

Rheinische Notar-Zeitschrift

Rechtsberatungsgesetz – höchstrichterliche Rechtsprechung und ausgewählte notarrelevante Probleme

(von Notarassessor Dr. Dirk Esser, Düsseldorf)

- A. Einführung
- B. Anwendungsbereich, Tatbestandsvoraussetzungen und Ausnahmetatbestände des RBerG
 - I. Geschäftsmäßige Besorgung fremder Angelegenheiten i. S. d. Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG
 - 1. Rechtsangelegenheiten
 - 2. Fremdheit der Rechtsangelegenheiten
 - 3. Besorgung von Rechtsangelegenheiten
 - 4. Geschäftsmäßigkeit
 - 5. Verfassungskonforme Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen
 - II. Erlaubnistatbestände nach dem RBerG
 - 1. Zulässige Tätigkeiten gemäß Art. 1 § 3 RBerG
 - 2. Zulässige Miterledigung von Rechtsangelegenheiten bei bestimmten Berufsgruppen gemäß Art. 1. § 5 RBerG
 - a) Kaufmännischer oder gewerblicher Unternehmer (Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG)
 - b) Wirtschaftsprüfer, Steuerberater (Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG)
 - c) Vermögensverwalter, Hausverwalter und ähnliche Personen (Art. 1 § 5 Nr. 3 RBerG)
 - 3. Angestellte (Art. 1 § 6 Nrn. 1 und 2 RBerG)
 - III. Zivilrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen das RBerG
- C. Fremdfinanzierte Anlagemodelle unter Einschaltung eines Treuhänders
 - I. Problemaufriss
 - II. Darstellung der Rechtsprechung
 - 1. Verstoß gegen das RBerG – Abgrenzung erlaubnisfreier Vollbetreuung zu erlaubnispflichtiger Rechtsbetreuung
 - 2. Folgen eines Verstoßes
 - a) Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages
 - b) Nichtigkeit der Treuhändervollmacht
 - c) Wirksamkeit unter Rechtsscheinaspekten
 - (1) §§ 172, 173 BGB
 - (2) Rechtsscheinvollmacht
 - d) Zwischenergebnis
 - 3. Besonderheiten bei Einwänden gegen eingeleitete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen
 - 4. Besonderheiten bei geschlossenen Immobilienfonds
 - a) Wirksamkeit des Gesellschaftsbeitritts trotz Verstoßes gegen das RBerG
 - b) Rückabwicklung von Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds infolge Unwirksamkeit/Widerruf des Darlehensvertrages
 - III. Folgerungen für die notarielle Praxis
 - 1. Neufälle
 - a) Beurkundung eines Geschäftsbesorgungsvertrages
 - b) Beurkundung einer (isolierten) Treuhändervollmacht
 - c) Ausnutzung der Vollmacht
 - 2. Altfälle – Erteilung/Umschreibung von Vollstreckungsklauseln
- D. Abnahme von Gemeinschaftseigentum
 - I. Einführung
 - II. Darstellung des Meinungsstreits
 - III. Eigene Auffassung
 - 1. Abnahme als rechtsgestaltender Akt
 - 2. Vorgaben des BVerfG als streitentscheidendes Kriterium
 - a) Abnahmevollmachten zugunsten von Sachverständigen
 - b) Abnahmevollmachten zugunsten von Verwaltern
 - IV. Ergebnisse/Folgerungen für die notarielle Praxis
- E. Geschäftsmäßige Durchführung von Testamentvollstreckungen
 - I. Einführung – Die Entscheidungen des OLG Karlsruhe und des OLG Düsseldorf
 - II. Kritik der Literatur und Entwicklung der unterinstanzlichen Rechtsprechung
 - III. Die Entscheidungen des BGH vom 11.11.2004
- F. Vorsorgevollmacht und RBerG
 - I. Einführung
 - II. Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten
 - III. Folgen für die notarielle Praxis
- G. Weitere Vollmachtsprobleme im Zusammenhang mit dem RBerG
 - I. Maklervollmacht
 - II. Registervollmachten
 - III. Veräußerungsvollmacht gemäß § 1149 BGB
- H. Novellierung des RBerG und mögliche Auswirkungen auf notarrelevante Problemfelder

- I. Einführung
- II. Eckpunkte der geplanten Gesetzesänderungen
- III. Auswirkungen der geplanten Neuerungen für die notarielle Praxis

A. Einführung

Bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28.09.2000¹, mit der die Unwirksamkeit eines im Zusammenhang mit einem sogenannten Erwerber- bzw. Anlagemodell abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages infolge Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz (im folgenden: RBERG) festgestellt wurde, führte das RBERG – auch in der notariellen Praxis – ein Schattendasein. In der Folgezeit entwickelte sich die Rechtsprechung zum RBERG geradezu rasant fort. Die Anzahl der seither hierzu ergangenen Urteile – insbesondere zu den kreditfinanzierten Anlagemodellen – ist kaum noch zu überblicken. Es vergeht kaum ein Monat, in dem nicht in den einschlägigen juristischen Fachzeitschriften neue Urteile oder Abhandlungen zu den einzelnen Problematiken im Zusammenhang mit dem RBERG erscheinen. Verstärkt wird die Aktualität dadurch, dass das RBERG vor einer Reform steht und durch ein neues Rechtsdienstleistungsgesetz abgelöst werden soll, dessen Entwurf bereits Gegenstand des 65. Deutschen Juristentages in Bonn war.

Die Bedeutung der Rechtsprechungsentwicklung zur (noch) geltenden Gesetzeslage, insbesondere die Erstreckung der Unwirksamkeitsfolge bei einem Verstoß gegen das RBERG auch auf die regelmäßig erteilte Abwicklungsvollmacht, ist für den häufig mit Vertretungskonstellationen befassten Notar von immenser Bedeutung. Kein Notar kann sich heute mehr auf den Standpunkt zurückziehen, er habe die mögliche Einschlägigkeit des RBERG und deren gravierende Folgen bei der Beurkundung nicht absehen können.² In diesem Zusammenhang spielen aber nicht nur Anlagemodelle eine Rolle. Vielmehr erweist sich wegen der weiten Fassung des RBERG in seiner jetzigen Fassung eine Vielzahl anderer notarieller Tätigkeitsfelder, bei denen man eine unzulässige Rechtsberatung auf ersten Blick nicht unbedingt in Betracht zieht, als problematisch. Die Kenntnis der einzelnen Problemfelder ist dabei auch nicht deshalb entbehrlich, weil das geltende Rechtsberatungsgesetz mit dem Ziel vor einer Novellierung steht, seinen Anwendungsbereich einzuengen. Der Inhalt eines neuen Gesetzes in seinen zentralen Punkten steht nämlich noch keinesfalls fest. Auch dürfte ein Inkrafttreten vor dem Jahre 2007 nach dem derzeitigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens unwahrscheinlich sein. Schließlich wird die geltende Rechtslage jedenfalls für „Altfälle“, die vor dem Inkrafttreten eines neuen Gesetzes Wirkung entfalten, nach wie vor maßgeblich bleiben. Nachstehend werden daher einige ausgewählte notarrelevante Themen und die sich hierbei unter dem Blickwinkel des RBERG nach aktueller Rechtslage ergebenden Rechtsfolgen dargestellt. Zugleich werden Handlungsempfehlungen zur Problembewältigung unterbreitet. Neben der Darstellung der aktuellen Rechtsprechung soll der Blick für die etwaige Einschlägigkeit des RBERG geschärft werden, um die sich hieraus ergebenden Pro-

