der Produktion durch die Einführung sogenannter Zahlungsansprüche, die Verknüpfung der Direktzahlungen mit der Einhaltung des landwirtschaftlichen Fachrechts bzw. mit den national festgelegten Bestimmungen für den Erhalt der Flächen in gutem landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand, und die verpflichtende Einführung von Modulationskürzungen. Wenngleich die Reform natürlich in erster Linie den unmittelbar betroffenen bauerlichen Berufsstand tangiert, sind zumindest auch die rechtsberatenden Berufe mit den sich aus der Reform ergebenden Konsequenzen konfrontiert. Hierzu ist es notwendig, zunächst einen Überblick über die wesentlichen Eckpunkte der Agrarreform zu geben.¹

Im Mittelpunkt der Reformbeschlüsse steht die Entkopplung des größten Teils der bislang als Flächen- oder Tierprämien bekannten Direktzahlungen von der landwirtschaftlichen Produktion. Künftig wird die Gewährung der Zahlungen nicht mehr davon abhängen, welches Produkt in welcher Menge erzeugt wird. In Deutschland erfolgt die Entkopplung zunächst über ein sogenanntes Kombinationsmodell, bei dem zwei mögliche Arten der Verteilung der entkoppelten Direktzahlungen miteinander kombiniert werden. Ein Teil der entkoppelten Direktzahlungen wird nach den Grundsätzen des Regionalmodells, bei dem gleichmäßig hohe Beträge je Hektar gewährt werden, verteilt. Vom Umfang der Fläche, über die ein Betrieb zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügt, hängt dann die Höhe der dem Betriebsinhaber zugewiesenen entkoppelten Direktzahlungen ab. Ein anderer Teil der entkoppelten Direktzahlungen wird nach den Grundsätzen des Standardmodells (auch historisches Modell genannt) verteilt, wobei hier die Höhe der in der Vergangenheit erhaltenen Direktzahlungen die Höhe der zukünftig gewährten Direktzahlungen eines Betriebes bestimmt.

Hinzuweisen ist vorab noch darauf, dass die Entkopplung der Direktzahlungen nicht alle Prämienarten erfasst, sondern es auch künftig noch verschiedene Zahlungen gibt, deren Gewährung teilweise oder vollständig an die Produktion des jeweiligen Erzeugnisses gebunden ist (z. B. die weiterhin gekoppelten Zahlungen für Eiweißpflanzen, Schalenfrüchte, Energiepflanzen, Stärkekartoffeln sowie – vorübergehend – Tabak) und dass Voraussetzung für die Ausbezahlung der künftigen Direktzahlungen die Einhaltung von bestimmten Bewirtschaftungsauflagen (den sogenannten Cross-Compliance-Regelungen, die die landwirtschaftlichen Flächen, die landwirtschaftliche Erzeugung und die landwirtschaftliche Tätigkeit betreffen) durch den Antragsteller ist.

I. Allgemeines zur Betriebsprämienregelung

Die Betriebsprämienregelung, in der alle von der Produktion entkoppelten Direktzahlungen zusammengefasst werden, ist das Herzstück der beschlossenen Agrarreform. Im Zusammenhang mit dieser Betriebsprämienregelung wird es auch die meisten Berührungspunkte geben, die für den juristischen Berufsstand bedeutsam sein können. Nachfolgend soll daher eine schematische Darstellung gegeben werden, wie das in Deutschland zur Anwendung kommende Entkopplungsmodell hinsichtlich der Betriebsprämienregelung ausgestaltet ist.²

Wie oben bereits angemerkt, werden die bisherigen Direktzahlungen in Deutschland weitestgehend entkoppelt, mit der Folge, dass zwischen ihnen und der Art bzw. dem Umfang der landwirtschaftlichen Produktion kein Zusammenhang mehr besteht. Die entkoppelten Direktzahlungen werden nun in die Betriebsprämienregelung überführt und unterliegen in Zukunft den einheitlichen Bestimmungen dieser Regelung. Im Zusammenhang mit der Betriebsprämienregelung ist nun wesentlich, dass die Ansprüche der Betriebsinhaber auf entkoppelte Zahlungen auf der Basis eines Referenzbetrages

ermittelt werden. Dieser Referenzbetrag wird von der jeweils zuständigen Landesbehörde festgesetzt und setzt sich zusammen aus einem betriebsindividuellen Betrag und einem flächenbezogenen Betrag.

Der betriebsindividuell zuzuweisende Betrag errechnet sich aus dem Mittel bestimmter, von dem jeweiligen Betriebsbewirtschafter im Bezugszeitraum 2000 mit 2002 durchschnittlich erhaltener Direktzahlungen bzw. Prämienzahlungen (wie z. B. Sonderprämie für männliche Rinder, Schlachtpremie für Kälber, Mutterkuhprämie, Mutterschaftsprämie usw.), wobei allerdings hierbei wiederum verschiedene Korrekturen vorgenommen werden, auf die aber nachfolgend nicht eingegangen zu werden braucht.³

Der flächenbezogene Betrag eines Betriebes im Jahr 2005 ergibt sich aus dem Umfang seiner angemeldeten beihilfefähigen Fläche zum Stichtag 17.5.2005, die dann mit den entsprechenden flächenbezogenen Beträgen je Hektar multipliziert wird. Die betragsmäßige Höhe der flächenbezogenen Beträge (Hektarprämienrechte), die für Ackerland und für Dauergrünland zugewiesen werden, sind nicht bundeseinheitlich festgelegt, sondern werden in den verschiedenen Regionen⁴ individuell festgesetzt. Da die exakte Höhe erst nach der Auswertung der Anträge 2005 feststeht, kann sie heute auch noch nicht genau beziffert werden.

¹ Für einen ersten Überblick zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens siehe *Schmitte*, MittBayNot 2004, 95 ff.

² Die wichtigsten Reformbestimmungen finden sich in der VO (EG) Nr. 1782/2003, den EG-Durchführungs-VO (EG) Nr. 795/2004 und (EG) Nr. 796/2004 (in den jeweils gültigen Fassungen), dem Betriebsprämien durchführungsgesetz (vom 21.7.2004, BGBl I, S. 1763, 1861), der Betriebsprämien durchführungsverordnung (vom 3.12.2004, BGBl I, 3204) sowie der InVeKoS-Verordnung (vom 26.7.2004, BGBl I, 1868).

³ Da für Milch im Zeitraum 2000 bis 2002 noch keine Direktzahlungen erfolgten, wird in diesem speziellen Fall ein anderer Bezugspunkt gewählt, nämlich die Höhe der verfügbaren einzelbetrieblichen Referenzmenge zum Stichtag 31.3.2005.

⁴ Prämienrechtlich wird Deutschland in 13 Regionen unterteilt; vgl. nachfolgende Tabelle.

Übersicht Hektarprämienrechte ⁵			
Region	2005		2013
	Flächen- bezogener Dauer- grünland- betrag	Flächen- bezogener Acker- flächen- betrag	Einheit- liches Hektar- prämien- recht
Baden-Württemberg	56	317	302
Bayern	89	299	340
Brandenburg/Berlin	70	274	293
Hessen	47	327	302
Mecklenburg- Vorpommern	61	316	322
Niedersachsen/Bremen	102	259	326
Nordrhein-Westfalen	111	283	347
Rheinland-Pfalz	50	288	280
Saarland	57	296	265
Sachsen	67	321	349
Sachsen-Anhalt	53	337	341
Schleswig-Holstein/ Hamburg	124	301	360
Thüringen	61	338	345

Ob einer beihilfefähigen Fläche ein flächenbezogener Betrag für Ackerland oder Dauergrünland zugewiesen wird, hängt grundsätzlich davon ab, welchen Status diese Fläche am 15.5.2003 besessen hat. War die Fläche zum damaligen Zeitpunkt Dauergrünland, erhält sie einen flächenbezogenen Betrag für Dauergrünland, auch wenn sie 2005 als Ackerland genutzt wird. Wurde sie am 15.5.2003 nicht als Dauergrünland genutzt, sondern zum Beispiel als Ackerland, Dauerkultur oder zu nichtlandwirtschaftlichen Zwecken, und wurde sie 2005 als Ackerland genutzt, erhält sie einen flächenbezogenen Betrag für Ackerland.

Für die Zuteilung der Zahlungsansprüche, womit nachfolgend die handelbaren Rechte, die, wenn sie mit einer entsprechenden beihilfefähigen Fläche aktiviert werden, zum Erhalt der entkoppelten Direktzahlung berechtigten, bezeichnet werden, ist es unerheblich, ob es sich bei der beihilfefähigen Fläche um Eigentums- oder Pachtflächen handelt. Entscheidend ist nur, wer die beihilfefähige Fläche am Stichtag 17.5.2005 bewirtschaftet. Daher erhalten die Pächter landwirtschaftlicher Flächen auf Antrag die dazugehörigen Zahlungsansprüche zugewiesen. Zugewiesen werden die Zahlungsansprüche entsprechend auch dem Käufer eines Grundstückes oder landwirtschaftlichen Betriebs, sofern diesem die Kaufsache wenigstens bereits zum Stichtag zur Bewirtschaftung überlassen ist, also die Nutzen und Lasten zu diesem Zeitpunkt bereits auf den Käufer übergegangen sind. Da es hinsichtlich der Zuweisung der Zahlungsansprüche eben gerade nicht auf das Flächeneigentum, sondern auf die Flächenbewirtschaftung ankommt, ist es für die Zuweisung der Zahlungsansprüche somit unerheblich, ob der Käufer bereits ins Grundbuch eingetragen ist oder ihm aufgrund des Kaufvertrages zunächst die Bewirtschaftung eingeräumt ist. Soweit in einem besonders dringlichen Fall ein Notartermin zur Beurkundung des Kaufvertrages nicht mehr vor dem Stichtag vereinbart werden

konnte, würde es zunächst ausreichen, dem Kaufvertragsabschluss einen Pachtvertragsabschluss vorzuschalten.

Mit den Beschlüssen zur Agrarreform wurden die nicht flächenakzessorisch ausgestalteten Zahlungsansprüche bewusst den Betriebsinhabern als Bewirtschaftern der Flächen zugeordnet, und zwar unabhängig davon, ob sie Eigentümer oder Pächter der Flächen sind. Da zudem ausschließlich den Betriebsinhabern das Verfügungsrecht über diese Zahlungsansprüche zusteht, ist strittig, ob ein Pächter, der Flächen vor dem 17.5.2005 gepachtet und mit diesen Flächen Zahlungsansprüche beantragt hat, nach Pachtende dem Verpächter neben der Rückgabe der Flächen auch die Übertragung von Zahlungsansprüchen schuldet.⁶ Zum einen wird vertreten, dass, insbesondere schon wegen der durch die EG-rechtlichen Bestimmungen besonders gestalteten Zahlungsansprüche, keine Übertragungspflicht bestehe.⁷ Nach einer anderen Meinung seien mit der Flächenrückgabe gemäß § 596 BGB auch Zahlungsansprüche zu übertragen.⁸ Die endgültige Klärung dieser Frage wird der Rechtsprechung vorbehalten sein. Allerdings werden die vielfach angeführten Befürchtungen der Verpächter, dass bei einer erneuten Verpachtung der Flächen ohne Zahlungsansprüche nur noch geminderte Pachthöhen ausgehandelt werden könnten, gerade im deutschen Kombimodell, wenn überhaupt, nur kurzfristig zutreffend sein. Denn im Rahmen des Kombimodells werden grundsätzlich Zahlungsansprüche für alle landwirtschaftlichen Nutzflächen – nur mit Ausnahme von Dauerkulturen – zugewiesen und „prämienfreies Land“ wird daher zur Ausnahme. In Folge des Entzugs landwirtschaftlicher Flächen für nichtlandwirtschaftliche Zwecke, vor allem durch Überbauung, werden bald mehr Zahlungsansprüche als aktivierbare Fläche vorhanden sein. Immerhin werden der Landwirtschaft nach wie vor noch ca. 40.000 bis 50.000 ha landwirtschaftliche Nutzfläche jährlich entzogen. Das knappe Gut werden mittelfristig daher nicht Zahlungsansprüche, sondern „Aktivierungsflächen“ sein, mit denen Zahlungsansprüche zur Auszahlung gebracht werden können. Da zumindest längerfristig ein nicht unerhebliches Überangebot an „Zahlungsansprüchen“ vorherrschen wird – bei gleichzeitig sinkender Nachfrage nach Zahlungsansprüchen –, lässt sich, da Angebot und Nachfrage bekanntlich den Preis regeln, absehen, in welche Richtung der Wert solcher Zahlungsansprüche gehen wird.

Der für die jeweiligen Betriebe errechnete Referenzbetrag als Summe aus dem betriebsindividuellen Betrag und dem flächenbezogenen Betrag stellt eine Größe dar, die die Gesamtsumme der einem Betrieb im ersten Jahr der Antragstellung grundsätzlich zustehenden Direktzahlungen im Rahmen der Betriebsprämienregelung angibt. Um aber einen Bezug zwischen den Direktzahlungen und der beihilfefähigen Fläche eines Betriebes herzustellen und um die Betriebsprämienregelung für die künftigen Jahre handhabbarer und flexibler zu gestalten, wird der ermittelte Referenzbetrag bei der Zuweisung an die landwirtschaftlichen Betriebe in sogenannte Zahlungsansprüche aufgeteilt. Der Umfang der beihilfefähigen Fläche eines Betriebes zum Stichtag 17.5.2005 bestimmt gleichzeitig auch die Anzahl der Zahlungsansprüche, die einem Betriebsinhaber zugewiesen werden. Da landwirtschaftliche Betriebe in der Regel nicht über eine beihilfe-

⁵ Schätzwerte des BMVEL; die endgültige Höhe der flächenbezogenen Beträge hängt vom Umfang der 2005 angemeldeten beihilfefähigen Fläche ab.

⁶ Soweit im Pachtvertrag keine diesbezügliche Regelung getroffen wurde.

⁷ U. a. *Dehne*, Die Entkoppelung macht nur Juristen glücklich, *Land & Forst*, Ausgabe vom 14.4.2003, S. 6–8; *Jeinsen*, *Agrar- und Umweltrecht* 2003, 293–297.

⁸ BMVEL, *Meilensteine der Agrarpolitik*, S. 22.

fähige Fläche verfügen, die einer glatten Hektarzahl entspricht, entstehen regelmäßig Bruchteile eines Zahlungsanspruchs. Der Wert der einzelnen Zahlungsansprüche hängt wiederum von der Höhe des betriebsindividuellen Betrages des jeweiligen Betriebes sowie dem flächenbezogenen Betrag je Hektar Dauergrünland beziehungsweise Ackerland der Region ab, in der sich die entsprechende Fläche befindet. Je nachdem, ob in einen Zahlungsanspruch der flächenbezogene Betrag für Dauergrünland oder Ackerland eingegangen ist, spricht man auch von Zahlungsansprüchen für Dauergrünland oder Ackerland.⁹

Soweit einem Betrieb ein betriebsindividueller Betrag zugesprochen wird, weil entsprechende Direktzahlungen (z. B. Bullenschlachtpremien) im Bezugszeitraum 2000 mit 2002 bezogen wurden, wird dieser betriebsindividuelle Betrag gleichmäßig auf die vorhandenen Acker- und Dauergrünlandzahlungsansprüche des Betriebs aufgeteilt. Dabei wird kein Unterschied zwischen Zahlungsansprüchen für Ackerland und Dauergrünland gemacht. Entsprechend erhöht sich der Wert dieser Zahlungsansprüche. Der betriebsindividuelle Betrag bildet sozusagen das Sahnehäubchen, das auf den flächenbezogenen Betrag aufgesetzt wird. Dieser Betrag wird deshalb regelmäßig auch als „Top-Up“¹⁰ bezeichnet. Der flächenbezogene Betrag verschmilzt auf diese Weise mit dem betriebsindividuellen Betrag zu einem untrennbaren Gesamtwert des Zahlungsanspruchs. Das Top-Up des Zahlungsanspruchs kann daher nicht von diesem „abgeschöpft“ und auf einen anderen Zahlungsanspruch „draufgesetzt“ oder in sonstiger Weise verwertet werden.

Da die Höhe des betriebsindividuellen Betrages von Betrieb zu Betrieb unterschiedlich hoch ausfällt, unterscheiden sich (obwohl innerhalb einer Region die Beträge für Ackerflächen und die Beträge für Dauergrünlandflächen gleich sind) die Werte der Zahlungsansprüche der Betriebe innerhalb einer Region teilweise deutlich voneinander. Langfristig wird das Kombinationsmodell in ein reines Regionalmodell überführt werden, wozu die von Betrieb zu Betrieb unterschiedlich hohen Werte der Zahlungsansprüche schrittweise zu regional einheitlichen Zahlungsansprüchen umgewandelt werden. Dieser Übergang erfolgt in der sogenannten Angleichungsphase oder Abschmelzungsphase zwischen den Jahren 2010 und 2013. Mit Beendigung der Abschmelzung ist dann der Übergang vom Kombinations- zum Regionalmodell abgeschlossen.

Die Zuteilung der Zahlungsansprüche an den Bewirtschafter erfolgt nur auf Antrag. Dieser einmalig einzureichende Antrag auf Festsetzung von Zahlungsansprüchen ist grundsätzlich gemeinsam mit dem Sammelantrag bzw. Mehrfachantrag bei der zuständigen Landesstelle zu stellen. Grundsätzlich musste der Antrag auf Festsetzung der Zahlungsansprüche im ersten Jahr der Betriebsprämienregelung gestellt werden und zwar bis zum 17.5.2005.¹¹ Vorbehaltlich der Fälle höherer

Gewalt oder außergewöhnlicher Umstände verringert sich bei verspäteter Einreichung des Antrags auf Festsetzung von Zahlungsansprüchen die im Jahr 2005 zu gewährende Betriebsprämie um jeweils drei Prozent je Arbeitstag Verspätung. Beträgt die Verspätung mehr als 25 Kalendertage, so wird der Antrag ganz abgelehnt. Ein Antrag auf Festsetzung von Zahlungsansprüchen kann nur dann noch zu einem späteren Zeitpunkt gestellt werden, wenn eine Antragstellung im Jahr 2005 aufgrund eines Falles höherer Gewalt oder außergewöhnlicher Umstände nicht möglich war, oder in Einzelfällen wie Neueinsteigerregelung bzw. Übertragung verpachteter Flächen eine Zuteilung von Zahlungsansprüchen aus der nationalen Reserve beantragt wird, die erst nach 2005 bewilligt werden kann.

Die endgültige Festsetzung der Zahlungsansprüche erfolgt spätestens bis zum 31.12.2005. Der Betriebsinhaber erhält dann einen Bescheid, aus dem Anzahl, Art und Wert seiner Zahlungsansprüche hervorgehen. Wie diese Festsetzungsbescheide und insbesondere die zugewiesenen Zahlungsansprüche konkret aussehen, steht derzeit noch nicht fest. Darüber hinaus ist vorgesehen, dass für jeden Betriebsinhaber ein eigenes Konto bei einer zentralen Datenbank angelegt wird, in dem die Zahlungsansprüche mit ihrem Wert und der jeweiligen Nutzung aufgeführt werden. Dies dient auch dazu, den Handel mit Zahlungsansprüchen verfolgen zu können.

Zahlungsansprüche können, sofern ein entsprechender Antrag gestellt wird, grundsätzlich nur festgesetzt werden, wenn

- (1) es sich beim Antragsteller um einen Betriebsinhaber handelt. Als solcher gelten alle natürlichen oder juristischen Personen, sowie Vereinigungen natürlicher oder juristischer Personen, die eine landwirtschaftliche Tätigkeit¹² ausüben.
- (2) der Betriebsinhaber zum 17.5.2005 über eine beihilfefähige¹³ Fläche von mindestens 0,3 Hektar verfügt.

II. Spezielle Fragenkreise zur Betriebsprämienregelung

1. Zurechnung von betriebsindividuellen Beträgen auf Neubewirtschafter

Da für die Zuweisung des flächenbezogenen Betrages der Umfang der dem Antragsteller am 17.5.2005 zur Verfügung stehenden bewirtschafteten beihilfefähigen Flächen ausschlaggebend ist, fallen der Termin der Antragstellung und der für die Zuweisung der flächenbezogenen Beträge entscheidende Zeitpunkt zusammen. Insoweit bestehen hier überwiegend keine Probleme.

Bei der Zuweisung des betriebsindividuellen Betrags, aus dem die „Top-Ups“ auf die Flächenbeträge aufgesattelt werden, ist dagegen zu berücksichtigen, dass zwischen dem maßgeblichen Bezugszeitraum (2000 mit 2002) und der Antragstellung mehrere Jahre liegen. Relativ unproblematisch ist dieser Umstand dann, wenn die Person des Bewirtschafters „gleich“ geblieben ist in dem Sinne, dass der Bewirtschafter,

⁹ Diese Bezeichnung ist allerdings nur bei der erstmaligen Zuteilung der Zahlungsansprüche von Bedeutung und ist für die künftigen Jahre irrelevant, da die Zahlungsansprüche grundsätzlich mit jeglicher beihilfefähiger Fläche aktiviert werden können (Ausnahmen bei OGS-Flächen und Zahlungsansprüchen bei Stilllegung).

¹⁰ Wegen der Herkunft aus dem betriebsindividuellen Prämienanteil auch „BIP“ bezeichnet.

¹¹ Für die Antragstellung der meisten Stützungsregelungen ist grundsätzlich der 15.5. des Kalenderjahres maßgebend; da dieser Tag im Jahr 2005 auf Pfingstsonntag fällt, endete die Antragsfrist aufgrund allgemeiner Verwaltungsbestimmungen ausnahmsweise am ersten darauffolgenden Arbeitstag, also am 17.5.2005.

¹² Als landwirtschaftliche Tätigkeit gelten bisher die Erzeugung, die Zucht und der Anbau landwirtschaftlicher Erzeugnisse, einschließlich Ernten, Melken, Zucht oder Haltung von Tieren für landwirtschaftliche Zwecke. Künftig zählt aber auch die Instandhaltung von aus der landwirtschaftlichen Erzeugung genommenen Flächen als landwirtschaftliche Tätigkeit.

¹³ Flächen, die überwiegend anderen als landwirtschaftlichen Zwecken dienen, wie zum Beispiel Parkflächen, Golfplätze, Straßenbegleitflächen, bleiben unberücksichtigt.

der am 17.5.2005 den Antrag stellt, auch schon in dem maßgeblichen Zeitraum 2000 mit 2002 einen Betrieb bewirtschaftet hat. In diesem Falle werden ihm die im Zeitraum 2000 mit 2002 erzielten Prämien auf den betriebsindividuellen Betrag zugerechnet. Probleme treten dagegen auf, wenn beispielsweise ein Bewirtschafter zwar im Zeitraum 2000 mit 2002 einen Betrieb führte, in dem er für den betriebsindividuellen Betrag relevante Prämien erzielte, der Bewirtschafter aber noch vor dem maßgeblichen Antragsstichtag (17.5.2005) den Betrieb auf einen Dritten übertragen hat. Das Problem liegt hier darin, dass der Erwerber zwar zum maßgeblichen Stichtag mit den dann von ihm bewirtschafteten Flächen einen Antrag stellen kann und ihm Zahlungsansprüche für diese bewirtschafteten Flächen zugewiesen werden, dass aber der Antragsteller eben in dem für die Zuteilung des betriebsindividuellen Betrags maßgeblichen Zeitraum 2000 mit 2002 selbst keine auf den betriebsindividuellen Betrag zuzurechnenden Prämien erzielte.

Nachfolgend soll dargestellt werden, unter welchen Bedingungen eine Übertragung oder Zuweisung von betriebsindividuellen Beträgen auf einen „Neubewirtschafter“ möglich ist.

a) Vererbung oder vorweggenommene Erbfolge

Bei einer Vererbung oder vorweggenommenen Erbfolge tritt der Erbe grundsätzlich in die Rechtsposition des Erblassers ein und erhält bei der Festsetzung der Zahlungsansprüche die betriebsindividuellen Beträge des Erblassers zugewiesen, sofern ihm die Bewirtschaftereigenschaft zusteht. Im Falle der „echten“ Vererbung, die anhand eines Erbscheins nachzuweisen ist, beantragt der Erbe die Zuweisung der Zahlungsansprüche (und damit die Berechnung des betriebsindividuellen Betrags) für den erhaltenen Betrieb oder Betriebsteil.

Beispiel: Landwirt L, der Inhaber eines Mutterkuhbetriebes ist, verstirbt im Jahr 2003 und wird von E beerbt. Aufgrund des Antrages von E werden diesem für die Festsetzung der Zahlungsansprüche auch die für den Referenzzeitraum 2000–2002 ermittelten betriebsindividuellen Beträge des Betriebes des Erblassers L zugewiesen.

Im Falle der „unechten“ Vererbung ist vom Hofnachfolger der Nachweis der im Wege der „vorweggenommenen“ Erbfolge erfolgten Betriebsübernahme durch den Hofübergabevertrag zu erbringen. Eine vorweggenommene Erbfolge kann im Einzelfall auch dann vorliegen, wenn im Rahmen einer „gleitenden Hofübergabe“ andere Vertragsformen gewählt wurden. In Betracht kommen hier vor allem unbefristete oder zumindest langfristige Pachtverträge, aus denen sich ausdrücklich ergibt, dass die Übertragung der Bewirtschaftung dem Ziel der Betriebsnachfolge durch den künftigen Erben dient. Enthält der Pachtvertrag keine derartige Bestimmung, so müssen die Vertragsparteien eine gemeinsame schriftliche Erklärung zusammen mit dem Antrag auf Festsetzung der Zahlungsansprüche vorlegen, aus der hervorgeht, dass die Verpachtung der Vorwegnahme der Erbfolge dient.

b) Änderung der Bezeichnung beziehungsweise des Rechtsstatus, Zusammenschlüsse und Aufteilungen

Bei einer Änderung der Bezeichnung bzw. des Rechtsstatus sowie bei Zusammenschlüssen und Aufteilungen von Betrieben können bei der Festsetzung der Zahlungsansprüche für die Antragsteller (also die „neuen“ Betriebsinhaber) unter bestimmten Bedingungen auch die betriebsindividuellen Beträge der ursprünglichen Betriebe hinzugerechnet werden. Dazu muss der Antragsteller allerdings die entsprechende Beziehung zu dem ursprünglichen Betriebsinhaber oder den Betriebsinhabern nachweisen. Ob und inwieweit diese Bezie-

hung besteht, richtet sich grundsätzlich nach den im jeweiligen Einzelfall einschlägigen umwandlungsrechtlichen beziehungsweise gesellschafts- oder handelsrechtlichen Bestimmungen in Verbindung mit den gegebenenfalls geschlossenen Gesellschaftsverträgen oder den Statuten. Fehlt es an der erforderlichen Beziehung zwischen dem ursprünglichen Betriebsinhaber und dem neuen Betriebsinhaber, so können für keinen der Betroffenen betriebsindividuelle Beträge berücksichtigt werden.

c) Kauf eines vom Verkäufer im Referenzzeitraum bewirtschafteten Betriebes

Wer einen Betrieb oder Betriebsteil (also z. B. Flächen) in den letzten beiden Jahren vor dem 17.5.2005 gekauft hat, sieht sich der Tatsache gegenüber, dass er dafür keine betriebsindividuellen Anteile erhält, da er den gekauften Betrieb oder Betriebsteil im Referenzzeitraum ja nicht selbst bewirtschaftet hat. Allerdings gibt es die Möglichkeit, sich vom Verkäufer, sofern dieser im für die betriebsindividuellen Beträge maßgeblichen Zeitraum den Betrieb selbst bewirtschaftet hatte, den Referenzbetrag aus dessen Bewirtschaftung im Referenzzeitraum übertragen zu lassen. Voraussetzung ist dabei zum einen, dass der Verkäufer im Referenzzeitraum selbst den Betrieb bewirtschaftet hat und aus dieser Bewirtschaftung Prämien erzielt hat, die dazu führen, dass ihm ein betriebsindividueller Betrag zugesprochen werden müsste und zum anderen, dass sowohl Käufer als auch Verkäufer zum Zeitpunkt der Antragstellung Betriebsinhaber sind.

Wenn dies der Fall ist, konnten die Vertragsparteien noch bis zum 17.5.2005 einen Übergang des betriebsindividuellen Referenzbetrags des Verkäufers auf den Käufer vereinbaren. Soweit der Kaufvertrag bereits abgeschlossen ist, müsste dies gegebenenfalls durch eine Vertragsänderung erfolgen. Es empfiehlt sich, auch für diese Vertragsänderung die notarielle Form zu wählen, weil eine Vereinbarung in anderer Form unwirksam sein dürfte und dann die Gefahr besteht, dass die beabsichtigte Übertragung der betriebsindividuellen Referenzbeträge hieran scheitert.

d) Kauf eines im Referenzzeitraum verpachteten Betriebes

Von der Konstellation, dass vor dem 17.5.2005 ein Betrieb oder Betriebsteil von einem Verkäufer, der den Betrieb in den Jahren 2000–2002 selbst bewirtschaftet hatte, erworben wird, unterscheidet sich der Fall, dass vor dem 17.5.2005 ein Betrieb oder Betriebsteil gekauft wird, der in den Jahren 2000–2002 an einen Dritten verpachtet war. In diesem Fall kann der Verkäufer, da er ja selbst keine für den betriebsindividuellen Betrag relevanten Prämien erzielt hat, mit dem Käufer auch keinen Übergang des betriebsindividuellen Referenzbetrags vereinbaren. Allerdings kann derjenige, der einen Betrieb oder Betriebsteil, dessen Flächen im Bezugszeitraum verpachtet waren, vor dem 15.5.2004 gekauft hat und dabei das Ziel hatte, eine landwirtschaftliche Tätigkeit innerhalb eines Jahres nach Auslaufen der Pacht aufzunehmen oder zu erweitern, einen Antrag als Betriebsinhaber in besonderer Lage stellen, damit er für den gekauften Betrieb oder Betriebsteil zusätzliche – beziehungsweise im Wert erhöhte – Zahlungsansprüche erhält.

Sofern dem Erwerber, der den verpachteten Betrieb vor dem 15.5.2004 gekauft hat, der gekaufte oder gepachtete Betrieb erst nach dem 17.5.2005 zur Verfügung steht, weil der Pachtvertrag mit dem Dritten erst nach diesem Termin ausläuft, erhält der Erwerber über das „normale“ Antragsverfahren für diesen Betrieb keinen Referenzbetrag und damit keine Zah-

lungsansprüche. In diesem Falle hat der Erwerber den Antrag auf Zuweisung von Zahlungsansprüchen aufgrund besonderer Lage bis zum 15.5., der auf das Auslaufen der Pacht folgt, zu stellen.

Sofern der Erwerber, der den verpachteten Betrieb vor dem 15.5.2004 gekauft hat, lediglich im Bezugszeitraum (2000–2002) wegen des laufenden Pachtvertrags noch nicht über den Betrieb verfügen konnte, wohl aber im Jahr 2005, erhält der Erwerber im Rahmen des „normalen“ Antragsverfahrens zwar den flächenbezogenen Betrag, aber keinen betriebsindividuellen Betrag. In diesem Falle kann der Erwerber aufgrund seiner besonderen Lage beantragen, dass die Zahlungsansprüche erhöht werden. Dieser Antrag auf Erhöhung des Wertes von Zahlungsansprüchen aufgrund besonderer Lage war bis zum 17.5.2005 zu stellen.

2. Die Aktivierung der Zahlungsansprüche

a) Aktivierung nur mit beihilfefähigen Flächen

Sind einem Betriebsinhaber Zahlungsansprüche zugewiesen worden, kann der entsprechende Wert der Zahlungsansprüche nur dann ausgezahlt werden, wenn der Betriebsinhaber in seinem jährlich zu stellenden Antrag eine entsprechende beihilfefähige Fläche nachweist. Diese Fläche kann für jede Produktion genutzt werden, außer für Dauerkulturen einschließlich Baumschulflächen, wohl aber für Hopfen. Die Aktivierung von Zahlungsansprüchen ist beim Anbau von Obst (außer Dauerkulturen), Gemüse und anderen Kartoffeln als Stärkekartoffeln allerdings nur unter bestimmten Bedingungen möglich. Zulässig ist auch, auf den beihilfefähigen Flächen keine landwirtschaftliche Erzeugung vorzunehmen, sondern lediglich zu gewährleisten, dass die Flächen in gutem landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand gehalten werden.

Wird ein Zahlungsanspruch zusammen mit einer beihilfefähigen Fläche mit zulässiger Nutzung nachgewiesen, spricht man von Aktivierung der Zahlungsansprüche. Ein Zahlungsanspruch ist mit jeweils einem Hektar beihilfefähiger Fläche zu aktivieren. Verfügt der Betriebsinhaber zur Aktivierung eines Zahlungsanspruchs nur über eine beihilfefähige Fläche, die den Bruchteil eines Hektars ausmacht, dann kann er damit auch nur den entsprechenden Bruchteil des Werts des Zahlungsanspruchs aktivieren. Ein Zahlungsanspruch kann in einem Antragsjahr nur von demjenigen genutzt werden, der ihn am 15.5. des jeweiligen Jahres besitzt.

b) Der 10-Monats-Zeitraum

Eine beihilfefähige Fläche kann nur dann zur Aktivierung eines Zahlungsanspruchs verwendet werden, wenn sie dem Betriebsinhaber mindestens zehn Monate zur Verfügung steht. Eine Ausnahme gilt lediglich für den Fall, dass die zehn Monate aufgrund höherer Gewalt oder außergewöhnlicher Umstände nicht eingehalten werden können. Den Beginn des 10-Monats-Zeitraums muss der Betriebsinhaber jährlich einheitlich für seine angemeldete beihilfefähige Gesamtfläche festlegen, wobei der Beginn des 10-Monats-Zeitraums zwischen dem 1.9. des der Antragstellung vorausgehenden Jahres und dem 30.4. des Antragsjahres liegen muss.

c) Nicht genutzte Zahlungsansprüche

Zahlungsansprüche, die während drei aufeinander folgender Kalenderjahre nicht genutzt werden, verfallen und werden der nationalen Reserve zugeführt. Der Betriebsinhaber kann entscheiden, welche seiner Zahlungsansprüche er in einem bestimmten Kalenderjahr nutzt.

3. Die Übertragung von Zahlungsansprüchen

a) Verkauf von Zahlungsansprüchen

Betriebsinhaber können Zahlungsansprüche durch Verkauf oder jede andere endgültige Übertragung (zum Beispiel Schenkung) mit und ohne Flächen an andere Betriebsinhaber übertragen. Eine erstmalige Übertragung von Zahlungsansprüchen ohne Fläche ist allerdings erst dann möglich, wenn der Betriebsinhaber mindestens 80 Prozent aller seiner Ansprüche innerhalb eines Kalenderjahres genutzt hat. Hat er weniger als 80 Prozent aller seiner Zahlungsansprüche innerhalb eines Kalenderjahres genutzt, kann er erst dann Zahlungsansprüche ohne Flächen übertragen, wenn er sämtliche Zahlungsansprüche, die er im ersten Jahr nicht genutzt hat, freiwillig an die nationale Reserve abgetreten hat.

b) Verpachtung von Zahlungsansprüchen

Eine Verpachtung oder eine ähnliche befristete Überlassung von Zahlungsansprüchen ist dagegen nur mit Fläche zulässig, das heißt wenn zusammen mit den Zahlungsansprüchen eine gleiche Anzahl von Hektar beihilfefähiger Flächen überlassen wird. Dies bedeutet, dass der Verpächter sowohl der Bewirtschafter der Flächen als auch der Berechtigte der Zahlungsansprüche sein muss.

c) Übertragung von Bruchteilen von Zahlungsansprüchen

Bei der Übertragung von Zahlungsansprüchen mit Fläche besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit der Übertragung von Bruchteilen von Zahlungsansprüchen; ein bestehender ganzer Zahlungsanspruch kann jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen aufgeteilt werden. Die Voraussetzungen für die Übertragung von Bruchteilen von Zahlungsansprüchen sind derzeit noch nicht abschließend festgelegt.

Beispiel: Landwirt A hat 81 Zahlungsansprüche zu 300 € und verpachtet eine Fläche von 10,2 Hektar mit Zahlungsansprüchen an seinen Nachbarn B. Nachbar B erhält 10 ganze Zahlungsansprüche zu 300 € und 0,2 Zahlungsansprüche zu 300 € (Wert 60 €). Landwirt A verbleiben 70 ganze Zahlungsansprüche zu 300 € und ein Bruchteilsanspruch von 0,8 Zahlungsansprüchen zu 300 € (Wert 240 €).

d) Die Pfändung von Zahlungsansprüchen

Grundsätzlich gilt, dass auch die sich aus den Zahlungsansprüchen ergebenden Ansprüche auf Auszahlungen nach wie vor abtretbar und pfändbar sind. Mit der Abtretung bzw. Pfändung geht der Anspruch auf die Auszahlung des mit dem Zahlungsanspruch festgesetzten Betrages auf den neuen Gläubiger über. Im Gegensatz zu den bisherigen Erzeugerprämien, die nur Ausfluss einer bestimmten Tätigkeit (z. B. Anbau einer bestimmten Menge Getreide auf einer bestimmten Fläche) waren, handelt es sich bei den nunmehrigen Auszahlungen um hiervon entkoppelte Zahlungen, die ihre Grundlage in den Zahlungsansprüchen haben. Zwar setzt die Ausbezahlung des im Zahlungsanspruchs bestimmten Betrages an den „Zahlungsanspruchsinhaber“ voraus, dass der Zahlungsempfänger bestimmte Voraussetzungen erfüllt (Nachweis beihilfefähiger Fläche und Einhaltung der sog. Cross-Compliance-Verpflichtungen), allerdings ist der Zahlungsanspruch jetzt übertragbar ausgestaltet.

Der Inhaber des Zahlungsanspruches kann grundsätzlich jederzeit, d. h. nachdem er erstmalig mindestens 80 Prozent aller seiner Ansprüche innerhalb eines Kalenderjahres genutzt hat, diesen Zahlungsanspruch auch ohne Fläche an einen anderen Bewirtschafter innerhalb der Region verkaufen. Auf-

grund dieser Verkehrsfähigkeit des Zahlungsanspruches wird nicht nur die Pfändung des sich aus dem Zahlungsanspruch ergebenden Auszahlungsanspruches für zulässig erachtet werden müssen, sondern auch die Pfändung des Zahlungsanspruches selbst.

e) Regionale Beschränkung des Handels

Zahlungsansprüche dürfen nur innerhalb derselben Region gehandelt und genutzt werden. Da die Zahlungsansprüche einzeln identifiziert und registriert werden, ist aus ihrer Kennung jederzeit ersichtlich, welcher Region sie zuzuordnen sind. Dies gilt auch für Zahlungsansprüche bei Stilllegung, das heißt die Flächenstilllegungsverpflichtung kann künftig nicht mehr in einem anderen Bundesland erbracht werden, sondern nur in der jeweiligen Region.

Im Rahmen dieses Artikels kann nur auf solche Informationen eingegangen werden, die für den rechtsberatenden Berufsstand von Bedeutung sein können. Anzumerken ist, dass nach wie vor eine Reihe von Fragen noch nicht abschließend geklärt ist und insbesondere noch immer nicht feststeht, wie die den Bewirtschaftern zugewiesenen Zahlungsansprüche letztendlich „in natura“ aussehen werden.¹⁴

¹⁴ Für eingehende und vertiefte Informationen zu der Agrarreform empfiehlt sich das Studium der über 156-seitigen Informationsbrochure „Meilensteine der Agrarpolitik“ des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft; abrufbar unter <http://www.bml.de/index-0000F3FC40C41224BACF6521C0A8D816.html>.

Teilweise Rückerstattung der Grunderwerbsteuer bei Insolvenz des Bauträgers?

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Pappenheim, und Notarassessor *Christian Steer*, Regensburg*

Beim Steckenbleiben eines Bauvorhabens in Folge einer Insolvenz des Bauträgers stellt sich unter anderem die Frage, ob der Erwerber gegenüber dem Finanzamt einen Anspruch auf (teilweise) Rückerstattung der von ihm entrichteten Grunderwerbsteuer hat. In der Praxis ist zu beobachten, dass viele Finanzämter eine Rückerstattung mit der Begründung ablehnen, dass kein Fall des § 16 GrEStG vorliege. Soweit ersichtlich, finden sich auch in der Literatur, insbesondere in den einschlägigen Kommentaren, nur sehr knappe und eher oberflächlich gehaltene Ausführungen zu dieser Problematik. Deshalb soll den insolvenz- und schadensersatzrechtlichen Folgen einer Insolvenz des Bauträgers nachgegangen werden, um hieraus die grunderwerbsteuerlichen Konsequenzen ziehen zu können.

I. Vorbemerkungen

Gemäß § 16 Abs. 3 GrEStG ist auf Antrag die Grunderwerbsteuer niedriger festzusetzen bzw. eine bereits erfolgte Steuerfestsetzung zu ändern, sofern die Gegenleistung für das Grundstück herabgesetzt wird. Die Vorschrift unterscheidet danach, ob die Herabsetzung im gegenseitigen Einvernehmen erfolgt (§ 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG) oder ob sie auf einem Rechtsanspruch beruht (§ 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG). Während § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG keine Fristenfordernisse aufstellt, ist im Fall der einvernehmlichen Kaufpreisreduzierung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG die dort normierte 2-Jahres-Frist zu beachten.

Eine einvernehmliche Herabsetzung ist beim Bauträgervertrag etwa denkbar, wenn nachträglich Eigenleistungen des Erwerbers vereinbart werden, die dazu führen, dass sich der an den Bauträger zu leistende Kaufpreis verringert.¹ Demgegenüber beruht die Herabsetzung der Gegenleistung auf einem Rechtsanspruch, wenn beispielsweise Gewährleistungsrechte des Käufers infolge einer Schlechterfüllung des Vertrages durch den Verkäufer zu einer Kaufpreisreduzierung führen. Allerdings verlangt der BFH, dass die Beteiligten hieraus auch die *tatsächlichen Konsequenzen* ziehen, d. h. beispielsweise das Ergebnis einer berechtigten Minderung auch tat-

sächlich eintreten lassen.² Daran fehlt es, wenn der Käufer die teilweise erloschene Kaufpreisforderung gleichwohl entrichtet oder der Verkäufer seiner Rückzahlungsverpflichtung nicht nachkommt.³

Scheitert der Käufer in seinem Bemühen um Realisierung des Rückforderungsanspruches jedoch nur deshalb, weil seine im Insolvenzverfahren angemeldete und unbestritten gebliebene Forderung ausfällt, so nimmt der BFH dennoch eine Erfüllung des Tatbestands des § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG an.⁴ Dies wird damit begründet, dass die Minderung des Vermögens des Erwerbers nicht mehr kausal auf den Grundstückserwerb, sondern auf den Vermögensverfall des Veräußerers zurückzuführen sei. Gegen diese Auffassung wird in der Literatur teilweise angeführt, dass § 16 Abs. 3 GrEStG den tatsächlichen Vollzug der Minderung durch die Durchsetzung der Rückforderungsansprüche voraussetze und folglich die Umstände, die dem entgegenstehen, unbeachtet bleiben müssten.⁵ Folgt man jedoch der Auffassung des BFH, so bedeutet dies für den Fall des „Steckenbleibens“ des Bauwerks infolge einer Insolvenz des Bauträgers, dass alleine maßgeblich ist, ob dies zu einer zivilrechtlichen Reduzierung der Zahlungsansprüche

* Besonderer Dank an Notar a. D. Dr. A. Reul, Würzburg, und Notar Dr. L. Hipler, Lindenberg, für wertvolle Hinweise.

¹ Vgl. Gottwald, Grunderwerbsteuer, 2. Aufl., S. 255.

² Vgl. BFH, BStBl II 1999, 737; Hofmann, GrEStG, 7. Aufl., § 16 Rdnr. 43; Pahlke/Franz, GrEStG, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 67.

³ Vgl. BFH, BStBl II 1993, 59.

⁴ Vgl. BFH, BStBl II 1993, 58.

⁵ Vgl. Pahlke/Franz, § 16 Rdnr. 67; Hofmann, § 16 Rdnr. 43; a. A. dagegen Boruttau/Sack, GrEStG, 15. Aufl., § 16 Rdnr. 242; Gottwald, Grunderwerbsteuer, S. 255.

aus dem Bauträgervertrag führt (nur in diesem Fall kann § 16 GrEStG einschlägig sein) oder nicht.⁶ Inwieweit es zu einer tatsächlichen Zurückerstattung etwa zuviel geleisteter Beiträge kommt, ist dagegen unbeachtlich.

II. Zivil- und grunderwerbsteuerliches Schicksal des Bauträgervertrags nach Insolvenzverfahrenseröffnung

Ein Bauträgervertrag enthält sowohl eine kaufvertragliche Komponente (Grundstückskauf) als auch eine werkvertragliche (Errichtung des Bauwerks). Die beiden Bestandteile des Bauträgervertrages erfahren nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein unterschiedliches Schicksal.

1. Kaufvertragliche Komponente des Bauträgervertrages

Es ist noch nicht einmal 30 Jahre her, dass der Bauträgervertrag insolvenzrechtlich als vollständig einheitlicher Vertrag gesehen wurde, so dass beim Steckenbleiben des Baus – gleich in welchem Stadium – der Insolvenzverwalter es in der Hand hatte, den gesamten Vertrag einschließlich des kaufvertraglichen Teils zu Fall zu bringen. In diesem Fall vermochte auch eine zugunsten des Käufers eingetragene Vormerkung keine Abhilfe zu schaffen, die mit Wegfall des schuldrechtlichen Anspruchs gleichfalls untergeht und nur noch in Gestalt einer materiell unrichtigen Grundbucheintragung fortbesteht.⁷ Erst die Einführung des § 24 Satz 2 KO (jetzt: § 106 Abs. 1 Satz 2 InsO) brachte dem durch Vormerkung gesicherten Käufer die „Insolvenzfestigkeit“ des Grundstückserwerbs und damit, als denklogische Voraussetzung, die insolvenzrechtliche Teilbarkeit des Bauträgervertrags in eine kauf- und eine werkvertragliche Komponente.⁸ Hinsichtlich des kaufvertraglichen Teils hat es wegen § 106 InsO somit auch der Käufer in der Hand, die Erfüllung zu verlangen, wohingegen hinsichtlich des werkvertraglichen Teils nur der Insolvenzverwalter die Möglichkeit hat, auf Erfüllung zu bestehen.

Sofern im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauträgers bereits eine Auflassungsvormerkung für den Käufer im Grundbuch eingetragen war, führt § 106 Abs. 1 InsO folglich dazu, dass die Auflassungsvormerkung den Käufer so stellt, als ob das Bauwerk auf einem ihm bereits gehörenden Grundstück errichtet würde.⁹ Der Erwerber ist somit davor geschützt, den Anspruch auf Übertragung des Grundeigentums nicht durchsetzen zu können und lediglich mit einer geringfügigen Insolvenzforderung abgespeist zu werden. § 106 Abs. 1 InsO ist folglich hinsichtlich der kaufvertraglichen Komponente des Bauträgervertrages *lex specialis* zu § 103 InsO, der dem Insolvenzverwalter ein Wahlrecht bei beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Verträgen geben würde. § 106 Abs. 1 InsO gibt dem Käufer unbeschadet der Insolvenz des Bauträgers einen gesicherten und durchsetzbaren Anspruch auf Grundstücksübertragung. Dies bedeutet, dass die für den Käufer eingetragene *Auflassungsvormerkung insolvenzfest* ist. Korrelat ist die Verpflichtung des Käufers, den anteiligen Grundstückserwerbskaufpreis zu bezahlen.¹⁰ Sofern bei Insolvenzverfahrenseröffnung

der Erwerber noch nichts an den Bauträger bezahlt hat, muss er, um das Eigentum am Grundstück zu erlangen, folglich den anteiligen Kaufpreis, soweit er auf das Grundstück entfällt, bezahlen. Da der Erwerber in diesem Fall das Grundstück erhält, kann er für den auf das Grundstück entfallenden Kaufpreis auch *keine Herabsetzung der Grunderwerbsteuer* verlangen.¹¹

Anders verhält es sich freilich, wenn der Erwerber infolge des „Steckenbleibens“ des Bauvorhabens dem Bauträger eine angemessene Frist zur Leistungserbringung setzt, diese Frist fruchtlos verstreicht¹² und anschließend der Erwerber den Rücktritt vom *gesamten* Bauträgervertrag erklärt oder Schadensersatz statt der Leistung geltend macht (§ 281 Abs. 1, 4 BGB, gegebenenfalls i. V. m. §§ 634 Nr. 4, 636 BGB oder § 323 Abs. 1 BGB). Sofern das Schadensersatzverlangen (sogenannter großer Schadensersatz) bzw. die Rücktrittserklärung auf den gesamten Bauträgervertrag bezogen wird, wird die für den Käufer eingetragene Auflassungsvormerkung unwirksam, so dass auch der Schutz des § 106 Abs. 1 InsO verloren geht.¹³ Bei einer derartigen Gestaltungserklärung durch den Erwerber wäre dieser im Insolvenzfall mit der Rückforderung seiner etwa bereits erbrachten Leistungen (auch soweit sie das Grundstück betreffen) auf die Insolvenzquote beschränkt. In einem derartigen Fall könnte der Käufer zwar gegenüber dem Finanzamt die *Rückerstattung der gesamten von ihm geleisteten Grunderwerbsteuer* bzw. die *Nichtfestsetzung der entsprechenden Grunderwerbsteuer* verlangen; allerdings dürften die zivil- und insolvenzrechtlichen Nachteile, die mit dieser umfassenden Gestaltungserklärung verbunden sind, den grunderwerbsteuerlichen Vorteil weit überwiegen. Aus zivilrechtlicher Sicht sollte der Käufer vielmehr im Hinblick auf die in § 106 Abs. 1 InsO vorgesehene Möglichkeit zurückgreifen, sich nur teilweise vom Vertrag zu lösen und lediglich einen sogenannten Teilrücktritt (also keinen Rücktritt hinsichtlich der kaufvertraglichen Komponente¹⁴) erklären. Da sich der Rücktritt dann nicht auf den kaufvertraglichen Teil des Bauträgervertrages bezieht, kann hierfür auch keine Erstattung bzw. Nichtfestsetzung der Grunderwerbsteuer beantragt werden.¹⁵

2. Werkvertragliche Komponente des Bauträgervertrages

Die zivil- und grunderwerbsteuerlichen Rechtsfolgen für die werkvertragliche Komponente des Bauträgervertrages hängen primär davon ab, ob der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages verlangt oder ablehnt.

¹¹ Zum zivil- und grunderwerbsteuerlichen Schicksal der werkvertraglichen Komponente des Bauträgervertrages vgl. nachfolgende Ziffer II. 2.

¹² Entsprechendes gilt, wenn der Erwerber dem Bauträger wegen dessen Fehlleistungen eine Frist zur Nacherfüllung setzt und diese fruchtlos verstreicht.

¹³ Kessler, RNotZ 2004, 177, 184.

¹⁴ Zur Möglichkeit eines Teilrücktritts auch innerhalb der werkvertraglichen Komponente vgl. nachfolgende Ziffer II. 3.

¹⁵ Das neue Schuldrecht kennt – anders als der frühere § 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BGB a. F. – keinen Automatismus dahingehend, dass mit Ablauf einer berechtigten Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen ist; sofern nach einer entsprechenden Nachfristsetzung, z. B. wegen Baumängeln, der Erwerber Anhaltspunkte dafür erhält, dass der Bauträger zahlungsunfähig werden könnte, sollte er im Hinblick auf den möglichen Verlust des Schutzes der Auflassungsvormerkung von einer entsprechenden umfassenden Gestaltungserklärung (Rücktritt vom gesamten Bauträgervertrag bzw. großer Schadensersatz) Abstand nehmen und lediglich den Teilrücktritt erklären.

⁶ Sofern sich die Kaufpreisforderung zivilrechtlich reduziert, ist § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG mithin einschlägig.

⁷ Vgl. BGH, NJW 1977, 146.

⁸ BGH, NJW 1981, 991, 992 f.; vgl. auch MünchKommInsO/Ott, § 106 Rdnr. 31.

⁹ Vgl. BGH, NJW 1986, 927; Grziwotz/Koeble/Schmitz, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, S. 834.

¹⁰ Vgl. BGH, NJW 1981, 993.

a. Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter

§ 106 Abs. 1 InsO betrifft als Spezialregelung nur die kaufvertragliche Seite des Bauträgervertrages. Für das werkvertragliche Element gilt demgegenüber die allgemeine Regelung des § 103 InsO. Diese Vorschrift gibt dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht, ob er einen gegenseitigen, zur Zeit der Insolvenzverfahrenseröffnung beiderseits nicht oder nicht vollständig erfüllten Vertrag zur Erfüllung wählt. Als gegenseitiger Vertrag ist wegen der nach § 106 Abs. 1 InsO separat zu behandelnden kaufvertraglichen Komponente somit nur der werkvertragliche Bestandteil des Bauträgervertrages anzusehen. Nicht anwendbar ist § 103 Abs. 1 InsO allerdings, wenn eine Vertragspartei die ihr obliegenden Pflichten bereits vollständig erfüllt hat.¹⁶ Beim „Steckenbleiben“ des Bauwerks infolge Insolvenz des Bauträgers steht meist die Über-eignung noch aus; außerdem ist das Bauwerk häufig erst zum Teil fertig gestellt und der Erwerbspreis noch nicht vollständig bezahlt. Folglich ist § 103 InsO anwendbar.

aa) Erlöschenstheorie

In seiner früheren Rechtsprechung hat der BGH¹⁷ in der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine materiell-rechtliche Umgestaltung des gegenseitigen Vertrages gesehen.¹⁸ Diese in der Literatur oft mit dem Stichwort „Erlöschenstheorie“ bezeichnete ältere Rechtsauffassung hätte dazu geführt, dass ein Teil der Kaufpreisforderung des Bauträgers automatisch erloschen wäre und damit unmittelbar aufgrund der Insolvenzverfahrenseröffnung ein begründeter Antrag auf Rückerstattung der Grunderwerbsteuer gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG hätte gestellt werden können.

bb) Suspensivtheorie

Der für das Insolvenzrecht zuständige IX. Senat des BGH hat jedoch mit Urteil vom 25.4.2002 die vorstehend bezeichnete Erlöschenstheorie aufgegeben.¹⁹ Das Gericht sieht in der Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine materiell-rechtliche Umgestaltung des gegenseitigen Vertrages mehr; vielmehr hat die Insolvenz wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner nach § 320 BGB lediglich zur Folge, dass diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche nicht mehr durchsetzen können. Durch diese sogenannte Suspensivtheorie²⁰ können folglich die Vertragsparteien das Vertragsverhältnis nach Beendigung des Insolvenzverfahrens theoretisch noch so abwickeln, als ob es nie zu einem Insolvenzverfahren gekommen wäre. Da jedoch nicht davon auszugehen ist, dass der Bauträger nach Abschluss des Insolvenzverfahrens wieder wirtschaftlich leistungsfähig oder leistungswillig ist, handelt es sich nur um eine theoretische Möglichkeit für den Käufer ohne wirtschaftlichen Sinn. Folglich ist der Erwerber beim Bauträgervertrag im Fall einer Insolvenz des Bauträgers darauf angewiesen, zivilrechtlich einen Schadens-

ersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend zu machen. Er kann dies durch Anmeldung der Schadensersatzforderung zur Insolvenztabelle²¹ oder durch Verrechnung seines Schadensersatzanspruchs gegen die dem Insolvenzverwalter zustehenden Positionen tun. Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung durch den Erwerber ist jedoch, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages *abgelehnt* hat (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Hierbei kann der Insolvenzverwalter von sich aus erklären, dass er endgültig die Erfüllung der werkvertraglichen Komponente des Bauträgervertrages ablehnt; sofern sich der Insolvenzverwalter nicht äußert, kann ihm der Käufer auch eine Frist setzen, in der sich der Insolvenzverwalter erklären muss; unterbleibt die unverzüglich zu erklärende Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter, so steht ebenfalls fest, dass er sein Wahlrecht verloren hat (§ 103 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 InsO). Hervorzuheben ist, dass eine derartige Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter selbst noch keine konstitutive Bedeutung hat, sondern ausschließlich bestätigt, dass es bei den mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbundenen Suspensivfolgen verbleibt.²² Die Erfüllungsablehnung ist lediglich Voraussetzung dafür, dass der Erwerber es anschließend in der Hand hat, Schadensersatz zu verlangen.²³

Die alternative Möglichkeit, den Anspruch gegen den Bauträger bestehen zu lassen, führt demgegenüber dazu, dass der Erwerber einer Forderung des Insolvenzverwalters keine Gegenforderung entgegenhalten kann, sondern Zahlung an den Insolvenzverwalter leisten muss, um nach Beendigung des Insolvenzverfahrens den Erfüllungsanspruch zu den ursprünglichen vertraglichen Konditionen gegen den Bauträger durchzusetzen.²⁴ In der Praxis ist deshalb diese Vorgehensweise äußerst selten.

Sofern der Erwerber dagegen einen Schadensersatzanspruch geltend macht, steht ihm dieser Anspruch nur als Insolvenzgläubiger gemäß § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO zu, so dass bei Anmeldung zur Insolvenztabelle der Käufer auch nur quotal Befriedigung erlangen kann. In der Praxis liegt die Funktion des Schadensersatzanspruches jedoch darin, die vom Insolvenzverwalter geltend gemachten Vergütungsforderungen, die sich aus den vom Bauträger bis zur Insolvenzverfahrenseröffnung erbrachten Werkleistungen ergeben, abzuwehren. Nach neuerer Rechtsprechung und überwiegender Literaturmeinung führen somit erst die Erfüllungsablehnung *des Insolvenzverwalters und das Schadensersatzverlangen des Erwerbers* zu einem sogenannten Abrechnungsverhältnis, wobei die dogmatischen Konturen eines solchen Abrechnungsverhältnisses etwas unklar sind.²⁵ Aus *grunderwerb-*

¹⁶ Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn trotz erfolgter Besitzübergabe, Abnahme und Eigentumsumschreibung noch ein kleiner Restbetrag aus dem Erwerbspreis offen ist, dessen Bezahlung der Erwerber – wegen noch so geringfügiger Mängel – berechtigt verweigert; vgl. *Grziwotz/Koebler/Schmitz*, S. 848.

¹⁷ Noch zu den Vorgängernormen des § 103 InsO, nämlich § 17 KO, § 9 GesO.

¹⁸ Vgl. zur früheren Rechtsprechung *Kreft*, ZIP 1997, 865; *Schmitz*, Die Bauinsolvenz, 3. Aufl., Rdnr. 58 ff. m. w. N.; *Kessler*, RNotZ 2004, 177, 181.

¹⁹ Vgl. BGHZ 150, 353 ff. = DNotZ 2002, 648.

²⁰ Vgl. *Grziwotz/Koebler/Schmitz*, S. 849.

²¹ Vgl. *MünchKommInsO/Kreft*, § 103 Rdnr. 22.

²² Vgl. *Grziwotz/Koebler/Schmitz*, S. 850.

²³ Der Insolvenzverwalter kann auch eine sogenannte Teilerfüllung verlangen; vgl. hierzu *Grziwotz/Koebler/Schmitz*, S. 852. Wählt der Insolvenzverwalter Erfüllung, so ist die bauvertragliche Komponente des Bauträgervertrages, die nach § 106 Abs. 1 InsO zunächst von der kaufvertraglichen Komponente abgespalten werden musste, selbst aufzuteilen, indem das zum Zeitpunkt der Erfüllungswahl bereits vorhandene, vom Bauträger selbst noch erbrachte Teilwerk anhand der vertraglichen Preisgrundlagen bewertet wird. Indem der Insolvenzverwalter den auf das Grundstück und bis dahin erbrachte Teilwerk entfallenden anteiligen Erwerbspreis vom Gesamtfestpreis abzieht, hat er den Restwerklohn ermittelt, der der Insolvenzmasse zusteht, wenn sie die restlichen Leistungen erbringt. Vgl. hierzu die Ausführungen unter nachfolgendem Abschnitt 2. b.

²⁴ Letzteres gilt jedenfalls, solange kein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden kann; vgl. *Grziwotz/Koebler/Schmitz*, S. 855.

²⁵ *Grziwotz/Koebler/Schmitz*, S. 855.

steuerlicher Sicht ist jedoch allein maßgeblich, dass die beiderseitigen Positionen, die sich aus dem bis zur Insolvenzverfahrenseröffnung und Erfüllungsablehnung vom Bauträger erbrachten Teilwerk einerseits, den bereits erbrachten Gegenleistungen des Erwerbers und seinen Schadensersatzforderungen wegen Nichterfüllung andererseits ergeben, in ein Abrechnungsverhältnis einzustellen sind und sich hier von selbst verrechnen. Es hat dann derjenige Vertragsteil einen Anspruch gegen den anderen, zu dessen Gunsten sich eine überschießende Spitze ergibt. Unabhängig von der materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage für die Schadensersatzforderung des Erwerbers nach Erfüllungsablehnung (§§ 280 ff. BGB bzw. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO)²⁶ kommt es unstreitig zu einer automatischen Reduzierung des Zahlungsanspruchs des Bauträgers. Da dies einer wirksam gewordenen Minderung nach § 441 BGB gleichzusetzen ist, kann somit nach Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters und Schadensersatzverlangens des Erwerbers die Grunderwerbsteuer gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG zurückerstattet werden. Die 2-Jahres-Frist des § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist nicht zu beachten, da die Kaufpreisreduzierung nicht einvernehmlich vereinbart, sondern über ein Schadensersatzbegehren durch den Erwerber einseitig herbeigeführt wird.

b. (Teil-)Erfüllungsverlangen durch den Insolvenzverwalter

aa) § 105 Satz 1 InsO

Das bisher Ausgeführte wirft die Frage auf, was beim stecken gebliebenen Bau hinsichtlich der vor Insolvenzzeröffnung erbrachten gegenseitigen Leistungen gilt, wenn der Insolvenzverwalter hinsichtlich der noch ausstehenden Leistungen *für Erfüllung optiert*. In Betracht kommen wird dies für den Insolvenzverwalter insbesondere dann, wenn die noch ausstehenden Leistungen vergleichsweise gering sind, etwa nur noch die Außenanlagen fertig zu stellen sind. Die maßgebliche Vorschrift für diese Frage ist § 105 InsO.

Während unter der Konkursordnung insoweit noch das Alles-oder-nichts-Prinzip galt, brachte § 105 Satz 1 InsO eine Flexibilisierung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters. Nach dieser Vorschrift ist der Erwerber, der die ihm obliegende Leistung (Zahlung) bei Insolvenzzeröffnung teilweise erbracht hat, mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung (Bauleistungen) Insolvenzgläubiger, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistungen Erfüllung verlangt. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 105 Satz 1 InsO ist somit zweierlei:

aaa) Zum einen muss die geschuldete Leistung *teilbar* sein. Die in Rechtsprechung und Lehre hierfür zu findenden Definitionen sind kaum aufschlussreicher oder schärfer konturiert als der nackte Gesetzeswortlaut und damit für den Praktiker wenig ergiebig.²⁷ Hilfreich und für die Praxis entscheidend ist hingegen, dass nach kontroverser Diskussion²⁸ der BGH in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung entschieden hat, dass

Bauleistungen in aller Regel als teilbar i. S. d. § 105 Satz 1 InsO anzusehen sind.²⁹

bbb) Weitere Voraussetzung des § 105 Satz 1 InsO ist, dass die bisherige Teilerfüllung nicht gleichmäßig auf beiden Seiten erfolgt ist. § 105 Satz 1 InsO ist mithin nur von Bedeutung, wenn der Erwerber *noch nicht ausgeglichene Vorleistungen* erbracht hat.³⁰ Wegen § 3 Abs. 2 MaBV wird dies in der Mehrzahl der Bauträgerfälle nicht gegeben sein, denn nach dem Leitbild der MaBV leistet der Bauträger vor, nicht der Erwerber. Wenn aber im Einzelfall, beispielsweise bei einer Bürgschaftsabwicklung oder – aus welchem Grund auch immer – der Erwerber ohne jede Sicherheit Teilzahlungen über den Baufortschritt hinaus oder gar vollständige Zahlung vorab erbringt, ist er im Insolvenzfall den für ihn nachteiligen Rechtsfolgen des § 105 Satz 1 InsO ausgesetzt, welche sogleich dargestellt werden.³¹ Ein Fall der Vorleistung durch den Erwerber dürfte faktisch auch dann vorliegen, wenn der Erwerber die Rate für einen fertig gestellten Bauabschnitt geleistet hat, an dem sich später erhebliche Mängel zeigen.³²

ccc) Die Rechtsfolge des § 105 Satz 1 InsO ist, dass der Erwerber hinsichtlich seiner noch nicht durch Bauleistungen kompensierten Vorleistung in keinem Falle eine Masseforderung erlangt, sondern in jedem Fall (nur) Insolvenzgläubiger ist. Bei Ablehnung der weiteren Erfüllung durch den Insolvenzverwalter folgt dies jedoch nicht aus § 105 Satz 1 InsO, sondern aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO.³³ Wegen § 105 Satz 1 InsO – und darin liegt die wesentliche Bedeutung der Norm – gilt jedoch nichts anderes, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung wählt. Hinsichtlich der noch ausstehenden Leistungen ist der Erwerber bei Erfüllungswahl zwar Massegläubiger gem. §§ 103 Abs. 1, 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.³⁴ Hinsichtlich der noch nicht „verbauten“ Vorleistungen ist er hingegen Insolvenzgläubiger, was konkret bedeutet, dass er im Regelfall mit seiner Forderung weitgehend ausfällt,³⁵ sofern er nicht Regressansprüche gegen Dritte hat, z. B. gegen eine Bank im Falle einer Bürgschaftsabwicklung oder gegen Bauhandwerker im Falle von Baumängeln.³⁶

§ 105 Satz 1 InsO führt also zu einer „Spaltung“ des Vertrags. Es ist zu unterscheiden zwischen den bis zur Verfahrenseröffnung erbrachten Vorleistungen und den nach Insolvenzzeröffnung aus Mitteln der Masse zu erbringenden Restleistungen.³⁷ Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung, muss er jedoch *sämtliche* Restleistungen erbringen. Die Flexibilisierung des Wahlrechts, die Abkehr vom Alles-oder-nichts-Prinzip der Konkursordnung bedeutet nicht, dass der Insolvenzverwalter die Möglichkeit hätte, nur Teile der noch ausstehenden Leistungen zu erbringen.³⁸ Dies führt, bedingt durch die Beson-

²⁶ Vgl. zum Meinungsstand MünchKommInsO/Huber § 103 Rdnr. 184 m. w. N.

²⁷ In RGZ 155, 306, 313 wurde, freilich in anderem Kontext, dafür gehalten, dass eine Leistung teilbar ist, wenn sie sich ohne Wertminderung und ohne Beeinträchtigung des Leistungszwecks gegenständlich in hinreichend verselbständigte Teile aufspalten lässt. In BGH, ZIP 1994, 715, 717 wird Teilbarkeit angenommen, wenn sich der teilweise erbrachten Gläubigerleistung wirtschaftlich eine Gegenleistung zuordnen lässt.

²⁸ Vgl. Schmitz, Die Bauinsolvenz, Rdnr. 242 ff.

²⁹ BGHZ 129, 336, 342 f.; BGH, NJW 1977, 50 f.; BGH, NJW 1995, 1966; BGH, DB 2002, 1499.

³⁰ Braun/Kroth, InsO, 2. Aufl., § 105 Rdnr. 7; Uhlenbruck/Berscheid, Insolvenzordnung, 12. Aufl., § 105 Rdnr. 21.

³¹ Zum Umfang des Schutzes des Käufers durch die Bankbürgschaft der Globalgläubigerin, vgl. Grziwotz/Koeble/Schmitz, S. 853 ff.

³² Kessler, RNotZ 2004, 171, 197.

³³ Braun/Kroth, § 105 InsO Rdnr. 8.

³⁴ Braun/Kroth, § 105 InsO Rdnr. 8.

³⁵ So auch Kessler, RNotZ 2004, 171, 203 ff.

³⁶ Eingehend zu Ansprüchen des Erwerbers gegen Dritte Kessler, RNotZ 2004, 171, 198 ff.

³⁷ BGH, NJW 2001, 3704; Uhlenbruck/Berscheid, § 105 InsO Rdnr. 30.

³⁸ BGH, DB 2002, 1499; Uhlenbruck/Berscheid, § 105 InsO Rdnr. 34. Etwas anderes gilt freilich, wenn eine sogenannte Restabwicklungsvereinbarung getroffen wird; vgl. hierzu die nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer 3.

derheiten von Bauleistungen, jedoch zu denkwürdigen Folgen. Bei der sukzessiven Lieferung von Waren, einem Paradebeispiel einer teilbaren Leistung i. S. d. § 105 Satz 1 InsO, lässt sich problemlos die achte Lieferung ohne die siebte erbringen. An einem noch nicht errichteten Rohbau lässt sich hingegen kein Außenanstrich anbringen. Hat der Bauherr beispielsweise den gesamten Kaufpreis bis auf die letzte Rate für Außenarbeiten vorgeschossen, als erst der Rohbau fertig gestellt und die Innenarbeiten auf halber Strecke waren, fällt der Bauträger sodann in Insolvenz und wählt der Insolvenzverwalter Teilerfüllung gemäß § 105 Satz 1 InsO, so müsste der Erwerber das Vorhaben selber oder durch Beauftragung eines anderen Bauunternehmens bis auf die Außenarbeiten fertig stellen. Sodann würde der Insolvenzverwalter die Abschlussarbeiten erbringen und die letzte Rate zur Zahlung an die Insolvenzmasse verlangen. Denn § 105 Satz 1 InsO stellt nach seinem Wortlaut hinsichtlich der Zäsur, die den Umfang des Teilerfüllungsverlangens begrenzt, auf die vom Erwerber (nicht: Bauträger) erbrachte Teilleistung ab, also nicht auf den Fortschritt des Baus, sondern auf den Stand der Zahlung. Zur Vermeidung dieses zumeist wenig praktikablen Vorgehens wird vertreten, dass der Insolvenzverwalter beim Erfüllungsverlangen sämtliche noch ausstehenden Bauleistungen selbst erbringen und (teilweise also nochmalig) vergüten lassen kann.³⁹ Die bei Insolvenzeröffnung erbrachte, damals noch nicht „verbaute“ Vorleistung, m. a. W. die de facto doppelt gezahlten Raten, kann der Erwerber dann als Insolvenzforderung zur Insolvenztabelle anmelden.

