

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln

Nr. 12

MittRhNotK

Dezember 1993

Belehrungspflicht und Haftung des Notars in Fällen mit Auslandsberührung

(von Notarassessor Helmut Bardy, Bonn)

- A. Der Grundsatz des freien Zugangs zum Notar
- B. Sedes materiae: § 17 Abs. 3 BeurkG
 - I. Der Beginn der Prüfungspflicht
 - II. Die Pflicht zur Klärung des Sachverhalts
 - III. Der Begriff „Ausländisches Recht“
 - IV. Die Belehrungspflicht im allgemeinen
 - V. Der Belehrungsvermerk in der Niederschrift
- C. Die Haftung des Notars gem. § 19 BNotO und ihr Aus-schluß
- D. Die Haftpflichtversicherung
- E. Zusammenfassung

– der Notar darf unter bestimmten Voraussetzungen die Rich-tigkeit und Vollständigkeit einer deutschen Übersetzung einer Urkunde bescheinigen (§ 50 BeurkG);
– die Urschrift einer Niederschrift soll nur zur Verwendung im Ausland ausgehändigt werden (§ 45 Abs. 1 BeurkG);
– zur Aufnahme von Eiden und Rechtsbescheinigungen ist der Notar nur bei beabsichtigter Verwendung im Ausland zuständig (§§ 22 Abs. 1, 22a BNotO);
– expressis verbis über die Prüfungs- und Belehrungspflicht in Fällen mit Auslandsberührung verhält sich § 17 Abs. 3 BeurkG⁹.

A.

Der Grundsatz des freien Zugangs zum Notar

Dem freien Zugang von Ausländern und Staatenlosen zu deut-schen Gerichten¹ entspricht deren freier Zugang zum Notar². Dieser Grundsatz, der systematisch zum Fremdenrecht gehört, ist in ständiger Rechtspraxis allgemein anerkannt³. Er besagt, daß die Beteiligung von Ausländern und auch eine sonstige Auslandsberührung kein ausreichender Grund zur Verweige-rung einer Beurkundung sind⁴. Die Urkundsgewährungspflicht des § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO ist demnach unabhängig von⁵

- der Staatsangehörigkeit, dem Wohnsitz, dem Aufenthalt, dem Sitz, der Niederlassung eines Urkundsbeteiligten,
 - der Belegenheit des Urkundgegenstandes,
 - dem kollisionsrechtlich berufenen oder dem gewählten Sach-recht, auch wenn es sich um ausländisches handelt⁶ und der Notar dieses nicht kennt oder ein bestimmtes ausländisches Rechtsgeschäft dem inländischen unbekannt ist⁷,
 - der Verwendung der Urkunde im In- oder Ausland.
- Zur Begründung⁸ sind heranzuziehen das Beurkundungsmono-pol der Notare, das insoweit mit dem Rechtsprechungsmonopol der Gerichte zu vergleichen ist, und die zahlreichen Vorschrif-ten der BNotO und des BeurkG, die die Zuständigkeit der No-tare für die Beurkundung von Geschäften mit Auslands-berührung stillschweigend voraussetzen:
- die Urkundssprache kann eine fremde sein (§§ 15 Abs. 2 BNotO, 5 Abs. 2 BeurkG);
 - die Niederschrift muß bei fehlender Sprachkenntnis eines Be-teiligten übersetzt werden (§ 16 BeurkG);

B.

Sedes materiae: Art. 17 Abs. 3 BeurkG

I. Der Beginn der Prüfungspflicht

Die Prüfungspflicht des Notars aus Art. 17 Abs. 3 BeurkG setzt nach h.M.¹⁰ dann ein, wenn objektiv Anlaß besteht, an die Mög-lichkeit einer Auslandsberührung zu denken. Anhaltspunkte sind¹¹:

- fremdländische Vor- und Familiennamen, jedoch regelmäßig nur in Kombination, da viele Deutsche, nicht nur die eingebür-geren, ausländische Vor- und/oder Familiennamen haben¹²;
- ausländischer Wohnsitz und Aufenthalt von natürlichen bzw. ausländischer Verwaltungssitz von juristischen Personen¹³;
- ausländischer Personalausweis oder Reisepaß; hier ist Vor-sicht geboten bei Doppelstaaten (Art. 5 Abs. 1 EGBGB) und angesichts der Möglichkeit eines Staatsangehörigkeitswech-sels¹⁴ (beachte den maßgebenden Zeitpunkt z. B. in Art. 15 Abs. 1, 25 Abs. 1 EGBGB);
- ausländischer Akzent und ausländisches Aussehen; in bei-den Fällen ist jedoch die Möglichkeit der Einbürgerung zu berücksichtigen;
- das im Ausland gelegene Objekt des Rechtsgeschäfts¹⁵;
- allgemein die Schilderung des Sachverhalts durch die Betei-ligten¹⁶.

1 Vgl. Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht, 1987, Rd.-Nr. 1906.

2 Schütze, Internationales Notarverfahrensrecht, DNotZ 1992, 66, 71 f.

3 Höfer/Huhn, Allgemeines Urkundenrecht, 1968, 78.

4 Vgl. Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl. 1988, Rd.-Nr. 373; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 1989, Rd.-Nr. 498; Böhringer, Grundstückserwerb mit Auslandsberührung aus der Sicht des Notars und Grundbuchamts, BWNotZ 1988, 49, 51; Schütze, Die Anwendung ausländi-schen Rechts durch deutsche Notare, BWNotZ 1992, 122, 123; auch zur ins-oweit vergleichbaren Rechtslage in Belgien, Frankreich und der Schweiz: Sturm, Kollisionsrecht, eine terra incognita für den deutschen Notar?, FS Fer-rid, 1978, 417, 419, Fn. 6 m.w.N.

5 Vgl. zum Folgenden Seybold/Hornig, BNotO, 5. Aufl. 1976, § 15, Rd.-Nr. 43; Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1. Halbband, 19. Aufl. 1987, 23 f.; Höfer/Huhn (Fn. 3), 78; Rohs, Die Ge-schäftsführung der Notare, 9. Aufl. 1987, 144; Schootensack, Der Notar und das internationale Urkundenverfahrensrecht, DNotZ 1952, 265, 267; Eder, Die internationale Zuständigkeit des deutschen Notars, BWNotZ 1982, 74, 76.

6 Schütze, BWNotZ 1992, 122, 123.

7 Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, Teil B, 12. Aufl. 1986, Einl. BeurkG, Rd.-Nr. 45.

8 Vgl. zum Folgenden Sturm (Fn. 4), 417, 420 f.

9 Diese Einleitung dient nur der Herausarbeitung des Grundsatzes des freien Zugangs zum Notar; zur internationalen Zuständigkeit des Notars, d. h. zur Beurkundungsbefugnis des deutschen Notars im Ausland und zu derjenigen im Inland in Fällen mit Auslandsberührung s. ausführlich Eder (Fn. 5) und Schütze (Fn. 2).

10 BGH DNotZ 1963, 315, 316; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 496; Grader, Die Beleh-rungspflicht des Notars in Fällen mit Auslandsberührung, DNotZ 1959, 563, 567; Amann, Eigentumserwerb unabhängig von ausländischem Güterrecht?, MittBayNot 1986, 222, 227.

11 Vgl. zum Folgenden Münchener Vertragshandbuch/Nieder, Bd. 4, 2. Halb-band, 2. Aufl. 1986, 1521; Böhringer, Anm. zu BayObLG, BWNotZ 1987, 15, 17; Böhringer, BWNotZ 1988, 49.

12 Rohs (Fn. 5), 144; Lichtenberger, Einige Bemerkungen zur praktischen Be-handlung des Grundstückserwerbs bei Auslandsberührung, MittBayNot 1986, 111.

13 Vgl. Rohs (Fn. 5), 144.

14 Lichtenberger, MittBayNot 1986, 111.

15 Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 496.

16 Grader, DNotZ 1959, 563, 566 f.

Ohne solche Merkmale ist der Notar nach h. M.¹⁷ nicht verpflichtet, allgemein nach einem Auslandsbezug und speziell nach einer ausländischen Staatsangehörigkeit zu fragen. Die Mindermeinung¹⁸, nach der der Notar stets nach der Staatsangehörigkeit der Beteiligten zu fragen hat, geht zu weit. Es ist kein Grund ersichtlich, an die Aufklärungspflicht bezüglich der Staatsangehörigkeit höhere Anforderungen zu stellen als bezüglich des Alters und der Geschäftsfähigkeit. Insoweit ist anerkannt, daß der Notar nicht weiter nachzuforschen braucht, wenn er nach den Umständen und dem persönlichen Eindruck überzeugt sein darf, daß kein Anlaß zu Zweifeln besteht¹⁹. Diese Diskussion verliert insoweit an Brisanz, als die gängigen Muster für Verfügungen von Todes wegen und zunehmend auch diejenigen für Eheverträge vernünftigerweise eine Aussage über die Staatsangehörigkeit enthalten.

II. Die Pflicht zur Klärung des Sachverhalts

Ist nach den vorgenannten Kriterien eine Auslandsberührung erkennbar, muß der Notar auf konkrete Angaben der Beteiligten zu den maßgeblichen Tatsachen hinwirken, um entweder die Möglichkeit der Geltung ausländischen Rechts ausschließen oder die Beteiligten auf diese Möglichkeit hinweisen zu können²⁰. Es empfiehlt sich insbesondere im Anwendungsbereich der Artt. 14, 15, 220 EGBGB, „Checklisten“ zu den Anknüpfungspunkten in die Urkunde oder ein separates Schriftstück aufzunehmen²¹. Dabei sollte klargestellt werden, daß es sich um Erklärungen der Beteiligten handelt. Von deren Richtigkeit ist auszugehen, der Notar braucht sie nicht nachzuprüfen. Vorsicht ist allerdings geboten bei der Verwendung von Rechtsbegriffen wie „Wohnsitz“ (Art. 7 ff. BGB)/„domicile“ im anglo-amerikanischen Rechtskreis und „gewöhnlicher Aufenthalt“²².

III. Der Begriff „Ausländisches Recht“

Die Abgrenzung des inländischen vom ausländischen Recht i.S.v. § 17 Abs. 3 BeurkG bestimmt sich im Grundsatz danach, wer es erlassen hat²³. Das BGB ist deutsches Recht, weil es vom deutschen Gesetzgeber erlassen, der Code Civil ist französisches Recht, weil er vom französischen Gesetzgeber erlassen worden ist. Im internationalen Bereich existieren jedoch Grenzzonen, in denen nicht vom deutschen Gesetzgeber erlassene Normen dennoch kein ausländisches Recht i.S.v. § 17 Abs. 3 BeurkG sind oder in denen es um Vorschriften geht, die nicht zum materiellen Recht gehören²⁴:

IPR

Das hauptsächlich im EGBGB niedergelegte autonome deutsche internationale Privatrecht ist vom deutschen Gesetzgeber erlassen worden. Als deutsches Recht muß der Notar es nach h. M.²⁵ beherrschen und darüber belehren. Rück- und Weiterverweisungen muß der Notar nicht kennen, da insoweit ausländische Kollisionsnormen anzuwenden sind und § 17 Abs. 3 S. 2 BeurkG gilt²⁶. Hier greift die ratio des § 17 Abs. 3 BeurkG ein, nach der die Belehrung über ausländisches Recht und die damit verbundene Haftung dem Notar nicht zugemutet werden

können²⁷. Daraus zu schließen, der Notar brauche das deutsche Kollisionsrecht ebenfalls nicht zu beherrschen²⁸, schießt über das Ziel hinaus. Zwar ist dieser Mindermeinung zuzugestehen, daß eine kollisionsrechtliche Analyse nur dann umfassend ist, wenn sie Rück- und Weiterverweisung beachtet²⁹. Jedoch kann ein öffentlicher Amtsträger von der Kenntnis eines Teils des deutschen Rechts, zu dessen Anwendung er berufen ist, nicht entbunden werden³⁰.

Staatsverträge

Die die Bundesrepublik Deutschland bindenden Staatsverträge sind aufgrund des jeweiligen Zustimmungsgesetzes (Art. 59 II GG) deutsches Recht i.S.v. Art. 17 Abs. 3 BeurkG, das der Notar beachten muß³¹. Ein praxisrelevantes Beispiel ist das Abkommen über den internationalen Währungsfonds vom 22. 7. 1944 (Bretton Woods)³². Nach diesem Abkommen sind Verträge, die gegen ein Devisengesetz eines Mitgliedslandes verstoßen, in allen Mitgliedstaaten undurchsetzbar. Dies gilt für Devisenverträge („exchange contracts“), zu denen nicht nur Verträge gehören, die Devisen, d. h. den Austausch internationaler Zahlungsmittel, zum Gegenstand haben, sondern auch Kaufverträge über Grundstücke und Wertpapiere und Darlehensverträge³³. Allerdings braucht der Notar nicht über ausländische Devisengesetze zu belehren, diese sind ausländisches Recht. Er hat lediglich darauf hinzuweisen, daß solche Vorschriften aufgrund des Abkommens von Bretton Woods zur Anwendung kommen können³⁴.

Völkerrecht

Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind gem. Art. 25 S. 1 GG Bestandteil des Bundesrechts und damit vom Notar anzuwenden. Für die notarielle Praxis sind insbesondere die Regeln über die Gerichtsbarkeit von Bedeutung³⁵, die die Immunität des Notars³⁶, die Freizügigkeit notarieller Urkunden und die Zulässigkeit der Beurkundung eines Vorgangs mit Auslandsberührung bestimmen.

Recht der EU

Das von den Organen der Europäischen Union gesetzte Recht gilt in Deutschland aufgrund der Zustimmungsgesetze zu EGKS-, EAG- und EWG-Vertrag und den Folgeverträgen unmittelbar³⁷, nicht erst aufgrund Transformation oder kollisionsrechtlicher Verweisung im Einzelfall; auch dieses Recht muß der Notar kennen³⁸.

Recht der ehe,maligen DDR

Vor dem Beitritt der DDR bestand Streit darüber, ob das Recht der DDR ausländisches Recht i.S.v. § 17 Abs. 3 BeurkG ist³⁹. Dieser Streit hat sich durch den Einigungsvertrag⁴⁰ erledigt, der in Art. 9 i.V.m. Anlage II und in Anlage I, insbesondere Kapitel III, Sachgebiet B, Abschnitt II (Artt. 230–236 EGBGB), genau festgelegt, welches Recht der ehemaligen DDR fortgilt bzw. lediglich für Altfälle anwendbar bleibt.

17 Vgl. BGH DNotZ 1963, 315, 316; Rohs (Fn. 5), 144; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 496; Grader, DNotZ 1959, 563, 567; Lichtenberger, MittBayNot 1986, 111; Böhringer, BWNotZ 1988, 49.
18 Sturm (Fn. 4), 417, 428.
19 BGH DNotZ 1963, 315, 317.
20 Amann, MittBayNot 1986, 222, 227.
21 Vgl. hierzu und zum Folgenden Lichtenberger, MittBayNot 1986, 111, 112; Lichtenberger, Zum Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, DNotZ 1986, 644, 679; Böhringer, BWNotZ 1988, 49, 50.
22 Vgl. die in Fn. 21 Genannten; zum „gewöhnlichen Aufenthalt“ s. Palandt/Heidrich, 51. Aufl. 1992, Art. 5 EGBGB, Rd.-Nr. 10.
23 Schütze, BWNotZ 1992, 122, 123.
24 Schütze, BWNotZ 1992, 122, 123.
25 Jansen, BeurkG, 1971, § 17, Rd.-Nr. 20; Seybold/Hornig (Fn. 5), § 15, Rd.-Nr. 67; Keidel/Kuntze/Winkler (Fn. 7), § 17 BeurkG, Rd.-Nr. 23; Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 2. Aufl., 1987, § 17, Rd.-Nr. 195; Mecke/Lerch, BeurkG, 2. Aufl. 1991, § 17, Rd.-Nr. 19; Reithmann/Martiny (Fn. 4), Rd.-Nr. 373; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 303, 500; Grader, DNotZ 1959, 563, 567; Schütze, BWNotZ 1992, 122, 123.
26 Huhn/von Schuckmann (Fn. 25), § 17, Rd.-Nr. 195; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 500; Reithmann/Röll/Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl. 1991, Rd.-Nr. 166; Schütze, BWNotZ 1992, 122, 123.

27 BT-Drucks. V/3282, 32.
28 Vgl. Sturm (Fn. 4), 417, 427; Riedel/Feil, BeurkG, 1970, § 17, 257.
29 Vgl. Sturm (Fn. 4), 417, 427; Riedel/Feil (Fn. 28), § 17, 257.
30 Schütze, DNotZ 1992, 66, 76.
31 Reithmann/Martiny (Fn. 4), Rd.-Nr. 373; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 500; Schütze, BWNotZ 1992, 122, 123.
32 BGBl. 1952 II 637, 728.
33 Vgl. Reithmann/Röll/Gebele (Fn. 26), Rd.-Nr. 165, Fn. 147.
34 Vgl. Jansen (Fn. 25), § 17, Rd.-Nr. 21.
35 Schütze, BWNotZ 1992, 122 f.
36 Vgl. dazu Fn. 82 und Geimer (Fn. 1), Rd.-Nr. 622.
37 Ausnahmen sind die Richtlinien, wobei es davon wiederum die Ausnahme der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien gibt, vgl. Schweitzer/Hummer, Europarecht, 3. Aufl. 1990, 113, 115 f. m.w.N.
38 Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 50. Aufl. 1992, § 293, Anm. 1 A; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 303, 500; Schütze, DNotZ 1992, 66, 78, BWNotZ 1992, 122, 123.
39 Pro: Riedel/Feil (Fn. 28), § 17, 257; Palandt/Heinrichs, 50. Aufl. 1991 (ab 51. Aufl. ist keine Kommentierung des BeurkG im Palandt mehr enthalten), § 17 BeurkG, Rd.-Nr. 9; Contra: Jansen (Fn. 25), § 17, Rd.-Nr. 22.
40 BGBl. 1990 II 885.

IV. Die Belehrungspflicht im allgemeinen

Verweist das autonome deutsche Kollisionsrecht oder ein die Bundesrepublik bindender Staatsvertrag auf ausländisches Recht, so setzt die Belehrungspflicht des § 17 Abs. 3 BeurkG ein. Das gleiche gilt, wenn Zweifel an der Verweisung auf ausländisches Recht bestehen.

Nunmehr hat der Notar über die rechtliche Tragweite der Auslandsberührung zu belehren, also dahin, daß⁴¹

– das autonome deutsche Kollisionsrecht bzw. der die Bundesrepublik bindende Staatsvertrag auf ausländisches Recht verweist,

– der Notar das ausländische Recht nicht kennt und nicht verpflichtet ist, darüber zu belehren (weiterhin sollte in der Urkunde stehen: und auch nicht darüber belehrt hat),

– die Möglichkeit besteht, daß das ausländische Recht auf das deutsche Recht zurückverweist oder auf ein drittes Recht weiterverweist (Art. 4 Abs. 1 EGBGB),

– die mögliche Anwendbarkeit ausländischen Rechts zur Unwirksamkeit des zu beurkundenden Geschäfts führen oder anderweitig seine rechtliche Tragweite beeinflussen kann,

– die Beteiligten die Risiken in formeller und materieller Hinsicht, die sich aus der möglichen Einwirkung fremder Rechtsordnungen ergeben, in Kauf nehmen.

Bei der ausdrücklichen Wahl einer ausländischen Rechtsordnung muß der Notar über die rechtliche Tragweite dieser Wahl, nicht über den Inhalt des gewählten Rechts und dessen rechtliche Tragweite belehren⁴². Er hat also darauf hinzuweisen, daß⁴³

– die Rechtswahl eine Verweisung nur auf die Sachvorschriften der gewählten Rechtsordnung beinhaltet (Art. 4 Abs. 2 EGBGB),

– der Notar dieses ausländische Recht nicht kennt und nicht verpflichtet ist, darüber zu belehren, und auch nicht darüber belehrt hat,

– die Berufung ausländischen Rechts zur Unwirksamkeit des zu beurkundenden Geschäfts führen oder anderweitig seine rechtliche Tragweite beeinflussen kann,

– die Beteiligten sich dem fremden Recht auf „Gedeih und Verderb“ unterwerfen.

In der Urkunde sollte weiter erwähnt werden, daß die Rechtswahl von den Beteiligten ausgeht⁴⁴. Denn der Notar sollte nicht von sich aus eine fremde Rechtsordnung vorschlagen, weil sonst eine Belehrungspflicht auch über den Inhalt dieser Rechtsordnung entsteht⁴⁵.

Aber auch dann, wenn in einem Fall mit Auslandsberührung das deutsche IPR auf deutsches Sachrecht verweist, hat der Notar über die rechtliche Tragweite der Auslandsberührung zu belehren, nämlich dahingehend, daß

– zwar das deutsche IPR auf deutsches Sachrecht verweist,

– jedoch das von der Fallgestaltung her berührte ausländische Recht möglicherweise Rechtswirkungen an das zu beurkun-

dende Geschäft knüpft, die vom deutschen Recht abweichen und im Ausland, vor allem für dort belegenes Vermögen, Bedeutung erlangen können,

– der Notar das ausländische Recht nicht kennt und nicht verpflichtet ist, darüber zu belehren, und auch nicht darüber belehrt hat.

Zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Notar verpflichtet ist, in Fällen mit Auslandsberührung das Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg oder eines Universitätsinstituts⁴⁶ einzuholen oder die Einholung eines Gutachtens zu empfehlen oder darauf hinzuweisen, werden die verschiedensten Meinungen vertreten. Teilweise wird die Ansicht geäußert, es sei zweckmäßig, einen entsprechenden Hinweis zu geben⁴⁷. Andere Autoren halten den Notar unter besonderen Voraussetzungen (Zweifelsfälle, eigene Inkompetenz, erweiterte Belehrungspflicht)⁴⁸, wiederum andere generell⁴⁹ für verpflichtet, die Einholung eines Gutachtens vorzuschlagen. Schließlich soll der Notar nach einer weiteren Auffassung gehalten sein, in den meisten Fällen oder sogar generell ein Gutachten einzuholen oder diese Aufgabe den Beteiligten zu überbürden⁴⁹.

Diese Diskussion trifft m. E. nicht den Kern des Problems. Ich halte den Notar nicht für verpflichtet, die Beteiligten auf die Möglichkeit der Einholung eines wissenschaftlichen Gutachtens hinzuweisen. Denn im Gegensatz zu einem Gericht wird der Notar dem Gutachter regelmäßig keinen abgeschlossenen Sachverhalt liefern können. Die Fallgestaltungen, mit denen es der Notar zu tun hat, sind in die Zukunft hin offen. Die Anfrage an den Gutachter kann die umfassende Beratung der Beteiligten durch einen Praktiker des einschlägigen ausländischen Rechts nicht ersetzen. Hieraus folgt zwanglos die Empfehlung, daß der Notar die Beteiligten für die Beratung hinsichtlich des ausländischen Rechts an einen ausländischen Kollegen verweisen sollte, um ggfs. zusammen mit diesem eine tragfähige Gesamtlösung zu erzielen⁵⁰.

In den Ausnahmefällen, in denen es um die Beantwortung einer speziellen, klar umrissenen Frage geht (z. B. Vorfragen im IPR), wäre es eine große Hilfe für die Notare, wenn sie in das Londoner Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht vom 7. 6. 1968 einbezogen würden⁵¹. Art. 3 Abs. 1 dieses Abkommens gestattet es bisher nur Gerichten, in anhängigen Verfahren ein Auskunftersuchen zu stellen. Gem. Art. 3 Abs. 3 können aber zwei oder mehr Vertragsstaaten vereinbaren, die Anwendung dieses Übereinkommens untereinander auf Ersuchen zu erstrecken, die von anderen Behörden als Gerichten ausgehen.

V. Der Belehrungsvermerk in der Niederschrift

Der Belehrungsvermerk, den der Notar gem. § 17 Abs. 3 S. 1 BeurkG in die Niederschrift aufnehmen soll, dient nach h. M.⁵² lediglich Beweis Zwecken. Die Gegenmeinung sieht in der Nichtaufnahme eines vorgeschriebenen Belehrungsvermerks eine Amtspflichtverletzung gegenüber Dritten, die im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit und Unbedenklichkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts handeln⁵³. Dagegen spricht jedoch, daß die Prüfungs- und Belehrungspflichten im zweiten Abschn.

41 Vgl. zum Folgenden Jansen (Fn. 25), § 17, Rd.-Nr. 23; Seybold/Hornig (Fn. 5), § 15, Rd.-Nr. 67; Keidel/Kuntze/Winkler (Fn. 7), § 17 BeurkG, Rd.-Nr. 23, Fn. 117; Huhn/von Schuckmann (Fn. 25), § 17, Rd.-Nr. 195; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 500 f.; Reithmann/Röll/Gebele (Fn. 26), Rd.-Nr. 165; Ferid, Einige praktische Winke zur Bedeutung des Auslandsrechts bei Beurkundungen, MittBayNot 1974, 191, 192; Lichtenberger, Zur Verfassungswidrigkeit der Bestimmung des Ehegüterrechtsstatuts, DNotZ 1983, 394, 408; DNotZ 1986, 644, 676; Hegmanns, Probleme mit Kaufverträgen über im Ausland gelegene Grundstücke MittRhNotK 1987, 1, 8; Böhringer, BWNotZ 1988, 49, 50 f.; Schütze, DNotZ 1992, 66, 76, BWNotZ 1992, 122, 123.
42 Palandt/Heinrichs (Fn. 39), § 17 BeurkG, Rd.-Nr. 9; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 501; Böhringer, BWNotZ 1988, 49, 50.
43 Vgl. Lichtenberger, DNotZ 1986, 644, 676.
44 Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 501; Böhringer, BWNotZ 1988, 49, 50.
45 Namen und Adressen von Gutachtern finden sich bei Hetger, Sachverständige für ausländisches und internationales Privatrecht, DNotZ 1988, 425 ff.

46 Reithmann/Röll/Gebele (Fn. 26), Rd.-Nr. 166.
47 Vgl. Huhn/von Schuckmann (Fn. 25), § 17, Rd.-Nr. 196; Palandt/Heinrichs (Fn. 39), § 17 BeurkG, Rd.-Nr. 9; Grader, DNotZ 1959, 563, 575; Böhringer, BWNotZ 1988, 49, 51.
48 Vgl. Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 497.
49 Keidel/Kuntze/Winkler (Fn. 7), Einl. BeurkG, Rd.-Nr. 64, § 17 BeurkG, Rd.-Nr. 23; Reithmann/Martiny (Fn. 4), Rd.-Nr. 331, 373; Sturm (Fn. 4), 417, 429 f.
50 Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Norbert Zimmermann, 1992, 832, Rd.-Nr. 16.
51 Vgl. Huhn/von Schuckmann (Fn. 25), § 17, Rd.-Nr. 196; Sturm (Fn. 4), 417, 433; das Übereinkommen ist veröffentlicht in BGBl. 1974 II 938.
52 RG, DNotZ 1935, 575, 578; BGH DNotZ 1974, 296, 301; Seybold/Hornig (Fn. 5), § 15, Rd.-Nr. 67; Keidel/Kuntze/Winkler (Fn. 7), § 17 BeurkG, Rd.-Nr. 26; Reithmann/Röll/Gebele (Fn. 26), Rd.-Nr. 169; Haug, Anm. zu BGH DNotZ 1974, 296, 301, 302; Grader, DNotZ 1959, 563, 576.
53 Vgl. OLG Frankfurt NJW 1985, 1229 zu § 17 Abs. 2 BeurkG; Jansen (Fn. 25), § 17, Rd.-Nr. 18.

Nr. 3 des BeurkG, beginnend mit § 17, nur gegenüber den Beteiligten bestehen⁵⁴ und die Pflicht zur Aufnahme des Belehrungsvermerks nicht geschaffen wurde, um dem Rechtsverkehr etwaige Bedenken gegen die Wirksamkeit der Urkunde vor Augen zu führen⁵⁵, die Pflicht also keine Schutzfunktion für Dritte i.S.v. § 19 BNotO entfaltet⁵⁶.

Unabhängig von dieser Streitfrage ist dem Notar natürlich dringend zu raten, den in § 17 Abs. 3 S. 1 BeurkG vorgeschriebenen Belehrungsvermerk in die Niederschrift aufzunehmen, um in einer besseren Beweissituation zu sein⁵⁷.

Sollten die Beteiligten die Aufnahme des Belehrungsvermerks ablehnen, ist ein ausreichender Verweigerungsgrund i.S.v. § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO gegeben. Denn der Notar braucht aufgrund der Urkundsgewährungspflicht des § 15 BNotO nicht die erhöhte Verantwortung zu übernehmen, die durch die Auslandsberührung des Urkundsgeschäfts bedingt ist⁵⁸.

C.

Die Haftung des Notars gem. § 19 BNotO und ihr Aus-schluß

Die Haftung des Notars in Fällen mit Auslandsberührung folgt grundsätzlich den allgemein gültigen Regeln der Amtshaftung gem. § 19 BNotO. Es ist allerdings umstritten, ob der Notar seine Haftung in Fällen mit Auslandsberührung ausschließen oder einschränken kann. Die h. M.⁵⁹ hält einen Haftungsausschluß für unzulässig: Zwar sei der Notar nicht verpflichtet, über ausländisches Recht zu belehren. Nehme er aber eine diesbezügliche Belehrung vor, hafte er für deren Richtigkeit. Die Gegenmeinung⁶⁰ hält bei sog. dispositiven Amtspflichten wie z. B. § 17 Abs. 3 S. 2 BeurkG einen Haftungsausschluß für möglich.

Der Notar ist Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) und erfüllt seine Aufgaben kraft Amtes⁶¹. Er ist im Rahmen seiner gesamten Amtstätigkeit (§§ 20–25 BNotO) einem öffentlich-rechtlichen Regime unterworfen und steht damit auch seinen Klienten gegenüber in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis⁶¹. Einzige Anspruchsgrundlage gegen den Notar als Amtsträger ist demnach § 19 BNotO⁶², von dem also bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses auszugehen ist. § 19 BNotO enthält jedoch keine Regelung zum Haftungsausschluß, ebenso wenig der über § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO subsidiär anwendbare § 839 BGB. Allerdings deutet die Verweisungsnorm des § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO darauf hin, daß für die Frage des Haftungsausschlusses an das Staats-/Beamtenhaftungsrecht und nicht an das Haftungsrecht eines freien Berufs wie den des Rechtsanwalts⁶³ anzuknüpfen ist. Dem entspricht die vom BVerfG⁶⁴ entwickelte und vom BGH⁶⁵ übernommene sog. Heranführungslehre, nach der der Notar als Träger

eines öffentlichen Amtes an den öffentlichen Dienst bzw. den Richter „herangeführt“ und „in deren nächste Nachbarschaft gerückt ist“. Deshalb liegt es nahe und wurde von der Rechtsprechung bereits häufig praktiziert, Regelungen des Beamten- und Richterrechts auf die Notare zu übertragen⁶⁶.

Nach der überwiegenden Meinung⁶⁷ im Staatshaftungsrecht sind Haftungsausschlüsse und -einschränkungen nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zulässig; durch Satzung, Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag könnten weder die Staatshaftung noch die persönliche Haftung des Beamten ausgeschlossen oder beschränkt werden. Zur Begründung wird darauf verwiesen, der Eintritt der persönlichen Haftung des Beamten beruhe heute ausschließlich auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften und in öffentlichem Recht fußenden gesetzgeberischen Erwägungen, die wie das öffentliche Recht überhaupt grundsätzlich zwingender Natur seien und eine Dispositions-befugnis des Beamten und auch der Verwaltung zum selben Gegenstand ausschließe⁶⁸. Nach der Gegenansicht⁶⁹ kann, sofern parallel zu den Amtspflichten ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis vorliegt, das der Regelungsbefugnis der Verwaltung unterliegt, neben der Haftung aus dem Schuldverhältnis auch diejenige wegen Amtspflichtverletzung ausgeschlossen werden: Soweit es der Verwaltung zustehe, Rechte und Pflichten aus dem Schuldverhältnis zu regeln (insbesondere im Anstaltsbenutzungsverhältnis), könne sie zugleich den Umfang der Amtspflichten ihrer Bediensteten festlegen. Wenn die Verwaltung, statt die Amtspflichten zu reduzieren, das Entstehen für deren Erfüllung, sprich die Haftung, ausschließe oder abmildere, sei dies ein zulässiges Minus.

Vor diesem staatshaftungsrechtlichen Hintergrund sind nunmehr die Argumente der Gegenansicht zu überprüfen, die einen Haftungsausschluß des Notars in Fällen mit Auslandsberührung für zulässig erachtet.

Sie überträgt zunächst das vorerwähnte Minusargument auf die Notarhaftung⁷⁰. Dabei geht sie aus von der nicht zu beanstandenden Unterscheidung zwischen zwingenden Amtspflichten, die durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung oder Verzicht nicht beseitigt werden können, und dispositiven Amtspflichten, hinsichtlich derer dem Notar⁷¹ oder den Beteiligten⁷² eine Gestaltungsbefugnis eingeräumt wird. Aufgrund des Gestaltungsrahmens bei den dispositiven Amtspflichten könne dort nicht nur die Amtspflicht und dadurch die Haftung, sondern auch die Haftung alleine eingeschränkt werden. Die Belehrung über ausländisches Recht unter Ausschuß der Haftung sei ein zulässiges Minus zur Ablehnung jeglicher Belehrung.

Gegen das Minusargument spricht, daß aus der gesetzlichen Zulassung von dispositiven Amtspflichten nicht zwingend zu schließen ist, daß auch die Amtshaftung als Sekundärpflicht zur

54 Vgl. Haug, Anm. zu BGH DNotZ 1974, 296, 301, 302.

55 BGH DNotZ 1974, 296, 301; Reithmann/Röll/Gebele (Fn. 26), Rd.-Nr. 168.

56 Vgl. Seybold/Hornig (Fn. 5), § 15, Rd.-Nr. 67; Reithmann/Röll/Gebele (Fn. 26), Rd.-Nr. 168; Haug, Anm. zu BGH DNotZ 1974, 296, 301, 302.

57 Mecke/Lerch (Fn. 25), Rd.-Nr. 20; nach Keidel/Kuntze/Winkler (Fn. 7), § 17 BeurkG, Rd.-Nr. 25, kommt dem Belehrungsvermerk die Beweiskraft der §§ 415 ff. ZPO zu.

58 Vgl. Seybold/Hornig (Fn. 5), § 15, Rd.-Nr. 67; Schütze, BWNtZ 1992, 122, 123.

59 Vgl. RG JW 1913, 1152; Huhn/von Schuckmann (Fn. 25), § 17, Rd.-Nr. 197; Palandt/Thomas (Fn. 22), § 839, Rd.-Nr. 113; Münchener Vertragshandbuch/Nieder (Fn. 11), 1521; Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars, 2. Aufl. 1986, Rd.-Nr. II, 212; Reithmann/Martiny (Fn. 4), Rd.-Nr. 373; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 282, 497; Grader, DNotZ 1959, 563, 577; Sturm (Fn. 4), 417, 433; Höhle, Der Wirtschaftsprüfer, ein Organ der Rechtspflege, BB 1981, 466, 473; Hegmanns, MittRhNotK 1987, 1, 9.

60 Riedel/Feil (Fn. 28), § 17, 258; Seybold/Hornig (Fn. 5), § 19, Rd.-Nr. 62; Soergel/Glaser, 11. Aufl. 1985, § 839, Rd.-Nr. 144; Ertl, Kreditsicherung durch Notarbestätigungen?, DNotZ 1969, 650, 653; Rossak, Darf der Notar seine Haftung ausschließen oder einschränken?, VersR 1985, 1121; Römer, Notariatsverfassung und Grundgesetz, 27, hält einen Haftungsausschluß „in engen ... Grenzen“, Höfer/Huhn (Fn. 3), 252, unter besonderen Umständen (Überlastung, Ermüdung) für zulässig.

61 BVerfG DNotZ 1963, 621, 626; BGH DNotZ 1960, 265, 267; NJW 1980, 1106 = DNotZ 1980, 496, 497; NJW 1984, 1748, 1749 = DNotZ 1984, 511, 514; NJW 1989, 2615, 2616 = DNotZ 1990, 313, 314; Seybold/Hornig (Fn. 5), § 1, Rd.-Nr. 5, vor §§ 20–25, Rd.-Nr. 24; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 1.

62 Vgl. Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 6, 8.

63 Der Rechtsanwalt kann in einer Einzelvereinbarung die Haftung auch für Fahrlässigkeit bei der Nichtbeachtung oder Verletzung ausländischen Rechts aus-

schließen, vgl. Borgmann/Haug, Anwaltschaftung, 2. Aufl. 1986, 240; Vollkommer, Anwaltschaftungsrecht, 1989, Rd.-Nr. 428; Hartstrang, Anwaltsrecht, 1991, 658; zweifelhaft wird dies allerdings, wenn der Auftrag sich gerade auf Fragen des Auslandsrechts bezieht, vgl. Borgmann/Haug, a.a.O.