blematiken überhaupt zu erkennen. Dabei werden zunächst die für die Einschlägigkeit des heutigen RBERG maßgeblichen einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen kurz vorgestellt, ehe auf gesonderte Problemfelder der notariellen Praxis eingegangen wird, innerhalb derer eine weitere Konkretisierung der hierbei jeweils entscheidenden Tatbestandsmerkmale erfolgt. Abschließend wird ein erster Überblick zur geplanten Novellierung des RBERG und den hiermit verbundenen möglichen Folgen für die derzeit bestehenden notarrelevanten Konstellationen gegeben.

B. Anwendungsbereich, Tatbestandsvoraussetzungen und Ausnahmetatbestände des RBERG

Ziel des RBERG ist es insbesondere, den einzelnen Rechtssuchenden vor unqualifiziertem Rechtsrat und damit vor Nachteilen und Schäden zu bewahren, die daraus entstehen können, dass er selbst in der Regel nicht in der Lage ist, die Qualität einer Rechtsberatung zu beurteilen.³ Um dieses Ziel, das letztlich eine Ausprägung des gerade in jüngster Zeit stetig in den Vordergrund rückenden Verbraucherschutzes ist, zu erreichen, normiert das derzeit geltende RBERG in seinem Art. 1⁴ § 1 Abs. 1 S. 1 einen Erlaubnisvorbehalt, wonach die geschäftsmäßige Rechtsbesorgung grundsätzlich nur von Personen betrieben werden darf, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt wurde. Zuständige Behörde ist regelmäßig der Präsident des Landgerichts, in dessen Bezirk die Rechtsbesorgung ausgeübt werden soll (§ 11 Abs. 1 der 1. Verordnung zur Ausführung des RBERG). Von der Erlaubniserteilung wird dabei in der Praxis sehr restriktiv Gebrauch gemacht. Keine Erlaubnispflicht besteht allerdings von vornherein für bestimmte Berufsgruppen, zu denen insbesondere Rechtsanwälte zählen (§ 3 RBERG). Weitere Privilegierungstatbestände bestehen für die Erledigung von Rechtsangelegenheiten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit bestimmten anderen Berufsausübungen stehen und dabei lediglich als Hilfs- oder Nebentätigkeit zu qualifizieren sind (§ 5 RBERG). Um die für den Rechtsanwender maßgebliche Frage zu beantworten, ob im konkreten Fall eine erlaubnispflichtige Tätigkeit nach dem RBERG und somit – wegen der regelmäßig nicht erteilten Erlaubnis – eine unzulässige Rechtsberatung mit den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen vorliegt bzw. in Betracht zu ziehen ist, wird nachfolgend zunächst auf die Begrifflichkeiten, Tatbestandsvoraussetzungen und Ausnahmetatbestände des RBERG eingegangen, wobei sich die Darstellung auf die Vorschriften beschränkt, die Relevanz für die notarrelevanten Fallgestaltungen haben.

1 DNotZ 2001, S. 49 ff.

2 Mit dieser Begründung wurde in der zitierten Grundsatzentscheidung des BGH noch das Verschulden des Notars im Rahmen des der Entscheidung zugrunde liegenden Amtspflichtverletzungsverfahrens verneint, da die Rechtsprechung zum Rechtsberatungsgesetz für ihn nicht voraussehbar gewesen sei.

3 So bereits die Begründung des RBERG, Reichssteuerblatt 1935, S. 1528. Weitere Ziele sind eine geordnete Rechtspflege und der Erhalt einer leistungsfähigen Anwaltschaft, vgl. Prütting, Gutachten für den 65. Juristentag; Beilage zu NJW 27/2004, S. 34 f.

4 Soweit nachfolgend Paragrafen des RBERG ohne weitere Nennung aufgeführt sind, sind stets solche des Artikel 1 RBERG gemeint.

I. Geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG

Voraussetzung für eine erlaubnispflichtige Rechtsberatung nach derzeitiger Rechtslage ist zunächst, dass es sich bei der jeweiligen Tätigkeit um die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i. S. v. § 1 Abs. 1 RBERG handelt.

1. Rechtsangelegenheiten

Der Begriff der „Rechtsangelegenheit“ ist weit ausgestaltet und umfasst neben der im Gesetzestext ausdrücklich genannten Forderungseinziehung nach allgemeiner Auffassung⁵ sämtliche Angelegenheiten, die die Durchsetzung bzw. Sicherung konkreter⁶ Rechte (Rechtsverwirklichung) oder die Gestaltung konkreter fremder Rechtsverhältnisse (Rechtsgestaltung) zum Gegenstand haben. Mit umfasst sind somit insbesondere auch die Fertigung von Vertragsentwürfen, der Abschluss von Verträgen oder das Stellen von Grundbuch- oder Handelsregisteranträgen für Dritte.⁷ Nicht dem RBERG unterliegen hingegen (bloße) „Wirtschaftsangelegenheiten“, woraus sich zugleich eine Abgrenzungsnotwendigkeit selbiger zu den Rechtsangelegenheiten ergibt. Entscheidend ist hierbei letztlich, ob die in Rede stehende Tätigkeit schwerpunktmäßig auf rechtlichem oder aber auf wirtschaftlichem Gebiet liegt,⁸ wobei der BGH wegen der rechtlichen Durchdringung nahezu aller Lebensbereiche in einigen neueren Urteilen⁹ an dieser Stelle teilweise eine vom BVerfG geforderte und noch darzustellende einengende Auslegung des Begriffs der „Rechtsangelegenheit“ vornimmt.