Die Rechtsfolge des § 105 Satz 1 InsO mag für den Bauherrn hart sein. Sie rechtfertigt sich jedoch zum einen aus dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung und zum anderen daraus, dass der Gläubiger hier durch die Vorausleistung ein Risiko eingegangen ist, das ihn wenig schutzwürdig erscheinen lässt.⁴⁰ Der letztgenannte Aspekt hat im Bauträgervertrag besonderes Gewicht, denn hier trifft die Härte des § 105 Satz 1 InsO nur denjenigen Bauherrn, der sich freiwillig des Schutzes des § 3 Abs. 2 MaBV begibt und über den Baufortschritt hinaus Zahlungen leistet. Zur Klarstellung sei nochmals betont, dass die Rechtsfolge des § 105 Satz 1 InsO (Ausfall bezgl. vorgeleisteter Zahlungen) nur dann eintritt, wenn der Erwerber entgegen dem Leitbild der MaBV vorleistet und sich auch nicht durch Bürgschaft sichert, er also ungesichert vorleistet.⁴¹ Folglich kann der Erwerber keine Kaufpreisreduzierung erreichen, sofern der Insolvenzverwalter auf Erfüllung des Vertrages besteht.

Dies führt dazu, dass sich auch die *grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage* nicht reduziert.⁴² Etwas anderes gilt freilich dann, wenn der Erwerber infolge der im Bauträgervertrag vereinbarten Fertigstellungsfristen eine zivilrechtliche

Möglichkeit hat, sich vom Vertrag ganz oder teilweise zu lösen und über diese Weise zu einer Reduzierung des Kaufpreises und damit zur Verringerung der grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage gelangt.

bb) § 105 Satz 2 InsO

Nach § 105 Satz 2 InsO kann der Erwerber wegen der Nichterfüllung durch den Bauträger nicht die Rückforderung seiner vor Insolvenzeröffnung gezahlten Raten aus der Insolvenzmasse verlangen. Diese Regelung ist, anders als § 105 Satz 1 InsO, kein Novum, sondern hatte in § 26 Satz 1 KO eine Vorgängerin. Der zweite Satz des § 105 InsO, dessen amtliche Überschrift „Teilbare Leistungen“ lautet, ist systematisch verwirrend verortet⁴³, denn er gilt, wie schon § 26 Satz 1 KO, für alle Rechtsverhältnisse, ob nun teilbar oder nicht⁴⁴.

Unseres Erachtens kann jedoch aus § 105 Satz 2 InsO *nicht* gefolgert werden, dass sich die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage nicht reduzieren würde, nur weil der Erwerber aufgrund dieser Vorschrift als Massegläubiger ausscheidet und lediglich als Insolvenzgläubiger angesehen wird. Vielmehr ist hier die eingangs zitierte Rechtsprechung des BFH einschlägig, wonach § 16 GrEStG auch dann anwendbar ist, wenn die Rückzahlung der vom Erwerber bereits erbrachten Leistungen nur deshalb scheitert, weil der Käufer mit seiner im Insolvenzverfahren angemeldeten und unbestritten gebliebenen Forderung ausfällt. Auch hier lässt sich als Begründung anführen, dass die Minderung des Vermögens des Erwerbers nicht mehr kausal auf den Grundstückserwerb, sondern auf den Vermögensverfall des Veräußerers zurückzuführen ist. Weitergehende grunderwerbsteuerliche Schlussfolgerungen zu Lasten des Erwerbers lassen sich aus der Vorschrift des § 105 Satz 2 InsO nicht ableiten.

3. Praktische Abwicklungsprobleme für den Insolvenzverwalter, Restabwicklungsvereinbarungen

In der Praxis erfolgen häufig sogenannte Restabwicklungsvereinbarungen, um ein Streitiges Verfahren zu vermeiden. Der Insolvenzverwalter macht, angelehnt an die §§ 103, 105 Satz 1 InsO dem Erwerber ein Angebot, zu welchen Konditionen er fehlende Leistungen aus der Insolvenzmasse zu erbringen bereit ist. Der Abschluss eines derartigen Vertrages ist für den Käufer sinnvoll, wenn alternative Lösungen – Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter und Fertigstellung auf eigene Kosten durch neu einzusetzende Unternehmer – schwieriger und teurer sind und wenn bei einer solchen Lösung mit dem Insolvenzverwalter auch die grundstücksbezogenen Punkte (Übereignung, Lastenfreistellung) im Zusammenhang mit der Bauträgerbank ohne langwierige Schwierigkeiten erledigt werden können.

In derartigen Angeboten des Insolvenzverwalters liegt jedoch keine Erfüllungswahl i. S. von §§ 103, 105 Satz 1 InsO, da er einen gegenüber dem ursprünglichen Vertrag *modifizierten Vertrag* anbietet. Sofern der Erwerber diese Modifizierung des Vertrages innerhalb der 2-Jahres-Frist des § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG annimmt, besteht ebenfalls unproblematisch ein Anspruch auf (*anteilige*) *Rückerstattung der Grunderwerbsteuer*. Der zurückzuerstattende Betrag errechnet sich aus der

³⁹ Grziwotz/Koeble/Schmitz, S. 852 m. w. N.

⁴⁰ Braun/Kroth, § 105 InsO Rdnr. 3.

⁴¹ Die hier vertretene Ansicht, dass eine „nicht verbaute“ ungesicherte Vorleistung bei Insolvenz faktisch verloren ist, der entsprechende Bauabschnitt entsprechend ein zweites Mal bezahlt werden muss, entspricht der durchaus h. M. (so etwa der des Vorsitzenden des zuständigen BGH-Senats Kreft in Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 387, 399 ff.), kritisch mit beachtlichen Argumenten hierzu Kessler, RNotZ 2004, 171, 206.

⁴² Sofern der Käufer die ausstehenden Bauleistungen teilweise nochmals vergüten muss, führt dies allerdings nicht etwa zu einer Erhöhung der grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage; vielmehr handelt es sich insoweit um eine reine werkvertragliche Leistung, die für sich gesehen keine zusätzliche Grunderwerbsteuer auslöst.

⁴³ So auch Uhlenbruck/Berscheid, § 105 InsO Rdnr. 4.

⁴⁴ Braun/Kroth, § 105 InsO Rdnr. 3; Uhlenbruck/Berscheid, § 105 InsO Rdnr. 4.

Höhe der Reduzierung der Kaufpreisforderung. Ist dagegen die 2-Jahres-Frist bereits abgelaufen, dürfte unseres Erachtens § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG, welcher keine Fristenfordernisse aufstellt, eingreifen, da über die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, eine entsprechende Reduzierung der Kaufpreisforderung auch einseitig hätte durchgesetzt werden können. Sicherheitshalber sollte jedoch in der Restabwicklungsvereinbarung *ausdrücklich* klargestellt werden, dass der Erwerber auch einseitig aufgrund ihm zustehender Schadensersatzansprüche eine entsprechende Reduzierung des Kaufpreises hätte herbeiführen können.

III. Zivil- und Grunderwerbsteuerliche Rechtslage bei Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse

Sofern nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens feststeht, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung des beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrages nicht wählt und der Erwerber daraufhin wegen der werkvertraglichen Komponente Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, lässt sich der Grunderwerbsteuerliche Anspruch auf teilweise Rückerstattung der Grunderwerbsteuer nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG klar herleiten.⁴⁵ Problematischer sind die Fälle, in denen das Insolvenzgericht den Insolvenzantrag des Bauträgers mangels Masse abweist oder der Bauträger ohne Insolvenzantrag die Arbeiten für einen Zeitraum von mehreren Monaten einstellt. In derartigen Fällen ist dem Erwerber aus Gründen der Rechtssicherheit anzuraten, klare rechtliche Verhältnisse dadurch zu schaffen, dass er unter Orientierung an den vertraglich vereinbarten Fertigstellungsterminen eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzt und sich nach fruchtlosem Fristablauf hinsichtlich der werkvertraglichen Komponente vom Vertrag löst.

Ein Totalrücktritt (vom gesamten Bauträgervertrag) sollte dagegen auch hier unterbleiben, da der Käufer sonst nicht nur die Auflassungsvormerkung als akzessorische Sicherheit verliert,⁴⁶ sondern auch den Anspruch auf Freigabe gegen die Bauträgerbank. Dieser setzt nämlich voraus, dass noch ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung gegen den Bauträger besteht.⁴⁷ Das bedeutet, dass der Käufer nicht alleine aufgrund einer faktischen Baueinstellung die teilweise Rückerstattung der Grunderwerbsteuer beantragen kann. Vielmehr muss er über das richtige zivilrechtliche Vorgehen eine rechtswirksame Reduzierung seiner Zahlungsverpflichtungen herbeiführen. Erst danach ist sein *Antrag auf teilweise Rückerstattung bzw. teilweise Nichtfestsetzung der Grunderwerbsteuer* gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG begründet.⁴⁸

IV. Zusammenfassung

Der Erwerber eines Bauträgerobjekts hat beim „Steckenbleiben“ des Bauvorhabens infolge einer Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines Bauträgers die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich der werkvertraglichen Komponente des Bauträgervertrages geltend zu machen, sofern der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt. Durch den Schadensersatzanspruch reduziert sich die Kaufpreisforderung des Bauträgers, so dass ein Antrag auf teilweise Rückerstattung der Grunderwerbsteuer gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG gestellt werden kann.

Hinsichtlich der kaufvertraglichen Komponente des Bauträgervertrages (Grundstückskauf) sollte dagegen kein Rücktritt vom Vertrag erfolgen, da der Käufer andernfalls den Schutz seiner Auflassungsvormerkung verlieren würde und darüber hinaus die Freistellung gegenüber der Globalgläubigerin nicht mehr gesichert wäre. Der Käufer muss somit aktiv zivilrechtlich tätig werden, um die Grunderwerbsteuer teilweise zurückerstattet zu bekommen.

Seinen Schadensersatzanspruch kann er durch Anmeldung der Schadensersatzforderung zur Insolvenztabelle oder durch ausdrückliche Verrechnung des Schadensersatzanspruchs gegen die dem Insolvenzverwalter zustehenden Positionen im Abrechnungsverhältnis geltend machen.

Auch bei einer sogenannten Restabwicklungsvereinbarung zwischen Käufer und Insolvenzverwalter besteht ein Anspruch auf teilweise Rückerstattung der Grunderwerbsteuer entsprechend § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG. Sofern jedoch die 2-Jahres-Frist des § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG abgelaufen ist, sollte in der Restabwicklungsvereinbarung klargestellt werden, dass der Käufer auch einseitig – über einen bestehenden Schadensersatzanspruch – die Kaufpreisreduzierung hätte herbeiführen können.

Nur in dem Fall, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages verlangt, besteht für den Käufer keine Möglichkeit, die Grunderwerbsteuer zurückerstattet zu bekommen, solange er sich nicht aus sonstigen zivilrechtlichen Gründen (z. B. Verzug) vom Vertrag lösen kann. Sofern es infolge der Insolvenz nicht mehr zur tatsächlichen Rückzahlung des reduzierten Kaufpreises kommt, reduziert sich nach der Rechtsprechung des BFH gleichwohl die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage.

Bei Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse ist es dem Erwerber ebenfalls möglich, sich hinsichtlich der werkvertraglichen Komponente vom Vertrag zu lösen (nach angemessener Fristsetzung zur Vertragserfüllung und fruchtlosem Fristablauf) und anschließend die teilweise Rückerstattung bzw. teilweise Nichtfestsetzung der Grunderwerbsteuer zu beantragen.⁴⁹ Auch hier sollte kein Totalrücktritt vom gesamten Bauträgervertrag, sondern lediglich ein Teilrücktritt, bezogen auf die noch nicht erbrachten werkvertraglichen Komponenten, erfolgen.

⁴⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Ziffer II. 1.

⁴⁶ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Ziffer II. 1.

⁴⁷ Vgl. BGH, NJW 2001, 2249; Grziwotz/Koebke/Schmitz, S. 872.

⁴⁸ Zur Frage des Freistellungsanspruchs des Erwerbers gegen den Bauträger hinsichtlich der Erschließungskosten nach Insolvenzverfahrenseröffnung, vgl. ausführlich Grziwotz/Koebke/Schmitz, S. 895.

⁴⁹ Instruktive Rechenbeispiele zur Ermittlung der genauen Höhe der Kaufpreisreduzierung befinden sich bei Grziwotz/Koebke/Schmitz, S. 845, 851 ff.

Doppelverwertungsverbot im Scheidungsfolgenrecht

Von Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

I. Abhängigkeiten der Scheidungsfolgen

Das Doppelverwertungsverbot ist von einer strafrechtlichen¹ zu einer familienrechtlichen Kategorie geworden.² Dass zwischen den einzelnen Materien des Scheidungs- und Aufhebungsfolgenrechts Abhängigkeiten bestehen, ist Kautelarjuristen grundsätzlich nichts Neues. Beispiel ist die Abgrenzung zwischen Anwartschaftsrechten, die dem Versorgungsausgleich unterliegen, und Vermögenswerten, die unter den Zugewinnausgleich fallen. Hierzu enthält das Gesetz (§ 1587 Abs. 3 BGB) eine entsprechende Differenzierung. Relevant wird sie insbesondere für Lebensversicherungen.³ Die Trennungslinie zwischen Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich verläuft mitten durch die Lebensversicherungen.⁴ Bedeutung hat diese Abgrenzung von Versorgungs- und Zugewinnausgleich ferner für bis zum 31.12.2004 geschlossene Lebenspartnerschaften, wenn die Beteiligten keine übereinstimmende Option hinsichtlich des Versorgungsausgleichs abgeben.⁵ Dass der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt nach Durchführung des Versorgungsausgleichs zu einem teilweisen Rentenverlust führen kann, wenn nicht insoweit Unterhaltsansprüche beibehalten werden,⁶ ist ebenfalls nichts Neues. Kaum verständlich ist – jedenfalls bei unbefangener Lektüre des Wortlauts des § 1586 b BGB – jedoch die teilweise in der Literatur vertretene Ansicht,⁷ wonach ein Pflichtteilsverzicht den Verlust nachehelicher Unterhaltsansprüche beim Tod des unterhaltspflichtigen Exehgatten zur Folge hat. Die Konsequenz dürfte nicht nur für die Beteiligten, sondern auch für Juristen überraschend sein, da der Pflichtteilsverzicht nach der Scheidung mangels des Bestehens von Pflichtteilsansprüchen ohnehin keinerlei Wirkung mehr hat.⁸ Eine diesbezügliche Klarstellung ist empfehlenswert.⁹ Dogmatisch wäre auch ein auflösend bedingter Erb- und Pflichtteilsverzicht in der Scheidungsvereinbarung möglich, der mit Erlöschen des gesetzlichen Ehegattenerbrechts, spätestens mit Rechtskraft der Scheidung, wieder entfällt.

Der Gesetzgeber hat, wenn auch nicht immer schlüssig, Abhängigkeiten zwischen einzelnen Komponenten der Scheidungsfolgen hergestellt. So ist Folge des Ausschlusses des

Versorgungsausgleichs der Eintritt der Gütertrennung (§ 1414 S. 2 BGB). Schwab¹⁰ hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der benachteiligte Ehegatte dadurch doppelt nachteilig betroffen wird. Bei der Vertragsgestaltung ist hierauf zu achten. Auch die Rechtsprechung hat das Scheidungsfolgenrecht teilweise als Einheit angesehen. So stellt die richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen eine Gesamtbetrachtung an.¹¹ Allerdings zeigt die Praxis nicht zuletzt auch von Prozessvergleichen, dass häufig Zusammenhänge des Unterhalts mit anderen Regelungsbereichen ignoriert werden und ferner Differenzierungen innerhalb der einzelnen Unterhaltstatbestände unterbleiben. Die Vereinbarung eines Pauschalunterhalts für die „Restfamilie“ unter Einschluss des Trennungsunterhalts, des nachehelichen Unterhalts sowie des Unterhalts für mehrere Kinder ist nicht selten. Auch Notare werden mitunter mit entsprechenden außergerichtlichen Vergleichen oder Mediationsvereinbarungen konfrontiert. Der Wunsch nach einer Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Unterhaltsbeträgen stößt sodann auf Unverständnis. Sollen gar der Elementarunterhalt sowie der Altersvorsorge-, Krankenvorsorge- und Pflegeversicherungsunterhalt beziffert werden, wird der Kautelarjurist sehr schnell zum „Bedenkenträger“, der ein vom erfolgreichen Familienmediator bereits gefundenes Einvernehmen nur zerstört.

II. Unterhalt und Zugewinnausgleich

1. Ausgleichskonkurrenzen und das Familienheim

Abgrenzungsfragen zwischen Zugewinnausgleich und nachehelichem Unterhalt waren aus der Rechtsprechung bisher kaum bekannt. Allerdings können sie auftreten, wenn ein im Endvermögen vorhandener Vermögenswert einerseits dem Zugewinnausgleich unterliegt und andererseits bei der Berechnung der Höhe eines gleichzeitig geschuldeten Unterhalts herangezogen wird.¹² Eine gesetzliche Regelung, wonach Unterhaltsansprüche Vorrang vor dem Zugewinnausgleich haben, fehlt. Bereits einfache Fälle wie zum Beispiel die Behandlung des Familienheims im Falle von Trennung und Scheidung bereiten deshalb Probleme. Zu den die ehelichen Lebensverhältnisse der Ehegatten bestimmenden Einkünften gehören nämlich neben dem Einkommen und den Vermögenserträgen aus Kapital auch tatsächliche Nutzungsvorteile, so insbesondere Wohnvorteile, die durch das mietfreie Wohnen im eigenen Haus entstehen können. Es handelt sich dabei um Nutzungsvorteile (§ 100 BGB). Soweit der objektive Mietwert den dafür erforderlichen Aufwand an Grundstückskosten und Grundstückslasten sowie Zins- und Tilgungsleistungen übersteigt, ist dieser Überschuss den Einkünften der Ehegatten bei der Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse hinzuzurechnen. Gleichzeitig bilden die Ehegatten allerdings mit den Tilgungsleistungen Vermögen. Zieht ein Ehegatte aus dem gemeinsamen Familienheim aus und be-

¹ Vgl. nur § 46 Abs. 3 StGB; dazu BGH, NStZ 1982, 113 u. 463; BGH, NStZ-RR 2001, 295; BGH, NStZ-RR 2004, 71.

² Siehe nur Kogel, FamRZ 2004, 1614 ff.; Haußleiter, NJW-Spezial 2004, 247 f.; Gerhardt/Schulz, FamRZ 2005, 145 ff. Vgl. ferner Schröder, FamRZ 2005, 89 f.; Kogel, FamRZ 2005, 90.

³ Siehe nur Wick, Der Versorgungsausgleich, 2004, Rdnr. 156 ff.

⁴ Ähnlich Brudermüller, NJW 2003, 3166. Hierzu nunmehr BGH, FamRZ 2003, 664 = NJW 2003, 1320.

⁵ § 21 Abs. 3 LPartG. Hierzu Grziwotz, DNotZ 2005, 13, 24 f.; ausführlich zur alten Rechtslage Rieger, FamRZ 2001, 1497 ff.

⁶ Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 816.

⁷ So Dieckmann, FamRZ 1999, 1029; vgl. auch Palandt/Brudermüller, BGB, 64. Aufl. 2005, § 1586 b Rdnr. 8.

⁸ Gegen die vorstehende Ansicht deshalb bereits Grziwotz, FamRZ 1991, 1258; Frenz, ZEV 1997, 450; Pentz, FamRZ 1998, 1344; Schmitz, FamRZ 1999, 1569; Bergschneider, FamRZ 2003, 1049; Palandt/Diederichsen, BGB, 58. Aufl. 1999, § 1586 b Rdnr. 7.

⁹ Hambitzer, FPR 2003, 157; Waldner, Eheverträge, Scheidungs- und Partnerschaftsvereinbarungen, 2. Aufl. 2004, Rdnr. 83.

¹⁰ Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl. 2004, VII Rdnr. 308.

¹¹ BGH, MittBayNot 2004, 270; BGH, MDR 2005, 216.

¹² So zutreffend Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, VII Rdnr. 25.

wohnt es der andere Ehegatte allein, kann der Wohnwert nicht mehr in vollem Umfang zum Tragen kommen, da der dem ausgezogenen Ehegatten zuzurechnende Anteil des Wohnwertes nicht mehr genutzt wird. Es handelt sich um totes Kapital, das bei der Bestimmung des Unterhalts außer Betracht bleibt. Deshalb ist der Wohnwert nur eingeschränkt in Höhe einer angemessenen Wohnungsnutzung dem Verbleibenden allein zuzurechnen. Ist das Eigenheim durch eine Kreditaufnahme finanziert worden, kann die Tilgung des Darlehens nicht zur Erhöhung des Unterhaltsanspruchs führen, da andernfalls der Unterhaltsverpflichtete durch einen erhöhten Unterhalt die Bildung von Vermögen des Unterhaltsberechtigten mitfinanzieren müsste. Sind beide Ehegatten Miteigentümer des bisher gemeinsam genutzten Hauses, kann der Ausziehende vom Verbleibenden eine Neuregelung der Verwaltung und Nutzung verlangen (§ 745 Abs. 2 BGB). Insbesondere kann er von dem Verbleibenden ein angemessenes Nutzungsentgelt fordern. In der Praxis erfolgt die Neuregelung häufig stillschweigend dadurch, dass der Verbleibende die Kosten sowie die Zins- und Tilgungsleistungen für ein gemeinsames Darlehen allein übernimmt. Ein Nutzungsentgeltanspruch kann wiederum mit Ausgleichsansprüchen der Ehegatten aus § 426 BGB kollidieren, wenn hinsichtlich des Bankdarlehens eine Gesamtschuld vorliegt. Während der bestehenden Ehe wird dieser Ausgleich durch die eheliche Rollenverteilung überlagert (§ 1356 BGB); nach der Trennung gilt wiederum grundsätzlich die hälftige Ausgleichsregel des § 426 BGB. Allerdings kann eine neue, das gesetzliche Ausgleichsverhältnis überlagernde, anderweitige Bestimmung im Unterhaltsrechtsverhältnis liegen. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn der Unterhaltspflichtige als Alleinverdiener die Kredite weiterhin bedient, aber sein für den Unterhalt einzusetzendes Einkommen um die Zins- und Tilgungsraten verringert wird. Ferner erhält der unterhaltsberechtigte Ehegatte nur einen entsprechend geringeren Unterhalt und trägt einen Teil der Schulden indirekt mit. Die neue Regelung kann auch in der tatsächlichen Ausgestaltung der Nutzungsverhältnisse des Familienheims liegen.¹³ Wird das Familienheim nach der Scheidung veräußert, so stellt sich die Frage, wie der Verkaufserlös zu berücksichtigen ist. Bisher hat der BGH zwischen dem Wohnwert und den Zinsen aus dem Verkaufserlös unterschieden. Den Wohnwert hat er bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs für eheprägend gehalten, um einen sozialen Abstieg des Unterhaltsberechtigten zu vermeiden. Die Zinsen aus dem Verkaufserlös sind dagegen nicht als eheprägend angesehen und deshalb auf den Bedarf angerechnet worden.¹⁴ Nunmehr hat der BGH seine Rechtsprechung dahingehend geändert, dass er die Zinsen aus dem Verkaufserlös als Surrogat des früheren Wohnwerts und damit als eheprägend bezeichnet und nach der Differenzmethode berücksichtigt.¹⁵

2. Fälle der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich in letzter Zeit mehrfach mit Fällen befassen müssen, in denen ein Vermögenswert schon bei Festlegung des Unterhalts als unterhaltsrelevantes Einkommen berücksichtigt worden ist und beim Zugewinn ein weiteres Mal güterrechtlich auszugleichen war.

¹³ Instruktiv *Hahne*, FF 1999, 99 ff.; vgl. *Gerhardt* in *Wendl/Staudigl*, Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis, 6. Aufl. 2004, § 1 Rdnr. 345 ff.

¹⁴ BGH, FamRZ 1985, 354; BGH, NJW 1998, 753 = FamRZ 1998, 87.

¹⁵ NJW 2001, 2259, 2261 = FamRZ 2001, 1190. Vgl. dazu die Beispiele von *Gerhardt*, FamRZ 2003, 414.

a) Abfindung als Unterhalt

Der BGH hat Abfindungen, die für den Verlust eines Arbeitsplatzes entrichtet wurden, früher nach dem starren Stichtagsprinzip des Zugewinnausgleichs im Endvermögen des ausgleichspflichtigen Ehegatten berücksichtigt.¹⁶ Dies hatte zur Folge, dass nur noch die Zinsen aus der verbleibenden Geldsumme unterhaltsrechtlich relevant werden konnten.¹⁷ Der BGH hat dies für eine Abfindung, die im Rahmen eines Sozialplans bezahlt wurde, bereits relativiert.¹⁸ Durch die Einbeziehung einer Abfindung in einen Vergleich über den Trennungsunterhalt hatten die Ehegatten vor der Scheidung in einem neueren Fall nach Ansicht des BGH stillschweigend vereinbart, dass die Abfindung dem güterrechtlichen Ausgleich entzogen sei.¹⁹ Nach dieser Rechtsprechung sind alle Abfindungen mit Versorgungscharakter dem Zugewinnausgleich entzogen, soweit sie den künftigen Unterhaltsbedarf decken sollen. Allerdings ist zu prüfen, ob mit der Abfindung auch der künftige eigene Unterhalt zu decken ist. Die Sicherung des eigenen Bedarfs geht der Leistung von Unterhalt an den Bedürftigen sogar vor.²⁰

b) Ausgleichskonkurrenz bei einer Beteiligung

In der Entscheidung zur Unternehmensbeteiligung²¹ hatte der Ehemann sich an einem Verlag, bei dem er angestellt war, mit einem Darlehensbetrag beteiligt. Er erhielt erhebliche jährliche Gewinnausschüttungen, die beim Trennungs- und Geschiedenenunterhalt auch der Ehefrau zugute kamen. Bei Beendigung des Dienstverhältnisses war die Einlage nur mit ihrem Nennwert abzufinden. Die Ehefrau wollte über eine Ertragswertberechnung die Unternehmensbeteiligung kapitalisieren. Der BGH lehnte eine Berücksichtigung im Zugewinnausgleich ab, da die Parteien in einem Vergleich die Gewinnanteile als unterhaltsrechtlich relevantes Arbeitseinkommen behandelt hätten. Andernfalls käme es zu einer unzulässigen Doppelbelastung. Dienen die Erträge dem Unterhalt, scheide der Ertragswert als Bewertungsmethode aus.²²

c) Doppelbewertung und Stichtagsprinzip

Der Grundsatz, dass keine zweifache Teilhabe an der gleichen Rechtsposition erfolgen darf, ist eindeutig.²³ So können beispielsweise beim Zusammenleben des Unterhaltsschuldners mit einem nichtehelichen Partner nicht einerseits ein Einkommen aus einem Vergütungsanspruch eigener Art und andererseits zusätzlich ersparte Aufwendungen angesetzt werden.²⁴ Allerdings lassen sich Überschneidungen wegen der starren

¹⁶ BGH, FamRZ 1982, 148; BGH FamRZ 1998, 362.

¹⁷ Zur Kritik *Gerhardt/Schulz*, FamRZ 2005, 145.

¹⁸ BGH, FamRZ 2001, 278, 282.

¹⁹ BGH, FamRZ 2003, 432 = NJW 2003, 1396 = FPR 2003, 244 = MDR 2003, 334 = BGHR 2003, 276; ebenso BGH, FamRZ 2004, 1352 = FPR 2004, 376 = MDR 2004, 1120; OLG Frankfurt, FamRZ 2000, 611 f.; kritisch zur Begründung: *Gerhardt/Schulz*, FamRZ 2005, 145, 146; *Kogel*, FamRZ 2003, 1645; *ders.*, FamRZ 2004, 1614. Vgl. auch *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 9. Aufl. 2004, Rdnr. 794 ff.

²⁰ BGH, FamRZ 2004, 1352, 1353; dazu krit. *Maurer*, FamRZ 2005, 757 ff.

²¹ BGH, FamRZ 2003, 432 = NJW 2003, 1396.

²² Zutreffend *Brudermüller*, NJW 2003, 3166; vgl. auch *Kogel*, FamRZ 2004, 1614.

²³ Vgl. nunmehr auch BGH, FamRZ 2003, 432 = NJW 2003, 1396 = FPR 2003, 244 = MDR 2003, 334 = BGHR 2003, 276; BGH, FamRZ 2003, 1544 = FPR 2003, 662 = NJW 2003, 3339 = BGHZ 156, 105 = MDR 2003, 1292; BGH, FamRZ 2004, 1352 = FPR 2004, 376 = MDR 2004, 1120.

²⁴ Ebenso FA-FamRZ/*Gerhardt*, 5. Aufl. 2005, 6. Kap. Rdnr. 18 a.

Stichtagsregelung beim Zugewinn nicht vollständig vermeiden. Der Unterhalt ist eine monatliche Dauerleistung, der Zugewinn eine Einmalzahlung. Beim Unterhalt kann nur eine Prognose über die voraussichtliche Laufzeit getroffen werden. Das Güterrecht stellt dagegen auf den Stichtag der Rechtshängigkeit der Scheidung ab.²⁵ Hat der Ehemann ein Kontoguthaben von 5.000 € am 24.4.2005, an dem der Scheidungsantrag zugestellt wird, so werden die am 1.5.2005 fällig werdenden Unterhaltszahlungen nicht als Verbindlichkeiten bewertet, die das Endvermögen mindern.²⁶ Anders ist dies hinsichtlich der am Stichtag bereits fälligen Unterhaltsschulden.

Bisher nicht entschieden vom BGH ist das Problem der Doppelverwertung von Schulden.²⁷ Eine zweifache Inanspruchnahme des Bedürftigen wird vermieden, wenn die Schuld allein beim Zugewinn abgezogen wird, nicht dagegen beim Unterhalt.²⁸ Dies hat Auswirkungen auf die Unterhaltsberechnung.²⁹ Das Verbot der Doppelverwertung gilt ferner auch bei Steuererstattungen und Steuernachzahlungen. Es spielt ebenso bei Arbeitnehmerabfindungen, die bei der Errechnung des Unterhalts als Einkommen berücksichtigt werden, eine Rolle.³⁰ Es gilt dagegen nicht, wenn eine Doppelverwertung von vornherein nicht in Betracht kommt. Beispiele sind die Gütertrennung sowie der Ausschluss des Zugewinnausgleichs bei der Scheidung und bei einer Überschuldung.

²⁵ Vgl. FA-FamR/*Gerhardt*, 6. Kap. Rdnr. 18 b.

²⁶ BGH, FamRZ 2003, 1544, 1545; vgl. auch *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl. 2004, Rdnr. 301 u. 301 a.

²⁷ FA-FamR/*Gerhardt*, 6. Kap. Rdnr. 18 e.

²⁸ OLG München, OLGR 2004, 393 = FPR 2004, 509 = FamRB 2004, 388 = FamRZ 2005, 459 = MittBayNot 2005, 313 (in diesem Heft).

²⁹ Vgl. *Gerhardt/Schulz*, FamRZ 2005, 317 ff.; *Niepmann*, MDR 2003, 845.

³⁰ OLG Frankfurt/M., FamRZ 2000, 611, 612; vgl. auch *Klingelhöffer*, BB 1997, 2216, 2217; *Schwab*, Handbuch Scheidungsrecht, VII Rdnr. 25.

Umstritten ist, ob der Bedürftige ein Wahlrecht hat, eine beim Stichtag für den Zugewinn noch vorhandene Abfindung im Unterhalt oder im Zugewinn anzusetzen. Dies wurde teilweise bejaht, um die Nachteile der „Unterhaltslösung“, die sich bei einer Wiederheirat, einer Verwirkung bei einer festen sozialen Verbindung und der Anrechnung von zusätzlichen Einkünften ergeben, zu vermeiden.³¹ Demgegenüber vertreten *Gerhardt* und *Schulz* die Ansicht, dass kein Wahlrecht eines Ehegatten besteht, ob Schulden und ihre Tilgung über den Zugewinn oder den Unterhalt auszugleichen sind.³² Sie begründen dies zutreffend damit, dass die Verbindlichkeiten, wenn die Eheleute im gesetzlichen Güterstand leben, nach der gesetzlichen Regelung (§ 1375 Abs. 1 BGB) stets im Endvermögen des Alleinschuldners anzusetzen sind. Bei Schulden hat deshalb die güterrechtliche Lösung Vorrang.

III. Folgen für Scheidungsvereinbarungen

Im Rahmen von Scheidungsvereinbarungen sind die vorstehenden Auswirkungen der getroffenen Regelung zu beachten. Dies gilt auch dann, wenn man der wohl zutreffenden „Unterhaltslösung“ folgt. Betroffen sind sowohl Gesamtlösungen, die den nachehelichen Unterhalt und den Zugewinnausgleich regeln, aber auch Vereinbarungen, die nur einen Teilbereich betreffen. Erfolgt in einer umfassenden Scheidungsvereinbarung ein Verzicht auf den Zugewinnausgleich und auf nachehelichen Unterhalt, ergeben sich keine Besonderheiten. Wird nur der Zugewinn ausgeschlossen, muss bei der Regelung des nachehelichen Unterhalts beachtet werden, welche Positionen dort zu berücksichtigen sind. Gleiches gilt in der umgekehrten Konstellation. In beiden Fällen sollte bei einer bewussten „Verlagerung“ entgegen der wohl h. M.³³ auf die hiermit verbundene rechtliche Unsicherheit wegen des Fehlens einer höchstrichterlichen Rechtsprechung hingewiesen werden.

³¹ So *Kogel*, FamRZ 2004, 1614; *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1356.

³² FamRZ 2005, 317.

³³ *Gerhardt/Schulz*, FamRZ 2005, 317.

Behindertentestament und Pflichtteilsstrafklauseln

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 8.12.2004, IV ZR 223/03* –

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

1. Gestaltungsmöglichkeiten beim sog. „Behindertentestament“

Mit der Entscheidung vom 8.12.2004¹ beschäftigt sich der BGH soweit ersichtlich zum dritten Mal mit dem Behindertentestament. In den beiden vorangegangenen Entscheidungen² hat der BGH die grundsätzliche Zulässigkeit dieser Gestaltung bei Verwendung der sog. „*Erbschaftslösung*“ ausgesprochen. Hier wird das behinderte Kind mit einem Erbteil,

der wegen § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB über der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils liegen muss, zum Erben eingesetzt, jedoch belastet mit einer Dauertestamentsvollstreckung oder Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 BGB) auf Lebzeiten des Behinderten, um einen Zugriff des Sozialhilfeträgers auf diese Erbschaft zu verhindern (§ 2214 BGB). Zugleich erfolgt eine sorgfältig zu formulierende Verwaltungsanordnung i. S. von § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB, wie der Testamentsvollstrecker mit den Erträgen zu verfahren hat.³ Dabei ist einerseits zwar sicherzustellen, dass nur solche Erträge ausgekehrt werden, die der Sozialhilfeträger nicht auf sich überleiten oder auf gesetzliche Leistungen der Sozialhilfe zu Lasten des Behinderten anrechnen kann. Andererseits soll der Behinderte hieraus

* MittBayNot 2005, 314 (in diesem Heft).

¹ MittBayNot 2005, 314 (in diesem Heft).

² BGHZ 111, 36 = NJW 1990, 2055 = MittBayNot 1990, 245 m. Anm. *Reimann* = DNotZ 1992, 241 m. Anm. *Reimann*; BGHZ 123, 368 = NJW 1994, 248 = DNotZ 1994, 380 = MittBayNot 1994, 49 m. Anm. *Reimann*.

³ Abschreckendes, weil verunglücktes Beispiel im Fall von OVG Bautzen, NJW 1997, 2898 = MittBayNot 1998, 127 m. Anm. *Krauß*.

wirklich einen echten Vorteil haben, also Leistungen über den gesetzlichen Sozialhilfestandard bekommen, denn das Behindertentestament findet darin seine Rechtfertigung, dass Eltern ihren behinderten Kindern in ihrer wohlverstandenen Sorge zusätzliche Hilfen gewähren. Dies hat der BGH in beiden Grundsatzentscheidungen ausdrücklich angesprochen und dies sollte Richtschnur jeder Testamentsgestaltung auf diesem schwierigen Gebiet sein, damit das Behindertentestament wirklich seinen rechtfertigenden Zweck erfüllen kann, und nicht zum bloßen Familienerhaltungstestament wird, das möglicherweise dem Verdikt der Sittenwidrigkeit verfällt (§ 138 BGB). Um nach dem Tod des Behinderten zu verhindern, dass der Sozialhilfeträger einen Kostenerstattungsanspruch gegen die Erben nach § 102 SGB XII (früher § 92 c BSHG) geltend machen kann, erfolgt weiter eine Nacherbeneinsetzung, und zwar i. d. R. der Geschwister des Behinderten. Abgesehen von der Frage, ob bei sehr großen Nachlässen, bei denen bereits der Pflichtteilsanspruch des Behinderten zur Deckung seines Lebensbedarfs ausreichen würde, nicht doch ausnahmsweise eine Sittenwidrigkeit in Betracht kommt, ist diese Erbschaftslösung als grundsätzlich gesicherte Gestaltung anzusehen.⁴ Allerdings bestehen auch hier noch gewisse Problem- und Schwachstellen,⁵ insbesondere was den praktischen Vollzug des Behindertentestaments angeht. Nachteilig ist insbesondere auch die gesamthänderische Bindung an die Erbengemeinschaft, zu der auch der Behinderte gehört.⁶ Dies hat zu neuen Lösungsversuchen geführt, insbesondere zur sog. Vermächtnislösung⁷, wonach der Behinderte anstelle eines Erbteils ein Vorvermächtnis in Höhe seines Pflichtteils oder größer erhält, das ebenfalls einer Verwaltungsvollstreckung unterworfen wird. Jedoch treten hier Probleme auf,⁸ die bisher zumindest höchstrichterlich noch nicht entschieden sind, so dass in der Praxis Vorsicht geboten erscheint.⁹ Gleiches gilt für die sog. „umgekehrte Vermächtnislösung“ von Grziwotz¹⁰ oder die Nacherbenlösung von Lützenburger¹¹, wonach der Behinderte erst zum Nacherben eingesetzt wird.

2. Wirkung von Pflichtteilsstrafklauseln im Behindertentestament

Das Urteil des BGH vom 8.12.2004¹² betrifft jetzt aber nur eine Detailfrage des *Behindertentestaments*, nämlich die Wirkung von *Pflichtteilsstrafklauseln*. Auf die sich hier ergebenden Probleme hat Spall bereits unter dem zutreffenden Titel „Pflichtteilstrafklausel beim gemeinschaftlichen Behindertentestament: Kolumbus-Ei oder trojanisches Pferd?“¹³ hingewiesen. Anlass hierfür war übrigens die Entscheidung des Landgerichts Konstanz, die auch die Ausgangsentscheidung

zu dem neuen BGH-Urteil war. Mit dem Thema der Pflichtteilsstrafklauseln in Behindertentestamenten mussten sich mittlerweile schon zwei Oberlandesgerichte beschäftigen.¹⁴

a) Pflichtteilsstrafklauseln als Instrument der Nachfolgeplanung

Pflichtteilsstrafklauseln findet man sehr häufig bei gemeinschaftlichen Testamenten oder Ehegattenerbverträgen, wenn sich Ehegatten in der Art des „*Berliner Testaments*“ (§ 2269 BGB) gegenseitig zu Vollerben einsetzen und erst nach beider Tod die Kinder zu Schlusserben berufen werden. Da die Abkömmlinge des erstversterbenden Elternteiles im ersten Erbfall enterbt werden, besteht die Gefahr, dass der überlebende Ehegatte mit entsprechenden Pflichtteilsansprüchen konfrontiert wird. Dies versucht man durch entsprechende Pflichtteilsstrafklauseln zu vermeiden.¹⁵ Diese dienen einmal zur Entlastung des länger lebenden Ehegatten vor der Pflichtteilsauszahlung und den damit verbundenen finanziellen und persönlichen Belastungen, aber auch zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bevorzugung des Kindes, das vorzeitig seinen Pflichtteil verlangt und dann im zweiten Erbfall u. U. noch einmal seinen ungekürzten Erbteil erhalten könnte. Schließlich finden sich auch Ausgestaltungen, wonach die loyalen Kinder, die den letzten Willen der Eltern respektieren und im ersten Erbfall keinen Pflichtteilsanspruch geltend machen, als Belohnung zusätzlich eine angemessene Sicherung der Nachlassbeteiligung erhalten sollen, etwa indem man ihnen bei einer Pflichtteilsgeltendmachung durch einen anderen ein zusätzliches Vermächtnis zuwendet, wie dies etwa die sog. „*Jastrow'sche Klausel*“ vorsieht. Die Wirkung solcher Pflichtteilsstrafklauseln beruht also zum einen auf einer *Abschreckungswirkung*, indem für den Fall der Pflichtteilsgeltendmachung nach dem ersten Erbfall auch nach dem Tod des länger lebenden der Ehegatten das entsprechende Kind enterbt sein soll, und in einer *zuteilenden Wirkung*, indem durch entsprechende Vermächtnisse oder Ähnliches den loyalen Kindern ein zusätzlicher Vorteil zugewandt wird.

b) Tauglichkeit von Pflichtteilsstrafklauseln beim „Behindertentestament“

Angesichts der Probleme, die aus der „*Erbschaftslösung*“ beim Behindertentestament dann entstehen, wenn bereits im ersten Erbfall der Behinderte als Miterbe eingesetzt wird, erscheint es zumindest verständlich, dass es immer wieder Hinweise gab, auf eine solche Lösung zu verzichten, und stattdessen den Behinderten im ersten Erbfall zu enterben und mit einer entsprechenden *Pflichtteilstrafklausel* zu arbeiten und erst im Schlusserbfall den Behinderten zum Mitvorerben zu berufen.¹⁶ Die besonderen Risiken dieser Gestaltung liegen darin, dass nach ganz einhelliger Auffassung im sozialhilferechtlichen Schrifttum¹⁷ aber auch im zivilrecht-

⁴ Dazu eingehend Bengel in Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 2002, § 13 Rdnr. 13 ff.; Spall, FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, S. 121, 128 ff.; zweifelnd allerdings Lützenburger, RNotZ 2005, 162, 164 f. wegen der Gefahr der Überleitbarkeit des Ausschlagungsrechts bei § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB; hierzu unten unter 2 e.

⁵ Dazu etwa Littig/J. Mayer, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, 1999, Rdnr. 213 ff.

⁶ Spall, MittBayNot 2001, 249, 250 f.

⁷ Ausführlich Spall, a. a. O.; Hartmann, ZEV 2001, 89, 91; dazu auch Jousen, NJW 2003, 1851.

⁸ Dazu Damrau/J. Mayer ZEV 2001, 293.

⁹ Vgl. etwa Bengel, a. a. O., § 13 Rdnr. 28.

¹⁰ ZEV 2002, 409; krit. dazu Spall, FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 135 ff.; Lützenburger, RNotZ 2004, 143.

¹¹ RNotZ 2004, 138; krit. dazu J. Mayer, ZEV 2004, 299.

¹² MittBayNot 2005, 314 (in diesem Heft).

¹³ MittBayNot 2003, 356.

¹⁴ OLG Frankfurt/M., RNotZ 2004, 164 = ZEV 2004, 24 m. Am. Spall = ZEV 2004, 201; dazu auch Ivo, ZEV 2004, 174; Heinz-Grimm, RdLH 2004, 33; und als Vorinstanz zum BGH das OLG Karlsruhe, NJW-RR 2004, 728 = RNotZ 2004, 95 = MittBayNot 2004, 198 [LS] = ZEV 2004, 26 m. Anm. Spall; dazu auch Ivo, a. a. O.; Rohlfing, FamRB 2004, 156; Heinz-Grimm, a. a. O.

¹⁵ Dazu etwa J. Mayer in Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 4. Aufl. 2002, System. Teil E Rdnr. 88 ff.

¹⁶ Vgl. etwa van de Loo, NJW 1990, 2852, 2856.

¹⁷ Schellhorn/Schellhorn, BSHG, 16. Aufl. 2002, § 90 Rdnr. 22; Oestreicher/Schelter/Kunz, BSHG, Stand Juni 2003, § 90 Rdnr. 53 unter dem Stichwort „Pflichtteilsanspruch“; Münder in LPK-BSHG, 5. Aufl. 1998, § 90 Rdnr. 14.

lichen¹⁸ der Pflichtteilsanspruch auf den Sozialhilfeträger nach § 90 Abs. 1 BSHG (jetzt § 93 SGB XII) übergeleitet werden kann, und zwar auch dann, wenn der Pflichtteilsanspruch noch nicht geltend gemacht wurde. Zwar ist dieser nach § 852 Abs. 1 ZPO der Pfändung erst dann unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig wurde. Nach § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG (ebenso jetzt § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII) ist aber die Überleitung eines Anspruchs nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch nicht gepfändet werden kann. Insoweit wird der Sozialhilfeträger gegenüber anderen Gläubigern, die den Pflichtteilsanspruch pfänden wollen, privilegiert. Die Anhänger der *Enterbungslösung* versuchten das Problem damit zu lösen, dass man geltend machte, eine solche Überleitung des Pflichtteilsanspruches nach dem ersten Erbfall wäre *ermessensfehlerhaft*, weil damit zugleich die Enterbung im zweiten Erbfall einträte, und dies zu Lasten des Behinderten ginge.¹⁹ Aber darauf, wie die Behörde ihr entsprechendes Ermessen ausübt, kann man sich bei der Vertragsgestaltung nicht im Voraus verlassen. Hinzu kommt, dass die entsprechende Überleitungsentscheidung ein Verwaltungsakt ist, der bestandskräftig wird, wenn er nicht rechtzeitig angefochten wird. Unterbleibt dies aber, so ist der Einwand der unrichtigen Ermessensausübung im Rahmen eines Zivilprozesses, bei dem es um das Bestehen des übergeleiteten Anspruches geht, ausgeschlossen. Zu Recht hat sich diese Auffassung daher nicht durchsetzen können. Aus der Sicht der Sozialhilfeträger ist für die Ermessungsentscheidung zudem zu beachten, dass diese bei einer ausreichenden „Abschottung“ der Erbenstellung des Behinderten durch Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung und Vor- und Nacherbschaft wenige Zugriffsmöglichkeiten im zweiten Erbfall haben.

c) Zugriffsmöglichkeit des Sozialhilfeträgers auf den Pflichtteilsanspruch

Neuer Wind kam in die Diskussion durch drei Umstände: (1) Dies war zum einen ein überraschender Beschluss des *Betreuungssenats* des BayObLG.²⁰ Ohne auf die ganz h. M. einzugehen, wurde hier aus dem Wortlaut der §§ 2303 Abs. 1 Satz 1, 2325 Abs. 1 und 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB und der dort verwandten „kann“-Formulierung gefolgert, dass der Sozialhilfeträger diese Ansprüche erst dann verwerten kann, wenn der Betroffene, u. U. vertreten durch einen Betreuer, sich zur Geltendmachung dieser Ansprüche entschließt und die in § 852 Abs. 1 ZPO genannten Voraussetzungen vorliegen. Dieser Beschluss hat allgemein Unverständnis hervorgerufen.²¹ (2) Eine andere, insbesondere vom OLG Frankfurt/M.²² vertretene Auffassung stellt auf die wirtschaftliche Folge einer derartigen Überleitung ab: da diese zu einer Enterbung im Schlusserbfall führe, bestehe eine Parallele zu der Situation, bei der der Sozialhilfeträger das im Fall von § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB bestehende Ausschlagungsrecht eines beschwerten Erben auf sich überleiten würde. Die Geltendmachung des

Pflichtteilsanspruches nach dem Erstverstorbenen der Eltern komme daher bei einer Pflichtteilsstrafklausel in ihren Wirkungen wirtschaftlich der Ausschlagung einer Erbschaft gleich. Bei einer solchen Ausschlagung der belasteten Erbschaft sei aber anerkannt, dass dieses Ausschlagungsrecht der Sozialhilfeträger nicht auf sich überleiten könne. Interessanterweise hat der BGH in seiner genannten Entscheidung vom 8.12.2004 zu dieser Frage nicht Stellung genommen, obwohl diese auch von der Vorinstanz des OLG Karlsruhe angesprochen wurde. (3) Die fundierteste Kritik der herrschenden Meinung kommt von *Muscheler*. In seiner vorzüglichen Monografie „Universalsukzession und Vonselbsterwerb“²³ geht er ausführlich auf diese Problematik ein. Er weist daraufhin, dass § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG (nunmehr § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII) nur davon spricht, dass der Übergang des Anspruchs auf den Sozialhilfeträger nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass der Anspruch nicht gepfändet werden kann. Er zieht aber die Parallele zur neueren Rechtsprechung des BGH zur Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist der Pflichtteilsanspruch der Pfändung eigentlich nur dann unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Der BGH hat dies aber dahingehend erweitert, dass bereits vorher der Pflichtteilsanspruch gepfändet werden kann, wenn auch nur in seiner zwangsweisen Verwertung aufschiebend bedingt.²⁴ Diese frühzeitige Pfändungs- oder aber Überleitungsmöglichkeit sichert den Pflichtteilsanspruch gegen Verfügungen zu Gunsten Dritter oder gegen einen Zwangsvollstreckungszugriff anderer. Durch die sich daraus ergebende feine Unterscheidung zwischen der Inhaberschaft des Anspruchs auf der einen Seite und der Befugnis zur Geltendmachung auf der anderen Seite wird auch dem *Normzweck* des § 852 ZPO Rechnung getragen, der eigentlich auch gegenüber dem Sozialhilfeträger gelten müsste: Denn dieser besteht darin, dass wegen der persönlichen Beziehungen der Beteiligten *allein der Berechtigte entscheiden* soll, ob er seinen Anspruch geltend macht,²⁵ und dies aber nicht der Entscheidung eines Gläubigers oder Dritten (also auch eines Sozialhilfeträgers) überlassen bleibt. Zudem weist *Muscheler* auf einen (vermeintlichen) *Wertungswiderspruch* hin: Das, was der Erblasser dem Bedachten geben will (als Erbe oder Vermächtnis) und was man daher i. d. R. ohne weitere Bedenken annimmt, soll man nach der h. M. leichter von sich weisen und dem Sozialhilfeträger leichter entziehen können, als das, was einem der Erblasser nicht freiwillig überlässt, obgleich es hierfür viele Gründe gibt, auch dies abzulehnen. Dabei wird aber verkannt, dass der Pflichtteil eine unentziehbare Nachlassbeteiligung ist. Und auf diesen kann eben auch ein Sozialhilfeträger zugreifen, wenn er das Existenzminimum des Berechtigten sichern muss. Dies entspricht dem Subsidiaritätsgrundsatz (§ 2 SGB XII), der nach wie vor unser Sozialhilferecht beherrscht. Weiter verweist *Muscheler* auch auf die *Unterhaltsfunktion* des Pflichtteilsanspruches und dass bei Unterhaltsansprüchen das *Subsidiaritätsprinzip* mittlerweile in erheblichem Maße durchbrochen sei. Jedoch prägt auch das neue Sozialhilferecht im SGB XII die grundlegende Unterscheidung zwischen den Unterhaltsansprüchen (§ 94) und sonstigen vermögensrechtlichen Ansprüchen, zu denen gerade der Pflichtteilsanspruch gehört (§ 93). Und die Unterhaltsfunktion des Pflichtteils ist zudem heute mehr als umstritten.²⁶

¹⁸ Bengel in Dittmann/Reimann/Bengel, a. a. O., System. Teil E Rdnr. 203; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 35 IV 6 a bei Fn. 90; Littig/J. Mayer, a. a. O., Rdnr. 294; Nieder, NJW 1994, 1264, 1266; Reimann, DNotZ 1992, 246.

¹⁹ Van de Loo, a. a. O.; eingehend dazu Spall, MittBayNot 2003, 356, 358 ff.

²⁰ BayObLGZ 2003, 248, 253 f. = FGPrax 2003, 268 = NJW-RR 2004, 1157.

²¹ Vgl. nur DNotI-Report 2003, 189.

²² RNotZ 2004, 164 = ZEV 2004, 24 m. Anm. Spall = ZErB 2004, 201; offen gelassen von MünchKommBGB/Lange, 4. Aufl. 2004, § 2317 Rdnr. 10.

²³ 2002, S. 235 f.; ebenso in der Urteilsbesprechung ZEV 2005, 119 f.

²⁴ BGHZ 123, 183, 186 = NJW 1993, 2876.

²⁵ Musielak/Becker, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 852 Rdnr. 1.

²⁶ Vgl. etwa Haas, ZEV 2000, 249, 251.

d) BGH: Überleitbarkeit des Pflichtteilsanspruchs auf den Sozialhilfeträger

Der BGH hat für die Praxis insoweit Klarheit gebracht, als nunmehr mit der Überleitung des Pflichtteilsanspruchs auch bereits vor seiner Geltendmachung gerechnet werden muss. Das „klassische Berliner Testament“ mit gegenseitiger Erbinsetzung der Ehegatten und einer enterbenden Pflichtteilsstrafklausel ist daher nicht mehr geeignet, gegen den Zugriff des Trägers der Sozialhilfe Schutz zu bieten.²⁷

e) Überleitbarkeit des Ausschlagungsrechts auf den Sozialhilfeträger?

Nicht entscheiden musste der BGH in seiner Entscheidung vom 8.12.2004²⁸ die Frage, ob das bei der Falllage des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Pflichtteilsberechtigten zustehende *Ausschlagungsrecht* auf einen Träger der Sozialhilfe *übergeleitet* werden kann. Wäre dies der Fall, so wäre die praktische Tauglichkeit des Behindertentestaments in Frage gestellt. Der BGH macht in seinem neuen Urteil vom 8.12.2004 allenfalls eine indirekte Aussage zu diesem Problem, wenn er davon spricht, dass nach der h. M. eine solche Überleitungsmöglichkeit nicht besteht, und für die Gegenansicht keine einzige Stellungnahme zitiert. *Litzenburger* folgert daraus, dass der Senat ausdrücklich offen lasse, welcher Auffassung zu folgen sei. Er weist daher darauf hin, dass die Gestaltung eines Behindertentestaments an einem „seidenen Faden“ hänge, nämlich an der Nichtüberleitbarkeit des Ausschlagungsrechts. Daher könne nach wie vor kein Berater wirklich sicher sein, dass seine erbrechtliche Gestaltung wirklich den Zugriff des Sozialhilfeträgers ausschließe.²⁹ Ganz so pessimistisch würde ich das nicht sehen. Würde der BGH tatsächlich die Überleitbarkeit des Ausschlagungsrechts für möglich halten, hätte er angesichts der besonderen Brisanz des Problems sicherlich eine vorsichtige Andeutung gemacht. Hinzukommt ein praktischer Umstand. Die Streitfrage wird bei der *Erbschaftslösung* i. d. R. keine Rolle spielen. Denn meist wird die Ausschlagungsfrist bereits abgelaufen sein, bevor der Sozialhilfeträger eine Überleitungsentscheidung treffen kann. In den Fällen der noch offenen Ausschlagungsfrist wird aber der Sozialhilfeträger den Behinderten wegen des Nachranggrundsatzes (§ 2 Abs. 1 SGB XII) wohl auch darauf verweisen können, das Ausschlagungsrecht auszuüben, weil dadurch der Pflichtteilsanspruch zu erlangen ist.³⁰ Die Gefahren, die aus der Ausschlagungsmöglichkeit zur Pflichtteilerlangung resultieren, sind aber bei der *Vermächtnislösung* wesentlich größer, weil es dort keine gesetzliche Ausschlagungsfrist gibt, und daher bis zur Annahme des Vermächtnisses der Sozialhilfeträger den Behinderten auf die Wahrnehmung des Ausschlagungsrechts verweisen kann.

f) Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Sozialhilfeträger

Wird der *Pflichtteilsanspruch* nicht vom Pflichtteilsberechtigten selbst, sondern vom *Sozialhilfeträger* geltend gemacht, dann besteht die Besonderheit, dass damit das Interesse eines Dritten, nämlich das der öffentlichen Hand, in die zunächst rein familiäre Nachlassplanung hineingetragen wird. Die Klausel vermag mit ihrer Abschreckungs- und Zuteilungswirkung nicht mehr das zu leisten, was sie allein in ihrer Binnenwirkung vermocht hätte. Ja gerade im Gegenteil: Durch die Pflichtteilsgeltendmachung im ersten Erbfall erhält der Sozialhilfeträger einen voll überleitbaren Pflichtteilsanspruch nach dem Tod des ersten Elternteils und dann zur Belohnung auch noch einen weiteren voll verwertbaren Pflichtteil im Schlusserbfall, während bei Fortbestand der Schlusserbeneinsetzung mit Verwaltungsvollstreckung und Nacherbeneinsetzung keinerlei Zugriffsmöglichkeiten bestanden hätten. Die Problematik, dass der Pflichtteil von einem anderen, der von der Enterbungssanktion nicht betroffen wird, geltend gemacht wird, ist nicht neu. So hat bereits das OLG Braunschweig³¹ sich mit dem Fall befassen müssen, dass der Pflichtteil durch einen Pfleger des Betroffenen verlangt wurde. Diese Problematik lässt sich dann entschärfen, wenn man das Eingreifen einer derartigen Pflichtteilstrafklausel vom Vorliegen eines *subjektiven Tatbestandsmerkmals* abhängig macht, wonach für die enterbende Wirkung dieser Pflichtteilstrafklausel erforderlich ist, dass der den Pflichtteil fordernde Erbe sich „in vorwerfbarer Weise gegen den Willen des Erblassers aufgelehnt haben muss“.³² Auf diese Kontroverse geht aber der BGH leider überhaupt nicht ein. Je nach Art und Zweck der Pflichtteilklausel kann ein Pflichtteilsverlangen im Sinne der Verwirkungsklausel aber auch dann vorliegen, wenn ein Dritter den Pflichtteil geltend macht. Allerdings ist dann im Wege der *ergänzenden Auslegung* sorgfältig zu prüfen, ob dies auch gegen den eigentlichen Pflichtteilsberechtigten und die ihm für den Schlusserbfall zugedachte Erbenstellung wirkt. So hat das BayObLG in einem Fall, in dem der Pflichtteilsanspruch im ersten Erbfall an die Schwiegertochter weitervererbt wurde, deren Pflichtteilsgeltendmachung nicht dem zum Schlusserben eingesetzten Enkel angelastet. Um die vom Erblasser i. d. R. nicht gewollte Doppelbegünstigung dieses Stammes zu vermeiden, nahm das BayObLG dann aber an, dass der geltend gemachte Pflichtteil auf die Schlusserbenquote anzurechnen ist.³³ Damit würde aber auch der Einwand von *Muscheler*³⁴ entkräftet, dass die Eltern die durch die Geltendmachung des Pflichtteils eines Kindes entstandene Ungleichbehandlung der anderen Kinder nicht gebilligt hätten. Und so zeigt sich, dass es sich um eine wahrhaft salomonische Entscheidung des BayObLG handelt, die deutlich macht, dass eines der besten deutschen Zivilgerichte zu Unrecht aufgelöst wird.

²⁷ So zutreffend auch *Litzenburger*, RNotZ 2005, 162 ff.; ebenso *Spall*, DNotZ 2005, 299, 301.

²⁸ MittBayNot 2005, 314 (in diesem Heft).

²⁹ RNotZ 2005, 162, 165; tendenziell viel optimistischer *Spall*, DNotZ 2005, 299, 301, ohne aber auf die Problematik der Überleitung des Ausschlagungsrechts einzugehen.

³⁰ Vgl. dazu *J. Mayer*, DNotZ 1994, 347, 355 unter Hinweis auf die Rspr. des VGH Baden-Württemberg.

³¹ OLGZ 1977, 185.

³² *Lange/Kuchinke* § 24 IV 6 a; MünchKommBGB/*Musielak* § 2269 Rdnr. 65; abschwächend jetzt BayObLGZ 2004, 5, 9 = NJW-RR 2004, 654 = ZEV 2004, 202 m. abl. Anm. *Ivo*; zur Streitfrage s. *J. Mayer* in Dittmann/Reimann/Bengel § 2269 Rdnr. 84.

³³ BayObLG, NJW-RR 1996, 262 = DNotZ 1996, 312 = MittBayNot 1996, 110 m. Anm. *J. Mayer*, MittBayNot 1996, 80.

³⁴ ZEV 2005, 120.

Das neue Handels- und Unternehmensregister*

– Übersicht über das Registerrecht in der Fassung des Referentenentwurfs zu einem Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG-RefE)¹ –

Von Notar Dr. Alexander Krafka, Passau

Das bereits seit längerer Zeit als reformbedürftig erkannte deutsche Registerrecht steht vor einer tiefgreifenden Novellierung. Der nunmehr vorliegende Referentenentwurf des hierzu geplanten Gesetzes sieht eine Beibehaltung bewährter Grundsätze ebenso vor wie grundlegende Änderungen, insbesondere des Bekanntmachungsrechts, und die Neueinführung eines Unternehmensregisters.

I. Bedeutung des EHUG-RefE

Die Bundesrepublik Deutschland ist verpflichtet, zur Umsetzung der Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.7.2003² die Führung des Handelsregisters bezüglich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien zu reformieren. Das Bundesministerium der Justiz nimmt dies zum Anlass, das gesamte Registerwesen durch das „Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)“ einer rechtlichen Revision zu unterziehen und erheblich zu modernisieren. Bis auf die bereits ab dem Tag nach der Verkündung des Gesetzes geltenden Verordnungsermächtigungen und die ebenfalls sofort gültige Aktualisierung der Registerverordnungen soll das EHUG am 1.1.2007 in Kraft treten.³

Ausweislich der Begründung des EHUG-Referentenentwurfs⁴ sind mit dem Gesetz folgende drei Zielsetzungen verbunden:

- die Umsetzung der die Publizitätsrichtlinie⁵ novellierenden *Richtlinie 2003/58/EG* des Europäischen Parlaments und des Rates,
- die *Umstellung des Registerverkehrs* von der Papierform auf elektronische Medien und
- die *Umsetzung des Plattformmodells bezüglich Kapitalmarktnachrichten* nach der europäischen Transparenzrichtlinie⁶ durch Einrichtung des Unternehmensregisters.

Neben der Umsetzung verschiedener technischer Regelungen der neu gefassten Publizitätsrichtlinie sieht der Referentenentwurf für die Zeit ab 1.1.2007 aus registerrechtlicher Sicht insbesondere die folgenden wichtigen Eckpunkte vor:

- die Einführung der zwingenden *elektronischen Registerführung*;
- die *Einreichung von Unterlagen* zum Handelsregister zwingend in *elektronischer Form*;
- die Einführung eines elektronisch abrufbaren *Unternehmensregisters* als zentrale Datensammelstelle für den Handelsregisterinhalt samt Bekanntmachung und für die wichtigsten sonstigen Unternehmensinformationen, die der Offenlegung unterliegen, insbesondere für die kapitalmarktrechtlichen Publizitätsgegenstände;
- die Einführung eines *einheitlichen Zugangsportals* („www.handelsregister.de“) für Einsichtnahmen in das Handelsregister;
- die *Ersetzung der schriftlichen Bekanntmachungen in Papierform* aus dem Handelsregister durch die Einstellung auf einer einheitlichen Internetseite der Länder; und
- die Verlagerung der Zuständigkeit zur *Entgegennahme von Jahresabschlüssen* auf den Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers.

II. Das Registerrecht des HGB in der Fassung des EHUG-RefE

1. Registerführung und Anmeldungen

Auch nach dem 1.1.2007 soll gemäß § 8 HGB-RefE die Führung des Handelsregisters bei den Amtsgerichten verbleiben. Besonders betont wird nunmehr die „elektronische Registerführung“, die zu Recht die sprachlich altertümliche Bezeichnung der „Führung in maschineller Form als automatisierte Datei“ (§ 8 a HGB) ersetzt. Die Beibehaltung der gerichtlichen Zuständigkeit wird mit deren bewährter Registerführung begründet,⁷ so dass eine auch nur probeweise Verlagerung auf andere Institutionen, wie sie nach dem Entwurf eines Registerführungsgesetzes⁸ vorgesehen war, nicht Gegenstand des EHUG-RefE ist.

Ebenso wird an dem Erfordernis der öffentlich beglaubigten Form für Anmeldungen zur Eintragung im Handelsregister festgehalten (§ 12 Abs. 1 HGB-RefE). Da Unterlagen in elek-

* Überarbeiteter Vorabdruck der Kommentierung aus MünchKommHGB, Band 1, 2. Aufl. 2005, vor § 8.

¹ Veröffentlicht durch das Bundesministerium der Justiz am 7.4.2005 und abrufbar z.B. unter „Gesetzesänderungen“ auf der Homepage des DNotI (www.dnoti.de); nachfolgend zitierte Vorschriften in der Fassung des Entwurfs sind jeweils mit dem Zusatz „-RefE“ bezeichnet.

² Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG des Rates in Bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (ABl. vom 4.9.2003, Nr. L 221, 13).

³ Art. 16 EHUG-RefE.

⁴ EHUG-RefE S. 78 f. (Ziel des Gesetzesentwurfs).

⁵ Richtlinie 68/151/EWG zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten vom 9.3.1968 (ABl. Nr. L 65, S. 8), zuletzt geändert durch Akte vom 16.4.2003 (ABl. vom 23.9.2003, Nr. L 236, S. 33).

⁶ Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (ABl. vom 31.12.2004, Nr. L 390, S. 38).

⁷ EHUG-RefE S. 84 (Begründung zu § 8 Abs. 1 HGB-RefE).

⁸ Vgl. hierzu BR-Drucks. 325/03 vom 14.5.2003 und BT-Drucks. 15/1890 vom 6.11.2003.

tronischer Form einzureichen sind (§ 12 Abs. 2 Satz 1 HGB-RefE), müssen Anmeldungen zur Eintragung im Handelsregister nach § 39 a BeurkG elektronisch beglaubigt und sodann elektronisch an das Registergericht weitergeleitet werden. Bis Ende 2009 können allerdings die Landesregistrierungen durch Rechtsverordnung die Beibehaltung des papierschriftlichen Registerverkehrs vorsehen (Art. 59 Abs. 1 EGHGB-RefE). Einzureichende öffentliche Urkunden können im Übrigen nach § 371 a ZPO auch in elektronischer Gestalt präsentiert werden.⁹ Ersatzlos abgeschafft wird hingegen das bereits im Rahmen der Handelsrechtsreform im Jahre 1998 durch die Aufhebung der Vorschriften zur Firmenzeichnung eingeschränkte Erfordernis von Namenszeichnungen (§ 12 Abs. 1 Alt. 2 HGB): Im Zeitalter elektronischer Kommunikationsformen ist die Hinterlegung handschriftlicher Namenszeichnungen nicht mehr erforderlich, insbesondere unter Berücksichtigung der Erwartung, dass künftig im Geschäftsverkehr die elektronische Signatur die eigenhändige Unterschrift ablösen wird.¹⁰

2. Unternehmensregister

Die markanteste Neuerung der §§ 8 ff. HGB durch den EHUG-RefE ist die Einführung des zunächst vom Bundesministerium der Justiz als Teil des Bundesanzeigers elektronisch zu führenden Unternehmensregisters in § 8 Abs. 2 bis 4 HGB-RefE. Dieses soll als Plattform dazu dienen, Unternehmensdaten zu bündeln und dem nach Information suchenden Interessenten die Einsichtnahme in elektronischer Form zu ermöglichen. Gedacht ist hierbei neben Privatpersonen auch an Informationsdienstleister, welche die im Internet bekannt gemachten Daten auswerten und weiter verbreiten können.¹¹ Im Gegensatz zum Handelsregister, das weiter von den Gerichten unter Berücksichtigung ihres formellen und materiellen Prüfungsrechts geführt wird, ist das Unternehmensregister eine reine Datensammel- und Aufbewahrungsstelle, mit deren Betrieb seitens des Bundesministeriums der Justiz unter Berücksichtigung des § 8 Abs. 2 Sätze 2 und 3 HGB-RefE auch ein Dritter im Sinne einer privatrechtsförmigen Einrichtung als Verwaltungshelfer beauftragt werden kann.¹² Da das Unternehmensregister seinerseits bereits Publizitätsinstrument ist und vor allem weil bereits die Bekanntmachungen des Handelsregisters Inhalt des Unternehmensregisters sind (§ 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB-RefE), findet naturgemäß keine weitere Bekanntmachung der darin gesammelten Daten statt. Zur Einsichtnahme in das Unternehmensregister wird auf die nachstehenden Ausführungen unter 3. verwiesen.

a. Inhalt des Unternehmensregisters

In der Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 1 HGB-RefE ist die Auflistung derjenigen Gegenstände enthalten, die in das Unternehmensregister aufzunehmen sind. Neben dem gesamten Inhalt des Handels- und Genossenschaftsregisters samt den entsprechenden elektronischen Bekanntmachungen sind dies die Eintragungen in das Partnerschaftsregister, die Unterlagen der Rechnungslegung nach § 325 HGB und die übrigen gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Bekanntmachungen, Mitteilungen und Veröffentlichungen, die in § 8 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 6 bis 10 HGB-RefE genannt sind. Der Informationsfluss an die das Unternehmensregister führende Stelle wird durch

die nach § 8 Abs. 4 HGB-RefE bestehenden Übermittlungspflichten der Gerichte, des Betreibers des elektronischen Bundesanzeigers und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht gewährleistet. Die weiteren organisatorischen Vorgaben für die Ausgestaltung des Unternehmensregisters hat das Bundesministerium der Justiz mit Zustimmung des Bundesrates im Rahmen einer Rechtsverordnung nach § 9 a Satz 1 Nr. 2 HGB-RefE festzulegen. Insbesondere hat der Betreiber nach § 8 Abs. 3 Satz 2 HGB-RefE dafür zu sorgen, dass die Daten des Unternehmensregisters über seine Internetseite zugänglich sind.