64 St. Rspr.: BVerfG DNotZ 1963, 621, 626; 1978, 46, 48; 1980, 556, 562; 1987, 121, 122.

65 St. Rspr.: BGH DNotZ 75, 572, 573; 1983, 236, 237; 1991, 89.

66 Vgl. die in Fn. 64 und 65 angeführte Rspr. und auch OLG Köln DNotZ 1978, 377, 378.

67 Vgl. BGHZ 54, 299, 304 f.; 61, 7, 14; NJW 1984, 615, 617; Bonner Kommentar/Dagtolglou, Art. 34, Zweitebearbeitung September 1970, Rd.-Nr. 35a, 343; Maunz/Dürig/Papier, Art. 34, 26, Lfg. 1987, Rd.-Nr. 219; MünchKomm/Papier, 2. Aufl. 1986, § 839, Rd.-Nr. 294; Soergel/Glaser (Fn. 60), § 839, Rd.-Nr. 41, 58; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl. 1991, 80; Richter, Der Ausschuß der Staatshaftung nach Art. 34 GG, Diss. 1968, 238 f.; Mittermaier, Haftung und Haftungsbeschränkungen der Gemeinden für ihre öffentlichen Einrichtungen, Diss. 1984, 257; Schneider, Zur Haftung der Gemeinden für ihre öffentlichen Anstalten, NJW 1962, 705, 709; Brehm, Beschränkung der Amtshaftung durch gemeindliche Satzungen?, DÖV 1974, 415, 416 f.; Schwarze, Haftungsbeschränkung durch gemeindliche Satzung – BGHZ 61, 7, JuS 1974, 640, 643 f.

68 Vgl. Soergel/Glaser (Fn. 60), § 839, Rd.-Nr. 59; Richter (Fn. 67), 238; Schneider, NJW 1962, 705, 709.

69 Rüfner, DÖV 1973, 808, 810 f.

70 Vgl. zum Folgenden Rossak, VersR 1985, 1121, 1124 f.

71 Beispiele: BNotO §§ 15 Abs. 2, 18 Abs. 2, 23, 24; BeurkG §§ 5 Abs. 2, 17 Abs. 3 S. 2, 50.

72 Beispiele: BNotO § 18 Abs. 1 S. 2; BeurkG §§ 3 Abs. 2, 10 Abs. 2 S. 2, 14 Abs. 1, 16 Abs. 2, 3, 17 Abs. 2 S. 2, 21 Abs. 1 S. 2, 22 Abs. 1 S. 1, 53.

Disposition steht. § 17 Abs. 3 S. 2 BeurkG ist ausdrücklich nicht als Haftungsbeschränkung, sondern als Möglichkeit der Einschränkung der Amtspflicht ausgestaltet⁷³. Sobald Amtspflichten statuiert sind, sei es per Gesetz, sei es aufgrund Übernahme durch den Notar, unterliegen sie dem Schutz der Amtshaftungsnormen⁷⁴. Hat der Notar durch Übernahme von Amtspflichten seine Klienten dem Schutz des § 19 BNotO unterstellt, kann er diesen Schutz auch mit Einverständnis der Beteiligten nicht wieder verkürzen. Denn er würde eine Regelung im Bereich des § 19 BNotO treffen, der aufgrund des Gesetzesvorbehalts nicht seiner Regelungskompetenz unterliegt⁷⁵.

Als zweites Argument für die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses des Notars in Fällen mit Auslandsberührung trägt die Gegenansicht vor, es bestehe ein entsprechendes Bedürfnis⁷⁶. Erst ein über die gesetzlichen Amtspflichten hinausgehendes Engagement des Notars erlaube eine wirtschaftlich sinnvolle Konzipierung und Durchführung des zu beurkundenden Geschäfts. Es sei wünschenswert, den Notar zu einem solchen Engagement zu animieren, indem dieses durch die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses privilegiert werde. Den Beteiligten sei mit einer haftungsrechtlich unbeschränkten Tätigkeit besser gedient als mit der Verweigerung der Belehrung über ausländisches Recht.

Diese Argumentation ist sicher nachvollziehbar. Mit einer rechtmäßigen „Belehrungsverweigerung“ bekommt der Klient möglicherweise „Steine statt Brot“. Indes wird sich de lege lata mit diesem Argument die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses kaum begründen lassen. Im übrigen wird der Notar sich in Fällen mit Auslandsberührung i.d.R. bemühen, die Urkunde so abzufassen, daß sie auch den Anforderungen des evtl. anwendbaren ausländischen Rechts genügt, auch wenn er über dieses nicht belehrt und den oben unter B. IV. erörterten Belehrungsvermerk in die Niederschrift aufnimmt.

Letztlich scheitert der Haftungsausschluß des Notars auch am Kreis der Dritten i.S.v. § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO, dem gegenüber ihm Amtspflichten obliegen⁷⁷. Zu diesem weit gezogenen Personenkreis gehören nicht nur die Urkundsbeteiligten, sondern auch mittelbar Beteiligte (Kontaktpersonen) und fernstehende Dritte, deren Interessen nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts gerade durch die statuierte Amtspflicht gegen Beeinträchtigungen geschützt werden sollen (Funktions- oder Zwecktheorie des BGH⁷⁸). Würde man eine Haftungsbeschränkung zulassen, könnte die Situation entstehen, daß der Notar fremden Dritten gegenüber haftet, während unmittelbar Beteiligte keinen Schadensersatz erhalten. Übernimmt der Notar ein Amtsgeschäft, kann er nicht einzelne Personen aus dem Schutzbereich des § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO ausschließen⁷⁷.

Es ist dem Notar nach § 17 Abs. 3 S. 2 BeurkG also nicht gestattet – auch wenn dies in der Praxis bisweilen wünschenswert erscheinen mag – einerseits zu erklären, nicht zur Belehrung über ausländisches Recht verpflichtet zu sein, und andererseits „unverbindlich“ Auskünfte zu erteilen oder eine „persönliche Meinung“ zu äußern⁷⁹. Nach dem oben Gesagten ist die Zulässigkeit des Haftungsausschlusses nur über eine gesetzliche Regelung zu erreichen. Haug hält es für „mehr als fraglich“, ob dies für den freien Notarstand erstrebenswert wäre⁸⁰.

D.

Die Haftpflichtversicherung

Der in Fällen mit Auslandsberührung einschlägige § 4 Ziff. 1 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden lautet:

„§ 4 Ausschlüsse

Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf die Haftpflichtansprüche:

1. welche vor ausländischen Gerichten geltend gemacht werden – dies gilt auch im Falle eines inländischen Vollstreckungsurteils (§ 722 ZPO) –; wegen Verletzung oder Nichtbeachtung ausländischen Rechts; wegen einer im Ausland vorgenommenen Tätigkeit.“

Dieser Risikoausschluß enthält drei Einzeltatbestände, von denen zwei unter dem Gesichtspunkt des Pflichtversicherungsschutzes vernachlässigt werden können⁸¹:

– das Risiko des Tätigwerdens im Ausland, das wegen der Beschränkung der Amtsbefugnisse des Notars auf Deutschland nicht zu versichern ist;

– das Risiko, vor ausländischen Gerichten in Anspruch genommen zu werden; unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der mehrheitlich deutschen Klientel des Notars ist der Pflichtversicherungsgedanke für eine weitere Absicherung nicht einschlägig gewesen⁸².

Der dritte Risikoausschluß (Verletzung und Nichtbeachtung ausländischen Rechts) ist nach Ziff. VIII. der Besonderen Bedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Notaren folgendermaßen eingeschränkt:

„VIII. Versicherungsschutz bei Verletzung ausländischen Rechts

Abweichend von § 4 Ziff. 1 AVB sind Haftpflichtansprüche wegen Verletzung oder Nichtbeachtung ausländischen Rechts in den Versicherungsschutz dann einbezogen, wenn die Amtspflichtverletzung darin besteht, daß die Möglichkeit der Anwendbarkeit ausländischen Rechts nicht erkannt wurde.“

Damit bleibt die Deckungslücke der falschen Anwendung ausländischen Rechts. Der Notar hat die oben erörterte Möglichkeit des § 17 Abs. 3 S. 2 BeurkG, dieses Risiko auszuschließen, so daß es nicht in die Pflichtversicherung einbezogen worden ist⁸³. Möchte der Notar über ausländisches Recht belehren und gegen daraus erwachsende Risiken versichert sein, so kann er einen Zusatzvertrag „Zusatzdeckung für Nebentätigkeiten und für das Auslandsrisiko“ abschließen⁸⁴.

E.

Zusammenfassung

1. Auch Ausländer und Staatenlose haben das Recht auf freien Zugang zum Notar.
2. Die Prüfungspflicht des Notars aus § 17 Abs. 3 BeurkG setzt ein, wenn objektiv Anlaß besteht, an die Möglichkeit einer Auslandsberührung zu denken. Ist eine Auslandsberührung erkennbar, muß der Notar auf konkrete Angaben der Beteiligten zu den maßgebenden Tatsachen hinwirken.
3. Die Deutschland bindenden Staatsverträge, die allgemeinen Regeln des Völkerrechts und das Recht der EG muß der Notar beherrschen. Das deutsche IPR muß der Notar ebenfalls kennen, nicht jedoch ausländische Kollisionsnormen und damit nicht Rück- und Weiterverweisungen durch fremde Rechtsordnungen.
4. Nach § 17 Abs. 3 BeurkG hat der Notar darüber zu belehren, daß fremdes, ihm unbekanntes Recht zur Anwendung kommen und dieses Recht zur Unwirksamkeit des zu beurkundenden Geschäfts führen oder anderweitig seine rechtliche Tragweite beeinflussen kann. Schon zur Beweissicherung sollte er einen Vermerk über die Belehrung in die Niederschrift aufnehmen.
5. Der Notar kann seine Haftung in Fällen mit Auslandsberührung nicht ausschließen. Die Pflichtversicherung deckt das Risiko ab, daß der Notar die Möglichkeit der Anwendung ausländischen Rechts verkennt.

73 Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 497; Beck'sches Notarhandbuch/Bernhard, 1992, 778, Rd.-Nr. 126.

74 Vgl. zum Folgenden Mittermaier (Fn. 67), 257; Brehm, DÖV 1974, 415, 416 f.

75 Es ist nicht ersichtlich, was die Vertrauensbeziehung zwischen Notar und Klient an dieser Beurteilung ändern könnte; a.A. ohne nähere Begründung Rossak, VersR 1985, 1121, 1124.

76 Vgl. dazu und zum Folgenden Rossak, VersR 1985, 1121, 1124.

77 Hierzu und zum Folgenden Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 288, und Haug, Treuhandtätigkeit nach § 23 BNotO, Risiken-Haftpflichturteile – Grundsätze (I. Teil), DNotZ 1982, 475, 477.

78 Vgl. besonders klar BGH DNotZ 1960, 157; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 39.

79 So pointiert und richtig Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 497, gegen die gefährlichen Ratschläge von Riedel/Feil (Fn. 28), 258 ff.

80 Vgl. Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 289.

81 Vgl. hierzu und zum Folgenden Stefan Zimmermann, Neue Versicherungsbedingungen für die Notarhaftpflichtversicherung, DNotZ 1983, 10, 18.

82 Außerdem genießt der Notar – zumindest im Bereich des lateinischen Notariats – wie ein staatliches Organ Immunität vor ausländischen Gerichten, vgl. Geimer (Fn. 1), Rd.-Nr. 622; Geimer, Buchbesprechung: Nagel, Internationales Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, DNotZ 1992, 756, 757.

83 Vgl. Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 303; Stefan Zimmermann, DNotZ 1983, 10, 18.

84 Reithmann/Martiny (Fn. 4), Rd.-Nr. 373; Haug (Fn. 4), Rd.-Nr. 303, Fn. 689; Stefan Zimmermann, DNotZ 1983, 16, 19.

1. Schuldrecht – Formbedürftigkeit der Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages nach Entstehung eines Anwartschaftsrechts für den Käufer (BGH, Urteil vom 30. 9. 1993 – IX ZR 211/92)

BGB §§ 313; 675

1. Zur Frage, inwieweit ein Rechtsanwalt auf den Fortbestand höchstrichterlicher Rechtsprechung vertrauen darf.
2. Zur Formbedürftigkeit eines Vertrages über die Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages, wenn der Käufer durch die Erklärung der Auflassung und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bereits eine Anwartschaft erworben hat.

(Zweiter Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bkl. wegen Verletzung anwaltlicher Pflichten, den Bkl. zu 1) hilfsweise wegen Verletzung von Amtspflichten als Notar auf Schadensersatz in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 29. 11. 1979 verkaufte die Kl. ein ihr gehörendes Grundstück an die Ärztezentrum Neu W. GmbH (fortan: Käuferin) zu einem Kaufpreis von 76.000,- DM. Zugleich erklärten die Vertragsparteien die Auflassung. Eine entsprechende Vormerkung für die Käuferin wurde im Grundbuch eingetragen. Die Käuferin hinterlegte bei dem beurkundenden Notar auf den Kaufpreis 46.000,- DM. Zur Hinterlegung des restlichen Kaufpreises wurde sie durch Urteil des OLG Düsseldorf vom 20. 5. 1981 rechtskräftig verurteilt. Die Zwangsvollstreckung gegen die Käuferin blieb erfolglos. In der Folgezeit beauftragte die Kl. die Bkl. mit der Wahrnehmung ihrer Interessen. Am 9. 2. 1982 kam es zwischen den Vertragsparteien im Beisein des Bkl. zu 2), der den Text entworfen hatte, zu einer privatschriftlichen Vereinbarung. Diese lautet auszugsweise wie folgt:

„1. Herr U. B. ... ist (von seiten der Käuferin) ... autorisiert, sämtliche Rechtsgeschäfte abzuschließen im Zusammenhang mit der Abwicklung bzw. Rückabwicklung des notariellen Kaufvertrages vom 29. November 1979 ...

2. Die ... (Käuferin) erteilt die Löschungsbewilligung bzgl. der im Grundbuch von ... eingetragenen Auflassungsvormerkung.

3. Die ... (Kl.) erklärt die Freigabe der beim Notar ... hinterlegten Teilkaufpreissumme einschließlich angefallener Zinsen mit der Maßgabe, daß ein Betrag von 21.500,- DM ... an ... (Käuferin) ausgezahlt wird.

Der verbleibende Restbetrag wird an die ... (Kl.) ausgezahlt.

4. Mit Erfüllung dieses Vergleiches sind sämtliche wechselseitigen Ansprüche der Parteien ausgeglichen.“

Am selben Tag bewilligte B. für die Käuferin in getrennter Urkunde die Löschung der Auflassungsvormerkung; seine Unterschrift wurde von dem Bkl. zu 1) beglaubigt. Mit Schreiben vom 23. 2. 1982, das am 25. 2. 1982 beim GBA einging, stellte dieser den Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung. Mit Schreiben vom 26. 2. 1982 wies das GBA den Bkl. zu 1) darauf hin, daß dem Löschantrag noch nicht entsprochen werden könne, weil ein beglaubigter Handelsregistrauszug neuesten Datums über die Käuferin fehle. Ebenfalls am 26. 2. 1982 erwirkte der Kaufmann W. L. einen Arrestbefehl und Pfändungsbeschuß, durch den die der Käuferin gegen die Kl. angeblich zustehende Forderung auf Übertragung des Eigentums gem. Kaufvertrag vom 29. 11. 1979 sowie das Anwartschaftsrecht der Käuferin in bezug auf den Erwerb des Eigentums an dem Grundstück gepfändet wurden. Am 6. 10. 1982 erging zugunsten des Angestellten K. I., aufgrund eines rechtskräftigen Vollstreckungsbescheids ein Pfändungs- und Überweisungsbeschuß, der dieselben Rechte der Käuferin betraf. Am 2. 4. 1982 (L.) und am 7. 3. 1983 (I.) wurde im Grundbuch eingetragen, daß „der durch Vormerkung gesicherte Auflassungsanspruch“ der Käuferin für die beiden Gläubiger gepfändet sei. Der Antrag des Bkl. zu 1) auf Löschung der Auflassungsvormerkung wurde zurückgewiesen. Im Jahre 1984 erwirkte I. weitere Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse, durch die das Anwartschaftsrecht der Käuferin auf Erwerb des Eigentums an dem verkauften Grundstück gepfändet und zur Einziehung überwiesen wurde. Daraufhin wurde die Käuferin am 18. 12. 1984 als Eigentümerin des gekauften Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Ferner wurden zugunsten von L. eine Höchstbetragshypothek und zugunsten von I. zwei Sicherungshypotheken eingetragen. I. betrieb die Zwangsversteigerung des Grundstücks. Ihm wurde im Februar 1986 der

Zuschlag erteilt; am 3. 4. 1987 wurde er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Die Kl. wirft den Bkl. vor, sie nicht darauf hingewiesen zu haben, daß die Vereinbarung vom 9. 2. 1982 wegen des zugunsten der Käuferin begründeten Anwartschaftsrechts nach nahezu unbestrittener Literaturmeinung, die durch die Entscheidung des BGH vom 30. 4. 1982 (BGHZ 83, 395 = DNotZ 1982, 619) unter Abweichung von dessen Urteil vom 26. 2. 1964 – V ZR 154/62 – WM 1964, 509, 510 bestätigt worden sei, der notariellen Beurkundung bedürftig habe. Bei einer Wirksamkeit der Vereinbarung wäre der Auflassungsanspruch und mit ihm das Anwartschaftsrecht der Käuferin entfallen, die späteren Pfändungen wären ins Leere gegangen, und die Kl. hätte das Eigentum an dem Grundstück nicht verloren. Dem Bkl. zu 1) macht die Kl. darüber hinaus zum Vorwurf, die ihm ihr gegenüber bestehenden Amtspflichten als Notar verletzt zu haben. Er habe den Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung verspätet gestellt. Bei unverzüglicher Antragstellung wäre die Vormerkung noch vor Eingang des von dem Gläubiger L. erwirkten Pfändungsbeschlusses beim GBA gelöscht worden.

Mit ihrer Klage begehrt die Kl. noch 106.874,32 DM nebst Zinsen. Die Bkl. haben eine schuldhaft Pflichtverletzung in Abrede gestellt und sich unter anderem auf Verjährung berufen. LG und OLG haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Kl. ihre Berufungsanträge weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

I. Das Berufungsgericht meint, der Bkl. zu 2) habe nicht schuldhaft gehandelt, als er objektiv pflichtwidrig die Kaufvertragsparteien veranlaßt habe, zur Vermeidung sonst anfallender Beurkundungskosten die entsprechend § 313 S. 1 BGB formbedürftige Vereinbarung vom 9. 2. 1982 über die Aufhebung des Grundstückskaufvertrages nur privatschriftlich zu treffen und allein die Löschungsbewilligung der Käuferin durch den Bkl. zu 1) notariell beglaubigen zu lassen. Maßgeblich sei damals nach wie vor die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1964 gewesen. Daß in der Literatur überwiegend die gegenteilige Auffassung vertreten worden sei, der sich der BGH später angeschlossen habe, stehe dem nicht entgegen. Vor einer Änderung der Rechtsprechung habe der Bkl. zu 2) darauf vertrauen dürfen, daß die Gerichte von der Wirksamkeit der privatschriftlichen Aufhebung des Kaufvertrages ausgehen würden. Er sei auch nicht gehalten gewesen, die Kl. auf die abweichenden Literaturmeinungen hinzuweisen.

Auch eine Haftung des Bkl. zu 1) als Notar scheide aus. Zwar habe er den Löschantrag verspätet gestellt und deshalb seine ihm der Kl. gegenüber obliegenden Amtspflichten verletzt. Es könne aber nicht festgestellt werden, daß bei einer alsbaldigen Antragstellung die Vormerkung bis zum Wirksamwerden der Pfändung des Anwartschaftsrechts der Käuferin durch den Gläubiger L. am 1. oder 2. 3. 1982 gelöscht worden wäre. Vielmehr wäre die Löschung auch bei einem rechtzeitigen Antrag nicht vor dem 2. 3. 1982 eingetragen worden und die Kl. hätte ihr Eigentum aufgrund der Pfändung später ohnehin verloren.

II. Im Ergebnis mit Recht hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen, soweit sie auf eine Verletzung des zwischen den Parteien geschlossenen Anwaltsvertrages gestützt ist.

1. Das Berufungsgericht geht im Anschluß an BGHZ 83, 395, 399 f. = DNotZ 1982, 619 davon aus, die Vereinbarung vom 9. 2. 1982 habe entsprechend § 313 BGB der notariellen Beurkundung bedürftig, weil die Vertragsparteien sich verpflichtet hätten, das für die Käuferin begründete Anwartschaftsrecht aufzuheben. Wenn dies zutrifft, könnte ungeachtet dessen, daß die angezogene Entscheidung des BGH erst nach Abschluß der Vereinbarung ergangen ist, einiges für eine schuldhaft Pflichtverletzung der Bkl. sprechen.

Ein Rechtsanwalt ist aufgrund des Anwaltsvertrages verpflichtet, die Interessen seines Auftraggebers in den Grenzen seines erteilten Mandats nach jeder Richtung umfassend wahrzunehmen. Er muß sein Verhalten so einrichten, daß er Schädigungen

gen seines Auftraggebers, mag deren Möglichkeit auch nur von einem Rechtskundigen vorausgesehen werden können, tunlichst vermieden. Sind mehrere Wege möglich, um einen erstrebten Erfolg zu erreichen, hat er denjenigen zu wählen, auf dem dieser am sichersten erreichbar ist. Will er einen weniger sicheren Weg wählen, muß er zumindest seinen Auftraggeber zuvor über die insoweit bestehenden Gefahren belehren und sein weiteres Verhalten von dessen Entscheidung abhängig machen. Welche konkreten Pflichten aus diesen allgemeinen Grundsätzen abzuleiten sind, richtet sich nach dem erteilten Mandat und den Umständen des Falles (vgl. BGH WM 1986, 199, 202; 1988, 382, 385; 1990, 1917, 1918 f.; 1992, 742, 743; 1993, 1508, 1509).

Im Streitfall wird den Bekl. der Vorwurf gemacht, im Anschluß an die Entscheidung des BGH vom 26. 2. 1964 (WM 1964, 509, 510) ohne Berücksichtigung der an ihr geübten Kritik und der zwischenzeitlichen Rechtsentwicklung angenommen zu haben, ein notariell beurkundeter Grundstückskaufvertrag könne vor seinem Vollzug im Grundbuch auch dann ohne Wahrung dieser Form wieder aufgehoben werden, wenn zugunsten des Käufers ein Anwartschaftsrecht begründet worden sei. Der Bekl. zu 2) hätte nicht ohne weiteres auf den Fortbestand der Rechtsprechung vertrauen dürfen, sondern hätte die Kl., zumindest auf die entgegenstehenden Stimmen in der Literatur hinweisen und ihr im Hinblick auf die bestehende Rechtsunsicherheit die notarielle Beurkundung empfehlen müssen. Dies gelte um so mehr, als ihm die Zahlungsunfähigkeit der Käuferin bekannt gewesen sei und er mit einem Zugriff von Gläubigern auf die Rechte aus dem Kaufvertrag hätte rechnen müssen.

Wegen der richtungsweisenden Bedeutung, die höchstrichterlichen Entscheidungen für die Rechtswirklichkeit zukommt, hat sich ein Rechtsanwalt bei der Wahrnehmung eines Mandats grundsätzlich an dieser Rechtsprechung auszurichten (vgl. BGH NJW 1983, 1665; WM 1993, 420, 423). Er darf i.d.R. auf ihren Fortbestand vertrauen (vgl. E. Schneider, MDR 1972, 745, 747). Das gilt insbesondere in den Fällen einer gefestigten höchstrichterlichen Rspr., weil von einer solchen nur in besonderen Ausnahmefällen abgegangen zu werden pflegt (vgl. BGHZ 85, 64, 66; 87, 150, 155 f. = DNotZ 1983, 618; Borgmann/Haug, Anwaltschaft, 2. Aufl., 96; Vollkommer, Anwaltschaftsrecht, Rd.-Nr. 153, 180 mit Fn. 277). Das gleiche wird für neuere Entscheidungen zutreffen, in denen die jeweilige Problematik behandelt und in einem bestimmten Sinn entschieden worden ist. Auch entgegenstehende Judikatur von Instanzgerichten und abweichende Stimmen im Schrifttum verpflichten den Rechtsanwalt dann regelmäßig nicht, bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben die abweichende Meinung zu berücksichtigen. Die Entscheidung des VII. Zivilsenats in BGHZ 60, 98, 101, die eine andere Auffassung nahelegen könnte, betrifft das Verjährungsrecht und ist für das anwaltliche Haftungsrecht nicht unmittelbar einschlägig.

Gleichwohl gibt es Grenzen anwaltlichen Vertrauens auf den Fortbestand einer höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der Anwalt darf sich auf ihre Fortdauer nicht blind verlassen. So hat er die Auswirkungen neuer Gesetze auf eine zu dem alten Rechtszustand ergangene Judikatur zu erwägen. Auch hat er Hinweise eines obersten Gerichts auf die Möglichkeit einer künftigen Änderung seiner Rechtsprechung zu berücksichtigen. Ferner hat er nach Möglichkeit neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, namentlich das Entstehen neuer Rechtsfiguren zu verfolgen und im Rahmen des ihm Zumutbaren deren mögliche Auswirkungen auf eine ältere Rechtsprechung im Bereich der jeweiligen Problemfelder zu bedenken. Dies kann unter bestimmten Umständen dazu führen, daß der Anwalt dann, wenn es auf einem Rechtsgebiet mit dogmatischem Wandel zu einer bestimmten Frage an neueren höchstrichterlichen Entscheidungen fehlt, die dem gewandelten Verständnis Rechnung tragen konnten, nicht mehr ohne weiteres auf den Fortbestand einer alten Rechtsprechung vertrauen darf, sondern wegen seiner Pflicht zur Wahl des relativ sichersten Weges gehalten ist, eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Rechnung zu stellen. Allgemeine

Regeln lassen sich insoweit kaum finden. Entscheidend sind stets die besonderen Umstände des Einzelfalles. Grundsätzlich wird darauf abzustellen sein, mit welchem Grad an Deutlichkeit (Evidenz) eine neue Rechtsentwicklung in eine bestimmte Richtung weist und eine neue Antwort auf eine bisher anders entschiedene Frage nahelegt. Ferner wird ins Gewicht fallen, mit welchem Aufwand – auch an Kosten – der neuen Rechtsentwicklung im Interesse des Mandanten Rechnung getragen werden kann. Insbesondere wird zu bedenken sein, ob der Anwalt bei einer Berücksichtigung der neuen Rechtsentwicklung sich für den Fall, daß die bisherige Rechtsprechung nicht geändert wird, dem Vorwurf aussetzen kann, diese Rechtsprechung nicht beachtet und deshalb einen Schaden seines Mandanten verursacht zu haben (vgl. Reh binder, FS Stimpel, 47, 55 ff.). Regelmäßig wird es sich um besonders zu begründende, eng umgrenzte Ausnahmefälle handeln, in denen es als schuldhaftes Pflichtverletzung des Anwalts zu werten ist, daß er seiner Beratung die Möglichkeit einer Änderung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zugrunde gelegt hat.

Im Streitfall könnte von Bedeutung sein, daß in dem gängigen Kommentar von Palandt, dessen 23. Aufl. der BGH in der Entscheidung vom 26. 2. 1964 (WM 1964, 509, 510) als (einzigen) Beleg für seine Rechtsmeinung aufgeführt hatte, seit der 39. Aufl. (Erscheinungsjahr 1980, § 313 BGB, Anm. 9) unter Hinweis auf die 1979 erschienene 1. Aufl. des MünchKomm und die in demselben Jahr erschienene 12. Aufl. des Kommentars von Staudinger unter ausdrücklicher Abweichung von der Entscheidung des BGH WM 1964, 509 die Auffassung vertreten worden ist, daß die Aufhebung eines notariell beurkundeten Kaufvertrages nach Auflassung ebenfalls formbedürftig sei, weil sie das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers wieder aufhebe. Nach MünchKomm/Kanzleiter, 1. Aufl., § 313 BGB, Rd.-Nr. 16, 49 und Staudinger/Wufka, 12. Aufl., § 313 BGB, Rd.-Nr. 19, 66, bedarf die Aufhebung des Kaufvertrages der notariellen Beurkundung, wenn für den Käufer bereits ein Anwartschaftsrecht begründet wurde. Bei einer Lektüre des Urteils in WM 1964, 509 hätte der Bekl. zu 2) feststellen können, daß hier die Möglichkeit einer Differenzierung zwischen der Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages vor und nach Begründung eines Anwartschaftsrechts nicht einmal angedeutet wird. Ferner könnte ins Gewicht fallen, daß die grundlegenden Entscheidungen des BGH vom 25. 2. 1966 (BGHZ 45, 186) und vom 18. 12. 1967 (BGHZ 49, 197) zum Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers noch nicht ergangen waren. Aus BGHZ 49, 197, 202 ließ sich entnehmen, daß der BGH für die Übertragung des Anwartschaftsrechts die (gem. § 925 BGB der notariellen Beurkundung bedürftige) Auflassung verlangt. Gewichtige Stimmen der Literatur vertraten schon vor 1982 die Auffassung, daß auch die Verpflichtung zur Übertragung des Anwartschaftsrechts gem. § 313 BGB beurkundungspflichtig sei (MünchKomm/Kanzleiter, § 313 BGB, Rd.-Nr. 16 m.w.N.; Palandt/Heinrichs, ab 39. Aufl., § 313 BGB Anm. 2 g; Staudinger/Wufka, § 313 BGB, Rd.-Nr. 19). Daß ein Anwartschaftsrecht nicht nur durch Auflassung und Stellung des Umschreibungsantrags beim GBA durch den Erwerber (BGHZ 49, 197, 201) begründet werden konnte, sondern auch durch Auflassung und Eintragung einer Auflassungsvormerkung, entsprach einer weithin vertretenen, wenngleich nicht unumstrittenen und höchstrichterlich noch nicht bestätigten Auffassung (OLG Hamm NJW 1975, 879, 880 = DNotZ 1975, 488; OLG Düsseldorf Rpfleger 1981, 199, 200 mit krit. Anm. Eickmann = DNotZ 1981, 130; Palandt/Bassenge, ab 39. Aufl., § 925 BGB, Anm. 6 B bb; RGRK/Augustin, 12. Aufl. [1976], §§ 925, 925a BGB, Rd.-Nr. 84; MünchKomm/Kanzleiter, 1. Aufl. [1981], § 925 BGB, Rd.-Nr. 34; vgl. auch bereits BGHZ 45, 186, 190).

Bei diesem relativ leicht erkennbaren Stand der Rechtsentwicklung könnte einiges dafür sprechen, daß der Bekl. zu 2) im Februar 1982 in Rechnung stellen mußte, der BGH werde – wie dies tatsächlich kurz darauf im Urteil vom 30. 4. 1982 (BGHZ 83, 395 = DNotZ 1982, 619) geschah – bei nächster Gelegenheit von der 18 Jahre zuvor ergangenen und – soweit ersichtlich – von ihm nie bekräftigten Entscheidung WM 1964, 509

derart abrücken, daß er die Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages im Fall eines zugunsten des Käufers begründeten Anwartschaftsrechts der Form des § 313 BGB unterwarf und ein Anwartschaftsrecht auch annahm, wenn nach erklärter Auflassung eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen wurde. Für diesen Fall dürfte die Annahme nicht fernliegen, daß der Bekl. zu 2) wegen seiner Verpflichtung zur Wahl des den Umständen nach sichersten Weges gehalten war, der Kl. eine notarielle Beurkundung der Vereinbarung vom 9. 2. 1982 zu empfehlen. Eine solche Beurkundung wäre hier mit verhältnismäßig geringen Kosten und ohne sonstigen größeren Aufwand möglich gewesen, und die Gefahr, daß der Kl. infolge einer Abweichung von der Entscheidung von 1964 ein Schaden entstehen könnte, bestand nicht.

Gegen eine schuldhaftes Pflichtverletzung des Bekl. zu 2) ließe sich insbesondere anführen, daß nicht endgültig geklärt war, ob durch Auflassung und Eintragung einer Auflassungsvormerkung ein Anwartschaftsrecht entsteht, und daß mit einigem Recht die Auffassung vertreten werden konnte, die Verpflichtung zur Aufhebung eines Anwartschaftsrechts sei derjenigen zu seiner Übertragung nicht gleichzusetzen und deshalb – anders als diese – einer notariellen Beurkundung nicht bedürftig (vgl. etwa Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 2281, 2286 ff.).

2. Letztlich bedarf die Frage, ob der Bekl. zu 2) gleichwohl eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Formbedürftigkeit einer Vereinbarung über die Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages bei einem Anwartschaftsrecht des Käufers bedenken mußte, keiner abschließenden Beantwortung. Auch wenn man dies bejahen wollte, fällt dem Bekl. zu 2) im Streitfall eine schuldhaftes Verletzung seiner Anwaltpflichten nicht zur Last. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist nämlich davon auszugehen, daß die Vereinbarung vom 9. 2. 1982 auch bei Zugrundelegung der mit der Entscheidung BGHZ 83, 395 eingeleiteten höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. auch BGH NJW-RR 1988, 265; BGHZ 103, 175, 179 = DNotZ 1988, 560) nach der seinerzeit einhellig und noch heute ganz überwiegend vertretenen Meinung der notariellen Beurkundung nicht bedurfte.

Dem Text der vom Berufungsgericht nicht näher ausgelegten Vereinbarung ist mit hinreichender Klarheit zu entnehmen, daß mit ihr nicht nur der schuldrechtliche Kaufvertrag über das Grundstück, sondern sämtliche in der notariellen Urkunde enthaltenen Erklärungen der Vertragsparteien mit Einschluß der Auflassung aufgehoben werden sollten. In Nr. 1 der Vereinbarung ist von sämtlichen Rechtsgeschäften im Zusammenhang mit der Rückabwicklung des notariellen Kaufvertrages die Rede. In Nr. 2 wird die Löschung der Auflassungsvormerkung bewilligt, in Nr. 3 die Freigabe der hinterlegten Teilkaufpreissumme erklärt, die der Käuferin zustehen sollte. Schließlich wird in Nr. 4 bekräftigt, daß mit der Erfüllung dieses Vergleiches sämtliche wechselseitigen Ansprüche der Parteien ausgeglichen seien. Aus alledem ist zu schließen, daß die Vertragsparteien mit der Vereinbarung vom 9. 2. 1982 ihre durch den Kaufvertrag begründeten Rechtsbeziehungen soweit wie rechtlich irgend möglich rückgängig machen wollten. Es bestand kein ersichtlicher Grund, die Auflassung von dieser Rückgängigmachung auszunehmen. Dies gilt um so mehr, als der Kl., die vergeblich versucht hatte, aus dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 20. 5. 1981 zu vollstrecken, sowohl ein vertragliches als auch ein gesetzliches Recht zum Rücktritt von dem Kaufvertrag zustand, mit dessen Ausübung der der Auflassungsvormerkung zugrundeliegende vertragliche Anspruch und damit zugleich das (insoweit akzessorische) Anwartschaftsrecht der Käuferin vernichtet worden wäre (vgl. Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 2281, 2285).

Die Aufhebung der Auflassung ist vor Umschreibung des Eigentums im Grundbuch grundsätzlich formlos möglich (vgl. KG HRR 1930 Nr. 42; BayObLGZ 1954, 141, 147; 1972, 397, 401 = DNotZ 1973, 298; Flume, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., § 15 I 3 = S. 248; Staudinger/Ertl, 12. Aufl., § 925 BGB, Rd.-Nr. 89). Dabei wurde und wird von der h. A., deren Berechtigung hier

dahingestellt bleiben kann, nicht unterschieden, ob ein Anwartschaftsrecht besteht oder nicht (vgl. Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 2281, 2286; Tiedtke, DB 1991, 2273, 2274; Hager, JuS 1991, 1, 4; Erman/Hagen, 9. Aufl., § 925 BGB, Rd.-Nr. 36; MünchKommKanzleiter, 2. Aufl., § 925 BGB, Rd.-Nr. 30; Palandt/Bassenge, 52. Aufl., § 925 BGB, Rd.-Nr. 23; a.A. in neuerer Zeit Lehmann, DNotZ 1987, 142, 147 ff.). Danach durfte der Bekl. zu 2) davon ausgehen, daß die in der notariellen Urkunde von 1979 erklärte Auflassung formlos aufgehoben werden konnte. Er durfte ferner annehmen, daß bei gleichzeitiger Aufhebung von Kaufvertrag und Auflassung auch die Aufhebung des Kaufvertrages ohne Wahrung der notariellen Form wirksam sei. Der Grund dafür, daß die Verpflichtung zur Aufhebung eines Anwartschaftsrechts der notariellen Beurkundung bedarf, liegt darin, daß der Inhaber des Anwartschaftsrechts damit gezwungen wird, eine gesicherte Rechtsposition in bezug auf das Grundstück zugunsten des Verkäufers wieder aufzugeben (BGHZ 83, 395, 400 = DNotZ 1992, 619). Gibt der Anwartschaftsberechtigte sein Anwartschaftsrecht aber auf, indem er mit dem Verkäufer vor Abschluß eines Aufhebungsvertrages oder zugleich mit ihm die Aufhebung der Auflassung vereinbart, wird ein derartiger Zwang nicht begründet, so daß es des mit der notariellen Beurkundung bezweckten Schutzes vor Übereilung nicht bedarf (vgl. Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 2281, 2286; Tiedtke, DB 1991, 2273, 2274 Fallgruppen 1 und 2; Pohlmann, DNotZ 1993, 355, 358 f.).