2. Fremdheit der Rechtsangelegenheiten

Eine Erlaubnispflicht besteht gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG des weiteren lediglich dann, wenn eine *fremde* Rechtsangelegenheit besorgt wird. Maßgebend für die Beurteilung der Fremdheit ist dabei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, bei der darauf abzustellen ist, ob die in Rede stehende Besorgung dem Eigeninteresse oder einem fremden Interesse dient.¹⁰ Hieraus folgt zunächst, dass ein Bevollmächtigter oder Beistand, der nach außen erkennbar für einen anderen auftritt, stets eine fremde Rechtsangelegenheit erbringt.¹¹ Wegen des Abstellens auf das wirtschaftliche Interesse kann aber auch bei demjenigen, der zwar im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung handelt, die Fremdheit einer Rechtsangelegenheit zu bejahen sein.¹² Auf der anderen Seite fällt die Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters einer natürlichen (z. B. Tätigwerden der Eltern für ihr Kind) oder einer juristischen Person (z. B. Tätigwerden des Geschäftsführers/Vorstandes für die GmbH/AG) mangels Fremdheit nicht in den Anwendungsbereich des RBERG.¹³ Ebenso wenig handelt es sich um eine „fremde“ Rechtsangelegenheit, wenn die Besorgung einer eigenen Rechtsangelegenheit zugleich auch die Besorgung einer Rechtsangelegenheit eines Dritten beinhaltet.¹⁴ Aus diesem Grunde liegt nach dem derzeit geltenden RBERG bspw. keine erlaubnispflichtige Rechtsberatung vor, wenn ein Miterbe von den anderen Miterben zum Zwecke der Regelung der Nachlassangelegenheiten bevollmächtigt wird.¹⁵ Allerdings reicht ein bloß mittelbares Eigeninteresse des Rechtsbesorgers

bzw. die bloße Gleichgerichtetheit seines Interesses mit dem eines Dritten grundsätzlich nicht aus, um die Fremdheit zu verneinen.¹⁶ Besondere Relevanz erlangt die Beurteilung der Fremdheit nach geltendem Recht auch bei der Besorgung von Rechtsangelegenheiten im (engen) Familienverbund oder Freundeskreis. Hierauf wird bei der Abhandlung der Vorsorgevollmachten zugunsten naher Angehöriger noch zurück zu kommen sein.¹⁷

3. Besorgung von Rechtsangelegenheiten

Als *Besorgung* fremder Rechtsangelegenheiten ist jede Tätigkeit anzusehen, die auf die unmittelbare Förderung konkreter fremder Rechtsangelegenheiten gerichtet ist, also jede Tätigkeit, die darauf abzielt, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen, konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten oder zu verändern.¹⁸ Hingegen ist die bloße Erteilung eines Rats, z. B. der Rechtssuchende solle sich anwaltlicher oder notarieller Hilfe bedienen, noch keine Rechtsbesorgung, sofern derjenige, der eine solche Empfehlung ausspricht, nicht zuvor selbst eine rechtliche Prüfung vorgenommen hat.¹⁹

4. Geschäftsmäßigkeit

Um der Erlaubnispflicht zu unterliegen, muss die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten – jedenfalls nach (noch) geltendem Recht²⁰ – schließlich *geschäftsmäßig* erfolgen. Eine Geschäftsmäßigkeit liegt bei jeder Tätigkeit vor, die selbständig – also weisungsunabhängig –²¹ und mit Wiederholungsabsicht ausgeübt wird.²² Wegen des Ausreichens einer bloßen Wiederholungsabsicht kann das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit

5 BGH NJW 1998, S. 3563; BGH NJW 1995, S. 3122; Rennen/Caliebe, RBERG, 3. Aufl., § 1 Rz. 18; Chemnitz/Johnigk, RBERG 11. Aufl., § 1 Rz. 36.

6 Konkrete Rechtsverhältnisse werden insbesondere durch Vertragsabschluss gestaltet; BGH WM 2003, S. 247 (248). Nicht erlaubnispflichtig ist mangels Konkretheit etwa die lediglich allgemeine Darstellung einer Rechtslage, vgl. Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 21 f.

7 Schneeweiß, Verbotene Rechtsberatung als Fallstrick für die notarielle Beurkundungspraxis?, Mitt BayNot 2001, S. 24 (26).

8 BGH NJW 1998, S. 3563; OLG Koblenz, BB 1999, S. 499; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rn. 19; kritisch: Chemnitz/Johnigk, a. a. O., § 1 Rz. 67 ff.

9 BGH NJW 2002, S. 2877 (2878) mit Hinweis auf BGH, GRUR 1998, S. 956 (957) und GRUR 2000, S. 729 (730); BGH NJW 2003, S. 3046 (3047).

10 Schneeweiß, a. a. O., S. 26; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 28 ff.

11 BayObLG NStZ 1985, S. 224; Rennen/Caliebe a. a. O., § 1 Rz. 28.

12 BGH NJW 1967, S. 1558; Rennen/Caliebe a. a. O., § 1 Rn. 29.

13 BGH NJW-RR 1986, S. 1360; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 31.

14 Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 31.

15 Chemnitz/Johnigk, § 1 Rz. 81; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 31. Der Aspekt der Miterledigung fremder Angelegenheiten gewinnt auch bei den noch abzuhandelnden Register- und Veräußerungsvollmachten gem. § 1149 BGB entscheidende Bedeutung; vgl. hierzu Gliederungspunkt G II, III.

16 BGH NJW 1967, S. 1562 (1563); Rennen/Caliebe, § 1 Rz. 30; Schneeweiß, a. a. O., S. 26.

17 Dazu Gliederungspunkt F. II.

18 BGH NJW 2000, S. 2108; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 34 m. w. N.

19 OLG Hamm, NJW 1954, S. 516; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 41 m. w. N.

20 Das im Gesetzgebungsverfahren befindliche (neue) Rechtsdienstleistungsgesetz verzichtet auf das Erfordernis der Geschäftsmäßigkeit (vgl. dazu Gliederungspunkt G. II.).

21 Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 57.