Die Einrichtung des Unternehmensregisters ermöglicht es, die zusammengeführten Daten der Registereintragungen auf einer einheitlichen Plattform für jedermann zu Informationszwecken einsehbar zu machen. Im Sinne des Art. 3 Abs. 1 und 2 der Publizitätsrichtlinie ist damit gewährleistet, dass die der Offenlegung unterliegenden Angaben über eine einzige Akte zentral elektronisch abrufbar sind.

b. Verhältnis zum Handelsregister

Inhaltlich finden sich im Unternehmensregister u. a. sämtliche Eintragungen im Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister und alle hierauf bezogenen Bekanntmachungen samt den zum Register eingereichten Dokumenten. Indem auch die zu den Registereintragungen erfolgten Bekanntmachungen im Unternehmensregister eingestellt werden, wird mittelbar der Anwendungsbereich des § 15 HGB auch für diese Daten eröffnet. Trotz Fehlens einer Regelung ist im Fall von Widersprüchen zwischen der Bekanntmachung der Registereintragung durch das Gericht und dem Inhalt des Unternehmensregisters nach dem unveränderten Wortlaut des § 15 HGB allein auf die gerichtliche Bekanntmachung und somit im Zweifel nicht auf den Inhalt des Unternehmensregisters abzustellen.

3. Registereinsichtnahme

Ist bislang die Einsichtnahme in das in Papierform geführte Handelsregister die Regel des § 9 HGB und der elektronische Abruf nach § 9 a HGB die Ausnahme, so sieht § 9 Abs. 1 HGB-RefE nunmehr als Standardfall den Abruf der Daten aus dem Handelsregister über die einheitliche Internetseite „www.handelsregister.de“ vor, die nicht nur als bloßes Portal zu betreiben ist, das lediglich den Zugang zu den einzelnen Länderregistern ermöglicht, sondern vielmehr den unmittelbaren Zugriff auf alle Registerdaten gewährleisten muss. Dies bedeutet, dass auf der genannten Internetseite alle Daten der gesamten in Deutschland geführten Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister mittels einer Suchfunktion gleichzeitig abgefragt und anschließend präsentiert werden können.¹³ Neben sämtlichen Registereintragungen unterliegen auch alle dem Registergericht eingereichten Unterlagen diesem Abrufverfahren. Die nähere Ausgestaltung des § 9 Abs. 2 bis 4 HGB-RefE entspricht im Übrigen exakt der Umsetzung des Art. 3 Abs. 3 der Publizitätsrichtlinie in der seit 2003 geltenden Fassung. Die Bestimmungen des § 9 Abs. 5 und 6 HGB-RefE sind identisch mit denjenigen des § 9 Abs. 3 und 4 HGB.

Nach § 9 Abs. 7 HGB-RefE können auch die im Unternehmensregister hinterlegten Daten von jedem zu Informationszwecken eingesehen werden. Allerdings soll der elektronische Abruf nicht über die Zentralplattform „www.handelsregister.de“ erfolgen, sondern über die Internetseite des Be-

⁹ EHUG-RefE S. 95 (Begründung zu § 12 Abs. 1 HGB-RefE).

¹⁰ EHUG-RefE S. 98 (Begründung zu § 14 HGB-RefE).

¹¹ EHUG-RefE S. 78 (Ziele des Gesetzesentwurfs).

¹² EHUG-RefE S. 86 (Begründung zu § 8 Abs. 2 Satz 2 HGB-RefE).

¹³ EHUG-RefE S. 90 (Begründung zu § 9 Abs. 1 HGB-RefE).

treibers des Unternehmensregisters (§ 8 Abs. 3 Satz 2 HGB-RefE). Der Hauptunterschied zur unmittelbaren Einsichtnahme in das jeweilige Register besteht somit darin, dass die Datensammlung des Unternehmensregisters nicht durch die einzelnen Bundesländer, sondern durch den vom Bundesministerium der Justiz beauftragten Betreiber des Unternehmensregisters betreut und durch diesen der Allgemeinheit zugänglich gemacht wird. Sofern es sich um Unterlagen, Mitteilungen und Bekanntmachungen nach § 8 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 5 bis 10 HGB-RefE handelt, besteht nach § 9 Abs. 7 HGB-RefE für den Betreiber des Unternehmensregisters keine Verpflichtung, die elektronische Übermittlung zu gewährleisten, wenn das jeweilige Dokument nur in Papierform eingereicht wurde. Die übrigen, insbesondere kapitalmarktrechtlichen, Bekanntmachungen und Mitteilungen sind in diesem Fall ggf. abschriftlich anzufordern.

4. Registerbekanntmachungen und Publizität der Rechnungslegung

Von besonderer Bedeutung ist die Modernisierung des Bekanntmachungsrechts bezüglich der Eintragungen in das Handelsregister. Nach § 10 HGB-RefE ist vorgesehen, die Bekanntmachung der Handelsregistereintragungen künftig auf der zentralen Internetseite „www.handelsregister.de“ vorzunehmen. Die Veröffentlichung im Bundesanzeiger in Papierform und in dem durch das Registergericht festgelegten weiteren Veröffentlichungsblatt (§ 10 HGB) entfallen somit zugunsten des nicht nur bundesweit kostenfrei verfügbaren Internetzugriffs auf die chronologisch geordneten Bekanntmachungen. Die von der Publizitätsrichtlinie eröffnete Möglichkeit, statt der Veröffentlichung im Amtsblatt eine andere, ebenso wirksame Form der Veröffentlichung vorzusehen (Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie), wird damit genutzt.¹⁴

Maßgeblich geändert werden auch die Bestimmungen zur Offenlegung von Jahresabschlüssen. Indem die Kontrolle dieser Offenlegung nunmehr dem Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers zugewiesen wird (§ 329 Abs. 1 HGB-RefE), sollen die Registergerichte von dieser teils zeit- und arbeitsaufwändigen Tätigkeit entlastet werden. Die entsprechende Publizität wird erzielt, indem dieser Bereich im Rahmen des Unternehmensregisters nach § 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 HGB-RefE mittels § 9 Abs. 7 HGB-RefE dem uneingeschränkten Einsichtsrecht nach § 9 Abs. 1 HGB-RefE unterliegt. Der Verstoß gegen die Verpflichtungen zur Einreichung und Offenlegung der Rechnungsunterlagen wird künftig zu einer Ordnungswidrigkeit erklärt (§ 334 Abs. 1 Nr. 5 HGB-RefE), für deren Verfolgung das neu zu errichtende „Bundesamt für Justiz“ zuständig sein soll (§ 334 Abs. 4 HGB-RefE).

5. Zweigniederlassungen

Im Recht der Zweigniederlassungen sind mit den Änderungen der §§ 13 ff. HGB einige marginale Anpassungen verbunden. Die bisherigen Grundsätze behalten somit ihre Gültigkeit. Hervorzuheben ist jedoch, dass die Eintragungsreihenfolge geändert wird: Nunmehr prüft nach § 13 Abs. 2 HGB-RefE bereits das Gericht der Hauptniederlassung bzw. des Sitzes, ob die Zweigniederlassung errichtet sowie § 30 HGB beachtet ist und trägt die Zweigniederlassung in seinem Register – ohne weitere Abstimmungen mit dem Gericht am Ort der Zweigniederlassung – ein, wenn dies der Fall ist. Verbunden ist damit zwar eine Vereinfachung des Eintragungsmodus, jedoch noch keine endgültig zukunftsfähige Lösung der regis-

tertechnischen Behandlung von Zweigniederlassungen inländischer Rechtsträger, wie sie beispielsweise in der vollständigen Abschaffung von gesondert zu führenden Zweigniederlassungsblättern bestehen könnte.

In verkürzter Form wird die Eintragung im Register des Gerichts am Ort der Zweigniederlassung beibehalten, so dass entgegen der vorgenannten Kritik auch weiterhin ein echtes Zweigniederlassungsregisterblatt einzurichten ist. Allerdings soll das Gericht am Ort der Zweigniederlassung künftig keinerlei Prüfungskompetenzen mehr ausüben und lediglich zentrale Rahmendaten im Register eintragen und bekannt machen (§ 13 Abs. 3 Sätze 1 und 2 HGB-RefE). Eintragungen im Zweigniederlassungsregister erfolgen sodann nur noch, wenn es sich um Tatsachen handelt, die dort einzutragen sind (§ 13 Abs. 3 Sätze 3 und 4 HGB-RefE). Entsprechend werden die danach überflüssigen Sondervorschriften der §§ 13 a bis 13 c HGB aufgehoben. Die Begründung des Referentenentwurfs führt hierzu an, dass eine weitergehende Offenlegung durch das Gericht am Ort der Zweigniederlassung nicht geboten ist, da ohnehin alle Eintragungen und Dokumente der Hauptniederlassung elektronisch abrufbar sein werden.¹⁵ Dies allerdings legt es nahe, im Sinne der vorstehenden Ausführungen auf ein eigenständiges Zweigniederlassungsblatt vollständig zu verzichten und die Zweigniederlassung nur im Register der Hauptniederlassung zu vermerken.

Im Recht der Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger werden bei § 13 f HGB lediglich redaktionelle Änderungen vorgenommen, während bei § 13 g HGB die Bekanntmachung des Inhalts von im Zuge der Gründung übernommenen Sacheinlagen bei ausländischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung künftig unterbleiben soll, weil auch die entsprechende Vorschrift für inländische Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 10 Abs. 3 GmbHG) im Zuge des EHUG-RefE aufgehoben wird (s. u. III. Nr. 1).

6. Sprachregelung

Neu eingeführt wird in § 11 HGB-RefE die Möglichkeit, die zum Handelsregister einzureichenden Dokumente und den aktuellen Registerinhalt zusätzlich zur deutschen Sprache (§ 184 GVG) auch in jeder anderen Amtssprache eines Mitgliedstaats der Europäischen Union übermitteln zu können. Die Vorschrift, die in Abs. 2 Regelungen für etwaige inhaltliche Divergenzen verschiedener sprachlicher Fassungen enthält, geht auf Art. 3 a der Publizitätsrichtlinie zurück. Über die europarechtliche Vorgabe hinaus gilt § 11 HGB-RefE allerdings nicht nur für Kapitalgesellschaften und beschränkt die Möglichkeit der Einreichung fremdsprachlicher Unterlagen nicht auf die in Art. 2 der Publizitätsrichtlinie bezeichneten Urkunden und Angaben. Zu beachten ist, dass im Rahmen des § 15 HGB ausschließlich auf die nach § 10 HGB bekannt gemachte deutschsprachige Eintragung abgestellt wird.¹⁶

7. Registerverordnungen

Der EHUG-RefE sieht im Übrigen eine Neufassung der Registerverordnungen vor, insbesondere eine Anpassung einer Reihe von Vorschriften der HRV, die im Zuge der Umsetzung einer elektronischen Aktenführung erforderlich sind. Die bisherige Zerteilung der HRV wird damit unter Aufhebung des Abschnitts für Papierregister zugunsten des Abschnitts für

¹⁴ EHUG-RefE S. 93 (Begründung zu § 10 HGB-RefE).

¹⁵ EHUG-RefE S. 96 (Begründung zu § 13 Abs. 1 HGB-RefE).

¹⁶ EHUG-RefE S. 94 (Begründung zu § 10 HGB-RefE).

elektronische Registerführung beseitigt. Der Hauptteil dieser Änderungen tritt dem Entwurf zufolge am 1.1.2007 in Kraft (vgl. Art. 5 Abs. 2 EHUG-RefE). Verschiedene kleinere Anpassungen die bereits anderweitig erfolgte Gesetzesänderungen betreffen, sollen am Tag nach der Verkündung des Gesetzes in Kraft treten (s. Art. 5 Abs. 1 EHUG-RefE).

III. Sonstige Änderungen durch den EHUG-RefE

1. Gesellschaftsrechtliche Bekanntmachungen

Neben einer großen Zahl von registerrechtlich relevanten Folgeänderungen, die insbesondere bei der Abschaffung von Zeichnungspflichten (vgl. etwa die Aufhebung von § 53 Abs. 2 HGB und § 108 Abs. 2 HGB) und bei der Umstellung der Bekanntmachung auf die elektronische Form geboten sind, verfolgt der EHUG-RefE auch das Ziel, weitgehend diejenigen gesellschaftsrechtlichen Bekanntmachungen abzuschaffen, denen keine gleichlautende Eintragung im Handelsregister korrespondiert. So ist insbesondere vorgesehen, § 40 AktG zur Bekanntmachung bestimmter Gründungsdetails bei Aktiengesellschaften und § 10 Abs. 3 GmbHG zur Bekanntmachung der Sacheinlage bei der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ersatzlos aufzuheben.

Die erst kürzlich im Zuge des Justizkommunikationsgesetzes¹⁷ auf die Bekanntmachung im elektronischen Bundesan-

zeiger umgestellten Veröffentlichungen im Rahmen der Auflösung oder der Kapitalherabsetzung bei einer GmbH (vgl. § 12 GmbHG i. d. F. des JKomG) sind jedoch ebenso weiter verpflichtend, wie die umwandlungsrechtlichen Bekanntmachungen (z. B. §§ 19 Abs. 3; 61; 201 UmwG), die allerdings nach den Bestimmungen des EHUG-RefE in Zukunft nicht mehr im Veröffentlichungsblatt des zuständigen Registergerichts zu erfolgen haben, sondern ausschließlich im elektronischen Bundesanzeiger vorzunehmen sind.¹⁸

2. Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen

Einheitlich soll gemäß Art. 4 der reformierten Publizitätsrichtlinie für alle registerpflichtigen Rechtsträger mit der Neufassung des § 37 a HGB und der entsprechenden Vorschriften der einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Gesetze (z. B. § 35 a GmbHG, § 80 AktG) klargestellt werden, dass die entsprechenden Pflichtangaben ohne Differenzierung nach der äußeren Form des Schreibens zu erfolgen haben, also auch bei einem Telefax oder einer E-Mail.¹⁹

¹⁷ Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (Justizkommunikationsgesetz – JKomG) vom 22.3.2005, BGBl. I S. 837.

¹⁸ Art. 10 EHUG-RefE.

¹⁹ EHUG-RefE S. 99 (Begründung zu § 37 a HGB-RefE).

Gesellschaftsrechtliche Auswirkungen des Justizkommunikationsgesetzes

Von Notar Dr. Alexander Krafka, Passau

Seit 1.4.2005 gelten neue Vorschriften für das Bekanntmachungsrecht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung: Nach der mit Art. 12 Nr. 1 des Justizkommunikationsgesetzes (JKomG)¹ eingefügten Vorschrift des § 12 Satz 1 GmbHG erfolgen die durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Bekanntmachungen im elektronischen Bundesanzeiger, der somit aufgrund Legaldefinition als „Gesellschaftsblatt“ gilt. Unabhängig von jeder satzungsmäßigen Regelung sind daher gesellschaftsrechtliche Bekanntmachungen bei einer GmbH durch den elektronischen Bundesanzeiger vorzunehmen.

1. Anwendungsbereich der neuen Vorschriften

Der Gesetzgeber hat eine Reihe von Vorschriften des GmbH-Gesetzes durch Art. 12 Nr. 1 bis 5 JKomG an die neue Terminologie des § 12 GmbHG angepasst. Ausdrücklich sind nunmehr bei Rückzahlungen des Stammkapitals (§ 30 GmbHG), bei Änderungen in der Besetzung des Aufsichtsrats (§ 52 Abs. 2 GmbHG) und bei Kapitalherabsetzungen die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Bekanntmachungen im elektronischen Bundesanzeiger zu veranlassen. Obwohl weder die Bestimmung des § 65 Abs. 2 GmbHG noch die des § 73 Abs. 1 GmbHG geändert wurden, gilt bezüglich der

Bekanntmachung des Gläubigeraufrufs bei der Auflösung einer GmbH nichts hiervon Abweichendes. Auch in diesem Fall nimmt das Gesetz in § 65 Abs. 2 GmbHG mittelbar über § 30 Abs. 2 GmbHG nunmehr auf § 12 GmbHG Bezug, so dass der Gläubigeraufruf zwingend im elektronischen Bundesanzeiger zu erfolgen hat.

Dagegen verbleibt es naturgemäß unverändert auch für Gesellschaften mit beschränkter Haftung bei den nach § 10 HGB bestehenden Pflichtbekanntmachungen der Registergerichte für die im Handelsregister erfolgten Eintragungen samt etwaigen gesetzlich vorgeschriebenen Zusatzbekanntmachungen (§ 10 Abs. 3 GmbHG). Diese sind – unabhängig von den hierzu in Planung befindlichen grundlegenden Änderungen –² bis auf weiteres im Papier-Bundesanzeiger und in einem weiteren nach § 11 HGB durch das zuständige Registergericht zu bestimmenden Blatt vorzunehmen.

2. Auslegung bisheriger Bekanntmachungsklauseln in Gesellschaftsverträgen

Die Regierungsbegründung des im Gesetzgebungsverfahren nur marginal geänderten § 12 Satz 1 GmbHG in der Fassung

¹ Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (Justizkommunikationsgesetz – JKomG) vom 22.3.2005 (BGBl. I S. 837), zum Inkrafttreten siehe Art. 16 JKomG.

² Vgl. den Referentenentwurf eines Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) des Bundesministeriums der Justiz, veröffentlicht am 7.4.2005 – „EHUG-RefE“.

des JKomG,³ gibt darüber Auskunft, wie sich die Rechtslage hinsichtlich der nahezu ausnahmslos vorhandenen Bekanntmachungs- bzw. Veröffentlichungsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen gestalten soll: „Da die Anordnung des elektronischen Bundesanzeigers als Basisgesellschaftsblatt zwingendes Gesetzesrecht ist, gilt diese Anordnung und sind entgegenstehende Bestimmungen in den Gesellschaftsverträgen gegenstandslos, sofern nicht ausnahmsweise einmal angenommen werden müsste, dass der Gesellschaftsvertrag gemäß § 12 Satz 2 neben dem Bundesanzeiger ein anderes öffentliches Blatt oder elektronische Informationsmedien als zusätzliches Gesellschaftsblatt bezeichnen wollte. Da diese Auslegung äußerst unwahrscheinlich ist, bedürfte es ausdrücklicher Hinweise, dass dies gemeint war“⁴.

Sieht ein vor dem 1.4.2005 abgeschlossener Gesellschaftsvertrag den „Bundesanzeiger“ als Bekanntmachungsblatt vor, so steht damit nach Auffassung der Bundesregierung fest, dass nur die Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger erforderlich ist und keinesfalls daneben eine Veröffentlichung in dessen nicht inhaltsgleicher Papierversion. Nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität ist dem uneingeschränkt zuzustimmen. Die Gesetzestchnik, mit § 12 Satz 1 GmbHG sämtliche bis dahin geltenden entgegenstehenden gesellschaftsvertraglichen Regelungen für die Zukunft außer Kraft zu setzen, berührt auch die Interessen etwaiger Mitgesellschafter und Dritter nicht in unzumutbarer Weise, da nunmehr als Informationsquelle der weltweit unproblematische Zugang zum elektronischen Bundesanzeiger offen steht. Schutzwürdige Vertrauenspositionen, die der Gesetzgeber hätte berücksichtigen müssen, sind in diesem Zusammenhang nicht erkennbar. Eine dem Aktienrecht vergleichbare Situation, wo im Rahmen der Neufassung des § 25 AktG durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz seit 2002 über diese Problematik diskutiert wird,⁵ besteht im Rahmen des § 12 GmbHG nicht, da zwar bei Aktiengesellschaften die Pflicht zur satzungsmäßigen Festlegung der Bekanntmachungsform besteht (§ 23 Abs. 4 AktG) nicht jedoch bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Dasselbe gilt, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht den „Bundesanzeiger“, sondern eine andere regionale oder überregionale Tageszeitung oder sonstige Printmedien, wie etwa den „Bayerischen Staatsanzeiger“, als Gesellschaftsblatt benennt. Auch in diesem Fall setzt die durch den Gesetzgeber autoritativ postulierte Verankerung des elektronischen Bundesanzeigers als einzig relevantes Bekanntmachungsblatt die entgegenstehende Satzungsregelung automatisch außer Kraft. Eine abweichende Behandlung der Rechtslage aufgrund vermeintlich entgegenstehender Gesichtspunkte des Gläubiger- und Vertrauensschutzes ist entgegen der hierzu – insbesondere seitens des Deutschen Notarinstituts – geäußerten Meinung⁶ nicht geboten: Jede gesellschaftsvertragliche Festlegung steht unter dem Vorbehalt einer gegebenenfalls hiervon abweichenden gesetzlichen Normierung. Weder Dritte noch Mitgesellschafter haben ein schutzwürdiges Vertrauen dahin gehend,

dass auch nach der bindenden Entscheidung des Gesetzgebers die Veröffentlichung gesellschaftsrechtlicher Bekanntmachungen in dem vor Inkrafttreten des § 12 GmbHG n. F. bestimmten Printmedium erfolgt. Soweit die Regierungsbegründung von der äußerst unwahrscheinlichen Auslegung der gesellschaftsvertraglichen Regelung im Sinne der Bestimmung als weiteres Bekanntmachungsblatt nach § 12 Satz 2 GmbHG spricht, kommt eine solche Auslegung nur dann in Betracht, wenn die Gesellschafter ihren Willen privatautonom gesetzt haben. Dies setzt regelmäßig die Kenntnis der neuen Vorschrift voraus, da bis zum 1.4.2005 ein gesetzlich vorgesehenes Bekanntmachungsmedium nicht existierte. In diesem Punkt behandelt die Regierungsbegründung zutreffend die sogleich anschließend zu beschreibende Fallgruppe. Die Annahme, dass für die „mit der Gesetzesänderung des § 12 GmbHG nicht vertrauten Verkehrskreise bezüglich der Pflichtbekanntmachungen ein erhebliches Informationsdefizit“ drohe,⁷ wenn in diesem Fall ohne Vorwarnung gesetzeskonform nur die Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger erfolgt, lässt den Umstand unberücksichtigt, dass die Unkenntnis des geschriebenen Rechts ein schutzwürdiges Vertrauen nicht begründen kann.

Abweichend zu beurteilen sind lediglich die Gesellschaftsverträge, in denen – sei es durch Gründung oder aufgrund inhaltlicher Neufassung – nach dem 31.3.2005 ein anderes Bekanntmachungsblatt als der elektronische Bundesanzeiger gewählt wurde. Auch wenn dies in Unkenntnis des neuen Bekanntmachungsrechts geschehen ist, muss eine solche Satzungsklausel als Bestimmung eines weiteren öffentlichen Blattes im Sinne des § 12 Satz 2 GmbHG gedeutet werden, da sich insoweit vor allem Dritte aufgrund der – derzeit noch gesetzlich vorgesehenen –⁸ gerichtlichen Bekanntmachung nach § 10 Abs. 3 GmbHG hierauf verlassen dürfen. Wird nach dem 31.3.2005 die missverständliche Formulierung der Bekanntmachung im „Bundesanzeiger“ gewählt, ohne klar zu stellen, ob es sich um die elektronische oder papierförmige Fassung handeln soll, ist davon auszugehen, dass bei Fehlen besonderer Anhaltspunkte keine Doppelveröffentlichung gewünscht wird, sondern lediglich unbeholfen auf die bereits existierende gesetzliche Normierung des § 12 Satz 1 GmbHG verwiesen wird.⁹

3. Auswirkungen auf die künftige Gestaltung von Gesellschaftsverträgen

Für die Gestaltung von GmbH-Gesellschaftsverträgen empfiehlt es sich seit 1.4.2005 auf jede ausdrückliche Regelung zu den Bekanntmachungen der Gesellschaft zu verzichten. Im Zuge von Änderungen des Gesellschaftsvertrags bietet es sich an, solche alten Klauseln nicht zu modernisieren, sondern sinnvoller Weise ersatzlos aufzuheben.

Zwar mögen alte Fassungen der Bekanntmachungsklauseln unter Berücksichtigung der dargestellten Rechtslage gegenstandslos sein. Gleichwohl sind sie geeignet, bei Gesellschaft und Beratern Irritationen auszulösen, die eine zutreffende Handhabung nicht in jedem Fall sicherstellen. Dies gilt auch für die – nach derzeitigem Gesetzesstand – allenfalls deklaratorische Anordnung, dass Bekanntmachungen der Gesellschaft „im elektronischen Bundesanzeiger“ erfolgen. Da mit

³ Regierungsbegründung vom 28.10.2004 (BT-Drucks. 15/4067); die Beschlussempfehlung samt Bericht des Rechtsausschusses vom 23.2.2005 (BT-Drucks. 15/4952) führte lediglich in Korrespondenz zu § 25 Satz 1 AktG zur Ersetzung des zweiten Wortes des Satz 1 („dieses“) durch das Wort „das“.

⁴ BT-Drucks. 15/4067, 56.

⁵ Zu Nachweisen hierzu vgl. das Gutachten des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2005, 81, 82.

⁶ Siehe Fn. 5; auch Noack, DB 2005, 599 lässt die nachstehend erläuterten Aspekte unberücksichtigt.

⁷ So das Gutachten des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2005, 81, 82.

⁸ Zur geplanten ersatzlosen Aufhebung dieser Vorschrift s. Art. 12 Nr. 2 EHUG-RefE.

⁹ Ebenso das Gutachten des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2005, 81, 83.

§ 12 GmbHG eine einschlägige gesetzliche Vorschrift existiert, ist eine vertragliche Wiedergabe nicht nur überflüssig, sondern im Falle einer – naturgemäß nicht absehbaren – späteren Änderung des Bekanntmachungsrechts geeignet, ebenfalls regelmäßig unerfreuliche Zweifelsfragen aufzuwerfen. Dem Vorschlag, gleichwohl eine entsprechende Satzungsklausel aufzunehmen,¹⁰ sollte daher nicht gefolgt werden.

4. Behandlung von Übergangsfällen

Seit seinem Inkrafttreten zum 1.4.2005 stellen sich hinsichtlich des neuen Bekanntmachungsrechts Fragen bei der Behandlung von den Übergangsfällen. Da eine tatbestandliche Rückanknüpfung des Gesetzes bei Erlass des JKomG nicht

¹⁰ Siehe das Gutachten des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2005, 81, 83.

beabsichtigt war, bleiben abgeschlossene Sachverhalte von den neuen Vorschriften unberührt. Bereits vor dem 1.4.2005 gesellschaftsvertragskonform ergangene Bekanntmachungen sind somit nicht im elektronischen Bundesanzeiger zu wiederholen. Wurde also beispielsweise im Oktober 2004 die Bekanntmachung des Gläubigeraufrufs nach § 65 Abs. 2 GmbHG im satzungsgemäß vorgesehenen Papier-Bundesanzeiger vorgenommen, so kann der Schluss der Liquidation ohne weitere Veröffentlichung im Oktober 2005 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden (§§ 73 Abs. 1, 74 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Gesichtspunkte des Gläubiger- und Vertrauensschutzes stehen dem nicht entgegen, weil das Sperrjahr entsprechend der seinerzeitigen Rechtslage ab dem erfolgten Gläubigeraufruf korrekt eingehalten wird. Gründe, die den erneuten Anlauf der Frist mit dem Erfordernis einer weiteren Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger gebieten würden, sind nicht ersichtlich.

TAGUNGSBERICHT

Der Notar als Teil der europäischen Justizpolitik

Europäische Notarentage am 14./15.4.2005 in Salzburg

Von Notarassessor *Stephan Schill*, LL.M., Alzenau i. Ufr.

Bereits zum 17. Mal fanden am 14. und 15.4.2005 die von der österreichischen Notariatskammer organisierten „Europäischen Notarentage“ in Salzburg statt. Auch in diesem Jahr waren über 100 Teilnehmer aus fast allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie Russland und Rumänien zugegen. Nachdem bei den 16. Europäischen Notarentagen im letzten Jahr Neuerungen im Finanzsektor und Kreditbesicherungsrecht im Mittelpunkt standen,¹ war Thema des wissenschaftlichen Programms der diesjährigen Notarentage „Der Notar in Europa – im Dienste der Bürger und der Wirtschaft“. Den alle Tagungsbeiträge überspannenden Bogen bildete die Frage nach der Funktion des Notars im europäischen Binnenmarkt. Diskussionsbeiträge und Referate betonten die Bedeutung des Notars als Arm der europäischen Justizpolitik und rückten seine Stellung als Bindeglied zwischen dem Bürger und dem zunehmend von europäischen Vorgaben beeinflussten Zivilrecht ins Zentrum. Mehrfach wurde dabei sowohl von Seiten der Standesvertreter als auch von mehreren bei der Europäischen Kommission tätigen Referatsleitern die spezielle, Recht und Rechtssicherheit schaffende Rolle der Notare in Europa herausgestellt. Ferner wurde die Anerkennung des Notariats als Korrelat zur ordentlichen Gerichtsbarkeit hervorgehoben und die Bedeutung der notariellen Beratung und Vertragsverfassung als Gegenstand hoheitlicher Tätigkeit in den Mittelpunkt gerückt. Der Notar, so der allgemeine Tenor, trage zur Wirksamkeit und Durchsetzung europäischer Justizpolitik bei

und helfe, Europa dem Bürger näher zu bringen. Referiert wurde vor allem über Neuerungen, die der europäische Gesetzgeber plant oder schon verwirklicht hat, sowie über die wachsende Bedeutung der Informationstechnologie in der notariellen Praxis.

I. Prozessuale und materiellrechtliche Neuerungen

Zu Beginn referierte Dr. *Gottfried Musger*, Richter am Oberlandesgericht Graz, über „Die vollstreckbare notarielle Urkunde im europäischen Zivilprozessrecht“. Er stellte die Möglichkeiten der Anerkennung und Vollstreckung notarieller Urkunden nach dem EuGVÜ und der EuGVVO dar und gab einen Überblick über die Neuerungen, die sich durch die Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen ergeben.² Er führte aus, inwieweit der Vollstreckungstitel für sogenannte unbestrittene Forderungen gerade auch durch öffentliche, insbesondere notarielle Urkunden geschaffen werden könne. Für die Praxis empfahl *Musger*, in eine Urkunde über die Errichtung eines europäischen Vollstreckungstitels entsprechend dem Wortlaut der Verordnung ein explizites „Anerkenntnis“ der Forderung

¹ Vgl. dazu den Tagungsband von *Kühnelt* (Hrsg.), Basel II – der Notar und die Kreditbesicherung im europäischen Umfeld, Wien 2005.

² VO (EG) 805/2004 – EuVVO, ABl. EU vom 30.4.2004, L 143, 15, im Internet abrufbar unter <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>; vgl. zum Europäischen Vollstreckungstitel auch *Franzmann*, MittBayNot 2004, 404; *Stadler*, RIW 2004, 801; *Wagner*, NJW 2005, 1157; *Stein*, IPRax 2004, 181; *Rauscher*, GPR 2004, 286.

aufzunehmen, um Zweifel über die Vollstreckbarkeit als unbestrittene Forderung gar nicht erst entstehen zu lassen. Strittig sei noch, ob auch der vollstreckbare deutsche Anwaltsvergleich unter den Begriff der öffentlichen Urkunde im Sinne der Verordnung falle. Zweifel bestehen, weil er nicht unter Mitwirkung einer öffentlichen Urkundsperson geschaffen wird. Für den Notar könnten sich im Rahmen des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs gegenüber anwaltlichen Urkunden erhebliche Vorteile ergeben. Insgesamt betrachtet steigt durch die Schaffung des europäischen Vollstreckungstitels die Bedeutung des Notars im transeuropäischen Rechtsverkehr. Bemerkenswert ist schließlich das Vertrauen, das dem Notar aus Sicht des europäischen Gesetzgebers entgegengebracht wird. Die Anerkennung der besonderen Qualität notarieller Urkunden stimmt zudem hoffnungsvoll im Hinblick auf die Anerkennung des Notars als Träger öffentlicher Gewalt.

Anschließend referierte Dr. *Susanne Knöfel* von der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz der Europäischen Kommission über „Europäisches Vertragsrecht – Bestandsaufnahme und Perspektiven“. Sie gab im Anschluss an die 15. Notarentage im Jahre 2003, die sich schwerpunktmäßig mit den Entwicklungen des europäischen Vertragsrechts befassten, einen Überblick über die nächsten Schritte der Europäischen Kommission auf dem Weg zu einem kohärenten europäischen Vertragsrecht. Im Mittelpunkt des Vortrages stand dabei die Mitteilung der Kommission „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen“.³ Nachdem die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bisher vor allem über sektorspezifische Lösungsansätze erfolgte (z. B. Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf oder Pauschalreiserichtlinie), beabsichtigt die Kommission nunmehr, die fehlende Kohärenz und Zersplitterung der verschiedenen vertragsrechtlichen Rechtsmaterien durch einen einheitlichen Ansatz zu beheben. Auf diese Weise soll ein einheitlicher Schutz des Verbrauchers erreicht, dessen Vertrauen in den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr gestärkt und für Unternehmen eine stärkere Rechtseinheitlichkeit geschaffen werden, die Kosten für Rechtsberatung und Vertragsgestaltung einsparen hilft. Zu diesem Zweck möchte die Kommission den sogenannten Gemeinsamen Referenzrahmen (GRR) schaffen. Er ist als Bezugsdokument für die Überarbeitung und Fortentwicklung des europäischen Vertragsrechts konzipiert und soll dessen Qualitätsverbesserung dienen. Zunächst sollen gemeinsame vertragsrechtliche Grundsätze, Definitionen und Mustervorschläge erarbeitet werden; danach setzt sich der GRR das Ziel, ein durch die Parteien wählbares, zusätzliches Recht zu schaffen. Ähnlich dem Wiener UN-Kaufrecht (CISG) – allerdings als Opt-in-Lösung – könnte eine zusätzlich wählbare 26. Rechtsordnung neben den mitgliedstaatlichen Vertragsrechtsordnungen entstehen. Der GRR trägt zur Intensivierung und Vereinheitlichung eines europäischen Rechtsraumes bei. Die konkreten Schritte auf dem Weg zum Gemeinsamen Referenzrahmen erfolgen über die Erarbeitung der vertragsrechtlichen Grundlagen durch Forschergruppen und die anschließende Diskussion dieser Vorschläge im sogenannten CFR-Net, einem Netzwerk, das aus Vertretern der Praxis, also der notariellen Berufstände und der Anwaltschaft sowie verschiedener Wirtschaftsverbände besteht. Am Ende dieses Prozesses werden für die notarielle Kautelarpraxis im grenzüberschreitenden Bereich zusätzliche, vertragsrechtliche Instrumente zur Verfügung stehen.

³ KOM(2004), 651 vom 11.10.2004, im Internet abrufbar unter <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>.

Auch in anderen zivilrechtlichen Bereichen ist der europäische Gesetzgeber aktiv. Dies machte der Vortrag von Universitätsprofessor Dr. *Arthur Weiling* zum europäischen Gesellschaftsrecht deutlich. Er rekapitulierte nicht nur die für den gesellschaftsrechtlichen Bereich relevanten Richtlinien, wie z. B. die Publizitätsrichtlinie, die Kapitalmarktrichtlinie oder die Richtlinie zur Ein-Personen-Gesellschaft, sondern ging auch auf die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit als Ausgangspunkt gesellschaftsrechtlicher Rechtsangleichung und gegenseitiger Anerkennung von Gesellschaften ein. Daneben gab er einen Überblick über spezielle, durch den europäischen Gesetzgeber geschaffene Gesellschaftsformen wie die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) und die europäische Aktiengesellschaft. Gerade dort wird sich zeigen, ob sich im gesellschaftsrechtlichen Bereich europäische Rechtsformen in der notariellen Praxis durchsetzen werden.

Mario Paulo Tenreiro, Referatsleiter der Generaldirektion Freiheit, Sicherheit, Recht der Europäischen Kommission, verdeutlichte in seinem Vortrag, mit welchen Neuerungen im Bereich der Justiziellen Zusammenarbeit in Europa zu rechnen ist. Er befasste sich speziell mit dem sogenannten Haager Programm vom November 2004.⁴ Das vom Ministerrat verabschiedete Programm spricht im Rahmen der Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union auch wichtige Bereiche zur Förderung eines gemeinsamen europäischen Rechtsraumes in Zivilsachen an. Zentrale Anliegen des Programms sind Fragen des Zugangs zur Justiz in einem gemeinsamen Binnenmarkt, die Sicherung eines Minimums an Verfahrensrechten sowie die gegenseitige Anerkennung und Kooperation im Justizbereich. Dabei spielt nach Angaben *Tenreiros* auch die Zusammenarbeit unter den Notaren eine wichtige Rolle, denn ihnen käme eine zentrale Position bei der weiteren Vereinheitlichung des europäischen Rechtsraumes zu. Konkrete Schritte, die auf der Basis des Haager Programms beschritten werden sollen, betreffen Rechtsgebiete, die für Notare von besonderer Bedeutung sind. So steht beispielsweise die Schaffung eines europäischen Erbscheins zur Diskussion.⁵ Auch soll das erbrechtliche und Teile des familienrechtlichen Kollisionsrechts harmonisiert werden.⁶ Daneben soll die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts für Ansprüche aus unerlaubter Handlung und Bereicherungsrecht⁷ sowie die europarechtliche Harmonisierung im schuldrechtlichen Bereich zügig vorangetrieben werden. Hier wird eine Ersetzung des Europäischen Vertragsrechtsübereinkommens durch eine entsprechende europäische Verordnung erwogen.⁸ Insgesamt soll dadurch auf Grundlage des Haager

⁴ ABl. EU vom 3.3.2005, C 53, 1, im Internet abrufbar unter <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>.

⁵ Vgl. *Eule*, ZEV 2004, Heft 9, VIII.

⁶ Grünbuch Erb- und Testamentsrecht, KOM(2005), 65 vom 1.3.2005 sowie Grünbuch über das anzuwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen, KOM(2005), 82 vom 14.3.2005, jeweils im Internet abrufbar unter <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>; zum Grünbuch Erb- und Testamentsrecht siehe *Dörner*, ZEV 2005, 137.

⁷ Vorentwurf eines Vorschlages für eine Verordnung des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II-VO“), abrufbar im Internet unter http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil_consultation/index_de.htm; siehe dazu *Benecke*, RIW 2003, 830.

⁸ Grünbuch der Kommission über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahre 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM(2002), 654 vom 14.1.2003, im Internet abrufbar unter <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>.

Programms ein extensiver Ausbau des europäischen Rechtsraumes betrieben und damit der Dritten Säule der Europäischen Union, der Justiziellen Zusammenarbeit, stärkeres Gewicht verliehen werden. Es ist daher zu erwarten, dass in verfahrensrechtlicher und in materiellrechtlicher Hinsicht bedeutende Neuerungen für die notarielle Praxis ins Haus stehen. Gleichzeitig zeigt sich aber auch, dass Europa für die Durchsetzung und Akzeptanz seiner Politik im Zivilrechtsbereich auf eine kundige, lebendige und visionäre Kautelarpraxis angewiesen ist, in der der Gedanke eines gemeinsamen Europas fest verankert ist.

II. E-Government und Handelsregister online

Auch in technischer Hinsicht werden sich Umwälzungen in der Ausübung des Notarberufs ergeben. Dies zeigte eine äußerst instruktive Präsentation des Landesgeschäftsführers des Salzburger Gemeindeverbandes, Dr. *Martin Huber*, zum E-Government-Portal der Republik Österreich, „Österreich online“. Das Portal wurde als Reaktion auf die zunehmende Vernetzung und Verbesserung der Informationstechnologie unter Beteiligung von Ministerien, Bund und Ländern geschaffen. Ziel des E-Government ist es, durch die Umstellung auf komplett EDV-gestützte Bearbeitung die Verwaltungsvorgänge zu vereinfachen und zu beschleunigen und die Verwaltung dem Bürger näher zu bringen. Das umfangreiche E-Government-Programm Österreichs umfasst Informationsservice für den Bürger und interne Serviceangebote für die Verwaltung. Weiter sollen umfangreiche Online-Register und zahlreiche Kommunikationswege zwischen Verwaltung, Bürger und Wirtschaft zur Verfügung gestellt werden. Die österreichische Notariatskammer macht bereits intensiv von den Möglichkeiten Gebrauch, die sich durch neue Medien eröffnen. Sie führt ein elektronisches Urkundenarchiv, in dem sämtliche Notariatsdokumente erfasst werden und so elektronisch Behörden zur Verfügung gestellt werden können. Bedeutung wird das E-Government künftig verstärkt auch für Grundbuch- und Handelsregistersachen erlangen.

Die Bedeutung der computergestützten Datenverarbeitung kam auch in der abschließenden Podiumsdiskussion zu neuen Entwicklungen im Handelsregisterverfahren, an der sich Notare aus Spanien, Tschechien, Italien und Österreich sowie der Referatsleiter der Generaldirektion Unternehmen der Europäischen Kommission Dr. *Weinberger* beteiligten, zum Ausdruck. Bemerkenswert ist, dass in Spanien und Italien das Handelsregister bereits weitgehend auf elektronische Form umgestellt wurde. So können Notare in Spanien eine vereinfachte Form der Kapitalgesellschaft innerhalb von 48 Stunden zur Eintragung bringen. Der Notar meldet die Gründung der Gesellschaft elektronisch an, erhält elektronisch eine Steuer-

nummer und kann weitere behördlich erforderliche Schritte einleiten. Italien ist auf dem Weg zu einem vollelektronischen Handelsregister noch weiter vorangeschritten. Dort erfolgen Anmeldungen zum Handelsregister bereits heute vollständig per digital signierter E-Mail. Das Verfahren ist für alle Gesellschaftsformen anwendbar, eine Eintragungskontrolle durch den Richter beim Handelsregister erfolgt nicht mehr. Alleinige Prüfungsinstanz ist dort der Notar, seitens des Registers werden nur noch formelle Fragen, wie die Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen, überprüft. Eintragungen im Handelsregister sind daher inzwischen innerhalb von 24 bis 48 Stunden möglich und beschleunigen den Rechtsverkehr wesentlich. In Tschechien bestehen ebenfalls Reformprojekte. Dort soll die Doppelkontrolle durch Notar und Gericht bei Eintragungen im Handelsregister abgeschafft werden, um das Eintragungsverfahren zu beschleunigen. Die Führung des Handelsregisters, einschließlich der Anmeldungen, soll künftig vollelektronisch erfolgen. Ähnliche Überlegungen existieren in Österreich, dessen Handelsregister bereits jetzt über Internet weltweit abfragbar ist. Wie in Italien soll die materielle und formelle Überprüfung durch den Richter zugunsten einer ausschließlichen Kontrolle von Registereintragungen durch Notare ersetzt werden. Nach Angaben von *Weinberger* sind all diese Entwicklungen Ausdruck des Bestrebens, die Wirtschaft zu stärken.

III. Fazit

Als Fazit der Veranstaltung ist hervorzuheben, dass der Notar auch von Vertretern der Europäischen Kommission als Garant für Rechtssicherheit und Verfahrenseffizienz angesehen und seine Bedeutung für die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Rechtsraumes betont wurde. Seine Tätigkeit diene dem Schutz des Bürgers und helfe bei der Durchsetzung eines einheitlichen europäischen Zivilrechtes. Die Tätigkeit des Notars geht dabei über die Erbringung gewöhnlicher Dienstleistungen hinaus, kommt ihm doch schon aus institutioneller Sicht eine herausragende Bedeutung für die europäische Rechtspflege und die Durchsetzung des europäischen Gedankens zu. Klar wurde allerdings auch, dass der Notar diesen Anforderungen nur dann gerecht werden kann, wenn er sich moderner Datenverarbeitungs- und Kommunikationstechniken bedient und mit europarechtlichen und europapolitischen Entwicklungen Schritt hält. Gerade die Perspektive grenzüberschreitender, europäischer Vertragsgestaltung macht die Zukunft Europas aus Sicht des Notarberufes spannend. Andererseits muss sich der Notar aber auch der ihm im Rahmen der europäischen Rechtsdurchsetzung zukommenden Verantwortung bewusst sein und sich aktiv mit transnationalen Rechtsfragen befassen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 9: Erbrecht §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG. Beck, 2004. 2 388 S., 218 €

Das Erbrecht gilt als eine eher statische Materie, bei der sich Änderungen in der Regel lediglich als kleinere Folgeänderungen zu größeren Neuerungen in anderen Rechtsgebieten ergeben. Spätestens seit der Schuldrechtsreform 2002 dürfte den Benutzer aber ein zunehmend mulmiges Gefühl beschlichen haben, wenn er noch die Voraufgabe des „Erbrechts-MüKos“ (1997) in die Hand nahm, abgesehen davon, dass das Fünfte Buch des BGB ebenso wie die anderen – auch – durch Änderungen der Rechtsprechung und Strömungen des Schrifttums geformt wird.

Bei einem Großkommentar besteht außerdem stets die Gefahr, dass er mit jeder Neuauflage lediglich die berühmten „Jahresringe“ ansetzt. Die Gefahr hat sich bei dem vorliegenden, in der Neuauflage abermals von *Schlichting* redigierten Werk zum Glück nicht realisiert, was vor allem dem Umstand eines weitreichenden Wechsels in der Autorenschaft geschuldet sein dürfte (ohne damit das selbstverständlich bleibende Verdienst der Alt Autoren schmälern zu wollen). Die „Neuzugänge“ (*Hagen, Heldrich, Helms, K.-W. Lange, J. Mayer, Zimmermann* für *Brandner, Burkart, Diitz, Frank* und *Promberger*) haben dabei auch den meisten Anteil an der inhaltlichen Neubearbeitung, und zwar in Bereichen, die die Arbeit des Notars wesentlich berühren dürften. So hat *Hagen* etwa die Vorschriften des BeurkG neu kommentiert, *Lange* das Pflichtteilsrecht (wobei die aktualisierten Erläuterungen zum Fristlauf bei § 2325 Abs. 3 BGB bei vorbehaltenen Nutzungsrechten *pars pro toto* lobend hervorgehoben seien), und *Mayer* hat das Erbscheinsverfahren übernommen. Zu Letzterem sei vor allem die Kommentierung zu § 2369 BGB (Fremdrechtserbschein) erwähnt, und hier wiederum die Darstellung des sog. „Transkriptionsproblems“, also der für die Erbscheinserteilung notwendigen Umsetzung ausländischer Rechtsinstitute in die Terminologie des deutschen Erbrechts (z. B. Vindikationslegate). Die im Vorwort angepriesene Einarbeitung des (in erbrechtlicher Hinsicht unausgegorenen) LPartG beschränkt sich bei *Leipold* allerdings auf knappe sieben Zeilen Verweisung in der Einleitung (Rdnr. 71), offenbar in der Erwartung, der Leser möge sich die dort zitierte „Kommentierung im Ergänzungsband zur 4. Aufl.“ gönnen, und ist zudem durch das LPartÜberarbG schon wieder überholt.

Neu bearbeitet hat *Leipold* demgegenüber die grundlegenden Vorschriften über die Auslegung und Anfechtung von Testamenten (§§ 2064–2086 BGB), also einen Bereich, der ganz besonders von kommentatorischer Erstarrung bedroht ist. Dass man dem nicht erliegen muss, zeigt *Leipold* auch gleich selbst: Er hat nämlich bei den Zweifelsfragen zu § 2065 BGB – als, soweit mir ersichtlich, noch der einzige „größere“ Autor zu diesem Punkt – seinen Widerstand gegen die sog. „Dieterle“-Klausel aufgegeben (ohne dies allerdings kenntlich zu machen) und ist jetzt zu Recht mit der ganz h. M. der Auffassung, der Erblasser könne zulässigerweise denjenigen zum Nacherben einsetzen, den der Vorerbe zu seinem eigenen Erben bestimmt (§ 2065 Rdnr. 19). Die anderslautende Entscheidung des OLG Frankfurt (DNotZ 2001, 143 m. Anm. *Kanzleiter*) wird somit immer weiter in die Vereinzelung

gedrängt; sie kann auch kaum als Beleg einer ernsthaften Auseinandersetzung mit der Thematik gelten, wie *Ivo* überzeugend nachgewiesen hat (DNotZ 2002, 260).

Auch sonst macht man bei den von den „alten“ Kommentatoren vorgenommenen Aktualisierungen im Laufe seiner täglichen Arbeit manchen praxiswichtigen Zufallsfund. So wird beispielsweise das m. W. bislang nirgends explizit diskutierte Problem, ob die Revaluierung einer nicht mehr valuierten Grundschild als „Verfügung über ein Grundstücksrecht“ i. S. von § 2113 BGB anzusehen ist, jetzt von *Grunsky* ausdrücklich und zu Recht bejaht (§ 2113 Rdnr. 7). Denn hierdurch entfällt lt. *Grunsky* die bisher bestehende Einrede des Eigentümers gegenüber der Geltendmachung der Rechte aus der Grundschild, d. h. diese wird inhaltlich mit dinglicher Wirkung verändert (nämlich „verstärkt“). Auch unter Wertungsgesichtspunkten dürfte es, so *Grunsky*, keinen Unterschied machen, ob der Vorerbe die nicht mehr valuierte Grundschild löschen lässt und später eine neue Grundschild bestellt, oder ob er die nicht gelöschte Grundschild später einfach neu valuiert.

In puncto Schuldrechtsreform sei darauf hingewiesen, dass sich *Lange* gegen die mittlerweile herrschend zu nennende Auffassung wendet, die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs gem. § 2332 BGB könne in den Grenzen des § 202 Abs. 2 BGB durch den Erblasser kraft letztwilliger Verfügung einseitig verlängert werden (§ 2332 Rdnr. 1). Umfassend eingearbeitet ist die Schuldrechtsreform aber auch in den vordergründig eher „stillen Winkeln“ des Erbrechts, so z. B. bei der Kommentierung von *Schlichting* zur Haftung wegen Rechts- und Sachmängeln im Vermächtnisrecht (§§ 2182, 2183 BGB).

Hinzuweisen ist schließlich auf die Übernahme des Abschnitts zur Testamentsvollstreckung durch *Zimmermann*, der in diesem Bereich bereits monographisch hervorgetreten ist (Die Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2003).

Die Ausführungen von *Zimmermann* zur Testamentsvollstreckung an einzelkaufmännischen Unternehmen, gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen und sonstigen Mitgliedschaften (§ 2205 Rdnr. 14–46) sind allerdings nahezu wortgleich mit denjenigen in der Voraufgabe von *Brandner*. Allein die Frage nach der Zulässigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks im Handelsregister an Kommanditbeteiligungen wird von *Zimmermann* jetzt bejaht (§ 2205 Rdnr. 46), ebenso die Frage, ob die Mitwirkung an der Erhöhung der Kommanditeinlage vom Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers umfasst wird, ohne dass die Erben zustimmen müssten (§ 2205 Rdnr. 44). Zu Letzterem ist der BGH allerdings – zu Recht – anderer Ansicht (NJW 1989, 3152, 3155). Aktuelle Tendenzen bleiben hier leider unbeachtet. So wird z. B. der instruktive Beitrag von *Faust* (DB 2002, 189 ff.), der zum Aufbrechen verkrusteter Denkstrukturen in diesem Bereich beiträgt, eingangs des Abschnitts zwar aufgelistet, aber nicht eingearbeitet. Infolgedessen werden auch im aktuellen Werk immer noch die bekannten Substitute einer „Vollmachts-“ und „Treuhand“-Lösung als offenbar der gestalterischen Weisheit letzter Schluss vorgestellt, obgleich diese m. W. in der Praxis nirgendwo zelebriert werden. Auf die Gründe hierfür habe ich in dieser Zeitschrift bereits hingewiesen (MittBayNot 2003, 427 ff., mit Formulierungsvorschlägen).

Das Fazit lautet gleichwohl: Der aktuelle „Erbrechts-MüKo“ ist praxistauglicher denn je. Wenn man ihn trotzdem nicht

einfach zur Hand nehmen möchte, so kann dies nur daran liegen, dass man dann alle anderen zwölf Kommentarbände (einschl. Erweiterungsbände) gleich mit in die Hand nehmen muss. Es besteht nämlich eine Gesamtabnahmeverpflichtung. Diese Verlagspolitik ist mir unverständlich und scheint mir wenig souverän, zumal das hauseigene(!) Konkurrenzwerk,

der „Bamberger/Roth“, bandweise erworben werden kann, obwohl er nur dreiteilig ist. Demjenigen, der die Investition nicht scheut, kann der aktuelle Erbrechtsband des Münchener Kommentars zur Anschaffung indes nur empfohlen werden.

Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns: Handbuch der GmbH & Co. KG. 19., neu bearb. Aufl., O. Schmidt, 2005. 1 102 S., 128 €

Die Rechtsform der GmbH & Co. erfreut sich nach wie vor großer Beliebtheit. Dies ist verständlich, verbindet sie doch in idealer Weise die Vorteile der Kapitalgesellschaft mit denen der Personengesellschaft. Daran hat auch nichts zu ändern vermocht, dass mittlerweile zahlreiche Regelungen und Grundsätze des Kapitalgesellschaftsrechts auch auf die GmbH & Co. KG anzuwenden sind. Das hier zu rezensierende Werk erfreut sich – wie man dem Erscheinen in der mittlerweile 19. Aufl. entnehmen kann – großer Nachfrage und es darf getrost als Standardliteratur für diesen Gesellschaftstypus tituliert werden. Die Ausführungen sind straff und auf die Anwendung in der Praxis ausgelegt, ohne wissenschaftlichen Tiefgang missen zu lassen. Bei einer ersten Durchsicht fällt jedoch leider auf, dass noch nicht alle wichtigen und aktuellen Urteile ausgewertet sind. So fehlt etwa bei § 10 Rdnr. 25 (Gesellschafterwechsel und Nachfolge) die Ent-

scheidung des KG vom 8.6.2004 zur Frage, ob bei der Übertragung von Kommanditanteilen eine Abfindungsversicherung überhaupt erforderlich ist; diese Frage beschäftigt derzeit den BGH. Auch das Urteil des OLG Köln vom 4.2.2004, nach welchem ein Sonderrechtsnachfolgevermerk bei der Übertragung von KG-Anteilen auch nach den mit dem NaStraG verbundenen Änderungen des HGB weiterhin von den Registern einzutragen ist, ist leider nicht genannt (vgl. zum Ganzen *Terbrack*, DStR 2004, 1964 ff. sowie *Terbrack*, Rpfleger 2003, 105 ff.), wenngleich die von der Literatur dahingehend geleistete Vorarbeit – zumindest in Teilen – zitiert ist. Diese Kritik, die als Anregungen für die 20. Aufl. zu verstehen ist, schmälert den Wert des Gesamtwerkes im Übrigen sicherlich nicht, denn nahezu jeder Problembereich der GmbH & Co. KG wird umfassend und fundiert kommentiert. Das Werk ist mit einem ausführlichen Stichwortverzeichnis versehen und durch seine übersichtliche Gestaltung und hochwertige Ausstattung äußerst benutzerfreundlich. Kurzum: es ist zur Anschaffung uneingeschränkt zu empfehlen.

Notar Dr. Christoph Terbrack, Aachen

Jäde/Dirnberger/Weiß: Baugesetzbuch, Baunutzungsverordnung. 4., überarb. Aufl., Boorberg, 2005. 1 382 S., 128 €

Der „Jäde/Dirnberger/Weiß“ gehört zwischenzeitlich zu den Standardkommentaren zum BauGB. Die vierte Auflage berücksichtigt die Änderungen durch das EAG Bau. Die Kommentierung ist kurz, prägnant und kompetent. Beispiel ist die Erläuterung von § 19 BauGB durch *Jäde*. Er weist zutreffend auf die behördlichen Möglichkeiten bei einer bauplanungswidrigen Teilung hin. § 19 Abs. 2 BauGB enthält nach *Jäde* demgegenüber kein gesetzliches Verbot, das zur Unwirksamkeit der Teilung führen würde (Rdnr. 10). Der neue Stadtumbauvertrag (§ 171 c) wird von *Dirnberger* noch relativ knapp kommentiert. Ausführlich und aktuell sind seine Erläuterungen zum städtebaulichen Vertrag. Deutlich ist seine Ansicht (§ 11 Rdnr. 51) zur neuerdings wieder thematisierten Frage der Planungsgewinnabschöpfung: „Bereits wegen des Fehlens einer entsprechenden Rechtfertigung zweifellos unzulässig ist schließlich der Wunsch der Gemeinde, über den Zwischenerwerb einen Teil des entstandenen Planungsgewinns abzuschöpfen (...)“. Beurkundungen, die dieser Ansicht des leitenden Verwaltungsdirektors des Bayer. Gemeinde-

tags widersprechen, dürften nicht ratsam sein (a. A. *Bleutge*, MittBayNot 2005, 100 f.).

Dirnberger erteilt zudem den häufig in Unkenntnis der Kostenermäßigungsvorschrift des § 144 KostO geäußerten Wünschen nach getrennter Beurkundung des Grundstücksgeschäfts und des „Bauvertrags“ beim Erschließungsvertrag eine klare Absage: Beurkundungsbedürftig ist der gesamte Erschließungsvertrag, „da davon auszugehen ist, dass die übrigen Vereinbarungen mit dem Grundstück in einer Weise zusammenhängen, dass die eine Vereinbarung ohne die andere nicht abgeschlossen würde“ (§ 124 Rdnr. 46). Von Interesse für Notare ist auch die Erläuterung von *Weiß* zur Enteignung, der darauf hinweist, dass das Enteignungsverfahren eine Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips darstellt (§ 87 Rdnr. 11). Insofern sollte auch das Beurkundungsverfahren bei Verträgen zur Abwendung einer Enteignung nicht hinter diesen Anforderungen zurückbleiben.

Insgesamt bietet der aus bayerischer Feder stammende BauGB-Kommentar Erläuterungen auf höchstem Niveau. Dies gilt übrigens auch für die ebenfalls in dem Buch enthaltene kurze Kommentierung der BauNVO.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 312; VerbrKG § 10 (*Persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung bei Verbraucherkreditvertrag zulässig*)

Die Unterwerfung unter die persönliche Zwangsvollstreckung bei Bestellung einer Grundschuld ist auch bei einem Verbraucherkreditvertrag zulässig.

BGH, Beschluss vom 23.11.2004, XI ZR 27/04

Aus den Gründen:

(...) Die tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, das Überraschungsmoment einer etwaigen Haustürsituation sei für den Abschluss des Darlehensvertrages vom 12.4.1996 nicht (mit)ursächlich geworden, lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Auslegung der Haustürgeschäftsrichtlinie, die den Abschluss des Vertrages in einer Haustürsituation erfordert, oder zur Verbraucherkreditrichtlinie ist danach nicht veranlasst. Die letztgenannte Richtlinie findet nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) erklärtermaßen auf Kreditverträge, die zum Erwerb von Eigentumsrechten an einem Grundstück oder Gebäude bestimmt sind, keine Anwendung. Auf den erst in der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung angesprochenen § 10 Abs. 2 VerbrKrG ist das Berufungsgericht zu Recht nicht eingegangen. Eine persönliche Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung bei der Bestellung einer Grundschuld entspricht jahrzehntelanger Praxis. Nichts spricht unter Berücksichtigung der Materialien zum Verbraucherkreditgesetz (BT-Drucks. 11/8274, S. 22) dafür, dass der Gesetzgeber diese ihm bekannte Praxis unterbinden wollte. Er hat § 10 Abs. 2 VerbrKrG vielmehr bewusst auf Wechsel und Schecks beschränkt. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

2. BGB §§ 147, 150; AGBG §§ 1, 10 Nr. 1 (*Angemessenheit von Bindungsfristen in notariell beurkundeten Angeboten*)

1. **Die einseitig gesetzte Annahmefrist unterfällt der Inhaltskontrolle nach § 10 Nr. 1 AGBG.**
2. **Die in einem formularmäßigen notariellen Angebot zum Kauf einer Eigentumswohnung bestimmte Bindungsfrist von zehn Wochen verstößt gegen § 10 Nr. 1 AGBG.**
3. **Für die Frage der Angemessenheit der Bindungsfrist ist auf die Üblichkeit und Angemessenheit der Frist abzustellen.**

OLG Dresden, Urteil vom 26.6.2003, 19 U 512/03

Aus den Gründen:

I.

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit eines Kaufvertrages über den Erwerb einer Eigentumswohnung und die Rückzahlung des geleisteten Teilkaufpreises. Das Landgericht Leipzig

hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die der Beklagten eingeräumte Annahmefrist von zehn Wochen sei eine vorformulierte Vertragsbedingung und unangemessen lang gem. § 10 Nr. 1 AGBG. An die Stelle dieser unwirksamen Klausel trete nach § 6 Abs. 2 AGBG die gesetzliche Bestimmung nach § 147 Abs. 2 BGB. Angemessen sei eine Annahmefrist von maximal sechs Wochen, weshalb die Annahme der Beklagten rund acht Wochen nach Beurkundung des Angebots der Klägerin verspätet erfolgt sei. Die als neues Angebot zu wertende verspätete Annahme habe die Klägerin – zumindest formwirksam – nicht angenommen. Im Übrigen sei der Vertrag wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten worden. Die Beklagte habe die Klägerin über den Bautenstand getäuscht und über die mit dem Wohnungskauf und der Vollfinanzierung verbundenen finanziellen Auswirkungen weder vollständig noch richtig aufgeklärt. Die Rückzahlung des Kaufpreises könne nur Zug um Zug gegen Löschung der Auflassungsvormerkung und auch Lastenfreistellung erfolgen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten. Die Interessenabwägung unter Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen der Vertragspartner führe zu einer Angemessenheit der streitigen Annahmefrist. Der Vertrag sei auch nicht wirksam angefochten worden, weil eine Täuschungsabsicht der Beklagten weder behauptet noch vom Gericht festgestellt worden sei.

II.

Die zulässige Berufung bleibt ohne Erfolg.

1. Die Berufung ist zulässig. Die Beklagte rügt eine Rechtsverletzung und eine unzureichende Tatsachenfeststellung unter Bezeichnung der Umstände und der konkreten Anhaltspunkte (§§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Nr. 2 und 3 ZPO).

2. Die Berufung ist indes unbegründet. Nach Auffassung des Senats ist zwischen den Parteien kein wirksamer Vertrag zustande gekommen.

2.1 Auf das Schuldverhältnis findet das Bürgerliche Gesetzbuch und das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

2.2 Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung des ohne Rechtsgrund als Kaufpreis an die Beklagte gezahlten Betrages (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB). Zwischen den Parteien ist kein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen, weil die Beklagte das Angebot der Klägerin vom 6.7.2000 nicht innerhalb der Frist des § 147 Abs. 2 BGB angenommen hat. Die Klägerin hat sich in dem streitgegenständlichen Angebot in Teil A für die Dauer von zehn Wochen an ihr Angebot gebunden, indem ein Widerruf des Angebots nicht vor Ablauf von zehn Wochen zulässig sein sollte. Danach wäre der Vertrag – ausgehend von dem notariellen Kaufvertragsangebot vom 6.7.2000 – durch notariell beurkundete Annahmeerklärung der Beklagten am 29.8.2000 zustande gekommen. Die zitierte Klausel verstößt jedoch gegen § 10 Nr. 1 AGBG und ist daher unwirksam. Diese Bestimmung, der im neuen Recht § 308 Nr. 1 BGB entspricht, findet auf das Schuldverhältnis der Parteien Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

a) Bei den Vertragsbedingungen der Beklagten handelt es sich – zwischen den Parteien unstreitig – um für eine Vielzahl

von Verträgen vorformulierte Bedingungen i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG. Die Vorschrift des § 10 Nr. 1 AGBG verbietet unangemessene Annahmefristen, die sich der Verwender in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorbehält. Der Kunde soll nicht in seiner Dispositionsfreiheit beschränkt werden; er soll über das Zustandekommen des Vertrages nicht im Unklaren bleiben (vgl. *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Bd. II, 2. Aufl., § 10 Nr. 1 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Basedow*, 4. Aufl., § 10 Nr. 1 Rdnr. 1; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, 4. Aufl., § 10 Nr. 1 Rdnr. 1). Als Schutzvorschrift zugunsten des Kunden erfasst § 10 Nr. 1 AGBG deshalb nur solche Fristen, die der Verwender als Empfänger des Antrags dem Kunden als Antragenden setzt. So liegt hier der Fall. Denn die Beklagte hat sich – zwischen den Parteien unstreitig – als Verwender die Annahmefrist gegenüber dem Angebot der Klägerin gewähren lassen. Die Geltung der AGB setzt grundsätzlich das Zustandekommen des Vertrages voraus. Das ist bei Klauseln, die – wie vorliegend – die Frist zur Annahme regeln, noch nicht der Fall. Eine „Unterwerfung“ des Kunden unter eine solche Klausel durch Abschluss eines Vertrags mit dem Verwender liegt deshalb nicht vor. „Vertragsabschlussklauseln“ werden indes den Vertragsbedingungen gleichgestellt, weil es sich gleichfalls um vom Verwender vorformulierte Vertragsbedingungen handelt. Solche Klauseln sind – wie die Regelung des § 10 Nr. 1 AGBG zeigt – den Vertragsbedingungen gleichgestellt, denn anderenfalls hätte die Vorschrift keinen Sinn. § 10 Nr. 1 AGBG erweitert somit den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 AGBG (herrschende Meinung: vgl. *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, a. a. O., § 10 Nr. 1 Rdnr. 9; *Wolf/Horn/Lindacher*, a. a. O., § 10 Nr. 1 Rdnr. 6; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 9. Aufl., § 10 Nr. 1 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Basedow*, a. a. O., § 10 Nr. 1 Rdnr. 3; *Erman/Hefermehl/Werner*, BGB, 10. Aufl., § 10 Nr. 1 Rdnr. 2; *Walchshöfer*, WM 1986, 1041, 1042). Es wurden vorliegend auch die für die Anwendbarkeit der Vertragsabschlussklausel besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 AGBG gewahrt. Bei den Vertragsbedingungen der Beklagten handelt es sich um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Bedingung i. S. d. §§ 1 Abs. 1 Satz 1, 24 a Nr. 2 AGBG. Da die Klägerin mit dem Kauf private Zwecke verfolgte und die Ausnahmevorschrift des § 24 Satz 1 AGBG demzufolge keine Anwendung findet, ist die streitige Klausel an § 10 Nr. 1 AGBG zu messen.

b) Für die Angemessenheit einer Fristbestimmung für die Annahme eines Angebotes sind weder allein § 147 Abs. 2 BGB mit dem Erwartungshorizont des Antragenden noch allein die Bedürfnisse des Annehmenden maßgebend. Die Unangemessenheit ist vielmehr durch Abwägung der beiderseitigen Interessen nach denselben Kriterien zu ermitteln, die im Rahmen des § 9 AGBG für die Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners Anwendung finden (*Soergel/Stein*, BGB, 12. Aufl., § 10 AGBG Rdnr. 3; *Wolf/Horn/Lindacher*, a. a. O., § 10 Nr. 1 Rdnr. 10). Die Entscheidung erfordert vielmehr eine wertende Abwägung der Interessen beider Verhandlungspartner unter Berücksichtigung der für den Vertragsgegenstand typischen Umstände (vgl. BGH, NJW 2001, 303; BGH, NJW 1988, 2106; BGH, NJW 1986, 1807). Unangemessenheit ist deshalb anzunehmen, wenn die Interessen des Verwenders den Wert der Interessen des Vertragspartners mehr als nur geringfügig unterschreiten oder wenn die Dauer der Frist erheblich länger ist als nach § 147 Abs. 2 BGB erforderlich und dafür keine anerkennenswerten Interessen des Verwenders sprechen (vgl. *Wolf/Horn/Lindacher*, a. a. O., § 10 Nr. 1 Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Basedow*, a. a. O., § 10 Nr. 1 AGBG Rdnr. 5; BGH, NJW 1986, 1807). Dabei ist stets den jeweiligen Um-

ständen des Einzelfalls angemessen Rechnung zu tragen, zumal § 10 Nr. 1 AGBG als typische Klausel mit Wertungsmöglichkeit verankert wurde (vgl. *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, a. a. O., § 10 Nr. 1 Rdnr. 11).

c) Unter Berücksichtigung der genannten Grundsätze und in Übereinstimmung mit dem Landgericht ist die vorliegende Annahmefrist von zehn Wochen nach Überzeugung des Senats unangemessen lang i. S. v. § 10 Nr. 1 AGBG. Bei dem Kauf einer Eigentumswohnung verstößt eine Bindungsfrist von mehr als vier Wochen regelmäßig gegen § 10 Nr. 1 AGBG (vgl. *Erman/Hefermehl/Werner*, a. a. O., § 10 Nr. 1 AGBG Rdnr. 5; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, a. a. O., § 10 Nr. 1 Rdnr. 13; *Schlosser/Coester-Waltjen*, AGBG, § 10 Nr. 1 Rdnr. 10; *Walchshöfer*, WM 1986, 1041; *Wolf/Horn/Lindacher*, a. a. O., § 10 Nr. 1 Rdnr. 15). Der Senat verkennt dabei nicht, dass die Beklagte vorliegend die Finanzierung der Klägerin vermitteln sollte. Ohne Erfolg macht die Beklagte einen Zeitraum von insgesamt vier Wochen geltend, in denen eine Prüfung, Zusammenstellung und Aufbereitung der im Rahmen der Verkaufsgespräche übergebenen Erklärungen und Bescheinigungen sowie Vorabsprachen mit den in Frage kommenden finanzierenden Kreditinstituten notwendig gewesen sein sollen. Denn nach den eigenen Einlassungen der Beklagten und ausweislich der Aussagen der erstinstanzlich vernommenen Zeugen ist die Finanzierung bereits Gegenstand des ersten Verkaufsgesprächs gewesen. Es wurde anhand der Unterlagen der Klägerin und insbesondere einer Selbstauskunft eine Berechnung erstellt. Auf der Grundlage einer EDV-Berechnung wurde der Finanzierungsverlauf über zehn Jahre im Rahmen eines Zweitesgesprächs dargelegt. Diese Berechnung hat gerade dazu gedient, das Kaufinteresse der Klägerin zu wecken. Umstände, die – über den Normalfall hinausgehend – eine nochmalige Prüfung, Zusammenstellung und Aufbereitung der übergebenen Unterlagen für den Zeitraum von zwei Wochen erfordert hätten, sind für den Senat nicht ersichtlich und von der Beklagten auch nicht zwingend dargetan. Der Senat hält lediglich Vorabsprachen mit den in Frage kommenden finanzierenden Kreditinstituten für notwendig, wobei freilich eine Frist von einer Woche notwendig und auch angemessen ist. Eine bankinterne Prüffrist von vier Wochen für die Annahme eines Darlehensantrages ist nach Auffassung des Senats zulässig, weil sachbedingt eine gewisse Überlegungs- und Bearbeitungszeit, insbesondere zur Prüfung der Kreditwürdigkeit des Antragstellers, erforderlich ist (vgl. BGH, NJW 1988, 2106; BGH, NJW 1986, 1807; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, a. a. O., § 10 Nr. 1 Rdnr. 13; *Erman/Hefermehl/Werner*, a. a. O., § 10 Nr. 1 AGBG Rdnr. 5). Nicht gefolgt werden kann hingegen dem Vortrag der Beklagten, dass nach Rücklauf der Unterlagen und Finanzierungszusage Verhandlungen und Koordinierungen mit den bauausführenden Unternehmen wegen der zu erbringenden Sanierungsleistungen notwendig gewesen seien und diese Prüfung einen weiteren Zeitraum von mindestens zwei Wochen in Anspruch genommen habe. Für den Senat ist nicht ersichtlich, weshalb eine Abstimmung mit den bauausführenden Unternehmen während der – immerhin vier Wochen dauernden – Prüffrist der Kreditinstitute nicht möglich gewesen sein soll. Daneben ist zu berücksichtigen, dass nach der eigenen Behauptung der Beklagten zum 21.2.2000 bereits ein Fertigstellungsgrad von 75,3 % erreicht gewesen sein soll und die Beklagte unter Ziffer 3 des Bauvertrages einen Beginn der Ausführungsleistungen zum 1.8.2000 – mithin vor Ablauf der bankinternen Prüffrist – zugesagt hat. Mag der Vortrag der Beklagten insoweit auch widersprüchlich sein, ist gleichwohl davon auszugehen, dass Bauarbeiten bereits im Gange waren. Im Hinblick darauf ist eine angemessene Frist – insbesondere

von zwei Wochen – nicht zu begründen. Einer Vernehmung des beklagten Zeugen G zum Beweis dafür, dass ein Zeitraum von zehn Wochen tatsächlich benötigt worden ist, hat es nicht bedurft. Denn entscheidend ist allein, ob die Frist von zehn Wochen üblich und angemessen ist und nicht, ob die Beklagte diesen Zeitraum tatsächlich in Anspruch genommen hat.

d) In Würdigung der Gesamtumstände hätte zur Überzeugung des Senats eine kürzere Annahmefrist von maximal sechs Wochen bestimmt werden müssen. Die tatsächlich vorgesehene Annahmefrist von zehn Wochen ist nach Auffassung des Senats unangemessen, weil die Interessen der Beklagten den Wert der Interessen der Klägerin mehr als nur geringfügig überschreiten und die Dauer der Frist erheblich länger ist als nach § 147 Abs. 2 BGB erforderlich und dafür keine anerkenntenswerten Interessen des Verwenders sprechen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere das Interesse des Käufers zu berücksichtigen, nach angemessener Zeit Klarheit über die Annahme seines Angebotes zu bekommen. Dies gilt etwa auch für den Erwerb von Fertighäusern und Eigentumswohnungen (vgl. *Walchshöfer*, WM 1986, 1044). Dem Verwender ist insbesondere dann eine rasche und zügige Bearbeitung zuzumuten, wenn er selbst – wie vorliegend – einen raschen Geschäftsabschluss erstrebt.

e) An die Stelle der unwirksamen Annahmefristklausel tritt gem. § 6 Abs. 2 AGBG die gesetzliche Regelung des § 147 BGB (vgl. *Wolf/Horn/Lindacher*, a. a. O., § 10 Nr. 1 Rdnr. 23; *Erman/Hefermehl/Werner*, a. a. O., § 10 Nr. 1 AGBG Rdnr. 4; *MünchKommBGB/Basedow*, a. a. O., § 10 Nr. 1 AGBG Rdnr. 10; BGH, NJW 1986, 1807). Die Annahme des Angebots durch die Beklagte am 29.8.2000 ist vorliegend verspätet erfolgt. Nach § 150 Abs. 1 BGB gilt zwar die verspätete Annahme eines Antrags als neuer Antrag. Das Landgericht führt indes zutreffend aus, dass eine Annahme – zumindest wirksam – nicht erfolgt ist. Denn eine etwaige konkludente Annahme der Klägerin durch Zahlung des Kaufpreises hätte der – vorliegend unterbliebenen – notariellen Beurkundung bedurft. Die Verpflichtung zur Veräußerung bzw. zum Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum ist unmittelbar gem. § 313 BGB beurkundungspflichtig. Daneben ist kraft der Sondernorm des § 4 Abs. 3 WEG auch eine Verpflichtung zur Einräumung, zum Erwerb und zur Aufhebung von Sondereigentum gem. § 313 BGB formbedürftig. Der Vertrag wäre mithin gem. §§ 125, 128 BGB nichtig, weil auch eine Heilung des Formmangels nach § 313 Satz 2 BGB nicht vorliegt.