Dem Bekl. zu 2) ist mithin in keinem Fall als schuldhaftes Pflichtverletzung anzulasten, daß er nicht für eine notarielle Beurkundung der Vereinbarung vom 9. 2. 1982 Sorge getragen hat.

3. Den Bekl. könnte allenfalls vorgeworfen werden, nach der Pfändung der angeblichen Rechte der Käuferin nicht alle ihnen zumutbaren verfahrensrechtlichen Möglichkeiten genutzt zu haben, um den Eigentumsverlust der Kl. zu vermeiden. Diese Frage kann indessen auf sich beruhen; ein solcher Vorwurf ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits (wird ausgeführt).

2. Schuldrecht – Umfang der Mitteilungspflichten des Vorkaufsrechtsverpflichteten

(BGH, Urteil vom 29. 10. 1993 – V ZR 136/92 – mitgeteilt von Notar Dr. Siegm. Rothstein, Düsseldorf-Benrath)

BGB § 510 Abs. 1 S. 1

Der Vorkaufsrechtsverpflichtete genügt auch im Fall des Verkaufs einer Grundstücksteilfläche (eines größeren, mit dem Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks) seiner Mitteilungspflicht dadurch, daß er dem Vorkaufsberechtigten die notarielle Urkunde über den wirksam schuldrechtlichen Vertrag vorlegen läßt. Die Mitteilung der zum dinglichen Vollzug notwendigen Teilungsgenehmigungen (§ 19 BauGB, § 8 NWBauO) ist nicht erforderlich, um die Ausübungsfrist in Lauf zu setzen.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. ist Käuferin eines Grundstücks, das mit einem dinglichen Vorkaufsrecht zugunsten der Bekl. belastet ist. Dieses Vorkaufsrecht erstreckte sich auf ein größeres Gesamtgrundstück (Flur 2 Nr. 82), seine Ausübungsfrist betrug sechs Monate. Dessen Eigentümer ließen am 14. 6. 1989 ein notarielles Angebot zum Abschluß eines Kaufvertrages beurkunden. Danach sollte das Grundstück in mehrere näher beschriebene Teilflächen aufgeteilt werden, darunter auch die Parzelle, um die es im vorliegenden Rechtsstreit geht (Flur 2, Flurstück Nr. 517). Im Angebot heißt es dazu im Abschnitt „Dienstbarkeiten, Baulasten“:

„Sollte die Gemeinde zur Erschließung oder Bebauung der Kaufgrundstücke die Eintragung von Baulasten verlangen, so verpflichten sich die Beteiligten, alle hierfür erforderlichen Erklärungen abzugeben.“

Das Angebot richtete sich an Interessenten, die von dem Mitarbeiter einer Bank noch benannt werden sollten. Dieser bezeichnete in notarieller Verhandlung vom 7. 7. 1989 die Kl. als Angebotsempfängerin unter anderem hinsichtlich der hier interessierenden Teilfläche; sie nahm das Kaufangebot gleichzeitig an.

Mit Schreiben vom 21. 7. 1989, den Bekl. zugegangen am 25. 7. 1989, informierte der Notar auftragsgemäß über den Vertragsschluß und übersandte die notariellen Urkunden vom 14. 6. 1989 und vom 7. 7. 1989 sowie der Kopie einer Teilungsgenehmigung nach § 19 BauGB. Mit Schreiben vom 1. 3. 1990 übersandte er den Bekl. die Teilungsgenehmigung nach § 8 NWBauO. Diese Teilungsgenehmigung vom 18. 1. 1990 enthält den Zusatz, Bestandteil der Genehmigung sei die von den Grundstückseigentümern abgegebene öffentlich-rechtliche Verpflichtungserklärung. Diese war dem Schreiben vom 1. 3. 1990 nicht beigelegt, sie wurde von der Kl. erst im Laufe des Berufungsverfahrens vorgelegt. Danach haben die Grundstückseigentümer „die auch gegenüber unseren Rechtsnachfolgern wirksame öffentlich-rechtliche Verpflichtung i.S.v. § 78 NWBauO“ übernommen „anzuerkennen, daß die zukünftig selbständigen Trennpärzellen aus dem Flurstück 82 weiterhin eine baurechtliche Einheit bilden, solange die auf dieser Parzelle geplante Bebauung existiert“. Die Kl. wurde am 25. 1. 1991 als Eigentümerin der streitigen Parzelle ins Grundbuch eingetragen, nachdem dieses Grundstück am 20. 4. 1990 zusammen mit den übrigen Parzellen auf ein neues Grundbuchblatt übertragen worden war.

Der allein gegen den Bekl. zu 1) gerichtete Feststellungsantrag, er und seine Ehefrau könnten ihr Vorkaufsrecht nicht mehr ausüben, ist vom LG abgewiesen worden.

Mit Schreiben vom 9. 8. 1991 (nach dem klageabweisenden Urteil erster Instanz) an die Verkäufer haben die Bekl. die Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt.

Mit der in zweiter Instanz auf die Bekl. zu 2) erweiterten Klage hat die Kl. zuletzt die Feststellung beantragt, daß die Bekl. das Vorkaufsrecht hinsichtlich des von ihr erworbenen Grundstücks nicht wirksam ausgeübt haben und auch nicht mehr ausüben können.

Das OLG hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Kl., deren Zurückweisung die Bekl. beantragen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet, der Feststellungsklage ist in vollem Umfang stattzugeben.

I. Die Revision ist auch in Richtung gegen die Bekl. zu 2) zulässig (wird ausgeführt).

II. Das Berufungsgericht meint, die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts habe erst mit der in der Berufungsinstanz erfolgten Mitteilung über die Verpflichtungserklärung des Eigentümers (15. 11. 1991) begonnen. Zwar sei nach § 510 BGB nur der Inhalt des abgeschlossenen Kaufvertrages mitzuteilen. Der Vorkaufsberechtigte solle aber über alle Umstände in Kenntnis gesetzt werden, die für seine Entscheidung über die Ausübung von Bedeutung sind. Nach diesem Zweck der Vorschrift bestimme sich der Umfang der Mitteilung. Insbesondere verlange die Rechtsprechung die Mitteilung der Genehmigung, von der die Wirksamkeit des Vertrages abhängt. Entsprechendes müsse für Genehmigungen gelten, die die Durchführung des Vertrages betreffen, damit der Vorkaufsberechtigte sicher sein könne, daß der Vertragsvollzug nicht an der Versagung der Teilungsgenehmigung scheitere. Im vorliegenden Fall komme hinzu, daß die Möglichkeiten zur Nutzung der veräußerten Parzelle erst nach Erteilung der Teilungsgenehmigung und der damit zusammenhängenden Verpflichtungserklärung zur Baulast beurteilt werden könnten.

Den Bekl. sei auch nicht verwehrt, sich nun auf die Unvollständigkeit der Mitteilung zu berufen, denn sie träge keine Mitwirkungspflicht, vielmehr müsse der Vorkaufsverpflichtete alle erforderlichen Mitteilungen machen. In zahlreichen Schreiben hätten die Bekl. auch ausgedrückt, daß sie eine umfassende Information über alle Vorgänge wünschten. Aus dem Umstand, daß sie nach Übersendung der Teilungsgenehmigung vom 18. 1. 1990 nicht ausdrücklich das Fehlen der Verpflichtungserklärung rügten, könne nicht der Schluß gezogen werden, sie betrachteten nunmehr die Informationen als ausreichend.

III. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des abgeschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen (§ 510 Abs. 1 S. 1 BGB). Diese Mitteilung setzt die Ausübungsfrist in Lauf (§ 510 Abs. 2 BGB), wobei auch die Mitteilung durch den Dritten genügt (§ 510 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Bekl. haben un-

streitig den notariellen Vertrag im Auftrag der Bet. am 25. 6. 1989 erhalten. Da der Vorkaufsberechtigte den richtigen und vollständigen Inhalt des Vertrages für seine Entscheidung kennen muß, sind ihm allerdings auch spätere Änderungen des schuldrechtlichen Vertrages mitzuteilen. Vorher beginnt die Ausschußfrist nicht zu laufen (vgl. BGH NJW 1973, 1365 m.w.N. = MittRhNotK 1973, 624). Die Verpflichtungserklärung der Eigentümer zur Baulast richtet sich aber an die Baubehörde und ist keine Vertragsänderung, sondern nur die Vollziehung dessen, was im Kaufvertrag bereits vorgesehen war. Mit Recht geht deshalb auch das Berufungsgericht nicht von einer Vertragsänderung aus.

2. Unrichtig ist aber die Auffassung des Berufungsgerichts, der Verpflichtete müsse, um die Ausübungsfrist in Lauf zu setzen, auch den Inhalt der Teilungsgenehmigungen mitteilen. Zweifelsfrei war hier nicht der schuldrechtliche Kaufvertrag, sondern nach § 19 BauGB und § 8 NWBauO lediglich dessen dinglicher Vollzug, nämlich die Teilung des Grundstücks (vgl. § 19 Abs. 2 BauGB) genehmigungspflichtig (vgl. BGHZ 37, 233, 239 = DNotZ 1963, 226; Gädtke/Böckenförde/Temme, 7. Aufl., § 8 NWBauO, Rd.-Nr. 3; Rößler, 3. Aufl., § 8 NWBauO). Entgegen der Ansicht von Mayer-Maly (Staudinger, 12. Aufl., § 510 BGB, Rd.-Nr. 5) ist die Teilungsgenehmigung keine Wirksamkeitsvoraussetzung des schuldrechtlichen Geschäfts (vgl. auch BVerwG BauR 1975, 407). Soweit das Berufungsgericht diesen Sachverhalt mit den Fällen vergleicht, in denen die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages von einer Genehmigung abhängt (vgl. z. B. BGHZ 14, 1, 5 = DNotZ 1954, 532; BGHZ 23, 342, 348 = DNotZ 1957, 307; BGH WM 1966, 891), vernachlässigt es einen entscheidenden Gesichtspunkt. Bedarf der schuldrechtliche Vertrag einer Genehmigung, so ist bis zu ihrer Erteilung ein Vorkaufsfall nicht eingetreten, weil der für die Ausübung eines Vorkaufsrechts notwendige wirksame Kaufvertrag mit einem Dritten fehlt (§ 504 BGB). Es ist deshalb ohne weiteres einleuchtend, daß in diesen Fällen auch die Ausübungsfrist nicht in Lauf gesetzt werden kann, solange der Vertrag nicht genehmigt und diese Tatsache dem Vorkaufsberechtigten auch mitgeteilt worden ist. Nur in diesem Zusammenhang stehen auch die Ausführungen im Senatsurteil vom 3. 6. 1966 (WM 1966, 891, 893), die nicht isoliert gesehen werden können, sondern allein auf die Tatsache eines wirksamen Kaufabschlusses bezogen sind. Danach bestimmt der Zweck des § 510 BGB, dem Vorkaufsberechtigten die Entscheidung über die Ausübung seines Rechts zu ermöglichen, auch den Umfang der Mitteilung. Weil die Ausübung des Rechts erhebliche Mühe und Kosten verursachen könne, müsse er auch darüber informiert sein, ob überhaupt ein wirksamer Kaufvertrag vorliege. Diese Auslegung von § 510 BGB fügt sich nahtlos in die übrigen Vorkaufsvorschriften, insbesondere § 504 BGB ein.

Anders liegen die Dinge hier aber für den Fall, in dem lediglich der dingliche Vollzug des Vertrags genehmigungspflichtig ist. Der Gesetzeswortlaut sieht eine Mitteilung über die Teilungsgenehmigung nicht vor. Sie läßt sich auch aus dem Normzweck nicht entnehmen, weil damit der Vorkaufsberechtigte in ungerechtfertigter Weise besser gestellt sein würde als der ursprüngliche Käufer. Zu Unrecht verweist das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang darauf, daß auch bei einem genehmigungsabhängigen schuldrechtlichen Geschäft dem Vorkaufsberechtigten mehr Informationen vorliegen müßten als dem Käufer. Dieser Vergleich trägt deshalb nicht, weil dem Vorkaufsberechtigten nicht angesonnen werden kann, eine Ausübungserklärung abzugeben, bevor er nicht weiß, daß ein wirksamer Vertrag geschlossen worden ist (§ 504 BGB). Es fehlt aber jeder Grund dafür, warum er nicht wie der Dritte das Risiko dafür tragen soll, daß der Vollzug des schuldrechtlichen Kaufvertrages wegen Verweigerung der erforderlichen Teilungsgenehmigungen scheitert, d. h. die Erfüllung *nachträglich* unmöglich wird (vgl. dazu BGH NJW 1969, 837 = DNotZ 1969, 476). Daß sich der Vorkaufsberechtigte innerhalb kurzer Frist entscheiden muß und keinerlei Einfluß auf die Vertragsgestaltung nehmen kann, ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, kein Grund, den Fristbeginn solange hinauszuschieben, bis feststeht, ob der Vertrag auch durchgeführt werden kann. Aus-

übungsfrist und mangelnder Einfluß des Vorkaufsberechtigten auf den Vertragsinhalt sind dem Wesen des Vorkaufsrechts immanent, sie können eine Ausdehnung der Mitteilungspflicht entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht rechtfertigen (so auch Heinrich, DNotZ 1992, 771, 775; Strutz, DNotZ 1970, 280, 283).

Entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts haben weder das RG (RGZ 106, 320, 326) noch der Senat (BGH WM 1966, 891; DB 1967, 1936) je entschieden, der Vorkaufsberechtigte müsse „über alle Umstände in Kenntnis gesetzt werden, die für seine Entscheidung zur Ausübung des Vorkaufsrechts von Bedeutung sind“. Die genannten Entscheidungen betrafen lediglich die Mitteilung von Umständen, von denen die Wirksamkeit des Kaufvertrages abhing.

Mit Recht wird in vorliegendem Zusammenhang auch darauf verwiesen, daß die Ausdehnung der Mitteilungspflicht über den Wortlaut des § 510 Abs. 1 BGB hinaus einschneidende Auswirkungen auf die Sicherheit der Fristberechnung und insbesondere die Praxis des Grundstückskaufs hätte. Im Falle eines Vorkaufsrechts wird die Vertragsgestaltung (z. B. hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises, wie auch im vorliegenden Fall) in aller Regel dem Vorkaufsrecht Rechnung tragen müssen. Die Vertragsbeteiligten des Ursprungsvertrages und nicht zuletzt die Notare müssen deshalb sicher sein, mit der Übersendung des notariellen Vertrages an den Vorkaufsberechtigten grundsätzlich das Erforderliche zum Fristbeginn (§ 510 Abs. 2 BGB) getan zu haben, um an den dann einfach zu berechnenden Fristablauf weitere Folgen zu knüpfen oder entsprechende Entscheidungen treffen zu können. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts wäre eine praktikable Fristberechnung unmöglich gemacht. Der Kreis denkbarer Informationsbedürfnisse des Vorkaufsberechtigten würde sich über das Erfordernis einer Kenntnis von der Teilungsgenehmigung noch auf andere Umstände ausdehnen, ohne daß präzise Abgrenzungskriterien vorhanden wären. Es muß deshalb grundsätzlich dabei bleiben, daß die Ausübungsfrist mit der Mitteilung eines wirksamen, vollständigen und richtigen notariellen Kaufvertrages beginnt (RGZ 108, 66, 67; 91, 95; RGRK/Mezger, 12. Aufl., § 510 BGB, Rd.-Nr. 3; Soergel/Huber, 12. Aufl., § 510 BGB, Rd.-Nr. 3).

3. Eine andere Frage ist, ob dem Vorkaufsberechtigten – ohne daß damit eine Ausdehnung der Mitteilungspflicht nach § 510 BGB verbunden ist – das Recht zusteht, etwa im Falle von Unklarheiten über den Umfang der von ihm mit dem Kaufvertrag übernommenen Rechte und Pflichten weitere Auskünfte vom Vorkaufsverpflichteten zu verlangen (RGZ 108, 66, 67). Nur aus dieser Sicht wird auch in der Literatur die Information des Vorkaufsberechtigten über zusätzliche Umstände behandelt, die über die Mitteilung des wirksamen, vollständigen und richtigen Kaufvertrages hinausgehen (vgl. RGRK/Mezger, § 510 BGB, Rd.-Nr. 3 und 4; Erman/Grunewald, 9. Aufl., § 510 BGB, Rd.-Nr. 5; MünchKommWestermann, 2. Aufl., § 510 BGB, Rd.-Nr. 4; Soergel/Huber, 12. Aufl., § 510 BGB, Rd.-Nr. 3; Staudinger/Mayer-Maly, 12. Aufl., § 510 BGB, Rd.-Nr. 8). Das heißt aber auch, daß es dem Vorkaufsberechtigten selbst obliegt, diese Aufklärung ihm unklarer Punkte zu verlangen, nicht aber geht es an, aus diesem Grunde die klare Bestimmung zur Mitteilungspflicht des Verpflichteten auszudehnen. Ob der Vorkaufsberechtigte gehalten ist, sich Aufklärung innerhalb der Ausübungsfrist zu verschaffen, oder ob sich in Ausnahmefällen die Frist verlängert oder die Berufung auf den Fristablauf treuwidrig sein kann (RGZ 108, 66, 68), mag hier offenbleiben.

Es trifft zwar zu, daß die Verpflichtungserklärung zur Baulast die Möglichkeit zur Nutzung der veräußerten Parzelle beeinflusst. Die Wahrscheinlichkeit einer solchen Baulastbestellung ergab sich aber schon aus dem Kaufvertrag. Spätestens aus der Mitteilung über die Teilungsgenehmigung nach der Landesbauordnung am 1. 3. 1990 war zu entnehmen, daß die Genehmigung von einer bestimmten Baulastbestellung abhängig gemacht worden war. Die Bekl. hätten also durch Nachfrage oder Einsicht in das Baulastverzeichnis (§ 78 Abs. 5 NWBauO) den Inhalt der Verpflichtungserklärung ohne weiteres ermitteln kön-

nen. Selbst wenn man annehmen wollte, daß ihnen ab Erhalt der Mitteilung noch die volle Ausübungsfrist von sechs Monaten zu Gebote stand, wäre diese Frist bei Erklärung der Vorkaufsausübung am 9. 8. 1981 längst abgelaufen gewesen. Unstreitig haben die Bekl. das Vorkaufsrecht auch schon vor Erhalt der entsprechenden Verpflichtungserklärung ausgeübt. Es kann deshalb im vorliegenden Fall dahinstehen, wann die Ausübungsfrist endete.

Ohne Erfolg bleibt auch der Versuch der Revisionserwiderung, unter Hinweis auf die Regelung unter C, II, 6 des Kaufvertrages eine Kenntnis der Bekl. von der Höhe des Kaufpreises in Frage zu stellen. Die genannte Vereinbarung besagt nur, daß die Käuferin Anspruch auf ein geteiltes, vermessenes, im Kataster fortgeschriebenes und erschlossenes Grundstück hat und die dafür notwendigen Leistungen pauschal in genau bestimmter Höhe an die Firma F. vergütet. Diese Vergütung ist entgegen den Ausführungen der Bekl. Teil des Kaufpreises und nicht ein Fremdkörper im Vertrag. Die vorliegende Regelung kann mit dem Sachverhalt in BGHZ 77, 359 nicht verglichen werden. Im übrigen ändert sich, auch vom Standpunkt der Bekl. aus, nichts am Beginn und Lauf der Ausübungsfrist. Sowohl im Falle des § 508 BGB (den die Bekl. analog für anwendbar halten) wie auch in Fallgestaltungen, in dem der Vertrag einen sog. Fremdkörper enthält, muß der Vorkaufsberechtigte nach Mitteilung des Vertrages entscheiden, ob er das Vorkaufsrecht ausüben will, und dann das Risiko tragen, ob und welchen vertraglich bedungenen Leistungen er sich entziehen kann.

4. Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil sie auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts entscheidungsreif ist (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Es ist festzustellen, daß die Bekl. das Vorkaufsrecht in bezug auf den vorliegenden Kaufvertrag nicht wirksam ausgeübt haben und es auch nicht mehr ausüben können, weil sie die Ausschußfrist hierfür versäumt haben.

3. Schuldrecht – Anspruch des Darlehensnehmers auf anteilige Rückerstattung des Disagios bei vorzeitiger Beendigung des Darlehens
(BGH, Urteil vom 12. 10. 1993 – XI ZR 11/93)

BGB §§ 195; 197; 607; 812

- 1. Ist ein Disagio als laufzeitabhängiger Ausgleich für einen niedrigeren Nominalzins vereinbart, so kann der Darlehensnehmer bei vorzeitiger Beendigung des Darlehens eine anteilige Rückerstattung verlangen, auch wenn der Vertrag eine vorzeitige Kündigung vorsah und dem Darlehensgeber das Recht einräumte, den Zinssatz veränderten Marktverhältnissen anzupassen.**
- 2. Für den Anspruch auf anteilige Rückerstattung des Disagios gilt die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren.**

Zum Sachverhalt:

Die Bekl., eine Volksbank, gewährte den Kl. am 13. 3. 1981 zur Finanzierung eines Bauvorhabens ein zweitrangig abgesichertes Darlehen in Höhe von 920.000,- DM zum Auszahlungskurs von 95%. Nach Nr. 2 des Darlehensvertrages war das Darlehen „bis auf weiteres mit 9,25% jährlich zu verzinsen“; die Bank sollte berechtigt sein, „den Zinssatz zu ändern, wenn sie dies (z. B. wegen der Entwicklung am Geld- und Kapitalmarkt) für erforderlich hält“. Von der Möglichkeit, durch Ankreuzen unter Nr. 3 des Formularvertrags Nebenleistungen, wie einmalige Bearbeitungsgebühr, Vorfälligkeitsentschädigung etc., zu vereinbaren, machten die Parteien keinen Gebrauch. Nr. 4 des schriftlichen Vertrags sah eine jährliche Tilgung in Höhe von 1,5% vom ursprünglichen Darlehensbetrag vor; darüber hinaus bestand zwischen den Parteien nach ihrem übereinstimmenden erstinstanzlichen Vorbringen Einigkeit, daß das Darlehen zum 1. 2. 1999 vollständig zurückgezahlt werden sollte. Eine vorzeitige Kündigung war nach Nr. 5 der Vertragsurkunde mit einer Frist von drei Monaten zum Schluß eines jeden Kalendervierteljahres möglich.

Mitte 1986 schlossen die Parteien einen Aufhebungsvertrag, aufgrund dessen die Bekl. am 21. 7. 1986 die noch offenstehende Darlehensvaluta zurückerhielt. 1991 forderten die Kl. die anteilige Rückerstattung des 5%igen Disagios. Die Bekl. ging im anschließenden Schriftwechsel

selbst davon aus, daß die vorzeitige Ablösung zwar eine solche Erstattung in Höhe von 24.504,20 DM rechtfertigt; sie berief sich aber auf Verjährung des Anspruchs. Mit der – am 25. 2. 1992 zugestellten – Klage haben die Kl. Zahlung von 10.000,- DM als Teilbetrag des von ihnen mit 32.233,11 DM berechneten Erstattungsanspruchs verlangt. Das LG hat der Klage stattgegeben; das OLG hat sie auf die Berufung der Bekl. abgewiesen. Mit der – zugelassenen – Revision begehren die Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision der Kl. hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Berufung der Bekl. gegen ihre Verurteilung durch das LG.

I. Das Berufungsgericht hat in seinem Urteil (ZIP 1993, 587) zur Begründung der Klageabweisung ausgeführt: Es könne dahinstehen, ob die Kl. einen Anspruch auf Rückerstattung eines nicht verbrauchten Disagioanteils hätten. Seiner Durchsetzung stehe jedenfalls die von der Bekl. erhobene Verjährungseinrede entgegen. Für den Erstattungsanspruch aus § 812 BGB gelte nämlich nicht die 30jährige Frist des § 195 BGB, sondern die 4jährige des § 197 BGB. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH sei das Disagio in der Regel den laufzeitabhängigen Zinsen zuzurechnen (BGHZ 111, 287). Auf Zinserstattungsansprüche aber habe der BGH, falls die Zinsen aufgrund eines nichtigen Kreditvertrags in regelmäßigen Raten zu zahlen gewesen seien, § 197 BGB selbst dann angewandt, wenn die Vertragspartner später eine Schlußzahlung zur vorzeitigen Ablösung der Restschuld vereinbart hätten (WM 1990, 134). Diese Rechtsprechung müsse konsequenterweise auch bei einem Disagio mit Zinscharakter angewandt werden, weil es ebenfalls anteilig in den vereinbarten Darlehensraten zurückzahlen gewesen sei und weil es sich deshalb auch bei der Rückzahlung des anteiligen Disagios um regelmäßig wiederkehrende Teilleistungen handele.

II. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Überprüfung weder in der Begründung noch im Ergebnis stand:

1. Auf Verjährung kann die Klageabweisung nicht gestützt werden.

a) Auch wenn ein vereinbartes Disagio nach dem Willen der Vertragsparteien den laufzeitabhängigen Zinsen zuzuordnen ist, reicht das allein nicht aus, um den bei vorzeitiger Vertragsbeendigung entstehenden Anspruch des Darlehensnehmers auf anteilige Erstattung in der kurzen Frist des § 197 BGB verjähren zu lassen. Ansprüche aus § 812 BGB auf Rückzahlung rechtsgrundlos geleisteter Zinsbeträge sind keine „Ansprüche auf Rückstände von Zinsen“ i.S.d. § 197 BGB. Eine analoge Anwendung der Verjährungsvorschrift mit der undifferenzierten Begründung, das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsfrieden bestehe in beiden Fällen in gleicher Weise, ist nicht möglich. Daher hat der erkennende Senat die kurze Verjährung bei Bereicherungsansprüchen verneint, die sich ergeben, wenn für ein Annuitätendarlehen aufgrund einer nichtigen AGB-Klausel zu hohe Zinsen verlangt und gezahlt worden sind (BGHZ 112, 352). Auch der III. Zivilsenat (BGHZ 98, 174, 181; BGH WM 1990, 134) hat Ansprüche auf Rückzahlung rechtsgrundlos geleisteter Ratenkreditzinsen der kurzen Verjährung nach § 197 BGB nicht etwa deswegen unterworfen, weil sie den in der Vorschrift genannten Zinsansprüchen gleichzustellen seien; vielmehr ist nur die letzte Tatbestandsalternative „andere regelmäßig wiederkehrende Leistungen“ für anwendbar erklärt worden.

b) Diese Tatbestandsalternative ist nach der zitierten Rechtsprechung des III. Zivilsenats zum Ratenkreditvertrag dort nur deswegen zu bejahen, weil bei Nichtigkeit des zugrundeliegenden Vertrages mit jeder Ratenzahlung jeweils ein sofort fälliger Rückzahlungsanspruch des Kreditnehmers in Höhe des in der Rate enthaltenen Kreditkostenanteils entsteht; da die einzelnen Ratenzahlungen ihre gemeinsame Ursache in der Vorstellung des Kreditnehmers haben, er sei zu der regelmäßigen Leistung verpflichtet, ist auch der Bereicherungsanspruch seiner Natur nach auf Zahlungen gerichtet, die nicht einmal, sondern in re-

gelmäßiger zeitlicher Wiederkehr zu erbringen sind; in diesem Gesamtzusammenhang müssen auch später vereinbarte einzelne Sonderzahlungen des Kreditnehmers gesehen werden, nur so läßt sich eine einheitliche Anwendung des § 197 BGB bei nichtigen Ratenkreditverträgen rechtfertigen (BGH WM 1990, 134).

Anders liegt es dagegen, wenn – wie hier – ein Darlehensvertrag die Vereinbarung eines laufzeitabhängigen Disagios enthält, dann aber vorzeitig beendet wird. Die Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Disagiozahlung wird vereinbarungsgemäß bei Kreditauszahlung sofort in vollem Umfang fällig und in diesem Zeitpunkt auch sogleich im Wege der Verrechnung voll erfüllt (vgl. BGHZ 111, 287, 294; BGH WM 1989, 1011, 1013 zu II 1 e). Aufgrund der Verrechnung mit dem Disagio steht dem Darlehensgeber – trotz geringerer Auszahlung – ein Rückzahlungsanspruch in voller Höhe des Darlehensbetrages zu; spätere Teilzahlungen des Darlehensnehmers werden auf diesen Anspruch geleistet; sie enthalten – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – keine anteiligen Zahlungen mehr auf das Disagio. Der Bereicherungsanspruch des Darlehensnehmers auf Disagioerstattung in Höhe des Anteils, der auf die Zeit nach der vorgezogenen Vertragsbeendigung entfällt, entsteht nicht abschnittsweise, sondern im Zeitpunkt der vorzeitigen Kreditvertragsbeendigung in seinem vollen Umfang. Eine Anwendung des § 197 BGB findet daher in Inhalt und Rechtsnatur dieses Anspruchs keine hinreichende Grundlage; es gilt die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB.

2. Die Klageabweisung stellt sich auch nicht aus anderen, vom Berufungsgericht nicht erörterten Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Mit Recht hat vielmehr das LG den Anspruch auf anteilige Disagioerstattung in der verlangten Höhe von 10.000,- DM für begründet erachtet und den Kl. 4% Zinsen ab Rechtshängigkeit zugesprochen.

Die Bekl. selbst war im vorprozessualen Schriftwechsel davon ausgegangen, daß durch die vorzeitige Kreditvertragsaufhebung ein solcher Anspruch der Kl. in Höhe von 24.504,20 DM entstanden war; sie hatte sich lediglich auf dessen Verjährung berufen. Ihre später im Prozeß, insbesondere im Berufungsverfahren, vorgebrachten Einwendungen zum Anspruchsgrund greifen nicht durch:

a) Das Disagio ist nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 111, 287) in der Regel als laufzeitabhängiger Ausgleich für einen niedrigeren Nominalzins anzusehen und kann daher bei vorzeitiger Vertragsbeendigung vom Darlehensnehmer gem. § 812 BGB anteilig zurückverlangt werden. Davon geht auch die Bekl. in ihrer Revisionserwiderung aus; nach ihrem eigenen Sachvortrag lag der übliche Zinssatz für zweitrangig gesicherte Baudarlehen bei Vertragsabschluß weit höher als 9,25%

b) Eine Ausnahme von der Auslegungsregel zu a) ist hier nicht deswegen gerechtfertigt, weil der Darlehensvertrag der Parteien eine Kündigung mit einer Frist von drei Monaten zum Schluß eines jeden Kalendervierteljahres vorsah. Daraus ergibt sich nicht, daß der Bekl. bei einer solchen Kündigung das gesamte Disagio verbleiben sollte; gerade für den Fall, daß ein längerfristig geplantes Darlehensverhältnis vorzeitig beendet wird, gilt die Auslegungsregel zu a). Die gegenteilige Auffassung hätte der Bekl. das Recht gegeben, das am 13. 3. 1981 gewährte Darlehen bereits zum 30. 6. 1981 zu kündigen, trotzdem aber das vereinbarte Disagio von 5% ganz zu behalten; ein solches Auslegungsergebnis kann nicht überzeugen.

c) Eine zeitanteilige Rückerstattung des Disagios scheitert auch nicht daran, daß der schriftliche Vertrag die vereinbarte Laufzeit des Darlehens nicht ausdrücklich festlegt. Aus dem Verwendungszweck (Baufinanzierung), der Höhe der vereinbarten jährlichen Tilgung (1,5%) und der Zinsanpassungsklausel ergibt sich, daß es sich nicht von vornherein nur um ein kurzfristiges Darlehen handeln sollte. Darüber hinaus war im ersten Rechtszug unstreitig, daß die Parteien sich bei Vertragschluß über eine Laufzeit bis zum 1. 2. 1999 einig waren; die

Bekl. hatte eine solche – formlos gültige – Vereinbarung ausdrücklich zugestanden. Von der Bindung an dieses Geständnis; nach § 288 ZPO konnte die Bekl. sich in der Berufungsinstanz nur durch Widerruf gem. § 290 ZPO befreien; dessen Voraussetzungen aber hat sie nicht dargelegt.

d) Auch die Zinsänderungsklausel unter Nr. 2 des Darlehensvertrags steht der Auslegung, das Disagio sei als Ausgleich für einen niedrigeren Nominalzins während der vorgesehenen Gesamtlaufzeit bis zum 1. 2. 1999 vereinbart worden, nicht entgegen. Die Zinsklausel gab der Bekl. nicht das Recht, die von den Kl. zu zahlenden Zinsen bei einer Änderung der Geld- oder Kapitalmarktverhältnisse auf die Höhe der Durchschnittszinsen für Darlehen ohne Disagio heraufzusetzen. Die Bekl. sollte lediglich berechtigt sein, den Vertragszinssatz den Marktveränderungen gem. § 315 BGB anzupassen (BGHZ 97, 212, 217); sie mußte dabei die vereinbarten Besonderheiten berücksichtigen und durfte die Zinskonditionen nicht in ihrem Grundgefüge zu ihren Gunsten verändern (vgl. BGH WM 1991, 179, 182 a.E.; ferner OLG Köln NJW-RR 1992, 375, 376).

e) Schließlich liegt darin, daß die Kl. bei der Ablösung des Darlehens im Juli 1986 keinen Vorbehalt hinsichtlich ihrer Disagioerstattungsansprüche gemacht haben, kein Verzicht (BGHZ 111, 287, 294 a.E.). Soweit sich die Bekl. demgegenüber auf das Urteil des OLG Köln WM 1992, 1123 beruft, verkennt sie, daß sich dieses Urteil ausdrücklich nur mit der Rechtslage unter der Geltung des § 609 a BGB befaßt, der zum 1. 1. 1987 den bisherigen § 247 BGB ersetzt hat. Der hier zu beurteilende Darlehensvertrag der Parteien war jedoch bereits 1981 geschlossen worden; auf ihn ist daher nur § 247 BGB a.F. anzuwenden. Im übrigen hat der erkennende Senat inzwischen klargestellt, daß sich nach seiner Auffassung die Rechtslage, soweit es um einen Ausschluß des Anspruchs auf Rückzahlung eines nicht verbrauchten Disagios geht, durch das Außerkrafttreten des § 247 BGB a.F. nicht geändert hat (Senatsbeschuß vom 16. 3. 1993 – XI ZR 189/92, bisher nicht veröffentlicht, für BGHR vorgesehen).

f) Der Höhe nach bestehen gegen den Klageanspruch, der sich auf einen Teilbetrag von 10.000,- DM beschränkt, keine Bedenken.

4. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Grundbuchverfahren bei Veräußerung eines Anliegerweges

(BayObLG, Beschluß vom 11. 11. 1993 – 2Z BR 114/93 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

GBO §§ 2 Abs. 2; 5

Soll ein mit einer eigenen Flurstücknummer versehener Anliegerweg rechtlich verselbständigt werden, brauchen nicht sämtliche zu dem Weg gezogenen Teilflächen der angrenzenden Grundstücke vorher katastermäßig sowie grundbuchmäßig als selbständige Flurstücke und Grundbuchgrundstücke ausgewiesen und anschließend verschmolzen und vereinigt werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die abzuschreibenden Grundstücksteilflächen von dinglichen Belastungen freigestellt werden.

Zum Sachverhalt:

Im Liegenschaftskataster ist als Flst. 67/2 ein Anliegerweg gebucht, an den die Grundstücke der Bet. zu 1) bis 16) angrenzen. Im Grundbuch für diese Grundstücke ist im Bestandsverzeichnis in Spalte 3 c jeweils vermerkt: „hierzu die zum Weg Flst. 67/2 gezogene Teilfläche (BestNr. 297)“.

Zu notarieller Urkunde vom 21. 10. 1992 ließen die Bet. zu 1) bis 16) das Flst. 67/2 an den Bet. zu 17) auf, der zu notarieller Urkunde vom 18. 2. 1993 eine Teilfläche davon an die Bet. zu 18) verkaufte und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligte.

Im Veränderungsnachweis Nr. 639 ist der Anliegerweg nunmehr als Straße mit 1.208 m² ausgewiesen; die angrenzenden Grundstücke der Bet. zu 1) bis 16) sind jeweils ohne den Vermerk über die zu dem früheren Anliegerweg gezogenen Teilflächen aufgeführt.

Die Anträge auf Eintragung der Auflassung zugunsten des Bet. zu 17) und der Auflassungsvormerkung zugunsten der Bet. zu 18) hat das GBA

durch Beschlüsse vom 7. 7. 1993 abgewiesen. Das LG hat die Beschwerde der Bet. am 30. 9. 1993 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg; es führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das GBA zur erneuten Entscheidung über die Eintragungsanträge.