22 BVerfG NJW 1988, S. 220; OLG Köln NJW 1973, S. 437; Chemnitz/Johnigk, a. a. O., § 1 Rz. 102.

auch bereits bei der erstmaligen Rechtsbesorgung erfüllt sein.²³ Hervorzuheben ist des Weiteren, dass für die Annahme der Geschäftsmäßigkeit weder erforderlich ist, dass die Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt, noch dass für sie ein Entgelt gezahlt wird.²⁴ Auch bei einem Unternehmer entfällt die Geschäftsmäßigkeit daher nicht bereits deshalb, weil ihm für seine rechtsberatenden Tätigkeiten kein besonderes Entgelt gezahlt wird. Allerdings ist die Unentgeltlichkeit Indiz gegen das Vorliegen einer Wiederholungsabsicht, während andererseits die Vereinbarung eines Entgeltes auf ein geschäftsmäßiges Handeln hindeutet.²⁵

5. Verfassungskonforme Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen

Den vorstehenden Ausführungen ist zu entnehmen, dass die formellen Kriterien bzw. „Tatbestandsvoraussetzungen“ des RBERG – insbesondere der Begriff der Rechtsangelegenheiten – extrem weit gefasst sind mit der Folge, dass eine Vielzahl von Tätigkeiten als erlaubnispflichtige Rechtsberatung zu qualifizieren wäre. In der Vergangenheit wurde der weite Anwendungsbereich und die damit einhergehende Erlaubnispflicht bzw. Monopolstellung der Erlaubnisinhaber noch zusätzlich durch eine von der Rechtsprechung vorgenommene eher exzessive Auslegung der für die Einschlägigkeit des RBERG maßgeblichen Voraussetzungen ausgeweitet. In jüngster Zeit ist aber unter Betonung der Tatsache, dass heute nahezu alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen sind und kaum eine wirtschaftliche Betätigung mehr ohne rechtliche Wirkung bleibt, ein Kurswechsel in der Rechtsprechung festzustellen. So hat insbesondere das BVerfG in verschiedenen neueren Entscheidungen²⁶ ausgeführt, dass das RBERG einem Alterungsprozess unterworfen sei. Aus diesem Grunde und wegen der generalklauselartigen Umschreibung der Tatbestandsvoraussetzungen bedürfe es einer einengenden verfassungskonformen Auslegung der Vorgaben des RBERG. Hierbei müsse die Frage, was geschäftsmäßige Rechtsberatung sei, in jedem Einzelfall abgeklärt werden, wobei einerseits die durch das Gesetz geschützten Belange und andererseits die Freiheitsrechte des Einzelnen – insbesondere die Berufs- und Handlungsfreiheit – zu berücksichtigen seien und zusätzlich auch den Veränderungen der Lebenswirklichkeit Rechnung getragen werden müsse. Wegen der rechtlichen Berührungspunkte fast jeder Tätigkeit sei insoweit – entgegen der bisherigen Handhabung – nicht allein auf die rechtlichen Formen und Auswirkungen eines Verhaltens abzustellen. Vielmehr sei eine dahingehende *abwägende Beurteilung* des jeweiligen Verhaltens erforderlich, ob es sich hierbei tatsächlich um eine Rechtsbesorgung oder aber um eine Tätigkeit handele, die auch ohne Einschaltung eines Rechtsberaters von anderen Dienstleistern erfüllt werden könne, ohne die Qualität der Dienstleistung oder die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu beeinträchtigen.²⁷ Die vom BVerfG geforderte verfassungskonforme Auslegung der weit gefassten Tatbestandsmerkmale des RBERG hat sich nunmehr auch der BGH in verschiedenen neueren Urteilen zu eigen gemacht und verstärkt in den Vordergrund gerückt.²⁸ Diesen neuen Rechtsprechungstendenzen ist insbesondere auch bei der folgenden Abhandlung der notarrelevanten Themen-

stellungen bzw. ihrer Problembewältigung Rechnung zu tragen. Hierauf wird im Rahmen der Erörterung der Einzelproblematiken unter weiterer Konkretisierung der für die verfassungskonforme Auslegung maßgeblichen Kriterien näher einzugehen sein.²⁹ Zuvor ist jedoch noch ein Blick auf die vom RBERG selbst vorgesehenen Ausnahme- bzw. Erlaubnistatbestände zu richten, bei deren Eingreifen ein Tätigwerden – unabhängig vom Vorliegen einer tatbestandlich gegebenen Erledigung fremder Rechtsangelegenheiten – schon nach dem RBERG selbst keiner Erlaubnispflicht unterliegt. Die Darstellung beschränkt sich erneut auf die für die notarielle Praxis relevanten Ausnahmetatbestände bzw. die hierdurch privilegierten Berufsträger.

II. Erlaubnistatbestände nach dem RBERG

1. Zulässige Tätigkeiten gemäß § 3 RBERG

§ 3 RBERG nimmt bestimmte Berufszweige und rechtsbesorgende Tätigkeiten durch besondere Stellen von der Genehmigungspflicht nach dem RBERG generell aus. Unberührt vom RBERG bleiben insbesondere Rechtsbesorgungen durch Behörden und Hoheitsträger (§ 3 Nr. 1 RBERG), die Berufstätigkeit der Notare sowie von „sonstigen Personen, die ein öffentliches Amt ausüben“ und von Rechtsanwälten (§ 3 Nr. 2 RBERG). Erlaubnisfrei dürfen nach § 3 Nr. 6 RBERG auch der Zwangsverwalter, der Insolvenzverwalter und der Nachlasspfleger sowie „sonstige für ähnliche Aufgaben behördlich eingesetzte Personen“ – wie Vormund, Betreuer und Pfleger³⁰ – tätig werden. Zu betonen ist bereits in diesem Zusammenhang, dass es für die Einschlägigkeit des Ausnahmetatbestandes gemäß § 3 Nr. 6 RBERG nach vorherrschender Auffassung entscheidend auf die *behördliche* Einsetzung der jeweiligen Person ankommt. Dieser Aspekt gewann in der Vergangenheit insbesondere für nicht vom Gericht, sondern vom Erblasser selbst ernannte Testamentsvollstrecker Bedeutung.³¹ Die Ausnahmeregelung des § 3 Nr. 6 RBERG soll nach der Rechtsprechung des BGH³² auch für einen Wohnungseigentumsverwalter eingreifen, wobei gleichgültig ist, ob dieser unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 WEG vom Gericht oder wie im Regelfall von der Eigentümerversammlung bestellt wurde. Zur Begründung führt der BGH aus, dass die dem Wohnungseigentumsverwalter gemäß § 27 WEG gesetzlich zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse den Tätigkeiten der in § 3 Nr. 6 RBERG

23 Schneeweiß, a. a. O., S. 27.

24 Chemnitz/Johnigk, a. a. O., § 1 Rz. 102.

25 BGH NJW 1986, S. 1050; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 61.

26 BVerfG NJW 1998, S. 3481 – Masterpatent; ZIP 2002, S. 449 sowie NJW-RR 2004, S. 1570 – Inkasso; NJW 2002, S. 3531 – Erbensucher; NJW 2004, S. 672 – RTL – Mahnmann; NJW 2004, S. 1855 – Auto-Bild/SAT 1; NJW 2004, S. 2662 = WM 2004, S. 2363 ff. – unentgeltliche Rechtsberatung durch Volljuristen.