2.3 Dahinstehen kann, ob die Klägerin den Vertrag – das wirksame Zustandekommen unterstellt – wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 Abs. 1 BGB wirksam angefochten hat. Gleichwohl liegen nach Auffassung des Senats konkrete Anhaltspunkte vor, dass die Klägerin unrichtig oder jedenfalls nicht vollständig aufgeklärt worden ist. Denn ausweislich des Exposés ist die Beklagte gegenüber der Klägerin von einem Sanierungsbeginn zum 1.8.2000 und zu einem Sanierungsende am 30.12.2001 ausgegangen. Demgegenüber wird der voraussichtliche Fertigstellungszeitpunkt nach § 3 Abs. 3 des Bauvertrages auf den 30.7.2002 datiert. Hinzu kommt, dass im Zeitpunkt des notariell beurkundeten Angebots am 6.7.2000 ein einseitiger Fertigstellungsgrad der Baumaßnahmen von 75,3 % bestätigender Bautenstandsbericht vom 21.2.2000 vorgelegen hat, der der Klägerin im Zeitpunkt der Angebotsabgabe offensichtlich noch nicht zugänglich gemacht worden war. Für den Senat ist nicht erkennbar, dass die Klägerin über die unterschiedlichen Angaben aufgeklärt oder unterrichtet worden ist. Daneben ist zu berücksichtigen, dass der Klägerin – in die Finanzierung einbezogene – Mieteinnahmen aus dem ge-

werblichen Zwischenmietvertrag erst bei Zahlung des gesamten Kaufpreises zugeflossen wären. Eine Berücksichtigung von Mieteinnahmen ab dem 1.8.2000 hätte daher eine vollständige Kaufpreiszahlung durch die Klägerin ohne entsprechende Gegenleistung der Beklagten vorausgesetzt. Hierüber hätte eine Aufklärungspflicht vor allem deshalb bestanden, weil es sich hierbei um Umstände handelt, die für die Willensbildung der Klägerin offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung gewesen sind. Denn die steuerlichen Vergünstigungen sowie die Mieteinnahmen sind wesentliches Motiv der Kaufentscheidung der Klägerin gewesen.

2.4 Die Klägerin kann daher Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Löschung der Auflassungsvormerkung und Lastenfreistellung der Beklagten im Hinblick auf die im vorgenannten Grundbuch eingetragenen Finanzierungsgrundschulden erlangen.

Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG Dresden¹ gefährdet Verbraucher. (Wenig repräsentative) Umfragen im Kollegenkreis geben Anlass zu der Vermutung, dass nach seinen Maßstäben eine Vielzahl von Bauträgerverträgen unwirksam ist. Eine nicht unerhebliche Zahl solcher Verträge kommt durch Angebot und Annahme zustande. Bindungsfristen von deutlich mehr als vier Wochen sind (bislang) wohl eher die Regel. Das OLG hilft in solchen Fällen den wenigen Erwerbern, die den angeblichen Unwirksamkeitsgrund vor der ersten Zahlung entdecken oder keine Sorge um die Rückzahlung bereits geleisteter Zahlungen haben müssen; alle anderen stürzt das Gericht in Not (wenn die Entscheidung richtig ist) und Angst (bis zur endgültigen Klärung der Rechtsfragen). Anlass zum Jubel haben Insolvenzverwalter, verspricht das Urteil ihnen doch in vielen Fällen eine enorme Mehrung der Masse.

Für Notare führt die Entscheidung vorerst zu erheblichen Unsicherheiten bei der Gestaltung und Abwicklung von Verträgen unter Verbraucherbeteiligung, die durch Angebot und Annahme zustande kommen. Eine Klärung der Rechtsfragen durch den BGH ist in nächster Zeit nicht zu erwarten. Die Entscheidung ist rechtskräftig. Das OLG hatte die Revision nicht zugelassen, die Nichtzulassungsbeschwerde blieb erfolglos.² Hieraus wird man allerdings nicht ableiten können, dass der BGH im Ergebnis zustimmt, sondern nur, dass er keinen Zulassungsgrund erkannt hat.

Richtig ist der Ausgangspunkt der Entscheidung. Bei Angebotsgestaltungen darf die Bindungsfrist des Verbrauchers nicht unangemessen lang sein.³ Als „Vertragsabschlussklausel“ unterliegen vom Bauträger vorgegebene Annahmefristen der Kontrolle gemäß § 308 Nr. 1 BGB.

1. Fraglich ist, welche Frist angemessen ist. Das OLG hält auch angesichts des Umstands, dass es der Bauträger übernommen hatte, die Finanzierung des Erwerbers zu vermitteln, eine Frist von zehn Wochen als zu lang. Sachlich erforderlich und damit angemessen sei bei diesem besonderen Sachverhalt eine Bindungsfrist von höchstens sechs Wochen. Soweit keine

¹ Hierzu auch *Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331; *Schulze-Hagen*, IBR 2004, 372; *Thode ZNotP* 2005, 162.

² BGH VII ZR 370/03.

³ *Holland* in *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 2, Rdnr. 682; *Kutter*, Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A. II Rdnr. 25.

besonderen sachlichen Umstände eine längere Frist rechtfertigen,⁴ dürfte danach wohl nur eine Frist von etwa vier Wochen⁵ anzuerkennen sein.⁶

Zuweilen wird die Aufspaltung in Angebot und Annahme deshalb angestrebt, um eine Bindung des Baurägers bis zur Platzierung einer hinreichenden Zahl von Objekten, die häufig Voraussetzung für eine Finanzierung des Vorhabens ist, zu vermeiden. Beurkundungsrechtlich wird dies als sachgerechter Grund für die Sukzessivbeurkundung anerkannt.⁷ Ob sich unter diesem Gesichtspunkt längere Bindungsfristen begründen lassen,⁸ erscheint jedoch fraglich. Das Vermarktungs- und das Finanzierungsrisiko betreffen allein die Sphäre des Baurägers. Es erscheint unangemessen, diese Risiken auf den Erwerber abzuwälzen. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstands, dass es in das Belieben des Baurägers gestellt ist, wie nachhaltig er sich um eine Platzierung bemüht oder ob er mit Interessenten Verträge abschließt. Angesichts der Wertung der Klauselrichtlinie (vgl. Klauselbeispiel Nr. 1. c des Anhangs) und der mit einer Bindungsfrist verbundenen Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Anbietenden und seines Interesses, in angemessener Zeit Klarheit über die Annahme des Angebots zu bekommen, dürfte dem Platzierungsinteresse kein besonderes Gewicht zukommen.

Längere Fristen sind jedenfalls bei in der Sphäre des Erwerbers liegenden Gründen vertretbar, wenn z. B. aufgrund von Sonderwünschen die Beschaffung von Ausstattungsgegenständen zu klären oder Angebote Dritter (u. U. durch Ausschreibung) einzuholen sind. Sie dürften auch dann in Betracht kommen, wenn noch eine Baugenehmigung einzuholen ist oder andere baurechtliche Fragen zu klären sind.

Für die Vertragsgestaltung ist hieraus abzuleiten, dass in entsprechenden Fällen der Grund für längere Fristen angegeben bzw. die Bindungsfrist an die maßgebenden Gründe angepasst werden sollte.⁹

2. Eine überlange Bindungsfrist ist gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam. Das OLG Dresden nimmt an, in der Folge gelte dann die gesetzliche Regelung des § 147 BGB. Das Angebot kann danach nur sofort angenommen werden. Eine verspätete Annahme führt nicht zu einem wirksamen Vertrag.

⁴ Für das Vergaberecht hat der BGH (VII ZR 203/90, BGHZ 116, 149) insofern die Besonderheiten bei der Willensbildung in einer Gemeinde als hinreichend anerkannt.

⁵ Das Vergaberecht gibt in § 19 Nr. 2 VOB/A eine Zuschlagsfrist von 30 Kalendertagen (bis 1992 waren es 24 Tage) vor, die aber mit hinreichender Begründung verlängert werden kann (BGH vom 21.11.1991, VII ZR 203/90, BGHZ 116, 149).

⁶ *Riemenschneider* in Grziwotz/Koebler, Handbuch Baurägerrecht, 2004, Teil 3 Rdnr. 202 (eine Bindungsfrist von mehr als vier Wochen unterliege „erheblichen Zweifeln“); a. A. *Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331, 333.

⁷ *Armbrüster* in Huhn/von Schuckmann, 4. Aufl. 2003, § 17 Rdnr. 165; *Schmidt/Eue* in Münchener Vertragshandbuch, Band 5, 5. Aufl. 2003, I. 30 Anm. 5 (2. d.).

⁸ So *Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331, 333; wohl auch *Blank*, Baurägervertrag, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 1083.

⁹ Beispiel: „Das Angebot kann angenommen werden bis einschließlich ... und ist bis dahin unwiderruflich. Nach Ablauf dieser Frist endet das Angebot, ohne dass es widerrufen werden muss. Sofern bereits vorher die baurechtlichen Voraussetzungen für die Durchführung des vertragsgegenständlichen Bauvorhabens vorliegen, kann das Angebot nur innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Bestandskraft der Baugenehmigung bzw. nach dem Zeitpunkt, zu dem ohne Baugenehmigung mit dem Bau begonnen werden darf, angenommen werden.“

Dies würde den Verbraucherschutz erheblich beeinträchtigen.¹⁰ Ist ein Vertrag unwirksam, vermittelt eine im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung keinerlei Schutz. In der Insolvenz des Baurägers könnte der Insolvenzverwalter die Löschung der Vormerkung verlangen und das betreffende Objekt ein zweites Mal veräußern, während der Erwerber darauf verwiesen wäre, seine Forderungen zur Tabelle anzumelden. Selbst mit Eigentumsumschreibung würde keine Heilung eintreten, da § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB nur Mängel der Form heilt, nicht Mängel der Einigung durch Angebot und Annahme. Dabei darf auch nicht übersehen werden, dass die Problematik meistens erst sehr spät erkannt werden wird, nämlich dann, wenn gegen Ende der Vertragsabwicklung wegen Sachmängeln gestritten wird. In einem Prozess wäre die Unwirksamkeit des Vertrags von Amts wegen zu beachten. Es hilft nichts, dass geraume Zeit nach Beurkundung vergangen ist und die Vertragsteile den Vertrag stets als wirksam behandelt haben.¹¹ Für die meisten Erwerber wäre dies eine Katastrophe. Sie vertrauen auf den abgeschlossenen Vertrag. Sie wollen das Vertragsobjekt. Ihnen droht der Verlust bereits gezahlter Beträge und darüber hinaus Schaden im Hinblick auf bereits getätigte Aufwendungen (z. B. für Notar- und Grundbuchkosten, selbst durchgeführte Arbeiten oder an den eigenen Kreditgeber bei einer Rückabwicklung zu leistende Vorfälligkeits- und Nichtabnahmeentschädigungen); helfen würde ihnen dann allenfalls ein Rückzahlungsanspruch gegen das den Bauräger finanzierende Kreditinstitut, wenn im Hinblick auf ein Freigabeversprechen an dieses geleistet wurde,¹² oder die Haftung des beurkundenden Notars, sofern die Voraussetzungen hierfür gegeben sind.

Die Auffassung des OLG Dresden ist falsch.¹³ Aus § 306 BGB ergibt sich, dass ein Verstoß gegen AGB-rechtliche Vorschriften nicht zur Unwirksamkeit des Vertrags führen soll. Die Klauselrichtlinie führt in Erwägungsgrund 21 aus, dass nur die missbräuchliche Klausel für den Verbraucher unverbindlich sein soll; „die verbleibenden Klauseln müssen jedoch weiterhin gelten und der Vertrag im Übrigen auf der Grundlage dieser Klauseln für beide Teile verbindlich sein“. Wenn ein Klauselverstoß im Ergebnis für den Regelfall zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags führt, dann wird dies solchen Anforderungen nicht gerecht. Vielmehr muss das Angebot trotz der überlangen Bindungsfrist wirksam sein und bleiben. § 147 Abs. 2 Satz 1 BGB kann angesichts dieser Wertung des Gesetzes in solchen Fällen nicht zur Anwendung kommen.

Bis zur Annahme steht dem Erwerber ein freies Widerrufsrecht zu, wenn das Angebot nicht umgehend angenommen worden ist.¹⁴ Wurde das Angebot später angenommen, könnte in der Bestimmung einer überlangen Bindungsfrist durch den Bauräger möglicherweise eine Pflichtverletzung zu sehen sein, wegen der dieser zum Schadensersatz (bis hin zur Rückabwicklung des Vertrags) verpflichtet sein kann.

3. Die hier erörterten Fragen können für den Notar nicht zuletzt im Hinblick auf die von ihm nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV abzugebende Bestätigung über die Rechtswirksamkeit des Vertrags Bedeutung erlangen. Er wird auf das Problem

¹⁰ *Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331, 334 f.

¹¹ Vgl. zu Fällen der Formunwirksamkeit BGH vom 16.7.2004, V ZR 222/03, DNotZ 2005, 120; BGH vom 20.12.2001, IX ZR 401/99, BGHZ 149, 326, 331; BGH vom 2.5.1996, III ZR 50/95, DNotZ 1998, 941 m. w. N.; BGH vom 21.2.1992, V ZR 273/90, BauR 1992, 508.

¹² BGH vom 10.2.2005, VII ZR 184/04 ZfBR 2005, 313.

¹³ Anders *Thode* ZNotP 2005, 162, 164 f.

¹⁴ *Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331, 336 f.

einer möglichen Unwirksamkeit des Vertrags zumindest hinweisen müssen. Sicherheitshalber kann man in solchen Fällen den Erwerber nochmals eine Annahmeerklärung in notarieller Form abgeben lassen, da das verspätet angenommene Angebot gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot gilt.

Notar Dr. Gregor Basty, München

3. MaBV §§ 1, 3; KostO §§ 156, 16; BeurkG § 17; BNotO § 19 (*Anwendung der MaBV bei Renovierungsarbeiten oder Schönheitsreparaturen*)

1. Der Einwand der unrichtigen Sachbehandlung gemäß § 16 KostO und die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung spezifisch notarieller Pflichten gegen die Kostenforderung des Notars müssen auch im Verfahren der Notarkostenbeschwerde gemäß § 156 KostO beachtet werden (Anschluss an OLG Stuttgart, Justiz 1996, 20, 21 und ThürOLG, NotBZ 2003, 359). Insoweit können eine Darlegungs- und eine Substantiierungspflicht mit ähnlich hohen Anforderungen wie im Zivilprozess angenommen werden.

2. Ein Bauvorhaben, das zur Anwendbarkeit der Makler- und Bauträgerverordnung führt, liegt nicht vor bei Vereinbarung lediglich geringfügiger Renovierungsarbeiten oder bloßer Schönheitsreparaturen, so dass die kaufvertraglichen Elemente die werkvertraglichen Teile des Rechtsgeschäfts ganz in den Hintergrund treten lassen.

3. Zur Aufklärungspflicht des Notars.

BayObLG, Beschluss vom 1.10.2004, 3Z BR 129/04; mitgeteilt von Dr. Erich Denk, Präsident des Landgerichts Kempten (Allgäu)

Aus den Gründen:

I.

Der beteiligte Notar beurkundete am 18.2.2002 einen „Kaufvertrag und Werkvertrag“, mit dem die Beteiligte eine Altbauwohnung in Berlin zum Kaufpreis von 58.044 € erwarb. Der Veräußerer verpflichtete sich darin, Modernisierungsarbeiten nach Maßgabe zweier Anlagen zu der Urkunde für 6.449,30 € durchzuführen; unter anderem sollten das Bad und einige Fenster der Wohnung erneuert werden. Die Beteiligte zahlte im Oktober 2002 den Kaufpreis. Einige Tage später stellte der Veräußerer Insolvenzantrag. Die Erfüllung der werkvertraglichen Verpflichtung wurde dadurch obsolet.

Der beteiligte Notar erstellte und übersandte der Beteiligten für die genannte Beurkundung am 19.3.2003 die vollstreckbare Ausfertigung einer Kostenrechnung über 724,77 €. Die Beteiligte, die diesen Betrag mittlerweile bezahlt hat, wendet sich dagegen. Sie meint, der Notar habe bei Beurkundung seine Pflichten verletzt, insbesondere gegen die Regelungen der Makler- und Bauträgerverordnung verstoßen, die zum Vertragsinhalt hätten gemacht werden müssen. Das Verhältnis von Kaufpreis zu Werklohn sei grob unrichtig. Die Modernisierungsarbeiten müssten zum Schaden der Beteiligten für erheblich mehr als vereinbart vergeben werden.

II.

Die zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, der Notar habe keine Amtspflichtverletzung begangen. Die Beschreibung der durchzuführenden Modernisierungsarbeiten sei hinreichend konkret. Wenn sich nachträglich herausgestellt habe, dass die nötigen Arbeiten erheblich umfangreicher seien, als aus der Beschreibung hervorgeht, sei dies nicht dem Notar anzulasten. Auch habe der Notar nicht erschließen können, dass die Arbeiten über geringfügige Renovierungsarbeiten und bloße Schönheitsreparaturen hinausgehen sollten und damit die Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung zu beachten gewesen wären. Gleiches gelte für das Verhältnis von Kaufpreis- und Werklohnanteil an dem insgesamt von der Beteiligten zu zahlenden Betrag.

2. Das Landgericht hat die Beschwerde zu Recht zurückgewiesen.

a) Zutreffend hat das Landgericht die Kostenforderung des Notars als solche bejaht und lediglich den Einwand der Pflichtverletzung des Notars einer näheren Prüfung unterzogen. Der Kostenschuldner verlagert zwar mit diesem Einwand eine Materie in ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die, soweit das Bestehen von Schadensersatzansprüchen in Frage steht, grundsätzlich in das allgemeine Streitverfahren gehört (vgl. zu einer ähnlichen Problematik BGHR 2004, 977, 978). Gleichwohl ist die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung spezifisch notarieller Pflichten gegen die Kostenforderung des Notars auch im Verfahren der Notarkostenbeschwerde gemäß § 156 KostO zu beachten (vgl. OLG Stuttgart, Justiz 1996, 20, 21 m. w. N.; ThürOLG, NotBZ 2003, 359).

Die in diesem Zusammenhang maßgebenden Grundsätze hat das Landgericht beachtet. Es ist insbesondere rechtlich nicht zu beanstanden (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO), dass die Beschwerdekammer durch zwei Aufklärungsbeschlüsse auf die Substantiierung des Schadensersatzanspruchs gegen den Notar hingewirkt hat. Die Verlagerung der Prüfung von Schadensersatzansprüchen in das Verfahren der Notarkostenbeschwerde darf nicht dazu führen, dass sich der Kostenschuldner auf diese Weise den schärferen Darlegungs-, Substantiierungs- und Beweisführungspflichten des Zivilprozesses entzieht und sich der Amtsermittlungspflicht sowie der Möglichkeit des Freibeweises bedient (§ 12 FGG), ohne das Kostenrisiko tragen zu müssen, das ihn im Falle einer Schadensersatzklage gegen den Notar trafe (§ 91 ZPO im Gegensatz zu § 156 Abs. 5 KostO). Deshalb treffen ihn hinsichtlich solcher Gegenansprüche auch im Verfahren der Notarkostenbeschwerde dem Zivilprozess vergleichbare Darlegungs- und Substantiierungspflichten (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2004, 49, 50; Denk, NotBZ 2004, 185 ff.).

b) Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass die Voraussetzungen für einen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht dargelegt wurden. Dabei kann letztlich dahingestellt bleiben, ob dem Notar eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist. Die Kostenschuldnerin hat jedenfalls nicht dargetan, was sie im Fall der von ihr gerügten fehlenden Hinweise anders gemacht hätte und inwiefern dadurch ihr Schaden, der durch die Insolvenz des Veräußerers bedingt ist, entfallen oder verringert worden wäre.

aa) Veräußert jemand, gegebenenfalls aufgeteilt in Wohnungseigentum, eine Altbauimmobilie, steht es ihm frei, daneben Bauleistungen in Bezug auf das Anwesen anzubieten, etwa um den Kaufanreiz zu erhöhen. Sieht er davon ab, unterliegt der Kaufvertrag nicht den besonderen Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV); es handelt sich

um einen schlichten Grundstückskauf (vgl. Beck'sches Notarhandbuch/*Kutter*, 3. Aufl., A II Rdnr. 1; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rdnr. 991). Verpflichtet sich der Veräußerer hingegen, auch Bauleistungen zu erbringen, die wegen ihrer Art und ihres Umfangs als Bauvorhaben gelten, ist der aus Elementen des Kauf- und Werkvertrags bestehende Bauträgervertrag an den Bestimmungen der MaBV auszurichten (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 4 MaBV; OLG Hamm, MittBayNot 2003, 53; *Kutter*, a. a. O., Rdnr. 133; *Pause*, a. a. O., Rdnr. 49 und 990; *Basty*, DNotZ 1997, 284, 290). Sind die Bauleistungen so geringfügig, dass sie nicht als Bauvorhaben anzusehen sind, gilt dies jedoch nicht (vgl. *Kutter*, a. a. O.; *Pause*, a. a. O., Rdnr. 49).

Vorliegend hat der Veräußerer wohl bewusst die letztgenannte Variante gewählt. Ihm dürfte bekannt gewesen sein, dass er auf diesem Weg die Anwendung der Bestimmungen der MaBV vermeidet, auch der Notar dürfte dies erkannt haben. Hierfür spricht insbesondere der beurkundete Hinweis, es handele sich um kein Sanierungsobjekt.

bb) Ein Bauvorhaben im Sinn der MaBV liegt nicht vor, wenn lediglich geringfügige Renovierungsarbeiten oder bloße Schönheitsreparaturen (vgl. *Kutter*, a. a. O., Rdnr. 133; *Paus*, a. a. O., Rdnr. 49; *Basty*, DNotZ 1991, 18, 23) vereinbart werden, so dass die kaufvertraglichen Elemente die werkvertraglichen Teile des Rechtsgeschäfts ganz in den Hintergrund treten lassen (vgl. *Basty*, a. a. O.; *Warda*, MittRhNotK 1987, 173, 183 und *ders.*, MittBayNot 1988, 1, 12). Zur Abgrenzung solcher geringfügiger Bauleistungen werden im Schrifttum unterschiedliche Kriterien genannt. Zum einen handelt es sich um das Verhältnis des Wertes der Werkleistungen zur gesamten Vertragssumme (*Basty*, a. a. O.; *Kutter*, a. a. O.). Das Erfordernis einer Baugenehmigung (so *Warda*, a. a. O.) wird neuerdings als zu unbestimmt abgelehnt (*Basty*, a. a. O.; *Pause*, a. a. O., Rdnr. 50) oder nur als Zusatzkriterium zugelassen (*Kutter*, a. a. O.). Zum anderen wird auf die Bedeutung der Maßnahme für Konstruktion, Bestand, Erhaltung und Erneuerung des Gebäudes abgestellt (*Kutter*; *Basty*). *Pause* nennt neuerdings (vgl. aber die Voraufgabe *Brych/Pause*, 3. Aufl., Rdnr. 99) Planung, Überwachung und Abnahme durch einen Architekten, das Maß der Vorbereitungs- und Ausführungszeit und Veränderungen des Erscheinungsbildes, Eingriff in die Bausubstanz oder Erneuerung wesentlicher Bauteile als Kriterien (a. a. O., Rdnr. 49). Als Beispiele für geringfügige Baumaßnahmen werden Treppenhaus- oder Fensteranstriche genannt (*Pause*, Rdnr. 51), während ein Bauvorhaben im genannten Sinne angenommen wird bei Einbringung oder Entfernung nicht tragender Zwischenwände, umfangreichen Arbeiten am Dach, an der Heizungsanlage, an den Sanitäranlagen und -anschlüssen (*Basty*), bei Fassaden-sanierungen, unter Umständen schon bei einem umfassenden Fassadenanstrich (*Pause*).

cc) Nach diesen Grundsätzen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landgericht eine Pflicht des Notars, den Vertrag an den Bestimmungen der MaBV auszurichten (vgl. *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 17 Rdnr. 250), verneint hat. Es stellt rechtsfehlerfrei darauf ab, dass für die Bauleistungen ein Werklohn von 6.449,30 € vereinbart wurde, der nur einen geringen Teil der gesamten Vertragssumme darstellt. Die Bewertung der in der Baubeschreibung aufgeführten Einzelmaßnahmen als unwesentlich für Konstruktion und Bestand des Gebäudes ist ebenfalls aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dem Landgericht als Tatsachengericht steht insoweit ein Beurteilungsspielraum zu, der nicht überschritten ist. Schließlich durfte das Landgericht auch die Vertragsklausel berücksichtigen, wonach keine Sanierung vorliege. Dies deutet nach

allgemeinem Sprachgebrauch darauf hin, dass die gleichwohl zu erbringenden Bauleistungen im Verhältnis zum Gesamtaufwand geringfügig sind.

dd) Eine Pflichtwidrigkeit des Notars könnte sich unter diesen Umständen allenfalls aus einer Verletzung seiner Hinweis- und Belehrungspflichten ergeben (vgl. zur Bedeutung eines solchen Verstoßes für die Gebührenerhebung OLG Celle, Nds. Rpfl. 2004, 247).

(1) Nach § 17 Abs. 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass der Notar eine rechtswirksame Urkunde über den wahren Willen der Beteiligten errichtet. Aus diesem Zweck folgt die inhaltliche Begrenzung der Pflicht zur Rechtsbelehrung: Sie geht nur soweit, wie eine Belehrung über das Zustandekommen einer formgültigen Urkunde erforderlich ist, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft richtigen Form rechtswirksam wiedergibt. Dabei soll der Notar darauf achten, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Ob dem Notar wegen Verstoßes gegen § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG eine Pflichtverletzung (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO) vorzuwerfen ist, hängt mithin davon ab, welchen Inhalt die Urkunde nach dem Willen der Vertragsparteien haben sollte und ob er den Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der von ihm errichteten Urkunde zum Ausdruck gebracht hat. Diesen Willen kann der Notar nur dann richtig erfassen und in die passende rechtliche Form kleiden, wenn er den Tatsachenkern des zu beurkundenden Geschäfts aufgeklärt hat. Dabei darf er regelmäßig die Angaben der Beteiligten zugrunde legen, es sei denn, er hat Anhaltspunkte dafür, dass sie als Tatsachen vorgetragene rechtliche Begriffe falsch verstanden haben. Bedenken, ob die zu beurkundende Fassung des Geschäfts dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, sind mit diesen zu erörtern (§ 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG).

Das Landgericht hat diese Grundsätze beachtet. Der Inhalt des von den Parteien Gewollten ist in der Urkunde zutreffend wiedergegeben. Das Landgericht hat in seiner Begründung zu Recht darauf abgestellt, dass der Notar nicht verpflichtet sei, die tatsächlichen Angaben der Vertragsparteien zum Anteil des Werklohns am Gesamtaufwand des Erwerbers bzw. zum Umfang der Bauleistungen zu überprüfen.

(2) Über die sich aus § 17 BeurkG ergebenden Pflichten hinaus hat der Notar aufgrund der allgemeinen Betreuungspflicht, die ihn gemäß § 14 Abs. 1 BNotO als Amtsträger der vorsorgenden Rechtspflege trifft, dem Beteiligten, der ihn im Vertrauen darauf angegangen hat, vor nicht bedachten Folgen seiner Erklärungen bewahrt zu bleiben, die nötige Aufklärung zu geben. Er darf es nicht geschehen lassen, dass Beteiligte, die über die rechtlichen Folgen ihrer Erklärung falsche Vorstellungen haben, durch die Abgabe der Erklärung ihre Vermögensinteressen vermeidbar gefährden. Die betreuende Belehrungspflicht besteht allerdings nur dann, wenn der Notar aufgrund besonderer Umstände des Falls Anlass zu der Vermutung haben muss, einem Beteiligten drohe ein Schaden vor allem deshalb, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage der Gefahr nicht bewusst ist (vgl. BGH, NJW 1991, 1346 ff.). Der Notar als Träger der vorsorgenden Rechtspflege darf es nicht untätig geschehen lassen, dass ein Beteiligter in die Gefahr eines folgens schweren Schadens gerät, der durch eine mit wenigen Worten zu gebende Belehrung zu vermeiden ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erwachsen demgemäß für den Notar

Schutzpflichten, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Falles – namentlich wegen der rechtlichen Anlage oder der Art der Durchführung des konkreten Geschäfts – Anlass zu der Besorgnis haben muss, einem Beteiligten entstehe ein Schaden, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage oder von Sachumständen, welche das beurkundete Rechtsgeschäft als für seine Vermögensinteressen bedeutsam erscheinen lassen, einer Gefährdung dieser Interessen nicht bewusst ist (vgl. BGH, NJW 2003, 1940, 1941).

Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich die Frage, ob im vorliegenden Fall der Notar angesichts des gesamten Inhalts des Vertrages gehalten gewesen wäre, die Grundzüge der MaBV und den Grund ihrer Nichtanwendbarkeit auf das Vertragswerk nebst den Folgen hieraus mit den Vertragsparteien zu erörtern und damit auch der Beteiligten Gelegenheit zu geben, sich mit der Vertragsgestaltung unter diesem Gesichtspunkt auseinanderzusetzen. Hierauf ist das Landgericht nicht eingegangen.

ee) Ob eine solche Verpflichtung bestand, kann jedoch dahingestellt bleiben. Die Beteiligte hat nicht dargelegt, wie sie sich verhalten hätte, wenn der Notar einen entsprechenden Hinweis gegeben hätte. Es ist durchaus denkbar, dass sie den Vertrag gleichwohl in der vorgeschlagenen Form abgeschlossen hätte. Deshalb kann auch die Kausalität einer eventuellen Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden nicht nach den Grundsätzen des „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ (vgl. dazu *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl., § 280 Rdnr. 39 m. w. N.) vermutet werden. Diese Vermutung greift nicht ein, wenn eine gehörige Aufklärung einen Entscheidungskonflikt ausgelöst hätte, weil es mehrere Möglichkeiten aufklärungsrichtigen Verhaltens gab (BGH, NJW 2004, 2967, 2969). Die Beteiligte hätte auch bei Aufklärung sowohl am Vertrag festhalten wie vom Vertragsschluss Abstand nehmen können. Sie schwankt in ihren Ausführungen auch jetzt noch zwischen dem Ziel der Durchführung des Vertrags (Beauftragung Dritter, um die nötigen Baumaßnahmen durchzuführen) und dem der Rückabwicklung (Anfechtung, Rücktritt). Für den Fall des Abschlusses und der Durchführung des Vertrags ist nicht zu erkennen, wie der fehlende Hinweis obigen Inhalts für den eingetretenen Schaden hätte kausal werden können. Der durch die Insolvenz des Veräußerers bedingte Schaden wäre auch in diesem Fall eingetreten. Der Schaden im Übrigen könnte nach dem Vortrag der Beteiligten dann lediglich darin bestehen, dass die vereinbarten Bauleistungen bei einem Dritten mehr als mit dem Veräußerer vereinbart kosten. Dass tatsächlich mehr saniert werden soll, als im Vertrag aufgeführt ist, hat außer Betracht zu bleiben. Wie eingangs dargestellt, liegt es im Belieben des Veräußerers, ob und in welchem Umfang er Bauleistungen vertraglich anbietet.

Die Beteiligte wurde von der Beschwerdekammer im ersten der zwei Aufklärungsbeschlüsse darauf hingewiesen, dass ihr Vortrag auch in den genannten Punkten unzureichend ist. Zwar hat das Landgericht den Schwerpunkt auf die Abgrenzungsfrage bezüglich der Einbeziehung der MaBV gelegt. Es hat jedoch hinreichend deutlich gemacht, dass auch zum Schaden (und damit auch zur Kausalität zwischen denkbarer Pflichtwidrigkeit und Schaden) weiterer Sachvortrag nötig sei. Dem ist die Beteiligte nicht nachgekommen. Der Senat kann daher abschließend entscheiden, ohne die Sache erneut an das Landgericht zurückverweisen zu müssen. Die Beteiligte ist im Übrigen nicht gehindert, ihren vermeintlichen Schadensersatzanspruch im allgemeinen Streitverfahren nach den Grundsätzen der Zivilprozessordnung erneut geltend zu machen (Rechtsgedanke des § 322 Abs. 2 ZPO).

c) Der Einwand der unrichtigen Sachbehandlung gemäß § 16 KostO ist im Verfahren der Notarkostenbeschwerde

ebenfalls zu beachten (vgl. OLG Stuttgart, Justiz 1996, 20, 21 m. w. N.; ThürOLG, NotBZ 2003, 359; OLG Celle, Nds. Rpfl. 2004, 247). Das Landgericht ist hierauf, aus seiner Sicht zu Recht, nicht ausdrücklich eingegangen. § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO setzt einen offen zutage tretenden Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder ein offensichtliches Versehen voraus (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl., § 16 Rdnr. 2 m. w. N. und Rdnr. 77). Verneint man wie hier das Landgericht bereits im Rahmen der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs eine Pflichtverletzung, kommt insoweit der Einwand der unrichtigen Sachbehandlung, der deutlich strengere Voraussetzungen aufweist als die Pflicht zum Schadensersatz, nicht mehr in Betracht. Aber auch wenn man die Möglichkeit einer Verletzung der Hinweispflicht in Betracht zieht, entspräche ein solcher Pflichtverstoß hier keinesfalls den oben genannten Anforderungen. Ebenso ist es, wie oben dargelegt, völlig unsicher, ob ein Hinweis des Notars zur Vermeidung der Kosten geführt hätte.

4. BGB §§ 577, 464 Abs. 2 BGB (*Differenzierende Kaufpreisabrede für den Fall der Ausübung eines Mietervorkaufsrechts*)

Eine differenzierende Kaufpreisabrede bzw. Kaufpreisminderung für den Fall, dass das Mietervorkaufsrecht nicht ausgeübt wird und daher der Erstkäufer das bestehende Mietverhältnis übernehmen muss, ist zulässig. (Leitsatz des Einsenders)

OLG München, Beschluss vom 21.2.2005, 10 W 672/05; eingeklagt von Notar Dr. *Martin Schuck*, München

Aus den Gründen:

II.

(...) Die sofortige Beschwerde ist zwar zulässig, aber unbegründet.

a) Der Antragstellerin steht hinsichtlich der begehrten Eintragung einer Auflassungsvormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB kein Verfügungsanspruch zu.

aa) Grundsätzlich hat ein Mieter im Falle der Ausübung seines Vorkaufsrechts aus § 577 BGB einen Anspruch auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB zur Sicherung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs (vgl. statt aller *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 8. Aufl. 2003, § 577 BGB Rdnr. 63).

bb) Voraussetzung ist aber, dass der eintretende Mieter selbst die ihm obliegenden Verpflichtungen einzuhalten bereit ist, andernfalls verstößt er gegen § 242 BGB (*Palandt/Putzo*, BGB, 64. Aufl. 2005, § 464 Rdnr. 3). So liegt der Fall hier.

aaa) Gem. § 464 Abs. 2 BGB kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten (hier der Antragstellerin als Mieterin) und dem Verpflichteten (hier der Antragsgegnerin als Eigentümerin) unter den Bedingungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten (hier den Erstkäufern) vereinbart hat. Der Kaufpreis für die Wohnung war mit 170.000 € vereinbart worden, bei Nichtausübung des Vorkaufsrechts durch die Mieterin wurde ein reduzierter Kaufpreis von 120.000 € festgesetzt. Weiterhin war nach Nr. III a) des Kaufvertrags der Kaufpreis auf ein Notaranderkonto einzubezahlen, wobei das Erstgericht zutreffend davon ausgeht, dass irgendwelche Bedingungen oder Fälligkeitsvoraussetzungen für die Auszahlung an die Antragsgegnerin nicht vorgesehen sind.

bbb) Die Antragstellerin ist aber nach ihrem eigenen Vortrag nur bereit, einen Preis von 120.000 € zu bezahlen. Soweit sie der Auffassung ist, dass sie nur den niedrigeren Preis zu zahlen habe, ist sie rechtsirrig. Eine sog. differenzierende Preisabrede, wie sie hier getroffen worden ist, ist nämlich nach zutreffender h. M. zulässig und für den in den Vertrag eintretenden Mieter bindend (*Derleder*, NJW 1996, 2817, 2819; *Schmidt-Futterer/Blank*, a. a. O., Rdnr. 74 m. w. N. auch zur Gegenansicht). Weiterhin kann und will die Antragstellerin den (reduzierten) Kaufpreis nur zahlen, wenn zugunsten der ihn finanzierenden Stadtparkasse eine erstrangige Grundschuld ohne Brief über 126.000 € eingetragen wird. Dies würde, worauf das Erstgericht zutreffend hingewiesen hat, zu einer vertraglich nicht vereinbarten Verzögerung der Kaufpreisauszahlung an die Antragsgegnerin führen.

b) Aus dem Vorstehenden erhellt sich, dass die Antragstellerin auch keinen Verfügungsanspruch auf Eintragung einer Grundschuld zugunsten der Stadtparkasse hat. Im Übrigen ist der Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht i. S. v. §§ 935, 936, 920 Abs. 1, 294 Abs. 1 ZPO – die bloße Erwähnung eines nicht näher bezeichneten Telefongesprächs zwischen dem Antragstellervertreter und einem nicht näher bezeichneten Mitarbeiter der Stadtparkasse ist schon kein ausreichender Vortrag (vgl. zu den insoweit bestehenden Anforderungen eingehend *HdBVR-Dunkl*, Rdnr. 513 i. V. m. 25), geschweige denn eine Glaubhaftmachung (vgl. zu den insoweit bestehenden Anforderungen umfassend *HdBVR-Dunkl*, Rdnr. 513 i. V. m. 15–24 b).

5. BGB §§ 854, 1090, 1018 (*Unzulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit*)

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist von Amts wegen zu löschen, wenn der Eintragungsvermerk in zulässiger Weise auf die Eintragungsbewilligung Bezug nimmt und diese auf eine positive Leistungspflicht gerichtet ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

BayObLG, Beschluss vom 25.2.2005, 2Z BR 224/04

Aus den Gründen:

I.

In den Wohnungsgrundbüchern A, B und C ist in Abteilung II zugunsten der Beteiligten zu 1 am ganzen Grundstück laut Eintragungsvermerk eingetragen:

Am ganzen Grundstück: Nutzungsbeschränkung (Studentenwohnungen mit Büros und Läden) für die Stadt N. (= Beteiligte zu 1); gemäß Bewilligung vom 20.11.1992

(...)

Die Eintragungsbewilligung vom 20.11.1992 hat folgenden Wortlaut:

Der jeweilige Eigentümer des Grundstücks (...) verpflichtet sich gegenüber der Stadt N., das auf dem Grundstück zur Erstellung kommende Anwesen als Studentenwohnungen mit Büros und Läden für immer zu benutzen und zu betreiben. Zur Sicherung dieser Verpflichtung wird zugunsten der Stadt N. an dem vorgenannten Grundbesitz die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bewilligt und beantragt.

Für die Beteiligte zu 2 ist im Wohnungsgrundbuch A und C eine Grundschuld eingetragen.

Die Beteiligte zu 2 hat angeregt, die im Wohnungsgrundbuch A, B und C eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit von Amts wegen zu löschen, weil die Eintragung ihrer Auffassung nach inhaltlich unzulässig ist. Das Amtsgericht hat dies abgelehnt. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zu 2 hinsichtlich der Eintragung im Wohnungsgrundbuch B als unzulässig verworfen; im Übrigen hat es die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Gegen Letzteres richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2.

II.

Das Rechtsmittel ist begründet.

1. Das Landgericht hat, soweit es für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Bedeutung ist, ausgeführt: Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit dürfe den Eigentümer des betroffenen Grundstücks nicht zu einem positiven Tun verpflichten. Dies sei vorliegend auch nicht der Fall. Der Wortlaut der Eintragungsbewilligung lasse zwar einen Verpflichtungscharakter erkennen, der Inhalt der Dienstbarkeit werde aber im Eintragungsvermerk als Nutzungsbeschränkung bezeichnet. Auf Letzteres sei abzustellen. Danach sei auf dem Grundstück keine andere Nutzung als die genannte zulässig, nämlich das Anwesen als Studentenwohnanlage mit Büros und Läden zu nutzen. Dem Eintragungsvermerk könne weder ein Gebot zur Nutzung als Studentenwohnung unter Ausschluss des allerdings unwirtschaftlichen Leerstands noch ein Verbot einer solchen Nutzung entnommen werden. Eine Unzulässigkeit der eingetragenen Dienstbarkeit ergebe sich auch nicht aus der Beschränkung auf nur eine Nutzungsmöglichkeit. Sinnvoll könne das Anwesen zwar nur als Studentenwohnanlage mit Büros und Läden genutzt werden; dieser mittelbare Druck führe aber nicht dazu, dass der jeweilige Eigentümer auch rechtlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet sei. Die Dienstbarkeit beschränke auch nicht die rechtliche Verfügungsbefugnis des jeweiligen Eigentümers, sondern habe eine Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch der Wohnungen zum Inhalt. Die Befugnis, mit der Sache im Rahmen der Gesetze nach Belieben zu verfahren, werde nämlich dahin eingeschränkt, dass lediglich an Studenten vermietet werden dürfe. Das sei eine auf den tatsächlichen Gebrauch gerichtete Beschränkung. Die Nutzung von studentischem Wohnraum unterscheide sich deutlich von anderer Wohnraumnutzung, weil Studenten ihren Lebensmittelpunkt überwiegend nicht am Studienort hätten.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine Eintragung von Amts wegen zu löschen, wenn sie sich nach ihrem Inhalt als unzulässig erweist. Die Unzulässigkeit muss sich aus dem Eintragungsvermerk selbst und der zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben; andere Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (*Demharter*, GBO 24. Aufl., § 53 Rdnr. 42).

b) Bei der Auslegung von Grundbucheintragungen ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus dem Eintragungsvermerk und der zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt (*Demharter*, § 53 Rdnr. 4).

Stehen der Eintragungsvermerk und eine dort in zulässiger Weise in Bezug genommene Urkunde, insbesondere die Eintragungsbewilligung, in einem auch durch Auslegung nicht aufzulösenden Widerspruch zueinander, so liegt eine inhaltlich unzulässige Grundbucheintragung vor, die von Amts wegen zu löschen ist (*Demharter*, § 44 Rdnr. 15; § 53 Rdnr. 4).

c) Hier ist im Eintragungsvermerk der Rechtsinhalt der Grundstücksbeschränkung mit „Nutzungsbeschränkung“ schlagwortartig angegeben. Wegen der Einzelheiten der Beschränkung ist in zulässiger Weise (vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, 64. Aufl., § 1018 Rdnr. 31) gemäß § 874 BGB auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen. In dieser heißt es, dass der jeweilige Eigentümer des Grundstücks verpflichtet ist, das auf dem Grundstück zur Erstellung kommende Anwesen als Studentenwohnungen mit Büros und Läden für immer zu benutzen und zu betreiben und dass zur Sicherung dieser Verpflichtung zugunsten der Beteiligten zu 1 die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bewilligt und beantragt wird.

Nach dem Wortlaut des Eintragungsvermerks besteht somit der Inhalt der Dienstbarkeit in einer Unterlassungsverpflichtung seitens des Eigentümers des belasteten Grundstücks. Demgegenüber ist nach dem Wortlaut der Eintragungsbewilligung eine positive Leistungspflicht Inhalt der Dienstbarkeit.

Es kann offen bleiben, ob die eingetragene Beschränkung schon wegen eines nicht aufzulösenden Widerspruchs zu löschen ist. Eine Amts Löschung ist nämlich auch dann vorzunehmen, wenn man einen unauflösbaren Widerspruch verneint. Was als Inhalt einer Eintragung zu gelten hat, ist in einem Fall wie hier allein dem Wortlaut der Eintragungsbewilligung zu entnehmen (vgl. BGH, Rpfleger 1998, 104 f.); nicht haltbar ist es, mit dem Landgericht allein auf den Eintragungsvermerk abzustellen.

d) Gegenstand einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann nach § 1090 BGB jede Befugnis sein, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB bilden kann. Danach kann die Dienstbarkeit auf die Benutzung des belasteten Grundstücks in einzelnen Beziehungen, auf die Unterlassung gewisser Handlungen auf dem belasteten Grundstück sowie auf den Ausschluss der Ausübung eines Rechts, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück ergibt, gerichtet sein. Inhalt einer Dienstbarkeit kann dagegen nicht eine positive Leistungspflicht und auch nicht ein positives Tun des Eigentümers sein (BGH, NJW-RR 2003, 733 ff.; BayObLGZ 1985, 193 ff.). Wortlaut und Sinn der Eintragungsbewilligung verpflichten den Eigentümer des betroffenen Grundstücks eindeutig zu einem positiven Tun; Gegenstand des dinglichen Rechts ist eine unmittelbare Leistungspflicht. Es ist ausdrücklich von einer Verpflichtung die Rede. Demgegenüber war in dem vom Bundesgerichtshof (a. a. O.) entschiedenen Fall Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, dass bestimmte Wohnungen nur als Ferienwohnungen bewirtschaftet und einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zur Verfügung gestellt werden durften. Der Bundesgerichtshof hat insoweit entschieden, dass der Grundstückseigentümer die Appartements in wirtschaftlich sinnvoller Weise nur als an Dritte zu vermietende Ferienwohnungen nutzen könne, dieser mittelbare tatsächliche Druck aber nicht dazu führe, dass der Grundstückseigentümer rechtlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet sei. Der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall und der vorliegende Sachverhalt sind weder identisch noch auch nur vergleichbar. Nach der Eintragungsbewilligung im vorliegenden Fall ist der Grundstückseigentümer eben zu einem positiven Tun verpflichtet und darf die Wohnungen gerade nicht leer stehen lassen. Da Inhalt einer Dienstbarkeit nicht eine positive Leistungspflicht sein kann, ist die Eintragung als inhaltlich unzulässig zu löschen.

6. BGB §§ 313, 985; WEG § 31 (*Dauernutzungsrecht kann vor Kaufpreisfälligkeit zustehen*)

1. **Regelt eine notarielle Urkunde über den Verkauf eines Dauernutzungsrechts zum einen, dass dieses Recht den Rang vor verschiedenen anderen Belastungen, „mindestens jedoch vorerst nächst offene Rangstelle“ erhalten soll und bestimmt sie zum anderen, dass der Kaufpreis erst mit der Eintragung an erster Stelle fällig wird, so liegt darin eine Risikoverteilung, nach der den Käufern das Dauernutzungsrecht als rangschlechteres Recht bereits vor Kaufpreisfälligkeit zustehen kann.**
2. **Zu den Voraussetzungen einer Korrektur dieser Risikoverteilung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 28.10.2004, 4 U 35/04

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist in OLGR-West 2005, 330 abgedruckt.

7. BGB §§ 138, 242, 1408 Abs. 2, 1414, 1587 o (*Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle eines Versorgungsausgleichsausschlusses*)

Zur Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle eines notariellen Ehevertrags, der neben der Vereinbarung der Gütertrennung und des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs auch Regelungen über den nachehelichen Ehegattenunterhalt, die Übertragung eines Hausanteils auf den Ehemann und eine Ausgleichszahlung des Ehemannes an die Ehefrau enthält (Fortführung des Senatsurteils vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = MittBayNot 2004, 270; vgl. auch Senatsbeschluss vom 6.10.2004, XII ZB 57/03, DNotZ 2005, 226).

BGH, Beschluss vom 6.10.2004, XII ZB 110/99; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die 1977 geschlossene Ehe der Parteien, aus der zwei Kinder hervorgegangen sind, wurde durch Verbundurteil des Amtsgerichts – Familiengericht – rechtskräftig geschieden. Die Parteien streiten über die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Mit Ehevertrag vom 24.11.1986 hatten die Parteien Gütertrennung vereinbart und den Versorgungsausgleich ausgeschlossen. Für den Fall der Scheidung erklärte sich der Ehemann bereit, der Ehefrau, solange sie keine eigenen Einkünfte habe, als Unterhalt „auf der heutigen Basis“ einen monatlichen Betrag von 300 DM und, falls die Ehefrau halbtags arbeite, von 150 DM zu zahlen, soweit er hierzu unter Berücksichtigung seiner Aufwendungen für das gemeinsame Hausgrundstück und den Unterhalt der Kinder in der Lage sei. Die Ehefrau verpflichtete sich für den Fall der Scheidung, ihre Hälfte an dem gemeinsamen Hausgrundstück auf den Ehemann zu übertragen. Der Ehemann seinerseits verpflichtete sich, für den Fall der Scheidung und nach Übertragung des hälftigen Miteigentums an dem Hausgrundstück der Ehefrau in bestimmten Raten einen Betrag von insgesamt 50.000 DM „als freiwillige Entschädigung für die Tätigkeit im Haushalt und die Erziehung der Kinder“ zu zahlen.

Das Amtsgericht hat die von der Ehefrau beantragte Durchführung des Versorgungsausgleichs – unter Hinweis auf dessen ehevertraglichen Ausschluss – abgelehnt. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde der Ehefrau, mit der diese ihren Antrag auf Durchführung des Versorgungsausgleichs weiterverfolgt hat, zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene weitere Beschwerde der Ehefrau.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ist der von den Parteien vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs wirksam. Für die Frage der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts komme es auf die Umstände im Zeitpunkt seiner Vornahme an; deshalb seien allein die Folgen des Ausschlusses, hier die fehlende Altersversorgung, nicht entscheidend. Anhaltspunkte dafür, dass die Vereinbarung lediglich zu Lasten des Sozialhilfeträgers geschlossen worden sei, lägen nicht vor; auf die Ausnutzung einer psychischen Zwangslage komme es nicht entscheidend an. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage liege nicht vor. Dazu bedürfe es konkreter Vorstellungen und Erwartungen, die bei Vertragsschluss vorgelegen hätten und zwischenzeitlich entfallen seien; solche Vorstellungen oder Erwartungen seien hier nicht dargetan. Auch hinderten Treu und Glauben (§ 242 BGB) den Ehemann nicht – auch nicht teilweise für die Zeit der Kindererziehung – sich auf den Ausschluss des Versorgungsausgleichs zu berufen. Eine solche Ausübungskontrolle werde zwar in der Literatur befürwortet; sie widerspreche aber der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Zudem liege im vorliegenden Fall die Besonderheit vor, dass der Ehemann sich verpflichtet habe, der Ehefrau nach erfolgter Übertragung ihrer Anteile am gemeinsamen Grundstück 50.000 DM als freiwillige Entschädigung für ihre „Tätigkeit im Haushalt und für die Erziehung der Kinder“ zu zahlen.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Wie der Senat in seinem – nach Erlass der hier angefochtenen Entscheidung – ergangenen Urteil vom 11.2.2004 (XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = MittBayNot 2004, 270 mit Anm. *Brandt*, für BGHZ 158, 81 vorgesehen) dargelegt hat, darf die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die Vereinbarung der Ehegatten über die Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.

Bei der Ausrichtung am Kernbereich der Scheidungsfolgen wird man für deren Disponibilität eine Rangabstufung vornehmen können, die sich in erster Linie danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben. Der Versorgungsausgleich ist – als gleichberechtigte Teilhabe beider Ehegatten am beiderseits erworbenen Versorgungvermögen – einerseits dem Zugewinnausgleich verwandt und wie dieser ehevertraglicher Disposition grundsätzlich zugänglich (§ 1408 Abs. 2, § 1587 o BGB). Er ist jedoch andererseits als vorweggenommener Altersunterhalt zu verstehen; von daher steht er einer vertraglichen Abbedingung nicht schrankenlos offen.

Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich müssen deshalb nach denselben Kriterien geprüft werden wie ein vollständiger oder teilweiser Unterhaltsverzicht (Senatsurteil, FamRZ 2004, 601, 605). Der Unterhalt wegen Alters gehört, wie der Senat dargelegt hat, zum Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts; das Gesetz misst ihm als Ausdruck ehelicher Solidarität besondere Bedeutung zu – was freilich einen Verzicht nicht generell ausschließt, etwa wenn die Ehe erst im Alter geschlossen wird (Senatsurteil, a. a. O.). Nichts anderes gilt für den Versorgungsausgleich. Ein vereinbarter Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist deshalb einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 138 (Wirksamkeitskontrolle) sowie des § 242 BGB (Ausübungskontrolle) zu unterziehen; maßgebendes Kriterium ist für beide Kontrollschritte die Frage, ob und inwieweit der Ausschluss des Versorgungsausgleichs mit dem Gebot ehelicher Solidarität vereinbar erscheint.

a) In Anwendung dieser Grundsätze hat der Tatrichter zunächst – im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle – zu prüfen, ob die Vereinbarung über den Ausschluss des Versorgungsausgleichs, allein oder im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen des Ehevertrags, schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen. Ergibt die umfassende Würdigung dieser Gesichtspunkte, dass die durch den vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs bewirkte Versorgungssituation sich bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung als eine gravierende Verletzung des dem Versorgungsausgleich zugrundeliegenden Gedankens ehelicher Solidarität darstellt, so hat diese Vereinbarung nach § 138 Abs. 1 BGB keinen Bestand. Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn ein Ehegatte sich einvernehmlich der Betreuung der gemeinsamen Kinder widmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet. Das in diesem Verzicht liegende Risiko verdichtet sich zu einem Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der jedenfalls nicht ohne Kompensation einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert.

Eine solche umfassende Gesamtwürdigung hat das Oberlandesgericht nicht vorgenommen. Eine derartige Würdigung würde Feststellungen über Art und Umfang der von den Ehegatten in der Ehe erworbenen Versorgungsansprüche sowie über ihre Vermögenssituation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erfordern; sie müsste auch berücksichtigen, in welchem Umfang die Ehefrau, die nach ihrem Vortrag bereits seit ihrer Eheschließung an einer ihrer Erwerbsfähigkeit mindernden Rückenerkrankung leidet, im Scheidungsfall ihre eigene Altersversorgung durch künftige versicherungspflichtige Tätigkeit voraussichtlich weiter ausbauen kann. Soweit der Ehe-

frau im Ehevertrag für den Scheidungsfall eine Entschädigung zugesagt ist, wäre der Frage nachzugehen, ob diese Entschädigung als Gegenleistung für die von der Ehefrau für den Scheidungsfall zugesagte Übertragung ihres Miteigentums am gemeinsamen Hausgrundstück auf den Ehemann anzusehen oder als (teilweiser) Ausgleich für ihren Verzicht auf eine eigene versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit während der Ehe zu verstehen ist; im zweiten Falle wäre zu untersuchen, in welchem Umfang die Ehefrau mit dem Entschädigungsbetrag eigene Versorgungsansprüche erwerben könnte. Zu den genannten Gesichtspunkten fehlen die erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen. Das gilt auch für die Frage, welche subjektiven Aspekte die Ehefrau veranlasst haben, sich – mehrere Jahre nach ihrer Eheschließung und der Geburt ihrer Kinder – auf den Ehevertrag und insbesondere auf den darin vorgesehenen Ausschluss des Versorgungsausgleichs einzulassen. Die vom Oberlandesgericht in Bezug genommenen Feststellungen des amtsgerichtlichen Urteils sind hierzu nicht eindeutig: So soll die Ehefrau einerseits – nach dem Tatbestand des Urteils – vorgetragen haben, der Ehemann habe sie „zu dem Zweck, sie zum Notar zu schleppen“, geschlagen; andererseits soll ihrem Vortrag – nach den Urteilsgründen – nicht zu entnehmen sein, dass sie „zum Notar geschleppt oder unlauter gezwungen“ worden sei.

b) Soweit sich der Ausschluss des Versorgungsausgleichs – bei der gebotenen Gesamtwürdigung – nicht schon als sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) darstellt, muss der Richter – im Rahmen der Ausübungskontrolle – prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber der vom anderen Ehegatten begehrten Durchführung des Versorgungsausgleichs darauf beruft, dass dieser durch den Vertrag wirksam abbedungen sei (§ 242 BGB). Dafür sind nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs, allein oder im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen des Ehevertrags, eine im dargelegten Sinn [vgl. II. 2. vor a)] unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Dabei wird ein wirksam vereinbarter – völliger oder teilweiser – Ausschluss des Versorgungsausgleichs einer Ausübungskontrolle am Maßstab des § 242 BGB vielfach dann nicht standhalten, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund einer grundlegenden Veränderung der gemeinsamen Lebensumstände über keine hinreichende Altersversorgung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint (zu Fällen, in denen Ehegatten ihre eheliche und berufliche Lebenssituation – namentlich im Hinblick auf die Betreuung gemeinsamer Kinder – einvernehmlich ändern: vgl. Senatsbeschluss vom heutigen Tag, XII ZB 57/03, DNotZ 2005, 226).

Eine solche Ausübungskontrolle hat das Oberlandesgericht – nach der neuen Rechtsprechung des Senats (Senatsbeschluss vom 11.2.2004, a. a. O.) zu Unrecht – für nicht veranlasst erachtet. Folgerichtig hat es auch keine Feststellungen zu den hierfür maßgebenden Umständen – also namentlich zur früheren und zur aktuellen Lebens-, Versorgungs- und Vermögenssituation der Ehegatten sowie zu den Motiven – getroffen, die die Ehegatten zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs bestimmt haben.

3. Die angefochtene Entscheidung kann danach keinen Bestand haben. Der Senat vermag auf der Grundlage der vom Oberlandesgericht bislang getroffenen Feststellungen in der Sache nicht abschließend zu entscheiden. Die Sache war daher an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Anmerkung:

1. Mit der Entscheidung vom 11.2.2004¹ hat der BGH die Vorgaben des BVerfG² umgesetzt und durch die detaillierte Erörterung der maßgeblichen Parameter dem Praktiker wertvolle Anregungen gegeben. Ein echter „Blitzschlag“³ war diese Entscheidung nach den Verfassungsgerichtsurteilen und der jahrelangen intensiven Diskussion in der Literatur und der Rechtsprechung für den Interessierten nicht mehr, sicherlich aber ein Meilenstein in der Entwicklung der Rechtsprechung und für die mit der Materie befassten Vertragsjuristen und Richter. Mittlerweile ist eine Vielzahl von instanzgerichtlichen Entscheidungen ergangen, Leitlinien zeichnen sich ab und die Rechtssicherheit scheint sich zu erhöhen. Allerdings wissen wir nicht zuletzt aus Äußerungen der Vorsitzenden des XII. Zivilsenates *Hahne*⁴, dass das vorgenannte Grundlagengericht des BGH der Anfang und nicht das Ende der Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich der Inhaltskontrolle von Eheverträgen im weiteren Sinn sein würde. Nun liegt die erste höchstgerichtliche Entscheidung speziell zur Zulässigkeit von Regelungen im Bereich des Versorgungsausgleichs vor. Im Vergleich zur vorgenannten vom Februar 2004, deren Echo in den Medien so groß war, dass sogar ihr Jahrestag in der Süddeutschen Zeitung gefeiert wurde, ist der zu besprechenden Entscheidung bislang erheblich weniger Aufmerksamkeit gewidmet worden.

2. Gegenstand der Entscheidung des OLG München, Zivilsenate in Augsburg, über die der BGH zu befinden hatte, war die Durchführung des Versorgungsausgleichs, den die Parteien mit Ehevertrag von 1986 ausgeschlossen hatten. Daneben war Gütertrennung vereinbart und die nachehelichen Unterhaltsansprüche der Ehefrau waren weitgehend eingeschränkt worden. Die Ehefrau hatte sich außerdem für den Scheidungsfall zur Übertragung eines Miteigentumsanteils am Familienwohnheim verpflichtet. Gegenleistungen waren vereinbart, allerdings ohne eindeutige Zuordnung zu den Regelungsbereichen Güterrecht, Versorgungsausgleich und Unterhaltsrecht.

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und noch erhebliche Zeit darüber hinaus wären derartige Vereinbarungen ohne Zweifel auch und v. a. nach der Rechtsprechung des BGH, auf die sich das OLG bei der Abweisung der Berufung insbesondere bezieht, wirksam gewesen. Das OLG weist ausdrücklich darauf hin, dass der Verzicht der Ehefrau gerade nicht ohne Kompensationen erfolgt sei. Der BGH hat den Abweisungsbeschluss des OLG aufgehoben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das OLG zurückverwiesen. Die Zulässigkeit der konkreten Vereinbarungen ist also noch nicht geklärt. Wenn auch über den Ausgang des Verfahrens damit noch nicht endgültig entschieden ist, so wird doch deutlich, dass der BGH eine umfassende Inhaltskontrolle bei jedem Abweichen vom gesetzlichen Normalfall – wenn man so will vom BGB-Leitbild der Ehe – für kontrollbedürftig hält. Vertragsfreiheit gibt es im neuen Zeitalter nur für Vereinbarungen, die dem gewählten und einvernehmlich realisierten Ethyp entsprechen. Die Entscheidung hierüber ist Ergebnis

¹ XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = MittBayNot 2004, 270 m. Anm. *Brandt*.

² NJW 2001, 957 = MittBayNot 2001, 207; BVerfG, NJW 2001, 2248 = MittBayNot 2001, 485.

³ *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757.

⁴ DNotZ 2004, 84 ff.; *diess.* in Schwab/Hahne, Familienrecht im Brennpunkt – Fachkongress zum 50-jährigen Bestehen der FamRZ, 2004, S. 201.

der Inhaltskontrolle, nicht ein Abweichen hiervon Voraussetzung für die Inhaltskontrolle.

3. Hat der BGH nun die in der Grundsatzentscheidung vom 11.2.2004 definierten neuen Leitlinien lediglich fortgeführt oder geben seine Ausführungen Anlass zu erneutem Überdenken unserer Beratungs- und Beurkundungspraxis?

Der BGH referiert zunächst eingehend, oft im wörtlichen Zitat, die in der Entscheidung vom 14.2.2004 definierte Kernbereichslehre, das Prinzip der grundsätzlichen Disponibilität im Rahmen der Vertragsfreiheit und die Rangabstufung nach der Bedeutung der abbedungenen Scheidungsfolgen für den Berechtigten. Dem Versorgungsausgleich kommt hier neben dem Alters- und Krankheitsunterhalt eine zentrale Stellung zu. Der Versorgungsausgleich steht einerseits dem Zugewinnausgleich nahe und ist daher im Rahmen der Vertragsfreiheit disponibel, d. h. einschränkbar oder verzichtbar. Der BGH definiert ihn nunmehr gegenüber der Entscheidung vom Vorjahr leicht abgewandelt als „gleichberechtigte Teilhabe beider Ehegatten am beiderseits erworbenen Vermögensvermögen“⁵.

Die Typisierung als vorweggenommener Altersunterhalt, die die strenge Inhaltskontrolle rechtfertigt, erfolgt ebenfalls anhand neuer Begriffe. Dem Altersunterhalt, der zum inneren Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts zu rechnen sei, messe das Gesetz „als Ausdruck *ehelicher Solidarität* besondere Bedeutung zu“⁶, er stehe einer vertraglichen Abbedingung nicht schrankenlos offen. In der Entscheidung vom Februar 2004 ist in dem Zusammenhang noch von „Einstandspflichten als Ausdruck *nachehelicher Solidarität*“ die Rede, die „vertraglicher Disposition nur begrenzt offen“ stünden. Als das Abweichen vom gesetzlichen Normalfall rechtfertigenden Grund führt der BGH in beiden Fällen nur die Eheschließung im Alter an.