1. Das LG hat ausgeführt: Bei einem Anliegerweg könne nur jeder Angrenzer über die von seinem Grundstück zum Weg gezogene Teilfläche verfügen. Im Weg der Auslegung sei davon auszugehen, daß jeder einzelne Angrenzer die von seinem Grundstück zum Weg gezogene Teilfläche aufgelassen habe. Die Wegeteilflächen seien eigentumsrechtlich unselbständige Bestandteile des jeweils angrenzenden Grundstücks; sie könnten daher nur dann ein vom Hauptgrundstück verschiedenes rechtliches Schicksal haben, wenn sie vorher vermessen worden seien und eine eigene Flurnummer erhalten hätten. Daran fehle es. Der Hinweis, daß alle Wegeteilflächen miteinander verschmolzen werden sollten und der gesamte Anliegerweg als selbständiges Grundstück im Grundbuch eingetragen werden solle, ändere nichts; auch in diesem Fall müßten die von den Grundstücken zum Weg gezogenen Teilflächen als selbständige Grundstücke nach Wegmessung und Bildung eines eigenen Flurstücks im Grundbuch eingetragen werden. Hiervon könnte nur abgesehen werden, wenn einer solchen Buchung nur vorübergehende Bedeutung zukäme; dann würden die Bodenflächen nur als Zuflurstücke ausgewiesen. An den hierfür erforderlichen Abschreibungen, Vereinigungen oder Bestandteilszuschreibungen fehle es aber.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Die rechtlichen Besonderheiten bei der Buchung eines mit einer eigenen Flurstücknummer versehenen Anliegerwegs in den Grundbüchern der angrenzenden Grundstücke sind in den Entscheidungen des Senats vom 10. 11. 1976 und 30. 7. 1992 (Rpfleger 1977, 103; 1993, 104) im einzelnen dargestellt. Danach ist jeder Eigentümer eines angrenzenden Grundstücks Alleineigentümer der vor seinem Grundstück liegenden Wegeteilfläche, die ein unselbständiger Bestandteil dieses Grundstücks ist. Für den Anliegerweg kann daher, weil die Teilflächen, aus denen er sich zusammensetzt, als Bestandteil der angrenzenden Grundstücke im Grundbuch bereits gebucht sind, kein eigenes Grundbuchblatt angelegt werden. Daran ändert auch nichts, daß der Weg mit einer eigenen Flurstücksnummer versehen ist; dies hat nur die Bedeutung, die teilweise Beschaffenheit der betroffenen Grundstücke als Wegeteilfläche auszuweisen. Bei der Anlegung neuer Anliegerwege ist deren Bezeichnung mit einer besonderen Flurstücksnummer nicht mehr zulässig (BayObLG Rpfleger 1977, 103, 104; Meikel/Simmerding, Grundbuchrecht, 7. Aufl., Anh. zu § 2 GBO, Rd.-Nr. 29).

b) Diese rechtliche Ausgestaltung bei der Buchung eines Anliegerwegs schließt es nicht aus, daß die zu dem Anliegerweg gezogene Teilfläche des einzelnen angrenzenden Grundstücks im Grundbuch rechtlich verselbständigt wird. In diesem Fall ist nach § 2 Abs. 3 Buchst. a GBO vorzugehen; erforderlich ist also die Wegmessung der Wegeteilfläche, die Bildung eines eigenen Flurstücks und die Eintragung der Grundstücksteilung im Grundbuch. Durch § 2 Abs. 3 GBO soll die Auffindung des abgeschriebenen Grundstücksteils in der Örtlichkeit gewährleistet (Horber/Demharter, 20. Aufl., § 2 GBO, Rd.-Nr. 24) und die zweifelsfreie Darstellung des Grundstücksteils im Grundbuch in Übereinstimmung mit dem Liegenschaftskataster sichergestellt werden. Deshalb wird grundsätzlich die katastermäßige Verselbständigung des Grundstücksanteils verlangt.

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, daß nicht einzelne zum Weg gezogene Teilflächen der angrenzenden Grundstücke rechtlich verselbständigt werden sollen, sondern der Anliegerweg in seiner Gesamtheit. Weil die Summe der zu

dem Weg gezogenen Teilflächen der Angrenzungsgrundstücke katastermäßig bereits mit einer eigenen Flurstücknummer versehen ist und der bisherige Anliegerweg in dem Veränderungsnachweis in einer zur Übernahme als selbständiges Grundstück in das Grundbuch geeigneten Weise dargestellt wird, steht der Abschreibung der einzelnen Teilflächen von den Angrenzungsgrundstücken und der Eintragung des Anliegerwegs als selbständiges Grundstück im Grundbuch nichts im Wege. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb hier jede einzelne von den angrenzenden Grundstücken abzuschreibende Wegefläche zunächst katastermäßig als selbständiges Flurstück mit einer eigenen Flurstücknummer versehen und als selbständiges Grundbuchgrundstück eingetragen werden sollte. Im Anschluß daran müßten nämlich sämtliche so geschaffenen Flurstücke wieder zu dem katastermäßig bereits als Flst. 67/2 erfaßten Wegegrundstück verschmolzen und die Grundbuchgrundstücke zu einem neuen Grundbuchgrundstück vereinigt werden. Es ist gerechtfertigt, den Zwischenschritt der katastermäßigen und grundbuchmäßigen Verselbständigung der Wegeteilflächen zu überspringen; dieser Weg ist durch den Veränderungsnachweis Nr. 639 für den Bereich des Liegenschaftskatasters vorgezeichnet. Er entspricht Nr. 2.539 S. 4 der Anweisung für die Fortführung und Erneuerung des Liegenschaftskatasters in Bayern (KatFEA) vom 3. 6. 1971 (FMBl., S. 272).

Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn die von den angrenzenden Grundstücken abzuschreibenden Teilflächen nicht von dinglichen Belastungen des Grundstücks freigestellt werden. In diesem Fall kann, wenn die Teilflächen nicht in einem Zwischenschritt katastermäßig verselbständigt werden und bleiben, der Belastungsgegenstand nicht mehr zweifelsfrei festgestellt werden. Da die Eintragung der Auflassungen im Ergebnis die Vereinigung der Teilflächen zu einem neuen, einheitlichen Grundstück bewirkt, stünde ihr die Gefahr der Verwirrung gem. § 5 GBO entgegen. Hier hat aber der Urkundsnotar angekündigt, die Freigabeerklärungen umgehend nachzureichen.

5. Liegenschaftsrecht/WEG – Planabweichung bei Erstellung einer Wohnungseigentumsanlage

(BayObLG, Beschluß vom 5. 11. 1993 – 2Z BR 83/93 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

WEG § 22 Abs. 1 BGB § 1004 Abs. 1

1. Eine bauliche Veränderung liegt nicht vor, wenn ein Wohnungseigentum vom Bauträger, wenn auch auf Verlangen des künftigen Wohnungseigentümers, abweichend von den Plänen erstellt wird. In einem solchen Fall besteht kein Beseitigungsanspruch gegen den Wohnungseigentümer, sondern allenfalls ein gegen die Gesamtheit der Wohnungseigentümer gerichteter Anspruch auf Herstellung eines den Plänen entsprechenden Zustandes.
2. Wird ein Wohnungseigentum nach Fertigstellung der Wohnanlage vom Bauträger auf Verlangen des Wohnungseigentümers in Abweichung von den Plänen baulich verändert, kommt ein Beseitigungsanspruch gegen den Wohnungseigentümer nicht in Betracht, wenn die Änderung vorgenommen wurde, bevor eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft entstanden oder die Gemeinschaft rechtlich in Vollzug gesetzt worden ist.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage. Die Ag. ist Eigentümerin einer im Erdgeschoß liegenden Wohnung, zu der das Sondernutzungsrecht an der vorgelagerten Terrasse gehört. Die Ag. ließ abweichend von den ursprünglichen Plänen im Zuge der Errichtung der Wohnanlage in Absprache mit dem Bauträger über die Fläche der Terrasse hinaus eine etwa 45 cm starke Betonplatte legen und auf dieser einen Wintergarten errichten.

Die Ast. haben u. a. beantragt, die Ag. zu verpflichten, den Wintergarten und die Betonplatte zu beseitigen. Das AG hat die Ag. am 15. 4. 1992 u. a. zur Beseitigung des Wintergartens verpflichtet und den Antrag auf Beseitigung der Betonplatte abgewiesen. Hiergegen hat die Ag. sofortige Beschwerde eingelegt. Die Ast. haben im Weg der Anschlußbeschwerde beantragt, die Ag. zur Beseitigung des nicht unterkellerten Teils der Betonplatte zu verpflichten. Durch Beschluß vom 11. 6. 1993 hat das LG den Antrag abgewiesen, die Ag. zur Beseitigung des Wintergartens zu verpflichten; außerdem hat es die Anschlußbeschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Ast.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat teilweise Erfolg. Die Ag. ist zur Beseitigung des nicht unterkellerten Teils der Betonplatte nicht verpflichtet; insoweit ist die sofortige weitere Beschwerde der Ast. unbegründet. Soweit die Beseitigung des Wintergartens verlangt wird, führt die sofortige weitere Beschwerde zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

1. Das LG hat ausgeführt: Die Ag. sei nicht verpflichtet, die Betonplatte und den Wintergarten zu beseitigen. Insoweit handle es sich nicht um eine bauliche Veränderung i.S.d. Gesetzes, weil nicht eine bereits bestehende Anlage geändert, sondern die Wohnanlage abweichend vom ursprünglichen Plan errichtet worden sei. Die Ag. sei auch nicht deshalb zur Beseitigung verpflichtet, weil sie die Abweichung durch entsprechende Abreden mit dem Bauträger veranlaßt habe. Die Kaufverträge mit dem Bauträger seien zwischen Februar und Juni 1989 abgeschlossen worden. Im November 1989 sei die Platte auf der Terrasse der Ag. betoniert worden. Im Januar 1990 habe die Ag. den Auftrag zur Erstellung des Wintergartens erteilt, der im März/April 1990 errichtet worden sei. Ende Februar 1990 seien die Wohnungen übergeben worden. Die Ast. seien in der Zeit vom 29. 12. 1989 und 24. 5. 1990 im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden. Aus diesem Zeitablauf ergebe sich, daß im Zusammenhang mit der Betonplatte und dem Wintergarten nicht von einer Veränderung des Baus, sondern nur von seiner erstmaligen Herstellung gesprochen werden könne.

2. Die Entscheidung hält nicht in vollem Umfang der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Ohne Rechtsfehler hat das LG einen Anspruch der Ast. gegen die Ag. auf Beseitigung der Betonplatte verneint. Die Betonplatte ist zugleich die Decke des unter der Terrasse liegenden Kellerraums. Sie ist damit unverzichtbarer Teil des Gebäudes; allerdings war nach den ursprünglichen Plänen eine schwächere und kleinere Betonplatte vorgesehen. Das Gebäude wurde insoweit abweichend von den ursprünglichen Plänen errichtet. Ein aus § 22 WEG abzuleitender, auf § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB, 15 Abs. 3 WEG gestützter Beseitigungsanspruch der übrigen Wohnungseigentümer gegen die Ag. besteht insoweit nicht. Eine Veränderung des Bauwerks durch die Ag. liegt nämlich nicht vor, auch wenn die Planabweichung auf Abreden des Bauträgers mit ihr beruht.

Der Senat hat wiederholt entschieden, daß eine bauliche Veränderung i.S.d. § 22 Abs. 1 WEG nicht vorliegt, wenn der Bauträger von vorneherein abweichend von den ursprünglichen Plänen das Gebäude errichtet; ein Wohnungseigentümer ist in diesem Fall auch dann nicht zur Beseitigung der geänderten Bauausführung verpflichtet, wenn er sie beim Kauf des Wohnungseigentums veranlaßt hat (BayObLG NJW-RR 1986, 954; WuM 1987, 164; NJW-RR 1988, 587). Ob in einem solchen Fall ein Anspruch auf Beseitigung unter dem Gesichtspunkt der Herstellung eines ordnungsmäßigen, den Plänen entsprechenden Zustands besteht, braucht hier nicht entschieden zu werden. Ein solcher Anspruch könnte sich nicht gegen einen einzelnen Wohnungseigentümer richten, sondern nur gegen die Wohnungseigentümer in ihrer Gesamtheit (BayObLG NJW-RR 1986, 954, 955). Insbesondere wären auch die anfallenden Kosten der Beseitigung von allen Wohnungseigentümern zu tragen. Gegenstand des Beseitigungsverlangens der Ast. ist ein solcher Anspruch nicht; er hätte als Maßnahme der ordnungsmäßigen Instandsetzung einen entsprechenden Eigentümerbe-

schluß zur Voraussetzung. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß die Ast. bereit sind, sich anteilig an den Beseitigungskosten zu beteiligen.

b) Anders liegen die Dinge bei dem Wintergarten. Insoweit handelt es sich nicht um die Errichtung der Wohnanlage unter Abweichung von den ursprünglichen Plänen. Die Wohnanlage wurde ohne den Wintergarten fertiggestellt. Das Fehlen des Wintergartens hat auch nicht zur Folge, daß das Bauwerk als noch nicht vollendet und abgeschlossen anzusehen wäre. Der Wintergarten wurde vielmehr nachträglich dem Bauwerk hinzugefügt, und zwar von der Ag., so daß eine bauliche Veränderung durch diese vorliegt.

Der Senat hat wiederholt entschieden, daß ein Beseitigungsanspruch unter dem Gesichtspunkt einer nachträglichen baulichen Veränderung nicht besteht, wenn die vom Plan abweichende Bauausführung vom Bauträger zu einer Zeit vorgenommen wurde, zu der er alleiniger Eigentümer aller Wohnungseigentumsrechte war. Dann kann der Bauträger nämlich nicht Störer sein, weil er die alleinige Verfügungsbefugnis hatte. Diese verliert er mit dem Entstehen einer werdenden (faktischen) Wohnungseigentümergeinschaft, spätestens mit der rechtlichen Invollzugsetzung der Gemeinschaft (BayObLGZ 1987, 78, 81; BayObLG WE 1990, 110). Die Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne entsteht mit der Eintragung eines weiteren Wohnungseigentümers als Eigentümer einer Wohnung neben dem als Eigentümer der übrigen Wohnungseigentumsrechte eingetragenen Bauträger. Eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft entsteht demgegenüber bereits in dem Zeitpunkt, in dem zwar noch der Bauträger als Eigentümer aller Wohnungseigentumsrechte im Grundbuch eingetragen ist, sich die künftigen Wohnungseigentümer aber, ohne rechtlich schon solche zu sein, wie Wohnungseigentümer verhalten; dazu wird verlangt, daß ein gültiger Erwerbsvertrag vorliegt und die Wohnungseigentumsanwärter die Eigentumswohnung nicht nur in Besitz genommen haben, sondern für sie auch eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen ist (s. hierzu BayObLGZ 1990, 101, 102 f.).

Der Wintergarten wurde nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des LG von der Ag. und nicht vom Bauträger im Januar 1990, also unmittelbar vor Fertigstellung und Übergabe des Bauwerks im Februar 1990, in Auftrag gegeben und nach Übergabe in den Monaten März und April 1990 errichtet. In diesem Zeitpunkt war die Eigentümergeinschaft aber schon rechtlich in Vollzug gesetzt; eine faktische oder werdende Eigentümergeinschaft ist nicht vorausgegangen. Mit der Eintragung des Eigentümers der Wohnung Nr. 3 am 29. 12. 1989 in das Grundbuch ist die Wohnungseigentümergeinschaft rechtlich in Vollzug gesetzt worden. Zu diesem Zeitpunkt war noch keine Wohnung von einem Wohnungseigentümer in Besitz genommen worden. Auch unter diesem Gesichtspunkt scheidet im übrigen ein Beseitigungsanspruch hinsichtlich der Betonplatte aus, weil sie nach den Feststellungen des LG im November 1989, also noch vor der rechtlichen Invollzugsetzung der Wohnungseigentümergeinschaft und auch vor dem Entstehen einer faktischen Wohnungseigentümergeinschaft erstellt wurde. Zu dieser Zeit war der Bauträger noch allein Verfügungsberechtigt.

c) Der Beseitigungsanspruch hinsichtlich des Wintergartens ist gem. §§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB, 15 Abs. 3 WEG begründet, wenn die Ast. durch die Errichtung des Wintergartens über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus einen Nachteil erleiden und der baulichen Veränderung nicht zugestimmt haben (§§ 22 Abs. 1 S. 2, 14 Nr. 1 WEG). Als Nachteil kommt jede nicht nur völlig unbedeutende Beeinträchtigung in Betracht, insbesondere auch eine nachteilige optische Veränderung des Gesamteindrucks der Wohnanlage (BayObLGZ 1989, 437, 438). Einen Nachteil in diesem Sinn hat das AG in seiner Entscheidung zutreffend bejaht.

Die Ag. beruft sich darauf, die Ast. hätten bei einer Besprechung am 4. 11. 1989 der Errichtung des Wintergartens zugestimmt. Die Ast. bestreiten eine solche Zustimmung entschie-

den. Diese Frage bedarf der Aufklärung, weil die Ast. eine Beseitigung des Wintergartens nicht verlangen können, wenn sich der Sachvortrag der Ag. als wahr erweist. Das LG ist aus seiner Sicht zu Recht nicht näher auf die Frage eingegangen. Nunmehr ist dies jedoch erforderlich. Zu diesem Zweck wird die Sache an das LG zurückverwiesen, das im Rahmen der Amtsermittlungspflicht (§ 12 FGG) tätig werden muß. In Betracht kommen wird eine Anhörung der Bet., möglicherweise auch eine förmliche Vernehmung im Rahmen des Strengbeweises (§§ 15 FGG, 448 ZPO; Keidel/Amelung, 13. Aufl., § 15 FGG, Rd.-Nrn. 46 ff.).

6. Erbrecht/Grundbuchrecht – Nachweis der Erbfolge bei Pflichtteilsstrafklausel

(OLG Frankfurt/Main, Beschluß vom 18. 11. 1993 – 20 W 158/93 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Horst Richter, Frankfurt/Main)

GBÖ §§ 29; 35

Enthält ein Erbvertrag eine Pflichtteilsstrafklausel und haben die Schlußerben zum Nachweis der negativen Tatsache, daß sie nach dem Tod des Erstverstorbenen den Pflichtteil nicht verlangt haben, dies in einer öffentlichen Urkunde an Eides Statt versichert, so kann das GBA die Vorlage eines Erbscheins verlangen, wenn es den Nachweis der Erbfolge durch die eidesstattlichen Versicherungen nicht als erbracht ansieht.

Zum Sachverhalt:

Die im Grundbuch als Eigentümerin des eingangs näher bezeichneten Grundstücks eingetragene Mutter der Bet. zu 1) und 2) ist am 21. 5. 1992 verstorben. Sie und ihr am 21. 4. 1982 vorverstorbenen Ehemann hatten durch notariellen Erbvertrag vom 30. 9. 1981 sich gegenseitig zu Alleinerben, die beiden Bet. zu Schlußerben und deren Kinder zu Ersatzern eingesetzt. Der Erbvertrag enthält weiter die Klausel, daß derjenige, der aus dem Nachlaß des Erstverstorbenen den Pflichtteil fordert, kein Erbe wird und aus dem Nachlaß des Längstlebenden auch nur den Pflichtteil erhält.

Die in dem Erbvertrag zu Schlußerben eingesetzten beiden Bet. schlossen am 14. 8. 1992 zu notarieller Urkunde einen Erbauseinandersetzungsvertrag, in dem das eingangs näher bezeichnete Grundstück dem Bet. zu 1) zu alleinigem Eigentum zugewiesen wird. Sie ließen das Grundstück an den Bet. zu 1) auf und versicherten in der notariellen Urkunde an Eides Statt, sie hätten nach dem Tod des Vaters keine Pflichtteilsansprüche gegen ihre Mutter geltend gemacht.

Der Bet. zu 1) hat beantragt, ihn als Alleineigentümer einzutragen. Er hat dazu eine Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 14. 8. 1992 und beglaubigte Abschriften des Erbvertrages sowie der Eröffnungsniederschriften des Nachlaßgerichts vorgelegt. Durch Zwischenverfügung vom 5. 10. 1992 hat die Rechtspflegerin des GBA die Vorlegung eines Erbscheins innerhalb von sechs Wochen verlangt, weil der Nachweis des Nichtverlangens des Pflichtteils nicht durch eidesstattliche Versicherung, sondern nur durch einen Erbschein erbracht werden könne. Nach fruchtlosem Fristablauf hat sie durch Beschluß vom 30. 12. 1992 den Antrag auf Eigentumsumschreibung zurückgewiesen.

Rechtspflegerin und Richter haben der dagegen eingelegten Erinnerung des Ast. nicht abgeholfen. Das LG hat den nunmehr als Beschwerde geltenden Rechtsbehelf durch Beschluß vom 1. 3. 1993 (= Rpfleger 1993, 397) zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Ast.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet. Das LG hat die Umschreibung des Eigentums auf den Ast. zu Recht davon abhängig gemacht, daß die Bet. ihre auf behaupteter Erbfolge beruhende Verfügungsberechtigung durch Vorlage eines Erbscheins nachweisen.

Das LG hat ausgeführt, der erkennende Senat habe zwar in seinem Beschluß 20 W 615/79 vom 1. 9. 1980 (OLGZ 1981, 30 = Rpfleger 1980, 434 mit abl. Anm. Meyer-Stolte) die Ansicht vertreten, das GBA sei nicht gehindert, Lücken im Nachweis

der Erbfolge bei Vorlage einer Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde selbst zu schließen und jedenfalls dann eine ihm gegenüber in öffentlicher Urkunde abgegebene eidesstattliche Versicherung zu bewerten, wenn auch das Nachlaßgericht sich im Erbscheinsverfahren mit einer eidesstattlichen Versicherung gleichen Inhalts zufrieden geben würde. Jener Entscheidung habe jedoch ein anderer Sachverhalt, nämlich derjenige zugrunde gelegen, ob zum Nachweis dafür, daß aus der zweiten Ehe des Erblassers keine Kinder hervorgegangen seien, eine eidesstattliche Versicherung der zweiten Ehefrau des Erblassers entsprechend § 2356 Abs. 2 BGB als Beweismittel im Grundbuchverfahren verwendbar sei. Dabei handele es sich um einen Ausnahmefall, der nicht verallgemeinert werden dürfe. Im Streitfall gehe es nicht um die Bewertung von Erklärungen eines unbeteiligten Dritten, sondern um die Würdigung der eidesstattlichen Versicherungen von Verfahrensbeteiligten, die selbst Erbrechte geltend machten und deshalb immerhin ein einleuchtendes Motiv für falsche Angaben hätten. Um die deshalb bestehenden Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherungen auszuräumen, seien tatsächliche Ermittlungen, nämlich die Anhörung der Ersatzerben und vielleicht auch die persönliche Anhörung der beiden Bet. erforderlich. Solche Ermittlungen anzustellen, sei das GBA weder verpflichtet noch berechtigt. Sie gehörten in das Erbscheinsverfahren des Nachlaßgerichts.

Die Entscheidung des LG hält der im Verfahren der weiteren Beschwerde allein möglichen rechtlichen Nachprüfung stand.

Mit Recht hat das LG die zu ihm eingelegte Beschwerde für zulässig erachtet, obwohl der Ast. die Zwischenverfügung vom 5. 10. 1992 nicht angefochten hat. Die Beschwerde kann nach erfolgter Zurückweisung des Eintragungsantrags gegen die Zurückweisung selbst eingelegt werden, ohne daß eine vorangegangene Zwischenverfügung angefochten worden ist (KEHE/Kuntze, 4. Aufl., § 71 GBO, Rd.-Nr. 16).

In der Sache selbst gilt für den Nachweis des Erbrechts die Vorschrift des § 35 GBO. Der Nachweis der Erbfolge ist demnach grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen (§ 35 Abs. 1 S. 1 GBO; vgl. hierzu BGHZ 84, 196, 199 = NJW 1982, 2499 = DNotZ 1983, 315 = Rpfleger 1982, 333). Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über ihre Eröffnung vorgelegt werden; das GBA kann hier die Vorlegung eines Erbscheins (nur) verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO). Vorliegend sind nach den in dem notariellen Erbvertrag vom 30. 9. 1981 und somit in einer öffentlichen Urkunde (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO) enthaltenen letztwilligen Verfügungen der Erblasser die beiden Beteiligten (Schluß-)Erben der eingetragenen Eigentümerin zu gleichen Teilen. Allerdings gilt dies nur unter der Bedingung, daß sie nach dem Tod des vorverstorbenen Vaters keine Pflichtteilsansprüche gegen ihre Mutter geltend gemacht haben. Insoweit besteht eine Lücke im Nachweis der Erbfolge. Damit stellt sich die Frage, ob im Rahmen des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO eine bestehende Lücke im urkundlichen Nachweis des Nichtverlangens des Pflichtteils entweder völlig unschädlich ist oder doch wenigstens ausnahmsweise (vgl. Senat in 20 W 262/87 vom 17. 8. 1987 = NJW-RR 1988, 225; Horber/Demharter, 19. Aufl., § 1 GBO, Anm. 17a) durch eine in öffentlicher Urkunde abgegebene eidesstattliche Versicherung derjenigen Personen geschlossen werden kann, die unter dieser Bedingung als Schlußerben eingesetzt sind. Die in Rspr. und Schrifttum dazu vertretenen Ansichten sind geteilt. Die LGe Köln (MittRhNotK 1988, 177) und Stuttgart (BWNotZ 1988, 163 mit abl. Anm. Böhringer, BWNotZ 1988, 155 und krit. Anm. Karch, BWNotZ 1989, 75) sowie Meyer-Stolte (Rpfleger 1992, 195, 196) meinen, die Vorlage des Testaments mit Verwirkungsklausel allein (ohne Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung in öffentlicher Urkunde) sei ausreichend, wenn der Nichteintritt der Bedingung (Geltendmachung des Pflichtteils) nicht zweifelhaft sei. Das LG Bochum (Rpfleger 1992, 194 mit teilw. abl. Anm. Meyer-Stolte, a.a.O., 195 und krit. Anm. Peißin-

ger, Rpfleger 1992, 428, 429) hält den Nachweis der Erbfolge durch Erbschein für entbehrlich, wenn das Nichtverlangen des Pflichtteils durch eine in öffentlicher Urkunde enthaltene eidesstattliche Versicherung belegt wird. Bedenken gegen diese Auffassung klingen bei Herrmann (KEHE, § 35 GBO, Rd.-Nr. 74) und Haegle/Schöner/Stöber (Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rd.-Nr. 790 und Fn. 26 a) an. Die Vorlage eines Erbscheins trotz Beibringung eidesstattlicher Versicherungen halten für erforderlich Meikel/Roth (7. Aufl., § 35 GBO, Rd.-Nrn. 120 f.) und Böhringer (BWNotZ 1988, 155, 158), bei ähnlichen Sachverhalten auch das LG Mannheim (Beschlüsse vom 9. 11. 1983 und 30. 11. 1983 = BWNotZ 1985, 125 mit zust. Anm. Pöschl).

Der von den LGen Köln und Stuttgart (jeweils a.a.O.) vertretene Ansicht, bei notariellen Testamenten mit einer Pflichtteilsstrafklausel brauche im Grundbuchantragsverfahren das Nichtverlangen des Pflichtteils nicht nachgewiesen zu werden, weil das Pflichtteilsverlangen eine entfernte abstrakte Möglichkeit sei, vermag der Senat nicht zu folgen. Denn diese Tatsache ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Grundbuchberichtigung oder – wie hier – für eine Grundbucheintragung aufgrund einer Verfügung der angeblichen Erben über Grundbesitz des Erblassers; es handelt sich um eine eintragungsbegründende Tatsache. Der Nachweis dieser Tatsache muß durch eine öffentliche Urkunde geführt werden. Entgegen der Meinung der beiden vorgenannten LGe und von Meyer-Stolte (Rpfleger 1992, 195) gibt es keinen Erfahrungssatz, wonach Kinder in Fällen der vorliegenden Art nach dem erstverstorbenen Elternteil den Pflichtteil nicht verlangen (Böhringer, BWNotZ 1988, 155, 157; Peißinger, Rpfleger 1992, 428, 429; wohl auch Karch, BWNotZ 1989, 75, 76).

Das Nichtverlangen des Pflichtteils ist also im Streitfall durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Die Frage, ob dies nur durch Vorlegung eines Erbscheins oder auch durch in öffentlicher Urkunde abgegebene eidesstattliche Versicherungen geschehen kann, braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden. Selbst wenn man in Anlehnung an die zu anderen Fallgestaltungen ergangene Rspr. des Senats (20 W 615/79 = OLGZ 1981, 30 [a.a.O.]; 20 W 442/85 = OLGZ 1985, 411 = Rpfleger 1986, 51 mit abl. Anm. Meyer-Stolte = MittRhNotK 1986, 23) und der des OLG Zweibrücken (OLGZ 1985, 408 = DNotZ 1986, 240 sowie Rpfleger 1987, 157, 158) zugunsten des Ast. annehmen wollte, zum Nachweis des Nichtverlangens des Pflichtteils könne eine in öffentlicher Urkunde abgegebene eidesstattliche Versicherung entsprechend § 2356 Abs. 2 BGB als Beweismittel im Grundbuchverfahren Verwendung finden (siehe hierzu auch BayObLG MittBayNot 1989, 146, 148 zu II 3 d = DNotZ 1986, 240, insoweit nicht abgedruckt in BayObLGZ 1989, 8 und Rpfleger 1989, 278), so besagt das noch nichts darüber, ob das GBA alsdann den Nachweis der Erbfolge als erbracht anzusehen habe (vgl. OLG Zweibrücken OLGZ 1985, 408, 411 = DNotZ 1986, 240). Vielmehr greifen nunmehr die allgemeinen Grundsätze ein, nach denen das GBA die Vorlegung eines Erbscheins stets verlangen kann, sofern Zweifel hinsichtlich der Erbfolge verbleiben, die nur durch weitere Ermittlungen tatsächlicher Art geklärt werden können, daß aber andererseits bloß abstrakte Möglichkeiten, die das Erbrecht in Frage stellen könnten, das Verlangen nach Vorlegung eines Erbscheins nicht zu rechtfertigen vermögen (Horber/Demharter, § 35 GBO, Anm. 15 m.w.N.).

Im Streitfall hat das LG den in der öffentlichen Urkunde vom 14. 8. 1992 abgegebenen eidesstattlichen Versicherungen der beiden Bet., wonach sie nach dem Tod des Vaters keine Pflichtteilsansprüche gegen ihre Mutter geltend gemacht haben, deshalb keinen vollen Beweiswert beigemessen, weil es sich nicht um Erklärungen von unbeteiligten Dritten handelt. Da es hierbei um Fragen tatrichterlicher Würdigung geht, hat der Senat nur darüber zu befinden, ob das LG bei seiner Beurteilung wesentliche Tatumstände übersehen hat oder seine Feststellungen in Widerspruch zu Denkgesetzen oder Erfahrungssätzen stehen (KEHE/Kuntze, § 78 GBO, Rd.-Nr. 11; Horber/Demharter, § 78 GBO, Anm. 4 c). Das ist jedoch nicht der Fall. Insbesondere gibt es, wie schon ausgeführt, eine Le-

benserfahrung für das Nichtverlangen des Pflichtteils nicht. Dann aber ist das Verlangen der Vorinstanzen nach Vorlegung eines Erbscheins, der übrigens zum ausschließlichen Gebrauch für das Grundbuchverfahren gebührenermäßig erteilt werden kann (§§ 107 Abs. 3, 107 a KostO), berechtigt.

7. Erbrecht – "Behindertentestament" nicht sittenwidrig (BGH, Urteil vom 20. 10. 1993 – IV ZR 231/92)

**BGB § 138
BSHG §§ 2; 92 c**

Eine Verfügung von Todes wegen, mit der Eltern ihr behindertes, auf Kosten der Sozialhilfe untergebrachtes Kind nur als Vorerben auf einen den Pflichtteil kaum übersteigenden Erbteil einsetzen, bei seinem Tod ein anderes Kind als Nacherben berufen und dieses zum Vollerben auch des übrigen Nachlasses bestimmen, verstößt nicht gegen § 138 Abs. 1 BGB, auch soweit dadurch der Träger der Sozialhilfe Kostenersatz nicht erlangt.

Zum Sachverhalt:

Der Kl. leistet Sozialhilfe für die unheilbar psychisch kranke Frau X, die in einem Pflegeheim untergebracht ist. Für ihren Unterhalt war ihre Mutter bis zu deren Tod am 9. 2. 1987 aufgekomen; die Behinderte war beim Erbfall 52 Jahre alt. Im Hinblick auf den Beschluß des VG vom 8. 12. 1989 erhält die Behinderte Sozialhilfe gem. § 89 BSHG als Darlehen; zu dessen Sicherung hat sie im voraus eventuelle Ansprüche auf ihren Anteil am Nachlaß ihrer Mutter abtreten müssen, die ihr zustehen würden, wenn der Erbvertrag nichtig wäre, den die Mutter mit ihrem einzigen weiteren Kind, dem Bruder der Behinderten, am 2. 2. 1984 geschlossen hat. Der Kl. hat Klage erhoben auf Feststellung der Nichtigkeit des Erbvertrages.

Darin ist der Sohn mit einer Quote von 72% zum Erben eingesetzt worden. Hinsichtlich der restlichen 28% ist die behinderte Tochter als (nicht befreite) Vorerbin eingesetzt worden; Nacherbe beim Tod der Vorerbin ist der Sohn. Weiter hat die Erblasserin angeordnet, daß die Tochter ihren Erbteil in Gestalt von Wertpapieren und Bargeld erhält. In diesem Zusammenhang ist bestimmt, daß der Sohn, dem die Erblasserin nach dem Tod des vorverstorbenen Vaters das elterliche Apothekengrundstück gegen Rentenzahlungen übertragen hatte, hierfür eine Ausgleichung zu leisten habe. Für die Verwaltung des Erbteils der Tochter hat die Erblasserin Testamentsvollstreckung bis zum Tod ihrer Tochter angeordnet. Der Testamentsvollstrecker hat der Behinderten ein monatliches Taschengeld zu gewähren, mindestens vier Wochen Urlaub im Jahr in einem Behinderten- oder sonstigen Erholungsheim zu ermöglichen, Anschaffungskosten für Kleidung, Einrichtungsgegenstände und andere Güter des persönlichen Bedarfs zu bestreiten und, soweit es der Gesundheitszustand der Tochter erfordert, für ihre Unterbringung in einem Einzelzimmer zu sorgen. Nach dem Willen der Erblasserin entfallen diese Zahlungsverpflichtungen jedoch, wenn sie auf Sozialhilfeleistungen angerechnet werden. Zum Testamentsvollstrecker hat sie den Bekl. bestimmt.

Nach dem Tod der Mutter haben die Tochter, vertreten durch ihren Ergänzungspfleger, der Sohn und der Bekl. den mit weniger als 460.000,- DM zu bewertenden Nachlaß mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auseinandergesetzt. Dabei erhielt die Tochter Wertpapiere und Bankguthaben im Wert von rund 114.000,- DM. Der Ergänzungspfleger hat mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts davon abgesehen, die Erbschaft auszuschlagen und Pflichtteilsansprüche geltend zu machen.

Der Kl. hält den Erbvertrag für sittenwidrig. Er benachteilige die Tochter gegenüber dem Sohn, entziehe ihren Erbteil dem Zugriff des nachrangig verpflichteten Trägers der Sozialhilfe und erhalte ihn statt dessen für den Sohn. Nach Auffassung des LG ist lediglich die Anordnung der Nacherbfolge nichtig, weil dadurch der Zugriff des Kl. auf den Erbteil der Tochter auch nach deren Tod vereitelt werde; im übrigen hat das LG die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. hat das OLG zurückgewiesen; auf die Anschlußberufung des Bekl. hat es die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils; er verfolgt seine eigene Berufung nicht weiter.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

I. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Kl. mit Zustimmung des Bekl. klargestellt, daß sich die Klage von An-

fang an sowohl gegen den Bekl. persönlich als auch in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker gerichtet hat.

Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen auch nach Beschränkung der Revision auf die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Wirksamkeit der Nacherbfolge keine durchgreifenden Bedenken. Der Kl. hat ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO), ob der Bekl. als Testamentsvollstrecker zu Lebzeiten der Behinderten bei der Verwaltung ihres Erbteils auf Rechte ihres Bruders als Nacherben Rücksicht nehmen und an wen er den Nachlaß herausgeben muß, wenn sein Amt beim Tod der Behinderten endet. Die Zulässigkeit der Klage war in den Vorinstanzen unter dem Gesichtspunkt des § 256 Abs. 1 ZPO nicht zweifelhaft; sie ist insoweit jedenfalls im Revisionsverfahren nicht entfallen.