27 Wie Fußnote zuvor.

28 BGH NJW 2002, S. 2877 (2878) unter Verweis auf BGH GRUR 1998, S. 956 (957) und GRUR 2000, S. 729 (730); BGH NJW 2003, S. 819; BGH NJW 2003, S. 3046 (3047). Vgl. dazu auch: Kleine-Cosack, NJW 2003, S. 3009 ff.

29 Vgl. insbesondere Gliederungspunkte D. III. 2. (Abnahme von Gemeinschaftseigentum) und E. (geschäftsmäßige Testamentsvollstreckungen).

30 Rennen/Caliebe, a. a. O., § 3 Rz. 45 ff.

31 Vgl. dazu im einzelnen Gliederungspunkt E.

32 BGH NJW 1993, S. 1924.

aufgeführten Personen vergleichbar seien. Die Kommentarliteratur kommt zwar zu demselben Ergebnis, leitet dieses jedoch nicht aus § 3 Nr. 6 RBERG her, sondern subsumiert den Wohnungseigentumsverwalter unter die Befreiungsvorschrift des § 5 Nr. 3 RBERG, wonach Vermögensverwalter, Hausverwalter und ähnliche Personen die mit der Verwaltung unmittelbar zusammenhängende Rechtsangelegenheiten erlaubnisfrei erledigen dürfen.³³ Sowohl nach der Rechtsprechung des BGH als auch nach der Literatur beschränkt sich die Erlaubnisfreiheit allerdings auf solche Tätigkeiten, die in den einem WEG-Verwalter von § 27 WEG gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereich fallen.

2. Zulässige Miterledigung von Rechtsangelegenheiten bei bestimmten Berufen gemäß § 5 RBERG

Nach § 5 RBERG ist die Rechtsbesorgung oder Rechtsberatung, die im unmittelbaren Zusammenhang mit bestimmten, außerhalb des Rahmens des RBERG ausgeübten Berufstätigkeiten erledigt wird, nicht erlaubnispflichtig. Relevanz für die notarielle Praxis erlangen hierbei insbesondere die Ausnahmevorschriften des § 5 Nrn. 1–3 RBERG.³⁴

a) Kaufmännischer oder gewerblicher Unternehmer (§ 5 Nr. 1 RBERG)

§ 5 Nr. 1 RBERG erlaubt zunächst ausdrücklich, „dass kaufmännische oder sonstige gewerbliche Unternehmer für ihre Kunden rechtliche Angelegenheiten erledigen, die mit einem Geschäft ihres Gewerbebetriebes in unmittelbarem Zusammenhang stehen“.³⁵ Von diesem Ausnahmetatbestand mitumfasst sind in persönlicher Hinsicht neben Kaufleuten und Gewerbetreibenden nach bestrittener Auffassung auch freie Berufe³⁶, wobei für den Berufsstand der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer die Spezialregelung des § 5 Nr. 2 RBERG einschlägig ist. Der von Gesetzes wegen geforderte unmittelbare Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb setzt voraus, dass die jeweilige Berufsausübung bei objektiver Betrachtung ohne die Rechtsberatung nicht sachgerecht vorgenommen werden kann.³⁷ Des weiteren darf es sich bei der Rechtsbesorgung lediglich um eine bloße „Hilfs- oder Nebentätigkeit“ handeln, die sich im Rahmen der eigentlichen Berufsaufgabe vollzieht und deren Zweck dient, ohne dass sie untergeordnet zu sein braucht.³⁸ Bei der Rechtsbesorgung darf es sich also lediglich um einen Annex zur eigentlichen Berufstätigkeit handeln; keinesfalls darf sie im Vordergrund stehen.³⁹ Letzten Endes geht es also um die Abgrenzung der erlaubnisfreien *Geschäftsbesorgung* von der erlaubnispflichtigen *Rechtsbesorgung*, die allerdings wegen der vom BVerfG geforderten und vom BGH in neueren Entscheidungen ebenfalls zugrunde gelegten (einschränkenden) verfassungskonformen Auslegung des Begriffs der Rechtsangelegenheit mehr und mehr auf „Tatbestandsebene“ vorgenommen wird. Exemplarisch kann hier auf die jüngsten Entscheidungen des BVerfG und des BGH zur Tätigkeit eines „Erbenermittlers“, die u. a. die Vertretung in allen Nachlassangelegenheiten, die Ermittlung von Verwandtschaftsverhältnissen und Antragstellungen umfasst, verwiesen werden. Hatte der BGH für diese Tätigkeit in seinem Urteil vom

16. 3. 1989⁴⁰ noch eine Erlaubnispflicht nach dem RBERG wegen Nichteingreifens des Ausnahmetatbestandes nach § 5 Nr. 1 RBERG bejaht, sind sowohl der 1. Senat des BGH als auch das BVerfG in zwei jüngeren Entscheidungen⁴¹ übereinstimmend unter Berufung auf das Erfordernis einer verfassungskonformen (restriktiven) Auslegung der einzelnen Begriffsmerkmale des RBERG im Hinblick auf die Berufsfreiheit von einer erlaubnisfreien Tätigkeit des Erbenermittlers ausgegangen.

b) Wirtschaftsprüfer, Steuerberater (§ 5 Nr. 2 RBERG)

Von großer Relevanz für die im folgenden darzustellenden notarrelevanten Problemkreise ist auch der Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 2 RBERG. Danach sind neben Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern insbesondere auch Steuerberater und Steuerbevollmächtigte in Angelegenheiten zur rechtlichen Bearbeitung⁴² erlaubnisfrei befugt, mit denen sie beruflich befasst sind, soweit sie mit ihren hauptberuflichen Aufgaben in unmittelbarem Zusammenhang stehen und die hauptberuflichen Aufgaben ohne die Rechtsbearbeitung nicht sachgemäß erledigt werden können. An dem auch für das Eingreifen des Ausnahmetatbestandes des § 5 Nr. 2 RBERG erforderlichen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der hauptsächlichen Berufstätigkeit und der rechtlichen Bearbeitung fehlt es neuerlich, wenn die konkrete berufliche Angelegenheit auch ohne Rechtsberatung sinnvoll wahrgenommen werden kann.⁴³ Abzustellen ist hierbei auf die dem Wirtschaftsprüfer bzw. Steuerberater etc. im Einzelfall übertragene Aufgabe.⁴⁴ Somit ist stetige Voraussetzung für das denkbare Eingreifen dieses Ausnahmetatbestandes, dass der Vertreter der jeweils in Rede stehenden Berufsgruppe im konkreten Fall tatsächlich zwei Geschäfte besorgt; nämlich ein zu seiner eigentlichen Berufsaufgabe gehörendes Hauptgeschäft und ein notwendiges – mithin kein eigenständiges – Hilfsgeschäft, das an sich nach § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG erlaubnispflichtig wäre.⁴⁵

33 Rennen/Caliebe, a. a. O., § 3 Rz. 50; Chemnitz/Johnigk, a. a. O., § 5 Rz. 612 ff.

34 Nicht näher eingegangen wird an dieser Stelle auf den erlaubnisfreien Forderungseinzug durch kaufmännische oder gewerbliche Unternehmen gemäß § 5 Nr. 4 RBERG.