Diese neue Begrifflichkeit könnte zumindest eine Verschiebung der Akzente in dem Sinn bedeuten, dass der wesentliche Beurteilungsmaßstab die Solidarität ist, die sich die Eheleute während der Ehe schulden und es daher bei weitem nicht nur um nachwirkende Reflexe hieraus im Abwicklungsstadium geht. Nimmt man den BGH beim Wort, so sind Modifikationen des Alters- und dann wohl auch des auf gleicher Stufe stehenden Krankheitsunterhalts jedenfalls bei nicht deutlich gehobenen Vermögensverhältnissen⁷ genauso streng zu beurteilen, wie schon seit langer Zeit jegliche Einschränkungen des Betreuungsunterhalts. Diesen hält die Beratungspraxis im Normalfall jedenfalls ohne gleichwertige Kompensation für zwingend und nicht verzichtbar. Da der Versorgungsausgleich auf gleicher Stufe eingeordnet wird⁸, muss für ihn wohl trotz der immer wieder betonten Verwandtschaft zum Zugewinnausgleich letztlich dasselbe gelten.

Das kann in der Praxis schwierige Bewertungsprobleme hinsichtlich der Angemessenheit von Abfindungszahlungen oder Lebensversicherungen aufwerfen. Probleme sehe ich auch bei Brüchen in der Erwerbsbiographie, wenn sich Zeiten abhängiger und sozialversicherungspflichtiger Tätigkeit mit Zeiten echter oder scheinbarer Selbständigkeit (Ich-AG mit im Wesentlichen einem Geschäftspartner) abwechseln. Gerade in diesem Bereich gingen und gehen gegenseitige Verzicht

nicht notwendig immer zulasten desjenigen, der z. B. seine Erwerbstätigkeit familienbedingt vorübergehend aufgeben oder eingeschränkt hat (Beamten oder BAT-Angestellte mit gesicherten Versorgungsanwartschaften und Freiberufler/Gewerbetreibender).

Wenn aus dem Wesen des Versorgungsausgleichs und seiner Verankerung in der ehelichen Solidarität folgt, dass er nur ausnahmsweise ausgeschlossen oder eingeschränkt werden darf, entstehen daraus wegen der vom BGH immer wieder geforderten umfassenden Gesamtbetrachtung⁹ auch Probleme für den scheinbar „kontrollfesten“ Bereich des Güterrechts. Wenn die Altersversorgung des einen Partners über die dem Versorgungsausgleich unterliegenden Rentenversicherungen oder öffentliche Pensionsansprüche erfolgt und die des anderen in der dem Zugewinnausgleich unterliegende Vermögensbildung erfolgt, können „Verletzungen des Gedankens ehelicher Solidarität“ nicht für beide Bereiche voneinander unabhängig beurteilt werden. Die Gefahr der „Infizierung“ auch des Güterrechts droht.¹⁰ Und dann ist es nur noch ein kleiner Schritt zur Forderung nach der gleichberechtigten Vermögensgemeinschaft, die von der ehelichen Solidarität in einer gleichberechtigten Partnerschaft unabweisbar gefordert wird.¹¹

In der Entscheidung vom 11.2.2004 hatte der BGH zwar ausgeführt, dass sich der Zugewinnausgleich der ehevertraglichen Disposition als am weitesten zugänglich erweist, weil eheliche Lebensgemeinschaft nicht notwendig auch eheliche Vermögensgemeinschaft bedeuten muss; das Gebot ehelicher Solidarität fordere gerade keine wechselseitige Vermögensbeteiligung der Ehegatten, weil der Verantwortung bei konkreten und aktuellen Unterhaltsbedürfnissen in erster Linie das Unterhaltsrecht Rechnung trage.¹² Der Bundesgerichtshof hat aber die Tür einen Spalt offen gelassen und zugestanden, dass grob unbillige Versorgungsdefizite hilfsweise durch Korrektur der von den Ehegatten gewählten Vermögensordnung kompensiert werden müssten.

4. Bei der Inhaltskontrolle differenziert der BGH wiederum nach der Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 BGB und der Ausübungskontrolle des § 242 BGB: „maßgebendes Kriterium ist für beide Kontrollschritte die Frage, ob und inwieweit¹³ der Ausschluss des Versorgungsausgleichs mit dem Gebot ehelicher Solidarität vereinbar erscheint.“¹⁴

a) Der BGH betont, dass durchaus auch in Fällen, in denen sich eine Sittenwidrigkeit aus allgemeinen Gründen nicht aufdrängt, eine eingehende Wirksamkeitskontrolle (§ 138 BGB) geboten ist: Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem

5 BGH, NJW 2005, 137, 138 = MittBayNot 2005, 308, 309 (in diesem Heft); in MittBayNot 2004, 270, 275 war noch die Rede von der „Teilhabe an dem in der Ehe erworbenen Vermögensvermögen“.

6 BGH, MittBayNot 2005, 308, 309.

7 BGH, MittBayNot 2004, 270, 275.

8 BGH, MittBayNot 2005, 308, 309.

9 BGH, NJW 2005, 137, 139 = MittBayNot 2005, 308, 309.

10 Münch, ZNotP 2004, 126.

11 So schon jetzt Maier, NJW 2002, 3359, 3364.

12 BGH, MittBayNot 2004, 270, 275.

13 Was „inwieweit“ bei der Frage nach der Nichtigkeit einzelner Vereinbarungen im Rahmen des § 138 BGB bedeuten soll, bleibt weiterhin ungeklärt.

14 BGH, NJW 2005, 137, 138 = MittBayNot 2005, 308, 310.

Verlangen zu entsprechen.¹⁵ Eine gravierende Verletzung des Gedankens der ehelichen Solidarität, die zur Nichtigkeit führt, sieht der BGH namentlich in einem kompensationslosen Verzicht eines Ehegatten, der familienbedingt auf eigene versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit verzichtet.

Auch noch nach der Entscheidung vom 11.2.2004 hatte man weithin angenommen, die Wirksamkeitskontrolle (§ 138 BGB) käme nur für extreme Fälle in Betracht: Drohung, Zwang oder Vereinbarungen zu Lasten der Allgemeinheit oder der Kinder. „§ 138 BGB ist [...] ein wenig taugliches Instrument. [...] Der Senat favorisiert eine flexiblere Lösung nach § 242 BGB“, so die Vorsitzende des XII. Zivilsenats wörtlich noch im April 2004.¹⁶ Der BGH bewertet nun aber hinsichtlich der objektiven wie der subjektiven Gesichtspunkte weit strenger. Eine gravierende Verletzung des Gedankens ehelicher Solidarität sieht er weit vor den in der Tatsacheninstanz behaupteten Schlägen des Ehemannes „zu dem Zweck, sie zum Notar zu schleppen“. ¹⁷ D. h., will der Notar im Fall der Unwirksamkeit nach § 138 BGB den Regress des durch die vereinbarten Modifikationen begünstigten Ehegatten vermeiden, so muss er noch genauer als bisher die Umstände und Motive der Ehegatten erforschen. Trotz aller grundsätzlichen Bedenken¹⁸ wird man dazu raten müssen, die vermögensrechtlichen und die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten, ihre Pläne und Wünsche für die Zukunft und die Beweggründe für die gewünschten Regelungen möglichst genau und ausführlich in die Urkunde aufzunehmen.¹⁹ Ob die Beteiligten diese „Intimitäten“ dem Notar und ob jeder Beteiligte dies im Einzelnen seinem gegenwärtigen oder künftigen Ehepartner aufdecken will, wage ich zu bezweifeln. Wenn wir diese Angaben als Voraussetzung für eine Beurkundung fordern, wird wohl tatsächlich der eine oder die andere vom Vertragsschluss und der Eheschließung absehen.

b) Auch der zunächst wirksam vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs muss der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB standhalten, d. h., im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft darf sich allein daraus oder im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen des Ehevertrages keine unzumutbare Lastenverteilung ergeben. Insbesondere wenn ein Ehegatte aufgrund einer grundlegenden Veränderung der gemeinsamen Lebensumstände über keine hinreichende Altersversorgung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint, ist dem Begünstigten die Berufung auf den zunächst wirksam vereinbarten ganzen oder teilweisen Ausschluss versagt.²⁰ Bei jungen Beteiligten, die ihr wesentliches Vermögensvermögen erst noch erwerben müssen, sind Einschränkungen der gesetzlichen Regelungen zum Versorgungsausgleich nur möglich, wenn entweder deutlich gehobene Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorhanden sind und im Krisenfall noch vorhanden sein werden oder mit Sicherheit aus einer eventuellen Familiengründung oder sonstiger familienbedingter asymmetrischer Arbeitsteilung keine Nachteile für den Erwerb von Versorgungsansprüchen resultieren können.

5. Der BGH verlangt bei der Inhaltskontrolle auf jeder Stufe der Prüfung eine umfassende Gesamtwürdigung dahingehend,

ob die angegriffene Regelung *allein oder im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen des Ehevertrages* im weiteren Sinn offenkundig zu einer einseitigen Lastenverteilung führt und daher ganz oder teilweise unwirksam ist oder geworden ist. *Im Zusammenhang* stehen aber oftmals nicht nur die Regelungen unmittelbarer Scheidungsfolgen – Zugewinnausgleich, Versorgungsausgleich und Unterhalt –, sondern wie im entschiedenen Fall auch Vermögensübertragungen außerhalb des Zugewinnausgleichs und damit zusammenhängend oder auch nicht Übernahme bzw. Freistellung von Verbindlichkeiten oder Verpflichtung zu Ausgleichszahlungen oder -leistungen sonstiger Art. Der BGH vermisst ausdrückliche Feststellungen, was die vereinbarte Zahlung im entschiedenen Fall kompensieren sollte. Oftmals ist dies aber sehr schwer feststellbar oder eine Zuordnung von den Parteien gar nicht eindeutig gewollt, weil der Gesamtvertrag als Kompromiss ein Nachgeben in dem einen mit einem Gewinn in einem anderen Punkt verbindet. Nichtsdestotrotz sollte der Vertragsgestalter darauf drängen, dass sich die Parteien darüber klar werden, welche der Einzelregelungen miteinander stehen und fallen und welche ggf. auch einzeln aufrechterhalten bleiben können.

Vor der gedankenlosen Verwendung sog. Salvatorischer Klauseln, die bei Unwirksamkeit einer oder mehrerer Vertragsklauseln den Vertrag im Übrigen aufrechterhalten und die Parteien zu einer Vertragsanpassung durch eine neue, gerade noch zulässige verpflichten, sei in diesem Zusammenhang gewarnt.²¹ Die salvatorische Klausel kann und darf nicht an die Stelle des Willens der Vertragsparteien treten und den Vertrag gegen den Willen der Parteien retten. Bedeutsam ist sie lediglich für die von § 139 BGB abweichende Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast, die dann denjenigen trifft, der entgegen der salvatorischen Klausel den Gesamtvertrag wegen der Nichtigkeit in Teilbereichen für unwirksam hält.²² Auch die salvatorische Klausel selbst unterliegt jedoch der Inhaltskontrolle,²³ sie kann sie nicht vermeiden.

6. Grundlegend Neues, in der Entscheidung vom 11.2.2004 nicht wenigstens schon Angedeutetes, hat die Entscheidung nicht gebracht, es geht weiter auf der eingeschlagenen Linie. Gleichwohl sind einige interessante Einzelaspekte zu bemerken. In der Tendenz zeichnen sich weitere Einschränkungen der Vertragsfreiheit unter Berufung auf die eheliche Solidarität, jedenfalls für Eheverträge „mit Familienbezug“ ab. Bei jungen Paaren, die eine Familiengründung nicht ausschließen können oder wollen, werden Einschränkungen der gesetzlichen Regelungen zum Versorgungsausgleich einer späteren gerichtlichen Überprüfung nur standhalten, wenn entweder deutlich gehobene Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorhanden sind und im Krisenfall noch vorhanden sein werden oder mit Sicherheit aus der Familiengründung und der geplanten und realisierten Arbeitsteilung keine Nachteile für den Erwerb von Versorgungsansprüchen resultieren werden.

Entgegen früheren Hoffnungen beschränkt sich der Umfang der gerichtlichen Inhaltskontrolle notarieller Eheverträge nicht im Wesentlichen auf die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB. Der BGH verlangt ausdrücklich auch eine intensive Prüfung und Bewertung der objektiven und subjektiven Umstände beim Vertragsschluss. Diese Prüfung kann nur erfolgen, wenn sich diese Umstände im Streitfall nachvollziehen und nachweisen lassen. Daher empfiehlt sich trotz aller Bedenken und praktischen Schwierigkeiten für den Vertragsge-

¹⁵ MittBayNot 2005, 308, 310.

¹⁶ Hahne in Schwab/Hahne, a.a.O., S. 181, 200; diess., DNotZ 2004, 84, 94; Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1519; Langenfeld, DNotZ 2001, 272, 277; Dauner-Lieb, AcP 201 (2001), 295, 327.

¹⁷ BGH, NJW 2005, 137, 139 = MittBayNot 2005, 308, 310.

¹⁸ Brandt, MittBayNot 2004, 281.

¹⁹ So schon sehr weitgehend Wachter, ZNotP 2003, 408 m. w. N.

²⁰ BGH, MittBayNot 2005, 308, 310.

²¹ Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2004, Rdnr. 340.

²² BGH, DNotI-Report 2003, 37; Münch, a. a. O., Rdnr. 340.

²³ Schubert, FamRZ 2001, 733, 737; Münch, a. a. O., Rdnr. 340.

stalter eine möglichst genaue Dokumentation der Umstände, aber auch der beidseitigen oder einseitigen Motive für die gewählte Vertragskonstellation.

Im Rahmen der vom BGH geforderten Gesamtwürdigung kann es bei der Wirksamkeitskontrolle wie bei der Ausübungskontrolle entscheidend auf den inneren Zusammenhang der Regelungen ankommen. Der Vertrag sollte daher soweit möglich definieren, was Gegenleistung wofür ist und was miteinander stehen und fallen bzw. unabhängig wirksam bleiben soll. Salvatorische Klauseln dürfen weniger denn je formelhaft verwendet werden.

Ehen und Eheverträge sind ein Problem – immer noch!²⁴ Das Hemd für die Ehegatten in der vom BGH geforderten Weise maßzuschneidern wird für Notare, Rechtsanwälte und Richter nicht einfacher. Da bleibt nur, sich *Rakete-Dombeks*²⁵ halb hoffnungsvollem halb verzweifelten Seufzer anzuschließen: „Wenn das man gut geht.“

Notarin Eva Maria Brandt, Friedberg

²⁴ Hahne in Schwab/Hahne, a. a. O., S. 182.

²⁵ NJW 2004, 1273, 1277.

8. BGB § 1578 (Verbot der Doppelverwertung von Schulden bei Unterhalt und Zugewinn)

Die Tilgung eines Eheprägenden Darlehens kann beim nachehelichen Unterhalt wegen des Verbots der Doppelverwertung nicht berücksichtigt werden, wenn die Darlehensschuld bereits als Passivposten den Zugewinnausgleich gekürzt hat. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 22.6.2004, 16 UF 887/04

Aus den Gründen:

(...) Im Hinblick auf die ländliche Region wurde der Eheprägende Wohnwert vom Familiengericht zu Recht mit 800 € angesetzt. Zusätzliche Einkünfte aus Vermietung einer Garage bestehen nicht. Entgegen den Ausführungen des Familiengerichts ist der Wohnwert bzgl. der Hausschulden nur um die Zinsen und nicht auch um die Tilgung zu kürzen. Dabei sind auch die Zahlungen auf dem Bausparvertrag der Allianz Eheprägend, nachdem dieser Vertrag bereits in der Ehe abgeschlossen wurde und damit die Prämienzahlungen und nach der Zuteilung des Vertrages die Abzahlungen zu leisten sind. Bei einem Kredit von 2.458 € und einem Zinssatz von 5,25 % belaufen sich die monatlichen Zinsbelastungen auf 11 €, die Zinsen auf die beiden Verträge bei der Sparkasse nach den vorgelegten Belegen derzeit auf 200 € und 36 €. Es verbleibt damit noch ein prägender Restwohnwert von 553 €. Die Tilgung der Hausschulden der im Alleineigentum des Antragstellers stehenden Immobilie ist zwar Eheprägend und wäre grundsätzlich trotz Vermögensbildung auch noch nach der Scheidung berücksichtigungsfähig, weil die Eheprägende Vermögensbildung nach einem objektiven Maßstab bei den Einkommensverhältnissen des Antragstellers und der Höhe des Wohnwertes angemessen ist (BGH, FamRZ 2000, 950; 1995, 869; vgl. eingehend Wendl/Gerhardt, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Auflage, § 1 Rdnr. 344 ff.). Die Antragsgegnerin hat aber zu Recht darauf hingewiesen, dass die Tilgung vorliegend als Abzugsposten ab Scheidung nicht mehr angesetzt werden kann, weil es ansonsten zu einer unzulässigen Doppelverwertung käme (BGH, FamRZ 2003,

432; Kogel in Anm. zu BGH, FamRZ 2003, 1645). Denn die Tilgung der Hausschulden wurde bereits in vollem Umfang beim Zugewinn des Antragstellers als Schuld berücksichtigt, d. h. der Zugewinn der Antragsgegnerin hat sich dadurch bereits um die Hälfte der Schuld des Antragstellers reduziert. Würde man beim Unterhalt die Tilgung der gleichen Schuld ebenfalls berücksichtigen, müsste die Antragsgegnerin über eine entsprechende Kürzung des Unterhalts ebenfalls die Hälfte der Tilgung bezahlen. Im Ergebnis müsste sie dadurch die gesamte Schuld des Antragstellers tilgen, zur Hälfte über die entsprechende Reduzierung des Zugewinns, zur anderen Hälfte über die entsprechende Reduzierung des Unterhalts. Dies stellt aber eine unzulässige Doppelverwertung dar, d. h. nachdem die Tilgung der Schuld bereits beim Zugewinn berücksichtigt wurde, kann sie trotz Prägung der ehelichen Lebensverhältnisse im Unterhalt nicht mehr angesetzt werden (BGH, FamRZ 2003, 432). Um Missverständnissen vorzubeugen, ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass dies alleine die Tilgung der Darlehen betrifft, nicht die zu zahlenden Zinsen, da letztere den Zugewinn nicht beeinflussen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Aufsatz von Grziwotz, MittBayNot 2005, 284 (in diesem Heft).

9. BGB §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1908 i Abs. 1 Satz 1 (Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Grundschuldbestellung bei bereits genehmigtem Grundstückskaufvertrag mit Belastungsvollmacht)

Die Belastung eines Grundstückes eines Betreuten mit einer Grundschuld zur Kaufpreisfinanzierung durch den Käufer bedarf auch dann der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn die im Kaufvertrag enthaltene Belastungsvollmacht bereits genehmigt worden ist.

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22.12.2004, 3 W 130/04; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Aus den Gründen:

I.

Mit notariellem Vertrag hat die Beteiligte zu 1) – zugleich handelnd als gerichtlich bestellte Betreuerin für den Beteiligten zu 2) – den im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitz an die Beteiligten zu 3) und 4) verkauft. In § 9 Ziff. 1 des notariellen Vertrages haben die Verkäufer den Käufern, mehrere Käufer sich gegenseitig, befreit von den Beschränkungen des § 181 BGB, die Vollmacht erteilt, das Kaufobjekt vor der Umschreibung mit einer Buchgrundschuld in Höhe von 80.000 € nebst 18 % des Grundschuldbetrages Zinsen p. a. und 5 % einmaliger Nebenleistung zugunsten der W-Bank zu belasten, die dafür erforderlichen Erklärungen abzugeben und die Verkäufer dinglich der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. Anschließend haben die Beteiligten zu 3) und 4) als Bevollmächtigte der Beteiligten zu 1) und 2) eine Grundschuld entsprechend den in der Vollmacht genannten Angaben bestellt. Das Amtsgericht – Vormundschaftsgericht – genehmigte die Erklärungen der Beteiligten zu 1) als Betreuerin des Beteiligten zu 2) in der notariellen Kaufvertragsurkunde.

Auf den Antrag des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten auf Eintragung der Grundschuld hat der Rechtspfleger beim Grundbuchamt mit Zwischenverfügung um Vorlage der

vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Grundschildbestellung gebeten. Die dagegen mit der Begründung eingelegte Beschwerde, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Grundschildbestellung sei aufgrund der erfolgten Genehmigung der in dem notariellen Kaufvertrag enthaltenen Belastungsvollmacht entbehrlich, hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

II.

(...) In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg. Der Beschluss des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 78 Satz 1 GBO, § 546 ZPO).

Es unterliegt keinen Bedenken, dass die Kammer in Übereinstimmung mit dem Grundbuchamt die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der in der notariellen Urkunde über die Bestellung einer Grundschild abgegebenen Erklärungen für erforderlich gehalten und die, gegen die entsprechende Zwischenverfügung des Grundbuchamtes gerichtete Erstbeschwerde zurückgewiesen hat.

Gemäß §§ 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB bedarf ein Betreuer der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück. In der Belastung des Grundstückes mit einer Grundschild liegt eine nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftige Verfügung der von der Betreuerin bevollmächtigten Käufer. Diese handeln in Ausübung der ihnen übertragenen Rechtsmacht der Betreuerin, die durch den Vorbehalt der Genehmigung eingeschränkt ist (*Staudinger/Engler*, BGB, 2004, § 1821 Rdnr. 57 m. w. N.).

Es kann als nicht entscheidungserheblich offen bleiben, ob in der von der Betreuerin bereits in dem notariellen Kaufvertrag erteilten Belastungsvollmacht gleichfalls eine solche Verfügung zu sehen ist. Dies dürfte zumindest im Fall einer – hier vorliegenden – widerruflichen Vollmacht zu verneinen sein, da erst die unter Verwendung der Vollmacht vorgenommene Belastung des Grundstückes die Rechtshandlung darstellt, die letztlich entscheidend auf das Vermögen des Betreuten einwirkt. Dies hat das Landgericht zutreffend ausgeführt.

Rechtsfehlerfrei hat die Kammer auch unter Berufung auf BGHZ 17, 160; 38, 26, 28; 52, 316, 319 und KG, OLGZ 1993, 266 dargelegt, dass der Kreis der genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte im Interesse der Rechtssicherheit an einer klaren Abgrenzung rein formal und damit eindeutig zu bestimmen ist, so dass kein Raum ist für eine wertende, an der wirtschaftlichen oder sonstigen Bedeutung des in Frage stehenden Geschäfts orientierten Betrachtungsweise. Es verbietet sich daher, eine nach dem klaren Wortlaut des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftige Verfügung allein deshalb für genehmigungsfrei zu halten, weil die Interessen des Betreuten bereits durch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eines anderen Rechtsgeschäftes gewahrt würden und daher für die Genehmigung der formal unter § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB fallenden Verfügung kein Bedürfnis mehr bestehe (KG, a. a. O.).

Nach diesen Grundsätzen entfällt die Genehmigungspflicht der Grundschildbestellung nicht deshalb, weil die Betreuerin in dem notariellen Kaufvertrag die Käufer (widerruflich) bevollmächtigt hat, das Grundstück vor der Umschreibung mit einer (konkret bezeichneten) Grundschild zu belasten und das Vormundschaftsgericht die Erklärungen der Betreuerin in dem notariellen Kaufvertrag genehmigt hat (ebenso Gutachten DNotl-Report 2003, 129 ff.; *Müller*, DNotl-Report 1997, 171; *Schreiber*, NotBZ 2002, 128, 132; *Staudinger/Engler*, a. a. O.; *MünchKommBGB/Wagenitz*,

BGB, 4. Aufl., § 1821 Rdnr. 12; BGB-RGRK/*Dickescheidt*, vor §§ 1821, 1822 Rdnr. 7; *Klüsener*, Rpfleger 1981, 461, 462 ff.; *Maurer*, Rpfleger 1982, 26).

Der zum Teil vertretenen Auffassung, die die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Belastungsvollmacht ausreichen lässt, wenn diese die wesentlichen Vertragsbedingungen für die Bestellung des Grundpfandrechts enthält (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 3688; LG Schwerin, MittBayNot 1997, 297), steht bereits der Wortlaut des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB entgegen. Zudem begegnet diese Meinung auch aus Gründen der Rechtssicherheit Bedenken, da innerhalb dieser Ansicht die Frage, wann von einer hinreichenden Konkretisierung des zu bestellenden Grundpfandrechts auszugehen ist, schon nicht einheitlich beantwortet wird.

10. BGB §§ 2084, 2317; BSHG § 90 Abs. 1 (*Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Sozialhilfeträger beim gemeinsamen Behindertentestament*)

- 1. Der Pflichtteilsanspruch kann, wenn er auf den Sozialhilfeträger übergeleitet worden ist, von diesem auch geltend gemacht werden, ohne dass es insoweit auf eine Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten selbst ankäme.**
- 2. Zur Auslegung einer an die Ausübung des Pflichtteilsrechts anknüpfenden Verwirkungsklausel in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament, wenn ein Sozialhilfeträger den Pflichtteilsanspruch des behinderten Kindes nach dem erstversterbenden Ehegatten auf sich überleitet und geltend macht.**

BGH, Urteil vom 8.12.2004 – IV ZR 223/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der klagende Sozialhilfeträger nimmt die Beklagten als Erben ihres Vaters auf den Pflichtteil (einschließlich eventueller Ausgleichung und Ergänzung) ihrer behinderten Schwester am Nachlass des Vaters in Anspruch. Die Mutter der Beklagten und der Behinderten ist ebenfalls verstorben. Der Kläger hat die Pflichtteilsansprüche nach beiden Eltern gemäß § 90 BSHG auf sich übergeleitet.

Die Eltern hatten ein gemeinschaftliches Ehegattentestament errichtet, in dem sie sich gegenseitig als alleinige Erben einsetzten. Als Erben des Letztversterbenden wurden die acht Kinder bestimmt; Nacherben der Kinder sollten deren Abkömmlinge, beim Fehlen von Abkömmlingen die übrigen Geschwister oder ersatzweise deren Kinder sein. Für den Fall, dass eines der Kinder beim Tod des erstversterbenden Elternteils den Pflichtteil verlangen sollte, wurde dieses Kind (einschließlich seiner Abkömmlinge) beim Tod des letztversterbenden Elternteils ebenfalls auf den Pflichtteil gesetzt. Bezüglich des Erbteils der behinderten Tochter wurde auf deren Lebenszeit Testamentsvollstreckung angeordnet. Der Testamentsvollstrecker sollte nach seinem Ermessen Sachleistungen und Vergünstigungen erbringen, die geeignet sind, dem behinderten Kind Erleichterung und Hilfen zu verschaffen. Diese Verpflichtung sollte aber entfallen, wenn die Leistungen auf die Sozialhilfe angerechnet würden. Das Vormundschaftsgericht bestellte der Behinderten eine Ergänzungsbetreuerin für den Aufgabenkreis Durchsetzung bestehender Erbsprüche, insbesondere Pflichtteilsansprüche, aus den Nachlässen der Eltern. Die Betreuerin lehnte eine Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen ab, weil sie in vollem Umfang vom Kläger vereinnahmt werden würden, die Behinderte davon also selbst keinen Nutzen hätte.

Gründe:

Die Revision der Beklagten bleibt ohne Erfolg; die Revision des Klägers führt zum vollen Erfolg seiner Anträge.

I.

Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, durch die Überleitung gemäß § 90 BSHG seien die Pflichtteilsansprüche der behinderten Tochter, die durch das elterliche Testament nach dem Tod des Vaters enterbt worden sei, auf den Kläger übergegangen und könnten von diesem auch geltend gemacht werden. Dass ein Pflichtteilsanspruch nach § 852 Abs. 1 ZPO der Pfändung nur unterworfen ist, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist, und dass ohne diese Voraussetzungen nach §§ 400, 412 BGB auch kein gesetzlicher Forderungsübergang möglich ist, stehe wegen der gesetzlichen Regelung in § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG einem Übergang des Pflichtteilsanspruchs auf den Kläger hier nicht entgegen. Vielmehr gehe der Pflichtteilsanspruch auf den Sozialhilfeträger ohne jede Einschränkung über; insbesondere bleibe dem Pflichtteilsberechtigten nicht persönlich vorbehalten, ob er den Pflichtteilsanspruch geltend machen wolle oder nicht. Die Entschließung der Ergänzungspflegerin vom 13.11.2001, den Pflichtteilsanspruch nicht geltend zu machen, habe das durch den Bescheid vom 29.6.2001 auf den Kläger übergeleitete Pflichtteilsrecht nicht mehr beeinträchtigen können.

Die Verwirkungsklausel im Testament könne entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht dazu führen, § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechend anzuwenden. Wenn das Ausschlagungsrecht des Erben, der im Fall des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB trotz Ausschlagung den Anspruch auf den Pflichtteil behält, nicht nach § 90 BSHG auf den Sozialhilfeträger übergeleitet werden könne, lasse sich daraus nichts gegen eine Überleitung des wie hier auf Enterbung beruhenden Pflichtteilsanspruchs herleiten, auch wenn die Geltendmachung dieses Pflichtteilsanspruchs aufgrund einer testamentarischen Verwirkungsklausel die Enterbung des Pflichtteilsberechtigten in einem anderen Erbfall zur Folge habe. Die Übereinstimmung in den Rechtsfolgen ändere nichts an den Unterschieden in den Voraussetzungen beider Regelungen. Im vorliegenden Fall komme es auf diese Rechtsfragen aber schon deshalb nicht an, weil eine Auslegung des Testaments ergebe, dass die Eltern bei seiner Errichtung der behinderten Tochter nicht das Erbrecht nach dem letztversterbenden Elternteil hätten versagen wollen, wenn nicht die Tochter selbst, sondern der Sozialhilfeträger beim ersten Erbfall Pflichtteilsansprüche geltend mache. Zwar hätten die Eltern den überlebenden Teil sichern und ihre acht Kinder gleich behandeln wollen. Durch die Geltendmachung des Pflichtteils nach dem erstverstorbenen Elternteil würden die anderen Beteiligten hier aber nicht wesentlich benachteiligt. Vor allem hätten die Eltern mit ihren testamentarischen Regelungen erreichen wollen, dass der behinderten Tochter über die Sozialhilfe hinaus Vorteile zufließen; sie hätten ihr das durch Testamentsvollstreckung gegenüber dem Sozialhilfeträger abgeschirmte Erbrecht nach dem letztversterbenden Elternteil auch dann nicht vorenthalten wollen, wenn der Sozialhilfeträger den Pflichtteil nach dem erstversterbenden Elternteil in Anspruch nehmen würde.

Damit sei die behinderte Tochter Miterbin nach ihrer zuletzt verstorbenen Mutter und also auch Erbeserbin nach ihrem Vater geworden. Deshalb stehe ihr und folglich auch dem Kläger aus übergeleitetem Recht kein Anspruch aus § 2314 BGB zu. Dieser Anspruch setze nämlich die Nichterbenstellung des Pflichtteilsberechtigten voraus. Einen Anspruch auf Wertermittlung auf eigene Kosten auf der Grundlage von § 242 BGB wolle der Kläger nicht geltend machen. Auskunft über den Bestand des Nachlasses sei bereits durch den Beklagten im vorliegenden Verfahren erteilt worden. Damit stehe dem Klä-

ger lediglich noch Auskunft über ausgleichspflichtige Zuwendungen und Schenkungen sowie über den Güterstand der Eltern der Behinderten zu. Nur insoweit sei der Klage auf die Berufung stattzugeben. Im Hinblick auf die Stufenklage werde der Rechtsstreit im Übrigen in entsprechender Anwendung von § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen.

II.

1. Demgegenüber machen die Beklagten mit ihrer Revision geltend, die Überleitung des Pflichtteilsanspruchs der Behinderten berechne den Kläger für sich genommen noch nicht dazu, diesen Anspruch auch geltend zu machen. Nach der Rechtsprechung des BGH sei zwischen dem Bestand des Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruchs einerseits und dem Recht zur Geltendmachung dieser Ansprüche andererseits zu unterscheiden. Nur unter besonderen Umständen komme etwa im Unterhaltsrecht eine Obliegenheit des Pflichtteilsberechtigten in Betracht, den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Eine derartige Obliegenheit sei hier nicht festgestellt worden. Der Kläger sei an die Entscheidung der Ergänzungspflegerin, Pflichtteilsansprüche nicht geltend zu machen, gebunden.

2. Dem folgt der Senat nicht.

a) Nach der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs ist Sinn und Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO, mit Rücksicht auf die familiäre Verbundenheit von Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem allein diesem die Entscheidung zu überlassen, ob der Pflichtteilsanspruch gegen den Erben durchgesetzt werden soll; Gläubiger des Pflichtteilsberechtigten sollen diese Entscheidung nicht an sich ziehen können (BGHZ 123, 183, 186; BGH, NJW 1997, 2384 unter 2). Daran anknüpfend hat der früher für das Familienrecht zuständige Senat des Bundesgerichtshofs entschieden, auch wenn sich ein Pflichtteilsberechtigter im allgemeinen Rechtsverkehr frei für oder gegen die Realisierung eines Pflichtteilsanspruchs entscheiden könne, bedeute dies nicht, dass für den Bereich des Unterhaltsrechts notwendig dieselben Grundsätze zu gelten hätten; hier könne eine Obliegenheit bestehen, den Pflichtteilsanspruch zur Befriedigung von Unterhaltsbedürfnissen geltend zu machen (BGH, NJW 1982, 2771 unter 2 b). In Abgrenzung zu diesem Urteil hat der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs dann jedoch ausgesprochen, von den Vermögensbestandteilen, deren Verwertung dem Unterhaltsberechtigten zuzumuten sei, könne ein Pflichtteilsanspruch nicht von vornherein ausgenommen werden; der Verpflichtung zu dessen Verwertung könne sich eine Unterhaltsberechtigte grundsätzlich weder mit dem Argument, zur Befriedigung des Pflichtteilsanspruchs müsse die Erbin unwirtschaftliche Veräußerungen vornehmen, entziehen noch mit der Besorgnis, eine Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gefährde die Aussicht der Pflichtteilsberechtigten, von der Pflichtteilsschuldnerin später als deren Erbin eingesetzt zu werden. Allerdings blieben Zumutbarkeitsgesichtspunkte von Bedeutung (BGH, NJW 1993, 1920 unter II 1 und 2 b).

b) Ähnlich wie die Revision der Beklagten vertritt auch *Muscheler* (Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 235) die Auffassung, die bloße Überleitung des Anspruchs des Pflichtteilsberechtigten auf den Sozialhilfeträger nehme dem Pflichtteilsberechtigten nicht die allein ihm vom Gesetzgeber zugedachte Freiheit, über die Geltendmachung dieses Anspruchs autonom und ohne wirtschaftlichen Druck zu entscheiden. Nur wenn der Pflichtteilsberechtigte den Anspruch (im Sinne von § 852 Abs. 1 ZPO) geltend mache, führe die vorhergehende oder nachträgliche Überleitung nach § 90

Abs. 1 Satz 1 BSHG dazu, dass der Sozialhilfeträger (endgültig) auf den Pflichtteilsschuldner zugreifen könne. Auch das BayObLG hat entschieden, der Sozialhilfeträger könne Pflichtteilsansprüche erst dann für sich verwerten, wenn die Pflichtteilsberechtigten, vertreten durch ihre Ergänzungsbetreuerin, sich zur Geltendmachung dieser Ansprüche entschlossen habe und die in § 852 Abs. 1 ZPO genannten Voraussetzungen vorlägen; die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen sei nämlich allein vom Willen des Berechtigten abhängig, wie auch die Formulierung „kann“ in §§ 2303 Abs. 1 Satz 1, 2325 Abs. 1 und 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB zeige (FGPrax 2003, 268, 270).

c) Nach herrschender Meinung kann der auf Enterbung beruhende Pflichtteilsanspruch dagegen, wenn er auf den Sozialhilfeträger übergeleitet worden ist, von diesem geltend gemacht werden, ohne dass es insoweit auf eine Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten selbst ankäme (vgl. etwa *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2306 Rdnr. 29; *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl., § 2317 Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Roth*, 4. Aufl., § 412 Rdnr. 24; *Staudinger/Busche*, BGB, § 412 Rdnr. 16; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, § 2317 Rdnr. 7; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 35 IV 6 a Fn. 90, S. 832; *Nieder*, NJW 1994, 1264, 1265 m. w. N.; *Krampe*, AcP 191 [1991] 526, 529).

d) Mit dem Berufungsgericht sieht der Senat einen Anhaltspunkt dafür, dass bei Pflichtteilsansprüchen zwischen der Inhaberschaft an einem solchen Anspruch einerseits und der Befugnis zur Geltendmachung andererseits zu unterscheiden sei, lediglich in § 852 Abs. 1 ZPO. Welche Bedeutung dieser Vorschrift über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus zukommt, bedarf hier keiner allgemeinen Entscheidung: Denn § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG bestimmt ausdrücklich, der Übergang eines Anspruchs auf den Sozialhilfeträger werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann. Damit lässt sich aus § 852 Abs. 1 ZPO keinerlei Einschränkung zum Nachteil des Sozialhilfeträgers herleiten. Die Vorschrift des § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG würde ihres Sinnes beraubt, wenn man sie einschränkend dahin verstehen wollte, dass der Pflichtteilsanspruch nur vorbehaltlich einer persönlichen Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten zur Geltendmachung übergeleitet werden könne (so aber *Muscheler*, a. a. O.; wie hier dagegen *van de Loo*, NJW 1990, 2852, 2856; *OLG Frankfurt*, ZEV 2004, 24). Der Sozialhilfeträger wird als Helfer des Sozialhilfeempfängers gerade anders behandelt als andere Gläubiger des Pflichtteilsberechtigten. Strikter als ein Unterhaltsberechtigter muss der Sozialhilfeempfänger auch Pflichtteilsansprüche infolge von § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG vorrangig einsetzen.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Sozialhilfeträger den Pflichtteilsanspruch – wie hier – schon vor einer Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten oder seines Betreuers übergeleitet hat. Ebenso wenig wie der Pflichtteilsberechtigte selbst an seine Entscheidung, den Pflichtteil nicht geltend zu machen, gebunden ist, steht es auch dem Sozialhilfeträger frei, nach einer Überleitung über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs unabhängig von einer etwa schon vorliegenden Äußerung des Pflichtteilsberechtigten oder dessen Betreuers zu entscheiden.

Dem steht nicht entgegen, dass der Sozialhilfeträger in den Fällen des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB – folgt man der herrschenden Meinung – das Recht zur Ausschlagung einer etwa durch Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung beschränkten Erbschaft des Sozialhilfeempfängers nicht auf sich überleiten und ausüben kann (vgl. *MünchKommBGB/Leipold*,

§ 1942 Rdnr. 14; *Bamberger/Roth/Seidl*, § 1942 Rdnr. 12; *AnwKomm/Ivo*, § 1942 Rdnr. 20; *Muscheler*, a. a. O., S. 231; *OLG Stuttgart*, ZEV 2002, 367, 369 m. Anm. *J. Mayer*; *OLG Frankfurt*, ZEV 2004, 24, 25 m. Anm. *Spall*; offen gelassen in BGHZ 123, 368, 379). Denn für das Pflichtteilsrecht hat der Gesetzgeber – anders als etwa für das Erbrecht (§§ 1942 ff. BGB) – kein besonderes Ausschlagungsrecht geschaffen.

III.

Der Kläger wendet sich mit seiner Revision unter Bezug auf §§ 133, 157, 2084 BGB gegen die Auslegung der Verwirkungsklausel durch das Berufungsgericht. Er rügt, durch eine derartige Klausel solle nicht nur auf einen bewussten Ungehorsam eines Erben reagiert, sondern vor allem die im Testament vorgesehene Vermögensverteilung gesichert werden. Die Auslegung des Berufungsgerichts führe aber zu einer von den Eltern nicht gewollten wirtschaftlichen Bevorzugung des behinderten Kindes.

Das Berufungsgericht entnimmt dem gemeinschaftlichen Testament jedoch mit Recht den Willen der Eltern, über eine Sicherung des überlebenden Ehegatten und eine Gleichbehandlung aller Kinder im Schlusserbfall hinaus das Erbe der behinderten Tochter möglichst vor dem Zugriff des Sozialhilfeträgers zu bewahren. Das ist insbesondere aus der Anordnung einer Testamentsvollstreckung für den Erbteil der behinderten Tochter sowie aus den für die Testamentsvollstreckung getroffenen näheren Regelungen des Testaments zu schließen. Mit diesen Zielen ist die vom Kläger vertretene Auslegung der Verwirkungsklausel unvereinbar: Anders als die pflichtteilsberechtigten Geschwister konnte der Sozialhilfeträger von der Geltendmachung des dem behinderten Kind zustehenden Pflichtteilsanspruchs nach dem erstversterbenden Elternteil hier von vornherein nicht durch die Aussicht abgehalten werden, den im Schlusserbfall der Behinderten zugedachten Erbteil zu verlieren. Denn auf den Erbteil der behinderten Tochter nach dem letztversterbenden Elternteil hätte der Sozialhilfeträger ohnehin nicht zugreifen können (§ 2214 BGB). Die Verwirkungsklausel würde bei wortgetreuer Anwendung zu dem geradezu widersinnigen Ergebnis führen, dass der Zugriff auf den Nachlass des erstverstorbenen Elternteils dem Sozialhilfeträger den sonst versperrten Zugriff auf den Nachlass des letztversterbenden Elternteils überhaupt erst eröffnen würde.

Die Verwirkungsklausel muss danach unter Berücksichtigung ihres Sinns im Gesamtzusammenhang des Testaments einschränkend ausgelegt werden. Wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, hätten die Eltern, wenn sie bei Testamenterrichtung die ihren Vorstellungen widersprechenden Folgen der Verwirkungsklausel im Hinblick auf die sich daraus für den Sozialhilfeträger ergebenden Möglichkeiten erkannt hätten, den Fall der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach dem erstverstorbenen Elternteil durch den Sozialhilfeträger vom Anwendungsbereich der Verwirkungsklausel ausgenommen. Damit wird das behinderte Kind zwar gegenüber seinen Geschwistern bevorzugt, weil es trotz Inanspruchnahme des Pflichtteils nach dem erstverstorbenen Elternteil den ihm im Schlusserbfall zugedachten Erbteil nicht verliert. Diese Konsequenz hätten die Eltern aber nach Auffassung des Berufungsgerichts in Kauf genommen. Diese tatrichterliche Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden; sie ist auch überzeugend.

IV.

Auf der Grundlage dieser Auslegung gelangt das Berufungsgericht zutreffend zu dem Ergebnis, dass die behinderte Tochter Mit(vor)erbin nach der zuletzt verstorbenen Mutter

geworden ist. Da die Mutter Alleinerbin des vor ihr verstorbenen Vaters war, ist die behinderte Tochter auch dessen (Mit-) Erbeserin geworden. Daraus hat das Berufungsgericht geschlossen, dass der behinderten Tochter und damit auch dem Kläger die Ansprüche aus § 2314 BGB nicht zustünden, weil sie einen Pflichtteilsberechtigten voraussetzen, der nicht Erbe geworden ist (vgl. BGH, NJW 1993, 2737 unter I.).

Ob dies auch dann gilt, wenn der Pflichtteilsberechtigte wie hier zunächst nicht Erbe war und erst durch einen weiteren Erbfall Erbeserbe geworden ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Der Kläger kann jedenfalls im vorliegenden Fall die dem behinderten Kind als Erben der zuletzt verstorbenen Mutter etwa nach §§ 2027, 2028, 2038, 2057 BGB zustehenden Rechte, sich über Bestand und Wert ihres Nachlasses und des darin enthaltenen Nachlasses des vorverstorbenen Vaters zu informieren, nicht auf sich überleiten. Dem steht die für den Erbteil des behinderten Kindes nach der Mutter angeordnete Testamentsvollstreckung entgegen (§ 2214 BGB). Der Kläger hat also, auch wenn er den Pflichtteilsanspruch erst übergeleitet hat, als das behinderte Kind bereits Erbeserin des Vaters geworden war, lediglich die Rechte eines pflichtteilsberechtigten Nichterben erlangt, wie sie dem behinderten Kind vor dem Tod der Mutter zustanden. Deshalb kann der Kläger auch den der Verwirklichung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Vater dienenden Auskunftsanspruch aus § 2314 BGB geltend machen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Aufsatz von J. Mayer, MittBayNot 2005, 286 (in diesem Heft).

11. HeimG a. F. § 14 Abs. 1; HeimG § 14 Abs. 6 (*Letztwillige Verfügung zugunsten eines Heimträgers*)

Ist eine letztwillige Verfügung zugunsten eines Heimträgers oder der in § 14 Abs. 5 HeimG genannten Personen bereits errichtet und sind auch die sonstigen Voraussetzungen des heimrechtlichen Testierverbots erfüllt, kann im Nachhinein eine heimaufsichtliche Genehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG nicht mehr erteilt werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob im Zeitpunkt der Antragstellung der Testator bereits Heimbewohner ist. (Leitsatz des Rezensenten)

VGH Mannheim, Urteil vom 1.7.2004, 6 S 40/04; eingesandt von Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

Die Klägerin begehrt die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG für die testamentarische Zuwendung einer inzwischen verstorbenen Heimbewohnerin. Die Klägerin ist Eigentümerin des Seniorenheims J. in S., das von dem ihr religiös nahestehenden Verein K. betrieben wird. Am 6.3.1999 zog Frau St. in das Seniorenheim ein, die mit Testament vom 23.6.1998 die Klägerin als ihre Erbin eingesetzt hatte. Dies hatte der Heimleiter im Januar 1999 erfahren und danach bei der Heimaufsichtsbehörde angerufen, um zu erörtern, ob die Behörde die Auffassung vertrete, dass § 14 Abs. 1 HeimG auf die Klägerin Anwendung finde, und ob bei testamentarischen Verfügungen von Heimbewohnern zugunsten der Klägerin errichtete Testamente dem Anwendungsbereich des § 14 Abs. 1 HeimG nicht unterfielen. Am 22.3.1999 stellte der Heimleiter bei der Heimaufsichtsbehörde den Antrag, generell festzustellen, dass von Heimbewohnern zu Gunsten der Klägerin errichtete Testamente dem Anwendungsbereich des § 14 Abs. 1 HeimG nicht unterfielen. Hilfsweise beantragte er, für den Fall der Frau St. eine Ausnahme nach § 14 Abs. 6 HeimG zu genehmigen. Am 24.4.1999 verstarb Frau St. Frau St. habe seit Dezember 1998, zunächst allerdings vorrangig an

ihrem Wohnort W., nach einem Pflegeheimplatz gesucht. Nur vorsorglich habe ihr Betreuer auch beim Seniorenheim J. angefragt. Ende Februar/Anfang März 1999 habe sich der Zustand von Frau St. soweit verschlimmert, dass von einem Notfall habe ausgegangen werden müssen. Der Heimleiter habe Frau St. dann einen Anfang März freiwerdenden Pflegeheimplatz angeboten.

Die Heimaufsichtsbehörde untersagte der Klägerin, sich von oder zu Gunsten von Bewohnern des Seniorenheims J. Geld oder geldwerte Leistungen über das vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen, und lehnte die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG im Fall St. ab.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Der am 22.3.1999 gestellte Antrag sei verspätet, weil die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zu diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr möglich gewesen sei. Die Klägerin trägt vor, bereits bei dem Telefongespräch am 28.1.1999 zwischen dem Heimleiter und dem Landratsamt habe der Heimleiter deutlich gemacht, dass er ein etwa vorher gegebenes Einvernehmen mit dem Testament nicht aufrechterhalten würde, solle dieses gegen § 14 HeimG verstoßen. Im Hinblick auf den vorsorglichen Anruf im Januar 1999 und den Antrag zwei Wochen nach Einzug der Frau St. könne weder auf eine Gefahrenlage noch auf eine Umgehungsabsicht geschlossen werden. Nach der vom Verwaltungsgericht vertretenen Ansicht wäre die Klägerin gezwungen gewesen, einen Ausnahmeantrag bereits zu einem Zeitpunkt zu stellen, zu dem das entsprechende Gesetz, auf das sich der Antrag stütze, auf den Sachverhalt noch gar nicht anwendbar gewesen sei.

Aus den Gründen:

Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, soweit damit die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG begehrt worden ist. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf eine solche Genehmigung; die angefochtenen Bescheide sind insoweit rechtmäßig.

1. Die Erteilung der begehrten Ausnahmegenehmigung richtet sich nach § 14 Abs. 6 HeimG. Danach kann die zuständige Behörde in Einzelfällen Ausnahmen von den Verböten der Absätze 1 und 5 des § 14 HeimG zulassen, soweit der Schutz der Bewohner die Aufrechterhaltung der Verböte nicht erfordert und die Leistungen noch nicht versprochen oder gewährt worden sind. Die hier maßgebliche Fassung des § 14 Abs. 1 HeimG vom 23.4.1990 (BGBl. I, S. 763, 1069), zuletzt geändert am 21.9.1997 (BGBl. I, S. 2390; im Weiteren: § 14 Abs. 1 HeimG a. F.) untersagt es dem Heimträger, sich von oder zu Gunsten von Heimbewohnern Geld- oder geldwerte Leistungen über das vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen. Die Neufassung des § 14 Abs. 1 HeimG vom 5.11.2001 ist hier nicht anwendbar, weil sie erst nach dem Tod von Frau St. in Kraft getreten ist. Zwar folgt aus § 113 Abs. 5 VwGO, dass der Verpflichtungsklage der Klägerin nur dann stattgegeben werden darf, wenn sie im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung einen Anspruch auf die begehrte Ausnahmegenehmigung hat. Ob sie einen solchen Anspruch hat und welcher Beurteilungszeitpunkt maßgebend ist, ergibt sich aber nicht aus dem Prozessrecht, sondern ausschließlich aus dem materiellen Recht (BVerwG, Buchholz 239.2 § 28 SVG Nr. 2, S. 2). Nachdem sich die Neufassung des § 14 Abs. 1 HeimG keine Rückwirkung beimisst und auch nicht den Schutz potentieller Erben, sondern der Heimbewohner bezweckt, ist die Gesetzesfassung maßgeblich, die während des Heimaufenthalts der hier zu schützenden Bewohnerin St. galt.

2. Der Anwendungsbereich des § 14 Abs. 1 HeimG a. F. ist eröffnet:

a. Die Klägerin ist, wie sie inzwischen anerkennt, Heimträgerin im Sinne des § 14 Abs. 1 HeimG. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts Bezug genommen (§ 130 b Satz 2 VwGO).

b. § 14 Abs. 1 HeimG ist auch auf Testamente anwendbar (ebenso die h. A.; vgl. etwa BVerwG, NJW 1990, 2268; BGH, ZEV 1996, 147; s. auch BVerfG, NJW 1998, 2964; *Kunz/Butz/Wiedemann*, HeimG, 9. Aufl. 2003, § 14 Rdnr. 8; LPK-HeimG, 2004, § 14 Rdnr. 5; *Dahlem/Giese/Igl/Klie*, Das Heimgesetz, Stand: Okt. 2002, § 14 Rdnr. 22; *Crößmann/Goberg/Iffland/Mangels*, Heimgesetz, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 5.5; *Gitter/Schmitt*, Heimgesetz, Stand: Sept. 2003, § 14 IV Nr. 1; *Dubischar*, DNotZ 1993, 419, 420; *Petersen*, DNotZ 2000, 739, 740; vgl. dazu auch BT-Drucks. 11/5120, S. 17). Dafür sprechen der Wortlaut der Norm – ein Testament enthält typischerweise ein Leistungsversprechen – wie auch ihr Schutzzweck. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 11/5170, S. 17) ist es Ziel des § 14 HeimG, eine unterschiedliche, privilegierende oder benachteiligende, sachlich nicht gerechtfertigte Behandlung der Bewohner zu verhindern, sie vor finanzieller Ausnutzung oder Benachteiligung, insbesondere durch die nochmalige Abgeltung einer Leistung des Trägers, zu schützen sowie ihre Testierfreiheit zu sichern. Diese Ziele würden unterlaufen, nähme man testamentarische Verfügungen von dem Anwendungsbereich der Verbotsnorm aus.

c. § 14 Abs. 1 HeimG a. F. erfasst auch Fälle wie den vorliegenden, in denen die letztwillige Verfügung bereits vor dem Einzug in das Heim errichtet worden ist. Nach seinem Schutzzweck muss das Verbot in diesen Fällen mit dem Einzug in das Heim greifen. Denn ab diesem Zeitpunkt entsteht für den Heimbewohner, der bereits zu Gunsten des Heimträgers testiert hat, in gleicher Weise wie für denjenigen, der erst nach dem Einzug testiert, die Gefahr einer tatsächlichen Beschränkung seiner Testierfreiheit (KG, NJW-RR 1999, 2; BayObLG, NJW-RR 2001, 295). Die Testierfreiheit bedeutet nicht nur die Freiheit, ein Testament zu errichten, sondern auch, es jederzeit frei widerrufen zu können (vgl. § 2253 BGB). Dadurch unterscheidet sich eine testamentarische Verfügung von einem vor Einzug bereits verbindlichen Leistungsversprechen, etwa einem notariell beurkundeten Schenkungsversprechen (§ 518 Abs. 1 BGB), das § 14 Abs. 1 HeimG a. F. nicht unterfallen dürfte (vgl. dazu BGH, NJW-RR 1995, 1272). Zudem besteht bei Testamenten, auch wenn sie vor Einzug errichtet worden sind, stets die Gefahr einer Störung des von § 14 Abs. 1 HeimG a. F. – auch – geschützten Heimfriedens aufgrund finanzieller Konkurrenz der Bewohner (vgl. BVerfG, a. a. O.).

3. Die Klägerin hat – ungeachtet der Frage, inwieweit § 14 Abs. 6 HeimG bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen noch Raum für eine Ermessensausübung der Behörde zulässt (vgl. dazu etwa *Kunz/Butz/Wiedemann*, § 14 Rdnr. 27) – schon deshalb keinen Anspruch auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG, weil die Leistung bereits versprochen worden ist.

a. „Versprochen-worden-sein“ im Sinne des § 14 Abs. 6 HeimG liegt bei Berücksichtigung der engen systematischen Verknüpfung mit § 14 Abs. 1 HeimG a. F. allerdings nicht bereits dann vor, wenn eine einseitige Versprechenserklärung des Heimbewohners erfolgt ist. Vielmehr ist nach dem Wortlaut der Verbotsnorm des § 14 Abs. 1 HeimG a. F. erforderlich, dass sich der Heimträger die Leistung hat versprechen lassen. Das ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn zwischen Heimbewohner und Heimträger Einvernehmen über die Leistung besteht, wobei auf das Einvernehmen auch aus den Gesamtumständen geschlossen werden kann (BVerwG, NJW 1990, 2268). Zum Teil bejaht die Rechtsprechung die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 HeimG a. F. bereits dann, wenn der Heimträger Kenntnis von der Verfügung erlangt hat und der verfügende Heimbewohner dies weiß (vgl. etwa OLG Karls-

ruhe, ZEV 1996, 146, bestätigt durch BGH, ZEV 1996, 147; BayObLG, NJW-RR 2001, 295). Die Rechtsprechung, die darüber hinaus ausdrücklich die Annahme durch den bedachten Heimträger verlangt, geht jedenfalls dann, wenn der Träger Kenntnis von der Verfügung hatte und durch sein Verhalten oder Äußerungen nichts Gegenteiliges hat erkennen lassen, nach den Gesamtumständen von einem Einvernehmen über die Verfügung aus (vgl. OVG Berlin, Urteil vom 28.3.1989, juris, bestätigt durch BVerwG, NJW 1990, 2268; KG, NJW-RR 1999, 2; BayObLG, NJW 1992, 55; NJW 1993, 1143; ähnlich der Rechtsgedanke des § 151 BGB, wonach eine Annahmeerklärung entbehrlich ist, wenn sie nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist). Dieser letztgenannten Auffassung schließt der Senat sich an; auf ihrer Grundlage lag im maßgeblichen Zeitpunkt Einvernehmen vor.

Der Heimleiter, dessen Kenntnis sich die Klägerin zurechnen lassen muss (ebenso OVG Berlin, a. a. O., bestätigt durch BVerwG, NJW 1990, 2268; BayObLG, NJW-RR 2001, 295; KG, NJW-RR 1999, 2; OLG Karlsruhe, ZEV 1996, 146; BGH, ZEV 96, 147; *Kunz/Butz/Wiedemann*, § 14 Rdnr. 24; *Gitter/Schmidt*, § 14 VIII Nr. 2), hatte bereits mehr als einen Monat vor dem Einzug von Frau St. in das Heim Kenntnis von deren Testament. Nach Aktenlage und dem Vorbringen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung wusste Frau St. um diese Kenntnis; auch war nach den Gesamtumständen bei ihrem Heimeintritt von einem stillschweigenden Einvernehmen zwischen ihr und der Klägerin über die Erbeinsetzung auszugehen. Denn bis zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin weder durch Äußerungen noch durch ihr Verhalten erkennen lassen, dass sie mit der ihr bekannten Erbeinsetzung nicht einverstanden wäre.

Die Auffassung der Klägerin, ein Einvernehmen zwischen ihr und Frau St. zum Zeitpunkt des Einzugs sei bereits im Hinblick auf das Telefonat des Heimleiters mit der Heimaufsichtsbehörde im Januar 1999 zu verneinen, geht fehl. Ihre Bewertung der telefonischen Äußerungen des Heimleiters als vorsorglicher mündlicher Antragstellung wird durch den behördlichen Aktenvermerk über dieses Telefonat widerlegt, ausweislich dessen nur allgemein und ohne Namensnennung über das Testament einer zukünftigen Heimbewohnerin gesprochen wurde. Aus der von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Gesprächsnotiz des Heimleiters über das Telefonat ergibt sich nichts anderes; sie enthält keinerlei Hinweis auf einen ausdrücklichen oder auch nur „konkludenten“ fallbezogenen Antrag. Dementsprechend nimmt auch der schriftliche Antrag vom 22.3.1999 keinerlei Bezug auf das Telefonat. Dass im Nachhinein erkennbar ist, dass das Testament von Frau St. Anlass für das Telefonat war, gibt für die – am damaligen Empfängerhorizont zu orientierende – Auslegung der telefonischen Äußerungen des Heimleiters als Genehmigungsantrag nichts her.

Die Einschätzung der Klägerin, bereits bei dem Telefonat habe der Heimleiter deutlich gemacht, dass er ein etwa vorher gegebenes Einvernehmen mit dem Testament nicht aufrechterhalten würde, sollte dieses gegen § 14 HeimG verstoßen, vermag der Senat schon deshalb nicht zu teilen, weil in dem Telefonat gerade nicht konkret über den Fall St. gesprochen wurde. Im Übrigen hätte es zur Beseitigung des Einvernehmens zwischen Frau St. und der Klägerin einer Äußerung oder eines Verhaltens gegenüber Frau St. bedurft. Zudem hätte eine entsprechende Äußerung oder ein entsprechendes Verhalten, um Auswirkungen auf die Genehmigungsfähigkeit der Erbeinsetzung nach § 14 Abs. 6 HeimG zu haben, noch vor dem Einzug von Frau St., also noch vor der Anwendbarkeit des § 14 HeimG, erfolgen müssen. Daran aber fehlt es hier.

Auch nach Darstellung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung trat von ihrer Seite nach dem Telefonat vom Januar 1999 – bei dem die Sachbearbeiterin dem Heimleiter ausweislich des Aktenvermerks nach behördeninterner Rücksprache mitteilte, die Genehmigungsbefähigung und -fähigkeit testamentarischer Verfügungen werde nur anhand eines konkreten Einzelfalls geprüft – zunächst niemand wegen des Testaments an Frau St. heran. Erst nach deren Einzug und vor Stellung des schriftlichen Genehmigungsantrags soll der Heimleiter wegen der Erbeinsetzung und der Frage der Genehmigungsbefähigung mit Frau St. gesprochen haben. Der Inhalt dieses Gesprächs, zu dessen Klärung die Klägerin in der mündlichen Verhandlung die Zeugenvernehmung des Heimleiters angeregt hat, ist jedoch rechtlich unerheblich. Denn durch dieses Gespräch konnte – ebenso wie durch den nachfolgenden schriftlichen Genehmigungsantrag – das beim Heimeintritt vorhandene Einvernehmen nicht mehr rückwirkend beseitigt werden. Das Gespräch lässt auch keine tatsächlichen Rückschlüsse auf ein fehlendes Einvernehmen bereits zum Zeitpunkt des Einzugs von Frau St. zu, nachdem feststeht, dass aus der maßgeblichen Sicht von Frau St. bis zu diesem Zeitpunkt keine Anhaltspunkte für ein fehlendes Einverständnis der Klägerin mit der letztwilligen Verfügung bestanden. Im Gegenteil konnte Frau St. die bis nach dem Einzug andauernde Untätigkeit der Klägerin nur als konkludente Annahme ihres testamentarischen Leistungsversprechens auffassen.

b. Eine einschränkende Auslegung des § 14 Abs. 6 HeimG derart, dass in der vorliegenden Fallkonstellation ausnahmsweise die nachträgliche Einholung der Ausnahmegenehmigung zuzulassen wäre, scheitert bereits an dem insoweit eindeutigen, nicht auslegungsfähigen Wortlaut des § 14 Abs. 6 HeimG (vgl. zu den Grenzen zulässiger Auslegung etwa BVerfGE 18, 97, 111 und BVerfGE 54, 277, 299). Zudem liefe die Anerkennung einer nachträglichen Genehmigungsmöglichkeit Sinn und Zweck der Regelung des § 14 Abs. 1 HeimG grundlegend zuwider. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 18.12.1987 (BVerwGE 78, 357) noch zur Regelung des § 14 Abs. 1 Satz 1 und 2 HeimG i. d. F. v. 7.8.1974 (BGBl. I, S. 1873) – heute § 14 Abs. 1 und 6 HeimG – für den Fall einer Schenkung ausführlich dargelegt:

„(...) schon der Wortlaut des § 14 Abs. 1 HeimG und der gesetzliche Regelungszusammenhang (legen) die Annahme nahe, dass die Ausnahme nur vor dem Abschluss des verbotenen Rechtsgeschäfts zugelassen werden darf. Diese Annahme wird durch den Sinn und Zweck der Regelung erhärtet. § 14 Abs. 1 HeimG dient dem Schutz der wegen ihrer besonderen Lebenssituation und der daraus folgenden persönlichen Abhängigkeit staatlicher Fürsorge bedürftigen Heimbewohner. Diese sollen vor finanzieller Ausbeutung durch den Heimträger bewahrt werden. Zudem soll (...) verhindert werden, dass der Heimträger mit Rücksicht auf empfangene Zuwendungen einzelne Heimbewohner bevorzugt behandelt oder die anderen Bewohner benachteiligt (...). Nicht gänzlich ausschließen lässt sich ferner, dass ein unseriöser Heimträger materiell interessiert sein kann an dem vorzeitigen Tod eines Heimbewohners, der den durch Heimkosten nicht verbrauchten Restbetrag seines Vermögens dem Heimträger als Schenkung zukommen lässt; auch vor den damit möglicherweise verbundenen Risiken müssen Heimbewohner geschützt werden. (...) Ermittlungsschwierigkeiten sowie die dadurch bedingte Gefahr von behördlichen Fehlentscheidungen (dürfen) bei der Anwendung der Vorschrift nicht vernachlässigt werden. Überdies besteht im Fall der Anerkennung einer nachträglichen Genehmigungsmöglichkeit die Gefahr, dass der Heimträger sich die nachteiligen Folgen des Zeitablaufs bis zur Erteilung der Genehmigung bewusst zunutze macht und den Genehmigungsantrag von vornherein erst für die Zeit nach dem Tod des Heimbewohners oder gar nur für den Fall ins Auge fasst, dass die Wirksamkeit der Zuwendung von irgendjemandem in Zweifel gezogen werden sollte. (...) Nimmt man den Schutzzweck des § 14 Abs. 1 HeimG ernst, so müssen auch derartige Anreize zur Geset-

zesumgehung unterbunden werden, indem die Ausnahmeregelung in § 14 Abs. 1 HeimG strikt ausgelegt und auf vorherige Ausnahmen begrenzt wird. Der mit der Anerkennung einer nachträglichen Genehmigungsmöglichkeit verbundene Schwebezustand läuft schließlich auch dem weiteren Zweck des § 14 Abs. 1 HeimG, nämlich der Erhaltung eines von der Vermögenslage der Heimbewohner unbeeinflussten Heimklimas, unmittelbar zuwider. Denn die vom Gesetzgeber befürchtete Klimastörung kann auch von der Gewährung von Vermögensvorteilen im Sinne von § 14 Abs. 1 Satz 1 HeimG ausgehen, die zwar mangels behördlicher Billigung rechtlich nicht wirksam ist, die aber von allen Beteiligten im Hinblick auf ein laufendes oder künftiges Genehmigungsverfahren als wirksam behandelt wird.“

Diese Erwägungen gelten ohne weiteres auch im Fall der testamentarischen Verfügung zu Gunsten eines Heimträgers.

Durch die Ablehnung einer nachträglichen Genehmigung wird dem Heimträger auch nicht faktisch die Möglichkeit der Erwirkung einer Ausnahmegenehmigung genommen. In der Rechtsprechung wird darauf hingewiesen, dass der Träger die Genehmigung „unverzüglich“ nach der Kenntnisnahme des Testaments beantragen könne (OVG Berlin, Urteil vom 28.3.1989, a. a. O.; vgl. auch BayObLG, NJW 1993, 1143), die Leistung sei mangels ausdrücklich oder schlüssig erklärten Einverständnisses des Heimträgers noch nicht versprochen, wenn er im Anschluss an die Kenntniserlangung dem Heimbewohner die Rechtslage deutlich mache und auf die Notwendigkeit der Einholung einer Ausnahmegenehmigung hinweise (KG, NJW-RR 1999, 2). Diese Erwägung gilt auch hier. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin einen Antrag nach § 14 Abs. 6 HeimG schon vor dem Einzug von Frau St. hätte stellen können. Jedenfalls hatte sie nach Kenntnisnahme des Testaments noch vor dem Einzug von Frau St. ausreichend Gelegenheit, durch entsprechende Äußerungen oder ein entsprechendes Verhalten deutlich zu machen, dass sie bei Einzug mangels Genehmigung nicht (mehr) mit der Zuwendung einverstanden sein würde. Daran wäre sie bei dem zeitlichen Ablauf auch durch die von ihr behauptete Verschlimmerung des Gesundheitszustands von Frau St. Ende Februar/Anfang März nicht gehindert gewesen. Daher war es für sie keineswegs faktisch unmöglich, eine Ausnahmegenehmigung zu erlangen. Deshalb kann sie auch aus dem Umstand, dass in ihrem Fall mit dem Einzug von Frau St. und damit zugleich mit Beginn der Geltung des Verbots des § 14 Abs. 1 a. F. die Möglichkeit der Genehmigung der letztwilligen Verfügung ausgeschlossen war, nichts für sich herleiten.

4. Die Regelung des § 14 Abs. 1 und 6 HeimG a. F. begegnet in ihren hier entwickelten Auswirkungen auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 3.7.1998 (NJW 1998, 2964) ausgeführt, dass das in § 14 HeimG enthaltene Testierverbot legitimen Gemeinwohlzwecken diene und eine übliche und zumutbare Einschränkung der Berufs- und Gewerbefreiheit der Heimträger darstelle, deren berechtigten Interessen bereits durch das Pflegeentgelt Rechnung getragen werde. Auch die als bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie geschützte Testierfreiheit der Heimbewohner wird durch die gerade deren Schutz dienende Regelung des § 14 Abs. 1 und 6 HeimG a. F. nicht unverhältnismäßig beschränkt. Das Bundesverfassungsgericht hat dies u. a. mit der Möglichkeit eines Heimbewohners begründet, in den Fällen, in denen die Genehmigungsfähigkeit einer testamentarischen Verfügung daran scheitere, dass der Bewohner vom begünstigten Heimträger nicht rechtzeitig über den Genehmigungsvorbehalt aufgeklärt worden sei, inhaltsgleich erneut zu testieren (BVerfG, NJW 1998, 2964). Dies gilt grundsätzlich auch in Fallkonstellationen der vorliegenden Art. Dass diese Möglichkeit angesichts des raschen Todes der Frau St. im konkreten Einzel-

fall nur schwer zu realisieren gewesen wäre, gibt angesichts der Befugnis des Gesetzgebers, bei der Ausgestaltung einer Norm zu typisieren (vgl. etwa BVerfGE 17, 1, 23; BVerfGE 101, 275, 293), für die Verfassungswidrigkeit der Regelung des § 14 Abs. 1 und 6 HeimG a. F. nichts her.

Der Senat teilt im Übrigen auch nicht die von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Auffassung, ein Heimbewohner könne seinem letzten Willen schon deshalb nicht durch eine erneute Errichtung eines inhaltsgleichen Testaments Geltung verschaffen, weil das Einverständnis des Heimträgers mit der früheren, wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 HeimG nichtigen testamentarischen Verfügung auch bezüglich neuer, inhaltsgleicher Verfügungen fortwirke. Vielmehr hat der Heimträger es in der Hand, durch entsprechende Äußerungen oder entsprechendes Verhalten klarzustellen, womit er einverstanden ist und womit nicht.

Anmerkung:

Der Gerichtshof befasst sich mit der praxisrelevanten Frage, ob die letztwillige Verfügung zugunsten eines Heimträgers schon vor der Heimaufnahme unwirksam ist oder jedenfalls mit Einzug in das Heim nichtig werden kann, sofern die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen der Verbotsvorschrift des § 14 Abs. 1 HeimG¹ erfüllt sind.