II. Abgesehen von der Frage nach der Wirksamkeit der Nacherbfolge ist das Berufungsurteil durch die Beschränkung der Revision rechtskräftig geworden. Damit steht die Wirksamkeit des Erbvertrages im übrigen fest. Soweit die Anordnung der Nacherbfolge mit der Begründung als sittenwidrig angesehen wird, sie benachteilige die behinderte Tochter gegenüber dem Sohn, verneint das Berufungsgericht einen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB mit Recht. Dabei geht es zutreffend vom Grundsatz der Testierfreiheit aus, die unter dem Schutz der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG steht (BGHZ 111, 36, 39 = DNotZ 1992, 241 = MittRhNotK 1990, 202). Die damit im Erbrecht gewährleistete Privatautonomie findet ihre sozialstaatlich und durch Art. 6 GG legitimierte Grenze am Pflichtteilsrecht, das den nächsten Angehörigen des Erblassers einen Mindestanteil an seinem Vermögen sichert.

1. Angesichts der im Erbvertrag getroffenen letztwilligen Verfügungen der Erblasserin blieb der Tochter das Recht unbenommen, gem. § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB den Pflichtteil zu verlangen. Sie hätte dazu den ihr zugeordneten, durch Testamentsvollstreckung und Nacherbfolge beschränkten Erbteil ausschlagen müssen. Der Nachlaß der Erblasserin ist hier zwar nicht so bescheiden wie in dem Fall, der der Senatsentscheidung BGHZ 111, 36 ff. = DNotZ 1992, 241 = MittRhNotK 1990, 202, zugrunde lag. Er ist aber auch nicht so groß, daß die Versorgung der Behinderten allein mit ihrem Pflichtteil auf Lebenszeit sichergestellt wäre. Sie wäre vielmehr mit dem Pflichtteil nur „eine Zeitlang“ in der Lage gewesen, für sich selbst zu sorgen, wie der VGH in seinem Beschluß vom 8. 12. 1989 festgestellt hat. Das lag jedoch nach Auffassung ihres Ergänzungspflegers und des Vormundschaftsgerichts nicht in ihrem wohlverstandenen Interesse. Durch die im Erbvertrag getroffene Regelung gelangt die Behinderte dagegen auf Dauer sowohl in den Genuß der Sozialhilfeleistungen als auch zusätzlicher Annehmlichkeiten und Vorteile, die als Schonvermögen i.S.v. § 88 Abs. 2 BSHG nicht dem Zugriff des Kl. unterliegen. Damit verschafft der Erbvertrag der behinderten Tochter im vorliegenden Fall also eine günstigere Rechtsstellung, als sie durch das Pflichtteilsrecht gewährleistet wird.

2. a) Dieses Ziel, die Lebensbedingungen der Behinderten über die von der Sozialhilfe gewährleistete Versorgung hinaus durch zusätzliche Annehmlichkeiten und Vorteile zu verbessern, wäre indessen schon allein durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung bezüglich des Erbteils der Tochter zu erreichen gewesen. Damit war gem. § 2214 BGB ein Zugriff des Kl. als Eigengläubiger der Erbin auf die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände ausgeschlossen (vgl. BGHZ 111, 36, 43 = DNotZ 1992, 241 = MittRhNotK 1990, 202). Die Verwaltung durch einen Testamentsvollstrecker kann auf Lebenszeit des Erben, insoweit also auch über die Dauer von 30 Jahren hinaus, angeordnet werden (§ 2210 S. 2 BGB). Der Kl. hätte sich dann aber nach dem Tod der behinderten Sozialhilfeempfängerin an ihren Nachlaß halten können.

Dies wird erst durch die Nacherbfolge verhindert, die beim Tod der Vorerbin deren Rechte am Nachlaß erlöschen läßt. Von diesem Zeitpunkt an wird der Nacherbe zum Erben der Erblasserin. Damit entgeht der Nachlaß den Eigengläubigern der Vorerbin und ihren Erben endgültig.

b) Mit dem Erbvertrag hat die Erblasserin damit neben einer Begünstigung ihrer Tochter noch weitere Zwecke verfolgt (vgl. zu Mustervorschlägen für Behindertentestamente Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1992, Rd.-Nr. 1048; Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl., D, Rd.-Nr. 276 ff.; Reithmann/Röll/Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl., Rd.-Nr. 1112 ff.). Im vorliegenden Fall ist aber nicht ersichtlich, daß mit diesen weiteren Zwecken eine für die behinderte Tochter ins Gewicht fallende Benachteiligung verbunden wäre. Nachkommen hat sie nicht. Daß Eltern bei der Erbfolge das gesunde Kind und seinen Stamm bevorzugen, wie dies im vorliegenden Fall schon durch die größere Erbquote und zusätzlich durch die Nacherbfolge des Sohnes auch in den der behinderten Schwester hinterlassenen Erbteil zum Ausdruck kommt, reicht für sich genommen angesichts der lebzeitigen Versorgung der Tochter und des Grundsatzes der Testierfreiheit nicht aus, das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit zu rechtfertigen.

c) Dies gilt unabhängig davon, ob die Erblasserin zu ihren Lebzeiten der Tochter für die Heimunterbringung mehr hat zukommen lassen als dem Sohn für seine akademische Ausbildung und ob der Sohn zusätzlich zu den bei Übernahme der Apotheke vereinbarten Zahlungen zum Unterhalt der Erblasserin und seiner behinderten Schwester und damit zum Erhalt der Substanz des Familienvermögens beigetragen hat. Die gegen diese Feststellungen des Berufungsgerichts erhobenen Verfahrensrügen der Revision können daher auf sich beruhen.

Die Nacherbfolge benachteiligt die Behinderte auch nicht etwa dadurch unzumutbar, daß unter Umständen die Zustimmung ihres Bruders zur Veräußerung von Nachlaßgegenständen erforderlich sein könnte. Im vorliegenden Fall hat sie aufgrund der Erbauseinandersetzung kein Immobilienvermögen erhalten, so daß die Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB nicht eingreift. Sie muß den aus Wertpapieren und Bankguthaben bestehenden Nachlaß aber in der Substanz erhalten und dazu auf Verlangen des Nacherben gem. §§ 2116 ff. BGB sichern. Wenn die Leistungen, die der Testamentsvollstrecker nach dem Erbvertrag zugunsten der Behinderten zu erbringen hat, nicht aus den Nutzungen der Vorerbschaft bestritten werden können, dürfte der Testamentsvollstrecker jedoch wie für die Erfüllung anderer Nachlaßverbindlichkeiten gem. §§ 2126, 2124 Abs. 2 S. 1 BGB berechtigt sein, Nachlaßgegenstände zu veräußern. Die der Behinderten im Erbvertrag zugeordneten Leistungen können insoweit (auch) als Vermächtnis gewertet werden, das die Nacherbschaft beschwert.

III. Mit Recht hält das Berufungsgericht die Anordnung der Nacherbfolge auch nicht deshalb für nichtig, weil sie den Zugriff des Kl. auf den Nachlaß nach der Mutter vereitelt.

1. Dabei ist von dem Gedanken auszugehen, daß die behinderte Tochter durch den Erbvertrag über die Sozialhilfe hinaus auf Lebenszeit nicht unerhebliche zusätzliche Vorteile und Annehmlichkeiten erhält, die bei einem Absinken des heute erreichten Standes der Sozialleistungen für Behinderte noch wichtiger werden könnten. Der Senat hat bereits in seinem Urteil BGHZ 111, 36, 42 (= DNotZ 1992, 241 = MittRhNotK 1990, 202) darauf hingewiesen, daß Eltern auf diese Weise gerade der zuvörderst ihnen zukommenden sittlichen Verantwortung für das Wohl ihres Kindes Rechnung tragen und nicht verpflichtet sind, diese Verantwortung dem Interesse der öffentlichen Hand an einer Teildeckung ihrer Kosten hintanzusetzen. Dieser Gedanke hat allgemeine Zustimmung erfahren (Hohloch, JuS 1990, 937, 938; Otte, JZ 1990, 1027, 1028; Schubert, JR 1991, 106, 107; Krampe, AcP 191, 526, 559; Pieroth, NJW 1993, 173).

Mit der Anordnung der Nacherbfolge in den der Behinderten hinterlassenen Erbteil wird aber bezweckt, daß das elterliche Vermögen beim Tod der Behinderten nicht in deren Nachlaß fällt und infolgedessen auch nicht gem. § 92c BSHG zum Ersatz von Kosten der Sozialhilfe herangezogen werden kann. Das Berufungsgericht weist insoweit jedoch mit Recht darauf hin, daß dem Sozialhilferecht weder ein gesetzliches Verbot

einer solchen Gestaltung der Erbfolge noch auch nur ein Schutzzweck des Inhalts entnommen werden kann, dem Träger der Sozialhilfe müsse der Zugriff auf das Vermögen der Eltern eines Hilfeempfängers spätestens bei dessen Tod gesichert werden (zustimmend Kuchinke, FamRZ 1992, 362).

a) Mit der durch das 2. Änderungsgesetz vom 14. 8. 1969 (BGBl. I, 1153) eingeführten Bestimmung des § 92c BSHG wollte der Gesetzgeber lediglich vermeiden, daß § 88 Abs. 2 und 3 BSHG, die bestimmte Teile des Vermögens des Hilfeempfängers und seiner in §§ 11 und 28 BSHG genannten Angehörigen (insbesondere ein angemessenes Hausgrundstück) vom Einsatz für die Lebenshaltungskosten des Hilfsbedürftigen verschonen, über dessen Tod hinaus zugunsten seiner Erben wirken (BT-Drucks. V/3495 v. 12. 11. 1968, S. 16; BVerwG FEVS 37 Nr. 1 S. 5). Gem. §§ 11, 28 BSHG kommt es auf das Einkommen und Vermögen der Eltern nur an, wenn Sozialhilfe (abgesehen von weiteren Voraussetzungen) für ein minderjähriges, unverheiratetes Kind in Frage steht. Zu der durch §§ 11, 28 BSHG geschaffenen Bedarfsgemeinschaft gehörte die Erblasserin im vorliegenden Fall also bei Abschluß des Erbvertrages schon lange nicht mehr. Anders als für Erben eines Ehegatten des Hilfeempfängers statuiert § 92c BSHG eine Kostenersatzpflicht für Erben der Eltern des Hilfeempfängers auch dann nicht, wenn sie unter §§ 11, 28 BSHG fallen. Mithin hat der Gesetzgeber die Bedarfsgemeinschaft mit den Eltern schon bei Volljährigkeit des bedürftigen Kindes gelockert (vgl. jedoch § 91 BSHG) und nicht über den Tod der Eltern hinaus aufrechterhalten (van de Loo, NJW 1990, 2852, 2857).

b) § 92c BSHG trifft eine Sonderregelung, die nur eine begrenzte Inanspruchnahme von durch Erbgang übergegangenem Vermögen eröffnet (BVerwG, a.a.O., 6). Gem. § 92 Abs. 1 BSHG besteht eine Verpflichtung zum Kostenersatz nur in den Fällen der §§ 92a und c BSHG. Damit liegt eine abschließende Regelung vor (Schellhorn/Jirasek/Seipp, 14. Aufl., § 92 BSHG, Rd.-Nr. 11 m.w.N.; Knopp/Fichtner, 7. Aufl., § 92 BSHG, Rd.-Nr. 3; § 92c BSHG, Rd.-Nr. 2).

Eine Erstreckung von § 92c BSHG auf Umgehungsversuche kommt demnach nur im Rahmen seines engen Anwendungsbereichs in Betracht, etwa wenn der Hilfeempfänger sein Schonvermögen angesichts seines bevorstehenden Todes seinen Erben zur Vermeidung des Kostenersatzes gem. § 92c BSHG schenkt (VG Freiburg, Zeitschr. für das Fürsorgewesen 1980, 15 ff.; Bundessozialhilfegesetz, Lehr- und Praxiskommentar [LPK-BSHG], § 92c BSHG, Rd.-Nr. 8). Von einer rechtswidrigen Umgehung des § 92c BSHG durch letztwillige Verfügungen der Eltern des Hilfeempfängers kann jedoch nicht die Rede sein, weil das von ihnen hinterlassene Vermögen, soweit es nicht um eine Haftung für sozialhilferechtliche Verbindlichkeiten der Eltern selbst geht, ohnehin nicht der in § 92c BSHG vorgesehenen Kostenersatzpflicht der Erben des Hilfeempfängers und seines Ehegatten unterliegt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Eltern ihr behindertes Kind zum Vorerben einsetzen. Dadurch wird der Nacherbe nicht zum Erben des Vorerben. Der Begriff „Erbe“ in § 92c BSHG entspricht dem des BGB und verweist auf die dort getroffenen Regelungen (BVerwGE 66, 161, 163).

Da § 92c BSHG den Nachlaß der Eltern nicht mit einer Kostenersatzpflicht für nach deren Tod dem behinderten Kind erbrachte Sozialleistungen belastet, können Eltern ihren Nachlaß an dem bedürftigen Kind vorbeileiten, ohne sich mit Wortlaut und Zweck des § 92c BSHG in Widerspruch zu setzen. Sie machen insoweit vielmehr von einer ihnen offenstehenden Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch.

2. Die Nichtigkeit der Nacherbfolge läßt sich auch nicht auf den Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe stützen (Subsidiaritätsprinzip, §§ 2 BSHG, 9 SGB I).

a) Dieser Grundsatz ist im BSHG in erheblichem Maße durchbrochen (BGHZ 111, 36, 42). Der Gesetzgeber respektiert nicht nur das Schonvermögen des Hilfsbedürftigen, seines Ehegatten und seiner Eltern (§§ 11, 28, 88 Abs. 2 BSHG), sondern

verlangt für die Hilfe in besonderen Lebenslagen auch den Einsatz des Einkommens nur innerhalb der Zumutbarkeitsgrenzen der §§ 79 ff. BSHG. Auch ohne weiteres durchsetzbare Unterhaltsansprüche nach bürgerlichem Recht werden nur in begrenztem Umfang gem. § 91 Abs. 1 und 3 BSHG übergeleitet. Der Gesetzgeber hat den Nachrang der Sozialhilfe je nach Art der Hilfeleistung differenziert und nicht überall beibehalten. Damit hat er dem Subsidiaritätsprinzip als Grundsatz die Prägnanz weithin genommen (van de Loo, MittRhNotK 1989, 233, 235; Schulte, NJW 1989, 1241, 1246; Schubert, JR 1991, 106; Kuchinke, FamRZ 1992, 362).

Darüber hinaus berücksichtigt das Gesetz jedenfalls im Blick auf Behinderte ein dem Subsidiaritätsgrundsatz gegenläufiges Prinzip, nämlich das des Familienlastenausgleichs (van de Loo, MittRhNotK 1989, 233, 251; Schulin, Verhandlungen des 59. DJT 1992, Bd. I, Gutachten E S. 85 f., 117). Deutlich wird dies insbesondere, wenn § 43 Abs. 2 BSHG die in § 28 BSHG genannten Personen bei bestimmten Eingliederungsmaßnahmen zugunsten jüngerer Behinderter unter 21 Jahren nur für die Kosten des Lebensunterhalts aufkommen läßt und sie im übrigen vom Einsatz des Einkommens und des Vermögens freistellt. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, die Eltern behinderter Kinder mit den Eltern nicht behinderter Kinder wirtschaftlich gleichzustellen; Eltern behinderter Kinder sollen nicht durch wirtschaftliche Belastungen in ihrer unentbehrlichen aktiven Mitwirkung an der Eingliederung ihrer Kinder in die Gesellschaft erlahmen (BVerwGE 48, 228, 234).

b) Danach bietet das BSHG keine Grundlage für die Auffassung, ein Erblasser müsse aus Rücksicht auf die Belange der Allgemeinheit seinem unterhaltsberechtigten, behinderten Kind jedenfalls bei größerem Vermögen entweder über den Pflichtteil hinaus einen Erbteil hinterlassen, um dem Träger der Sozialhilfe einen gewissen Kostenersatz zu ermöglichen, oder zumindest eine staatlich anerkannte und geförderte Behindertenorganisation als Nacherben einsetzen, damit der Nachlaß auf diesem Weg zur Entlastung der öffentlichen Hand beitrage (wie im Fall, der der Senatsentscheidung BGHZ 111, 36 ff. zugrunde lag; für eine derartige Verpflichtung des Erblassers aber Köbl, ZfSH/SGb 1990, 449, 465; Schubert, JR 1991, 107). Im Gegenteil trägt der Gesetzgeber jedenfalls mit § 43 Abs. 2 BSHG selbst dem Gedanken Rechnung, daß neben der Familie die Gesellschaft insgesamt unmittelbar für die mit der Versorgung, Erziehung und Betreuung von Kindern verbundenen wirtschaftlichen Lasten aufzukommen hat. Grund hierfür ist, daß Kinder die Existenz der Gesellschaft sichern. Die öffentliche Verantwortung ist in besonderem Maße gefordert, wenn es um eine gerechte Verteilung der schwerwiegenden Belastungen durch behinderte Kinder auch im Verhältnis zu Eltern mit nicht behinderten Kindern geht. Wieweit Eltern selbst für ihr behindertes Kind aufkommen müssen und wieweit ihnen wirtschaftliche Lasten von der Allgemeinheit abgenommen werden, liegt zwar im Ermessen des Gesetzgebers (so zum Familienlastenausgleich allgemein BVerfGE 82, 60 = NJW 1990, 2869 unter C II 2 b; BVerfGE 87, 1, 35 f. = NJW 1992, 2213, unter C II 1). Die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung kann aber nicht danach beurteilt werden, wie verantwortungsbewußte Eltern testieren würden, wenn der Gesetzgeber die ihm obliegende öffentliche Verantwortung nicht wahrgenommen hätte und es die bestehenden Ansprüche nach dem BSHG nicht gäbe.

c) Darüber hinaus wäre eine Einschränkung der Testierfreiheit ein Eingriff in die grundrechtlich gewährleistete Privatautonomie im Erbrecht (BGHZ 111, 36, 39 = DNotZ 1992, 241 = MittRhNotK 1990, 202). Zwar können Inhalt und Schranken dieses Grundrechts durch die Gesetze bestimmt werden (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Dabei ist dem Gesetzgeber nicht verwehrt, auf unbestimmte, der Ausfüllung bedürftige Rechtsbegriffe und Generalklauseln zurückzugreifen. Die Vorschriften müssen aber im Hinblick auf das Grundrecht, das sie einschränken, so genau gefaßt sein, wie es nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (Bestimmtheitsgrundsatz, BVerfGE 49, 168 = NJW 1978, 2446 unter B I 1 a; BVerfGE 56, 1, 12 = NJW 1981, 1311

unter C I 1 a). Ferner muß der Eingriff in das Grundrecht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sein (BVerfGE 67, 329 = NJW 1985, 1455 unter B II 1 a).

Im Lichte dieses Verständnisses wäre eine Einschränkung der Testierfreiheit durch Anwendung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB nur in Betracht zu ziehen, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen könnte. Weder das eine noch das andere liegt hier jedoch vor. Dem BSHG läßt sich gerade für Behinderte keine i.d.S. konsequente Durchführung des Nachrangs der öffentlichen Hilfe entnehmen. Es fehlt auch an einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, daß Eltern ihrem behinderten Kind jedenfalls von einer gewissen Größe ihres Vermögens an einen über den Pflichtteil hinausgehenden Erbteil hinterlassen müßten, damit es nicht ausschließlich der Allgemeinheit zur Last fällt (dagegen außer dem Berufungsgericht auch van de Loo, NJW 1990, 2852, 2857; Otte, JZ 1990, 1027, 1028; Krampe, AcP 191, 526, 560; Kuchinke, FamRZ 1992, 362 f.; Pieroth, NJW 1993, 173, 178). Der Gesetzgeber hat in § 2338 BGB dem Erblasser sogar Wege gewiesen, wie er das Familienvermögen vor dem Zugriff der Gläubiger eines überschuldeten Pflichtteilsberechtigten retten kann.

d) Anders kann es sein, wenn ein nicht erwerbstätiger, nicht vermögender Ehegatte in einer Scheidungsvereinbarung auf nachehelichen Unterhalt verzichtet mit der Folge, daß er der Sozialhilfe anheimfällt; eine solche Vereinbarung kann sittenwidrig und daher nichtig sein (BGHZ 86, 82, 86; BGHZ 111, 36, 41 = DNotZ 1992, 241 = MittRhNotK 1990, 202; vgl. BGH FamRZ 1992, 1403 unter 3 = DNotZ 1993, 524 = MittRhNotK 1992, 244). In Fällen der vorliegenden Art stehen dem behinderten Kind über den möglichen Pflichtteilsanspruch hinaus jedoch keine Rechte auf den Nachlaß seiner Eltern zu. Deshalb kann auch nicht davon die Rede sein, daß der Erblasser die Bedürftigkeit des behinderten Kindes herbeiführe, wenn er es nicht mit einer Zuwendung von Todes wegen bedenkt, und zwar unabhängig von der Größe seines Vermögens (so zutreffend van de Loo, NJW 1990, 2852, 2857; Krampe, AcP 191, 526, 560).

Entgegen der Revision vereitelt die hier zu beurteilende letztwillige Verfügung auch keine Rechte Dritter. Das BSHG gibt dem Träger der Sozialhilfe für Leistungen, die er nach dem Tod der Eltern des Hilfeempfängers erbracht hat, keinen Kostenersatzanspruch gegenüber dem Nachlaß der Eltern. Nur soweit dem Hilfeempfänger ein Pflichtteil nach seinen Eltern zusteht, kommt dessen Überleitung auf den Träger der Sozialhilfe in Betracht. Ob dies nach geltendem Recht auch gegen den Willen eines behinderten Hilfeempfängers möglich ist, der eine ihm unter Beschwerden hinterlassene Erbschaft nicht gem. § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB ausschlägt (dafür van de Loo, NJW 1990, 2852, 2856; dagegen insbesondere Krampe, AcP 191, 526, 532 f.), ist hier nicht zu entscheiden. Offenbleiben kann auch, ob und in welchem Umfang der Träger der Sozialhilfe einen etwaigen Anspruch eines behinderten Vorerben auf die Früchte des Nachlasses heranziehen kann (dafür Otte, JZ 1990, 1027, 1028 f.; Krampe, AcP 191, 526, 546 ff.). Die Wirksamkeit der Nacherbeinsetzung im vorliegenden Fall hängt davon nicht ab. Selbst wenn der Träger der Sozialhilfe sein Interesse dem Behinderten gegenüber nicht durchsetzen kann, ändert dies an der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung seiner Eltern nichts. Im übrigen könnte die Sozialhilfe allerdings gem. §§ 25 Abs. 2 Nr. 1, 29a BSHG bis auf das zum Lebensunterhalt Unerläßliche eingeschränkt werden, wenn der Behinderte eine durch Nacherbfolge beschränkte Erbschaft allein in der Absicht nicht ausschlägt, den Nachlaß seiner Eltern der Familie zu erhalten und die Voraussetzungen für die Gewährung von Sozialhilfe herbeizuführen, obwohl der Pflichtteil zu einer lebenslangen, umfassenden Versorgung des Behinderten ausreicht. Bei einer Heimpflege dürften Einschränkungen aber allenfalls in geringem Umfang in Betracht kommen (Karpen, MittRhNotK 1988, 131, 149; Köbl, ZfSH/SGb 1990, 449, 464).

8. Erbrecht – Bemessungsgrundsätze für die Vergütung des Testamentsvollstreckers

(OLG Köln, Urteil vom 8. 7. 1993 – 1 U 50/92)

BGB § 2221

1. Die „Richtlinien des Vereins für das Notariat in Rheinpreußen“ aus dem Jahre 1925 sind nach wie vor eine geeignete Grundlage für die Berechnung der Vergütung des Testamentsvollstreckers. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Wert des Nachlasses wesentlich durch Immobilienvermögen bestimmt wird.
2. Eine weitere degressive Staffelung der Vergütung – etwa ab einem Nachlaßwert von mehr als 1 Mio. DM – ist regelmäßig nicht vorzunehmen.
3. Eine zusätzliche „Konstituierungsgebühr“ steht dem Testamentsvollstrecker nur zu, wenn die Ermittlung und die Inbesitznahme des Nachlasses besonders schwierig oder besonders zeitraubend waren.
4. Übt der Testamentsvollstrecker Verwaltungstätigkeiten aus – z. B. Verwaltung von Mietshäusern, Kontenüberwachung, Regelung steuerlicher Angelegenheiten –, so steht ihm eine gesonderte Verwaltungsgebühr zu, für deren Höhe der jeweilige Bruttonachlaßwert maßgebend ist.
5. Eine gesonderte „Auseinandersetzungsgebühr“ kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die Auseinandersetzung selbst anspruchsvoll und mit besonderen Schwierigkeiten verbunden war.
6. Der Testamentsvollstrecker hat keinen Anspruch auf Zahlung von Mehrwertsteuer auf die ihm zuerkannte Vergütung.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Kl., der seit dem 5. 11. 1986 zunächst angestellter Anwalt, später als Sozist in der Sozietät X. und Dr. Y. tätig ist, macht aus abgetretenem Recht (Abtretungserklärung vom 2. 4. 1991) Ansprüche des Rechtsanwaltes X. aus dessen Tätigkeit als Testamentsvollstrecker über den Nachlaß der im November 1986 verstorbenen Frau P. geltend, ferner Ansprüche auf anwaltliche Vergütung für rechtsberatende Tätigkeit, die Rechtsanwalt X. im Zusammenhang mit dessen Tätigkeit als Testamentsvollstrecker ausübte.

Rechtsanwalt X. lernte die Erblasserin im Juni 1985 kennen. Im November 1985 bzw. Januar 1986 erhielt er für sich, seine Ehefrau und sein Kind von der Erblasserin insgesamt 375.000,- DM (jeweils 125.000,- DM). In einer nachträglich, nämlich am 25. 7. 1986 errichteten Urkunde wird die Hingabe des Geldes als Schenkung bezeichnet. In der Urkunde heißt es u. a.:

„Im Hinblick auf die ausgezeichnete menschliche Betreuung, die die Beschenkten ... der Schenkerin angedeihen ließen, sowie aufgrund der familiären menschlichen Beziehung wendet der Schenker den dies annehmenden Beschenkten die folgenden Barbeträge ohne Verpflichtung einer Gegenleistung und ohne Auflage zu.“

Die Erblasserin verstarb am 17. 11. 1986. Zu ihren Erben hatte sie mit Erbvertrag aus dem Jahre 1984 die Bekl. bestimmt, den Erbvertrag aber später in bezug auf die Bekl. 2) und 3) angefochten. Aus diesem Grunde kam es über die Erbscheinserteilung zu einem Verfahren über mehrere Instanzen, welches damit endete, daß den Bekl. zu 2) und 3) der Erbschein erteilt wurde. An diesem Verfahren war auch Rechtsanwalt X. als Testamentsvollstrecker beteiligt.

Der Gesamtnachlaß hatte per 17./18. 11. 1986 einen Bestand von 7 Mio. DM, wovon 6 Mio. auf Grundbesitz entfielen, der veräußert wurde. In der Folgezeit erhöhte sich der Wert des Nachlasses durch verschiedene Gewinne und Zuwächse auf über 8 Mio. DM. Mit Nachlaßverzeichnis vom 15. 3. 1991 und Verteilungsplan vom 16. 3. 1991 schloß Rechtsanwalt X. seine Testamentsvollstreckung im wesentlichen ab.

Einen Betrag von 578.058,11 DM hält er weiterhin zurück.

Über seine Tätigkeiten erteilte Rechtsanwalt X. zunächst wie folgt Abrechnung:

Testamentsvollstreckertätigkeit 390.122,- DM

Rechtsanwaltsgebühren 71.173,- DM

Rechtsanwaltsgebühren 19.400,- DM

Für seine Testamentsvollstreckertätigkeit hatte Rechtsanwalt X. bereits 220.712,50 DM aus dem Nachlaß entnommen. Mit der Klage hat er den darüber hinausgehenden Betrag geltend gemacht.

Die Bekl. haben behauptet, Rechtsanwalt X. sei langjähriger Vermögensverwalter der Erblasserin gewesen und habe in dieser Eigenschaft bereits Honorare erhalten. Die 375.000,- DM seien zusätzlich als Vorabvergütung für die Testamentsvollstreckung von der Erblasserin gezahlt worden. Lediglich aus steuerlichen Gründen seien die Zahlungen als Schenkung deklariert worden. Die Vorabentnahmen seien deshalb ohne Rechtsgrund erfolgt. Die Bekl. rechnen insoweit hilfsweise mit dem Betrag von 222.712,50 DM auf.

Die Bekl. zu 2) und 3) haben ferner geltend gemacht, wenn der Betrag von 375.000,- DM geschenkt worden sei, müsse dies als Schenkung i.S.d. § 2287 BGB angesehen werden, die deshalb zurückerstattet werden müsse.

Durch ein am 9. 7. 1992 verkündetes Urteil, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird, hat das LG die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, die Ansprüche des Rechtsanwaltes X. auf Testamentsvollstreckungsvergütung und Anwaltsvergütung seien durch die bereits erfolgten Zahlungen aus dem Nachlaß in voller Höhe gedeckt.

Nach den Regelsätzen entsprechend den Richtlinien des Rheinpreussischen Notarvereins ergebe sich bei Zugrundelegung der nicht bestrittenen Nachlaßwerte eine Regelvergütung von 82.369,07 DM. Eine Sondervergütung in Form einer vollen sogenannten Konstituierungsgebühr sei nicht angemessen. Die Ermittlung und Inbesitznahme des Nachlasses seien nämlich keineswegs besonders schwierig oder besonders zeitraubend gewesen. Gerechtfertigt sei jedoch eine Erhöhung der Regelgebühren insbesondere aufgrund der umfangreichen Abwicklung und Aufteilung des Nachlasses. Angemessen erscheine eine Erhöhung der Regelsätze um 50 % = 41.184,54 DM.

Über die Erhöhung der Regelgebühren von 50 % hinaus sei dem Testamentsvollstrecker ferner noch eine Verwaltungsgebühr zuzubilligen, die mit 1/3 % des Nachlaßwertes pro Jahr zu bemessen sei. Der Testamentsvollstrecker habe nämlich neben der Auseinandersetzung des Nachlasses auch Verwaltungstätigkeiten entfaltet. Die Verwaltungsgebühr betrage nach den nicht substantiiert angegriffenen Wertangaben des Kl. für die jeweiligen Jahre insgesamt 61.400,01 DM, so daß die Testamentsvollstreckergebühren mit insgesamt 184.953,62 DM zu bemessen seien.

Nicht erforderlich sei die Einschaltung eines Rechtsanwalts in dem Erbscheinsverfahren und im Schiedsgutachterverfahren gewesen. Ob die Gebührenforderung für die Eigentumsübertragung (Übertragungsvertrag) des Grundstücks B.-Straße berechtigt sei, bedürfe keiner Entscheidung, weil der geltend gemachte Betrag von 30.464,90 DM zusammen mit den Testamentsvollstreckergebühren unter den getätigten Entnahmen liege.

Gegen dieses Urteil richtet sich die – zulässige – Berufung des Kl., mit der er noch Ansprüche in Höhe von 145.177,06 DM geltend macht.

Der Kl. trägt dazu vor, der Testamentsvollstrecker habe eine Konstituierungsgebühr beanspruchen können. Was die Höhe der Vergütung angehe, könnten die Richtlinien des Rheinpreussischen Notarvereins von 1925 angesichts der heutigen Lebensverhältnisse keine Geltung mehr beanspruchen. Insbesondere könnten die Richtlinien dem in der Zeit zwischen 1925 und 1987 eingetretenen Geldwertverfall nicht hinreichend Rechnung tragen. Bezogen auf den Geldwert des Jahres 1925 im Vergleich zum Geldwert des Jahres 1987 errechne sich die Konstituierungsgebühr auf 118.033,90 DM. Auf diese Gebühr sei wegen überdurchschnittlicher Schwierigkeiten und Komplikationen im Rahmen der Konstituierung des Nachlasses ein Zuschlag von 50 % zu machen = 59.016,95 DM. Die Konstituierungsgebühr belaufe sich danach auf insgesamt 177.050,85 DM.

Neben der Konstituierungsgebühr könne der Testamentsvollstrecker auch eine Verwaltungsgebühr verlangen, weil er über mehrere Jahre hinweg eine Nachlaßverwaltung durchgeführt habe. Diese sei von mindestens durchschnittlicher Schwierigkeit gewesen. Dem Testamentsvollstrecker müsse daher zumindest eine Mittelgebühr zuerkannt werden. Diese Mittelgebühr belaufe sich auf 0,415 % des Wertes des jeweils verwalteten Vermögens (arithmetisches Mittel zwischen 1/3 und 1/2 % des Bruttonachlaßwertes). Die Verwaltungsgebühr errechne sich entsprechend auf 76.443,01 DM.

Da der Testamentsvollstrecker auch die Auseinandersetzung zwischen den Miterben durchgeführt habe, stehe ihm auch eine Auseinandersetzungsgebühr zu. Diese werde in der Weise errechnet, daß ein prozentualer Zuschlag auf die Konstituierungsgebühr gemacht werde. Angemessen sei ein Zuschlag von 30 % der Konstituierungsgebühr. Die Aus-

einandersetzungsgebühr errechne sich deshalb auf 43.115,26 DM. Bei der Testamentsvollstreckervergütung handle es sich um einen Nettobetrag, so daß ein Testamentsvollstrecker zusätzlich auch Anspruch auf anteilige Mehrwertsteuer habe. Dies müsse jedenfalls dann gelten, wenn der Testamentsvollstrecker gleichzeitig Anwalt sei. Die Mehrwertsteuer belaufe sich hier auf 42.925,28 DM, so daß die Testamentsvollstreckervergütung insgesamt 349.534,40 DM betrage.

Zu den Anwaltsgebühren trägt der Kl. vor, Ausgangspunkt sei der anerkannte Rechtsgrundsatz, daß der Testamentsvollstrecker auch Anspruch auf Vergütung der berufsmäßigen, regelmäßig nur gegen Entgelt geleisteten Dienste habe, soweit auch der Laien-Testamentsvollstrecker derartige Dienste innerhalb seines Amtes nicht selbst verrichtet hätte. Ein Laien-Testamentsvollstrecker hätte aber mit Sicherheit nicht ohne rechtliche Beratung den Schiedsgutachtenvertrag abgeschlossen. Er hätte sich zur Ausarbeitung, zumindest zur Überprüfung dieses Vertrages der Hilfe eines Anwalts bedient. Das gleiche gelte für die Veräußerung des Miteigentumsanteils an dem Kaufhausgrundstück an die K. AG. Der Testamentsvollstrecker habe Vertragslücken aufgedeckt und die beurkundenden Notare veranlaßt, den Vertrag entsprechend zu ergänzen. Ein Laien-Testamentsvollstrecker hätte sich mit Sicherheit, ehe er einen derartigen Kaufvertrag abgeschlossen habe, der Beratung eines Anwalts bedient. Einer rechtlichen Überprüfung habe schließlich auch der Vertrag über die Veräußerung des Grundstücks H.-Straße an die Bekl. zu 1) bedurft. Dieser Vertrag habe ausgesprochen komplizierte Regelungen notwendig gemacht.

Die Bekl. meinen, die Abtretung der angeblichen Forderung des Rechtsanwalts X. an den Kl. sei nichtig. Sie verweisen insoweit auf die Rechtsprechung, wonach die Abtretung anwaltlicher Gebührenforderungen gegen § 203 StGB verstoße und deswegen gem. § 134 BGB als nichtig angesehen werden müsse.

Im übrigen vertreten die Bekl. die Auffassung, die vom LG als berechtigt angesehene Testamentsvollstreckervergütung sei bereits weit überhöht. Die Richtlinien des Rheinpreussischen Notarvereins seien nach wie vor als geeignete Grundlage für die Berechnung der Testamentsvollstreckervergütung heranzuziehen. Die eingetretene Geldentwertung werde durch die nominale Wertsteigerung des Nachlaßvermögens mehr als ausgeglichen. Außerdem müsse bei einem Nachlaßwert von über 1 Mio. DM eine weitere degressive Staffelung der Vergütung vorgenommen werden. Den vom LG angenommenen Zuschlag von 50 % auf die Regelvergütung könne der Kl. ebenfalls nicht verlangen. Es habe sich nämlich letztendlich um einen einerseits keineswegs umfangreichen, andererseits auch rechtlich unkomplizierten Nachlaßfall gehandelt, der jedenfalls keinerlei besondere Schwierigkeiten bei der Abwicklung mit sich gebracht habe. Ebenso wenig könne der Kl. eine gesonderte Konstituierungsgebühr verlangen. Dies müsse schon deswegen gelten, weil im Regelfall, d. h. bei sogenannten normalen Verhältnissen und glatter Abwicklung, für einen Testamentsvollstrecker nur eine Gebühr anfalle. Außerdem sei die Konstituierung des Nachlasses im vorliegenden Fall keineswegs besonders schwierig oder besonders zeitaufwendig gewesen. Zur Bestimmung des Nachlaßumfangs seien keinerlei Ermittlungen erforderlich gewesen. Der Hinweis des Kl. auf das Haftungsrisiko des Testamentsvollstreckers rechtfertige ebenfalls keine Anhebung der Vergütung. Der Gesichtspunkt des Haftungsrisikos sei bei der prozentualen Bemessung der Normalvergütung bereits berücksichtigt. Ebenso wenig könne der wirtschaftliche Erfolg eines Testamentsvollstreckers eine Erhöhung rechtfertigen. Der wirtschaftliche Erfolg des Rechtsanwalts X. beruhe im übrigen ausschließlich auf der Gewinnsteigerung bei den Verkäufen des Hausgrundstücks H.-Straße und des Miteigentumsanteils an die K. AG. Es sei nichts dafür ersichtlich, aus welchen Gründen dies dem Testamentsvollstrecker zuzurechnen sein solle.