35 Zweck dieses und des Privilegierungstatbestandes gemäß § 5 Nr. 2 RBERG ist es jeweils, Berufe, die sich sachgerecht nicht ohne gleichzeitige Rechtsberatung oder sonstige Rechtsbesorgung ausüben lassen, von dem Erlaubniszwang gemäß § 1 RBERG freizustellen (BGH DNotZ 2001, S. 49 (52)).

36 Rennen/Caliebe, a. a. O., § 5 Rz 12; Chemnitz/Johnigk, § 5, Rz 532.

37 BGHZ 102, 128 (134).

38 BGHZ 102, 128 (132).

39 BGHZ 70, 12 (15); Schneeweiß, a. a. O., S. 27.

40 NJW 1989, S. 2125.

41 BGH NJW 2003, S. 3046 ff. = EWIR 2003, S. 1051; BVerfG NJW 2002, S. 3531.

42 Anders als in § 5 Nr. 1 RBERG ist hier von Bearbeitung – nicht von bloßer Erledigung – die Rede, woraus ein Teil der Literatur das Erfordernis einer engeren Auslegung schließt (Chemnitz/Johnigk, a. a. O., § 5 Rz. 590; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 5 Rz. 62). Hingegen sieht der BGH die Begriffe als gleichbedeutend an (BGH NJW 1988, S. 561).

43 BGH NJW 1988, S. 561.

44 BGH a. a. O.; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 5 Rz. 65.

45 BGH MittBayNot 2001, S. 180.

c) Vermögensverwalter, Hausverwalter und ähnliche Personen (§ 5 Nr. 3 RBERG)

Den nach § 5 Nr. 3 RBERG privilegierten Gruppen ist gemeinsam, dass es sich jeweils um eine Verwaltungstätigkeit handeln muss, die ihrerseits voraussetzt, dass sie

- sich auf eine abgrenzbare Wirtschaftseinheit (nicht bloß auf einen einzelnen Vermögensbestandteil) bezieht,
- auf Dauer angelegt ist,
- nicht im einzelnen weisungsgebunden erfolgt und
- nicht von Angestellten i. S. d. § 6 RBERG erbracht wird.⁴⁶

Während der Vermögensverwalter ein Vermögen in seiner Gesamtheit oder zumindest einen abgrenzbaren Vermögensteil betreut, erledigt der Hausverwalter einen wesentlichen Teil der ein Haus betreffenden Angelegenheiten selbständig.⁴⁷ Ähnliche Personen sind schließlich solche, die ohne Vermögens- oder Hausverwalter zu sein, die in § 5 Nr. 3 RBERG aufgestellten Voraussetzungen erfüllen.⁴⁸ Wie schon erwähnt, zählt ein Teil der Literatur hierzu auch den Wohnungseigentumsverwalter.⁴⁹ Wegen des auch hier erforderlichen unmittelbaren Zusammenhangs darf es sich bei den jeweiligen Rechtsangelegenheiten nur um bloße Hilfstätigkeiten handeln, die sich auf das konkret verwaltete Objekt beziehen und ohne deren Erledigung die Verwaltung nicht ordnungsgemäß erfüllt werden könnte.⁵⁰ Erlaubnisfrei soll insoweit nicht nur die Erledigung von mit der Verwaltung im Zusammenhang stehenden vermögensrechtlichen Angelegenheiten, sondern auch etwa die (Mit)Klärung erbrechtlicher Fragen sein.⁵¹ Keine bloßen Hilfstätigkeiten sind hingegen die rechtliche Beratung und Vertretung eines Mieters, die Erhebung einer Räumungsklage sowie – für die notarielle Praxis von besonderer Relevanz – der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken.⁵²

3. Angestellte (§ 6 Nrn. 1 und 2 RBERG)

Gemäß § 6 Abs. 1 RBERG besteht ein Erlaubniszwang schließlich auch dann nicht, wenn entweder Angestellte Rechtsangelegenheiten ihres Dienstherrn (§ 6 Nr. 1) oder die bei den gemäß §§ 1, 3, 5 RBERG privilegierten Personen tätigen Angestellten im Rahmen des Anstellungsverhältnisses Rechtsangelegenheiten erledigen (§ 6 Nr. 2). Während es bei § 6 Nr. 2 RBERG um die Erledigung von Rechtsangelegenheiten *Dritter* geht, stehen bei § 6 Nr. 1 RBERG Rechtsangelegenheiten des *Dienstherrn selbst* in Rede. So darf bspw. ein Bürovorsteher eines nach § 3 Nr. 2 RBERG privilegierten Notars nicht Rechtsrat etwa auf dem Gebiet des Zivilprozesses unter Berufung auf § 6 Nr. 2 RBERG erteilen, weil dem Notar selbst eine derartige (einseitige) Rechtsberatung für Dritte untersagt ist.⁵³ Für die notarielle Praxis bedeutender ist jedoch die Privilegierung nach § 6 Nr. 1 RBERG, da Notariatsangestellte regelmäßig – insbesondere im Rahmen des Vollzugs – anstelle des Notars oder unterstützend für ihn tätig werden und damit „tatbestandlich“ Rechtsangelegenheiten ihres Dienstherrn (nicht Dritter) erledigen, die nach § 6 Nr. 2 RBERG erlaubnisfrei sind. Dies gilt auch für die den Notariatsangestellten oftmals erteilten Vollzugsvollmachten, die vor dem Hinter-

grund, dass sie den Angestellten lediglich im Rahmen der vom Notar übernommenen Rechtsbetreuung (§ 24 BNotO) erteilt werden, ebenfalls vom Ausnahmetatbestand des § 6 Nr. 1 RBERG gedeckt sind. In diesem Zusammenhang ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass der Begriff des Angestellten hier weit zu fassen ist und maßgeblich allein eine abhängige, weisungsgebundene Tätigkeit im Betrieb eines anderen – z. B. eines Notars – ist. Irrelevant ist hingegen, ob die jeweilige Tätigkeit entgeltlich oder unentgeltlich, haupt- oder nebenberuflich oder im Rahmen eines festen Arbeitsverhältnisses ausgeübt wird.⁵⁴ Angestellte im vorbeschriebenen Sinne können bei einem entsprechenden Abhängigkeitsverhältnis also auch die im Notariat (unentgeltlich) mitarbeitenden Familienangehörigen, Referendare oder bloß nebenberuflich tätige Personen sein.⁵⁵