1. Häufig haben Testatoren schon vor dem Einzug, aber auch schon vor Erlangung eines „offiziellen“ Bewerberstatus genaue Vorstellungen von ihrem Aufenthaltsort im fortgeschrittenen Alter und/oder im Pflegefall. Hinzu kommt, dass Heimträger wie etwa Kommunen oder das BRK aufgrund ihrer Größe auch Bereiche abdecken, die den Erblasser aus anderen Motiven zu einer letztwilligen Zuwendung veranlassen können, dieser also u. U. gar nicht will, dass seinem – späteren – Heim etwas über seine heimvertragliche Gegenleistung hinaus zukommen soll. Ähnliches gilt im Bereich kirchlicher Trägerschaften. Ob in diesen Fällen § 14 Abs. 1 HeimG zu reduzieren ist, wenn also z. B. eine Zuwendung an das BRK unter der Auflage erfolgt, diese nicht dem von ihm getragenen speziellen Heim, sondern etwa der Katastrophenhilfe zukommen zu lassen, ist bislang nicht diskutiert worden und m. E. zumindest zweifelhaft. Auch wird grundsätzlich ein Zusammenhang zwischen der Vorteilszuwendung und dem Heimvertrag bis zum Beweis des Gegenteils vermutet.² Der potenzielle Anwendungsbereich des § 14 HeimG dürfte somit häufig weiter sein als man denkt. Hinzu kommt, dass eine nachträgliche Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG durch die zuständige Behörde³ unwirksam wäre;⁴ dies wird durch den VGH zutreffend auf die Fälle letztwilliger Verfügungen übertragen. Entscheidender Zeitpunkt dürfte dabei die

Erlangung der Kenntnis von der letztwilligen Verfügung⁵, nicht aber der Erbfall sein – für den Notar ein entscheidendes Argument, die behördliche Genehmigung schon vor der Beurkundung einzuholen (sofern er hiermit beauftragt wird), da man trotz Belehrung immer damit rechnen muss, dass der Testator sofort nach dem Termin sein Geheimnis „ausplaudert“ und damit sein Testament ungewollt unwirksam macht.

2. Der BGH hatte mit Beschluss vom 27.4.1995⁶ entschieden, dass die Vorschrift des § 14 Abs. 1 HeimG nach ihrem Sinn und Zweck auch auf den „Heimbewerber“ Anwendung finde, also auch die Entschließungsfreiheit vor Eintritt in das Heim schütze. Dieser Auffassung schloss sich u. a. das KG⁷ an. Daraufhin wurde bei der Reform des HeimG⁸ die Vorschrift des § 14 Abs. 1 HeimG tatbestandlich neu gefasst und dabei die „Bewerberinnen und Bewerber um einen Heimplatz“⁹ ausdrücklich in den Anwendungsbereich aufgenommen.

Diese Neufassung war vorliegend jedoch noch nicht anwendbar – es stellt sich deshalb die Frage, wie der Fall aktuell zu lösen gewesen wäre. Auf den ersten Blick scheint hier Klarheit zu herrschen: Wäre die Erblasserin im Zeitpunkt der (nicht genehmigten) Testamentserrichtung bereits „förmliche“ Bewerberin um einen Heimplatz gewesen, so hätte sich die Lösung unmittelbar aus § 14 Abs. 1 HeimG n. F. ergeben, nämlich sofortige Nichtigkeit. Wäre sie nicht einmal Bewerberin gewesen, so wäre möglicherweise im Gegenschluss ihre letztwillige Verfügung wirksam gewesen und geblieben, selbst wenn Bewerbung und Heimaufnahme später noch erfolgt wären.¹⁰ Hierfür könnten der Wortlaut von § 14 Abs. 1 HeimG n. F. sowie die unter Einbeziehung der Reformgesetzgebungsgeschichte geänderte Gesetzessystematik sprechen, wonach das HeimG (nur noch) zwischen Bewerbern und Bewohnern unterscheidet – woraus gefolgert werden könnte, dass Personen in einem dritten Status eben nicht erfasst sein sollen.

Diese Argumentation halte ich nicht für zwingend. Zutreffend ist zwar, dass eine außerhalb einer Heimsituation getroffene letztwillige Verfügung, selbst wenn die Kenntnis des Bedachten vorliegt, zunächst vom Wortlaut des § 14 Abs. 1 HeimG (und dessen *ratio*) nicht erfasst werden kann. Problematisch ist aber gerade, ob die Verfügung dann, wenn im späteren Verlauf der Dinge die Tatbestandsmerkmale des § 14 Abs. 1 HeimG noch hinzutreten (der Testator also Heimbewohner oder wenigstens -bewerber wird), unwirksam werden kann. Hier stellt sich die Frage, ob im Zeitpunkt der Begründung des Heimverhältnisses oder des Bewerberstatus nach Errichtung der letztwilligen Verfügung von einem „Sich-Gewährenlassen“ der Leistung i. S. von § 14 Abs. 1 HeimG überhaupt gesprochen werden kann. Dies wird zum Teil mit der Begründung bezweifelt, dass mit Errichtung der Verfügung und Kenntnis des Bedachten die Leistungsgewährung vollständig abgeschlossen sei.¹¹ Nach anderer Auffassung ist der Tat-

¹ Also insbesondere die Kenntnis von der Zuwendung, vgl. hierzu nur die zusammenfassende Darstellung unter 3 a) der Urteilsgründe.

² BGHZ 110, 235, 238 f.; vgl. auch BayObLG, DNotZ 2005, 56 – Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung, wenn ein Heimmitarbeiter von einer Heimbewohnerin zum Erben eingesetzt wird, nachdem diese in eine außerhalb der Geschäftsaufgabe des Heimmitarbeiters liegende Pflegestation verlegt wird.

³ In Bayern gem. § 1 ZustVHeimG (BayRS 2170-5-2-A) bei kommunalen Einrichtungen und solchen, deren Träger einem Landesverband der freien Wohlfahrtspflege angehören, die Regierungen, im Übrigen die Kreisverwaltungsbehörden.

⁴ So schon BVerwG, NJW 1988, 984, 985, für den Fall der Schenkung; Kunz/Butz/Wiedemann, HeimG, 10. Aufl. 2004, § 14 Rdnr. 29.

⁵ G. Müller in DNotI (Hrsg.), Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 153 ff., 164.

⁶ NJW-RR 1995, 1272.

⁷ NJW-RR 1999, 2.

⁸ 3. Gesetz zur Änderung des HeimG, BGBl 2001 I, S. 2960 ff., in Kraft getreten am 1.1.2002.

⁹ Wann von einem „Bewerber“ um einen Heimplatz gesprochen werden kann, ist allerdings unsicher, vgl. hierzu Kunz/Butz/Wiedemann (Fn. 4), § 14 Rdnr. 4; G. Müller (Fn. 5), S. 163.

¹⁰ So etwa G. Müller (Fn. 5), S. 163 f.

¹¹ Petto, Berufserben? Beschränkungen des erbrechtlichen Erwerbs in Heim- und Dienstverhältnissen, Diss. Würzburg 1999, S. 107.

bestand des „Sich-Gewährenlassens“ mit Errichtung der Verfügung und Inkennntnissetzung des Bedachten noch nicht vollständig erfüllt. Denn die eigentliche geldwerte Leistung, auf die es dem Bedachten ankommt, bestehe im tatsächlichen Erhalt der Werte aus dem Nachlass. Neben der bloßen Bestimmung des Bedachten liege die Leistung, die der Erblasser gegenüber dem Bedachten erbringt, also auch in der Aufrechterhaltung der Verfügung von Todes wegen; demnach sei von einem „Sich-Gewährenlassen“ auch dann auszugehen, wenn sowohl die Errichtung der letztwilligen Verfügung als auch die Inkennntnissetzung des Bedachten zeitlich vor dem Einzug ins Heim oder der Begründung des Bewerberstatus liegen.¹²

Die Gesetzesmaterialien stehen zu der letztgenannten Auffassung nicht im Widerspruch: Die heutige Fassung des § 14 Abs. 1 HeimG fußt auf einer beiläufigen Empfehlung des zuständigen Bundestagsausschusses.¹³ In der Begründung hierzu ist nur von „zukünftigen Heimbewohnerinnen und Heimbewohnern“ die Rede.¹⁴ Damit ist ersichtlich Bezug auf die vorausgegangene Rechtsprechung genommen worden. Aber sowohl der BGH¹⁵ als auch das KG¹⁶ differenzierten ihrerseits gerade nicht zwischen Heimbewerbern i. e. S. und anderen Testatoren vor dem Einzug.

Schließlich spricht für diese Ansicht der Schutzzweck der Norm. Die Gefahr, dass der Erblasser vom Bedachten im Verhältnis zu den anderen Heimbewohnern bevorzugt behandelt wird, besteht unabhängig davon, in welcher Reihenfolge die einzelnen Tatbestandsmerkmale erfüllt worden sind. Zudem werden so Wertungswidersprüche vermieden: Denn in § 14 Abs. 5 HeimG fehlt eine entsprechende Gleichstellung von Bewohnern und Bewerbern. Will man die Gegenposition systematisch konsequent durchhalten, müsste man auch konzedieren, dass nunmehr alle Zuwendungen an Heimleiter, Beschäftigte und sonstige Mitarbeiter „im Vorgriff auf die Heimaufnahme“ stets wirksam seien und dies auch blieben, wenn sie nur vor dem Einzug erfolgten. Dass damit Manipulationsmöglichkeiten Tür und Tor geöffnet wären, die § 14 HeimG insgesamt verhindern will, liegt auf der Hand. Eine solche Schlussfolgerung ist denn auch, soweit ersichtlich, noch nirgends getroffen worden und dürfte auch vom Gesetzgeber im Zuge der Reform des HeimG nicht gewollt gewesen sein.

3. Im Ergebnis sind daher von § 14 Abs. 1 HeimG auch weiterhin letztwillige Verfügungen zugunsten eines Heimträgers erfasst, die zu einem Zeitpunkt errichtet werden, in dem der Testator *weder* Heimbewohner *noch* Heimbewerber war, sofern im weiteren Verlauf die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 1 HeimG hinzu treten, der Testator also in den Status eines „Bewerbers“ einrückt oder seine Heimaufnahme noch erfolgt. Die letztwillige Verfügung ist und bleibt aber selbstverständlich dann wirksam, wenn es nachfolgend zu einer Bewerbung oder Aufnahme nicht (mehr) kommt.

Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. GmbHG § 13 Abs. 2 (*Voraussetzungen der Haftung wegen „existenzvernichtenden Eingriffs“*)

1. Der zur persönlichen Haftung des GmbH-Gesellschafters führende Haftungstatbestand des „existenzvernichtenden Eingriffs“ bezieht sich nicht auf Managementfehler bei dem Betrieb des Gesellschaftsunternehmens, sondern setzt einen gezielten, betriebsfremden Zwecken dienenden Eingriff des Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen voraus.
2. Eine Durchgriffshaftung des GmbH-Gesellschafters gegenüber sämtlichen Gläubigern setzt einen Eingriff in den zu ihrer Befriedigung dienenden Haftungsfonds der Gesellschaft voraus; der Entzug von Sicherungsgut eines einzelnen Gläubigers genügt dafür nicht.

BGH, Urteil vom 13.12.2004, II ZR 256/02; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Der Kläger war von 1979 bis zum 30.6.1994 als Handelsvertreter für die G. GmbH tätig, welche Koffer und andere Reiseartikel herstellte. Ihr Geschäftsführer und mittelbarer Mehrheitsgesellschafter war der Beklagte. Er hielt 94 % der Anteile an der T. BV, die Alleingesellschafterin der G. GmbH war; diese wiederum hielt 53,44 % der Geschäftsanteile der G. GmbH. Sie hatte gegenüber ihren ausländischen Vertriebs-Tochtergesellschaften bereits ab 1992 überfällige Forderungen von ca. 3,8 Mio. DM, die in der Folge noch zunahmen. Im April 1994 veräußerte die G. GmbH, vertreten durch den Beklagten, ihren gesamten – bereits vorher an ihre Hausbank zur Sicherung übereigneten – Fertigwarenbestand zum Kaufpreis von ca. 3,6 Mio. DM und im Juni 1994 ihre ebenfalls sicherungsübereigneten Rohmaterialien zum Kaufpreis von ca. 1,6 Mio. DM – jeweils mit zweijährigem Zahlungsziel – an die Beklagte zu 2, die H. GmbH, welche den Kaufpreis nicht bezahlte und am 1.12.1995 in Konkurs ging. Bereits zuvor am 14.7.1994 war über das Vermögen der G. GmbH das Konkursverfahren eröffnet worden, das schließlich im Mai 1999 mangels Masse eingestellt wurde.

Mit seiner Ende 1994 erhobenen Klage nimmt der Kläger den Beklagten – das Verfahren gegen die Beklagte zu 2 ist gemäß § 240 ZPO unterbrochen – u. a. nach den Grundsätzen der „Konzernhaftung“ sowie wegen Konkursverschleppung auf Begleichung seiner aus der Zeit nach November 1993 herrührenden Provisionsforderungen gegen die G. GmbH in Höhe von 128.371,53 DM (65.635,32 €) in Anspruch. Die erstinstanzlich abgewiesene Klage hatte in zweiter Instanz Erfolg. Dagegen richtet sich die – von dem Senat auf Nichtzulassungsbeschwerde zugelassene – Revision des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Entgegen der Ansicht der Revision geht das Berufungsgericht allerdings zutreffend davon aus, dass der Kläger in seiner Berufungsbegründung die Gründe für die erstinstanzliche Klageabweisung hinreichend angegriffen hat (§ 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO a. F. i. V. m. § 26 Nr. 5 EGZPO) und seine Berufung daher zulässig war. In dem erstinstanzlichen Urteil vom 8.9.1999 wird ausgeführt, der Kläger könne von dem Beklagten nach den Grundsätzen der Haftung im qualifiziert faktischen Konzern in Anbetracht des (vermeintlich) noch nicht abgeschlossenen Konkursverfahrens über das Vermögen der G. GmbH „zur Zeit“ nicht Zahlung, sondern nur Sicherheit entsprechend § 303 AktG verlangen (vgl. dazu BGHZ 95, 330, 347). Davon abgesehen sei die Klage aber auch deshalb unbegründet, weil die Beweisaufnahme einen Missbrauch der Konzernleitungsmacht des Beklagten nicht ergeben habe. Da

¹² Rastätter, Der Einfluss des § 14 HeimG auf Verfügungen von Todes wegen, 2004, S. 106.

¹³ Vgl. BT-Drucks. 14/6366, S. 16.

¹⁴ BT-Drucks. 14/6366, S. 32.

¹⁵ NJW-RR 1995, 1272.

¹⁶ NJW-RR 1999, 2.

der letztere Abweisungsgrund weiter reichte als der erste, genügte es, jenen in der Berufungsbegründung anzugreifen, und schadet es nicht, dass der Kläger erst in einem späteren Schriftsatz vorgetragen hat, das Konkursverfahren sei am 17.5.1999 eingestellt worden (vgl. BGHZ 143, 169), was er vorher offenbar noch nicht wusste. Davon abgesehen hat der Kläger seine Ansprüche in der Berufungsbegründung auch auf eine Haftung des Beklagten wegen Konkursverschleppung (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG; dazu BGHZ 126, 181) gestützt und damit den ersten Abweisungsgrund des landgerichtlichen Urteils angegriffen. Unklarheiten über den Umfang des eingelegten Rechtsmittels bestanden – entgegen der Ansicht der Revision – schon in Anbetracht des auf Zahlung und nicht nur auf Sicherheitsleistung gerichteten Berufungsantrags nicht.

II. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte sei aufgrund seiner verschiedenen Gesellschaftsbeteiligungen als „Unternehmen“ anzusehen. Er habe seine Leitungsmacht zum einen dadurch missbraucht, dass er die ungedeckt gebliebenen Forderungen der G. GmbH gegen ihre ausländischen Vertriebstöchter 1991/92 ohne Wertberichtigung immer weiter habe anwachsen lassen, ohne auf alsbaldiger Zahlung zu bestehen oder nur noch gegen Vorkasse zu liefern. Solche Handlungsweise entspreche nicht „kaufmännisch vernünftigem Wirtschaften“, sondern zeige, dass er mit Rücksicht auf den Konzern Belange der G. GmbH vernachlässigt habe. Zum anderen habe er seine Leitungsmacht durch zwei – Gegenstand seiner strafgerichtlichen Verurteilung gewesene – Unterschlagungshandlungen missbraucht, indem er die an die Hausbank der G. GmbH sicherungsübereigneten Fertigwaren und Rohmaterialien an die Beklagte zu 2 mit langfristigem Zahlungsziel veräußert habe. Die der G. GmbH durch diese Handlungen zugefügten Nachteile ließen sich durch Einzelansprüche gegen den Beklagten nicht mehr kompensieren, nachdem das Konkursverfahren eingestellt worden sei und der Beklagte selbst die eidesstattliche Versicherung gemäß § 807 ZPO abgegeben habe. Er hafte deshalb für die Provisionsforderungen des Klägers entsprechend §§ 302 f. AktG. Offen bleiben könne, ob der Vortrag des Klägers zu einer daneben geltend gemachten Haftung des Beklagten wegen Konkursverschleppung verspätet sei, was kaum anzunehmen sein dürfte.

III. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Das angefochtene Urteil stützt sich auf die inzwischen überholte – im Übrigen auch nicht richtig angewendete – Rechtsprechung des Senats zur Haftung im qualifiziert faktischen Konzern (vgl. dazu BGHZ 122, 123 m. w. N.). Nach der neueren Rechtsprechung des Senats (BGHZ 149, 10, 16 f.; 150, 61, 67 f.; 151, 181, 186 f.) haftet der Gesellschafter einer GmbH für die Gesellschaftsschulden persönlich, wenn er auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens keine Rücksicht nimmt und der Gesellschaft durch offene oder verdeckte Entnahmen ohne angemessenen Ausgleich Vermögenswerte entzieht, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt (sog. „existenzvernichtender Eingriff“). Greift er auf das der Gesellschaft überlassene und als Haftungsfonds erforderliche Vermögen zu und bringt dadurch die Gesellschaft in die Lage, ihre Verbindlichkeiten nicht mehr oder nur noch in geringerem Maß erfüllen zu können, missbraucht er die Rechtsform der GmbH. Damit verliert er grundsätzlich die Berechtigung, sich auf die Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG zu berufen, soweit sich die der Gesellschaft insgesamt zugefügten Nachteile nicht mehr quantifizieren lassen und daher nicht bereits durch Ansprüche nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden können (BGHZ 151, 181).

2. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts tragen eine Haftung des Beklagten nach diesen Grundsätzen nicht.

a) Entgegen der Ansicht der Revision scheitert eine Haftung des Beklagten nach obigen Grundsätzen zwar nicht daran, dass er nicht unmittelbar Gesellschafter der G. GmbH war. Der Hinweis der Revision auf das Senatsurteil vom 18.6.2001 (II ZR 212/89, BGHZ 148, 123) geht fehl. Dieses Urteil betrifft den konzernspezifischen Minderheitenschutz; hier dagegen geht es um den Schutz der Gesellschaft und ihrer Gläubiger vor unerlaubten Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen. In diesem Rahmen ist – ebenso wie im Rahmen der §§ 30 f. GmbHG (vgl. BGHZ 81, 311, 315 f.; BGH, II ZR 70/98, NJW 1999, 2822) – ein mittelbarer jedenfalls dann wie ein unmittelbarer Gesellschafter zu behandeln, wenn er über eine zwischengeschaltete Holding einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben kann (vgl. BGH, II ZR 206/02, ZIP 2005, 117). Das ist bei dem Beklagten aufgrund seiner Mehrheitsbeteiligung an der T. BV und deren mittelbarer Mehrheitsbeteiligung an der G. GmbH der Fall. Er hat überdies nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Geschäftspolitik der G. GmbH – über seine Geschäftsführerfunktion hinaus – auch maßgeblich und nachhaltig bestimmt.

Dass der Beklagte die G. GmbH über eine ausländische Holding beherrschte, steht der Anwendung deutschen Rechts nicht entgegen. Maßgeblich ist hier wie auch im internationalen Konzernrecht die Rechtsordnung, der die abhängige Gesellschaft untersteht (vgl. *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 3. Aufl., § 311 Rdnr. 21 m. w. N.).

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts liegt aber weder ein „Missbrauch der Leitungsmacht“ im Sinne der früheren Rechtsprechung des Senats noch ein unerlaubter Eingriff des Beklagten in das Gesellschaftsvermögen im Sinne der neueren Rechtsprechung des Senats darin, dass der Beklagte im Jahr 1992 fällige Forderungen gegen die ausländischen Vertriebstöchter der G. GmbH hat anwachsen lassen, diesen also Kredit gewährt hat. Die damit verbundene finanzielle Stützung der Tochtergesellschaften kam mittelbar auch der G. GmbH nicht nur aufgrund ihres Anteilsbesitzes, sondern vor allem deshalb zugute, weil die Tochtergesellschaften Bestandteil des Vertriebssystems waren, auf das die G. GmbH für den Absatz ihrer Produkte angewiesen war. Aus dieser Sicht dienten die faktischen Forderungsstundungen – mangels hinreichender gegenteiliger Anhaltspunkte – der Förderung oder Erhaltung der Vertriebsorganisation der G. GmbH und waren damit eine Maßnahme im Betrieb ihres Unternehmens. Dass der Beklagte dabei im Jahr 1992 zu großzügig verfuhr und erst ab 1993 – nach Ansicht des Berufungsgerichts zu spät – dazu überging, insbesondere die französische Vertriebstochter nur noch gegen Vorkasse zu beliefern, mag, wie das Berufungsgericht feststellt, nicht einem „kaufmännisch vernünftigen Wirtschaften“ entsprochen haben und damit unter den gegebenen Umständen eine unternehmerische Fehlleistung gewesen sein. Der Haftungsstatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs bezieht sich aber nicht auf Managementfehler im Rahmen des Betriebs des Unternehmens im weitesten Sinne, sondern setzt den gezielten, betriebsfremden Zwecken dienenden Entzug von Vermögenswerten voraus, welche die Gesellschaft zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten benötigt. Demgegenüber zeigt der – wenn auch verspätete – Übergang des Beklagten zu Vorkassielieferungen, dass er nicht darauf abzielte, der G. GmbH die von ihr gelieferte Ware zum Nachteil ihrer Gläubiger ohne Gegenleistung der Vertriebstöchter zu entziehen, was ihm im Übrigen nur im Rahmen eines Gesamtplans, auch den Vertriebstöchtern die Ware oder

den Veräußerungserlös zu entziehen, einen Vorteil gebracht hätte. Derartiges hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Ebenso wenig liegen hier hinreichende Anhaltspunkte für eine Haftung des Beklagten aus § 826 BGB wegen planmäßiger Vermögensverlagerung vor (vgl. BGH, II ZR 302/02, ZIP 2004, 2138).

Soweit das Berufungsgericht dem Beklagten vorhält, dass er eine nach Sachlage gebotene Wertberichtigung der stehengelassenen Forderungen unterlassen habe, hat das mit den o. g. Haftungsgrundlagen nichts zu tun; dieser Gesichtspunkt könnte allerdings für eine etwaige Haftung des Beklagten wegen Konkursverschleppung von Bedeutung sein (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG; dazu BGHZ 126, 181). Abschließende Feststellungen dazu hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

c) Schließlich lässt sich, wie die Revision zu Recht rügt, eine Durchgriffshaftung des Beklagten auch nicht auf dessen „Unterschlagungshandlungen“ stützen, die Gegenstand seiner strafgerichtlichen Verurteilung gewesen sind. Sie betrafen Fertigwaren und Rohmaterialien, welche die G. GmbH an ihre Bank zur Sicherung übereignet hatte. Indem der Beklagte das – für die Bank „reservierte“ – Sicherungsgut namens der G. GmbH außerhalb des regulären Geschäftsgangs gegen langfristiges Zahlungsziel an die Beklagte zu 2 veräußerte, beging er zwar eine Unterschlagung gegenüber der Bank, griff aber insoweit nicht zum Nachteil der übrigen Gesellschaftsgläubiger unter Einschluss des Klägers in das Gesellschaftsvermögen ein. Ein Wegfall der Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG und damit eine Durchgriffshaftung des Gesellschafters gegenüber sämtlichen Gesellschaftsgläubigern (vgl. oben III 1) kommt nur bei einem Eingriff in den zu ihrer Befriedigung dienenden Haftungsfonds in Betracht.

IV. Nach allem kann das angefochtene Urteil mit der ihm von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Die Sache ist aber nicht entscheidungsreif, weil es dazu noch tatrichterliche Feststellungen unter Berücksichtigung der nunmehrigen Rechtsprechung des Senats bedarf. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die von dem Berufungsgericht nur unter dem verfehlten Gesichtspunkt der Unterschlagung gewürdigte Verlagerung nicht nur des Warenbestandes, sondern – nach den von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts – auch des Vertriebssystems sowie des Kundenstamms der G. GmbH auf die offenbar ebenfalls von dem Beklagten beherrschte Beklagte zu 2. Es liegt nahe, dass der G. GmbH durch die von dem Beklagten vorgenommenen Eingriffe in ihrer Gesamtheit (vgl. BGH, II ZR 206/02) die Existenzgrundlage entzogen wurde, wofür auch das wenig später eröffnete Konkursverfahren spricht. Abgesehen davon, dass sie keinen Ausgleich für die Übertragung ihres Kundenstamms erhielt, stand ihr infolge des von dem Beklagten zu 1 zugunsten der Beklagten zu 2 vereinbarten langfristigen Zahlungsziels von zwei Jahren aktuell weder der – ihre Bankverbindlichkeiten evtl. übersteigende – Gegenwert für die veräußerten Waren zur Verfügung, noch konnte sie durch den Verkauf der Waren im regulären Geschäftsbetrieb nennenswerte Einnahmen zur Deckung ihrer laufenden Kosten erzielen. Ihr alsbaldiger Zusammenbruch war damit vorprogrammiert.

Wie der Senat bereits entschieden hat, kann der Gesellschafter einer GmbH den Gesellschaftsgläubigern auch dann wegen existenzvernichtenden Eingriffs oder auch aus § 826 BGB haftbar sein, wenn er der Gesellschaft Geschäftschancen und Ressourcen mit dem Ziel entzieht, sie auf eine andere von ihm beherrschte Gesellschaft zu verlagern (BGH,

ZIP 2004, 2138; BGH ZIP 2005, 117). Das setzt allerdings voraus, dass wirtschaftlich verwertbare Geschäftschancen überhaupt noch bestanden, deren Nutzung eine günstigere Gestaltung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft im Hinblick auf ihre Fähigkeit zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten ermöglicht hätte. Ist dies der Fall, haftet der Gesellschafter wegen existenzvernichtenden Eingriffs der Höhe nach unbeschränkt, sofern nicht die zugefügten Nachteile bereits nach den Regeln der §§ 30 f. GmbHG ausgeglichen werden können oder der Gesellschafter nachweist, dass der Gesellschaft im Vergleich zu der Vermögenslage bei redlichem Verhalten nur ein begrenzter – und dann in diesem Umfang auszugleichender – Nachteil entstanden ist. Eine masselose Insolvenz der Gesellschaft schließt einen solchen Nachweis nicht aus (BGH, ZIP 2005, 117).

Zu den unter den genannten Gesichtspunkten zu prüfenden Verhältnissen der G. GmbH hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Die Zurückverweisung gibt ihm Gelegenheit, dies nachzuholen. Weiter wird das Berufungsgericht erforderlichenfalls auch eine Haftung des Beklagten gegenüber dem Kläger aus Konkursverschleppung (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG) zu prüfen haben.

13. §§ 11, 15 GmbHG (*Fehlerhafter Gesellschafterwechsel in der Vor-GmbH*)

1. **Vor der Eintragung einer GmbH in das Handelsregister bestehen noch keine Geschäftsanteile. Ein Gesellschafterwechsel in der Vorgesellschaft ist daher nur durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages möglich.**
2. **Auf einen fehlerhaften Gesellschafterwechsel in der Vorgesellschaft sind die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht anwendbar.**

BGH, Urteil vom 13.12.2004, II ZR 409/02

Die Klägerin schloss mit der nicht im Handelsregister eingetragenen Z. GmbH einen Subunternehmervertrag, aus dem ihr ein Restwerklohn i. H. v. 34.991,34 € zusteht. Die Z. GmbH war 1997 von den Gesellschaftern Za., K., A. und M. Kr. gegründet worden. Jeder Gesellschafter sollte einen Geschäftsanteil i. H. v. 12.500 DM übernehmen. M. Kr. übertrug ihren Anteil teilweise auf den Mitgesellschafter Za. und teilweise auf ihren Ehemann B. Kr. Dieser erklärte sodann seinen Austritt aus der Gesellschaft. Nach zwischenzeitlichem Abschluss des Subunternehmervertrages mit der Klägerin übertrug Za. mit notariellem Vertrag vom 16.1.1998 seinen Anteil teilweise, nämlich i. H. v. 10.000 DM, auf den Beklagten. Der Anteil von B. Kr. und weitere Teil-Anteile der übrigen Gesellschafter wurden auf einen weiteren Erwerber N. übertragen. Auf diese Weise sollten Za., K., A., der Beklagte und N. mit je 10.000 DM an der Gesellschaft beteiligt sein. Noch am 16.1.1998 hielten diese Personen eine Gesellschafterversammlung ab.

Auch in der Folgezeit kam es nicht zu der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister. Am 9.4.1998 stellte die Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit ein. Ein Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens wurde mangels Masse abgelehnt. Mit Schreiben vom 27.5.1998 erklärte der Beklagte die Anfechtung seiner Beitrittserklärung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung.

Die Klägerin meint, der Beklagte sei Mitglied der Vorgesellschaft geworden und hafte als solches für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich. Dementsprechend nimmt sie ihn auf Zahlung des Restwerklohns in Anspruch.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr teilweise stattgegeben. Dagegen richten sich die in dem angefochtenen Urteil zugelassenen Revisionen beider Parteien.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Das Rechtsmittel des Beklagten hat dagegen Erfolg und führt zur vollständigen Klageabweisung.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Beklagte sei nicht Gesellschafter der Z. GmbH in Gründung geworden, weil in dem Gründungsstadium einer GmbH eine Anteilsübertragung unwirksam sei und ein neuer Gesellschafter nur durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages aufgenommen werden könne, zu der es hier nicht gekommen sei. Dennoch hafte der Beklagte, weil er sich nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft wie ein Gesellschafter der Vorgesellschaft behandeln lassen müsse. Die Gesellschaft sei werbend tätig gewesen. Auf die Anfechtbarkeit der Beitrittserklärung komme es nicht an, weil die Anfechtung jedenfalls nur für die Zukunft wirksam sein könne. Nach den somit anwendbaren Grundsätzen der Verlustdeckungshaftung der Vorgesellschafter hafte der Beklagte für die Schulden der Vorgesellschaft unbeschränkt, allerdings nur anteilmäßig entsprechend seiner Beteiligung an der Gesellschaft. Da die Gesellschaft vermögenslos sei, bestehe insoweit eine Außenhaftung im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern.

II.

Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

1. Zutreffend und von den Revisionen auch nicht beanstandet ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte sei nicht Gesellschafter der Vorgesellschaft geworden. Nach der Rechtsprechung des Senats besteht vor der Eintragung der GmbH noch kein Geschäftsanteil, der übertragen werden kann. Möglich ist nur die Übertragung des künftigen Geschäftsanteils, die aber erst mit der Eintragung der GmbH in das Handelsregister wirksam wird. Zuvor ist eine Veränderung des Gesellschafterkreises nur durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages möglich (BGHZ 29, 300, 303; BGH, II ZR 123/94, NJW 1997, 1507, insoweit in BGHZ 134, 333 nicht abgedruckt). Eine solche Vertragsänderung ist hier nicht erfolgt, weil nicht alle Mitglieder der Vorgesellschaft an der notariellen Vereinbarung vom 16.1.1998 beteiligt waren. Es fehlte M. Kr., die ihre Mitgliedschaft wiederum nicht wirksam auf den Mitgesellschafter Za. und ihren Ehemann B. Kr. übertragen hatte. Selbst wenn seinerzeit eine Änderung des Gesellschaftsvertrages beabsichtigt gewesen sein sollte, fehlte es für deren Wirksamkeit an der notariellen Beurkundung, wie das Berufungsgericht fehlerfrei festgestellt hat.

2. Unzutreffend ist aber die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft wie ein Gesellschafter der Vorgesellschaft zu behandeln.

Für den Fall einer mit einem Rechtsmangel behafteten Übertragung eines GmbH-Anteils hat der Senat unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung angenommen, dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht anwendbar sind, die Anteilsübertragung also von Anfang an unwirksam ist (BGH, II ZR 25/89, NJW 1990, 1915, 1916; BGH, II ZR 3/94, ZIP 1995, 1085, 1086; anders noch BGH, II ZR 154/73, WM 1975, 512, 514). Die Gesellschaft ist lediglich nach § 16 Abs. 1 GmbHG berechtigt und verpflichtet, denjenigen als Gesellschafter zu behandeln, der als Erwerber des Geschäftsanteils bei ihr angemeldet ist. Damit ist ihrem Schutzbedürfnis in ausreichendem Maße Rechnung getragen. Eines zusätz-

lichen Schutzes durch die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft bedarf es nicht.

Das Berufungsgericht hat gemeint, diese Rechtsprechung sei auf die fehlerhafte Anteilsübertragung in einer Vorgesellschaft nicht übertragbar, weil sie auf nur für die eingetragene GmbH geltende Vorschriften abstelle (ebenso für das Personengesellschaftsrecht *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl., § 105 Rdnr. 94; anders *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 6 V 2 b; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl., § 705 Rdnr. 374). Dem ist nicht zu folgen. Auf die Vorgesellschaft sind die für die GmbH geltenden Regeln anzuwenden, soweit sie nicht eine Eintragung im Handelsregister voraussetzen. Diese Ausnahme greift hier nicht ein. Das Erfordernis einer Gesellschaftsvertragsänderung zur Auswechslung eines Gesellschafters setzt gerade voraus, dass die Gesellschaft noch nicht im Handelsregister eingetragen ist.

Danach ist der Beklagte nicht wie ein Gesellschafter der Z. GmbH in Gründung zu behandeln. Als er und der Gesellschafter Za. am 16.1.1998 die Anteilsübertragung vereinbarten, bestand die Gesellschaft noch als Vorgesellschaft. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts wurde die Eintragung in das Handelsregister nämlich jedenfalls noch bis zum 30.1.1998 betrieben.

3. An dieser Rechtslage hat sich in der Folgezeit nichts geändert. Zwar hat die Vorgesellschaft ihre Absicht, die Gesellschaftsgründung in das Handelsregister eintragen zu lassen, aufgegeben. Damit mag sie zu einer OHG oder GbR geworden sein (vgl. BGHZ 80, 129, 142 f.; offen gelassen in BGHZ 134, 333, 341). Der Kreis der Gesellschafter hat sich dadurch aber nicht verändert.

4. Nach allem kommt allein eine Haftung des Beklagten nach Rechtsscheinsgrundsätzen in Betracht. Aber auch deren Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Dabei kann offen bleiben, ob der Beklagte durch die Teilnahme an der Gesellschafterversammlung vom 16.1.1998 oder durch ein späteres Verhalten nach außen den Rechtsschein gesetzt hat, Gesellschafter der Vorgesellschaft zu sein, oder ob es sich dabei nur um interne, allein die Gesellschafter betreffende Vorgänge gehandelt hat. Denn jedenfalls hat die Klägerin nicht auf einen etwaigen Rechtsschein vertraut. Der Subunternehmervertrag, aus dem sie ihren Anspruch herleitet, war schon zuvor geschlossen worden.

14. BRAO §§ 59 c, 59 h (*Umwandlung einer Rechtsanwalts-GmbH in eine Rechtsanwalts-AG*)

1. **Die Umwandlung einer als Rechtsanwaltsgesellschaft zugelassenen GmbH in eine Aktiengesellschaft rechtfertigt nach § 59 h Abs. 3 i. V. m. § 59 c Abs. 1 BRAO den Widerruf der Zulassung als Rechtsanwalts-gesellschaft.**
2. **Eine Aktiengesellschaft hat Anspruch auf Zulassung als Rechtsanwalts-gesellschaft, sofern sie die wesentlichen Voraussetzungen für die Zulassung in Anlehnung an die §§ 59 c ff. BRAO erfüllt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Beschluss vom 10.1.2005, AnwZ (B) 27/03 und AnwZ (B) 28/03

Die 2000 gegründete „DWP Rechtsanwalts-gesellschaft mbH“ wurde 2001 in das Handelsregister eingetragen und als Rechtsanwalts-gesellschaft nach § 59 c BRAO zugelassen. Nach Maßgabe des Be-

schlusses der Gesellschafterversammlung vom 27.9.2001 entstand durch Umwandlung im Wege des Formwechsels dieser Gesellschaft die „DWP Rechtsanwaltsaktiengesellschaft“, die am 14.2.2002 in das Handelsregister eingetragen wurde. Die Antragsgegnerin widersprach mit Verfügung vom 18.6.2002 gegenüber der Antragstellerin die der „DWP Rechtsanwaltsgesellschaft mbH“ erteilte berufsrechtliche Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft; mit einem weiteren Bescheid vom selben Tag lehnte die Antragsgegnerin den von der Antragstellerin hilfsweise gestellten Antrag ab, in der Rechtsform der Aktiengesellschaft erneut als Rechtsanwaltsgesellschaft zugelassen zu werden. Der Anwaltsgerichtshof hat die Anträge auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Dagegen richten sich die sofortigen Beschwerden der Antragstellerin.

Aus den Gründen:

I.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin im Verfahren über den Widerruf der Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft (AnwZ (B) 27/03) ist zulässig (§ 42 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 BRAO), hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Die berufsrechtliche Zulassung der Antragstellerin als Rechtsanwaltsgesellschaft ist von der Antragsgegnerin nach dem Formwechsel der Gesellschaft mit Recht widerrufen worden.

Nach § 59 h Abs. 3 BRAO ist die berufsrechtliche Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft unter anderem dann zu widerrufen, wenn die Rechtsanwaltsgesellschaft nicht mehr die Voraussetzungen des § 59 c BRAO erfüllt. Dies ist bei der Antragstellerin der Fall. Sie ist nicht mehr, wie es § 59 c Abs. 1 BRAO für die Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft verlangt, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Dem Widerruf steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin ihre Rechtsform durch einen Formwechsel nach §§ 190 ff. UmwG geändert hat. Trotz des identitätswahrenden Charakters der formwechselnden Umwandlung war die Antragsgegnerin zum Widerruf der berufsrechtlichen Zulassung berechtigt, weil die Zulassung von personenbezogenen Voraussetzungen abhängt (insbesondere §§ 59 e und 59 f BRAO), deren Fortbestand bei einem Formwechsel der Gesellschaft nicht gewährleistet ist. Die erteilte Zulassung geht deshalb, wie bereits der Bundesfinanzhof ausgeführt hat, bei einer Umwandlung nicht automatisch mit über, sondern muss neu erteilt werden (BFH, Beschluss vom 3.6.2004, IX B 71/04, GmbHR 2004, 1105 = BFH/NV 2004, 1290). Dem schließt sich der Senat an.

II.

Die sofortige Beschwerde in dem Verfahren über den Hilfsantrag der Antragstellerin, in ihrer geänderten Rechtsform als Aktiengesellschaft erneut als Rechtsanwaltsgesellschaft zugelassen zu werden (AnwZ (B) 28/03), ist begründet und führt zur Verpflichtung der Antragsgegnerin, über diesen Antrag neu zu entscheiden.

Die Antragstellerin kann – unter bestimmten Voraussetzungen – auch in ihrer neuen Rechtsform als Aktiengesellschaft beanspruchen, als Rechtsanwaltsgesellschaft zugelassen zu werden. Dies ergibt sich allerdings nicht unmittelbar aus der Bundesrechtsanwaltsordnung, denn die §§ 59 c ff. BRAO sehen die Zulassung einer Aktiengesellschaft als Rechtsanwaltsgesellschaft nicht vor. Gleichwohl hat auch eine Aktiengesellschaft einen dahingehenden Anspruch, sofern sie die wesentlichen Voraussetzungen für die Zulassung einer Kapitalgesellschaft als Rechtsanwaltsgesellschaft in Anlehnung an die Bestimmungen in §§ 59 c ff. BRAO erfüllt. Dies folgt aus höherem Recht (Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG).

1. Die Aktiengesellschaft hat als juristische Person des Privatrechts gemäß Art. 12 Abs. 1 GG das Grundrecht auf freie Berufswahl. Daraus folgt ihr Recht, Aufträge zu übernehmen,

die zur Berufstätigkeit von Rechtsanwälten gehören, wenn ihr nicht eine solche Tätigkeit durch Regelungen verboten ist, die mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind. Denn für die Beurteilung, ob eine Aktiengesellschaft Anwaltsaufträge übernehmen darf, kommt es nicht maßgeblich darauf an, ob es gesetzliche Bestimmungen gibt, die diese Tätigkeit zulassen; vielmehr ist umgekehrt zu prüfen, ob es rechtliche Regelungen gibt, die eine entsprechende Berufsausübung verbieten, und ob solche Regelungen, falls und soweit sie bestehen, mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind (BGHZ 124, 224, 225 zur Tätigkeit einer Zahnbehandlungs-GmbH). Ein solches gesetzliches Verbot für die Tätigkeit einer Aktiengesellschaft auf dem Gebiet der anwaltlichen Berufsausübung besteht nicht, so dass eine derartige Tätigkeit grundsätzlich zulässig ist (so bereits BayObLG, NJW 2000, 1647; *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl., vor § 59 c Rdnr. 18 f.; vgl. auch *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl., § 59 a Rdnr. 34 und § 59 c Rdnr. 8).

a) Aus der Bundesrechtsanwaltsordnung ergibt sich nichts Gegenteiliges. Zwar sieht § 59 c Abs. 1 BRAO nur vor, dass Gesellschaften mit beschränkter Haftung, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, unter den in § 59 d BRAO näher bestimmten Voraussetzungen als Rechtsanwaltsgesellschaften zugelassen werden können. Daraus folgt aber nicht, dass einer Aktiengesellschaft der Zugang zur Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten deshalb verwehrt wäre, weil sie aufgrund ihrer Rechtsform nicht die Voraussetzungen nach § 59 c ff. BRAO erfüllt. Diese Regelungen enthalten kein gesetzliches Verbot für ein Tätigwerden einer Aktiengesellschaft auf dem Gebiet anwaltlicher Berufsausübung, so dass sich die Frage, ob ein solches Verbot mit der in Art. 12 Abs. 1 GG auch einer Aktiengesellschaft gewährten Berufswahlfreiheit und mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar wäre (verneinend *Henssler/Prütting*, a. a. O., Rdnr. 20), nicht stellt. Aus der Begründung der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Patentanwaltsordnung und anderer Gesetze (BT-Drucks. 13/9820) ist zu entnehmen, dass sich der Gesetzentwurf, dessen §§ 59 c ff. BRAO im Wesentlichen unverändert verabschiedet worden sind, auf die Regelung der Rechtsanwalts- und Patentanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung beschränken und „zur Frage der Zulassung anderer Gesellschaftsformen – insbesondere von Aktiengesellschaften – als Anwaltsgesellschaften keine Aussage“ machen wollte (a. a. O., S. 11). Die aus den Gesetzesmaterialien erkennbare Absicht des Gesetzgebers, sich einer Stellungnahme zur berufsrechtlichen Zulassung einer Aktiengesellschaft als Rechtsanwaltsgesellschaft bewusst zu enthalten, steht zwar – methodisch – einer berufsrechtlichen Zulassung von Aktiengesellschaften im Wege einer schlichten Analogie zu den Bestimmungen in §§ 59 c ff. BRAO entgegen, weil es insoweit an einer planwidrigen Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung fehlt. Aus dem Regelungsverzicht hinsichtlich der berufsrechtlichen Zulassung von Aktiengesellschaften ist aber ein – indirektes – gesetzliches Verbot für den Zugang einer Aktiengesellschaft zur anwaltlichen Berufstätigkeit nicht herzuleiten (vgl. BFH, Urteil vom 11.3.2004, VII ZR 15/03, NJW 2004, 1974, und Beschluss vom 22.10.2003, I B 168/03, BFH/NV 2004, 224, jeweils m. w. N.; BayObLG, a. a. O.; *Henssler/Prütting*, a. a. O., Rdnr. 19 m. w. N.; a. A. *Kempler/Kopp*, NJW 2004, 3605, 3606). Ein auf ein Verbot gerichtetes gesetzgeberisches Wollen muss sich aus dem gesetzlichen Regelungswerk mit hinreichender Deutlichkeit ergeben, wenn dadurch – wie hier – erheblich in grundrechtsrelevante Positionen eingegriffen würde (BVerfGE 98, 49, 59 f.). Dazu ist die Formulierung in der Gesetzesbegründung, zur berufsrechtlichen Zulassung

von Aktiengesellschaften „keine Aussage“ zu machen (a. a. O., S. 11) zu ungenau. Da der Gesetzgeber ein dahingehendes Verbot somit nicht ausgesprochen hat, ist es den Gerichten verwehrt, ein solches Verbot durch eigene Rechtssätze zu entwickeln, die das Recht der Aktiengesellschaft auf Zugang zur anwaltlichen Berufstätigkeit einschränken würden (vgl. BVerfGE 34, 293, 300 ff.; BGHZ 124, 224, 229 f.).

b) Auch aus den Bestimmungen des Rechtsberatungsgesetzes ergibt sich kein Verbot des Zugangs einer Aktiengesellschaft zur anwaltlichen Berufstätigkeit. Das Rechtsberatungsgesetz hat eine andere Zielrichtung (vgl. BayObLG, NJW 1995, 199, 201 zur Rechtslage vor der gesetzlichen Regelung der Rechtsanwalts-GmbH). Die Berufsausübung der zugelassenen Rechtsanwälte wird vom Rechtsberatungsgesetz nicht berührt (§ 3 RBerG). Ob ein Anspruch auf Zulassung zur Rechtsanwaltschaft besteht, regelt das Rechtsberatungsgesetz nicht.

2. Der Anspruch einer Aktiengesellschaft auf Zugang zur anwaltlichen Berufstätigkeit durch Zulassung als Rechtsanwalts-gesellschaft ist verfassungsrechtlich begründet in Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG (ebenso BFH, Urteil vom 11.3.2004, a. a. O., und Beschluss vom 22.10.2003, a. a. O., jeweils m. w. N.; BayObLG, a. a. O., m. w. N., *Henssler/Prütting*, a. a. O., Rdnr. 11 ff.; vgl. auch *Feuerich/Weyland*, a. a. O.; a. A. *Kempter/Kopp*, NJW 2004, 3605, 3607 f.).

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob bereits aus der gesetzlichen Anerkennung von Aktiengesellschaften als Steuerberatungsgesellschaften (§ 49 Abs. 1 StBerG) und als Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (§ 28 WiPrO) der Anspruch von Rechtsanwälten herzuleiten ist, sich beruflich in gleicher Weise wie Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in einer Aktiengesellschaft zusammenschließen zu dürfen und auch in dieser Rechtsform zur anwaltlichen Berufsausübung zugelassen zu werden. Jedenfalls nachdem der GmbH die berufsrechtliche Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft durch §§ 59 c ff. BRAO eröffnet worden ist, darf die Aktiengesellschaft in berufsrechtlicher Hinsicht nicht schlechter stehen als die GmbH, sofern die Aktiengesellschaft – abgesehen von ihrer Rechtsform – die wesentlichen Erfordernisse für die Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft ebenso erfüllt wie die GmbH. Mit Erwägungen, dass die anwaltliche Berufsausübung durch eine Kapitalgesellschaft mit dem gesetzlich und gewohnheitsrechtlich umrissenen Berufsbild des Rechtsanwalts grundsätzlich nicht vereinbar sei, kann der Aktiengesellschaft der Zugang zur anwaltlichen Berufsausübung nicht mehr verwehrt werden, nachdem der Gesetzgeber die GmbH zur anwaltlichen Berufsausübung zugelassen hat. Wenn die Aktiengesellschaft in einer ihrer Rechtsform entsprechenden Weise den wesentlichen Anforderungen genügt, die an die Zulassung einer Kapitalgesellschaft als Rechtsanwaltsgesellschaft zu stellen sind und die in §§ 59 c ff. BRAO für die Zulassung einer GmbH ihren Niederschlag gefunden haben, dann folgt aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) ihr Anspruch, ebenfalls als Rechtsanwaltsgesellschaft zugelassen zu werden. Denn die Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG). Die Unterschiede zwischen der Rechtsform einer Aktiengesellschaft und einer GmbH rechtfertigen – für sich genommen – keine Differenzierung in der Behandlung beider Kapitalgesellschaften, soweit es um deren Zugang zur anwaltlichen Berufsausübung geht, auf den beide Gesellschaften als juristische Personen aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG gleichermaßen Anspruch haben.

b) Der Auffassung, eine Aktiengesellschaft könne – anders als eine GmbH – wegen der fehlenden gesetzlichen Normen

für ein Zulassungsverfahren nach der Bundesrechtsanwaltsordnung nicht als Berufsausübungsgesellschaft zugelassen, sondern nur als Organisations- oder Besitzgesellschaft tätig werden (*Kempter/Kopp*, NJW 2004, 3605, 3607), kann nicht gefolgt werden. Es mag dahinstehen, ob die in der Beschränkung auf eine Organisations- oder Besitzgesellschaft liegende Einschränkung der Berufswahlfreiheit einer Kapitalgesellschaft verfassungsrechtlich zulässig gewesen wäre, als die Regelungen der §§ 59 c ff. BRAO über die berufsrechtliche Zulassung einer GmbH noch nicht galten. Jedenfalls nachdem der Gesetzgeber den Anspruch einer GmbH, unter bestimmten Voraussetzungen als Rechtsanwaltsgesellschaft auch zur anwaltlichen Berufsausübung zugelassen zu werden, normiert hat, kann eine Aktiengesellschaft ebenfalls beanspruchen, nicht nur als Organisations- oder Besitzgesellschaft tätig werden zu können, sondern als Rechtsanwaltsgesellschaft zur Berufsausübung zugelassen zu werden, wenn auch sie die wesentlichen Voraussetzungen erfüllt, die für die Zulassung einer Kapitalgesellschaft gelten.

3. Die wesentlichen Voraussetzungen für die Zulassung einer Kapitalgesellschaft als Rechtsanwaltsgesellschaft sind zunächst in der Rechtsprechung für die berufsrechtliche Zulassung einer GmbH herausgearbeitet worden, als diese gesetzlich noch nicht geregelt war. In den Bestimmungen der §§ 59 c ff. BRAO sind sie vom Gesetzgeber präzisiert und weiterentwickelt worden. Daran hat sich die Zulassung einer Aktiengesellschaft als Rechtsanwaltsgesellschaft auszurichten, solange eine gesetzliche Normierung der Zulassungsvoraussetzungen hinsichtlich der Rechtsanwaltsaktiengesellschaft fehlt. Das Bayerische Oberste Landesgericht hatte bereits in seinem Beschluss vom 24.11.1994 (NJW 1995, 199), in dem über die grundsätzliche Zulässigkeit des Zusammenschlusses von Rechtsanwälten zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Kapitalgesellschaft erstmals entschieden worden ist, ausgeführt, dass in einer Anwalts-GmbH die Wesensmerkmale des Anwaltsberufes als eines freien Berufes – insbesondere die Eigenverantwortung und Weisungsfreiheit in der Berufsausübung – durch entsprechende Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag gewahrt bleiben müssten, und hatte daraus Mindestanforderungen für die Zulässigkeit und für eine gesetzliche Normierung der Anwalts-GmbH abgeleitet. Diese Entscheidung und der durch sie eingeleitete Auffassungswandel über die – verfassungsrechtlich gebotene – Zulässigkeit einer Anwalts-GmbH sind Anlass für die Regelung der Rechtsanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung gewesen (vgl. *Henssler/Prütting*, a. a. O., Rdnr. 5). Der Gesetzgeber hat sich bei der Regelung der §§ 59 c ff. BRAO von dieser Entscheidung leiten lassen; die Begründung des Regierungsentwurfs zu §§ 59 c ff. BRAO nimmt ausdrücklich auf sie Bezug (BT-Drucks. 13/9820, S. 11). Nur wenn die Aktiengesellschaft die wesentlichen Voraussetzungen für die berufsrechtliche Zulassung einer Kapitalgesellschaft, die gegenwärtig in §§ 59 c ff. BRAO für die GmbH gesetzlich festgelegt sind, durch entsprechende Bestimmungen in ihrer Satzung wahr, hat sie aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG ebenso wie die GmbH Anspruch auf Zugang zur anwaltlichen Berufsausübung durch Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft in einem § 59 g BRAO entsprechenden Zulassungsverfahren.

Als notwendige Voraussetzung für die berufsrechtliche Zulassung einer Aktiengesellschaft müssen danach – in Anlehnung an § 59 c ff. BRAO – folgende Erfordernisse durch die Satzung der Aktiengesellschaft zuverlässig sichergestellt sein (vgl. dazu auch *Henssler/Prütting*, a. a. O., Rdnr. 16 ff.):

– die Eigenverantwortlichkeit und Weisungsfreiheit der in der Aktiengesellschaft tätigen Rechtsanwälte;

- die Beschränkung des Unternehmensgegenstandes auf die Übernahme von Aufträgen, die zur Berufstätigkeit von Rechtsanwälten gehören (§ 3 Abs. 1 BRAO), und das Verbot eines beruflichen Zusammenschlusses für die Aktiengesellschaft (vgl. § 59 c Abs. 1 und 2 BRAO);
- hinsichtlich der Aktionäre die Einhaltung der auch für die Gesellschafter einer GmbH geltenden Bestimmungen in § 59 e BRAO, insbesondere die Beschränkung des Kreises der Aktionäre auf in der Gesellschaft beruflich tätige Rechtsanwälte und Angehörige der in § 59 a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BRAO genannten Berufe (vgl. § 59 e Abs. 1 Satz 1 und 2 BRAO);
- Anforderungen an den Vorstand und den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, wie sie in § 59 f BRAO für die Geschäftsführung und – entsprechend – auch für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH gelten (zum Aufsichtsrat der GmbH: *Henssler/Prütting*, a. a. O., § 59 f Rdnr. 9 ff.).

Darüber hinaus müssen die allgemeinen, nicht spezifisch gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen nach § 7 Nr. 9, § 59 d Nr. 2 BRAO (kein Vermögensverfall) und nach § 59 d Nr. 3, § 59 j BRAO (hinreichende Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwaltsgesellschaft; vgl. auch § 12 Abs. 2 Satz 2, § 14 Abs. 2 Nr. 9, § 51 BRAO zur Berufshaftpflicht des Rechtsanwalts) gegeben sein.

Erfüllt die Aktiengesellschaft nach ihrer Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft diese Voraussetzungen nicht mehr, so führt dies in gleicher Weise zum Erlöschen, zur Zurücknahme oder zum Widerruf der berufsrechtlichen Zulassung wie bei der GmbH (vgl. § 59 h BRAO).

Um die erforderliche Überprüfung der Zulassungsvoraussetzungen und ihres Fortbestandes zu ermöglichen, unterliegt die ihre Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft beantragende ebenso wie die bereits zugelassene Aktiengesellschaft der Pflicht zur Transparenz hinsichtlich ihrer für die Zulassung maßgeblichen Verhältnisse. Sie hat deshalb – in gleicher Weise, wie jeder Rechtsanwalt – an der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken (§ 36 a Abs. 2 BRAO) und hat – ebenso wie die GmbH (§ 59 m Abs. 1 BRAO) – jede Änderung der Satzung, der Aktionäre, des Vorstands und des Aufsichtsrates sowie die Errichtung oder Auflösung von Zweigniederlassungen der Landesjustizverwaltung und der Rechtsanwaltskammer unverzüglich anzuzeigen. Dazu ist sie, was die Zusammensetzung des Kreises der Aktionäre angeht, dann in der Lage, wenn die Aktien nach der Satzung – wie hier – als vinkulierte Namensaktien ausgegeben werden, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden bleibt (§ 68 Abs. 2 AktG). Im Übrigen gelten auch für die als Rechtsanwaltsgesellschaft zugelassene Aktiengesellschaft die anwaltlichen Berufspflichten sinngemäß (vgl. die für die GmbH geltende Verweisung in § 59 m Abs. 2 BRAO).

4. Da die Antragsgegnerin eine Prüfung des Zulassungsantrags nach Maßgabe der vorgenannten Voraussetzungen bislang nicht vorgenommen hat, ist dies nachzuholen. In diesem Zusammenhang weist der Senat darauf hin, dass gegen die Satzung der Antragstellerin insoweit Bedenken bestehen, als die Bestimmung in § 2 Nr. 4 Satz 2 (Möglichkeit der Beteiligung der Gesellschaft an gleichartigen oder ähnlichen Unternehmen) gegen das Verbot einer Beteiligung an Zusammenschlüssen zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verstößt (vgl. § 59 c Abs. 2 BRAO). Auch genügt die Satzungsbestimmung in § 4 Nr. 3 über die Aktionäre der Antragstellerin den Anforderungen nicht hinreichend. Zwar ist durch die Beschränkung der Aktien auf Namensaktien, die nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar sind (§ 4 Nr. 2, Nr. 3 Satz 1 der Satzung), die erforderliche Transparenz hin-

sichtlich der Aktionäre der Antragstellerin sichergestellt. Jedoch erfüllt § 4 Nr. 3 Satz 2 der Satzung („Über die Erteilung der Zustimmung beschließt die Hauptversammlung.“) nicht das Erfordernis, dass – ebenso wie bei der GmbH – alle Anteilseigner in der Rechtsanwaltsgesellschaft beruflich tätig sein müssen (vgl. § 59 e Abs. 1 Satz 2 BRAO). Dementsprechend fehlt in der an § 4 Nr. 3 Satz 2 anknüpfenden Bestimmung in § 14 Nr. 2 Buchst. d der Satzung (Einziehung von Aktien) eine Regelung über die Einziehung von Aktien, sofern die berufliche Tätigkeit des Aktionärs in der Rechtsanwaltsgesellschaft beendet ist. Dass Gesellschafter der Rechtsanwaltsgesellschaft nach geltendem Recht nur sein kann, wer in dieser beruflich tätig ist, beruht auf der Erwägung, dass nach außen erkennbar sein soll, wer hinter der Rechtsanwaltsgesellschaft steht; damit wird verdeckten Interessenkonflikten entgegengewirkt.

15. FGG § 5 Abs. 1; HGB § 13 h Abs. 2; UmwG §§ 16, 19, 20, 53 (*Zuständiges Registergericht bei Anmeldung einer Verschmelzung mit Kapitalerhöhung und Sitzverlegung*)

Wird mit der Verschmelzung mit Kapitalerhöhung für die aufnehmende GmbH zugleich deren Sitzverlegung angemeldet, so ist das Registergericht des bisherigen Sitzes zunächst zur Erledigung des Antrags bezüglich der nach § 53 UmwG vorab einzutragenden Kapitalerhöhung verpflichtet, bevor es die Sache zur Eintragung der Verschmelzung und Sitzverlegung sowie etwaiger sonstiger Satzungsänderungen an das Gericht des neuen Sitzes abgeben kann.

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.10.2004, 20 W 418/04

Der Geschäftsführer meldete mit notariell beglaubigter Erklärung vom 24.8.2004 die Verschmelzung der Gesellschaft als aufnehmendem Rechtsträger mit der A. GmbH mit Sitz in H als übertragendem Rechtsträger durch Aufnahme, die Euro-Umstellung des Stammkapitals und dessen Erhöhung zum Zwecke der Durchführung dieser Verschmelzung sowie die Neufassung des Gesellschaftsvertrages u. a. mit Änderung der Firma und des Unternehmensgegenstandes sowie der Verlegung des Firmensitzes nach H an.

Der Rechtspfleger des Amtsgerichts K vermerkte die ordnungsgemäße Anmeldung der Sitzverlegung sowie die neue Firmenanschrift und übersandte die Akten dem Amtsgericht P zur weiteren Veranlassung. Die Richterinnen des Amtsgerichts P sandte die Akten mit dem Bemerkung zurück, da sich die Änderung von Firma und Satzung auf die neue verschmolzene Gesellschaft beziehe, müssten zunächst beim Amtsgericht K die Euro-Umstellung sowie die Kapitalerhöhung eingetragen werden. Erst nach Eintragung der Verschmelzung beim Amtsgericht P im Register des übertragenden Rechtsträgers und beim Amtsgericht K im Register des aufnehmenden Rechtsträgers könne dann die Akte zur Eintragung sämtlicher sonstigen Satzungsänderungen an das Amtsgericht P übersandt werden.

Der Registerrichter des Amtsgerichts K schickte die Akte erneut dem Amtsgericht P mit dem Hinweis, es handle sich um eine einheitliche Anmeldung, für die nach herrschender Meinung im Hinblick auf die enthaltene Sitzverlegung insgesamt das Registergericht des neuen Sitzes zuständig sei.

Daraufhin hat das Amtsgericht P die Sache dem Senat zur Bestimmung des zuständigen Registergerichts vorgelegt.

Aus den Gründen:

Der Senat ist zur Entscheidung über die Vorlage gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 FGG berufen, da zwischen den zu unterschiedlichen Landgerichtsbezirken gehörenden Amtsgerichten K und P Streit über die örtliche Zuständigkeit besteht. Es han-

delt sich um einen negativen Kompetenzkonflikt, weil beide Gerichte ihre Zuständigkeit zur Bearbeitung der Registeranmeldung verneinen.

Das Verfahren ist vom Amtsgericht K zunächst durch Bearbeitung der Anmeldung der Euro-Umstellung und Kapitalerhöhung zum Zwecke der Verschmelzung fortzuführen, bevor es nach deren Eintragung zur weiteren Bearbeitung bezüglich der Verschmelzung, der Sitzverlegung und der übrigen Satzungsänderungen an das Amtsgericht P abgegeben werden kann.

Allerdings geht der Senat in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Auffassung in Literatur und Rechtsprechung davon aus, dass bei der Anmeldung der Sitzverlegung einer GmbH, die mit der Anmeldung weiterer Satzungsänderungen oder sonstiger eintragungspflichtiger Vorgänge verbunden ist, der funktionell hierfür nach § 17 Nr. 1 b RPflG zuständige Registerrichter des Gerichts des bisherigen Sitzes regelmäßig nur die förmliche Richtigkeit der Anmeldung zu überprüfen und die Akte sodann dem Registergericht des neuen Sitzes zu übersenden hat, welches insgesamt für die materielle Prüfung und Bescheidung des Eintragsantrages zuständig ist (vgl. OLG Köln, Rpfleger 1975, 251; OLG Hamm, Rpfleger 1974, 195 und 1991, 317 = NJW-RR 1991, 1001; OLG Zweibrücken, GmbHR 1992, 678; OLG Frankfurt, Rpfleger 1991, 508 und 2002, 455 = NJW-RR 2002, 1395; *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl., § 13 h Rdnr. 2; *Röhrich/von Westphalen/Ammon*, HGB, 2. Aufl., § 13 h Rdnr. 4; *Ebenroth/Boujong/Joost/Pentz*, HGB, § 13 h Rdnr. 18; MünchKommHGB/Bokelmann, § 13 h Rdnr. 5; *Ensthaler/Achilles*, Gemeinschaftskommentar zum HGB, 6. Aufl., § 13 h Rdnr. 9; *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer*, HGB, 2. Aufl., § 13 h Rdnr. 4; *Staub/Hüffer*, HGB, 4. Aufl., § 13 c Rdnr. 5; *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 354; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., § 4 a Rdnr. 22; *Arnold*, RPflG, 6. Aufl., § 17 Rdnr. 12; *Ziegler*, Rpfleger 1991, 485, 486). Dies folgt aus dem mit der gesetzlichen Regelung des § 13 h HGB angestrebten Ziel der möglichst zügigen Eintragung der Sitzverlegung, das auch für die hiermit verbundenen sonstigen Anmeldungen gilt und deren einheitliche materielle Prüfung und Bearbeitung auch zur Vermeidung der Gefahr widersprechender Sachentscheidungen verschiedener Registergerichte gebietet.

Im vorliegenden Fall ist jedoch eine Durchbrechung dieses Grundsatzes geboten, weil die verfahrensrechtlichen Vorschriften des Umwandlungsgesetzes für die mit einer Verschmelzung zu deren Durchführung verbundene Kapitalerhöhung bei dem aufnehmenden Rechtsträger eine einheitliche Eintragung nicht gestatten (so bereits OLG Hamm, NJW-RR 1995, 357). Denn für diesen Fall sieht § 53 UmwG ausdrücklich vor, dass die Eintragung der Verschmelzung erst nach vorausgegangener Eintragung der Kapitalerhöhung erfolgen darf. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die neuen Geschäftsanteile für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft bereits zur Verfügung stehen, wenn die Verschmelzung durch ihre Eintragung im Register der aufnehmenden Gesellschaft wirksam wird und gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UmwG der Vermögensübergang und das Erlöschen der übertragenden Gesellschaft eintreten. Trotz dieser verfahrensrechtlichen Trennung, die zur Folge hat, dass die materielle Wirksamkeit der Verschmelzung bei jeder dieser beiden Eintragungen und auch bei der gemäß § 19 Abs. 1 UmwG zusätzlich erforderlichen vorherigen Eintragung der Verschmelzung im Register der übertragenden Gesellschaft überprüft werden muss (vgl. *Keidel/Krafka/Willer*, Rdnr. 1180; *Kallmeyer*, UmwG, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 6), wird die konditional mit der Verschmelzung verbundene Kapitalerhöhung erst mit der insgesamt konstitutiv wirkenden Eintragung der Verschmel-

zung im Register der übertragenden Gesellschaft wirksam (vgl. *Kallmeyer*, § 53 Rdnr. 19 m. w. N.). Hierdurch wird zugleich der Gefahr einander widersprechender Sachentscheidungen der beteiligten Registergerichte begegnet (vgl. OLG Hamm, a. a. O.).

Für die bei der aufnehmenden GmbH erforderlichen Eintragungen ergibt sich deshalb unter Berücksichtigung der zusammen mit Verschmelzung angemeldeten Sitzverlegung folgende Reihenfolge und Abgrenzung der Zuständigkeit der beteiligten Registergerichte: Das Registergericht des bisherigen Sitzes hat als hierfür örtlich zuständiges Gericht zunächst den nach § 53 UmwG zeitlich vorrangigen Eintragungsvorgang bezüglich der Kapitalerhöhung zu bearbeiten, zu welchem hier auch die ebenfalls angemeldete Euro-Umstellung des Stammkapitals gehört. Sodann ist der Vorgang gemäß § 13 h Abs. 2 HGB an das Registergericht des neuen Sitzes zu übersenden, welches die Anmeldung der Verschmelzung und der übrigen Satzungsänderungen einheitlich zu bearbeiten und – unter Berücksichtigung des zeitlichen Vorranges der Eintragung der Verschmelzung im Register der übertragenden Gesellschaft – nach § 19 Abs. 1 UmwG – einzutragen hat. Einer Abgabe des gesamten Vorganges zur getrennten Eintragung zunächst der Kapitalerhöhung und danach der Verschmelzung sowie der übrigen Satzungsänderungen an das Registergericht des neuen Sitzes zum jetzigen Zeitpunkt steht bereits entgegen, dass dieses Gericht die zeitlich vorrangige Eintragung der Kapitalerhöhung nicht vollziehen kann, weil es hierfür noch nicht zuständig ist und auch noch kein Registerblatt zur Verfügung steht. Allerdings besteht kein Anlass, auch die Eintragung der Verschmelzung noch gesondert von der Sitzverlegung beim Registergericht des bisherigen Sitzes vorzunehmen, da dies zu einer vermeidbaren weiteren Aufspaltung und einem unnötigen zusätzlichen Eintragungsvorgang führen würde. Vielmehr verbleibt es insoweit bei dem Grundsatz, dass sämtliche gemeinsam mit der Sitzverlegung anstehenden Eintragungsvorgänge einheitlich vom Registergericht des neuen Sitzes zu bearbeiten sind, auch wenn es sich hierbei um nicht zwingend gesondert zu erledigende Vollzugsschritte einer Verschmelzung handelt (ebenso für den Fall einer Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung OLG Oldenburg, GmbHR 1997, 657).

Deshalb war zunächst die Verpflichtung des Amtsgerichts K zur Fortführung des Verfahrens auszusprechen, welches die Sache erst nach Erledigung des Eintragungsvorganges bezüglich der Euro-Umstellung und der Kapitalerhöhung an das für den neuen Sitz in H zuständige Registergericht P abgeben kann.

16. GmbHG § 40 Abs. 1; FGG §§ 30, 27 (*Inhalt der Abtretungsanzeige des Notars*)

Die Anzeige der Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils durch den Notar nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG braucht die Personalien des Abtretenden und des Abtretungsempfängers nicht zu enthalten. (Leitsatz der Schriftleitung)

Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 26.1.2005, 2 W 289/04; eingesandt von Notar *Siegfried Ernst Karsten*, Schwerin

Aus den Gründen:

I.

Der beteiligte Notar zeigte dem Amtsgericht – Handelsregister – unter Hinweis auf § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG an, am

25.5.2004 die Abtretung eines Geschäftsanteils der betroffenen GmbH beurkundet zu haben. Das Amtsgericht hat die Auffassung vertreten, die Anmeldung sei nicht ordnungsgemäß, weil sie weder die Personalien des Abtretenden noch die des Abtretungsempfängers enthalte. Es hat den beteiligten Notar deshalb um „Nachbesserung“ seiner Anzeige gebeten. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Notars wurde zurückgewiesen. Gegen den Beschluss des Landgerichts hat der beteiligte Notar formgerecht weitere Beschwerde eingelegt.

II.

Die weitere Beschwerde des beteiligten Notars ist begründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf Rechtsverletzungen (§§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO).

(...)

Der beteiligte Notar ist nach Auffassung des Senats nicht verpflichtet, seine Abtretungsanzeige zu ergänzen. Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des § 40 GmbHG ergibt sich, dass die Anzeige des Notars Angaben zu den Personalien des Abtretenden und des Abtretungsempfängers zu enthalten hätte (im Ergebnis ebenso OLG Celle, NJW-RR 2000, 40; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl., § 40 Rdnr. 24; a. A. z. B. *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 1103; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 17. Aufl., § 40 Rdnr. 11).