Neben der Regelvergütung könne der Testamentsvollstrecker eine gesonderte Verwaltungsgebühr nicht zusätzlich verlangen. Voraussetzung für eine derartige Verwaltungsgebühr sei eine besonders umfangreiche und zeitraubende Tätigkeit. Bereits diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall nicht gegeben. Weder die Verwaltung des Immobilienbesitzes noch der Zahlungsverkehr habe einen nennenswerten Umfang gehabt. Entgegen der Auffassung des Kl. stehe dem Testamentsvollstrecker schließlich auch eine gesonderte Auseinandersetzunggebühr nicht zu. Die vom Kl. als „anspruchsvoll und schwierig“ bezeichnete Auseinandersetzung habe sich darin erschöpft, daß er die Veräußerungserlöse jeweils entsprechend der Erbquote der Bekl. ausgekehrt habe.

Ein Anspruch auf Zahlung von Mehrwertsteuer stehe dem Testamentsvollstrecker ebenfalls nicht zu. Bei dem Testamentsvollstreckerhonorar handle es sich um eine Bruttvergütung, so daß diese nicht zusätzlich verlangt werden könne. Die Vergütung schließe vielmehr die Mehrwertsteuer ein.

Schließlich könne der Testamentsvollstrecker auch keine Rechtsanwaltsgebühren verlangen. Das Schiedsgutachterverfahren habe keinerlei rechtliche Probleme geboten. Es sei lediglich um die Höhe des Honorars gegangen. Nicht ersichtlich sei, daß der Testamentsvollstrecker insoweit veranlaßt gewesen sei, einen Rechtsanwalt zu beauftragen. Weder der Grundstückskaufvertrag mit der K. AG noch der Vertrag über die Veräußerung des Hausgrundstücks H.-Straße hätten einer

gesonderten Überprüfung durch einen Rechtsanwalt bedurft. Die gewöhnlichen Kenntnisse eines Testamentsvollstreckers, bei dem – auch wenn es sich um einen Laien-Testamentsvollstrecker handle – eine gewisse Geschäftsgewandtheit vorauszusetzen sei, und die dem Notar obliegende Belehrung und Beratung der Vertragsparteien seien vollkommen ausreichend gewesen. Ein darüber hinausgehender Beratungsbedarf habe nicht bestanden.

Ein Vergütungsanspruch stehe dem Testamentsvollstrecker im übrigen schon deshalb nicht zu, weil er bereits zu Lebzeiten der Erblasserin eine Vorabvergütung durch Überweisung eines Betrages von insgesamt 375.000,- DM erhalten habe. Diese Zahlungen seien als Anrechnungen auf zukünftige Testamentsvollstreckergebühren gedacht gewesen. Die Konstruktion einer Schenkung an den Testamentsvollstrecker, dessen Ehefrau und dessen Kind sei allein deshalb gewählt worden, um die steuerlichen Vorteile des § 9 ErbStG zu erlangen.

Aus den Gründen:

Die Berufung des Kl. ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Das LG hat die Klage zu Recht abgewiesen.

I. Der Senat neigt allerdings dazu, die Aktivlegitimation des Kl. zu bejahen. Es ist zwar den Bekl. recht zu geben, daß nach der neueren Rspr. (BGH NJW 1993, 1638; OLG Köln NJW 1992, 2772; OLG Hamburg NJW 1993, 1335, 1336) die Abtretungsvereinbarung zwischen zwei Rechtsanwälten über eine anwaltliche Honorarforderung ohne Zustimmung des Mandanten nichtig ist, weil sie auf ein unbefugtes Offenbaren des anwaltlichen Berufsgeheimnisses gerichtet ist. Der Senat hat Zweifel, ob diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall Anwendung finden kann. Zum einen ist der Testamentsvollstrecker im Katalog des § 203 StGB nicht aufgeführt. Demgemäß unterliegt der Testamentsvollstrecker auch keiner gesteigerten Verschwiegenheitspflicht. Etwas anderes kann sich auch nicht daraus ergeben, daß der Testamentsvollstrecker gleichzeitig Anwalt ist. Der Kl. weist insoweit zutreffend darauf hin, daß dem Testamentsvollstrecker Informationen, die ihm im Rahmen der Durchführung einer Testamentsvollstreckung offenbart werden, eben nicht in seiner Eigenschaft als Anwalt anvertraut worden sind. Eine andere Beurteilung kann sich auch nicht daraus ergeben, daß der Testamentsvollstrecker hier auch eine Vergütung für anwaltliche Tätigkeit geltend macht. Dies geschieht gerade nicht aufgrund eines Anwaltsvertrages, den der Testamentsvollstrecker mit einem Auftraggeber abgeschlossen hat.

Die Rechtsprechung billigt nur dem Testamentsvollstrecker, der gleichzeitig Anwalt ist und in diesem Zusammenhang selbst eine Tätigkeit geleistet hat, mit der ein Laien-Testamentsvollstrecker einen Anwalt beauftragt hätte, zusätzlich eine Vergütung für diese Tätigkeit zu. Anspruchsgrundlage bleibt auch insoweit § 2221 BGB.

Zum anderen ist es zweifelhaft, ob den Anwalt eine Verschwiegenheitspflicht gegenüber seinen Soziern und anwaltlichen Mitarbeitern treffen kann. Der Kl. war am 11. 3. 1987, als Rechtsanwalt X. die Testamentsvollstreckertätigkeit übernommen hat, bereits anwaltlicher Mitarbeiter in der Anwaltssozietät. Ihm gegenüber dürfte daher von vornherein keine Verschwiegenheitspflicht des Testamentsvollstreckers X. bestanden haben.

Letztlich kann die Frage der Aktivlegitimation aber offenbleiben, da dem Testamentsvollstrecker X. ohnehin keine Ansprüche gegen die Bekl. zustanden, die er dem Kl. hätte abtreten können.

II. Rechtsanwalt X. hatte aus seiner Tätigkeit als Testamentsvollstrecker lediglich einen Anspruch gegen die Bekl. in Höhe von 195.138,95 DM.

1. Als Testamentsvollstreckervergütung konnte er von den Bekl. gem. § 2221 BGB insgesamt einen Betrag von 184.953,62 DM verlangen.

Nach dieser Vorschrift steht dem Testamentsvollstrecker eine „angemessene“ Vergütung zu. Maßgebend für die Höhe der Vergütung des Testamentsvollstreckers sind der ihm im Rahmen der Verfügung von Todes wegen nach dem Gesetz obliegende Pflichtenkreis, der Umfang der ihn treffenden Verantwort-

tung und die von ihm geleistete Arbeit, wobei die Schwierigkeit der gelösten Aufgaben, die Dauer der Abwicklung oder der Verwaltung, die Verwertung besonderer Kenntnisse und Erfahrungen und auch die Bewährung einer sich im Erfolg auswirkenden Geschicklichkeit zu berücksichtigen sind (vgl. BGH LM, § 2221 BGB Nr. 2 = DNotZ 1964, 168; BGH WM 1972, 101; Staudinger/Reimann, § 2221 BGB, Rd.-Nr. 15 m.w.N.). Verschiedene Gerichte, Anwalts- und Notarvereinigungen haben Richtlinien für die Festsetzung der Vergütung des Testamentsvollstreckers aufgestellt. In der Praxis haben vor allem die Richtlinien Anerkennung gefunden, die der Verein für das Notariat in Rheinpreussen aufgestellt hat und die bei Plassmann (JW 1935, 1831) wiedergegeben sind. Sie lauten:

„Es wird empfohlen, die Gebühr für die Tätigkeit des Notars als Testamentsvollstrecker im Regelfalle wie folgt zu berechnen:

1. Bei einem Nachlaß bis zu 20.000,— RM Bruttowert 4 %,
2. darüber hinaus bis zu 100.000,— RM Bruttowert 3 %,
3. darüber hinaus bis zu 1.000.000,— RM Bruttowert 2 %,
4. darüber hinaus 1 %.

Diese Sätze gelten für normale Verhältnisse und glatte Abwicklungen. Folgt dagegen eine längere Verwaltungstätigkeit, z. B. beim Vorhandensein von Minderjährigen, oder verursacht die Verwaltung eine besonders umfangreiche und zeitraubende Tätigkeit, so kann eine höhere Gebühr als angemessen erachtet werden, auch eine laufende, nach dem Jahresbetrag der Einkünfte zu berechnende Gebühr gerechtfertigt sein.“

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 26. 6. 1967 (NJW 1967, 2400, 2402 = BB 1967, 1063 = DNotZ 1968, 355) die Auffassung vertreten, daß die Richtlinien des Rheinpreussischen Notarvereins nach wie vor als eine geeignete Grundlage für die Berechnung der Testamentsvollstreckervergütung anzuerkennen sind. Der BGH weist insoweit darauf hin, daß die nominale Wertsteigerung zu einer höheren Bewertung der Nachlässe als in früheren Jahren führt, so daß die prozentuale Bemessung der Testamentsvollstreckervergütung höhere Beträge ergebe, als sie für den wertmäßig gleichen oder entsprechenden Nachlaß früher ergeben hätte. Eine generelle Anhebung der Regelsätze mit Rücksicht auf die Zeitverhältnisse könne deshalb nicht in Betracht kommen. Ebenso hat auch das OLG Köln noch im Jahre 1987 (Rpfleger 1987, 458) die Richtlinien des Rheinpreussischen Notarvereins als maßgeblich für die Höhe der Testamentsvollstreckervergütung anerkannt.

Der Senat sieht keinen Anlaß, von diesen Richtlinien als Grundlage der Testamentsvollstreckervergütung abzugehen. Dem Kl. ist sicher darin recht zu geben, daß bei der Argumentation des BGH die Degression der Testamentsvollstreckervergütung unberücksichtigt bleibt. Die Bekl. zu 1) weist aber in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, daß die Grundstückspreise sehr viel mehr gestiegen sind als die allgemeinen Lebenshaltungskosten. Dies hat zur Folge, daß sich bei unverändertem Ansatz der Prozentsätze aus den Richtlinien für 1925 in den Fällen, in denen der Wert des Nachlasses wesentlich durch Immobilienvermögen bestimmt wird, eine weitaus höhere Testamentsvollstreckervergütung ergibt. Gerade diesen Gesichtspunkt hat auch der BGH (NJW 1967, 2400, 2402) herangezogen, um die Notwendigkeit einer generellen Anhebung der Regelsätze zu verneinen.

Der vorliegende Nachlaß bestand ganz überwiegend aus den beiden Grundstücken H.-Straße und B.-Straße. Sie machten etwa 90 % des Gesamtwertes des Nachlasses aus. Da es nach Auffassung des Senates auf eine generelle Betrachtungsweise ankommt, ist es unerheblich, ob gerade diese beiden Grundstücke in der Vergangenheit einen erheblichen Wertzuwachs gehabt haben, wovon der Senat aber – ebenso wie das LG – im übrigen auch ausgeht.

Dagegen hält der Senat eine weitere degressive Staffelung der Vergütung bei einem Nachlaßwert von mehr als 1 Mio. DM nicht für gerechtfertigt. Es ist bereits zweifelhaft, ob sich eine

derartige Auffassung – wie die Bekl. zu 1) meint – der Entscheidung des BGH vom 28. 11. 1962 (LM, § 2221 BGB Nr. 2 unter III = DNotZ 1964, 168) entnehmen läßt. Sie findet aber auch ansonsten in der Rspr. und dem Schrifttum keine Stütze.

In Übereinstimmung mit den Ausführungen im angefochtenen Urteil ergibt sich daher bei Zugrundelegung der nicht bestrittenen Nachlaßwerte folgende Regelvergütung:

4 % von	20.000,— DM	=	800,— DM
3 % von	80.000,— DM	=	2.400,— DM
2 % von	900.000,— DM	=	18.000,— DM
1 % von	6.116.907,— DM	=	61.169,07 DM
			<u>82.369,07 DM</u>

Auf dieser Regelvergütung kann der Testamentsvollstrecker einen Zuschlag in Höhe von 50 % = 41.184,54 DM verlangen. Die Berechtigung eines solchen Zuschlages ergibt sich zwar noch nicht daraus, daß der Wert des Nachlasses hoch und die Verantwortung des Testamentsvollstreckers entsprechend groß gewesen sind. Diese Umstände werden vielmehr bereits durch die Höhe der Regelvergütung abgegolten. Dem LG ist aber darin recht zu geben, daß die Abwicklung und die Aufteilung des Nachlasses durchaus einen Umfang erreicht hat, der über dem Durchschnitt lag. Dies gilt insbesondere für den Verkauf der beiden Grundstücke. Wegen der Einzelheiten der Begründung nimmt der Senat auf die zutreffenden Ausführungen des LG Bezug.

Dem LG ist ferner darin zuzustimmen, daß dem Testamentsvollstrecker eine gesonderte „Konstituierungsgebühr“ nicht zusteht. Die Konstituierungsgebühr ist eine Art Grundgebühr zur Abgeltung der Mühewaltung des Testamentsvollstreckers zu Beginn seiner Tätigkeit im Zusammenhang mit der Ermittlung und Inbesitznahme des Nachlasses (§ 2205 BGB), der Aufstellung und Mitteilung des Nachlaßverzeichnisses (§ 2215 BGB) und der Regulierung der Nachlaßverbindlichkeiten und Steuer-schulden. Der Senat geht in Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung im Schrifttum davon aus, daß bei einer normal verlaufenden Abwicklungsvollstreckung die besondere Berücksichtigung einer Konstituierungsgebühr ausscheidet (MünchKomm/Brandner, § 2221 BGB, Rd.-Nr. 12; Soergel/Damrau, § 2221 BGB, Rd.-Nr. 9). Jedenfalls ist nach Auffassung des Senats die Zuerkennung einer derartigen Konstituierungsgebühr nur gerechtfertigt, wenn die Ermittlung und Inbesitznahme des Nachlasses besonders schwierig oder besonders zeitraubend waren. Das LG hat diese Voraussetzungen zutreffend verneint. Der Nachlaß bestand lediglich aus zwei Grundstücken, einem Wertpapierdepot, einem Bankguthaben auf nur einem einzigen Konto, einer Haushaltseinrichtung sowie aus Schmuck. Zur Bestimmung des Nachlaßumfangs waren daher keine schwierigen Ermittlungen erforderlich. Auch war das Nachlaßverzeichnis ohne weitere Schwierigkeiten zu erstellen. Die vom Kl. umfänglich dargestellten Tätigkeiten des Testamentsvollstreckers gehen nicht über das hinaus, was üblicherweise bei derartigen Testamentsvollstreckungen erforderlich ist. Insbesondere gehören die Bewertung von Nachlaßgegenständen und die in diesem Zusammenhang gebotene Einschaltung von Sachverständigen nahezu zu jeder umfangreichen Testamentsvollstreckung. Das gleiche gilt für die Kündigung von Stromlieferungsverträgen, Zeitschriftenabonnements sowie für den Schriftwechsel mit Versicherungen usw. Von besonderen Schwierigkeiten kann insoweit auch nicht ansatzweise die Rede sein.

In Übereinstimmung mit den Ausführungen des LG billigt der Senat dem Testamentsvollstrecker dagegen eine besondere Verwaltungsgebühr in Höhe von 61.400,01 DM zu. Es kann nicht übersehen werden, daß der Testamentsvollstrecker neben der Auseinandersetzung des Nachlasses auch Verwaltungstätigkeiten ausgeübt hat. Zu nennen sind insoweit die Führung und Überprüfung des Kontos und der eingehenden Gelder, die Anlage von Festgeldern, die Verwaltung des Mietobjekts H.-Straße sowie die Verwaltung der Erlöse aus dem ge-

samen Immobilienbesitz, schließlich die Regelung der steuerlichen Angelegenheiten in Abstimmung und Zusammenarbeit mit dem Steuerberater und Rechtsanwalt Dr. H.

Was die Höhe der Verwaltungsgebühr angeht, so folgt der Senat der überwiegenden Auffassung im Schrifttum, die $\frac{1}{3}$ bis $\frac{1}{4}$ % des jeweiligen Bruttonachlaßwertes pro Jahr ansetzt (vgl. MünchKomm/Brandner, § 2221 BGB, Rd.-Nr. 14; Staudinger/Reimann, § 2221 BGB, Rd.-Nr. 18; Glaser, MDR 1983, 93, 95 m.w.N.).

Das LG hat insoweit zutreffend festgestellt, daß die Verwaltungstätigkeit des Testamentsvollstreckers weder als besonders schwierig noch als besonders umfangreich zu bewerten ist. Weder die Verwaltung des Immobilienbesitzes noch der Zahlungsverkehr hatte einen nennenswerten Umfang. Das gleiche gilt für die steuerlichen Angelegenheiten, die zudem überwiegend von dem Steuerberater Dr. H. erledigt worden sind. Der Senat hält es daher für gerechtfertigt, mit dem LG als Verwaltungsgebühr $\frac{1}{3}$ % des jeweiligen Bruttonachlaßwertes anzusetzen. Nach den nicht angegriffenen Wertangaben des Kl. ergibt sich – entsprechend der Berechnung des LG – eine Verwaltungsgebühr in Höhe von 61.400,01 DM.

Eine besondere Auseinandersetzungsgebühr, wie der Kl. sie erstmals in der Berufungsinstanz geltend macht, steht dem Testamentsvollstrecker dagegen nicht zu. Eine derartige Auseinandersetzungsgebühr kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die Auseinandersetzung selbst anspruchsvoll und mit besonderen Schwierigkeiten verbunden war. Entgegen der Auffassung des Kl. trifft dies für die Auseinandersetzung im vorliegenden Fall jedoch nicht zu. Die in der Berufungsbegründung aufgeführten Tätigkeiten des Testamentsvollstreckers betreffen gerade nicht die Auseinandersetzung selbst, sondern vorangehende Tätigkeiten, die die Abwicklung und die Veräußerung des Nachlasses betrafen. Die eigentliche Auseinandersetzung hat sich darauf beschränkt, daß der Testamentsvollstrecker die Veräußerungserlöse entsprechend der Erbquote der Bekl. ausgekehrt hat. Für diese Tätigkeit kann er jedoch keine besondere Gebühr verlangen.

Ebensowenig hat der Testamentsvollstrecker einen Anspruch auf Zahlung von Mehrwertsteuer auf die ihm zuerkannte Vergütung. Bei der Testamentsvollstreckervergütung handelt es sich nach einhelliger Auffassung, von der abzuweichen der Senat für den vorliegenden Fall keinen Anlaß sieht, um eine Bruttovergütung, so daß die Mehrwertsteuer nicht zusätzlich verlangt werden kann (vgl. KG OLGZ 1974, 225 = NJW 1974, 752; Soergel/Damrau, § 2221 BGB, Rd.-Nr. 19; Staudinger/Reimann, § 2221 BGB, Rd.-Nr. 26). Im übrigen hätte es aber dem Testamentsvollstrecker freigestanden, die Mehrwertsteuer in seiner Abrechnung gesondert auszuwerfen.

Es bleibt festzuhalten, daß dem Testamentsvollstrecker eine Vergütung in folgender Höhe zustand:

Regelvergütung	82.369,07 DM
50 % Zuschlag	41.184,54 DM
Verwaltungsgebühr	61.400,01 DM
	<u>184.953,62 DM</u>

2. Als Anwaltsvergütung konnte der Testamentsvollstrecker lediglich einen Betrag von insgesamt 10.185,33 DM verlangen.

Das LG hat vom Ansatz her zutreffend ausgeführt, daß der Testamentsvollstrecker Anspruch auf Zahlung der berufsmäßigen, regelmäßig nur gegen Entgelt geleisteten Dienste (etwa als Rechtsanwalt) hat, wenn er für die Verwaltung des Nachlasses seine besonderen beruflichen Kenntnisse und Erfahrungen einsetzt, also Dienste erbringt, für die ein anderer Testamentsvollstrecker einen entsprechenden Berufsangehörigen beauftragen müßte (vgl. MünchKomm/Brandner, § 2221 BGB, Rd.-Nr. 24; Glaser, MDR 1983, 93, 96). Es kommt also – wovon auch die Parteien übereinstimmend ausgegangen sind – darauf an, ob ein Laien-Testamentsvollstrecker für die entsprechende Tätigkeit einen Rechtsanwalt zugezogen hätte.

Entgegen der Ansicht des Kl. bedurfte das Schiedsgutachterverfahren nach der Auffassung des Senats nicht der Hinzuziehung eines Anwalts. Der Kl. räumt insoweit selbst ein, daß es in erster Linie um das den Schiedsgutachtern zugewiesene Honorar ging. Für die Regelung dieser Frage bedurfte es jedoch nicht der Einschaltung eines Rechtsanwalts. Es handelt sich vielmehr – ungeachtet der Höhe des Honorars – um eine Entscheidung, die ein Testamentsvollstrecker auch ohne anwaltlichen Rat treffen kann und muß.

Etwas anderes gilt für die Überprüfung des Kaufvertrages mit der K. AG. Dabei ist zu berücksichtigen, daß es um einen Kaufpreis von immerhin 5 Mio. DM ging. Es ist dem Kl. zuzugestehen, daß ein Laien-Testamentsvollstrecker angesichts dieser großen Summe anwaltlichen Rat eingeholt hätte. Bei Zugrundelegung einer 5/10-Geschäftsgebühr gem. § 118 Abs. 1 S. 1 BRAGO und einer Auslagenpauschale von 40,- DM ergibt dies unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer eine Summe von 10.185,33 DM.

Dagegen bedurfte die Überprüfung des Vertrages mit der Bekl. zu 1) über den Kauf des Hausgrundstücks H.-Straße keiner besonderen anwaltlichen Beratung. Der Senat weist insoweit darauf hin, daß sowohl die Bekl. zu 1) als auch die Bekl. zu 2) und 3) gleichermaßen anwaltlich vertreten waren. Es ist ferner unstreitig, daß die Bekl. selbst untereinander einig geworden sind über die Modalitäten des Übernahmevertrages. Der Testamentsvollstrecker benötigte deshalb keine eigene juristische Beratung. Insgesamt verbleibt es deshalb bei einem Anspruch auf Erstattung von Anwaltsgebühren in Höhe von 10.185,33 DM.

3. Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß der Testamentsvollstrecker insgesamt einen Anspruch auf Zahlung von 195.138,95 DM hatte. Da diese Summe weit unter dem bereits von Rechtsanwalt X. aus dem Nachlaß entnommenen Betrag von 222.712,50 DM liegt, ist die Klage unbegründet und dementsprechend die Berufung gegen das angefochtene Urteil zurückzuweisen. Die Frage, ob sich der Testamentsvollstrecker auf seinen Vergütungsanspruch die bereits vor dem Tod der Erblasserin erfolgten Zahlungen in Höhe von insgesamt 375.000,- DM als Vorabvergütung anrechnen lassen muß, kann bei dieser Sachlage offenbleiben.

9. Erbrecht – Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft bei ausdrücklicher Ersatznacherbeneinsetzung
(BayObLG, Beschluß vom 30. 9. 1993 – 1Z BR 9/93 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

BGB §§ 2069; 2096; 2108

Zum Verhältnis von Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft und Ersatznacherbeneinsetzung sowie zum Verhältnis einer ausdrücklichen Ersatznacherbeneinsetzung zur Auslegungsregel des § 2069 BGB, wonach die Abkömmlinge eines zum Nacherben eingesetzten, aber vor dem Nacherbfall verstorbenen Abkömmlings des Erblassers als bedacht angesehen werden.

Zum Sachverhalt:

Die verwitwete Erblasserin verstarb im Jahr 1971 im Alter von 82 Jahren. Aus ihrer Ehe mit dem im Jahr 1954 vorverstorbenen Ehemann sind sechs Kinder hervorgegangen, nämlich Rupert (verstorben im Jahr 1986), Ulrich (verstorben im Jahr 1974), Theresia (verstorben im Jahr 1985), Anton (seit 1944 vermißt, bisher aber nicht für tot erklärt), Elisabeth (Bet. zu 4) und Franz (Bet. zu 5).

Die Bet. zu 1), zu 2) und zu 3) sind Enkel der Erblasserin und die Kinder aus der Ehe der 1985 verstorbenen Tochter der Erblasserin Theresia, die ausweislich des Erbscheins von ihrem Ehemann allein beerbt wurde.

Die Erblasserin hinterließ ein notarielles Testament vom 18. 1. 1966, in welchem sie verfügt hatte:

„... Ich ernenne hiermit meinen Sohn Rupert ... zu meinem Vorerben. Als Nacherben setze ich meine anderen Kinder, nämlich Ulrich ..., Elisabeth ..., Theresia ... und Franz ... zu gleichen Anteilen ein. Als Ersatznacherben sollen die übrigen Nacherben zu gleichen Anteilen sein. Die Nacherbfolge tritt mit dem Tode des Vorerben ein. Als Ersatzerbe für

den Sohn Rupert ernenne ich meine Tochter Elisabeth. Diese ist aber die Alleinerbin. Eine Nacherbfolge nach Elisabeth soll nicht eintreten.

Der Vorerbe Rupert soll von allen Beschränkungen und Verpflichtungen eines Vorerben befreit sein. Der Erbe oder die Ersatzerbin hat aus meinem Barvermögen, Spareinlagen und Giroeinlagen bei der Sparkasse ... an den Sohn Ulrich einen Betrag von 1.000,- DM und den nach Abzug der Sterbefallkosten verbleibenden Rest an die Abkömmlinge der Tochter Theresia zur einen Hälfte nach gleichen Stammanteilen und zur anderen Hälfte an die Abkömmlinge des Sohnes Franz nach gleichen Stammanteilen innerhalb sofort hinauszugeben ..."

Ein Erbschein ist bisher nicht erteilt worden. Im Jahre 1990 hatte der Ehemann und Alleinerbe der 1985 verstorbenen Theresia unter Berufung auf § 2108 Abs. 2 BGB einen Erbschein dahin beantragt, daß die Erblasserin von den noch lebenden Geschwistern des 1986 verstorbenen Vorerben Rupert, den Bet. zu 4) und 5), und von ihm zu je $\frac{1}{3}$ beerbt worden sei. Sein Antrag ist mit der Begründung zurückgewiesen worden, daß von der Erblasserin durch die Einsetzung von Ersatznacherben im Testament zugleich – und entgegen dem Grundsatz des § 2108 Abs. 2 BGB – die Vererblichkeit des Nacherbenrechts ausgeschlossen worden sei. Die Beschwerde gegen diese Entscheidung blieb erfolglos. Zur Niederschrift des AG beantragten die Bet. zu 1), 2) und 3) einen Teilerbschein dahin, daß die Erblasserin von ihnen zu je $\frac{1}{3}$ beerbt worden sei. Sie berufen sich erneut auf den Grundsatz der Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft sowie auf § 2069 BGB und vertreten die Auffassung, daß die Erblasserin durch die Berufung von Ersatznacherben die Abkömmlinge eines vor dem Nacherbfall verstorbenen Nacherben nicht habe ausschließen wollen.

Diese Erbscheinsanträge wurden von AG und LG zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde verfolgen die Bet. zu 1), 2) und zu 3) ihre Erbscheinsanträge weiter.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Beschwerdeentscheidung des LG und zur Zurückverweisung des Verfahrens an dieses.

1. Das LG hat ausgeführt:

Vor dem Eintritt des Nacherbfalles durch den Tod des Vorerben Rupert im Jahr 1986 seien zwei der vier Kinder der Erblasserin, die diese als Nacherben eingesetzt hatte, vorverstorben, nämlich der im Jahr 1974 kinderlos verstorbene Ulrich und die im Jahr 1985 verstorbene Theresia, die Mutter der Bet. zu 1) bis 3). Entsprechend der Ersatznacherbeneinsetzung im Testament seien die beiden verbliebenen Nacherben, die Bet. zu 4) und zu 5), an die Stelle der weggefallenen Nacherben getreten. Daran ändere weder die Regelung des § 2108 Abs. 2 S. 1 BGB noch die Bestimmung des § 2069 BGB etwas. Jene Vorschrift sei von vornherein nicht geeignet, ein Erbrecht der Bet. zu 1) bis 3) zu begründen, da Theresia allein von ihrem Ehemann, nicht aber von ihren Kindern beerbt worden sei. § 2069 BGB greife nicht ein, obwohl seine tatbestandlichen Voraussetzungen an sich gegeben seien, da „kein Zweifel“ i.S.d. Vorschrift bestehe. Das Testament enthalte durch die Bestimmung der Ersatznacherben eine klare Regelung; diese sei eindeutig, so daß für die Anwendung des § 2069 BGB kein Raum sei.

2. Dieser Auslegung kann sich der Senat aus Rechtsgründen nicht anschließen (§§ 27 Abs. 1 FG, 550 ZPO). Das Testament der Erblasserin ist bezüglich der hier entscheidenden Frage, wer anstelle der zur Nacherbin eingesetzten, vor dem Nacherbfall aber verstorbenen Theresia zum Nacherben berufen ist, nicht eindeutig.

a) Die Frage, ob eine Verfügung von Todes wegen eindeutig und damit nicht auslegungsfähig oder aber unklar und damit auslegungsbedürftig ist, ist eine Rechtsfrage, die vom Beschwerdegericht nachzuprüfen und deren Verknennung als Gesetzesverletzung i.S.d. § 27 FG anzusehen ist (BayObLGZ 1983, 213, 218; 1991, 173, 176 = MittRhNotK 1991, 217; st. Rspr. des Senats).

b) Das LG hat zu Unrecht die Auslegungsfähigkeit verneint. Zwar hat die Erblasserin in ihrem Testament ausdrücklich „die übrigen Nacherben“ zu Ersatznacherben eingesetzt. Im Testament ist aber nicht geregelt, wann die Ersatznacherbfolge eingreifen soll. Das LG geht davon aus, daß die eingesetzten Ersatznacherben bei Vorversterben eines der eingesetzten Nach-

erben in jedem Fall eintreten. Möglich ist aber auch eine Auslegung dahin, daß die angeordnete Ersatznacherbfolge, die im Ergebnis der Anwachsung i.S.d. § 2094 Abs. 1 S. 1 BGB entspricht, erst eintreten soll, wenn der ganze Stamm eines eingesetzten Nacherben ausfällt. Entgegen der Annahme des LG ist daher die Anwendung der Auslegungsregel des § 2069 BGB nach dem Wortlaut des Testaments nicht ausgeschlossen. Die mithin entscheidungserhebliche Frage, ob die eingesetzten Ersatznacherben hier den nach § 2069 BGB berufenen Ersatznacherben vorgehen oder nicht, läßt sich aus dem Wortlaut des Testaments allein nicht eindeutig beantworten.

c) Auch aus dem Umstand, daß die Erblasserin überhaupt eine Ersatznacherbfolge angeordnet hat, ergibt sich – jedenfalls in vorliegendem Fall – keineswegs eindeutig, daß die Auslegungsregel des § 2069 BGB nicht Anwendung finden soll. Im Zeitpunkt der Testamentserrichtung hatten zwei der vier als Nacherben eingesetzten Kinder eigene Abkömmlinge, die beiden anderen waren unverheiratet und kinderlos. Es ist nicht selbstverständlich, ja nicht einmal naheliegend, daß die Erblasserin beide Gruppen hinsichtlich der Frage der Ersatznacherbfolge gleich behandeln wollte, wie das LG im Ergebnis annimmt.

Dessen Auffassung, die eingesetzten Ersatznacherben gingen vor, überzeugt hier schließlich auch deshalb nicht, weil es sich bei der maßgeblichen letztwilligen Verfügung um ein notarielles Testament handelt. Es ist somit davon auszugehen, daß der niedergelegte Erblasserwille hinsichtlich seiner rechtlichen Auswirkungen fachlich überprüft war. Im Jahre 1966 entsprach es aber – zurückgehend auf Planck/Flad, 4. Aufl., § 2069 BGB, Anm. 1 – herrschender, jedenfalls ganz überwiegender Auffassung in der Lit. (Nachweise s. MünchKomm/Skibbe, 1. Aufl., § 2096 BGB, Rd.-Nr. 8, Fn. 16), daß in Anwendung des § 2069 BGB Abkömmlinge eines als Erben eingesetzten Abkömmlings des Erblassers anderen, ausdrücklich berufenen Ersatzerben i.S.d. § 2096 BGB vorgehen. Soweit ersichtlich, hat erstmals Diederichsen (NJW 1965, 671, 674) diese Auffassung in Frage gestellt, dessen Kritik hat sich Skibbe in der 1. Aufl. (1982) des MünchKomm (a.a.O.) angeschlossen. Ist der Wille des rechtlich beratenden Erblassers durch die Auffassung zu einer bestimmten Rechtsfrage beeinflusst, so liegt es im Zweifel nahe, für die gem. §§ 133, 2084 BGB erforderliche Ermittlung dieses Willens den Standpunkt der h.M. zu der Rechtsfrage im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung zugrunde zu legen. Danach ergäbe sich hier das gegenteilige Ergebnis von dem, was das LG dem Testament meinte – eindeutig – entnehmen zu können.

Die angefochtene Entscheidung kann daher nicht bestehen bleiben, weil sie die Auslegungsfähigkeit der maßgeblichen letztwilligen Verfügung zu Unrecht verneint hat.

3. Sie erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§§ 27 Abs. 1 S. 2 FG, 563 ZPO). Dies wäre allerdings dann der Fall, wenn der Erbscheinsantrag der Bet. zu 1) bis 3) unabhängig davon zurückzuweisen wäre, wie die Ersatznacherbenklausel des Testaments auszulegen ist. Dies käme in Betracht, wenn § 2108 Abs. 2 S. 1 BGB, auf den sich die Bf. – wenn auch in entgegengesetzter Zielrichtung – berufen, mit der Folge anzuwenden wäre, daß die Nacherbenanwartschaft in den Nachlaß der verstorbenen Theresia gefallen und damit auf deren Erben übergegangen wäre. In diesem Fall würde das Eintreten von Ersatznacherben – gleichgültig welcher Personengruppe – ausscheiden.

a) An der Anwendung des § 2108 Abs. 2 S. 1 BGB war das LG nicht schon wegen der Bindung an seinen eigenen Beschluß gehindert, mit dem es die Beschwerde des Ehemanns der Theresia gegen die Abweisung seines auf § 2108 Abs. 2 S. 1 BGB gestützten Erbscheinsantrags zurückgewiesen hat. Denn die auf dem Grundsatz des § 565 Abs. 2 ZPO beruhende Selbstbindung des Beschwerdegerichts greift im Erbscheinsverfahren nur insoweit ein, als dasselbe Verfahren erneut in die Rechtsmittelinstanz gelangt; sie gilt hingegen nicht, wenn über einen neuen, wenn auch denselben Nachlaß betreffenden Erbscheins-

antrag zu befinden ist (s. dazu im einzelnen BayObLG NJW 1992, 322).

b) Die vom LG vertretene Auffassung, daß durch das Testament vom 18. 1. 1966 die Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft ausgeschlossen worden sei, ist jedoch im Ergebnis zutreffend. Zwar ist das Verhältnis zwischen der Regel des § 2108 Abs. 2 S. 1 BGB und der Ersatznacherbfolge – sei es nach § 2069 BGB, sei es nach § 2096 BGB – nach wie vor keineswegs rechtlich eindeutig geklärt. Das RG (RGZ 142, 171; 169, 38) ging davon aus, daß die Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft regelmäßig weder durch die ausdrückliche Einsetzung eines Ersatznacherben noch durch die Einsetzung von Abkömmlingen zum Nacherben (mit der Folge der Anwendbarkeit des § 2069 BGB) ausgeschlossen ist (in gleichem Sinne BayObLGZ 1961, 132, 136 = DNotZ 1961, 486). Der BGH (NJW 1963, 1150, 1151) hat sich dem in Bezug auf § 2069 BGB im Grundsatz angeschlossen, allerdings offen gelassen, ob bei ausdrücklicher Einsetzung eines Ersatznacherben etwas anderes anzunehmen sei; in der Entscheidung ist zugleich darauf hingewiesen, daß es entscheidend auf den nach den Umständen des Einzelfalls zu ermittelnden Willen des Erblassers ankomme und weniger auf die mehr theoretischen Erwägungen zur generellen Rangfolge der in §§ 2069, 2096 und 2108 Abs. 2 S. 1 BGB bezeichneten Fälle. Demgemäß wird heute der konkreten Ermittlung des Erblasserwillens wesentliche Bedeutung zugemessen (vgl. OLG Köln OLGZ 1968, 91, OLG Oldenburg Rpfleger 1989, 106 = MittRhNotK 1989, 143; Palandt/Edenhofer, 52. Aufl., Rd.-Nr. 4; Soergel/Harder, 12. Aufl., Rd.-Nm. 5, 6; Erman/Schmidt, 9. Aufl., Rd.-Nr. 4; RGRK/Johannsen, 12. Aufl., Rd.-Nr. 8 ff.; MünchKomm/Grunsky, 2. Aufl., Rd.-Nr. 6, je zu § 2108 BGB, sowie MünchKomm/Leipold, § 2069 BGB, Rd.-Nr. 24).