III. Zivilrechtliche Folgen⁵⁶ eines Verstoßes gegen das RBERG

Liegt nach dem Vorgesagten auch unter Beachtung einer einschränkenden verfassungskonformen Auslegung tatbestandlich eine Rechtsbesorgung vor und greift auch kein Befreiungstatbestand ein, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen eines Handelns, wenn keine Erlaubnis erteilt wurde. Nach heute völlig einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtsprechung stellt sich ein Verstoß gegen die Bestimmungen des RBERG als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB dar mit der Folge, dass der Vertrag zwischen Ratsuchendem und Berater – gleichgültig, ob es sich hierbei um einen Dienst-, Geschäftsbesorgungs-, Gesellschaftsvertrag oder einen Auftrag handelt, – nichtig ist.⁵⁷ Als Folge dieser Nichtigkeit sind etwa erbrachte Leistungen nach Bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurück zu gewähren. Danach ist der Auftraggeber berechtigt, von seinem Vertragspartner, der durch seine Tätigkeit gegen das RBERG verstoßen hat, etwa aufgrund des nichtigen Vertrages geleistete Zahlungen gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zurück zu verlangen. Auf der anderen Seite kann aber auch der Vertragspartner nach Bereicherungsrecht den Wert der von ihm erbrachten Leistungen ersetzt verlangen, soweit er dem Auftraggeber hierdurch entsprechende Auslagen erspart hat, es sei denn, der Vertragspartner wusste, dass er gegen das RBERG verstieß

46 Rennen/Caliebe, a. a. O., § 5 Rz. 82 ff.

47 Chemnitz/Johnigk, a. a. O., § 5 Rz. 607/610.

48 Rennen/Caliebe, a. a. O., § 5 Rz 90.

49 Hierzu bereits Gliederungspunkt B. II. 1.

50 Schneeweiß, a. a. O., S. 28.

51 Rennen/Caliebe, a. a. O., § 5 Rz. 91 unter Hinweis darauf, dass hingegen die Klärung familienrechtlicher Fragen über eine bloße Hilfstätigkeit hinausgeht.

52 Vgl. zum Ganzen: Chemnitz/Johnigk, § 5 Rz. 621 m.N.; Rennen/Caliebe, § 5 Rz. 91 m.N.

53 Rennen/Caliebe, a. a. O., § 6 Rz. 15.

54 Zm Ganzen: Rennen/Caliebe, a. a. O., § 6 Rz. 2 ff.

55 Rennen/Caliebe, a. a. O., § 6 Rz. 4.

56 Bei der Frage nach den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das RBERG ist zwischen zivilrechtlichen und prozessualen Auswirkungen einerseits und strafrechtlichen Folgen andererseits zu unterscheiden. Auf die prozessualen Folgen (grundsätzlicher Ausschluss vom Verfahren) wird vorliegend ebenso wenig eingegangen wie auf die strafrechtlichen Auswirkungen (Ordnungswidrigkeit gemäß § Art. 1 § 8 RBERG).

57 Einhellige Rechtsprechung seit BGH NJW 1962, S. 2010; vgl. auch etwa: BGH NJW 1974, S. 1201; BGH NJW 1977, S. 431; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 197 m. w. N.

(§ 817 BGB).⁵⁸ Zu der Frage, ob auch eine aufgrund des nichtigen Vertrages erteilte Vollmacht unwirksam ist, wird nachfolgend bei der Abhandlung der sogenannten „Anlagemodelle“ Stellung genommen.⁵⁹

C. Fremdfinanzierte Anlagemodelle unter Einschaltung eines Treuhänders

I. Problemaufriss

Notarrelevante Probleme im Zusammenhang mit dem RBERG stellen sich zunächst insbesondere bei den in den neunziger Jahren verstärkt in den neuen Bundesländern zu Steuerersparniszwecken praktizierten Anlagemodellen in Form von Bauherren-, Bauträger- und (geschlossenen) Fondsmodellen.⁶⁰ Hierzu ist auch die schon erwähnte „Grundsatzentscheidung“ des BGH vom 28.09.2000⁶¹ ergangen, die die Problematiken und „Fallstricke“ des RBERG erstmals in den Vordergrund rückte. Das gemeinsame Anlagekonzept bestand bei den genannten Modellen darin, allein mit dem erzielten Mietzins und den Steuervorteilen den Kreditzins nebst Tilgung aufzubringen und zusätzlich eine ständige Wertsteigerung zu erwirtschaften.⁶² Konzeptionell erfolgte dies dergestalt, dass der Kapitalanleger/Erwerber einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit einem Treuhänder⁶³, der nicht im Besitz einer Erlaubnis nach dem RBERG war, abschloss und ihm weitreichende Vollmachten – u. a. zum Abschluss des Kauf- und Werklieferungsvertrages; regelmäßig auch zum Darlehensabschluss und zur Bestellung der dinglichen Absicherung durch Finanzierungsgrundpfandrechte – erteilte, die entweder im Geschäftsbesorgungsvertrag selbst oder -seltener- in gesonderter Urkunde enthalten waren. Da sich die Erwartungen der Anleger und damit einhergehend das Finanzierungs-konzept in der Folgezeit nicht realisieren ließen, weil Mietgaranten in die Insolvenz gefallen waren, Anlagegelder von unseriösen Initiatoren vereinnahmt wurden und die unrealistisch hoch angesetzten Mieten nicht erzielbar waren, stellt sich bei diesen „Schrottimmobilien“ heute häufig die Situation, dass die enttäuschten Anleger – teilweise ermutigt durch die Rechtsprechung zum RBERG – ihre Zahlungen einstellen und von der kreditgebenden Bank zumindest⁶⁴ Rückzahlung der bereits geleisteten Darlehenszahlungen verlangen, während die Banken auf Vertragserfüllung, insbesondere auf sofortige Rückzahlung der regelmäßig an den Initiator des Anlagemodells (Bauträger/Fonds) ausgezahlten Darlehensvaluta nebst marktüblicher Verzinsung pochen. Ausgehend von diesem Anspruchsbegehren bei der Rückabwicklung von Anlagebeteiligungen soll zunächst die bisher ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung zu Tatbestandsvoraussetzungen, Ausnahmetatbeständen und Rechtsfolgen in Bezug auf das RBERG in diesen Fällen nachgezeichnet werden. Im Anschluss an die hierbei gewonnenen Erkenntnisse wird kurz auf die Sonderkonstellation eingegangen, in der sich ein Anleger gegenüber einer gegen ihn eingeleiteten Zwangsvollstreckung zur Wehr setzt, die ihre Grundlage in einer vom bevollmächtigten Treuhänder für ihn abgegebenen Unterwerfungserklärung hat. Danach wird noch die Rechtsprechung zu den Fondsmodellen angesprochen, die gerade in jüngster Zeit infolge einer Entscheidungsserie des

2. Senats des BGH in den Vordergrund gerückt ist. In einem gesonderten Abschnitt werden abschließend die sich aus der Rechtsprechung ergebenden (beurkundungsrechtlichen) Konsequenzen für die notarielle Praxis in Bezug auf Anlagemodelle aufgezeigt.