Entsprechende Angaben sind nach dem Wortlaut des § 40 Abs. 1 GmbHG vielmehr ausdrücklich nur für die Liste der Gesellschafter vorgeschrieben, die gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nach jeder Änderung des Gesellschafterbestands von den Geschäftsführern einer GmbH einzureichen ist. Die Anzeigepflicht des Notars umschreibt § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG dagegen nur mit den Worten, der Notar habe die von ihm beurkundete Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils „unverzüglich dem Registergericht anzuzeigen“, ohne den Inhalt der geforderten Anzeige näher zu regeln.

Der Sinn und Zweck des § 40 GmbHG rechtfertigt die von den Vorinstanzen befürwortete Auslegung ebenfalls nicht. Mit dieser Vorschrift soll nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 13/8444, S. 79 f.) erreicht werden, dass sich interessierte Dritte möglichst zu jeder Zeit und ohne aufwändige Prüfung der Registerakten allein mit Hilfe einer darin befindlichen Gesellschafterliste einen zutreffenden Überblick über den jeweils aktuellen Gesellschafterbestand verschaffen können. Dieses Ziel soll dadurch verwirklicht werden, dass der oder die Geschäftsführer einer GmbH verpflichtet werden, nach jeder Veränderung im Gesellschafterbestand eine aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Daneben besteht die Verpflichtung des Notars, die Abtretung eines Geschäftsanteils anzuzeigen (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Mit der Anzeigepflicht soll nach der Gesetzesbegründung (a. a. O., S. 80) nur sichergestellt werden, dass das Registergericht „überhaupt Kenntnis von Veränderungen im Gesellschafterbestand“ erlangt; die Anzeige des Notars soll dem Registergericht „tatsächliche Anhaltspunkte für einen Gesellschafterwechsel“ geben, um sodann die Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste durch die Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) anzufordern und gegebenenfalls zu erzwingen. Daraus folgt, dass die Anzeige des Notars nur Hilfsfunktion hat. Informationsgrundlage für Dritte soll allein die Gesellschafterliste sein. Die Anzeige des Notars soll weder als Informationsgrundlage für Dritte neben die Gesellschafterliste oder gar an ihre Stelle treten noch die – vom Registergericht grundsätzlich ohnehin nicht zu prüfende (*Keidel/Kuntze/Winkler*, § 127 Rdnr. 11) – inhaltliche Richtigkeit der angeforderten Gesellschafterliste

sicherstellen. Das Anfordern der Gesellschafterliste wird aber bereits dann gewährleistet, wenn der Notar die Abtretung eines – nicht näher bezeichneten – Geschäftsanteils überhaupt anzeigt, weil schon das dem Registergericht genügend *tatsächliche Anhaltspunkte* für einen Gesellschafterwechsel gibt. Deshalb kann von dem Notar auch nicht mehr verlangt werden als eine Anzeige dieses Inhalts.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. ZPO §§ 291, 794 (*Hinreichende Bestimmtheit eines Vollstreckungstitels mit Wertsicherungsklausel*)

Ein Vollstreckungstitel ist regelmäßig als hinreichend bestimmt anzusehen, wenn er eine Wertsicherungsklausel enthält, die einen vom Statistischen Bundesamt erstellten Preisindex für die Lebenshaltungskosten in Bezug nimmt.

BGH, Beschluss vom 10.12.2004, IXa ZB 73/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Gläubigerin betreibt aus einem notariellen Vertrag vom 29.8.1974 die Zwangsvollstreckung wegen der Zahlung einer lebenslangen monatlichen Rente von 665,09 € einschließlich des seit Januar 2003 aufgelaufenen Rückstandes. Mit diesem Vertrag veräußerte die Gläubigerin dem Schuldner ein Kraftfahrzeug und die dazugehörige Kraftdroschkengenehmigung. Der Schuldner verpflichtete sich neben der Entrichtung eines Barbetrages zur Zahlung einer lebenslangen monatlichen Rente in Höhe von 600 DM. Zur jeweiligen Höhe dieser Rentenzahlung wurde in der Titellurkunde bestimmt:

„Die zu zahlende Unterhaltsrente soll in ihrer Höhe abhängig sein von der Entwicklung des vom Statistischen Bundesamts festgestellten Preisindex für die Lebenshaltungskosten aller privaten Haushalte, der ausgehend von der Basis 1970 = 100 im Juni 1974 127 betrug. Sollte sich der für den Monat August 1974 ermittelte Index erhöhen oder verringern, so soll sich auch die zu zahlende Rente im gleichen Verhältnis erhöhen oder vermindern. Eine Veränderung der Rente kommt jedoch erst dann in Betracht, wenn eine Veränderung des Indexes zu einer Veränderung der zuletzt geschuldeten Rente um zehn oder mehr Prozent führen würde. Die veränderte Rente ist sodann von dem auf das Eintreten der Voraussetzung folgenden Monatsersten an zu zahlen.“

Der Schuldner verpflichtete sich außerdem, bei der Weitergabe der Kraftdroschkengenehmigung an einen Dritten, diesem die durch den notariellen Vertrag übernommene Verpflichtung aufzuerlegen und dafür Sorge zu tragen, dass auch alle späteren Erwerber der Genehmigung diese Verpflichtung übernehmen. Nach Maßgabe dieser Vereinbarungen gab der Schuldner die Genehmigung an einen weiteren Taxiunternehmer und dieser im Jahre 1989 an den Drittschuldner weiter. Die Erwerber zahlten jeweils die Rente an den Schuldner, der die Zahlungen an die Gläubigerin weiterleitete. Der Drittschuldner zahlte seit 1989 zunächst den seinerzeit entsprechend dem Lebenshaltungsindex angepassten Rentenbetrag von monatlich 448,81 € an den Schuldner, reduzierte jedoch seine Zahlungen ab Januar 2003 auf monatlich 200 €.

Gegen den vom Amtsgericht erlassenen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, mit dem die Gläubigerin die Ansprüche des Schuldners gegen den Drittschuldner und dessen Ansprüche auf Rückübertragung der Kraftdroschkengenehmigung pfändete, machte der Drittschuldner in seiner Erinnerung geltend, für die Erhöhung der monatlichen Unterhaltsleistung anhand des Preisindex liege kein vollstreckungsfähiger Titel vor. Das Landgericht wies die sofortige Beschwerde des Drittschuldners zurück und ließ die Rechtsbeschwerde zur Frage der Zulässigkeit wertgesicherter Klauseln in vollstreckbaren Urkunden zu. Der Drittschuldner verfolgt die Aufhebung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses weiter.

Gründe:

Die nach § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

1. Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, die notarielle Urkunde vom 29.8.1974 habe einen ausreichend bestimmten und damit vollstreckungsfähigen Inhalt. Dies gelte auch insoweit, als sich die monatlich zu zahlende Unterhaltsrente entsprechend dem Lebenshaltungsindex aller privaten Haushalte erhöhe. Nach der von der Gläubigerin vorgetragenen Berechnung, der der Drittschuldner nicht entgegengetreten sei, betrage die monatlich zu zahlende Rente seit Januar 2002 655,09 €.

2. Die Rechtsbeschwerde vertritt die Auffassung, die Vollstreckungsklausel erfülle nicht die Anforderungen an die Bestimmtheit von Vollstreckungstiteln, nach denen sich die Höhe des beizutreibenden Betrages „ohne weiteres“ aus dem Titel ergeben müsse. Bereits der mathematisch korrekte Lösungsweg zur Berechnung des geschuldeten Betrages sei nicht ohne weiteres ersichtlich. Dies ergebe sich schon daraus, dass es erforderlich sei, umfangreiche Rückrechnungen seit dem vereinbarten Anfangstermin August 1974 vorzunehmen und Monat für Monat auf Schwankungen von zehn Prozent und mehr zu untersuchen. Das Landgericht sei von einem unmittelbar proportionalen Verhältnis der geschuldeten Rente zum Index ausgegangen und habe demnach seiner Entscheidung eine falsche Berechnung zugrundegelegt.

3. Dem hält die Rechtsbeschwerdeerwiderung entgegen, die Höhe des beizutreibenden Betrages sei richtig berechnet. Mit ihren hierzu erhobenen Rügen begebe sich die Rechtsbeschwerde auf dem Tatrichter vorbehaltenes und ihr deshalb verschlossenes Gebiet. Die Gläubigerin habe die Berechnung der geschuldeten Unterhaltsrente vorgetragen. Die übrigen Verfahrensbeteiligten seien dieser Berechnung nicht entgegengetreten. Deshalb habe das Beschwerdegericht die dieser Berechnung zugrundeliegenden Daten seiner Entscheidung zugrunde legen dürfen.

4. Das Beschwerdegericht hat richtig entschieden. Die notarielle Urkunde vom 29.8.1974 wird den Anforderungen an die Bestimmtheit von Vollstreckungstiteln gerecht, nach denen sich die Höhe des beizutreibenden Betrages „ohne weiteres“ aus dem Titel ergeben muss.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist eine auf Zahlung gerichtete notarielle Urkunde vollstreckbar, wenn darin der geschuldete Geldbetrag bestimmt angegeben ist oder sich jedenfalls aus für die Vollstreckungsorgane allgemein zugänglichen Quellen bestimmen lässt (BGH, Urt. v. 15.12.2003, II ZR 358/01, WM 2004, 329, 330; Urt. v. 10.12.2003, XII ZR 155/01, FamRZ 2004, 531; Urt. v. 15.12.1994, IX ZR 255/93, NJW 1995, 1162). Es genügt, wenn die Berechnung mit Hilfe offenkundiger, insbesondere aus dem Bundesgesetzblatt oder dem Grundbuch ersichtlicher Umstände möglich ist (BGHZ 22, 54, 58; BGH, Urt. v. 23.10.1980, III ZR 62/79 = WM 1981, 189, 191). Dies gilt auch für eine Vollstreckungsklausel, bei der sich der geschuldete Betrag aus der Anwendung einer Wertsicherungsklausel ergibt, die auf den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltungskosten abstellt (vgl. BGH, Urt. v. 10.12.2003, a. a. O.; Zöller/Stöber, ZPO, 25. Aufl., § 794 Rdnr. 26 b; Musielak/Lackmann, ZPO, 4. Aufl., § 704 Rdnr. 7; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., vor § 704 Rdnr. 153; MünchKomm/Krüger, ZPO, 2. Aufl., § 704 Rdnr. 9 m. w. N.). Denn diese Indizes werden veröffentlicht im Bundesanzeiger, im Statistischen Jahrbuch, in den Monats- und

Jahresberichten des Statistischen Bundesamtes Fachserie 17, Reihe 7 und können erfragt werden über die Homepage des Statistischen Bundesamtes unter www.destatis.de. Sie sind damit offenkundig im Sinne von § 291 ZPO (vgl. BGH, Urt. v. 24.4.1992, V ZR 52/91, NJW 1992, 2088). Mit ihrer Hilfe lässt sich der jeweils geschuldete Betrag zuverlässig errechnen.

b) Das Beschwerdegericht hat auch die Höhe des beizutreibenden Betrages zum Zeitpunkt der Antragstellung von nunmehr monatlich 655,09 € „ohne weiteres“ nachvollzogen. Es hat entsprechend dem Vortrag der Gläubigerin die Umrechnung des nach dem notariellen Vertrag vom 29.8.1974 geschuldeten Betrags von 600 DM auf den von der Gläubigerin für die Umrechnung als maßgeblich angesehenen Monat Januar 2002 vorgenommen. Daher hat es die für diesen Zeitraum veröffentlichten und jedermann zugänglichen Indizes zugrundegelegt und an Hand des – inzwischen weggefallenen – Preisindex aller privaten Haushalte der Basis 1995 = 100 Prozent sowohl für den August 1974 (Index: 51,7) als auch für den Januar 2002 (Index: 110,4) auf den Betrag von 1.281,24 DM = 655,09 € umgerechnet. Das Beschwerdegericht durfte diesen errechneten Betrag auch als ab Antragstellung geschuldete monatliche Rente ansehen, weil die Berechnung ergeben hat, dass sich der Index entsprechend der Bedingung im notariellen Vertrag vom 29.8.1974 in dem Zeitraum von 1995 bis Januar 2002 um mehr als zehn Prozent verändert hat. Demgegenüber zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf, inwieweit diese Berechnung fehlerhaft ist oder eine andere Berechnungsform ein dem Drittschuldner günstigeres Ergebnis erbracht hätte.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Aufsatz von *Reul*, MittBayNot 2005, 265 (in diesem Heft).

Beurkundungs- und Notarrecht

18. Abgabensatzung der Notarkasse §§ 1, 2, 6, 13 (*Vereinbarkeit der Abgaben- und Versorgungssatzung der Notarkasse mit Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV*)

§§ 1 und 2 der Abgabensatzung für das Jahr 2005 und § 7 der Anlage zu Art. 20 der Satzung der Notarkasse (Versorgungssatzung) sind mangels Ermächtigungsgrundlage aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.7.2004, 1 BvR 1332/95, MittBayNot 2005, 67, mit Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV nicht vereinbar. Sie bleiben jedoch bis längstens 31.12.2007 weiter anwendbar, weil die Aufgaben der Notarkasse weiterhin erforderlich sind und einer verlässlichen Finanzierung bedürfen. (Leitsatz der Schriftleitung)

Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 13.4.2005, Vf. 9-VII-03

Aus den Gründen:

Gegenstand der Popularklage ist vor allem die Frage, ob die Abgabensatzung der Notarkasse so ausgestaltet ist, dass sie von den 10 % aufkommensstärksten Notaren unverhältnismäßige, gleichheitswidrige und erdrosselnde Abgaben erhebt

und ob diese Notare beim Ruhegehalt verfassungswidrig benachteiligt werden.

(...)

VI.

1. Die Popularklage ist in folgenden Punkten unzulässig:

a) Sie ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Abgabensatzungen 1969 bis 2001 richtet.

Der Verfassungsgerichtshof hat bei der Prüfung, ob eine Rechtsvorschrift verfassungswidrig ist, seiner Beurteilung grundsätzlich den Rechtzustand im Zeitpunkt seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Außer Kraft getretene Rechtsvorschriften unterliegen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle nur dann, wenn noch ein objektives Interesse an der Feststellung besteht, ob sie mit der Bayerischen Verfassung vereinbar waren. Ein solches Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn nicht auszuschließen ist, dass von der Rechtsvorschrift noch Grundrechtsverletzungen ausgehen können, die sich auf dem Weg über eine Popularklage beseitigen ließen (vgl. VerfGH vom 15.11.1996 = VerfGH 49, 153, 157; VerfGH vom 27.5.1998 = VerfGH 51, 74, 81; VerfGH vom 4.7.2001 = VerfGH 54, 47, 53; VerfGH vom 18.4.2002 = VerfGH 55, 57, 60).

Die Abgabensatzungen der Notarkasse gelten nur für jeweils ein Jahr oder bis zum Erlass einer neuen Abgabensatzung (§ 18 Abgabensatzung). Die Abgabensatzungen 1969 bis 2001 sind mithin bereits außer Kraft. Die Notarkasse hat vorgetragen, dass die aufgrund dieser Abgabensatzungen ergangenen Abgabenbescheide bestandskräftig und die betreffenden Abgaben bezahlt seien. Es ist nichts dafür ersichtlich und im Verlauf des Verfahrens ist auch nichts dafür hervorgetreten, dass noch ein objektives Interesse im dargelegten Sinn an der Feststellung besteht, ob die Abgabensatzungen für die Jahre 1969 bis 2001 verfassungswidrig gewesen sind. Hinsichtlich der Frage eines Feststellungsinteresses kommt hinzu, dass nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.7.2004 (= NJW 2005, 45, 49 = MittBayNot 2005, 67 ff.) eine in die Vergangenheit wirkende Rückabwicklung der als verfassungswidrig erkannten Ermächtigungsregelungen in der Bundesnotarordnung und des auf ihnen beruhenden Satzungsrechts (Abgabensatzungen der Notarkasse) aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Betracht kommt. Die tatsächlichen Auswirkungen einer etwaigen Verfassungswidrigkeit der außer Kraft getretenen Abgabensatzungen der Notarkasse für die Jahre 1969 bis 2001 und damit verbundene Grundrechtsverletzungen könnten somit auch durch einen Erfolg der Popularklage insoweit nicht mehr „beseitigt“ werden. Ein objektives Interesse daran, die Verfassungswidrigkeit der bereits außer Kraft getretenen Abgabensatzungen 1969 bis 2001 festzustellen, ist deshalb nicht gegeben.

Ein Feststellungsinteresse wird nicht dadurch begründet, dass über die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen über die Versorgung der Notare nur dann sachgerecht entschieden werden könnte, wenn zuvor die Frage der Verfassungsmäßigkeit der früheren Abgabensatzungen geklärt worden ist. Zwar behauptet der Antragsteller einen solchen untrennbaren Zusammenhang zwischen der Höhe der Notarversorgung und den nach den Abgabensatzungen 1969 bis 2001 geleisteten Abgaben. Für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Notarversorgung kommt es aber auf die rechtliche Beurteilung der Versorgungsleistung selbst an, etwa darauf, ob diese als eine beamtenrechtlichen Alimentationsgrundsätzen entsprechende Leistung oder als eine dem Äquivalenzprinzip unterliegende Versicherungsleistung anzusehen ist. In diesem Zusammenhang kann es – was die Abgabensatzungen anbelangt – nur auf den allgemeinen, über die Jahre hinweg gleich gebliebenen

abstrakten Charakter der Abgabe und deren grundsätzliche Struktur ankommen, nicht aber auf die Verfassungsmäßigkeit einer konkreten Abgabensatzung der Jahre 1969 bis 2001. Die bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Notarversorgung gegebenenfalls maßgebenden Fragen können deshalb – unter Zugrundelegung der derzeit geltenden Abgabensatzung – auch ohne Prüfung der früheren Abgabensatzungen geklärt werden. Es liegt keine Sachgestaltung vor, die dem Fall vergleichbar wäre, bei dem der Verfassungsgerichtshof die Frage der Beseitigung des Rechtsscheins einer ungültigen Norm erörtert hat (vgl. hierzu VerfGH vom 4.4.1979 = VerfGH 32, 45 ff.; *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 98 Rdnr. 100; *Meder*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl. 1992, Art. 98 Rdnr. 10). Vielmehr sind die vom Verfassungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angewandten Grundsätze zur Überprüfung einer außer Kraft getretenen Norm maßgebend.

b) Soweit in der Popularklage ein bestimmter Vollzug der maßgeblichen Rechtsvorschriften angemahnt wird, nämlich dass der Bescheid über die Entlassung eines Notars Entscheidungen treffen müsse bezüglich eines dem Entlassenen zustehenden Vermögensausgleichs und einer anderen Höhe der Versorgung sowie weiterer Ansprüche, ist sie unzulässig. Fragen des Vollzugs von Rechtsvorschriften sind in einem Normenkontrollverfahren grundsätzlich nicht zu prüfen (vgl. VerfGH vom 11.11.1997 = VerfGH 50, 226, 245; VerfGH vom 28.1.2003 = VerfGH 56, 1, 3 f.; VerfGH vom 14.11.2003 = VerfGH 56, 148, 160; VerfGH vom 17.3.2004 = VerfGH 57, 30, 33).

c) Die speziellen Auswirkungen, die die angegriffenen Vorschriften auf den Antragsteller nach dessen Vortrag haben, sind im Rahmen einer Popularklage verfassungsrechtlich nicht zu überprüfen. In einem Normenkontrollverfahren ist nur die generalisierende, auf den Regelfall abstellende Rechtsvorschrift als solche zu überprüfen, nicht dagegen die persönliche Situation des Antragstellers, wie sie sich aufgrund der angegriffenen Vorschriften darstellt (vgl. VerfGH vom 12.5.1989 = VerfGH 42, 72, 77; VerfGH vom 18.4.1996 = VerfGH 49, 37, 53; VerfGH vom 27.5.1998 = VerfGH 51, 74, 87; VerfGH vom 30.6.1998 = VerfGH 51, 94, 102; VerfGH vom 20.10.2003).

2. Im Übrigen ist die Popularklage zulässig.

a) Mit der Popularklage wird vorgetragen, dass durch die angegriffenen Rechtsvorschriften Grundrechte der Bayerischen Verfassung verletzt werden (Art. 98 Satz 4 BV, Art. 55 Abs. 1 VfGHG). Die angegriffenen Vorschriften sind von der Notarkasse, einer Anstalt des öffentlichen Rechts des Freistaates Bayern (§ 113 Abs. 1 Satz 1 BNotO), gesetzt worden; sie sind damit Rechtsvorschriften des bayerischen Landesrechts im Sinn des Art. 55 Abs. 1 VfGHG. Die Zulässigkeit der Popularklage zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof scheitert nicht daran, dass der Zuständigkeitsbereich der Notarkasse gemäß § 113 Abs. 1 Satz 3 BNotO auch den Bezirk des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken umfasst und dass das Land Rheinland-Pfalz durch Einvernehmensvereinbarungen an der Rechtsaufsicht über die Notarkasse beteiligt ist. Eine von einer öffentlich-rechtlichen Anstalt des Freistaates Bayern aufgrund bundesrechtlicher Ermächtigung erlassene Satzung ist bayerisches Landesrecht, da es für die Zurechnung auf die erlassende Stelle ankommt (vgl. VerfGH vom 24.10.1966 = VerfGH 19, 89, 92; *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Abschnitt IV Rdnr. 43, Art. 98 Rdnr. 58). Die Notarkasse ist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 BNotO eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts des Freistaates Bayern. Das Bundesverfassungs-

gericht hat in der Entscheidung vom 13.7.2004 (= NJW 2005, 45 ff. = MittBayNot 2005, 67 ff.) lediglich festgestellt, dass in der Bundesnotarordnung Regelungen erforderlich sind über die Zusammensetzung des satzunggebenden Organs, über die Art seines Zustandekommens, über die Ermittlung und Bestellung des Präsidenten und über die jeweils angemessene Beteiligung der Notare; die Institution der Notarkasse als solche sowie deren Zuordnung zum Freistaat Bayern hat das Bundesverfassungsgericht damit nicht beanstandet. Die Abgabensatzung und die Regelungen über die Versorgung der Notare beruhen zwar auf der bundesrechtlichen Ermächtigung in § 113 Abs. 6 und 8 BNotO, sind aber angesichts der Zuordnung der Notarkasse zum Freistaat Bayern bayerisches Landesrecht. Dass eine etwaige Nichtigerklärung von Satzungen der Notarkasse wegen Verletzung der Bayerischen Verfassung auch in den Bereich des Landes Rheinland-Pfalz hineinwirken würde, ist eine Folge der vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof nicht überprüfbaren und im Hinblick auf Art 138 GG nicht für grundgesetzwidrig gehaltenen bundesrechtlichen Regelung in § 113 Abs. 1 Satz 3 BNotO.

b) Ist – wie hier – eine Popularklage mit einer substantiierten Grundrechtsrüge in zulässiger Weise erhoben, erstreckt der Verfassungsgerichtshof seine Prüfung auf alle in Betracht kommenden Normen der Bayerischen Verfassung, selbst wenn sie nicht als verletzt bezeichnet worden sind oder wenn sie keine Grundrechte verbürgen (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 20.11.2003 = VerfGH 56, 198, 202; VerfGH vom 15.7.2004).

VII.

Nach den Darlegungen zur Zulässigkeit der Popularklage sind nur noch zu prüfen die §§ 1 und 2 der Abgabensatzung sowie § 7 der Anlage zu Art. 20 der Satzung (Versorgung der Notare), die in der zum Zeitpunkt der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs geltenden Fassung Gegenstand des Verfahrens sind (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 4.6.2003 = VerfGH 56, 99, 103). Insoweit ist die Popularklage begründet.

1. Werden – wie hier – die Vorschriften einer abgeleiteten Rechtsnorm in zulässiger Weise mit der Popularklage angegriffen, so hat der Verfassungsgerichtshof zu prüfen, ob sie auf einer ausreichenden, verfassungsgemäßen gesetzlichen Ermächtigung beruhen. Fehlt es daran, so verstößt die abgeleitete Rechtsvorschrift gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV), ohne dass es noch darauf ankommt, ob durch sie Grundrechte der Bayerischen Verfassung verfassungswidrig eingeschränkt werden (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 28.7.1988 = VerfGH 41, 83, 88; VerfGH vom 19.4.2002 = VerfGH 55, 66, 70; VerfGH vom 15.7.2004 = NVwZ-RR 2005, 176).

a) Aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.7.2004 (MittBayNot 2005, 67) steht fest (vgl. § 31 Abs. 1 BVerfGG), dass die bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage (§ 113 Abs. 6 und 8 BNotO), auf die sich das von der Notarkasse gesetzte Satzungsrecht gründet, jedenfalls insoweit gegen das Grundgesetz verstößt, als sie nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, die das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip an die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Träger funktionaler Selbstverwaltung stellt. Angesichts dieser Feststellung des Bundesverfassungsgerichts verstoßen die hier noch zu prüfenden Satzungsvorschriften gegen das Rechtsstaatsprinzip der Bayerischen Verfassung (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV), weil sie ohne die erforderliche grundgesetzgemäße Ermächtigung erlassen worden sind.

b) Die Kompetenz zur Regelung einer Satzungsermächtigung für die Notarkasse kommt dem Bund zu und nicht den Ländern. Das Notariat gehört nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zur konkurrierenden Gesetzgebung; der Bund hat – unter Beachtung des Art. 138 GG – von dieser Kompetenz durch Erlass der Bundesnotarordnung erschöpfend (Art. 72 Abs. 1 GG) Gebrauch gemacht. Die Kompetenz zur Neuregelung der Satzungsermächtigung steht damit nach wie vor dem Bund zu; für die Länder ist insoweit keine Regelungskompetenz gegeben.

c) Es führt nicht zu einem anderen Ergebnis, dass das Bundesverfassungsgericht in der genannten Entscheidung zugleich bestimmt hat, die Verfassungswidrigkeit des § 113 BNotO habe nicht die Nichtigkeit dieser Vorschrift und des auf ihm beruhenden Satzungsrechts zur Folge, sondern die einschlägigen Normen seien noch für eine Übergangszeit anzuwenden. Diese vom Bundesverfassungsgericht zur Ermöglichung eines schonenden Übergangs angeordnete Maßgabe ändert nichts daran, dass § 113 BNotO keine grundgesetzgemäße Ermächtigung der Notarkasse für entsprechendes Satzungsrecht darstellt. Damit ist das auf dieser Norm beruhende Satzungsrecht der Notarkasse zwar nicht nichtig, aber es verstößt dennoch gegen das Rechtsstaatsprinzip der Bayerischen Verfassung.

d) Das Bundesverfassungsgericht hat mit der Überlegung, dass die Aufgaben der Notarkasse nach § 113 BNotO weiterhin erforderlich sind und einer verlässlichen Finanzierung bedürfen, die Weitergeltung des Art. 113 BNotO und des auf ihm beruhenden Satzungsrechts für eine Übergangszeit begründet. Aus den gleichen Überlegungen heraus sind die hierfür verfassungswidrig erkannten Satzungsbestimmungen nicht nichtig, sondern weiter anzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht hat § 113 BNotO nicht aus Kompetenzgründen beanstandet; da bundesrechtliche Vorschriften für verfassungswidrig erklärt worden sind, kann sich der Gesetzgebungsauftrag des Gerichts nur an den Bundesgesetzgeber und nicht – wie der Antragsteller meint – an den Landesgesetzgeber richten. Weil nicht vorhersehbar ist, wann und wie der Bundesgesetzgeber seinem Regelungsauftrag, den er bis Ende 2006 zu erfüllen hat, nachkommt, muss dem Satzungsgeber auch noch nach dem 31.12.2006 ein angemessener Zeitraum zur Normsetzung zur Verfügung stehen. Die betreffenden Satzungsbestimmungen können deshalb bis längstens 31.12.2007 weiter angewendet werden, soweit sie nicht vorher durch neue Regelungen ersetzt werden. Unbeschadet dieser Frist ist der Satzungsgeber auf jeden Fall gehalten, unverzüglich nach der Neuregelung des § 113 BNotO durch den Bundesgesetzgeber neues, verfassungsgemäßes Satzungsrecht zu schaffen.

Die Auffassung des Antragstellers, die Notarkasse könne die betreffenden Vorschriften deshalb nicht während der vom Bundesverfassungsgericht vorgesehenen Übergangsfrist weiter anwenden, weil sie mangels eines durch Art. 77 Abs. 1 BV vorgeschriebenen Errichtungs- oder Anerkennungsakts durch nachkonstitutionelles förmliches Landesgesetz nicht rechtsfähig sei, ist unzutreffend. Der Verfassungsgerichtshof hat bereits früher die Notarkasse als Anstalt des öffentlichen Rechts des Freistaates Bayern anerkannt (vgl. VerfGH vom 10.5.1967 = VerfGH 20, 78, 87). Auch der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass der Bundesgesetzgeber gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 138 GG einen früher bestehenden Rechtszustand (einschließlich der Notarkasse als wesentlicher Einrichtung) anerkennen und im Wesentlichen beibehalten wollte (vgl. BGH vom 8.5.1995 = NJW-RR 1996, 242, 243). Ebenso geht das Bundesverfassungsgericht ersichtlich davon aus, dass der Weitergeltung des § 113 BNotO und des auf diesem

beruhenden Satzungsrechts kein rechtliches Hindernis bei der Notarkasse entgegensteht. Überdies hat der bayerische Gesetzgeber durch Aufnahme der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 18.4.1925 (GVBl, 145) in die Bayerische Rechtssammlung (BayRS 303-1-1-J) gemäß dem Gesetz über die Sammlung des bayerischen Landesrechts (Bayerisches Rechtssammlungsgesetz – BayRSG – vom 10.11.1983, GVBl, 1013) die Verleihung der Rechte einer Anstalt des öffentlichen Rechts an die Notariatskasse (Notarkasse) in seinen Willen aufgenommen (vgl. auch die Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts – BayBS – von 1957, Bd. III S. 44). Ein weiterer Organisationsakt des Landesgesetzgebers, wie ihn der Antragsteller fordert, ist von der Bayerischen Verfassung nicht geboten.

2. Da die Popularklage – soweit sie zulässig ist – erfolgreich ist, braucht auf die sonstigen, im Vorbringen des Antragstellers aufgeworfenen Rechtsfragen und Rügen nicht mehr eingegangen zu werden (vgl. VerfGH vom 27.10.1983 = VerfGH 36, 162, 172). Im Übrigen muss aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts neues Bundesrecht geschaffen werden, das die Grundlage für neues Satzungsrecht der Notarkasse bilden wird. Der Inhalt dieses neuen Bundesrechts und damit die Grundlage und Ausrichtung des künftigen Satzungsrechts sind – innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgaben – offen. Es ist daher nicht veranlasst, jetzt noch verfassungsgerichtliche Aussagen zu treffen über Vorschriften, deren Verfassungswidrigkeit der Verfassungsgerichtshof ohnedies schon festgestellt hat, die aber nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf jeden Fall bis Ende 2006 weiter gelten und dann durch neues Recht ersetzt werden.

VIII.

Das Verfahren ist kostenfrei (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 VfGHG). Die Notarkasse hat dem Antragsteller $\frac{1}{5}$ der ihm durch das Popularklageverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten (Art. 27 Abs. 3 VfGHG).

Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung des BayVerfGH ist insofern bemerkenswert, als sie Fragen von grundlegender verfassungsrechtlicher Bedeutung aufwirft, auf die das Gericht jedoch nicht eingeht. Es geht um die übergangsweise Fortgeltung von mit dem Grundgesetz unvereinbaren Gesetzen, um das Verhältnis von Bundesrecht und Landesverfassungsrecht sowie um die Reichweite landesverfassungsgerichtlicher Kontrolle.

Zunächst einmal bleibt festzuhalten, dass der BayVerfGH genau wie das BVerfG an der inhaltlichen Ausgestaltung der Notarkasse und ihrer Abgabensatzung nichts auszusetzen hat. Es geht ihm allein um das Fehlen einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage. Die Abgabensatzung der Notarkasse beruht auf § 113 BNotO, der jedoch vom BVerfG in einem Beschluss vom 13.7.2004 für verfassungswidrig erklärt worden ist.¹ Aus Sicht der Karlsruher Verfassungsrichter wird die Vorschrift den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips an die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Träger funktionaler Selbstverwaltung nicht gerecht. Gleichzeitig hat das BVerfG § 113 BNotO jedoch für weiterhin anwendbar erklärt und dem Gesetzgeber aufgegeben, bis Ende 2006 für eine neue, verfassungskonforme Fassung der Satzungsermächtigung zu sorgen.

Im Normalfall erklärt das BVerfG Gesetze, die es für verfassungswidrig hält, gemäß §§ 78 Satz 1, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG für nichtig. Das verfassungswidrige Gesetz ist in diesem Fall von Anfang an (ex tunc) und ohne weiteren gestaltenden Akt (ipso iure) rechtsunwirksam.² Als Alternative zum Nichtigkeitsverdict existiert die sog. Unvereinbarkeitserklärung, die allerdings gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist. Seit Inkrafttreten des 4. Änderungsgesetzes zum BVerfGG vom 21.12.1970³ setzen §§ 31 Abs. 2, 79 Abs. 1 BVerfGG die Existenz der Unvereinbarkeitserklärung jedoch implizit voraus. Der Sache nach ist die Unvereinbarkeitserklärung ein Produkt richterlicher Rechtsfortbildung und hat ihren Hauptanwendungsbereich in den Fällen gleichheitswidriger Begünstigungsausschlüsse,⁴ wenn sie auch ursprünglich im Zusammenhang mit Art. 12 GG entwickelt worden ist.⁵

Die Rechtsfolgen einer Unvereinbarkeitserklärung lagen zunächst etwas im Dunkeln.⁶ Inzwischen haben sich jedoch klare Grundsätze herausgebildet: Die mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärte Norm scheidet aus dem Normenbestand nicht einfach aus. Sie muss vielmehr vom Gesetzgeber aufgehoben bzw. an die verfassungsrechtlichen Vorgaben angepasst werden.⁷ Bis dahin unterliegt die Vorschrift jedoch grundsätzlich einer Anwendungssperre.⁸ Bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber kann folglich ein rechtliches Vakuum eintreten, das gerade bei haushaltsrelevanten Normen im Hinblick auf das Erfordernis einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung häufig als unerträglich empfunden wird.⁹ Aus diesem Grund flankiert das BVerfG die Unvereinbarkeitserklärung nicht selten mit einer Übergangsregelung. Eine solche Übergangsregelung kann die befristete vorläufige Weitergeltung der verfassungswidrigen Norm vorsehen, damit der Eintritt eines regelungslosen, ggf. von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernten Zustandes verhindert wird.¹⁰ So liegen die Dinge auch hier.¹¹

§ 113 BNotO ist also trotz seiner Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz bis zum 31.12.2006 wie ein wirksames Gesetz zu behandeln – und zwar wie ein wirksames Bundesgesetz, da es sich um eine in Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG erlassene bundesgesetzliche Regelung handelt. Man wird der Anordnung der Fortgeltung durch das BVerfG nach der *ratio legis* von § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft zubilligen müssen. Sie ist folglich für den Rechtsanwender und damit auch für die Gerichte verbindlich.

Der vom BayVerfGH verfolgte Gedanke, dass die Abgabensatzung weiterhin Anwendung findet und dem Satzungsgeber

² *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl. 2004, Rdnr. 378 f. m. w. N.

³ BGBl. I, S. 1765.

⁴ *Hein*, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das BVerfG, Diss. 1988, S. 39; *Seer*, NJW 1996, 285; *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rdnr. 401.

⁵ Vgl. BVerfG, 1 BvL 32/70 und 25/71, E 33, 303 ff. („Numerus clausus-Entscheidung“).

⁶ Zur Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rdnr. 417 ff. m. w. N.

⁷ *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 20 Rdnr. 129; *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rdnr. 423 f.

⁸ BVerfG, 1 BvL 20/87 und 20/88, E 91, 389, 404; *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rdnr. 421; *Seer*, NJW 1996, 285, 287.

⁹ BVerfG, 2 BvL 17/99, E 105, 73, 134.

¹⁰ BVerfG, 1 BvL 22/71 und 21/72, E 37, 217, 262 f.; 1 BvL 620/78, 1335/78, 1104/79, 363/80, E 61, 319, 356 f.; 2 BvE 2/84, 2 BvR 442/84, E 73, 40, 101 f.

¹¹ BVerfG, 1 BvR 1298/94, NJW 2005, 45, 49.

¹ 1 BvR 1298/94, 1299/94, 1332/95 und 613/97, NJW 2005, 45 ff. = MittBayNot 2005, 67.

eine um ein weiteres Jahr verlängerte Übergangsfrist zur verfassungskonformen Neuordnung einzuräumen ist, scheint bei oberflächlicher Betrachtung zunächst zutreffend zu sein. Das BVerfG wollte mit der Anordnung der Fortgeltung von § 113 BNotO erreichen, dass der bisherige Rechtszustand bis zur Neuordnung der Ermächtigungsgrundlage fortbesteht.¹² Falls der Bundesgesetzgeber seiner Verpflichtung zur verfassungskonformen Anpassung von § 113 BNotO erst kurz vor Ablauf der ihm vom BVerfG gewährten Übergangsfrist am 31.12.2006 nachkommen sollte, bliebe dem Satzungsgeber in der Tat kaum mehr die Möglichkeit, eine Neuordnung der Abgabensatzung sorgfältig vorzubereiten. Insofern scheint es konsequent zu sein, dem Satzungsgeber bis 31.12.2007 Zeit zu lassen, um eine veränderte Abgabensatzung zu beschließen, die der bis dahin neu gefassten bundesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage entspricht.

Allein: Bei richtiger Rechtsanwendung hätte es einer derartigen Übergangsregelung jedoch überhaupt nicht bedurft. Denn wenn der BayVerfGH wie der BGH¹³ verfahren wäre und § 113 BNotO in Übereinstimmung mit der Fortgeltungsanordnung des BVerfG als wirksames Bundesgesetz behandelt hätte, dann hätte er die Abgabensatzung der Notarkasse von vornherein nicht für verfassungswidrig erklären dürfen.

Zutreffend geht der BayVerfGH davon aus, dass es sich bei der Abgabensatzung der Notarkasse trotz der bundesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage um Landesrecht handelt. Die Zurechnung eines Rechtssatzes zum Bund oder zu einem Land bemisst sich anerkanntermaßen ausschließlich nach der Qualität des handelnden Organs. Von einem Landesorgan gesetztes Recht ist daher immer Landesrecht, ohne dass es auf das Maß der Beeinflussung durch das Bundesrecht ankommt.¹⁴ Wenn man trotz der Besonderheit des „Hineinwirkens“ nach Rheinland-Pfalz nach § 113 Abs. 1 Satz 1 BNotO, Art. 138 GG davon ausgeht, dass es sich bei der Abgabensatzung der Notarkasse um eine Vorschrift des bayerischen Landesrechts handelt, so ist jene grundsätzlich der Kognitionsbefugnis der Landesverfassungsgerichtsbarkeit unterworfen.¹⁵ Anders als häufig bei der Verfassungsbeschwerde, die auch in Bayern regelmäßig erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden kann,¹⁶ geht es bei der Normenkontrolle in Form der Popularklage auch nicht um den Angriff gegen die Entscheidung eines Bundesorgans (nämlich z. B. des BGH oder des BVerwG).¹⁷ Gerügt wird mit der landesrechtlichen Norm vielmehr unzweifelhaft ein Akt der Landesstaatsgewalt.

Problematisch ist allerdings, dass die landesrechtliche Norm hier nach den Vorgaben einer bundesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ergangen und mithin von dieser determiniert ist. Es ging bei der Normsetzung also um die Anwendung von

Bundesrecht, und zwar nicht – wie in den üblichen pathologischen Fällen – um die Anwendung materieller oder verfahrensrechtlicher Bundesgesetze durch Landesbehörden oder Landesgerichte, sondern eben um die Anwendung von Bundesrecht bei der „Landesgesetzgebung“.¹⁸

Erfolgt eine Normsetzung durch Landesorgane, hat der Normgeber sowohl die Vorgaben der bundesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage als auch diejenigen der Landesverfassung zu beachten. Seit der Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Reichweite der Landesverfassungsgerichtsbarkeit vom 15.10.1997¹⁹ dürfte weitgehend anerkannt sein, dass das Landesverfassungsrecht neben dem Grundgesetz Anwendung findet, jedenfalls sofern es inhaltsgleich ist.²⁰ Die Anordnung „Bundesrecht bricht Landesrecht“ in Art. 31 GG wird zunehmend nicht mehr als Nichtigkeitsanordnung beim Widerspruch von landesrechtlichen Bestimmungen gegen vermeintlich „höherrangige“ Bundesgesetze verstanden, sondern nur noch als bloße Kollisionsnorm aufgefasst, die dem Bundesrecht im Konfliktfall den Anwendungsvorrang einräumt. Nur dann, wenn Landes(verfassungs-)recht im Widerspruch zum Grundgesetz bzw. zu bundesgesetzlichen Normen steht, wird es von diesen verdrängt.²¹

Diese Rechtsauffassung hat zur Konsequenz, dass die Anwendung von Bundesrecht durch die Landesorgane vom jeweiligen Landesverfassungsgericht auf ihre Vereinbarkeit mit der Landesverfassung überprüft werden kann – allerdings nur, sofern das Bundesrecht nicht alle Einzelheiten selbst regelt und den Landesorganen ein gewisser Spielraum für die Beachtung der Landesverfassung bleibt.²²

Dagegen kann die Landesverfassung unstreitig kein Maßstab für die Beurteilung der Gültigkeit von Bundesgesetzen sein. Denn der Bundesgesetzgeber ist von vornherein nicht an die Landesverfassung gebunden. Die Landesverfassungsgerichte müssen bundesgesetzliche Normen deshalb grundsätzlich als gültig behandeln.²³ Kollidiert ein Bundesgesetz nach Auffassung des Landesverfassungsgerichts mit einem in der Landesverfassung und im Grundgesetz inhaltsgleich enthaltenen Grundrecht oder Verfassungsgrundsatz – wie im vorliegenden Fall mit dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip –, kann das Landesverfassungsgericht das Bundesgesetz nicht einfach wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz als nichtig behandeln. Vielmehr muss es bei Zweifeln an der Vereinbarkeit des Bundesgesetzes mit dem Grundgesetz nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG das BVerfG anrufen.²⁴ Denn die Verwerfungskompetenz für nachkonstitutionelle förmliche Bundesgesetze liegt allein in Karlsruhe. Eine solche Vorlage im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle wäre im vorliegenden Fall jedoch aller Voraussicht nach unzulässig gewesen, weil das BVerfG über die Verfassungswidrigkeit von § 113 BNotO bereits ent-

¹² BVerfG, 1 BvR 1298/94, NJW 2005, 45, 49.

¹³ Beschlüsse des BGH vom 14.3.2005, NotZ 2/05 und 4/05, jeweils Entscheidungsgrund II.2, und NotZ 3/05, Entscheidungsgrund II.1.

¹⁴ BVerfG, 2 BvN 1/62, E 18, 407, 414; von *Coelln*, Anwendung von Bundesrecht nach Maßgabe der Landesgrundrechte?, 2001, S. 53 f.; speziell für Satzungen ebendort S. 59 und BayVerfGHE 37, 31, 32.

¹⁵ Detailliert von *Coelln* (Fn. 14), S. 70 ff.; siehe ferner von *Olshausen*, Landesverfassungsbeschwerde und Bundesrecht, 1980, S. 74 ff.

¹⁶ Art. 51 Abs. 2 Satz 1 VfGHG; *Pestalozza* (Fn. 7), § 23 Rdnr. 79.

¹⁷ Gegen eine Überprüfung bundesgerichtlicher Entscheidung durch die Landesverfassungsgerichte BVerfG, 2 BvN 1/95, E 96, 345, 371; *Schumann* in Starck/Stern, Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband II, 1983, S. 149, 203; *E. Klein*, DVBl. 1993, 1329, 1334; *Rüfner*, DÖV 1967, 668, 672; für eine Differenzierung zwischen der bundesgerichtlichen Entscheidung und den Entscheidungen der Landesgerichte in den Vorinstanzen von *Coelln* (Fn. 14), S. 342 ff.

¹⁸ Zum Ganzen von *Coelln* (Fn. 14), S. 40 f., 46 ff.

¹⁹ BVerfG, 2 BvN 1/95, E 96, 345 ff.

²⁰ BVerfG, 2 BvN 1/95, E 96, 345, 364 f.

²¹ Von *Olshausen* (Fn. 15), S. 134 ff.; *Dietlein*, NVwZ 1994, 6, 9; Überblick zum gegenwärtigen Meinungsstand bei von *Coelln* (Fn. 14), S. 191 ff.

²² Vgl. BVerfG, 2 BvN 1/95, E 96, 345, 366; *Wilke*, NJW 1993, 887, 889; *Pestalozza*, NVwZ 1993, 340, 344; *Tiedemann*, DÖV 1999, 200, 203; *Held*, NVwZ 1995, 534, 537; ausführlich von *Coelln* (Fn. 14), S. 256 ff.

²³ Von *Coelln* (Fn. 14), S. 64 f.

²⁴ Von *Coelln* (Fn. 14), S. 297; allgemein zur Vorlagepflicht der Landesverfassungsgerichte nach Art. 100 Abs. 1 GG BVerfG, 2 BvR 128/84, E 69, 112, 117 f.

schieden und trotz Unvereinbarkeitserklärung eben gerade dessen Fortgeltung bis zum 31.12.2006 angeordnet hat.

Richtigerweise hätte der BayVerfGH mithin von einer Gültigkeit des § 113 BNotO bis zum 31.12.2006 ausgehen müssen. Weil folglich bis zu diesem Zeitpunkt eine Grundlage für die Abgabensatzung fortbesteht, hätte der BayVerfGH diese nicht einfach wegen Fehlens einer wirksamen Ermächtigungsnorm für unwirksam erklären dürfen. Eine – wenn auch nur implizite – Beurteilung der Wirksamkeit von Bundesgesetzen steht dem Landesverfassungsgericht – wie ausgeführt – eben gerade nicht zu.

Nach alledem hätte die Popularklage als (derzeit) unbegründet abgewiesen werden müssen. Eine Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Abgabensatzung wegen Fehlens einer Ermächtigungsgrundlage würde frühestens nach dem 31.12.2006 in Betracht kommen – und auch nur dann, falls bis dahin noch keine verfassungskonforme Ausgestaltung des § 113 BNotO und keine Anpassung der Satzung an die neu gefasste Ermächtigungsgrundlage vorgenommen wurde.

Wiss. Mitarbeiter *Claus Binder*, LL. M. (Harvard), Freiburg

19. BNotO § 6 Abs. 3 (Zugang zum Amt des hauptberuflichen Notars)

Zur Reihenfolge bei der Auswahl für eine ausgeschriebene (Nur-)Notarstelle unter mehreren geeigneten Bewerbern, die sämtlich keinen Anwärterdienst in dem betreffenden Bundesland geleistet haben.

BGH, Beschluss vom 14.3.2005, NotZ 27/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

I.

Der Antragsteller war von 1995 bis 2002 (seit 1997 abgeordnet zum Deutschen Notarinstitut) im notariellen Anwärterdienst des Landes N. Er wurde zum Notar in D. ernannt, jedoch auf seinen Antrag wieder entlassen, um weiterhin beim Deutschen Notarinstitut tätig zu sein. Er hat sich, ebenso wie drei auswärtige Notarassessoren, um die vom Antragsgegner (mit Stichtag: 1.12.2003) ausgeschriebene Notarstelle in S. (Bayern) beworben.

Mit Bescheid vom 23.4.2004 teilte der Antragsgegner dem Antragsteller mit, dass beabsichtigt sei, die Notarstelle dem weiteren Beteiligten, einem seit 1.7.1997 in Sachsen tätigen Notarassessor, zu übertragen. Beigefügt war ein Aktenvermerk mit einer Begründung der Auswahlentscheidung.

Demnach wendet der Antragsgegner für die Bewerbung ausschließlich außerbayerischer Bewerber um Notarstellen ein Punktesystem an, nach dem maximal 50 Punkte erreichbar sind. Dabei werden die Leistungen in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung und das Leistungsbild bei der Vorbereitung auf den Notarberuf mit jeweils 30 % der Gesamtbewertung (maximal je 15 Punkte) gewichtet. Die Dauer notarspezifischer Tätigkeiten wird mit 12 % (maximal 6 Punkte) bewertet. Das Ergebnis der Ersten Juristischen Staatsprüfung wird mit 4 % der Gesamtbewertung (maximal 2 Punkte) berücksichtigt, notarspezifische Zusatzqualifikationen mit 4 % (maximal 2 Punkte). Ferner geht die Bewertung eines Vorstellungsgesprächs mit 20 % des Gesamtergebnisses (maximal 10 Punkte) in das Gesamtergebnis ein.

Im vorliegenden Fall beruhte die Auswahlentscheidung auf folgenden Bewertungen:

	Antragsteller	weiterer Beteiligter
Zweite Jur. Staatsprüfung	12,75	14,25
Erste Jur. Staatsprüfung	0,8	1,9
Leistungsbild	15	15
Dauer notarspezifischer Tätigkeiten	3,66	3,19
Zusatzqualifikation	0	0
Vorstellungsgespräch	8	9
Summe	40,21	43,34

– Die betreffenden Punktwerte für die Zweite Juristische Staatsprüfung werden folgendermaßen errechnet: Der notenbeste Bewerber erhält 15 Punkte, die übrigen Bewerber erhalten pro schlechterer Notenstufe 1,5 Punkte Abzug; zusätzlich werden für ein bis zu 5 % schlechteres Ergebnis 0,75 Punkte abgezogen, für ein bis zu 10 % schlechteres Ergebnis 1,5 Punkte, usw.

Da hier der beste der vier Bewerber als Examensnote 11,36 Punkte hatte, errechnete sich – bei jeweils gleicher Notenstufe (voll befriedigend) – für den weiteren Beteiligten bei 10,92 Punkten ein Punktwert von 14,25 und für den Antragsteller (Examen 10,07 Punkte) ein Punktwert von 12,75.

– Zur Ermittlung der Punktwerte für die Erste Juristische Staatsprüfung erhielt der notenbeste Bewerber 2 Punkte. Die übrigen Bewerber erhielten einen Abschlag von 0,2 Punkten pro schlechterer Notenstufe sowie Abschläge von 0,1 Punkten für eine bis zu 5 % schlechtere Prüfungsleistung, usw. Dies führte hier bei der Bestnote von 12,45 Punkten eines dritten Mitbewerbers zu 1,9 Punkten für den weiteren Beteiligten (Examensnote: 11,87 Punkte) und zu 0,8 Punkten für den Antragsteller (Examensnote: 7,75 Punkte).

– Beim „Leistungsbild“ erhielten beide Konkurrenten die Höchstpunktzahl von 15 Punkten. Der Antragsgegner wertete die Zeugnisse in dem Sinne aus, dass sie beiden höchste fachliche Fähigkeiten zusprachen. Aus den Beurteilungen des weiteren Beteiligten ergebe sich, dass dieser über ein weit überdurchschnittliches, fundiertes juristisches Wissen verfüge. Er verfüge über eine mehrjährige Erfahrung bei der Verwaltung von Notarstellen, seit November 2000 verwalte er solche Stellen. Im Vergleich zu dem Antragsteller verfüge er aufgrund seiner mehrjährigen Verwaltungstätigkeit über größere Erfahrungen in der notariellen Praxis sowie in der organisatorischen und wirtschaftlichen Führung eines Notariats. Die Tätigkeit des Antragstellers stelle aber gleichfalls hohe Anforderungen an organisatorisches und wirtschaftliches Führungsgeschick. Er habe im Rahmen seiner Gutachterstätigkeit am Deutschen Notarinstitut wissenschaftlich in praktisch allen für die notarielle Praxis relevanten Rechtsgebieten sehr erfolgreich gearbeitet. Dies wiege den praktischen Erfahrungsvorsprung des Mitbewerbers auf. Insoweit seien Leistungsunterschiede zwischen beiden Bewerbern nicht zu erkennen.

– Unter „Dauer notarspezifischer Tätigkeiten“ errechnete der Antragsgegner für den Antragsteller zum Stichtag acht Jahre und damit 3,66 Punkte, für den weiteren Beteiligten sechs Jahre und damit 3,19 Punkte.

– Beim „Vorstellungsgespräch“ vermerkte der Antragsgegner für den weiteren Beteiligten einen sehr günstigen Gesamteindruck. Er wurde mit 9 Punkten bewertet. Für den Antrag-

steller wurde ein günstiger Gesamteindruck notiert, der zu einer Bewertung mit 8 Punkten führte.

Gegen den Bescheid des Antragsgegners hat der Antragsteller (rechtzeitig) Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt. Das Oberlandesgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Antragstellers.

II.

Die sofortige Beschwerde ist nicht begründet. Zu Recht hat das Oberlandesgericht den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Auswahlentscheidung des Antragsgegners rechtswidrig ist und dadurch den Antragsteller in seinen Rechten beeinträchtigt, § 111 Abs. 1 Satz 2 BNotO.

1. Maßstab für die Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern für das Amt des Notars im Hauptberuf ist gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO die persönliche und fachliche Eignung unter Berücksichtigung der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung und der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen. Dabei ist gemäß Satz 3 die Dauer des Anwärterdienstes angemessen zu berücksichtigen. Diese gesetzliche Regelung wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht (BVerfG, Beschluss vom 20.4.2004, 1 BvR 838/01 u. a., NJW 2004, 1935, 1936 f.).

Die gesetzlich festgelegten Kriterien der persönlichen und fachlichen Eignung enthalten unbestimmte Rechtsbegriffe, welche in ihrem Regelungsbereich eine Ermessensentscheidung der Bestellungsbehörde ausschließen. Das Gericht hat daher die Auswahlentscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Das bedeutet indessen nicht, dass es seine eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen der Behörde zu setzen hätte. Die Rechtskontrolle hat den Charakter der Auswahlentscheidung als Akt wertender Erkenntnis zu beachten. Diese ist vom Gericht nicht zu wiederholen, sondern nur darauf zu überprüfen, ob ihm ein zutreffendes Verständnis des gesetzlichen Auswahlmaßstabes zugrunde liegt, ob allgemein gültige Wertmaßstäbe beachtet und sachwidrige Erwägungen ausgeschlossen sind und ob schließlich der zu beurteilende Tatbestand verfahrensfehlerfrei festgestellt wurde (BGHZ 124, 327, 330 f.). Der Antragsgegner war befugt, die Auswahlkriterien des § 6 Abs. 3 BNotO im Rahmen des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraums durch ein ausdifferenziertes Punktesystem zu konkretisieren. Dieses muss sich allerdings im Rahmen des gesetzlich abgesteckten Beurteilungsspielraums halten. Es dürfen daher nur Gesichtspunkte berücksichtigt werden, die für die persönliche und fachliche Eignung des Bewerbers von Belang sind, denn das Maß der Eignung für das Amt des Notars stellt den umfassenden rechtlichen Auswahlmaßstab dar (a. a. O., 332 f.).

2. Entgegen der Beschwerde liegt eine Beeinträchtigung der Rechte des Antragstellers weder in der vom Antragsgegner gehandhabten Verwaltungspraxis im Allgemeinen noch in deren Anwendung im konkreten Einzelfall.

a) Das vom Antragsgegner angewendete „50-Punkte-System“ ist im Grundsatz nicht zu beanstanden.

aa) Die generelle Berücksichtigung der Note des Zweiten Staatsexamens mit 30 % und damit mit gleichem Gewicht wie die Beurteilungen der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen begegnet keinen Bedenken. Zu Recht hat bereits das Oberlandesgericht ausgeführt, dass sich bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern für das Notaramt im Hauptberuf weder aus der Regelung in § 6 Abs. 3 BNotO

noch aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.4.2004 (a. a. O.) – die sich maßgeblich mit der Bewerberauswahl für das Anwaltsnotariat befasst – ableiten lässt, die Bewertung der fachlichen Leistungen bei der Vorbereitung auf den Beruf müsse zu mehr als 50 % gewichtet werden.

(1) Nach der Rechtsprechung des Senats kommt dem Ergebnis des Zweiten Juristischen Staatsexamens deshalb eine besondere Aussagekraft beim fachlichen Vergleich verschiedener Bewerber zu, weil es wesentlich auf der Beurteilung namentlich nicht gekennzeichnete Arbeiten beruht und von einem finanziellen Interesse der prüfenden Stelle an der Nachfrage nach Prüfungsleistungen frei ist (Beschluss vom 3.12.2001, NotZ 20/01, NJW-RR 2002, 705 f.). Zu Recht verweist das Oberlandesgericht darauf, dass in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung nicht nur Kenntnisse, d. h. konkrete Inhalte, abgefragt werden. In der Examensnote kommt daneben auch die Beurteilung des juristischen Grundverständnisses und der Fähigkeit der praktischen Rechtsanwendung, zum Denken in juristischen Kategorien und zur Lösung unbekannter Rechtsprobleme in vertretbarer Zeit zum Ausdruck. Daher gibt das Ergebnis des Staatsexamens auch Auskunft über die allgemeine juristische Befähigung (vgl. auch BVerfG, a. a. O., 1938). Im Übrigen ist dem weiteren Beteiligten darin zuzustimmen, dass einige Bereiche, die vom Antragsteller als notarfern bezeichnet werden (öffentliches Recht, Arbeitsrecht), durchaus für den in der Praxis tätigen Notar von Bedeutung sein können. Die Pflicht zur umfassenden Beratung kann (anders als die mit abstrakten Rechtsfragen befasste Tätigkeit des Antragstellers) darüber hinaus auch strafrechtliche Belange, insbesondere im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts, umfassen.

(2) Eine andere Einschätzung ist auch nicht von Verfassungen wegen geboten. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht die herausragende Bedeutung der Zweiten Juristischen Staatsprüfung für die Beurteilung der fachlichen Eignung von Notaren im Hauptberuf ausdrücklich bekräftigt. Während für die Aufnahme in den Anwärterdienst diese Note sogar als vorrangig angesehen werden könne, sei im Zeitpunkt der Bewerbung um ein Notaramt im Hauptberuf zwar erneut dem Zweiten Staatsexamen, aber eben auch den bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten und beurteilten Leistungen Gewicht beizumessen (BVerfG, a. a. O., 1937). Wie im angefochtenen Beschluss des Oberlandesgerichts ausgeführt, wird die Regelung des Antragsgegners diesen Anforderungen gerecht. Zusätzlich zu den Beurteilungen der auf den Notarberuf vorbereitenden Leistungen mit 30 % fließt noch die Dauer notarspezifischer Tätigkeit mit 12 % der Gesamtpunktzahl in die Bewertung ein, womit zugleich auch der Zuwachs an Erfahrung und fachlicher Qualifikation erfasst wird. Das Zweite Staatsexamen liegt beim erstmaligen Zugang zum Notariat im Hauptberuf regelmäßig auch noch nicht so lange zurück wie in den Fällen des Anwaltsnotariats.

Im Übrigen spielt die vom Antragsteller geforderte stärkere Gewichtung des Leistungsbildes im vorliegenden Fall bereits deshalb keine Rolle, weil die Einschätzung des Antragsgegners, dass insoweit beiden relevanten Bewerbern gleichermaßen die Höchstnote zustehe, rechtlich nicht zu beanstanden ist.

(3) Soweit der Antragsteller das Umrechnungssystem des Antragsgegners beanstandet, weil es die zu erreichende Höchstpunktzahl von 15 Punkten von dem Zufall abhängig mache, welche Kandidaten sich im Einzelnen bewerben, zeigt er keinen Rechtsfehler auf. Das Bewertungssystem des Antrags-

gegners führt dazu, dass an realistischerweise in Betracht kommende Spitzennoten angeknüpft wird, damit die Höchstpunktzahl von 15 auch tatsächlich erreicht werden kann und sich die aufgefächerten Ergebnisse somit nicht nur im unteren Bereich der Skala bewegen. Die Staffelung der Notenunterschiede nach der besonderen Rechenmethode des Antragsgegners, die hier zu Folge hat, dass sich bei einem Notenunterschied von 0,85 Punkten (der weitere Beteiligte: 10,92; der Antragsteller: 10,07) konkret ein Abstand von 1,5 Bewertungspunkten zwischen den am gerichtlichen Verfahren beteiligten Konkurrenten ergibt, hält sich in einem vertretbaren Rahmen. Ob es allgemein zu billigen wäre, dass nach dem System des Antragsgegners im Falle unterschiedlicher Notenstufen der Bewerber aufgrund der dann mehrfach vorzunehmenden Abschlüsse selbst geringfügige Abweichungen in der Examensnote zu beträchtlichen Unterschieden bei den zu veranschlagenden Bewertungspunkten führen können (etwa: beste Examensnote 11,50 Punkte = gut, nächstbeste Note 11,48 Punkte = voll befriedigend, ergeben einmal 15 und einmal 12,75 Bewertungspunkte [1,5 Punkte-Abzug wegen der niedrigeren Notenstufe, weiterer Abzug von 0,75 Punkten wegen der um bis zu 5 % schlechteren Examensnote]), braucht nicht entschieden zu werden, weil hier der Antragsteller und der weitere Beteiligte dieselbe Notenstufe erreicht haben. Entgegen der Auffassung des Antragstellers ist es nicht geboten, bei einer Notendifferenz von 0,85 Punkten „annähernd gleiche“ Befähigung anzunehmen. Aus dem Beschluss des BGH vom 13.12.1993, NotZ 58/92, DNotZ 1994, 332, 333 ergibt sich nichts Gegenteiliges (vgl. auch BGH, Beschluss vom 22.3.2004, NotZ 19/03, Umdruck S. 7 f.).

bb) Es begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken, dass der Antragsgegner durchgehend das Ergebnis der Ersten Juristischen Staatsprüfung mit 4 % berücksichtigt. Eine Heranziehung der in dieser Prüfung gezeigten juristischen Fähigkeiten liegt nach ständiger Rechtsprechung des Senats innerhalb des Beurteilungsspielraums. Der Antragsgegner ist rechtlich nicht gehindert, neben dem abschließenden Zeugnis auch weitere Zeugnisse über den Verlauf der juristischen Ausbildung mit heranzuziehen. Dies darf nur nicht dazu führen, dass das Gewicht des Zweiten Staatsexamens hinter sie zurücktritt (BGH, Beschluss vom 13.12.1993, NotZ 58/92, DNotZ 1994, 332, 333; vgl. auch BGH, Beschluss vom 12.7.2004, NotZ 4/04, NJW-RR 2004, 1701, 1703). Unter Umständen kann sogar eine Pflicht bestehen, die Ergebnisse der Ersten Juristischen Staatsprüfung zur Abrundung des Leistungsvergleiches mit einzubeziehen (BGH, Beschluss vom 22.3.2004, NotZ 20/03, NJW-RR 2004, 859, 860). Die Verwaltungsübung des Antragsgegners geht dahin, dass die Gewichtung der Ersten Juristischen Staatsprüfung mit 4 % des Gesamtergebnisses gegenüber 30 % für die Zweite Juristische Staatsprüfung deutlich geringer ausfällt. Damit bleibt die Regelung insoweit innerhalb des dem Antragsgegner zustehenden Beurteilungsspielraums. Etwaigen Bedenken, was das Abschlagsystem im Falle unterschiedlicher Notenstufen der Bewerber angeht [siehe oben zu aa) (3)], braucht hier nicht nachgegangen zu werden. Zum einen war der im konkreten Fall unter diesem Gesichtspunkt zu Lasten des Antragstellers vorgenommene (nochmalige) Abzug so geringfügig, dass er sich auf das Gesamtergebnis nicht ausgewirkt haben kann; zum anderen gebietet – unabhängig von der vorgenommenen Berechnungsmethode – insoweit die deutlich schwächere Examensnote des Antragstellers eine signifikant schlechtere Bewertung.

cc) Ob die generelle Bewertung der Ergebnisse der Vorstellungsgespräche mit 20 % in jedem Fall als rechtlich bedenkenfrei anzusehen ist, kann hier – da nicht entscheidungserheblich – offen bleiben.

(1) Gegen die Einbeziehung der Ergebnisse eines persönlichen Vorstellungsgesprächs bestehen grundsätzlich keine Bedenken. Diese Möglichkeit ist in § 6 Abs. 3 BNotO zwar nicht ausdrücklich vorgesehen. Es entspricht aber allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Dienstrechts, dass zur Prüfung und Gewichtung der persönlichen Eignung eines Bewerbers (vgl. § 6 Abs. 3 BNotO) sich der zukünftige Dienstherr neben schriftlichen Unterlagen auch einen unmittelbaren Eindruck verschaffen kann. Dies ist insbesondere dann zulässig, wenn – wie hier – der Bewerber den Anwärterdienst bei einer anderen Landesjustizverwaltung durchlaufen hat (BGH, Beschluss vom 22.3.2004, NotZ 20/03, NJW-RR 2004, 859, 860).

Bei der Gewichtung des persönlichen Eindrucks aus einem Vorstellungsgespräch ist allerdings zu berücksichtigen, dass solche Gespräche nur eine „Momentaufnahme“ von den Fähigkeiten des jeweiligen Bewerbers vermitteln können (BGH, a. a. O.) und in besonders hohem Maße einer subjektiven Wertung unterliegen. Das Grundrecht nach Art. 33 Abs. 2 GG fordert jedoch ein Verfahren, das sich an objektivierbare und in den sachgegebenen Grenzen gerichtlich überprüfbare Methoden der Persönlichkeitsbeurteilung hält. Dem genügen die Eindrücke einer Seite über den Verlauf eines Gesprächs, das sich weitgehend außerhalb der Sachfragen der angestrebten Amtsführung bewegt, nicht ohne weiteres (BGH, Beschlüsse vom 12.7.2004, NotZ 4/04, NJW-RR 2004, 1701, 1702 und NotZ 5/04, Umdruck S. 6 ff.). Eine ausschlaggebende Bedeutung darf der Dienstherr dem Vorstellungsgespräch etwa dann beimessen, wenn keine schriftlichen Leistungsbeurteilungen vorliegen, die wegen ihres sachlichen Gehaltes aussagekräftige Erkenntnisquellen zur persönlichen Eignung des Bewerbers darstellen (BGH, a. a. O.).

(2) Vor diesem Hintergrund ist es fraglich, ob sich der Antragsgegner mit einem generellen Ansatz von 20 % am Gesamtergebnis noch im Rahmen seines Beurteilungsspielraums bewegt. Anders als bei der Bewerbung um den Anwärterdienst liegen hier neben den Befähigungsnachweisen (insbesondere Ergebnisse der juristischen Staatsprüfungen) bereits dienstliche Beurteilungen vor, die Auskunft auch über die persönliche Eignung geben (vgl. BGH, Beschluss vom 22.3.2004, NotZ 20/03, NJW-RR 2004, 859, 860). Der Antragsgegner gewichtet im Rahmen des „Leistungsbilds“ diese Beurteilungen, die regelmäßig längere Zeiträume, häufig mehrere Jahre, umfassen, selbst insgesamt mit 30 % und damit nur um die Hälfte stärker als die „Momentaufnahme“ aus dem eigenen persönlichen Eindruck, der von einer Reihe von zufälligen Umständen (Krankheit, Stress, persönliche Sympathie oder Antipathie, usw.) beeinflusst sein kann. Ein gewisses Missverhältnis könnte sich selbst dann ergeben, wenn noch – wie vom Oberlandesgericht erwogen – zusätzlich die „Dauer notarspezifischer Tätigkeit“ mit einem Gewicht von 12 % berücksichtigt wird; selbst vor diesem Hintergrund kann ein „schlechter Tag“ des Bewerbers oder eine Kommunikationsstörung zwischen ihm und seinen Gesprächspartnern unter Umständen (z. B. in einem relativ homogenen Bewerberfeld) dazu führen, dass der Eindruck aus einem Vorstellungsgespräch sämtliche sonst vorhandene Erkenntnisse hinsichtlich der persönlichen Eignung des Bewerbers überwiegt (vgl. BGH, a. a. O.). Das könnte dazu Anlass geben, den Einfluss der Ergebnisse der Vorstellungsgespräche auf die Gesamtbeurteilung – statt einer generellen Gewichtung mit einem Prozentsatz von 20 % – zu relativieren.

(3) Wie schon das Oberlandesgericht angenommen hat, kommt es vorliegend auf diese Frage nicht an, weil auszuschließen ist, dass sich die geringfügig (um einen Punkt) zu-

gunsten des weiteren Beteiligten unterschiedliche Bewertung des Eindrucks, den der Antragsgegner aufgrund der Vorstellungsgespräche von den Bewerbern gewann, auf die Besetzungsentscheidung ausgewirkt hat. Die Auswertung der Vorstellungsgespräche durch den Antragsgegner (8 von 40,21 Punkten für den Antragsteller und 9 von 43,34 Punkten für den weiteren Beteiligten) kann gestrichen werden, ohne dass der Vorsprung des weiteren Beteiligten (von 3,13 Punkten) im Gesamtergebnis maßgeblich beeinflusst würde.

dd) Keinen rechtlichen Bedenken begegnet ferner, dass nach den Auswahlkriterien des Antragsgegners nicht zusätzlich Sonderpunkte für Tätigkeiten beim Deutschen Notarinstitut, für Vortragstätigkeiten oder Veröffentlichungen zu notarspezifischen Themen zu vergeben sind.