Der Senat schließt sich dieser konkreten Betrachtungsweise an. Dem Testament ist deutlich die Absicht der Erblasserin zu entnehmen, den Nachlaß über den Erbfall hinaus ausschließlich den überlebenden Kindern zu erhalten, unbeschadet der noch zu klärenden Frage, ob deren Abkömmlinge gem. der Auslegungsregel des § 2069 BGB an ihre Stelle treten. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Erblasserin sowohl für den Vorerben wie für die Nacherben jeweils Ersatzerben eingesetzt und sowohl hinsichtlich der in erster Linie berufenen als auch hinsichtlich der ersatzweise berufenen Erben ausschließlich ihre Abkömmlinge berücksichtigt hat. Dem der Regel des § 2108 Abs. 2 S. 1 BGB zugrundeliegenden Gedanken, die Rechtsstellung des Nacherben schon bei dem Eintritt des Vorerbfalls zu stärken, hat sie ersichtlich keine Bedeutung beigemessen. Demgemäß kann dem Gesamtzusammenhang der von der Erblasserin getroffenen letztwilligen Verfügung entnommen werden, daß sie für den Fall des Vorversterbens eines der eingesetzten Nacherben nicht der Vererblichkeit des Nacherbenrechts, sondern der Ersatznacherbfolge den Vorrang einräumen wollte.

4. Die demgemäß erforderliche Auslegung des Testaments in Bezug darauf, ob anstelle der vorverstorbenen Nacherbin Theresia entsprechend der Auslegungsregel des § 2069 BGB deren Kinder (die Bet. zu 1), 2) und 3) oder die überlebenden Geschwister (die Bet. zu 4) und zu 5) als Ersatznacherben getreten sind, kann der Senat nicht selbst vornehmen. Weitere Ermittlungen, die Aufklärung verschaffen können und daher im Rahmen der Amtsermittlung gem. § 12 FGG geboten erscheinen, sind möglich. Im Rechtsbeschwerdeverfahren können sie jedoch nicht durchgeführt werden.

Insbesondere ist Notar N. über die Absichten der Erblasserin bei der Testamentserrichtung zu hören. Er steht als Zeuge noch zur Verfügung, obwohl er in den Ruhestand getreten ist. Die Testamentserrichtung liegt zwar über 27 Jahre zurück. Der Senat hat kürzlich (FamRZ 1993, 366) die Auffassung vertreten, daß bei einer derartigen Zeitspanne ohne besondere Anhaltspunkte nicht davon ausgegangen werden muß, daß der Notar sich an die Beurkundung erinnern kann. Wie sich aber aus dem oben Ausgeführten ergibt, würde es hier möglicherweise schon

genügen, wenn der Notar über seine seinerzeitige allgemeine Beurkundungspraxis in Bezug auf das Verhältnis der Ersatzerbenbestimmung (§ 2096 BGB) zu der Auslegungsregel des § 2069 BGB Auskunft geben könnte, wozu die Erinnerung an die konkrete Einzelbeurkundung nicht unbedingt erforderlich ist.

5. Für den Fall, daß aufgrund der Bekundungen des Notars oder auf andere Weise eine für die Entscheidung der Auslegungsfrage hinreichende Überzeugung nicht zu gewinnen sein sollte, weist der Senat auf folgendes hin:

a) Die Frage, ob ein ausdrücklich berufener Ersatzerbe i.S.d. § 2096 BGB den nach der Auslegungsregel des § 2069 BGB zum Ersatzerben berufenen Abkömmlingen vorgeht oder nicht, wird in der Lit. nach wie vor unterschiedlich beantwortet. Staudinger/Otte (12. Aufl., § 2096 BGB, Rd.-Nr. 2) und Erman/Schmidt (§ 2096 BGB, Rd.-Nr. 3) geben nach wie vor im Zweifel der Anwendung des § 2069 den Vorzug. Der auf Diederichsen (NJW 1965, 671, 674) zurückgehenden Gegenauffassung haben sich außer MünchKomm/Skibbe (2. Aufl., § 2096 BGB, Rd.-Nr. 8) nunmehr auch Lange/Kuchinke (Erbrecht, 3. Aufl., S. 372, 373) und Soergel/Loritz (12. Aufl., § 2096 BGB, Rd.-Nr. 3 entgegen Soergel/Damrau, 11. Aufl., a.a.O.) angeschlossen.

Der Senat ist der Auffassung, daß – ähnlich wie im Verhältnis zwischen der Vererblichkeitsregel des § 2108 Abs. 2 S. 1 BGB zur Ersatzerbenberufung (§ 2096 BGB) – eine generelle Regel in dieser Frage nicht aufgestellt werden kann. Denn eine allgemeine Rechtsüberzeugung in der Bevölkerung für den Vorrang in der einen oder in der anderen Richtung läßt sich nicht feststellen. Entscheidend ist nach Auffassung des Senats daher in erster Linie, ob anhand des Testaments und der sonstigen Umstände des Einzelfalls ermittelt werden kann, ob und gegebenenfalls welche Vorstellungen der Erblasser seiner Verfügung zugrunde gelegt hat (i.d.S. auch Soergel/Loritz, a.a.O., und Lange/Kuchinke, 372, Fn. 58).

b) Dem vom Nachlaßgericht und vom LG hilfsweise angeführten Gesichtspunkt, daß die Erblasserin die Enkel im Testament vermächtnisweise „in einem ihr offenbar ausreichend erscheinenden Umfang“ bedacht habe, kann sich der Senat nicht anschließen, soweit daraus abgeleitet werden soll, daß die Erblasserin ihre Enkel als Nacherben nicht mehr in Betracht gezogen hätte. Die Vermächtnisse stehen nämlich ersichtlich in unmittelbarem Zusammenhang mit der Einsetzung des Sohnes Rupert zum alleinigen befreiten Vorerben. Daß sie nach dem Willen der Erblasserin die Berufung zum Nacherben nicht ausschließen sollten, ergibt sich schon daraus, daß auch dem ausdrücklich als Nacherben eingesetzten Sohn Ulrich ein Geldvermächtnis zugewendet wurde. Die Vermächtnisaussetzungen zeigen im übrigen, daß der Erblasserin daran gelegen war, die vier Stämme ihrer Kinder, die erst als Nacherben zum Zug kommen sollten, dafür zu entschädigen, daß der Sohn Rupert zum alleinigen Vorerben eingesetzt war, und daß der Erblasserin dabei daran gelegen war, daß diese vier Stämme untereinander gleichrangig behandelt werden. Auffallend ist nämlich, daß – wenn auch in individueller Form – jeder der vier Stämme bedacht wurde: Ulrich in Form eines Geldvermächtnisses, die unverheiratete Tochter Elisabeth durch ein Wohnrecht, die Stämme nach der Tochter Theresia und dem Sohn Franz jeweils durch ein Geldvermächtnis zugunsten der Enkel.

Aus der Anordnung der Erblasserin, daß die Geldvermächtnisse an die Enkel nicht nach Kopfteilen, sondern nach gleichen Stammesanteilen zu verteilen sind, ergibt sich schließlich ein deutlicher Anhaltspunkt dafür, daß die Erblasserin die Stämme nach Theresia und nach Franz untereinander gleich behandelt wissen wollte. Dies würde für die Anwendung der Auslegungsregel des § 2069 BGB sprechen, da nur dann die Stämme nach Theresia und nach Franz gleichwertig zum Zug kommen. Die im angefochtenen Beschluß vertretene Auffassung hätte hingegen zur Folge, daß der Stamm Franz mit einem höheren Anteil, die Abkömmlinge des Stammes Theresia überhaupt nicht zum Zuge kämen.

c) Das LG wird schließlich zu berücksichtigen haben, daß der Bet. zu 5) als Motiv der Erblasserin für die im Testament getroffene – auf den ersten Blick schwer durchschaubare – Regelung genannt hat, daß die Tochter aus der geschiedenen Ehe des Vorerben Rupert von der Erbfolge ferngehalten werden sollte. War dies aber das Motiv insbesondere auch für die ausdrückliche Ersatznacherbenregelung des Testaments, so besteht kein Grund, diese so auszulegen, daß neben dieser im Testament auch nirgends erwähnten Enkelin auch die der Erblasserin – wie das vorgenannte Vermächtnis zeigt – nahestehenden Enkel des Stammes nach Theresia ausgeschlossen werden.

10. Gesellschaftsrecht – Korrektur einer Buchwertklausel durch ergänzende Vertragsauslegung (Änderung der Rechtsprechung)

(BGH, Urteil vom 20. 9. 1993 – II ZR 104/92)

BGB §§ 157; 723; 738

- 1. Eine gesellschaftsvertragliche Abfindungsklausel, die eine unter dem wirklichen Anteilswert liegende Abfindung vorsieht, wird nicht deswegen unwirksam, weil sie infolge eines im Laufe der Zeit eingetretenen groben Mißverhältnisses zwischen dem Betrag, der sich aufgrund der vertraglichen Vereinbarung ergibt, und dem wirklichen Anteilswert geeignet ist, das Kündigungsrecht des Gesellschafters in tatsächliche Hinsicht zu beeinträchtigen.**
- 2. Der Inhalt der vertraglichen Abfindungsregelung ist jedoch auch in einem solchen Fall durch ergänzende Vertragsauslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter angemessener Abwägung der Interessen der Gesellschaft und des ausscheidenden Gesellschafters und unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles entsprechend den veränderten Verhältnissen neu zu ermitteln (Fortführung des Senatsurteils vom 24. 5. 1993 – II ZR 36/92 – WM 1993, 1412).**

Zum Sachverhalt:

Der Kl. war Kommanditist der verklagten KG; er gehörte der Gesellschaft seit 1934 an. Im Jahre 1984 ließ eine Gläubigerin des Kl. dessen Ansprüche auf Zahlung der Gewinne und des Auseinandersetzungsguthabens pfänden; sie kündigte die Gesellschaft zum 31. 12. 1987. § 7 des Gesellschaftsvertrages enthält folgende Regelung:

„Kündigt ein Gesellschafter, so scheidet er mit Ablauf der Kündigungsfrist aus der Gesellschaft aus, die übrigen Gesellschafter setzen die Gesellschaft fort mit dem Recht, die Firma fortzuführen. Fällt ein Gesellschafter in Konkurs, oder erfolgt die Kündigung durch den Gläubiger eines Gesellschafters, so scheidet der betreffende Gesellschafter zum Schluß des laufenden Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus.“

In allen diesen Fällen des Ausscheidens erhält der betreffende Gesellschafter als Abfindung aller seiner Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen den Betrag seines Kapitalkontos zuzüglich bzw. abzüglich des Saldos auf dem Privatkonto aufgrund der Steuerbilanz zum Ausscheidungstermin.

Dasselbe gilt, wenn ein Gesellschafter aus wichtigen Gründen aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird bzw. seine Kündigung durch Herrn G. M. gem. § 4 Schlußabsatz ausgesprochen wird.“

Nach § 9 des Gesellschaftsvertrages ist die Abfindung unter Verzinsung in fünf Jahresraten auszahlbar.

Der Kl. hatte am 31. 12. 1987 neben seiner Kommanditeinlage von 360.000,- DM auf seinem Privatkonto ein Guthaben von 278.174,56 DM. In diesem letzteren Betrag war der Jahresgewinn für 1987 und ein Teil des Jahresgewinns für 1986 von zusammen 166.147,92 DM enthalten. Die Bekl. zahlte auf das Abfindungsguthaben vor Klageerhebung 127.634,91 DM und danach weitere Beträge.

Der Kl. hat mit der Klage Zahlung weiterer 272.118,34 DM an die Gläubigerin verlangt. Er hat geltend gemacht, zwischen dem Buchwert und dem wirklichen Wert seines Kommanditanteils bestehe ein erhebliches Mißverhältnis; seine Abfindung sei deshalb nach dem letzteren Wert zu berechnen. Diesen hat er zuletzt unter Übernahme des Ergebnisses eines vom LG eingeholten Sachverständigengutachtens mit 1.056.000,- DM beziffert. Hiervon und von dem nicht aus den Gewinnen für 1986 und 1987 bestehenden Guthaben auf dem Privatkonto hat er als erste Rate

^{1/5}, nämlich 233.605,33 DM, zuzüglich der nicht ausgezahlten Gewinne für 1986 und 1987 und abzüglich der Zahlungen der Bekl. eingeklagt.

Das LG hat die Bekl. zur Zahlung von 178.138,34 DM nebst Zinsen abzüglich nach Klageerhebung gezahlter 77.642,57 DM verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klage – abgesehen von einem Teil des Zinsanspruchs – in vollem Umfang (272.118,32 DM nebst Zinsen abzüglich der genannten 77.642,57 DM) stattgegeben und die auf gänzliche Klageabweisung gerichtete Anschlußberufung der Bekl. zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision führt, soweit zum Nachteil der Bekl. erkannt worden ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der tatsächliche Wert der Beteiligung 1.056.000,- DM (zuzüglich des Guthabens auf dem Privatkonto in Höhe von 278.174,56 DM) betrage. Es hat gemeint, im Hinblick auf die Differenz zwischen diesem Betrag und dem Buchwert von 360.000,- DM (zuzüglich jener 278.174,56 DM) sei die in § 7 des Gesellschaftsvertrages der Bekl. getroffene Abfindungsvereinbarung unwirksam. Dem kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden.

Das Berufungsgericht hat die Buchwertklausel unter dem rechtlichen Gesichtspunkt beurteilt, daß ein erhebliches Zurückbleiben des vertraglichen Abfindungsanspruchs hinter dem wirklichen Anteilswert infolge eines im Laufe der Zeit eingetretenen Mißverhältnisses zwischen beiden Werten das Kündigungsrecht des Gesellschafters in tatsächlicher Hinsicht in einer dem Rechtsgedanken des § 723 Abs. 3 BGB widersprechenden und damit unzulässigen Weise einschränken könne; in einem solchen Fall sei die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung unwirksam. Das entspricht der bisherigen Rspr. des Senats (vgl. WM 1984, 1506 = DNotZ 1986, 31 und ZIP 1989, 768 = DNotZ 1991, 910; ferner – für das GmbH-Recht – BGHZ 116, 359, 369 = DNotZ 1992, 526 = MittRhNotK 1992, 54). Dagegen wird jedoch in Teilen des Schrifttums vorgebracht, eine Abfindungsvereinbarung könne nicht je nach der Entwicklung des Verhältnisses zwischen Buch- und tatsächlichem Anteilswert zu verschiedenen Zeitpunkten wirksam oder unwirksam sein (vgl. Rasner, NJW 1983, 2905, 2908; K. Schmidt, GesR, 2. Aufl. § 50 IV 2 c cc, S. 1225; Schlegelberger/K. Schmidt, 5. Aufl., § 138 HGB, Rd.-Nr. 63, 70, 78; Büttner, FS Nirk, 1992, S. 119, 124 f.). Dieser Einwand ist berechtigt. Eine ursprünglich wirksame, zunächst weder nach § 138 BGB zu beanstandende noch das Kündigungsrecht der Gesellschafter entgegen § 723 Abs. 3 BGB faktisch beeinträchtigende Abfindungsklausel wird nicht dadurch nichtig, daß sich – insbesondere bei wirtschaftlich erfolgreichen Unternehmen – Abfindungsanspruch und tatsächlicher Anteilswert im Laufe der Jahre immer weiter voneinander entfernen. Die vertragliche Regelung bleibt vielmehr als solche wirksam. Die Frage ist nur, welchen Inhalt sie unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben hat und ob sie gegebenenfalls im Hinblick auf die geänderten Verhältnisse zu ergänzen ist. Hierauf hat der Senat in einem Fall abgestellt, in dem es nicht um die faktische Einschränkung des Kündigungsrechts des Gesellschafters ging, sondern dieser auf der Grundlage einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden war (WM 1993, 1412). Die dort aufgestellten Grundsätze gelten auch dann, wenn die vertragliche Abfindungsbeschränkung den Fall der eigenen Kündigung des Gesellschafters erfaßt. Es trifft gewiß zu, daß der Gesellschafter durch die infolge der tatsächlichen Entwicklung für ihn ungünstig gewordene Abfindungsregelung davon abgehalten werden kann, sein Kündigungsrecht auszuüben. Dies stellt jedoch nur einen Aspekt dar, unter dem das Festhalten an der vertraglichen Vereinbarung für ihn unzumutbar sein kann. Letztlich geht es um eine die beiderseitigen Interessen im Hinblick auf die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse berücksichtigende Ermittlung dessen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Entwicklung vorhergesehen hätten; notfalls ist der Vertragsinhalt unter Berücksichtigung

dieser Entwicklung zu ergänzen. Im Ergebnis war dies nach der in Anlehnung an § 723 Abs. 3 BGB entwickelten Rechtsprechung nicht anders. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift führte nicht zur Abfindung nach dem Verkehrswert (§ 738 BGB), sondern zu einer „angemessenen“ Abfindung, „deren Bemessung unter Berücksichtigung der von den Bet. mit der Abfindungsregelung verfolgten Zwecke und der zwischenzeitlich eingetretenen Änderung der Verhältnisse . . . zu erfolgen hat“ (BGHZ 116, 359, 371 = DNotZ 1992, 526 = Mitt-RhNotK 1992, 54; WM 1984, 1506).

2. Das Berufungsgericht hat errechnet, daß die Buchwertabfindung des Kl. nur 35 % – bei Einbeziehung des auf dem Privatkonto ausgewiesenen Guthabens 47 % – der nach dem Verkehrswert ermittelten Abfindung betrage. Es hat hierin ein „deutliches“ Mißverhältnis gesehen und deshalb die vereinbarte Buchwertklausel für unwirksam erachtet. Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht geprüft, ob die hierdurch entstandene Vertragslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ausgefüllt werden könne. Diese Frage hat es mit der Begründung verneint, es sei nicht feststellbar, welche Vereinbarung die Vertragsparteien getroffen hätten, wenn sie bei der Einfügung der Buchwertklausel in den Gesellschaftsvertrag im Jahre 1942 bedacht hätten, daß die Satzungsbestimmung nach mehreren Jahrzehnten wegen ihrer dann eingetretenen Unangemessenheit nicht mehr anwendbar sein werde. Aus diesem Grunde trete gem. § 738 BGB an die Stelle der Buchwertabfindung diejenige nach dem – auf der Grundlage des Ertragswerts ermittelten – vollen Verkehrswert.

Diese Beurteilung kann keinen Bestand haben, weil sie auf der unzutreffenden Annahme beruht, die in § 7 des Gesellschaftsvertrages enthaltene Buchwertklausel sei nichtig. Letzteres trifft, wie oben ausgeführt, nicht zu. Es geht vielmehr darum, ob die Parteien, wenn sie bei Vertragsschluß die spätere Entwicklung der Verhältnisse in Betracht gezogen hätten, es gleichwohl bei der vereinbarten Regelung belassen oder ob sie bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner jener Entwicklung durch eine anderweitige vertragliche Bestimmung Rechnung getragen hätten (vgl. BGHZ 84, 1, 7; 90, 69, 77). Führt eine solche Prüfung zu dem Ergebnis, daß letzteres zu bejahen ist, dann steht nicht nur fest, daß der Vertrag insoweit eine Lücke aufweist, sondern es ergibt sich daraus in aller Regel gleichzeitig auch, wie diese Lücke auszufüllen ist. Ein Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht kommt, wie der Senat mehrfach betont hat, nur als letzter Notbehelf in Betracht (NJW 1979, 1705, 1706 = DNotZ 1979, 354 und BB 1986, 421 = DNotZ 1986, 367). Soweit irgend möglich, sind danach Lücken von Gesellschaftsverträgen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in der Weise auszufüllen, daß die Grundzüge des konkreten Vertrages „zu Ende gedacht“ werden. Dabei sind gewiß in erster Linie Anhaltspunkte heranzuziehen, die sich dem übrigen Vertragsinhalt und den sonstigen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegebenen Umständen entnehmen und die auf den tatsächlichen Willen der Parteien schließen lassen. Hierauf ist aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die Ermittlung des für die ergänzende Auslegung maßgebenden hypothetischen Parteiwillens nicht beschränkt; dieser ist vielmehr unter Einbeziehung einer objektiven Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ermitteln (vgl. BGHZ 90, 69, 76, 77).

Eine in einem Gesellschaftsvertrag enthaltene Buchwertklausel trägt dem Interesse der Gesellschaft Rechnung, Liquidität und Fortbestand des Unternehmens nicht durch unerträglich hohe Abfindungen zu gefährden. Die Verwirklichung dieses Anliegens, das sich die einzelnen Gesellschafter bei Abschluß des Vertrages oder bei ihrem späteren Beitritt zur Gesellschaft zu eigen gemacht haben, findet jedoch dort ihre Grenze, wo es nach den Maßstäben von Treu und Glauben dem ausscheidenden Gesellschafter nicht mehr zuzumuten ist, sich mit der Abfindung entsprechend der vertraglichen Regelung zufriedenzugeben. Ob die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, hängt, wie der Senat in dem bereits erwähnten Urteil vom 24. 5. 1993 (a.a.O., 1413) ausgeführt hat, nicht allein vom Ausmaß des im

Laufe der Zeit entstandenen Mißverhältnisses zwischen dem Abfindungs- und dem tatsächlichen Anteilswert, sondern auch von den gesamten sonstigen Umständen des konkreten Falles ab. Zu ihnen gehören insbesondere die Dauer der Mitgliedschaft des Ausgeschiedenen in der Gesellschaft, sein Anteil am Aufbau und Erfolg des Unternehmens und der Anlaß des Ausscheidens. Der zuletzt genannte Umstand hat nicht, wie die Revision einwendet, deshalb außer Betracht zu bleiben, weil das zu einer unzumutbaren Erforschung der Gründe führen würde, die den Gesellschafter etwa veranlaßt haben, eine ordentliche Kündigung auszusprechen. Derartiges ist mit der Erforderlichkeit, den Anlaß des Ausscheidens mit in die Betrachtung einzubeziehen, nicht gemeint. Es geht vielmehr, wie der Senat in jenem Urteil (a.a.O.) bereits dargelegt hat, darum, daß dem aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossenen Gesellschafter das Festhalten an der sich für ihn ungünstig auswirkenden vertraglichen Regelung unter Umständen in einem weiteren Umfang zugemutet werden kann als etwa einem Gesellschafter, der sich wegen eines von den anderen Gesellschaftern veranlaßten wichtigen Grundes zum freiwilligen Ausscheiden veranlaßt gesehen hat.

Ob es Fallgestaltungen geben kann, in denen durch eine ergänzende Vertragsauslegung kein befriedigendes Ergebnis zu erzielen ist und in denen sodann die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht kommen kann (vgl. dazu R. Fischer, Wirtschaftsfragen der Gegenwart [FS Barz], 1974, 33, 46 f.; Ulmer, FS Quack, 1991, 477, 489; Büttner, FS Nirk, 1992, 119, 128), ist hier nicht zu erörtern.

3. Die Sache bedarf auf der Grundlage der vorstehend dargelegten rechtlichen Beurteilung erneuter tatrichterlicher Würdigung. Zu diesem Zweck ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

a) Soweit das Berufungsgericht ein grobes Mißverhältnis zwischen gesetzlicher und vertraglich vereinbarter Abfindung festgestellt hat, läßt sich dies entgegen der Ansicht der Revision aus Rechtsgründen nicht beanstanden. Das Berufungsgericht hat zu Recht berücksichtigt, daß der Kl. der Gesellschaft 53 Jahre lang angehört hat und nunmehr als alter Mann – der Kl. ist über 80 Jahre alt – auf die Verwertung seines Kommanditeils angewiesen ist. Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, daß die Gesellschaft den Abfluß von Geldmitteln in Höhe eines über dem Buchwert liegenden Betrages verkraften kann. Die Revision meint demgegenüber, bei der gebotenen Interessenabwägung müsse es sich zu Lasten des Kl. auswirken, daß er nicht unfreiwillig aus der Gesellschaft ausgeschieden, insbesondere nicht etwa – ohne wichtigen Grund – „hinausgekündigt“ oder ausgeschlossen worden sei; die Kündigung durch die Privatgläubigerin des Kl. müsse einer eigenen Kündigung gleichgesetzt werden. Das mag in gewisser Weise zutreffen; aber daraus läßt sich nicht, wie die Revision es tut, folgern, der Kl. müsse gerade aus diesem Grunde Einbußen bei seiner Abfindung hinnehmen. Im Gegenteil behält auch nach dem bei der Anwendung der §§ 157 und 242 BGB anzulegenden Maßstab von Treu und Glauben der Gedanke, daß das Kündigungsrecht des Gesellschafters nicht über Gebühr entwertet werden darf, sein Gewicht. Freilich kommt die Kündigung durch einen Privatgläubiger mit der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Folge des Ausscheidens des Gesellschafters einer Ausschließung aus wichtigem Grund nahe. Der Gesellschaftsvertrag hätte diesen Sachverhalt auch, wie es des öfteren geschieht, so regeln können, daß ein Gesellschafter, dessen Gläubiger die Gesellschaft nach § 135 HGB kündigt, von den übrigen Gesellschaftern aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann; so war es in dem im Urteil vom 24. 5. 1993 (a.a.O.) entschiedenen Fall (vgl. auch BGHZ 65, 22, 28 = DNotZ 1976, 181). Der Grund des Ausscheidens liegt insofern in der Person des Kl., ohne daß ihn indessen daran ein Verschulden trifft; die Verwertung seines Anteils durch die Gläubigerin beruht nach dem jedenfalls für die Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Vortrag des Kl. darauf, daß er zur Bestrei-

tung hoher Krankheitskosten für seinen inzwischen verstorbenen Sohn bei jener Gläubigerin einen Kredit aufgenommen hatte.

Zieht man alle diese Umstände in Betracht und berücksichtigt man schließlich, daß die Gesellschaft das Abfindungsguthaben nicht auf einmal zu zahlen braucht, sondern daß der Gesellschaftsvertrag die Auszahlung in fünf Jahresraten vorsieht, so ist die Wertung des Berufungsgerichts, es sei dem Kl. nach Treu und Glauben nicht zuzumuten, sich mit dem vom Berufungsgericht festgestellten Buchwert abfinden zu lassen, nicht zu beanstanden.

b) Bei der gebotenen Ergänzung der vertraglichen Regelung wird davon auszugehen sein, daß, wie oben ausgeführt, die Vereinbarung einer Abfindung nach dem Buchwert jedenfalls auf die Absicht der Vertragsparteien schließen läßt, die Abfindungsleistungen der Gesellschaft im Interesse des Fortbestands des Unternehmens zu begrenzen. Dieses Ziel ist nur bis zu bestimmten Grenzen mit den berechtigten Interessen des ausscheidenden Gesellschafters vereinbar. Schießt die Abfindungsregelung auf der Grundlage der Buchwerte infolge der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse über das hinaus, was dem ausscheidenden Gesellschafter nach Treu und Glauben zugemutet werden kann, so kann die notwendige Korrektur in aller Regel gleichwohl nicht darin bestehen, nunmehr die Unternehmensinteressen gänzlich zu vernachlässigen und die Abfindung nach dem vollen Verkehrswert zu bemessen.

Eine angemessene Berücksichtigung der beiderseitigen Belange wird vielmehr dadurch zu erreichen sein, daß ein Betrag zwischen dem Buch- und dem Verkehrswert zugrunde gelegt wird. Er ist unter Berücksichtigung der für die ergänzende Vertragsauslegung maßgebenden Umstände des vorliegenden Falles einschließlich der Vermögens- und Ertragsstruktur des Unternehmens festzusetzen.

11. Notarrecht/Beurkundungsrecht – Prüfungskompetenz des Notars im Klauselerteilungsverfahren (hier: Streit der Beteiligten über Erfüllungswirkung einer Umsatzsteuerabtretung)

(OLG Frankfurt/Main, Beschluß vom 12. 11. 1993 – 20 W 131/93 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Horst Richter, Frankfurt/Main)

BeurkG §§ 52; 54

ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5; 797 Abs. 2

BGB § 364

Ist dem Grundstückskäufer vertraglich gestattet worden, die auf den Kaufpreis zu entrichtende Mehrwertsteuer durch Abtretung seines gegen den Fiskus gerichteten Anspruchs auf Erstattung der Umsatzsteuer zu erbringen, und macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so darf der vom Verkäufer auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung wegen eines Teilbetrages der Mehrwertsteuer angegangene Notar nicht den Streit der Vertragsbeteiligten darüber entscheiden, ob die Abtretung an Erfüllung Statt oder erfüllungshalber erfolgt ist.

Zum Sachverhalt:

Durch notariellen Vertrag vom 20. 12. 1991 hat die Ast. fünf Grundstücke an die Ag. verkauft und aufgelassen. Hinsichtlich des Kaufpreises ist in Abschn. II 1 des Vertrages u. a. folgendes bestimmt:

„Der Kaufpreis beträgt 3.130.000,- DM zzgl. 14% Mehrwertsteuer in Höhe von 438.200,- DM, somit ein Betrag in Höhe von 3.568.200,- DM...

Der Kaufpreis ist zu erbringen wie folgt: Die auf den Kaufpreis zu entrichtende Mehrwertsteuer kann die Käuferin mit schuldbefreiender Wirkung entrichten, indem sie dem Verkäufer ihren Umsatzsteuererstattungsanspruch mittels der vorgeschriebenen Formblätter bis spätestens zum 31. 1. 1992 rechtswirksam abtritt.“

In Abschn. II 2 des Vertrages heißt es:

„Die Käuferin unterwirft sich wegen der Zahlung des Kaufpreises nebst evtl. Zinsen dem Verkäufer gegenüber der sofortigen Zwangsvoll-

streckung aus dieser Urkunde in ihr gesamtes Vermögen. Dem jeweiligen Forderungsberechtigten kann jederzeit, ohne Nachweis der die Fälligkeit der Forderung begründenden Tatsachen, vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden. Eine Umkehr der Beweislast ist hiermit nicht verbunden.“

Die Ag. hat den Nettokaufpreis in Höhe von 3.130.000,- DM – wie vereinbart auf ein Anderkonto des Notars – gezahlt und auch ihren Umsatzsteuererstattungsanspruch gegen den Fiskus mittels des vorgeschriebenen Formblatts an die Ast. abgetreten.

Die Ast. hat den Notar unter dem 26. 10. 1992 um die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Urkunde wegen eines Teilbetrages von 88.297,30 DM gebeten. Dazu hat sie vorgetragen, die Abtretung des Umsatzsteuererstattungsanspruchs durch die Ag. habe nicht zu ihrer vollständigen Befriedigung geführt, weil das zuständige FA nicht die volle Umsatzsteuerschuld von 438.200,- DM, sondern nur einen Betrag von 349.902,70 DM erstattet habe. Der Notar hat das Begehren der Ast. mit Schreiben vom 14. 12. 1992 abgelehnt mit der Begründung, nach den ihm bekannten Verhandlungen der Beteiligten vor und bei Abschluß des Vertrages vom 20. 12. 1991 sei die Vertragsklausel, wonach die Ag. die Mehrwertsteuer mit schuldbefreiender Wirkung durch Abtretung ihres Umsatzsteuererstattungsanspruchs an die Ast. entrichten kann, dahin zu verstehen, daß die Forderung der Ast. gegen die Ag. wegen der Mehrwertsteuer von 438.200,- DM mit der Abtretung des Umsatzsteuererstattungsanspruchs auch dann erloschen sei, wenn dieser Steuererstattungsanspruch gar nicht oder nicht in der vollen Höhe von 438.200,- DM bestehen sollte. Mithin habe er positive Kenntnis davon, daß der in der Urkunde verbrieft Kaufpreisanspruch von insgesamt 3.568.200,- DM vollständig erloschen sei, so daß er der Ast. die verlangte vollstreckbare Ausfertigung nicht erteilen dürfe.

Die gegen die Weigerung des Notars gerichtete Beschwerde der Ast. vom 22. 1. 1993 hat das LG durch Beschluß vom 17. 2. 1993 deshalb zurückgewiesen, weil es den vom Notar vertretenen Standpunkt für zutreffend erachtet. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Ast.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde der Ast. ist statthaft (§§ 54 BeurkG, 27. Abs. 1 FGG; vgl. dazu Senat OLGZ 1981, 49, 50; OLG Hamm MittRhNotK 1987, 202; Keidel/Winkler, Teil B, FGG, 12. Aufl., § 54 BeurkG, Rd.-Nr. 8), auch sonst zulässig und begründet. Der angefochtene Beschluß beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 27 Abs. 1 S. 2 FGG, 550 ZPO).

Nach allg. M. erstreckt sich die Prüfungspflicht des Notars bei Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen nur auf das Vorliegen der formellen Voraussetzungen, während materielles Recht im Klauselerteilungsverfahren nur ausnahmsweise Prüfungsgegenstand ist (Senat OLGZ 1989, 418 = DNotZ 1990, 105 = MittRhNotK 1989, 176; KG DNotZ 1951, 274; LG Duisburg MittRhNotK 1984, 27; LG Aachen MittRhNotK 1985, 9; LG Kleeve DNotZ 1978, 680 mit krit. Anm. Wolfsteiner; Jansen, FGG, 2. Aufl., § 52 BeurkG, Rd.-Nr. 24; Keidel/Winkler, a.a.O., § 52 BeurkG, Rd.-Nr. 12; Huhn/von Schuckmann, 2. Aufl., § 52 BeurkG, Rd.-Nr. 71; MünchKomm/Wolfsteiner, § 797 ZPO, Rd.-Nr. 17 i.V.m. § 724 ZPO, Rd.-Nr. 38-40; Zöller/Stöber, 18. Aufl., § 797 ZPO, Rd.-Nr. 4). Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung darf der Notar also nur dann verweigern, wenn er positiv weiß, daß der materielle Anspruch nicht mehr besteht (LG Koblenz DNotZ 1972, 190), oder ihm dies durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen wird. Von diesen Grundsätzen ist auch das LG ausgegangen. Seine Meinung, im Streitfall stehe zweifelsfrei fest, daß der Anspruch der Ast. gegen die Ag. auf Zahlung der auf den Kaufpreis zu entrichtenden Mehrwertsteuer in Höhe von 438.200,- DM dadurch erloschen sei, daß diese ihren gegen den Fiskus gerichteten Umsatzsteuererstattungsanspruch an die Ast. abgetreten habe, trifft jedoch deshalb nicht zu, weil es nicht Aufgabe des um Erteilung der Vollstreckungsklausel angegangenen Notars und des ihm (nach § 54 BeurkG) übergeordneten Beschwerdegerichts ist, Feststellungen dieser Art zu treffen.

Der Notar und das LG haben die Vereinbarung der Beteiligten in Abschn. II 1 Abs. 2 des Vertrages vom 20. 12. 1991 über die Art, in der die Ag. die auf den Kaufpreis zu entrichtende Mehrwertsteuer entrichten kann, als Abrede einer Leistung an Erfüllung Statt ausgelegt. Diese Auslegung erscheint zwar nicht ausgeschlossen, obwohl sie dem Wortlaut des Vertrages nicht

zweifelsfrei entnommen werden kann sowie von der Ast. ausdrücklich bestritten wird und im übrigen allgemein die Ansicht vertreten wird, daß bei der Übertragung von Forderungen des Schuldners gegen Dritte entsprechend der Lebenserfahrung in aller Regel Leistung erfüllungshalber und nicht an Erfüllung Statt anzunehmen ist (RGZ 65, 79; MünchKomm/Heinrichs, 2. Aufl., § 364 BGB, Rd.-Nr. 7; Palandt/Heinrichs, 52. Aufl., § 364 BGB, Rd.-Nr. 7; Erman/Westermann, 9. Aufl., § 364 BGB, Rd.-Nr. 13; Köhler, WM 1977, 242, 243). Die Ermittlung des Willens der Vertragsparteien im Einzelfall, die möglicherweise sogar der Beweiserhebung bedarf, gehört jedoch bei der Klauselerteilung nicht zu den Aufgaben des Notars und des ihm übergeordneten Beschwerdegerichts. Zweifelhafte materielle Rechtsfragen zu entscheiden, gehört ausschließlich in den Zuständigkeitsbereich des Prozeßgerichts im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage (vgl. Huhn/von Schuckmann, § 52, Rd.-Nr. 76; Wolfsteiner, DNotZ 1978, 681, 682; Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1989, § 10 III 2 b, 225, 226 m.w.N. in Fn. 202).