(1) Das Oberlandesgericht hat in dem angefochtenen Beschluss zu Recht darauf hingewiesen, dass solche Tätigkeiten ohne Rechtsfehler bereits im bestehenden Punktesystem des Antragsgegners Berücksichtigung finden können. Die besondere fachliche Qualifikation, die sich aus der Gutachtertätigkeit ergibt, kann bei der Leistungsbewertung („Leistungsbild“) eine Rolle spielen. Diese Zeit wird außerdem im Rahmen der mit 12 % gewichteten notarspezifischen Tätigkeiten mitberücksichtigt. Im Übrigen können zwar auch im Punktesystem des Antragsgegners über Sonderpunkte ganz besondere Qualifikationen prinzipiell berücksichtigt werden. Es ist aber nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner einen solchen Fall hier nicht angenommen hat. Wie der Senat bereits ausgesprochen hat, ist es im Blick auf die Beurteilungen während des Anwärterdienstes und darauf, dass die Notarassessoren bereits beträchtliches wissenschaftliches Potential einbringen und auch oft während der Ausbildung mit wissenschaftlichen Aufgaben betraut werden, nicht geboten, Tätigkeiten der Bewerber beim Deutschen Notarinstitut, wissenschaftlichen Veröffentlichungen und steuerrechtlichen Fachkenntnissen ein besonderes, zusätzliches Gewicht beim Leistungsvergleich beizumessen (BGH, Beschluss vom 22.3.2004, NotZ 19/03, Umdruck S. 8 f.).

(2) Auf eine mögliche andere Gewichtung solcher Tätigkeiten in Verwaltungsvorschriften betreffend die Bewertung der Eignung der Bewerber bei der Auswahl von Anwaltsnotaren (vgl. § 17 Abs. 2 Nr. 6 AVNot NRW) kommt es wegen des Unterschieds zwischen dem Anwaltsnotariat und dem hier betroffenen Nur-Notariat mit dem dafür vorgesehenen Anwärterdienst (§ 7 BNotO) nicht an. Die Unterscheidung schlägt sich nicht nur in einer unterschiedlichen Ausgestaltung des Berufsbildes nieder, sondern sie hat Auswirkungen insbesondere auf die Berufszugangsvoraussetzungen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.4.2004, 1 BvR 838/01 u. a., NJW 2004, 1935, 1937).

b) Auch die Anwendung der erörterten Verwaltungsgrundsätze des Antragsgegners im vorliegenden konkreten Einzelfall ist rechtlich nicht zu beanstanden.

aa) Bezüglich der Leistungsbeurteilung hält sich die Einschätzung des Antragsgegners, dass beide Bewerber die Höchstpunktzahl von 15 Punkten erfüllt haben, innerhalb des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums. Dies gilt entgegen der Beschwerde insbesondere auch für die – im Ergebnis keinerlei Einschränkungen der Leistungsfähigkeit feststellende – Auswertung der Zeugnisse des weiteren Beteiligten. Wegen der Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss verwiesen.

Dass der Antragsgegner die Vortragstätigkeit und wissenschaftlichen Veröffentlichungen des Antragstellers (der nur die ersten 17 Monate nach Einstellung als Notarassessor

tatsächlich im Notardienst tätig war) – auch unter Einbeziehung seiner Tätigkeit beim Deutschen Notarinstitut und des dort bewiesenen Fachwissens einschließlich besonderer steuerrechtlicher Fachkenntnisse – nicht höher als die jahrelange praktische Notarstätigkeit des erfolgreichen Mitbewerbers bewertet hat, hält sich gleichermaßen innerhalb des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner einen Erfahrungsvorsprung des weiteren Beteiligten gegenüber dem Antragsteller hinsichtlich der organisatorischen und wirtschaftlichen Führung eines Notariats angenommen und deshalb bei der Bewertung und Abwägung sämtlicher Tätigkeiten bis zum Stichtag jedenfalls keinen Vorrang des Antragstellers im „Leistungsbild“ gesehen hat.

bb) Was die Bewertung der Vorstellungsgespräche angeht, hat sich, wie bereits ausgeführt, die geringfügig höhere Einstufung des weiteren Beteiligten durch den Antragsgegner nicht zu Lasten des Antragstellers ausgewirkt.

III.

Der angefochtene Beschluss hat daher Bestand. Zu ändern war aufgrund des Rechtsmittels des Antragstellers lediglich der Ausspruch über die Erstattung der erstinstanzlichen außergerichtlichen Kosten des weiteren Beteiligten durch den Antragsteller. Die gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 BNotO anwendbare Vorschrift des § 201 BRAO gilt nur für die Gerichtskosten, so dass die Entscheidung über die außergerichtlichen Auslagen der Beteiligten § 13 a FGG zu entnehmen ist. Die Erstattung erstinstanzlicher Kosten kann nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG ganz oder teilweise angeordnet werden, wenn dies der Billigkeit entspricht. Dies kommt in Betracht, wenn im Einzelfall besondere Gründe bestehen, die eine Kostenerstattung als billig erscheinen lassen (BGH, Beschluss vom 4.12.1989, NotZ 18/89, juris [Umdruck S. 5]). Die Zurückweisung des Antrags für sich allein ist in der Regel noch kein ausreichender Grund, um eine Kostenerstattung anzuordnen. Es kommt hier also mangels besonderer Umstände der Grundsatz zum Tragen, dass jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Auslagen im erstinstanzlichen Verfahren selbst zu tragen hat.

20. BeurkG § 17 Abs. 1, EStG § 23 Abs. 1 (*Keine allgemeine Belehrungspflicht über Anfall der Spekulationssteuer*)

Auf die Möglichkeit der Versteuerung eines „Spekulationsgewinns“ muss der Notar grundsätzlich hinweisen, wenn ein Beteiligter selbst die Frage nach der Steuerpflicht erhoben hat oder wenn der Notar vor oder während der Beurkundung davon Kenntnis erhält, dass der Verkäufer das Grundstück innerhalb der „Spekulationsfrist“ erworben hat und die Anschaffungskosten unter dem Verkaufspreis liegen. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Stuttgart, Urteil vom 31.8.2004, 15 O 191/04; eingesandt von Notar Dr. Robert Kiefer, Zweibrücken

Aus den Gründen:

II.

Selbst wenn den Notarvertreter generell Belehrungspflichten im Verhältnis zur Klägerin getroffen hätten, wäre er jedenfalls nicht verpflichtet gewesen, die Klägerin auf den möglichen Anfall der „Spekulationsteuer“ hinzuweisen.

Der Notar, der einen Grundstückskaufvertrag beurkundet, ist regelmäßig nicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG gehalten, auf steuerrechtliche Folgen des beurkundeten Geschäfts hinzuweisen. Denn diese gehören typischerweise nicht zum Inhalt eines Grundstückskaufvertrages selbst, sondern ergeben sich kraft Gesetzes als Folgen daraus (BGH, MDR 1995, 1170 = DNotZ 1996, 116). Von sich aus muss ein Notar auf die Möglichkeit der Entstehung einer Steuerpflicht nur in den Fällen hinweisen, in denen gesetzliche Regelungen dies vorschreiben, was beim Anfall der „Spekulationsteuer“ nicht der Fall ist.

Ausnahmsweise ist der Notar jedoch im Rahmen seiner allgemeinen Betreuungspflicht (§ 14 Abs. 1 BNotO) gehalten, auch auf steuerliche Gefahren aufmerksam zu machen, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls Anlass zu der Vermutung haben muss, einem Beteiligten drohe ein Schaden, weil er sich der Gefahr des Entstehens einer besonderen Steuerpflicht nicht bewusst ist. Dies gilt insbesondere für das Entstehen der sogenannten „Spekulationsteuer“ (BGH, a. a. O.). Auf die Möglichkeit der Versteuerung eines „Spekulationsgewinns“ muss der Notar grundsätzlich dann hinweisen, wenn ein Beteiligter selbst die Frage nach der Steuerpflicht erhoben hätte – was die Klägerin unstreitig nicht getan hat – oder wenn er vor oder während der Beurkundung des Kaufvertrages davon Kenntnis erhält, dass der Verkäufer das Grundstück innerhalb der „Spekulationsfrist“ erworben hat und die Anschaffungskosten unter dem Verkaufspreis liegen (BGH, MDR 1985, 577; NJW 1989, 586; MDR 1995, 1170; OLG Koblenz, OLGR Koblenz 2002, 400 und 2003, 91).

Selbst wenn der Notarvertreter aufgrund der Grundbuchabschrift, die ihm vorlag, tatsächlich Kenntnis vom Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks durch die Klägerin gehabt haben sollte, hätte er auf die Möglichkeit des Anfalls der „Spekulationsteuer“ nicht hinweisen müssen. Denn unstreitig wusste der Notarvertreter nicht, dass die Klägerin das Grundstück selbst zu einem niedrigeren Kaufpreis gekauft hatte. Nur aus einem Vergleich zwischen den früheren Anschaffungskosten und dem jetzt vorgesehenen Verkaufspreis könnte sich aber ein Gewinn errechnen, der möglicherweise zu versteuern wäre. Zur Ermittlung von Tatsachen, die für das evtl. Eingreifen von Steuertatbeständen von Bedeutung sein können, ist der Notar bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages jedoch nicht verpflichtet (BGH, MDR 1995, 1170). Allein anhand des Datums des Erwerbs des Grundstücks durch die Klägerin konnte der Notarvertreter jedenfalls nicht ersehen, ob eine besondere Steuerpflicht entstehen würde. Eine Verpflichtung des Notars, bei bloßer Kenntnis des Nichtablaufs der Spekulationsfrist ohne Kenntnis von den sonstigen die Steuerpflicht auslösenden Umständen in allgemeiner Weise auf die Möglichkeit des etwaigen Entstehens einer solchen Steuerschuld hinzuweisen, besteht nicht. Dies würde die an die Belehrungspflichten eines Notars in Bezug auf steuerrechtliche Folgen des beurkundeten Vertrags zu stellenden Anforderungen überspannen. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob der Notarvertreter tatsächlich Kenntnis vom Datum des Erwerbs des Grundstücks durch die Klägerin hatte oder sich diese jedenfalls unschwer aus den ihm vorliegenden Unterlagen hätte beschaffen können.

Kostenrecht

21. KostO §§ 147 Abs. 2, 149 KostO (*Abgeltungsbereich der Hebegebühr*)

Die Anzeige des Notars an einen Darlehensgeber, dass der Grundstückskäufer seine Auszahlungsansprüche an den Verkäufer abgetreten hat, löst neben der „Hebegebühr“ nach § 149 KostO eine „sonstige Gebühr“ nach § 147 Abs. 2 KostO nicht aus.

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.11.2004, 3 W 82/04; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Aus den Gründen:

I.

In einem Grundstückskaufvertrag wurde vereinbart, dass die Käufer berechtigt sind, das Grundstück bereits vor Eigentumsumschreibung mit Grundpfandrechten zu belasten. Zur Sicherung der Verkäuferin traten die Käufer ihre Darlehensansprüche gegen die finanzierenden Banken, zu deren Gunsten zwei Grundpfandrechte bestellt wurden, an diese ab. Der Notar übersandte den Grundschuldgläubigern jeweils vollstreckbare Ausfertigungen der Grundschuldbestellungsurkunden und wies die Grundpfandrechtsgläubiger darauf hin, dass die Darlehensvaluta auf sein Notaranderkonto zu zahlen sei. Für die Abtretungsanzeigen berechnete er jeweils eine Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO.

Die Kostenberechnung ist im Rahmen einer Notarprüfung beanstandet worden. Der Präsident des Landgerichts hat den Notar gemäß § 156 Abs. 6 Satz 1 KostO angewiesen, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Das Landgericht hat die Kostenrechnung um die Gebühren gemäß § 147 Abs. 2 KostO gekürzt.

II.

(...) In der Sache führt das Rechtsmittel nicht zum Erfolg. Der angefochtene Beschluss beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO, § 546 ZPO).

Mit dem Landgericht ist auch der Senat der Auffassung, dass die von dem Notar anweisungsgemäß ausgeführte Abtretungsanzeige an die Grundpfandrechtsgläubiger eine „sonstige Gebühr“ gemäß § 147 Abs. 2 KostO nicht auslöst. Diese würde nur dann entstehen, wenn für diese Tätigkeit eine Gebühr nach der Kostenordnung sonst nicht angefallen wäre. Dies ist hier aber nicht der Fall.

Da die Parteien des Kaufvertrages die Hinterlegung des Kaufpreises bei dem Notar vereinbart haben, steht diesem für das Hinterlegungsgeschäft eine Gebühr nach Maßgabe des § 149 KostO zu. Die Abtretungsanzeige ist wie die Hinterlegung als Mitwirkungshandlung des Notars an der Schaffung der Voraussetzungen für die Abwicklung der Zug um Zug geschuldeten Leistungen aus dem Kaufvertrag anzusehen; sie wird deshalb von diesem Gebührenbestand miterfasst (vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1993, 280; Hartmann, KostO, 34. Aufl., § 149 Rdnr. 4; Korintenberg/Reimann, KostO, 15. Aufl., § 149 Rdnr. 7; Rohs/Wedewer, KostO, 3. Aufl., § 149 Rdnr. 12). Soweit dieser Auffassung dogmatische Bedenken entgegengehalten werden (vgl. Mümmler, JurBüro 1992, 822; Anm. Lappe in KostRsp., § 149 KostO Nr. 26), kann dies zu keiner anderen Beurteilung führen. Der Abgeltungsbereich der Hebegebühr ist weit auszulegen. Von ihr umfasst wird nicht nur diejenige Tätigkeit des Notars, welche mit der Verwahrung und Auszahlung des Geldes in einem dogmatischen Sinne verbunden ist, sondern die gesamte Mühewaltung und Verantwortlichkeit des Notars bei Erhebung, Ver-

wahrung und Ablieferung des Geldes (vgl. Senat, JurBüro 1995, 101; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., m. w. N.). Auch wenn die Abtretungsanzeige dogmatisch von dem Verwahrungsgeschäft zu unterscheiden ist, so dient auch dieses letztlich – wie die Abtretungsanzeige – der Sicherung des Kaufpreises und damit der reibungslosen Abwicklung der Zug-um-Zug-Leistungen. Die Abtretungsanzeige ist somit unter Berücksichtigung dieses Zweckes als das Hinterlegungsgeschäft förderndes Geschäft zu sehen, weshalb sie zur Begründung einer subsidiären Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO nicht herangezogen werden kann (so auch im Ergebnis – wenn auch mit anderer Begründung – *Lappe*, a. a. O.).

22. KostO § 147 Abs. 2 (*Anfall gesonderter Betreuungsgebühren bei Kaufvertrag*)

Die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit, die Einholung der Bestätigung der finanzierenden Bank, dass sie den Sicherungsabreden der Grundschuldbestellungsurkunde entsprechend verfahren werde und die Überwachung der Kaufpreiszahlung stellen selbständige Tätigkeiten des Notars im Sinn von § 147 Abs. 2 KostO dar, für die jeweils eine gesonderte Betreuungsgebühr anfällt.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.11.2004, 3 W 39/04

Aus den Gründen:

Nach § 5 des beurkundeten Kaufvertrags hatte der Notar den Eintritt der Fälligkeit zu überwachen und dem Käufer mitzuteilen. Durch § 9 wurde er angewiesen, die Eigentumsumschreibung erst zu beantragen, nachdem ihm die Kaufpreiszahlung nachgewiesen worden war. In § 13 wurden die Käufer bevollmächtigt, den Vertragsgegenstand schon vor Eigentumsumschreibung zu Finanzierungszwecken zu belasten. Von dieser Vollmacht konnte nur der beurkundende Notar Gebrauch machen. Er wurde angewiesen sicherzustellen, dass in den Bestellungsurkunden u. a. folgende Erklärungen abgegeben wurden:

„a) Der Grundschuldgläubiger darf die Grundschuld nur insoweit als Sicherheit verwerten oder behalten, als er tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld der Käuferpartei geleistet hat.

b) Die Käuferpartei tritt ihre Auszahlungsansprüche gegen das Kreditinstitut, dessen Kredite durch die einzutragenden Grundpfandrechte gesichert werden, in dem Umfang, in dem sie der Kaufpreisbelegung dienen, an die Verkäuferpartei ab und weist das Kreditinstitut unwiderruflich an, Zahlungen nur gemäß § 5 dieser Vereinbarung zu leisten.

(...) Der Notar darf Ausfertigungen, Originale und beglaubigte Abschriften der Grundpfandrechtsbestellungserklärungen erst herausgeben, wenn die Kreditinstitute, deren Kredite durch die Grundpfandrechte gesichert werden, bestätigt haben, dass sie von den Erklärungen gemäß a) und b) Kenntnis genommen und entsprechend der Abtretung und unwiderruflichen Anweisung verfahren werden.“

Daraufhin beurkundete der Notar die Bestellung einer Briefgrundschuld für die finanzierende Bank der Käufer, wobei die vorstehenden Regelungen als Ziffer „8. Eingeschränkte Sicherungsabrede“ übernommen wurden. Der Bank übersandte er eine Fotokopie der Grundschuldbestellungsurkunde

mit der Bitte um Hereingabe einer Bestätigung, dass sie von den Erklärungen gemäß Ziffer 8 Kenntnis genommen habe und entsprechend der Abtretung und unwiderruflichen Anweisung verfahren werde. Nachdem diese Bestätigung eingetroffen war, stellte der Notar die sich aus der Grundschuldbestellungsurkunde ergebenden Anträge. Nach Erhalt der Kaufpreiszahlungsbestätigung stellte der Notar den Antrag auf Eigentumsumschreibung.

Für seine Bemühungen in dieser Angelegenheit hat der Notar u. a. drei Betreuungsgebühren gemäß § 147 Abs. 2 KostO berechnet, nämlich eine für die „Fälligkeitsüberwachung“, eine für die „Einreichungsüberwachung“ sowie eine für die „Einholung der Bestätigung aufgrund der Belastungsvollmacht“.

Der Präsident des Landgerichts hat den Notar gemäß § 156 Abs. 5 KostO a. F. angewiesen, hinsichtlich der letzten beiden Positionen die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Es handele sich zwar in beiden Fällen um gebührenpflichtige Geschäfte, gleichwohl sei aber nur eine Betreuungsgebühr anzusetzen, weil die in einer Urkunde niedergelegten Aufträge zur Einreichungsüberwachung und Einholung der Gläubigerbestätigung in untrennbarem Zusammenhang ständen, ausschließlich dem Interesse der Verkäufer dienten und beide die gleiche Zielsetzung hätten, nämlich eine ungesicherte Vorleistung zu verhindern.

Das Landgericht hat sich dieser Auffassung angeschlossen und die Kostenrechnung des Notars insoweit aufgehoben, als darin eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Einholung der Bestätigung aufgrund der Belastungsvollmacht festgesetzt worden ist. Wegen grundsätzlicher Bedeutung hat es die weitere Beschwerde gemäß § 156 Abs. 2 KostO zugelassen.

Die zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Die vom Notar als „Einreichungsüberwachung“ bezeichnete eigenverantwortliche Prüfung und Überwachung der Kaufpreiszahlung vor Einreichung des Umschreibungsantrages einerseits und die Einholung der Bestätigung der finanzierenden Bank, dass sie den Sicherungsabreden der Grundschuldbestellungsurkunde entsprechend verfahren werde, andererseits, stellen jeweils Tätigkeiten des Notars i. S. v. § 147 Abs. 2 KostO dar. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jede unter § 147 Abs. 2 KostO fallende Tätigkeit des Notars als selbständiges Geschäft zu behandeln ist und deshalb jeweils eine gesonderte Betreuungsgebühr anfällt (*Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., S. 184 ff.; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl., § 147 Rdnr. 176 ff.; *Mümmeler*, JurBüro 1974, 974, 976). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt lediglich dann, wenn zwischen den verschiedenen Tätigkeiten ein so enger Zusammenhang besteht, dass sie als einheitliches Geschäft anzusehen sind. Hierfür nicht ausreichend ist der Umstand, dass die Aufträge in derselben Urkunde enthalten sind und die Tätigkeiten letztlich demselben wirtschaftlichen Zweck, hier der Abwicklung des Grundstückskaufvertrages, dienen. Es kommt vielmehr darauf an, ob es sich nach dem Gesamtbild um gleichwertige, voneinander unabhängige Tätigkeiten handelt, oder ob die Tätigkeiten in einem solch unmittelbaren sachlichen Zusammenhang stehen, dass die eine die andere, quasi als unselbständiges Nebengeschäft, lediglich vorbereitet oder fördert. Letzteres ist z. B. im Verhältnis von Erteilung einer Auszahlungsanweisung an Finanzierungsgläubiger und Überwachung der Kaufpreiszahlung der Fall (LG Köln, MittRhNotK 1996, 109, 110), ersteres z. B. nach mittlerweile einhelliger Auffassung im Verhältnis von Überwachung der Kaufpreisfälligkeit und Überwachung der Kaufpreiszahlung (*Assenmacher/Mathias*, a. a. O., S. 185 m. w. N.; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, a. a. O., Rdnr. 177 m. w. N.).

Im zu entscheidenden Fall gliederte sich die Betreuungstätigkeit des Notars in drei Abschnitte. Zum einen hatte er die in § 5 des Vertrages im Einzelnen aufgeführten Fälligkeitsvoraussetzungen herbeizuführen, insbesondere Löschungsbewilligungen einzuholen, und den Käufern sodann die Fälligkeitsmitteilung zu übersenden. Zum anderen hatte er zur Ermöglichung der Finanzierung durch die Käufer von der in § 13 vorgesehenen Belastungsvollmacht Gebrauch zu machen, allerdings erst nach Einholung einer Bestätigung der finanzierenden Bank, dass diese die in der Grundschuldbestellungs-urkunde enthaltenen Sicherungsabreden akzeptierte. Schließlich hatte er sich gemäß § 9 die Kaufpreiszahlung nachweisen zu lassen, bevor er die Eigentumsumschreibung beantragen durfte. Bei allen drei Tätigkeitskomplexen handelt es sich nach Auffassung des Senats um selbständige und deshalb nebeneinander zu vergütende Geschäfte (vgl. auch OLG Köln, RNotZ 2003, 401, 402). Dass sowohl die Einholung der Gläubigerbestätigung als auch die Überwachung der Kaufpreiszahlung im Interesse des Verkäufers geschehen sind, gebietet keine einheitliche Betrachtung. Es handelt sich vielmehr um Tätigkeiten, die zu unterschiedlichen Zeiten in unterschiedlicher Weise mit unterschiedlicher Zielrichtung auszuüben waren. Während die Einholung der Gläubigerbestätigung eine ungesicherte Belastung des Grundstücks des Verkäufers vor Eigentumsumschreibung verhindern sollte, diente – hiervon rechtlich unabhängig und, entgegen der Meinung des Präsidenten des Landgerichts, keineswegs untrennbar miteinander verbunden – die spätere Überwachung der Kaufpreiszahlung dazu, sicherzustellen, dass eine Eigentumsumschreibung erst nach Ablösung der vorhandenen Grundschuld und Zahlung des Restkaufpreises an die Verkäufer erfolgte. Da die Kostenrechnungen des Notars somit rechtlich nicht zu beanstanden sind, war die Entscheidung des Landgerichts aufzuheben.

23. KostO § 146 (*Einholung von Löschungsbewilligungen dient nicht dem Vollzug eines Kaufangebotes*)

Beurkundet der Notar ein Angebot zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages, so dient die Einholung von Löschungsbewilligungen von Grundpfandrechtsgläubigern nicht dem Vollzug dieses Kaufangebotes. Eine Vollzugsgebühr gem. § 146 Abs. 1 KostO fällt deshalb nicht an.

OLG Hamm, Beschluss vom 21.12.2004, 15 W 100/04; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Aus den Gründen:

I.

Der Notar beurkundete ein Verkaufsangebot des Beteiligten an seine Mutter, in dem er dieser den Abschluss eines Kaufvertrages anbot. In § 3 des Kaufvertragsangebotes heißt es in Bezug auf die in Abt. III des Grundbuchs eingetragenen zwei Sicherungshypotheken über 16.811,56 DM bzw. 16.176,70 DM u. a.:

„Die Rechte in Abt. 3 lfd. 8 und 9 werden von der Käuferin nicht übernommen. Der Notar wird beauftragt, die Löschungsbewilligungen der in Abt. 3 lfd. Nr. 8 und 9 eingetragenen Rechte einzuholen.“

Der Notar forderte die jeweiligen Grundpfandrechtsgläubiger daraufhin auf, eine Löschungsbewilligung für die nicht mehr valuierten Rechte zu erteilen. Die Löschungsbewilligungen wurden in der Folgezeit erteilt und die Rechte im Grundbuch gelöscht. Das Vertragsangebot hat die Mutter des Beteiligten – bislang – nicht angenommen.

Für seine Tätigkeit erteilte der Notar dem Beteiligten eine Kostenberechnung für die Beurkundung des Vertragsangebotes. Darin enthalten ist eine $\frac{5}{10}$ -Vollzugsgebühr gemäß §§ 32, 146 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 KostO.

Der Präsident des Landgerichts beanstandete den Ansatz der Vollzugsgebühr mit der Begründung, der Auftrag zur Einholung der Löschungsbewilligungen sei mangels Annahme des Vertragsangebotes nicht wirksam geworden. Anweisungsgemäß hat der Notar die Entscheidung des Landgerichts beantragt; er hat vorgetragen, die Vollzugsgebühr sei dadurch entstanden, dass er bereits vor der Annahme des Vertragsangebotes mit der Einholung der Löschungsbewilligungen beauftragt gewesen sei.

Das Landgericht hat die Kostenberechnung korrigiert und anstelle einer $\frac{5}{10}$ -Vollzugsgebühr gemäß §§ 32, 146 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 KostO in Höhe von 1.030 DM zweimal eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr gemäß §§ 32, 147 Abs. 2 KostO in Höhe von jeweils 25 DM angesetzt. Der Notar wendet sich dagegen mit der weiteren Beschwerde.

II.

(...) Die zulässige Beschwerde ist unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO). In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer gem. § 156 Abs. 6 KostO zulässigen Anweisungsbeschwerde des Notars ausgegangen. Auch in der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Nachprüfung stand.

Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass die Voraussetzungen für die Erhebung einer Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 KostO nicht vorliegen. Nach dieser Vorschrift setzt das Entstehen einer Vollzugsgebühr u. a. voraus, dass die Tätigkeit des Notars zum Zweck des Vollzugs des Geschäfts – hier: Abgabe eines Angebots zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages – erforderlich ist. Der Notar muss also zum Zwecke der Herbeiführung der Vollzugsfähigkeit tätig geworden sein (*Korintenberg/Bengell/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl., § 146 Rdnr. 10 b). Denn die Vollzugsgebühr soll alle Maßnahmen zur Herbeiführung der Rechtswirksamkeit und Vollzugsfähigkeit des schuldrechtlichen und/oder dinglichen Rechtsgeschäfts abdecken (*Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Vollzugsgebühr“, Allgemeines vor 1.).

Zwar kann bei der Beurkundung eines Angebotes zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages eine Gebühr anfallen, soweit der Notar zum Vollzug dieses Kaufangebotes tätig wird (*Assenmacher/Mathias*, a. a. O., 1.1.2.). Jedoch dient die Einholung von Löschungsbewilligungen für die Grundpfandrechte nicht dem Vollzug der Abgabe eines Angebots zum Abschluss eines Kaufvertrages, sondern ist eine Maßnahme zur Durchführung eines etwaig auf der Grundlage des Angebots später geschlossenen Kaufvertrages. Denn die Beseitigung der Lasten wird erst dann erforderlich, wenn es durch Annahme des Angebots zum Vertragsschluss kommt. Erst dann entsteht die Verpflichtung des Verkäufers, die Löschung der Belastungen herbeizuführen, um den Anspruch des Käufers auf lastenfreie Übertragung zu erfüllen.

Ist demnach die von dem Notar entfaltete Tätigkeit im Zusammenhang mit der Beschaffung der Löschungsbewilligungen nicht zum Zwecke des Vollzugs des beurkundeten Kaufvertragsangebotes erforderlich, kann insoweit nur die Betreuunggebühr nach § 147 KostO angesetzt werden (vgl. *Assenmacher/Mathias*, a. a. O., 1.1.1 d). Die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts werden mit der Beschwerde nicht angegriffen.

Steuerrecht

24. ErbStG § 10 Abs. 6 Satz 3, § 12 Abs. 1, 3; BewG § 148 Abs. 2, Abs. 1 Satz 1 (*Künftig Bewertung eines Grundstücksvermögens mit gemeinem Wert?*)

1. **Der Grundstückswert für Grundstücke, auf denen sich Gebäude auf fremdem Grund und Boden befinden, ist gemäß § 148 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BewG zu ermitteln.**
2. **Verstößt der nach § 148 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BewG ermittelte Wert solch eines Grundstücks, das mit Gebäuden auf fremdem Grund und Boden bebaut ist, im Einzelfall gegen das Übermaßverbot, ist er im Wege verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift auf den Verkehrswert des Grundstücks herabzusetzen.**
3. **Die Rechtsprechung, wonach die aus reinen Grundstücksvermächtnissen sich ergebenden Sachleistungsverpflichtungen der Erben und Sachleistungsansprüche der Vermächtnisnehmer ausnahmsweise mit den Steuerwerten der Grundstücke zu bewerten sind, bedarf unter der Geltung der §§ 138 ff. BewG einer Überprüfung.**

BFH, Urteil vom 2.7.2004, II R 9/02

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist abgedruckt etwa in BStBl II 2004, 1039 oder ZEV 2004, 474.

25. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a, § 22 Nr. 1 Satz 1; EGBGB Art. 96 (*Hinreichende Bestimmtheit eines Vertrags zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen bei Einräumung eines „freien Altenteilsrechts“*)

Ein Vertrag, der im Rahmen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge den Vermögensübergebern ein „freies Altenteilsrecht“ einräumt, ist hinreichend bestimmt. Die vom Kern des Altenteilsrechts erfassten Versorgungsleistungen (insbesondere, im übergebenen Besitz weiterhin wohnen zu dürfen, sowie freie Verpflegung) bedürfen weder Festlegungen nach der Art noch nach der Höhe.

BFH, Urteil vom 16.9.2004, X R 7/04

Aus den Gründen:

I.

Die Kläger sind Eheleute, die zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurden. Im Jahr 1977 hatten die Eltern des Klägers diesem im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ihren Haus- und Grundbesitz übertragen, der bis dahin in Teilen vom Vater des Klägers als Nebenerwerbslandwirt bewirtschaftet worden war. Gemäß § 4 des Übergabevertrags, erhielten die Eltern des Klägers „lebenslanglich auf der übertragenen Besitzung ein freies Altenteilsrecht“. Im August 1998 legten der Kläger und seine Eltern in einem weiteren notariellen Vertrag den genauen Inhalt des Altenteilsrechts fest. Danach wurde der Umfang des Wohnrechts im Einzelnen beschrieben, die Pflicht des Klägers benannt, alle Kosten der Bewirtschaftung der von den Eltern benutzten Räume zu tragen und ebenso seine Pflicht, die Eltern am gemeinsamen Tisch

zu beköstigen. Mit der Einkommensteuererklärung machten die Kläger insgesamt 9 386 DM (Verpflegung 7 700 DM und Energie 1 686 DM) als dauernde Last (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) geltend. Das beklagte Finanzamt ließ die dauernden Lasten nicht mehr zum Abzug zu. Es betrachtete die Versorgungsleistungen als nach Art und Höhe nicht eindeutig festgelegt.

Das Finanzgericht hat die Klage abgewiesen. Es fehle an einer klaren und eindeutigen Vereinbarung über die Höhe der Versorgungsleistungen und die Art und Weise der „Zahlung“. Welche Leistungen mit dem Begriff „freies Altenteilsrecht“ umschrieben und geschuldet würden, sei nicht klar. Art. 96 EGBGB enthalte keine Definition des Altenteils. Weil das Versorgungsbedürfnis der Eltern des Klägers wegen der Sozialrente des Vaters nicht mit der eines Vollerwerbslandwirts vergleichbar sei, könne der Übergabevertrag nicht von vorneherein als typischer landwirtschaftlicher Vertrag qualifiziert werden. Daher lasse sich der Umfang der Verpflichtung des Klägers nicht eindeutig aus dem Begriff des Altenteils ableiten. Die nachträgliche Konkretisierung führe nicht zu einer Anerkennung der dauernden Lasten, weil die klaren und eindeutigen Vereinbarungen bereits zu Beginn des streitigen Rechtsverhältnisses vorliegen müssten. Mit ihrer Revision rügen die Kläger die Verletzung des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG.

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Stattgabe der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Entgegen der Auffassung des Finanzgerichts ist der Vermögensübergabevertrag hinreichend bestimmt.

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Dauernde Lasten sind in vollem Umfang abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG). Leibrenten können – nach näherer Maßgabe des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 EStG – nur mit dem Ertragsanteil abgezogen werden.

Werden wiederkehrende Leistungen in sachlichem Zusammenhang mit der Übertragung von Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zugesagt (private Versorgungsrenten), stellen diese weder Veräußerungsentgelt des Übergebers noch Anschaffungskosten des Übernehmers dar, sondern sind spezialgesetzlich den Sonderausgaben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) und den wiederkehrenden Bezügen (§ 22 Nr. 1 Satz 1 EStG) zugeordnet (Urteil des BFH vom 27.8.1997 X R 54/94, BStBl II 1997, 813, unter II. 1. b, m. w. N.).

2. Der zu beurteilende Vertrag beinhaltet eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen. Dieser Würdigung steht nicht entgegen, dass Gegenstand der Vermögensübergabe keine im Vollerwerb betriebene Landwirtschaft, sondern die eines Nebenerwerbslandwirts war. Maßgeblich ist, dass dem Kläger der Haus- und Grundbesitz seiner Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zur weiteren Bewirtschaftung übertragen wurde, dass den Vermögensübergebern dafür ein lebenslangliches Altenteilsrecht eingeräumt wurde und dass der Vermögensübernehmer die geschuldeten Versorgungsleistungen aus den Erträgen des übertragenen Vermögens erwirtschaften konnte.

3. Der Übergabevertrag vom 5.2.1977 zwischen dem Kläger und seinen Eltern entspricht einem Altenteilsvertrag im Sinne des in Nordrhein-Westfalen fortgeltenden vorkonstitutionellen Ausführungsgesetzes zum EGBGB für das Königreich Preußen vom 20.9.1899, jedenfalls aber einem Versorgungsvertrag, der dem landesrechtlich geregelten Alten-

teilsvertrag zumindest vergleichbar ist (vgl. Senatsurteil vom 25.3.1992 X R 38/86, BFH/NV 1992, 595). Die Beteiligten haben übereinstimmend ein lebenslängliches und freies Altenteil für die Eltern des Klägers begründet.

4. Auch wenn die Auslegung von Verträgen zu den tatsächlichen Feststellungen i. S. des § 118 Abs. 2 FGO gehört, ist das Revisionsgericht berechtigt, sie darauf zu überprüfen, ob die gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB –), die Denkgesetze und allgemeinen Erfahrungssätze zutreffend angewendet worden sind.

a) Unter Berücksichtigung des Kerns des Begriffs des Altenteils ergibt eine §§ 133 und 157 BGB beachtende Auslegung des Übergabevertrags, dass den Eltern des Klägers darin ein Anspruch auf die unentgeltliche Überlassung von Wohnräumen und die unentgeltliche Verköstigung eingeräumt wurde. Das hat das FG verkannt.

b) Unabhängig davon, ob im Rahmen einer Vermögensübergabe den Übergebern eine Geldrente eingeräumt wird, ist das Recht der Altenteiler, im übergebenen Besitz weiterhin wohnen zu dürfen und am Tisch der Übernehmer verköstigt zu werden, seit jeher ein zentrales Element einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen und damit ohne weiteres von dem Begriff „Altenteilsrecht“ erfasst. Dies entspricht im Streitfall dem Willen der Vertragsbeteiligten und der Verkehrssitte, ohne dass es dafür einer weitergehenden Konkretisierung bedarf. Das wird unterstrichen durch die Bezeichnung des Übergabevertrags mit dem überkommenen Begriff „Übertragsvertrag“, dessen wesentlicher Inhalt als allgemein bekannt und anerkannt anzusehen war (vgl. Urteil des Reichsgerichts vom 11.2.1913 VII 296/12, RGZ 81, 311). Insofern bedurften die vom Kern des Altenteilbegriffs erfassten Versorgungsleistungen keiner näheren Festlegung nach Art und Höhe. Charakter und Ausmaß dieser Naturalleistungen ergeben sich aus dem Üblichen unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse der Beteiligten, so dass sie anders als etwa eine Barrente nicht auf eine klare Konkretisierung angewiesen sind. Dieses Grundverständnis eines Altenteils liegt auch den einschlägigen landesgesetzlichen Bestimmungen zugrunde, selbst wenn diese Konkretisierungen zulassen. Weil mit dem Kernbestand eines Altenteilsrechts nur die Grundbedürfnisse des Wohnens und der Verköstigung abgedeckt sind, wird die Bestimmtheit der konkret geschuldeten Versorgungsleistungen nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Vater des Klägers aus seiner früheren Berufstätigkeit eine Rente bezieht. Einer etwaigen Überversorgung kommt bei der Beurteilung der Versorgungsleistungen keine Bedeutung zu (vgl. Senatsurteile vom 24.3.1993 X R 4/92, BFH/NV 1993, 717; vom 31.8.1994 X R 79/92, BFH/NV 1995, 382, und vom 16.3.1999 X R 87/95, BFH/NV 2000, 12, unter II. 1. d). Damit genügt der Vertrag des Klägers mit seinen Eltern den an eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen zu stellenden Anforderungen an die Eindeutigkeit und Klarheit.

c) Dem 1998 geschlossenen Ergänzungsvertrag kommt lediglich eine klarstellende und keine rechtsbegründende Wirkung zu. Für die Entscheidung des Streitfalls ist er ohne Bedeutung.

Anmerkung:

1. Die vorstehende Entscheidung des BFH hätte so auch zu einem „bayerischen“ Szenario ergehen können. Für die steuerliche Beurteilung spielt es keine Rolle, ob der Übergabevertrag ein „Altenteilsvertrag“ nach in Nordrhein-Westfalen weitgeltendem preußischem Recht ist oder aber ein Leib-

gedingsvertrag i. S. von Art. 7 ff. BayAGBGB.¹ Das Konkretisierungsproblem, dem sich der BFH zur Beurteilung der steuerlichen Abzugsfähigkeit der gewährten Versorgungsleistungen stellen musste, dürfte sich in der gegenwärtigen Kautelarpraxis erledigt haben, kann aber für Altfälle auch in Bayern noch von Bedeutung sein.

2. Das Judikat fügt sich nahtlos ein in die aktuelle Rechtsentwicklung zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, ausgehend von den grundlegenden Beschlüssen des Großen Senats des BFH vom 12.5.2003.² Versorgungsleistungen werden als vom Übergeber vorbehaltene Erträge seines Vermögens betrachtet, die nunmehr jedoch vom Übernehmer erwirtschaftet werden müssen.³ Dabei kommt es nur noch darauf an, ob die erzielbaren laufenden Nettoerträge des übergebenen Vermögens die vereinbarten wiederkehrenden Leistungen abdecken.⁴ Ob die übertragene Wirtschaftseinheit für sich genommen ausreichend ertragbringend ist, ist nicht entscheidend. Das übertragene Vermögen muss nur grundsätzlich für eine generationenübergreifende Anlage geeignet und bestimmt sein und dem Übernehmer zur Fortsetzung des Wirtschaftens überlassen werden, um damit wenigstens teilweise die Existenz des Übergebers zu sichern.⁵ Die Finanzverwaltung hat diese Sichtweise in den III. Rentenerlass übernommen.⁶

Vor diesem Hintergrund bezieht der (für Fragen des Sonderausgabenabzugs nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG zuständige) X. Senat konsequenterweise auch Nebenerwerbsbetriebe in den Kreis der steuerlich übergabefähigen Vermögensgegenstände ein, ohne jedoch auf die Rechtsprechungsänderung durch den Großen Senat ausdrücklich einzugehen. Damit steht zugleich fest, dass bloße Liebhaberobjekte – etwa die „Hobbyzucht“ – nicht Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein können (es sei denn, es wird eine Umschichtung in eine versorgungsfähige Wirtschaftseinheit im Übergabevertrag vereinbart)⁷. Auf die Praxis kommen hier Abgrenzungs- und Nachweisprobleme zu. Denn es muss noch als offen bezeichnet werden, ob die bestehende (widerlegbare) Vermutung für eine existenzsichernde Wirtschaftseinheit bei Fortführung des Unternehmens durch den Übernehmer⁸ auch auf Nebenerwerbsbetriebe Anwendung findet. Dagegen spricht, dass dann sehr leicht auch die Liebhaberei zur steuerlich anerkannten Übergabe gegen „Versorgungsleistungen“ führen könnte (so dass in Wahrheit Unterhaltsleistungen steuerlich anerkannt würden),⁹ dafür, dass auch Teilbetriebe in die Vermutung einbezogen werden.¹⁰ Die Aussonde-

1 Vgl. auch Art. 96 EGBGB.

2 GrS 1/00, BStBl 2004 II, 95 = MittBayNot 2004, 306 ff.; GrS 2/00, BStBl 2004 II, 100 = MittBayNot 2004, 310 ff.

3 BFH, MittBayNot 2004, 306, 308 (unter C. II. 2. c der Gründe), unter Berufung auf BFH BStBl 1990 II, 847.

4 BFH, MittBayNot 2004, 306, 308 (unter C. II. 3. der Gründe).

5 In diese Richtung schon BFH, MittBayNot 2004, 306, 309 (unter C. II. 6. a der Gründe).

6 Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) v. 16.9.2004, IV C 3 – S 2255 – 354/04, BStBl 2004 I, 922 = MittBayNot 2005, 85 ff. (Tz. 6 ff., 9 ff.); vgl. hierzu *Hipler*, ZEV 2004, 412 ff.; *Schwenke*, DStR 2004, 1679 ff.; *Everts*, MittBayNot 2005, 13 ff.

7 BFH, MittBayNot 2004, 306, 309 (unter C. II. 6. a der Gründe); BMF (Fn. 6), Tz. 13.

8 BFH, MittBayNot 2004, 306, 310 (unter C. II. 6. d bb der Gründe); BMF (Fn. 6), Tz. 23.

9 *Schönfelder*, ZEV 2005, 31, 32.

10 BMF (Fn. 6), Tz. 23.

rung von Verlustobjekten wird daher m. E. nur durch die Widerlegung der Vermutung im Einzelfall, d. h. durch die konkrete Ertragsprognose, erfolgen können.¹¹

3. Aus der Rechtfertigung des Instituts der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen mit der Rechtsfigur der vorbehaltenen Erträge ist zudem zu folgern, dass das Versorgungsmotiv der Beteiligten keine Rolle für die rechtliche Einordnung spielt.¹² Dies war der Rechtsprechung zwar auch bisher zu entnehmen.¹³ Der BFH stellt es nunmehr nochmals fest, ohne allerdings auch hier einen ausdrücklichen Bezug zur aktuellen Judikatur herzustellen. Eine etwaige „Übersorgung“ des Übergebers, etwa weil er, wie im entschiedenen Fall, bereits anderweit eine Rente bezieht oder aber die ausgeworfenen Beträge angesichts des übertragenen Vermögenswertes so hoch sind, dass sie bei den konkreten Lebensverhältnissen des Übergebers niemals verbraucht werden können, steht der steuerlichen Anerkennung der Versorgungsleistungen also nicht entgegen.

Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

¹¹ Vgl. hierzu BMF (Fn. 6), Tz. 23.

¹² Everts, MittBayNot 2005, 13, 15 f. m. w. N.

¹³ Vgl. die Nachw. im Besprechungsurteil (unter 4. b der Gründe).

26. GrEStG §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 (*Erwerb eines Hausbausatzes vom Grundstücksverkäufer*)

Die Annahme eines einheitlichen Erwerbsgegenstandes „bebautes Grundstück“ setzt voraus, dass entweder der Veräußerer selbst oder ein mit ihm zusammenwirkender Dritter dem Erwerber gegenüber verpflichtet ist, den tatsächlichen Grundstückszustand zu verändern, d. h. das Grundstück zukünftig in einen bebauten Zustand zu versetzen. Beim Erwerb eines Hausbausatzes vom Grundstücksverkäufer kann deshalb nur dann das mit dem Bausatzhaus bebaute Grundstück einheitlicher Erwerbsgegenstand sein, wenn der Grundstücksveräußerer auch zur Aufstellung und Montage der Bausatzteile auf dem Grundstück verpflichtet ist.

BFH, Urteil vom 27.10.2004, II R 12/03

Die Kläger beabsichtigten, auf einem ihnen zum Kauf angebotenen Grundstück ein Bausatzhaus in Blockhausbauweise zu errichten. Hierzu kauften sie 1995 von der F-GmbH einen Hausbausatz zu einem Preis von 169.500 DM. Nach Abschnitt 4 des Vertrages sollte die Lieferung als erfüllt gelten, wenn der Blockhaus-Holzteilbausatz an der frei befahrbaren Baustelle, auf dem Transportfahrzeug liegend, angeliefert wurde. Die Entladung wie auch die Montage des Bausatzhauses auf dem Grundstück waren Aufgabe der Kläger. Nach dem „Leistungsverzeichnis“, das dem Kaufvertrag beigelegt war, hatte die F-GmbH die Baugenehmigungsunterlagen nebst Statik und Ausführungsplänen anzufertigen, den Wärmeschutznachweis zu erbringen sowie Montagepläne und eine Aufbauanleitung in Bild und Text zu liefern. Ferner hatte die F-GmbH für 32 Stunden einen „Richtmeister“ für die fachliche Anleitung der Kläger bei der Errichtung des Rohbaus zu stellen. In der hierzu als „Dienstverschaffungsvertrag“ bezeichneten Vereinbarung verpflichteten sich die Kläger, „den fachlichen Anordnungen des Instrukteurs unbedingt Folge zu leisten“, ansonsten könne dieser seine Tätigkeit sofort beenden; auch Gewährleistungsansprüche seien in diesem Fall ausgeschlossen.

Mit der B-GmbH i. G. schlossen die Kläger 1995 einen Grundstückskaufvertrag ab. Dieser kam jedoch wegen finanzieller Schwierigkeiten bei der Verkäuferin nicht zur Durchführung. In der 1998 durchgeführten Zwangsversteigerung erwarb die F-GmbH das Grundstück und veräußerte dieses anschließend durch notariell beurkundeten

Kaufvertrag im Jahr 1999 zu einem Kaufpreis von 87.210 DM an die Kläger. Nach § 6 dieses Vertrages waren die Kläger verpflichtet, auf dem erworbenen Grundstück ein Fertigteilhaus der F-GmbH zu errichten. Ansonsten sollte die F-GmbH vom Grundstückskaufvertrag zurücktreten können. Die Errichtung des Rohbaus (Montage der Hausbauteile) nahmen die Kläger mit Hilfe eines von ihnen beauftragten Krandienstes und zahlreicher Helfer (Verwandte, Freunde) nach den Anweisungen des Richtmeisters vor.

Das beklagte Finanzamt sah in dem Grundstückskaufvertrag und dem Blockhauslieferungsvertrag „ein einheitliches Vertragswerk“ und setzte durch zwei getrennte Bescheide ausgehend von einer (Gesamt-)Gegenleistung von 256.710 DM (Grundstückskaufpreis: 87.210 DM zuzüglich Gebäudepreis: 169.500 DM) Grunderwerbsteuer gegen die Kläger in Höhe von jeweils 4.492 DM fest.

Einspruch und Klage, mit denen sich die Kläger gegen die Einbeziehung des Kaufpreises für den Hausbausatz in die Grunderwerbsteuerrechtliche Bemessungsgrundlage wandten, blieben ohne Erfolg. Das FG folgte der Rechtsauffassung des FA, dass als Gegenstand des Erwerbsvorgangs der Kläger nicht nur das unbebaute, sondern das mit dem Fertighaus der F-GmbH bebaute Grundstück anzusehen sei. Die Kläger seien bei Abschluss des Grundstückskaufvertrages hinsichtlich der Bebauung des Grundstücks mit dem bei der F-GmbH bereits bestellten Haus gebunden gewesen. Gegenstand des Kaufvertrages hinsichtlich des Hausbausatzes sei nicht nur die Lieferung der für die Rohbauerstellung notwendigen Baumaterialien gewesen; vielmehr habe der Vertrag darauf abgezielt, den Klägern das Grundstück bebaut zu verschaffen; denn die F-GmbH habe wesentliche, nämlich die planerisch-organisatorischen Arbeiten im Zusammenhang mit der Errichtung des Gebäudes zu erbringen gehabt. So habe sie neben der Lieferung der erforderlichen Baumaterialien sämtliche Pläne und Aufbauanleitungen erstellt und den Richtmeister als Bauleiter eingesetzt und die Einweisungen vornehmen lassen (EFG 2003, 794).

Mit der Revision rügen die Kläger fehlerhafte Anwendung von §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Das FG habe nicht berücksichtigt, dass sie das Haus selbst und mit Hilfe von Drittunternehmern sowie Freunden, Verwandten und Bekannten errichtet hätten.

Gründe:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Herabsetzung der festgesetzten Steuer in dem von den Klägern beantragten Umfang (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO).

1. Das FG hat zu Unrecht angenommen, dass im Streitfall als einheitlicher Erwerbsgegenstand das von den Klägern erworbene Grundstück einschließlich der Bebauung mit dem von der F-GmbH gelieferten Fertigteilhaus anzusehen ist.

a) Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt der Erwerb eines Anspruchs auf Übereignung eines inländischen Grundstücks der Grunderwerbsteuer. Bemessungsgrundlage ist gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG die Gegenleistung. Bei einem Grundstückskauf gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG als Gegenleistung u. a. der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen. Danach gehören alle Leistungen des Erwerbers zur Grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung (Bemessungsgrundlage), die dieser nach den vertraglichen Vereinbarungen gewährt, um das Grundstück zu erwerben. Entscheidend für den Umfang der Bemessungsgrundlage ist dabei, in welchem tatsächlichen Zustand das Grundstück Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist (vgl. z. B. Urteile des BFH vom 11.3.1981, II R 77/78, BFHE 133, 230, BStBl II 1981, 537; vom 24.1.1990, II R 94/87, BFHE 160, 284, BStBl II 1990, 590, und vom 27.10.1999, II R 17/99, BFHE 189, 550, BStBl II 2000, 34). Dieser bestimmt sich nicht nur nach dem Rechtsgeschäft, das den Übereignungsanspruch begründet. Vielmehr können auch weitere Verträge ggf. mit anderen Vertragspartnern einzubeziehen sein. Bei einer solchen Mehrheit von Verträgen ist ein Grundstück in bebautem Zustand Erwerbsgegenstand, wenn zwischen ihnen ein so enger sachlicher

Zusammenhang besteht, dass der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise ein bebautes Grundstück erhält (ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt: BFH, Urteil vom 30.4.2003, II R 29/01, BFH/NV 2003, 1446).

Ist das Grundstück im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages tatsächlich unbebaut, kann es der Erwerber nur dann von der Veräußererseite als „bebaut“ erhalten, wenn nach den getroffenen Vereinbarungen entweder der Veräußerer selbst oder ein mit ihm zusammenwirkender Dritter dem Erwerber gegenüber verpflichtet ist, den tatsächlichen Grundstückszustand zu verändern, d. h. das Grundstück zukünftig in einen bebauten Zustand zu versetzen. Dies erfordert neben dem Abschluss des Grundstückskaufvertrags auch den Abschluss eines Bauvertrages mit der Veräußererseite; diese muss zivilrechtlich zur Übereignung und Bebauung verpflichtet sein (z. B. BFH-Urteile vom 21.4.1999, II R 29/98, BFH/NV 1999, 1507; in BFHE 189, 550, BStBl II 2000, 34; vom 27.10.1999, II R 20/99, BFH/NV 2000, 349, und in BFH/NV 2003, 1446). In diesem Sinne ist auch die Einschränkung zu verstehen, dass die erforderliche Bindung des Erwerbers an das „Ob“ und das „Wie“ einer konkreten Bebauung der Veräußererseite gegenüber bestehen muss. Die Annahme eines einheitlichen Erwerbsgegenstandes „bebautes Grundstück“ setzt deshalb voraus, dass der Erwerber mit dem Erwerb des Eigentumsverschaffungsanspruchs Rechtsbeziehungen auch hinsichtlich der Bebauung des Grundstücks (durch die Veräußererseite) eingegangen ist (so bereits BFH, Urteil vom 9.11.1999, II R 54/98, BFHE 189, 557, BStBl II 2000, 143). Ist jedoch die Veräußererseite nicht zu einer Veränderung des körperlichen Zustands des Grundstücks, d. h. zu seiner Bebauung, verpflichtet, ist – abgesehen von dem Fall der Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung – die vom Erwerber geschuldete Vergütung aus solchen Verträgen, die die Veräußererseite lediglich zu Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem vom Erwerber selbst herzustellenden Gebäude, zur Lieferung beweglicher Gegenstände (z. B. Baumaterialien) oder zur Bereitstellung von Planungsunterlagen (vgl. BFH-Urteile vom 25.11.1992, II R 67/89, BFHE 169, 533, BStBl II 1993, 308; vom 17.6.1998, II R 35/96, BFH/NV 1998, 1527, und in BFHE 189, 557, BStBl II 2000, 143) verpflichten, nicht zur grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung für den Erwerb des (bebauten) Grundstücks hinzuzurechnen. Auf die Frage, ob das Grundstück sowie die Dienst- und Sachleistungen von der Veräußererseite einheitlich angeboten wurden, kommt es beim Fehlen einer Herstellungsverpflichtung der Veräußererseite ebenso wenig an wie darauf, ob die Verträge in einem objektiv engen sachlichen Zusammenhang stehen und der Erwerber bei Abschluss des Grundstückskaufvertrages hinsichtlich der konkreten Bebauung des Grundstücks rechtlich oder auch nur wirtschaftlich gebunden war. Beim Erwerb eines Hausbausatzes vom Grundstücksverkäufer kann somit nur dann das mit dem Bausatzhaus bebaute Grundstück einheitlicher Erwerbsgegenstand sein, wenn der Grundstücksverkäufer auch zur Aufstellung und Montage der Bausatzteile auf dem Grundstück verpflichtet ist.

b) Dies hat das FG verkannt, soweit es die Lieferung des Bausatzhauses sowie die „planerisch-organisatorischen Arbeiten“ der F-GmbH für die Annahme hat ausreichen lassen, dass die Kläger das Grundstück bebaut erhalten haben. Die neben der Übereignungspflicht vereinbarten – und im Streitfall mit dieser sogar rechtlich verknüpften – Lieferungs- und Dienstleistungspflichten der F-GmbH dienten zwar im weitesten Sinne dem Zweck der Errichtung des Bausatzhauses auf dem von den Klägern erworbenen Grundstück, verpflichteten die F-GmbH aber nicht zur Aufstellung und Montage der Bausatzteile auf dem Grundstück. Deren Leistungspflichten

beschränkten sich vielmehr auf die Bauplanung, die Herstellung und Lieferung der Bausatzteile sowie die Gestellung eines Instruktors (Richtmeisters) zur Einweisung und Beratung der Kläger bei der Errichtung des Rohbaus. Die Zusammensetzung der Bausatzteile zu einem Haus und die Herstellung einer festen Verbindung mit dem Grundstück lag allein im Verantwortungsbereich der Kläger. Dass die Kläger hierbei von einem Instruktör der F-GmbH unterstützt und beraten wurden und ihnen von der F-GmbH auch eine Bauanleitung zur Verfügung gestellt wurde, ändert an dieser Beurteilung nichts. Denn daraus ergibt sich nicht, dass die F-GmbH das Haus auf dem Grundstück der Kläger zu errichten hatte; anders als vom FG angenommen hatte die F-GmbH die Aufstellung des Gebäudes auf dem Grundstück der Kläger nicht zu erbringen. Dementsprechend war ihre Haftung auch beschränkt auf die Fehlerfreiheit der angelieferten Bausatzteile, der von ihr erarbeiteten Montagepläne sowie der von ihrem Instruktör erteilten Anweisungen.

2. Die Sache ist spruchreif. Nach den vorstehenden Ausführungen ist Gegenstand des Erwerbs der Kläger das unbebaute Grundstück. Dementsprechend ist der Kaufpreis für das Bausatzhaus nicht Teil der grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung. Soweit das FG diesen bei der Ermittlung der Gegenleistung berücksichtigt hat, waren die angefochtenen Steuerbescheide in der Gestalt der Einspruchsentscheidungen zu ändern.

Anmerkung

1. Gegenleistung

Nach § 8 Abs. 1 GrEStG bemisst sich die Steuer nach dem Wert der Gegenleistung. Zur Gegenleistung gehört jede Leistung, die der Erwerber als Entgelt für den Erwerb des Grundstückes gewährt oder die der Veräußerer als Entgelt für die Veräußerung des Grundstückes empfängt. Eine grunderwerbsteuerliche Gegenleistung liegt nur vor, wenn der Erwerber einem anderen gegenüber eine Leistung erbringt. Hieran fehlt es bei den sogenannten *eigennützigen Erwerberleistungen*, da hier der Erwerber Leistungen nur für sich selbst bewirkt. Ist etwa Gegenstand eines Erwerbsvorgangs nur das unbebaute Grundstück und veranlasst der Erwerber selbst eine Bebauung des erworbenen Bauplatzes, so gehören die Baukosten nicht zur Gegenleistung.¹

Selbst wenn sich der Erwerber gegenüber dem Veräußerer (z. B. gegenüber der Gemeinde) zur Bebauung oder zur Gebäuderenovierung verpflichtet, handelt es sich um eine eigennützige Erwerberleistung. Auch die häufig im Bauträgervertrag anzutreffenden sogenannten Eigenleistungen des Käufers kommen nur diesem zugute, so dass es sich auch insoweit um eigennützige Erwerberleistungen handelt. Nachträglich vereinbarte Eigenleistungen sind u. U. gem. § 16 III Nr. 1 GrEStG zu berücksichtigen, sofern sich hierdurch nachträglich der Kaufpreis reduziert.²

2. Einheitlicher Leistungsgegenstand – Einheitliches Vertragswerk – Vertragsbündeltheorie

Im Gegensatz zu den eigennützigen Erwerberleistungen müssen solche Leistungen der grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung hinzugerechnet werden, die nach dem maßgeblichen Gegenstand des Erwerbsvorgangs auf einen noch *vom Ver-*

¹ Vgl. Pahlke/Franz, GrEStG, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 8; vgl. ferner BFH/NV 1990, S. 596; Hofmann, GrEStG, 7. Aufl., § 8 Rdnr. 5.

² Vgl. Pahlke/Franz, § 8 Rdnr. 9.

äußerer herzustellenden künftigen Zustand des Grundstücks entfallen.

Die Bemessungsgrundlage hängt daher davon ab, in welchem Zustand (z. B. bebaut oder unbebaut) das Grundstück erworben werden soll. Der tatsächliche Grundstückszustand bei Vertragsabschluss ist demgegenüber bedeutungslos.³ In diesem Zusammenhang spielt die Problematik des sogenannten *einheitlichen Leistungsgegenstandes* – zum Teil auch als einheitliches Vertragswerk oder als Vertragsbündeltheorie bezeichnet⁴ – eine wichtige Rolle. Diese Grundsätze betreffen alle Erwerbsvorgänge bezüglich Baugrundstücken, bei denen in engem Zusammenhang mit dem Erwerb auch die Bebauung oder sonstige Veränderungen des Grundstücks (und/oder des aufstehenden Gebäudes) herbeigeführt werden. Hierbei handelt es sich um eine übergesetzliche Rechtsprechung des BFH, welche sich am Sinn und Zweck des Gesetzes orientiert.⁵ Nach der Rechtsprechung zum einheitlichen Leistungsgegenstand wird der Gegenstand des Erwerbsvorgangs um solche Vereinbarungen erweitert, welche *rechtlich oder wirtschaftlich* in einem *engen sachlichen Zusammenhang* mit dem eigentlichen Grundstückserwerb stehen. Wenn bei objektiver Betrachtungsweise mehrere Vereinbarungen auf einen einheitlichen Leistungsgegenstand zielen, so sind diese auch

³ Vgl. BFH, BStBl. II 1990, 510; Pahlke/Franz, § 9 Rdnr. 5; Hofmann, § 8 Rdnr. 12 ff.; vgl. hierzu auch Weilbach, GrEStG, § 8 Rdnr. 3 a ff.; Boruttau/Sack, GrEStG, 15. Aufl., § 9 Rdnr. 49.

⁴ Von einem einheitlichen Vertragswerk spricht man, wenn Kaufvertrag und Werkvertrag in einer Urkunde niedergelegt sind. Als einheitlicher Leistungsgegenstand wird dagegen der Fall bezeichnet, wenn die beiden Verträge in getrennten Urkunden abgefasst werden, aber rechtlich oder wirtschaftlich zusammenhängen. Zu den Einzelheiten vgl. Gottwald, Grunderwerbsteuerrecht, 2. Auflage, S. 215 ff. mit zahlreichen Beispielen und mit Ausführungen zur Doppelbelastung mit Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer beim einheitlichen Vertragsgegenstand.

⁵ Vgl. BFH, BStBl. II 1990, 181; vgl. zu der Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung auch Mößlang, ZNotP 2001, 414 ff.; zustimmend Bunjes/Geist, UStG, 8. Aufl., § 4 Nr. 9 Rdnr. 6; das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 hat durch die Einführung des § 8 Abs. 2 Satz 2 GrEStG – der allerdings ausschließlich für § 8 Abs. 2 Satz 1 GrEStG gilt – erstmals die Maßgeblichkeit des künftigen Grundstückszustandes normiert.

dann als Einheit zu behandeln, wenn es sich formal um getrennte Verträge handelt. In diesen Fällen erhöht sich somit die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage. Sind die Verträge dagegen weder zivilrechtlich verknüpft noch in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb stehend, so kann die Grunderwerbsteuer lediglich aus der Gegenleistung für das Grundstück bemessen werden.

3. Erwerb eines Grundstücks nebst Blockholzbausatz

Nach dem Urteil des BFH vom 27.10.2004 können die Grundsätze des einheitlichen Vertragswerkes jedoch dann nicht angewendet werden, wenn der Erwerber nicht ein bebautes Grundstück, sondern lediglich einen Bauplatz sowie einen Blockholzbausatz erwirbt und anschließend selbst den Bausatz zusammenbaut. Solange auf Veräußererseite nämlich nicht die Verpflichtung zum Verkauf eines bebauten Grundstückes begründet wird, sondern lediglich die Verpflichtung zur Lieferung eines Hausbausatzes (zusätzlich zum unbebauten Grundstück), kann die Grunderwerbsteuer nur aus den Gestehungskosten für den Bauplatz erhoben werden. Gerade noch zulässig ist es, wenn durch die Veräußererseite ein Richtmeister für die fachliche Anleitung des Käufers zur Errichtung des Rohbaues gestellt wird und der Käufer verpflichtet ist, den Anordnungen dieses Instruktors Folge zu leisten. Sofern dagegen der Veräußerer selbst zur Aufstellung und Montage der Bausatzteile verpflichtet ist, würden bereits die Grundsätze zum einheitlichen Vertragswerk eingreifen. Die Haftung der Veräußererseite muss folglich beschränkt sein auf die Fehlerfreiheit der angelieferten Bausatzteile und der Montagepläne sowie der Anweisungen des Richtmeisters; keinesfalls darf jedoch die Verpflichtung zur Aufstellung und Montage einzelner Bausatzteile durch die Veräußererseite enthalten sein. Sofern sich der Veräußerer dagegen zu sonstigen Dienstleistungen, wie beispielsweise der Einholung der Baugenehmigungsunterlagen nebst Statik und Ausführungsplänen verpflichtet, sowie zur Erbringung des Wärmeschutznachweises, kann die Grunderwerbsteuer nur aus den Kosten des unbebauten Grundstücks erhoben werden. Dem Urteil ist zuzustimmen.

Notar Dr. Stefan Gottwald, Pappenheim

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Alfons Niebler, Rosenheim, verstorben am 10.4.2005

Notar a. D. Franz Absmeier, Freising, verstorben am 5.5.2005

Amtsärztin i. N. Margiet Nitsch-Schilling, München (Notarstellen Dr. Eckhardt/Spoerer), verstorben am 20.5.2005

2. Amtsniederlegung nach § 48 b BNotO:

Mit Wirkung vom 1.7.2005:

Notar Michael Grötsch, Münchberg

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.6.2005:

Notar Dr. Hans-Ulrich Stumpp, Simbach

Mit Wirkung vom 1.8.2005:

Notar JR Oskar Herb, Kandel

Mit Wirkung vom 22.12.2005:

Notar Dr. Anton Huber, Vilshofen

Mit Wirkung vom 1.1.2006:

Notar Peter Klossek, Forchheim/Ofr.

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.6.2005:

Landshut	dem Notarassessor Markus Hamp (bisher in Landsberg a. Lech Notarstellen Dr. Lintz/ Dr. Rapp)
----------	--

Rosenheim	der Notarassessorin Eleonore Traugott (bisher in München Notar- stelle Prof. Dr. Gantzer)
-----------	--

Mit Wirkung vom 1.8.2005:

Kandel/Pfalz (in Sozietät mit Notar Dr. Hans Peter Bastian)	dem Notar Dr. Robert Kiefer (bisher in Zweibrücken)
---	---

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.5.2005:

Veronika Schneider, Coburg (Notarstellen Dannecker/
Dr. Heil)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Mit Wirkung vom 1.6.2005 haben die Notare Stefan Hösle und Dr. Walter Grafberger in Augsburg ihre Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung beendet.

Notarassessor Jan Heisel, Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Dr. Mayr), wurde mit Wirkung vom 2.2.2005 promoviert.

Notarassessorin Natascha Hühnerbein, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu), wurde mit Wirkung vom 6.7.2004 promoviert.

Notarassessorin Dr. Diana Burkhardt, Memmingen (Notarstellen Erber-Faller/Voran), ab 15.5.2005 in Würzburg (DNotI)

Notarassessorin Julia Döfel, Kelheim (Notarstelle Lebert), ab 16.5.2005 in Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Lintz/
Dr. Rapp)

Notarassessor Johannes Benz, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Amann), ab 6.6.2005 in Weiden i. d. Opf. (Notarstelle Baltzer)

Notarassessor Dr. Markus Stuppi, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob), ab 15.6.2005 in Frankenthal (Geschäftsführer der Notarkammer Pfalz)

Notarassessorin Eva Wenz, Frankenthal (Geschäftsführerin der Notarkammer Pfalz), auf eigenen Wunsch ausgeschieden mit Wirkung vom 16.6.2005

Notarassessorin Dr. Natascha Hühnerbein, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu), ab 25.7.2005 in Fürstfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Brandmüller)

Notarassessor Florian Satzl, (Sonderurlaub), ab 1.8.2005 in Kelheim (Notarstelle Lebert)

Notarassessorin Elke Worthmann, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Westermeier), ab 1.9.2005 in Würzburg (DNotI)

Oberinspektorin i. N. Angelika Rothhaar, Traunstein (Notarstellen Zahnbrecher/Jenewein), ab 16.8.2005 in München (Prüfungsabteilung der Notarkasse)

Oberinspektor i. N. Andreas Neder, Erlangen (Notarstelle Dr. Giehl), ab 1.9.2005 in Wolfratshausen (Notarstelle Dr. Wübben)

Inspektorin i. N. Tatjana Rauch, Wolfratshausen (Notarstelle Dr. Wübben), ab 1.11.2005 in Waldsassen (Notarstelle Taubeneder)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Inspektorin i. N. Irene Weiß, München (Notarstelle Jungsberger), nach Sonderurlaub eigene Kündigung zum 31.3.2005

Amtsrat i. N. Werner Rasche, Rockenhausen (Notarstellen Schneider/Dr. Schmidt), ab 31.5.2005 im Ruhestand

Oberinspektorin i. N. Ulrike Graml, Passau (Notarstelle Bächer), nach Sonderurlaub eigene Kündigung zum 30.6.2005

Oberamtsrat i. N. Dieter Rothballer, München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel), ab 31.7.2005 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Gosbert Bergmann, Obernburg (Notarstellen Herrmann/Vollmer), ab 31.8.2005 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Heinz Wallner, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/Hoffmann), ab 31.8.2005 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Augsburg, Notarstelle Stefan Hösle, Karlstraße 4/I, 86150 Augsburg, Telefon 0821 448033-0, Telefax 0821 44803333

Augsburg, Notarstelle Dr. Walter Grafberger, Maximilianstraße 65, 86150 Augsburg, Telefon 0821 454432-0, Telefax 0821 45443232

Bad Berneck, Notarstelle Daniel Siebenhaar, Bahnhofstraße 63, 95460 Bad Berneck

Heilsbronn, Notarstellen Peter Füller/Dr. Kathrin Maniak, Hauptstraße 5/I, 91560 Heilsbronn, Telefon 09872 8056-0, Telefax 09872 805620, E-Mail: info@notariat-heilsbronn.de

Landshut, Notarstelle Dr. Markus Krebs, Alte Bergstraße 174 b, 84028 Landshut, Telefon 0871 23001, Fax 0871 23561, E-Mail: info@notar-krebs-landshut.de, Web-Site: www.notar-krebs-landshut.de

Traunstein, Notarstellen Wolfgang Zahnbrecher/Timm Jenewein, E-Mail: mail@notare-jenewein-zahnbrecher.de

Rosenheim, Notarstelle Eleonore Traugott, 83022 Rosenheim, Rathausstraße 15/II, Telefon 08031 40808-0, Fax 08031 4080810, E-Mail: kontakt@notarin-traugott.de, Web-Site: www.notarin-traugott.de

München, Notarstellen Horst Bender/Dr. Till Schemmann, E-Mail: notare@benderschemmann.de

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab

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, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, mittbaynot@notarkasse.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.