12. Steuerrecht/Erbschaftsteuer – Unzulässigkeit einer Richtervorlage über die Verfassungsmäßigkeit der Einheitswertbesteuerung

(BVerfG, Beschluß vom 14. 12. 1993 – 1 BvL 25/88)

ErbStG § 12

BewG §§ 13 Abs. 1; 92; 121 a

GG Art. 3

Zur Zulässigkeit einer Richtervorlage über die Verfassungsmäßigkeit der Einheitswertbesteuerung

Aus den Gründen:

A.

Das Normenkontrollverfahren betrifft die Frage, ob § 12 Abs. 1 u. 2 ErbStG in der für das Jahr 1983 geltenden Fassung insoweit mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar war, als danach erbschaftsteuerrechtlich die Bereicherung durch Grundbesitz mit dem Einheitswert, dagegen die Bereicherung durch einen Erbbauzinsanspruch für ein an demselben Grundstück bestelltes Erbbaurecht mit dem vollen Kapitalwert bemessen wurde.

I. Die Bewertung des Vermögensanfalls beim Erb- oder Schenkungsfall richtet sich nach § 12 ErbStG. Die ersten beiden Absätze der Vorschrift hatten in der Fassung des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts vom 17. 4. 1974 (BGBl. I, 933) den folgenden Wortlaut:

„(1) Die Bewertung richtet sich, soweit nicht in den Abs. 2 bis 6 etwas anderes bestimmt ist, nach den Vorschriften des Ersten Teils des Bewertungsgesetzes (Allgemeine Bewertungsvorschriften).

(2) Grundbesitz (§ 20 BewG) und Mineralgewinnungsrechte (§ 100 BewG) sind mit dem Einheitswert anzusetzen, der nach dem zweiten Teil des Bewertungsgesetzes (Besondere Bewertungsvorschriften) auf den Zeitpunkt festgestellt ist, der der Entstehung der Steuer vorangegangen ist oder mit ihr zusammenfällt.“

Für den Fall, daß zum Vermögensanfall ein Grundstück gehört, welches mit einem Erbbaurecht belastet ist, bestimmt § 12 Abs. 2 ErbStG 1974 i.V.m. § 92 Abs. 1 BewG, daß als Gesamtwert der Einheitswert zu ermitteln ist, der ohne die Belastung mit einem Erbbaurecht anzusetzen wäre. Dieser wird sodann nach Maßgabe des § 92 Abs. 2 und Abs. 3 BewG auf das Grundstück und auf das als Grundvermögen anzusehende Erbbaurecht (§ 68 Abs. 1 Nr. 2 BewG) aufgeteilt. Beträgt die Dauer des Erbbaurechts noch 50 Jahre oder mehr, ist der gesamte Wert bei dem Erbbauberechtigten anzusetzen. Unabhängig hiervon sind nach § 92 Abs. 5 BewG sowohl der Erbbauzinsanspruch bei dem Grundstückseigentümer als auch die Erbbauzinsverpflichtung bei dem Erbbauberechtigten zu berücksichtigen. Der Maßstab für diesen Ansatz ergibt sich aus § 13 Abs. 1 BewG. Die Zahlung des Erbbauzinses ist hiernach eine wiederkehrende, auf bestimmte Zeit beschränkte Leistung, die unter Beachtung des im Gesetz festgelegten Jahreszinses von 5,5 vom Hundert mit höchstens dem 18fachen des Jahreswertes angesetzt werden darf.

Diese Berücksichtigung des Erbbauzinses mit dem vollen Kapitalwert neben der Bewertung des Grundstücks und des Erbbaurechts ist so lange unproblematisch, als der jährliche Erbbauzins entsprechend der Regelung des § 13 Abs. 1 BewG 5,5 vom Hundert des Einheitswertes für Grund und Boden ausmacht; denn unter dieser Voraussetzung ergeben der bei den Grundstückseigentümern anzusetzende Teil des Einheitswertes und der zusätzlich zu erfassende Kapitalwert des Erbbauzinses zusammen etwa den Einheitswert. Im Regelfall werden aber die Erbbauzinsen nicht nur 5,5 vom Hundert des Einheitswertes ausmachen, sondern beträchtlich höher sein und schon deshalb zu einem höheren Kapitalwert als dem Einheitswert führen. Die gegenwärtig geltenden Einheitswerte des Grundbesitzes stellen nämlich, gemessen an den Verkehrswerten, keine zeitnahen Werte dar.

II. 1. Der Kl. des Ausgangsverfahrens ist testamentarischer Miterbe zu 1/8 nach seinem am 29. 5. 1983 verstorbenen Großvater (Erblasser); der Vater des Kl. und Sohn des Erblassers lebte zum Zeitpunkt des Erbfalls.

Zum Nachlaß gehörte ein mit einem Erbbaurecht belastetes Grundstück. Der Erbbauzins hierfür belief sich im Zeitpunkt des Erbfalls auf 29.312,25 DM vierteljährlich und war noch für 86 Jahre zu entrichten. Das FA hatte den Einheitswert des Grundstücks nach den Wertverhältnissen auf den 1. 1. 1964 mit 1.784.900,- DM festgestellt und gem. § 92 Abs. 2 BewG allein dem Erbbauberechtigten zugerechnet. In dem an den Kl. gerichteten Erbschaftsteuerbescheid setzte das FA den Jahreswert des Erbbauzinsanspruchs mit 117.249,- DM an und kam über einen Vervielfältigungsverhältnis von 18 zu einem Kapitalwert des Erbbaurechts von 2.110.482,- DM.

Der hiergegen gerichtete Einspruch blieb erfolglos. Mit seiner Klage machte der Kl. geltend, es verstoße gegen den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, wenn der von ihm geerbte Erbbauzinsanspruch mit einem höheren Kapitalwert als dem Grundstückseinheitswert besteuert werde. Hilfsweise trug er vor, es wäre jedenfalls sachlich unbillig, wenn dieser Erbbauzinsanspruch mit einem höheren Kapitalwert besteuert würde als mit dem Verkehrswert des belasteten Grundstücks. Unter Hinweis auf ein Gutachten des Gutachterausschusses für Grundstückswerte in Hamburg behauptete er, der Verkehrswert habe im Zeitpunkt des Erbfalls nur 1,7 Mio. DM betragen.

2. Das FG setzte das Verfahren aus und legte dem BVerfG die Frage vor,

„ob § 12 Abs. 1 und Abs. 2 ErbStG im Jahre 1983 insoweit gegen das Grundgesetz verstieß, als er bestimmte, daß die erbschaftsteuerliche Bereicherung durch Grundbesitz mit dem nach dem Zweiten Teil des Bewertungsgesetzes festgestellten Einheitswert, die erbschaftsteuerliche Bereicherung durch einen Erbbauzinsanspruch für ein auf demselben Grundstück bestelltes Erbbaurecht nach § 13 Abs. 1 BewG zu bemessen war.“

Zur Begründung führt das FG im wesentlichen aus (vgl. zu den Einzelheiten EFG 1988, 586):

§ 12 Abs. 1 ErbStG 1974 verweise auf den Ersten Teil des Bewertungsgesetzes, § 12 Abs. 2 ErbStG 1974 dagegen auf den Zweiten Teil. Das bedeute für den Fall des Kl., daß bei ihm gem. § 92 Abs. 2 BewG für das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück ein Einheitswert nicht anzusetzen sei, weil hier im Zeitpunkt des Erbfalls die Dauer des Erbbaurechts noch 86 Jahre betragen habe. Die für die Bewertung des Rechts auf den Erbbauzins einschlägige Vorschrift des Ersten Teils des Bewertungsgesetzes sei § 13 Abs. 1 BewG. Hiernach müsse bei dem Kl. der Erbbauzinsanspruch kapitalisiert werden, und zwar in Höhe des 18fachen des Jahreswertes. Eine Begrenzung nach § 16 BewG komme nicht in Betracht, da es sich bei den Erbbauzinsen um wiederkehrende Leistungen und nicht um wiederkehrende Nutzungen handele (vgl. BFH, BStBl. II 1987, 101).

Zwar sei § 92 BewG, der gem. § 12 Abs. 1 und Abs. 2 ErbStG 1974 anzuwenden sei und nach dem erbschaftsteuerlich das Recht auf Erbbauzinsen neben dem Eigentum am Erbbaugrundstück gesondert bewertet werden müsse, verfassungs-

rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BFH, a.a.O.). Die nach der bestehenden Gesetzeslage vorzunehmende Besteuerung des Erwerbs des Kl. verstoße bezüglich des Ansatzes des Erbbauzinsanspruchs im Vergleich zum Ansatz von Grund und Boden aber gegen den Gleichheitssatz. Das Recht auf Erbbauzinsen sei im Vergleich zu dem auch für die Erbschaftsteuer nach den Einheitswerten anzusetzenden Grundbesitz erheblich überbewertet. Diese Ungleichbehandlung sei nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsdenken orientierten Betrachtungsweise zu vereinbaren. Sie stelle mangels einleuchtender Gründe im Jahre 1983 objektive Willkür dar.

Die letzte Hauptfeststellung der Einheitswerte des Grundbesitzes sei auf den Beginn des Jahres 1964 durchgeführt worden. Seitdem hätten sich – ungeachtet des § 121 a BewG – die für die Erbschaftsteuerung maßgeblichen Werte für den Grundbesitz einerseits und für die sonstigen Vermögenswerte, zu denen auch der Anspruch auf Erbbauzinsen gehöre, andererseits so auseinanderentwickelt, daß von einer Gleichmäßigkeit der Besteuerung keine Rede mehr sein könne. Diese Entwicklung habe zu einer verfassungswidrigen Privilegierung des Grundbesitzes geführt.

Das zeige auch der vorliegende Fall. Der Kl. müsse nach der bestehenden Gesetzeslage einen 3,2mal so hohen Wert der Erbschaftsteuerung zuführen, als wenn nur der Bodenwertanteil des erbbaubelasteten Grundstücks als Bereicherung zu erfassen wäre. Er müsse demnach eine Bereicherung versteuern, die möglicherweise noch höher sei als der anteilige Verkehrswert des Grundstücks. Ein Erwerber, dem das Grundstück ohne Belastung mit dem Erbbaurecht zugefallen wäre, hätte demgegenüber eine Bereicherung von – höchstens – 38,6 vom Hundert des Verkehrswertes zu versteuern. Sachgerechte Gründe für diese unterschiedliche Bewertung der erbschaftsteuerlichen Bereicherung seien nicht erkennbar. Die tatsächliche Entwicklung der Bewertung habe zu einem unter dem Gesichtspunkt der Steuergerechtigkeit unerträglichen Auseinanderklaffen der wirklichen Werte und der nach § 12 Abs. 2 ErbStG 1974 für die Besteuerung des Grundbesitzes maßgeblichen Werte geführt.

III. In dem Verfahren haben der Bundesminister der Finanzen namens der Bundesregierung, der Präsident des BFH und das im Ausgangsverfahren beklagte FA Stellung genommen.

1. Nach Auffassung des Bundesministers ist die Vorlage unzulässig. Gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG setze eine zulässige Vorlage voraus, daß die dem BVerfG vorgelegte Frage entscheidungserheblich sei. Das treffe hier nicht zu.

Der Erbbauzinsanspruch des Kl. im Ausgangsverfahren sei zeitnah mit dem realen Wert angesetzt worden. Davon gehe auch der Vorlagebeschluß aus. Die Behauptung, daß der anteilige Verkehrswert des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks womöglich überbewertet sein könnte, sei nicht hinreichend substantiiert.

Das FG habe auch nicht davon ausgehen dürfen, daß eine Entscheidung des BVerfG über seine Vorlage zu einer Herabsetzung des für den Erbbauzinsanspruch anzusetzenden Wertes führe. Der Kl. des Ausgangsverfahrens werde durch den Ansatz des Erbbauzinsanspruchs wie jeder andere Stpfl. nach dem realen Wert seines Rechts behandelt. Daß der Grundstückseigentümer durch die Bestellung eines Erbbaurechts den Wert seines Grundstücks realisiere, sei st. Rspr. des BFH (vgl. BStBl. II 1987, 175, 176). Davon gehe auch das BVerfG aus (vgl. BVerfGE 30, 129, 142). Die Erbbaurechtsbestellung sei hiernach nicht mit der Einräumung eines Nutzungsrechts an einem Grundstück vergleichbar. Die Erbbauzinsen seien vielmehr Entgelt für die Überlassung des Bodens zur Nutzung.

Daß eine Verfassungswidrigkeitserklärung der Einheitswerte des Grundbesitzes zu keiner Herabsetzung der Erbschaftsteuer führen könne, habe eine Kammer des BVerfG erst 1989 in einem Nichtannahmebeschluß (BStBl. II 1990, 103) angenommen, indem sie (unter Anknüpfung an BVerfGE 65, 160, 170) festgestellt habe, daß im Wege der Verfassungsbeschwerde

eine Herabsetzung des dem Verkehrswert entsprechenden Wertansatzes nicht mit der Begründung erreicht werden könne, die Einheitswerte seien nicht zeitnah bewertet.

Das FG könne auch nicht erreichen, daß seine Vorlage zu einer verfassungsrechtlichen Prüfung der Einheitswerte führe. Dem BVerfG komme nicht die Aufgabe zu, über Rechtsfragen zu befinden, die erkennbar für die Entscheidung der eigentlichen Streitfrage bedeutungslos seien. Die vom vorlegenden Gericht angeführten Unstimmigkeiten der Einheitswerte des Grundbesitzes beruhten auf Art. 2 Abs. 1 S. 3 des Gesetzes zur Änderung des Bewertungsgesetzes vom 13. 8. 1965 (BGBl. I, 851 – BewÄndG –) in der Fassung vom 22. 7. 1970 (BGBl. I, 1118). Die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift sei nicht Gegenstand des Verfahrens; ihre Verfassungswidrigkeit habe das vorlegende Gericht auch nicht gerügt.

2. Der Präsident des BFH hat eine Stellungnahme des Zweiten Senats übermittelt. Dieser führt aus, er habe bereits durch Beschluß vom 11. 6. 1986 (BStBl. II 1986, 782) die Auffassung vertreten, daß das Unterbleiben einer neuen Hauptfeststellung auf dem Gebiet der Einheitsbewertung des Grundbesitzes seit dem 1. 1. 1980 nicht mehr mit dem Gleichheitssatz zu vereinbaren sei. Die Diskrepanz der verschiedenen Wertansätze zeige sich auch in der vorliegenden Sache. Der Kapitalwert des Erbbauzinses hinsichtlich des Grundstücks belaufe sich auf 2.110.482,- DM, während Grund und Boden nur mit 140 vom Hundert des anteiligen Einheitswertes, also mit 655.977,- DM anzusetzen wäre.

In Art. 10 § 3 des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts vom 17. 4. 1974 sei ferner festgelegt, daß insbesondere § 12 ErbStG nur für solche Kalenderjahre gelte, in denen Grundstücke für die Erbschaft- und Schenkungsteuer mit 140 vom Hundert der auf den Wertverhältnissen vom 1. 1. 1964 beruhenden Einheitswerte anzusetzen seien. Deshalb werde dann, wenn die nach den Wertverhältnissen vom 1. 1. 1964 ermittelten Einheitswerte nicht mehr anzuwenden seien, eine vor allem tarifliche Neuordnung für die Erbschaftsteuer erforderlich. Dadurch bekämen Stpfl., die nur Vermögen hätten, welches zu zeitnahen Werten bewertet werden müsse, die Chance, daß ihr Vermögen – nach einer Heranführung der Einheitswerte des Grundbesitzes an die inzwischen eingetretene Wertentwicklung – nach günstigeren Tarifen besteuert würde.

Gehe man gleichwohl von der Verfassungsmäßigkeit des § 12 ErbStG 1974 und der von ihm für anwendbar erklärten bewertungsrechtlichen Vorschriften aus, so stelle sich weiter die Frage, ob der Gesetzgeber die Bewertung der mit Erbbaurechten belasteten Grundstücke und der Erbbaurechte selbst in § 92 BewG in einer Weise geregelt habe, die mit dem Gleichheitssatz vereinbar sei. Der Zweite Senat des BFH habe diese Frage bejaht. Der Anspruch auf den Erbbauzins komme nach der Konzeption der Vorschrift einer Kaufpreisforderung für den teilweisen Übergang von Eigentumsrechten gleich (BStBl. II 1987, 101).

Die bei der Konzeption des § 92 BewG zutage tretenden Diskrepanzen zwischen dem Einheitswert des Erbbaurechts sowie des belasteten Grundstücks (falls ein solcher überhaupt festzustellen sei) und dem Kapitalwert des Erbbauzinses hätten nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dadurch weitgehend beseitigt werden sollen, daß der Jahreswert des Erbbauzinses nicht mehr als den 18. Teil des Wertes betrage, der sich nach dem Bewertungsrecht als Wert von Grund und Boden ergebe. Dieser nach Meinung des Zweiten Senats sinnvollen Regelung sei dadurch die Grundlage entzogen worden, daß § 16 Abs. 2 BewG a.F. durch die Entscheidung des BVerfG vom 26. 1. 1971 (vgl. BVerfGE 30, 129) verfassungskonform nur als Vergünstigung für die Erbbaupflichteten ausgelegt werde. Daraufhin habe der Gesetzgeber die Vorschrift aufgehoben, weil er es nicht für vertretbar gehalten habe, Erbbauberechtigte und Erbbaupflichtete hinsichtlich des Ansatzes des Kapitalwertes der Erbbauzinsen als Forderung oder Schuld unterschiedlich zu behandeln. Der Zweite Senat halte diese Entscheidung des Gesetzgebers für folgerichtig, auch wenn es gerechter gewe-

sen wäre, § 16 Abs. 2 BewG a.F. für Erbbaupflichtige und Erbbauberechtigte bestehen zu lassen. Eine Anwendung des § 16 BewG scheide für die vorliegende Fallgestaltung jedenfalls aus.

3. Das FA hält die im Vorlagebeschluß vertretene Auffassung für unzutreffend.

B.

Die Vorlage ist unzulässig.

I. Nach Art. 100 Abs. 1 GG i.V.m. § 80 Abs. 2 S. 1 BVerfGG muß das vorlegende Gericht ausführen, inwiefern seine Entscheidung von der Gültigkeit der zur Prüfung gestellten Norm abhängt. Sodann muß es sich eingehend mit der einfachrechtlichen Rechtslage auseinandersetzen und, soweit Anlaß dazu besteht, die in Rspr. und Schrifttum vertretenen Auffassungen verarbeiten (vgl. BVerfGE 78, 165, 172; 80, 68, 72 f.; 80, 96, 100 m.w.N.). Ergeben sich verfassungsrechtliche Bedenken erst aus dem Zusammenwirken mehrerer Bestimmungen des einfachen Rechts, so kann zwar grundsätzlich jede von ihnen Gegenstand einer Vorlage sein (vgl. BVerfGE 82, 60, 84 f.; 82, 198, 206), doch müssen die mit der zur Prüfung gestellten Norm zusammenwirkenden Vorschriften in die Darstellung der einfachrechtlichen Rechtslage einbezogen werden (vgl. BVerfGE 78, 306, 316; 80, 96, 101; 83, 111, 116).

Ferner muß das vorlegende Gericht deutlich machen, mit welchem verfassungsrechtlichen Grundsatz die zur Prüfung gestellte Regelung seiner Ansicht nach nicht vereinbar ist und aus welchen Gründen es zu dieser Auffassung gelangt ist. Auch insoweit bedarf es eingehender, Rspr. und Schrifttum einbeziehender Darlegungen (vgl. BVerfGE 78, 165, 171 f. m.w.N.).

II. Diesen Anforderungen wird die Vorlage in mehreren Beziehungen nicht gerecht.

1. Das vorlegende Gericht hat nicht hinreichend ausgeführt, daß § 12 Abs. 1 und 2 ErbStG die hier maßgebende Vorschrift ist. Es mag schon fraglich sein, ob die Bestimmung angesichts der Systematik des Bewertungsgesetzes, insbesondere des § 17 Abs. 2 BewG, überhaupt eigenes materiellrechtliches Gewicht besitzt. In jedem Falle enthält der Vorlagebeschluß aber keine ausreichenden Darlegungen darüber, ob die behauptete Verfassungswidrigkeit ihren Grund nicht in anderen Vorschriften hat, die zusammen mit der zur Prüfung gestellten Regelung erst den vom FG angenommenen Gleichheitsverstoß begründen; zu denken wäre hier insbesondere an § 92 Abs. 1 bis 3, Abs. 5 BewG, § 13 Abs. 1 BewG und § 121 a BewG gewesen. Dieser Ansatz hat zur Folge, daß die Darlegungen zur Verfassungswidrigkeit des in Rede stehenden Normengeflechts den gesetzlichen Anforderungen nicht gerecht werden. Sie erschöpfen sich praktisch in der Behauptung, daß die bestehende Regelung eine „verfassungswidrige Privilegierung des Grundbesitzes“ darstelle (S. 19 des Vorlagebeschlusses). Von welchen Detailvorschriften die Verfassungswidrigkeit des gesamten Normengeflechts ausgeht und inwiefern diese gerade die zur Prüfung gestellte Regelung ergreift, ist nicht ausgeführt. Eine Auslegung des Vorlagebeschlusses dahin, daß eine vom vorlegenden Gericht zwar nicht genannte, bei richtiger Gesetzesauslegung aber einschlägige Norm zum Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Überprüfung gemacht würde, kommt nicht in Betracht. Das BVerfG nimmt solche Korrekturen an Vorlagebeschlüssen zwar durchaus vor. Hier scheitert das aber

darin, daß das vorlegende Gericht § 92 BewG, der in dem hier einschlägigen Normengeflecht eine beherrschende Rolle spielt, unter Berufung auf die Rspr. des BFH ausdrücklich für verfassungsgemäß erklärt (S. 17 des Vorlagebeschlusses). Die sonst noch einschlägigen Bestimmungen wie § 13 Abs. 1 und § 121 a BewG geben für sich gesehen keinen Anlaß zu verfassungsgerichtlicher Überprüfung. Das vorlegende Gericht hat insoweit auch keine Zweifel geäußert.

2. Zu undifferenziert sind ferner die Darlegungen zum verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab. Zwar wird dargelegt, daß Prüfungsmaßstab Art. 3 Abs. 1 GG und der daraus herzuleitende Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung sein soll. Dabei handelt es sich jedoch um wenig konkrete und daher in jedem einzelnen Fall konkretisierungsbedürftige Grundsätze. Ausreichende Erwägungen dazu enthält der Vorlagebeschluß nicht.

Die Vorstellung, daß alle Vermögensgegenstände oder – im Falle der Einkommensbesteuerung – alle Arten von Einkünften ausnahmslos nach den gleichen tariflichen Bestimmungen besteuert werden müssen, findet schon im geltenden Steuerrecht keine ausreichende Grundlage. Sie wird durch die Anordnung niedrigerer Steuertarife, durch Absetzungsmöglichkeiten, Freigrenzen, Freibeträge und ähnliche Sondervorschriften weitgehend in Frage gestellt. Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese gesetzgeberische Praxis sind, soweit ersichtlich, bisher nicht vorgebracht worden.

Gegen die bestehenden Einheitswerte für Grundvermögen werden allerdings in Rechtsprechung und Literatur – auch bei Zugrundelegung der von § 121 a BewG generell angeordneten Erhöhung um 40 vom Hundert – verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht, die sich nicht ohne weiteres von der Hand weisen lassen. Dennoch ist es keineswegs zwingend, daß diese Bedenken in gleichem Maße für alle Formen des Grundstückseigentums zutreffen. Das BVerfG hat es in seinem Urteil vom 10. 2. 1987 für zulässig gehalten, daß die Berechnung der Einheitswerte je nach Grundstücksart aufgrund unterschiedlicher Regeln vorgenommen wird (vgl. BVerfGE 74, 182, 200 f.). Erwägenswert ist daneben zumindest, daß Grundstücke verschieden behandelt werden können, je nachdem, ob sie ihrem Eigentümer verhältnismäßig hohe oder niedrige Erträge bringen; es ist durchaus nicht ausgeschlossen, daß auch bei den von einem Einheitswert abhängenden Steuern besondere Grundsätze gelten, wenn die daraus resultierenden Steuern nicht mehr aus dem Ertrag, sondern „aus der Substanz“ gezahlt werden müssen. Weitere verfassungsrechtliche Fragen mögen hinzukommen.

Unter diesen Umständen genügt die bloße – undifferenzierte – Berufung auf den Gleichheitssatz und auf die Notwendigkeit gleichmäßiger Besteuerung den Anforderungen, die an die Begründung eines Vorlagebeschlusses nach Art. 100 Abs. 1 GG zu stellen sind, nicht. Das vorlegende Gericht hätte insbesondere auch deshalb Anlaß zu einer differenzierenden Betrachtung gehabt, weil der Kl. des Ausgangsverfahrens Anspruch auf verhältnismäßig hohe Erbbauszinszahlungen hat. Er gehört also zu jenem Personenkreis, der nach den angedeuteten Überlegungen unter Umständen stärker belastet werden darf als Eigentümer, die ihre einheitswertabhängigen Steuern „aus der Substanz“ zahlen müßten.

Mitteilungen

1. Steuerrecht/Einkommensteuer – Schuldzinsen für Kontokorrentkredite als Betriebsausgaben oder Werbungskosten (Zweikontenmodell)

(BMF, Schreiben vom 10. 11. 1993 – IV B 2 – S 2144 – 94/93)

(Tz 1) Nach dem Beschluß des Großen Senats des BFH vom 4. 7. 1990 (BStBl. II, 817) sind Schuldzinsen steuerlich als Betriebsausgaben oder Werbungskosten nur anzuerkennen, wenn sie für eine Verbindlichkeit geleistet werden, die durch einen Betrieb oder durch Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung von Einnahmen veranlaßt wird und deshalb

einem Betriebsvermögen oder einer Einkunftsart i.S.d. § 2 Abs. 1 Nrn. 4 bis 7 EStG zuzurechnen ist. Zu den Folgerungen, die sich aus dieser Rechtsprechung für die steuerliche Behandlung von Schuldzinsen für Kontokorrentkredite und für die steuerliche Nichtanerkennung von Gestaltungen insbesondere bei Kombination mehrerer Kontokorrentkonten ergeben, nehme ich im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder wie folgt Stellung:

A. Schuldzinsen als Betriebsausgaben

Der Zahlungsverkehr des Stpfl. kann betrieblich oder privat (durch die persönliche Lebenssphäre) veranlaßt sein. Für die

steuerliche Behandlung eines Kontokorrentkontos kommt es deshalb darauf an, wie die einzelnen darüber geleisteten Zahlungen veranlaßt sind.

1. Getrennte Kontokorrentkonten

1. Kontokorrentkonten für den betrieblich und privat veranlaßten Zahlungsverkehr

(Tz 2) Unterhält der Stpfl. für den betrieblich und den privat veranlaßten Zahlungsverkehr getrennte, rechtlich selbständige Kontokorrentkonten, ist zu unterscheiden:

(Tz 3) Das Kontokorrentkonto für den betrieblich veranlaßten Zahlungsverkehr (betriebliches Konto) rechnet zum Betriebsvermögen, soweit über das Kontokorrentkonto nicht auch privat veranlaßte Aufwendungen geleistet werden, durch die ein Sollsaldo auf dem Kontokorrentkonto entsteht oder sich erhöht. Schuldzinsen für das betriebliche Konto sind grundsätzlich als Betriebsausgaben abzuziehen.

(Tz 4) Das Kontokorrentkonto für den privat veranlaßten Zahlungsverkehr (privates Konto) rechnet zum Privatvermögen, soweit über das Kontokorrentkonto nicht auch betrieblich veranlaßte Aufwendungen geleistet werden, durch die ein Sollsaldo auf dem Kontokorrentkonto entsteht oder sich erhöht. Schuldzinsen für das private Konto können nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden.

(Tz 5) Entsteht oder erhöht sich durch privat veranlaßte Aufwendungen ein Sollsaldo auf dem betrieblichen Konto oder durch betrieblich veranlaßte Aufwendungen ein Sollsaldo auf dem privaten Konto, ist das betreffende Konto nach den für ein gemischtes Kontokorrentkonto geltenden Grundsätzen (vgl. Tz 11–18) zu behandeln (BFH-Urteile vom 21. 2. 1991, BStBl. II, 514, und vom 5. 3. 1991, BStBl. II, 516).

(Tz 6) Beispiel:

	betriebliches Kontokorrent- konto DM	privates Kontokorrent- konto DM
1.1	+ 5.000	0
3.1 Entnahme	– 5.000	+ 5.000
Saldo	0	+ 5.000
10.1 Wareneinkauf	– 10.000	
Saldo	– 10.000	+ 5.000
15.1 Prämie Lebens- versicherung		– 5.000
Saldo	– 10.000	0
20.1 Maschine Einkommen- steuer	– 5.000 – 2.000	
Saldo	– 17.000	0
	betriebliches Unterkonto – 15.000	privates Unterkonto – 2.000
25.1 Waren- einkauf	– 5.000	
Saldo	– 20.000 – 22.000	– 2.000 0

2. Mehrere Kontokorrentkonten für den betrieblich veranlaßten Zahlungsverkehr

(Tz 7) Unterhält der Stpfl. für den betrieblich veranlaßten Zahlungsverkehr mehrere rechtlich selbständige Kontokorrentkonten, gelten die Tz. 3 und 5 für jedes Kontokorrentkonto. Darüber hinaus sind Umbuchungen von einem auf ein anderes Konto auf ihren Zusammenhang mit einer Entnahme hin zu prüfen.

(Tz 8) Entsteht oder erhöht sich ein Sollsaldo auf einem betrieblichen Konto (Schuldkonto) durch Umbuchungen auf ein anderes betriebliches Konto (Guthabenkonto), sind die sich aus der Umbuchung (Darlehensaufnahme) ergebenden Schuldzinsen nur als Betriebsausgaben abzuziehen, soweit die Umbuchung zu Lasten des Schuldkontos nicht der Finanzierung einer Entnahme dient (BFH-Urteil vom 5. 3. 1991, a.a.O.). Für die Frage der Finanzierung einer Entnahme kommt es auf die wirtschaftliche Verbindung zwischen Umbuchung und Entnahme an. Die wirtschaftliche Verbindung ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Von einer wirtschaftlichen Verbindung ist stets auszugehen, wenn zwischen Umbuchung und Entnahme ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht und beide Vorgänge auch betragsmäßig völlig oder nahezu völlig übereinstimmen. Dient die Umbuchung der Finanzierung einer Entnahme, ist der Sollsaldo insoweit nicht betrieblich veranlaßt (BFH-Urteile vom 15. 11. 1990, BStBl. II 1991, 238 und vom 21. 2. 1991, a.a.O.) und das Schuldkonto nach den für ein gemischtes Kontokorrentkonto geltenden Grundsätzen (vgl. Tz. 11–18) zu behandeln.

3. Umschuldungsdarlehen

(Tz 9) Werden der Sollsaldo eines betrieblichen Kontos (Schuldkonto) durch Umschuldung und daneben der Habensaldo eines anderen betrieblichen Kontos (Guthabenkonto) durch Entnahme gemindert, liegt eine wirtschaftliche Verbindung i.S.d. Tz. 8 vor, wenn zwischen Darlehensaufnahme (Umschuldungsdarlehen) und Entnahme ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht und beide Vorgänge auch betragsmäßig völlig oder nahezu völlig übereinstimmen. In diesen Fällen dient das Umschuldungsdarlehen der Finanzierung einer Entnahme; es ist somit nicht betrieblich veranlaßt und Schuldzinsen für dieses Darlehen dürfen nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden.

4. Zinskompensation

(Tz 10) Vereinbart der Stpfl. mit seinem Kreditinstitut zum Zwecke der Zinsberechnung eine bankinterne Verrechnung der Salden der getrennten Kontokorrentkonten, handelt es sich wirtschaftlich betrachtet um ein einheitliches Kontokorrentkonto, das grundsätzlich nach den für ein gemischtes Kontokorrentkonto geltenden Grundsätzen (vgl. Tz 11–18) zu behandeln ist.

II. Gemischtes Kontokorrentkonto

(Tz 11) Unterhält der Stpfl. für den betrieblich und den privat veranlaßten Zahlungsverkehr ein einheitliches – gemischtes – Kontokorrentkonto, ist für die Ermittlung der als Betriebsausgaben abziehbaren Schuldzinsen der Sollsaldo grundsätzlich aufzuteilen.

1. Ermittlung des dem Betriebsvermögen zuzurechnenden Sollsaldo

(Tz 12) Der Sollsaldo rechnet zum Betriebsvermögen, soweit er betrieblich veranlaßt ist. Zur Bestimmung des – anteiligen – betrieblich veranlaßten Sollsaldo sind die auf dem Kontokorrentkonto erfolgten Buchungen nach ihrer privaten und betrieblichen Veranlassung zu trennen. Hierzu ist das Kontokorrentkonto rechnerisch in ein betriebliches und ein privates Unterkonto aufzuteilen. Auf dem betrieblichen Unterkonto sind die betrieblich veranlaßten und auf dem privaten Unterkonto die privat veranlaßten Sollbuchungen zu erfassen. Habenbuchungen sind vorab dem privaten Unterkonto bis zur Tilgung von dessen Schuldsaldo gutzuschreiben (BFH-Urteil vom 11. 12. 1990, BStBl. II 1991, 390); nur darüber hinausgehende Beträge sind dem betrieblichen Unterkonto zuzurechnen. Betriebseinnahmen werden nicht zuvor mit Betriebsausgaben des gleichen Tages saldiert (BFH-Urteil vom 15. 11. 1990, BStBl. II 1991, 226).

(Tz 13) In der Schlußbilanz ist nur der nach diesen Grundsätzen für den Bilanzstichtag ermittelte Sollsaldo des betrieblichen Unterkontos auszuweisen.

2. Berechnung der als Betriebsausgaben abziehbaren Schuldzinsen

(Tz 14) Schuldzinsen sind abzuziehen, soweit sie durch Sollsal- den des betrieblichen Unterkontos veranlaßt sind (vgl. Tz 12). Ihre Berechnung erfolgt grundsätzlich nach der Zinszahlenstaf- felmethode.

(Tz 15) Bei der Zinszahlenstafelmethode wird nicht auf die einzelne Buchung, sondern auf die jeweiligen Soll- oder Haben- salden (Zwischensalden) abgestellt. Dies hat zur Folge, daß dem Stpfl. eine Schuld nur zuzurechnen ist, soweit diese Zwi- schensalden negativ sind. Entsprechend sind auch nur dann Schuldzinsen zu berechnen. Ausgehend von einem Zwi- schensaldo wird die Zinszahl für diesen Saldo für die Zeit (Tage) seiner unveränderten Dauer (Wertstellung) nach einer besonderen Formel berechnet (Zinszahlenstafel):

$$\text{Zinszahl} = \frac{\text{Kapital} \times \text{Tage}}{100}$$

Am Ende der Rechnungsperiode werden die Zinszahlensum- men der Soll- und Habenseite addiert und durch einen Zinsdivi- sor $\left(\frac{360}{\text{Zinsfuß}} \right)$ geteilt.

2. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Befreiung beim Er- werb durch Stiefkinder und Schwiegerkinder (§ 3 Nr. 6 S. 2 u. 3 GrEStG)

(FinMin. Sachsen, Erlaß vom 11. 10. 1993 – 34 – S 4505 – 5 – 52258)

Der BFH hat mit Urteil v. 19. 4. 1989 (BStBl. II, 627) entschie- den, daß die Eigenschaft als Stiefkind i.S.v. § 3 Nr. 6 S. 2 GrEStG nicht vom Fortbestand der Ehe abhängig ist, durch welche das Stiefkindschaftsverhältnis begründet wurde. Als Stiefkinder i.S.d. Vorschrift sind deshalb die leiblichen Kinder des anderen Ehepartners auch dann anzusehen, wenn die Ehe im Zeitpunkt des Erwerbsvorgangs infolge Tod oder Scheidung aufgelöst ist.

Dementsprechend sind auch Grundstückserwerbe durch Schwiegerkinder nach § 3 Nr. 6 S. 3 GrEStG von der Grunder- werbsteuer auszunehmen, wenn die das Schwiegerkind- schaftsverhältnis begründende Ehe im Zeitpunkt des Erwerbs- vorgangs infolge Tod oder Scheidung nicht mehr bestanden hat.

Dieser Erlaß ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanz- behörden der anderen Länder.

Die in den MittRhNotK veröffentlichten Beiträge und Entscheidungen entsprechen nicht in jedem Fall der Auffassung der Rheinischen Notarkammer.

Schriftleiter der Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (Zitierweise: MittRhNotK):
Notarassessor Dr. Peter Baumann, Burgmauer 53, 50667 Köln (Tel.: 02 21/2 57 52 91)

Druck: Greven & Bechtold GmbH, Sigurd-Greven-Straße, 50354 Hürth

Die MittRhNotK erscheinen jährlich in 12 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Rheinischen Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln, bezogen werden. Der Bezugspreis beträgt jährlich 66,- DM einschließlich Versand und wird in einem Betrag am 1. Oktober des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Preis des Einzelheftes: 8,25 DM zuzüglich Versand. Abbestellungen nur zum Ende eines Kalenderjahres bei Eingang bis zum 15. November.