II. Darstellung der Rechtsprechung

1. Verstoß gegen das RBERG – Abgrenzung erlaubnisfreier Vollbetreuung zu erlaubnispflichtiger Rechtsbetreuung

Bei Auswertung der bisherigen Rechtsprechung des BGH zu (Immobilien)Kapitalanlagen fällt auf, dass in diesem Bereich ohne größeren Begründungsaufwand zunächst „tatbestandlich“ von einer erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung des eingeschalteten Treuhänders ausgegangen wird. Gerade in den neueren Urteilen des BGH findet sich hierzu lediglich noch die Aussage, dass „derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträger- oder Bauherrenmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG bedarf.“⁶⁵ Dies gilt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung unabhängig davon, ob der Treuhänder nach dem Inhalt seiner Vollmacht berechtigt ist, Verträge abzuändern oder ob ihm – wie regelmäßig – keinerlei Ermessensspielraum bei der Vertragsgestaltung zusteht.⁶⁶ Insbesondere finden die bereits vorgestellten und gerade in jüngster Zeit auf anderen Feldern der Rechts-erledigung vermehrt betonten Vorgaben des BVerfG zur (einschränkenden) verfassungskonformen Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des RBERG in den einschlägigen Entscheidungen zu den Anlagemodellen regelmäßig keine Erwähnung.⁶⁷ Eine Prüfung findet somit nicht im Hinblick auf die ohne weiteres angenommene tatbestandliche Einordnung als erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung, sondern allenfalls noch bezüglich der Frage statt, ob nicht ein Ausnahmetatbestand i. S. d. § 5

58 Zum Ganzen: Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz 198 m.N.

59 Vgl. Gliederungspunkt C. II. 2. b).

60 Zu den verschiedenen Anlagemodellen mit ihren Charakteristika vgl. Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Rz 1. ff.

61 DNotZ 2001, S. 49 ff.

62 Barnert, Die kreditgebende Bank in der Rechtsprechung des BGH zu Projektbeteiligungs- und Immobilienfinanzierungen, WM 2004, S. 2002.

63 Anstelle des Begriffs „Treuhänder“ wird teilweise auch von einem „Geschäftsbesorger“ gesprochen; im nachfolgenden wird einheitlich der Begriff „Treuhänder“ verwendet.

64 Daneben steht häufig noch das Verlangen, sich insgesamt von dem (wertlosen) Anlageobjekt zu lösen, worauf noch gesondert bei der Rückabwicklung von Immobilienfonds eingegangen wird (Gliederungspunkt C. II. 4. b)).

65 Vgl. etwa: WM 2005, S. 127 ff.; WM 2005, S. 72 ff.; WM 2004, S. 2349 (2352); WM 2004, S. 1529 (1530); WM 2004, S. 1230 (1231); WM 2004, S. 1227 (1228); WM 2004, S. 1221 (1223); WM 2004, S. 21 (23); WM 2003, S. 1063 (1065).

66 BGH WM 2003, S. 247 (248) unter Verweis auf BGHZ 145, 265 (269).

67 Vgl. hierzu insbesondere Peters/Bräuninger (WM 2004, S. 2294 ff.), die nicht nur die fehlende Auseinandersetzung des BGH mit den entsprechenden Vorgaben kritisieren, sondern für den Regelfall annehmen, dass wegen der standardisierten Vertragsabwicklung, der grundsätzlich fehlenden Entscheidungskompetenz des Treuhänders und einer somit fehlenden Rechtsberatung durch ihn keine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung innerhalb der Anlagemodelle vorliege.

RBerG vorliegt.⁶⁸ Dabei grenzt der BGH letztlich die erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung von einer erlaubnisfreien Vollbetreuung ab. Hintergrund dieser Abgrenzung ist ein Urteil aus dem Jahre 1976, in welchem der BGH – neben dem schon damals bejahten Verstoß gegen das RBerG im Fall einer isoliert geschuldeten Rechtsberatung – entschieden hat, dass die Vollbetreuung durch einen gewerblichen Baubetreuer oder ein Baubetreuungsunternehmen, das die technische, wirtschaftliche und finanzielle Betreuung des Bauherren umfasst, nach § 5 RBerG erlaubnisfrei sei.⁶⁹ Begründet wurde die Erlaubnisfreiheit in dieser Entscheidung damit, dass der Baubetreuungsvertrag zwar auch die Besorgung rechtlicher Angelegenheiten des Auftraggebers einschließe. Hauptinhalt eines solchen Vertrages sei jedoch eindeutig die Erstellung des Bauwerks selbst, die ohne die gleichzeitige Wahrnehmung hiermit in unmittelbarem Zusammenhang stehender rechtlicher Angelegenheiten – selbst wenn diese einen nicht unerheblichen Umfang einnehmen – erbracht werden könne. Auf dieses Urteil hat der BGH auch in seiner bereits mehrfach erwähnten „Grundsatzentscheidung“ vom 28.09.2000⁷⁰ ausdrücklich Bezug genommen und die auch hiernach weiterhin als erlaubnisfrei erachtete Vollbetreuung dahingehend konkretisiert, dass diese die Verpflichtung umfasse, ein Bauvorhaben in technischer Hinsicht entstehen zu lassen und wirtschaftliche Betreuungsleistungen wie die Regelung der Finanzierung, die Baugeldverwaltung oder die Kostenüberprüfung zu erbringen. Wegen dieses das eigentliche Bauvorhaben mit einschließenden Aufgabenkreises sei es bei der Vollbetreuung gerechtfertigt, die Bauerrichtung als Hauptzweck und die Rechtsbesorgung lediglich als Nebenzweck des Baubetreuers zu qualifizieren.⁷¹ Zugleich hat der BGH aber den von ihm zu entscheidenden Fall, in welchem die als Treuhänder fungierende GmbH eine im Rahmen der Anlagemodelle typische (weite) Vollmacht u. a. zum Abschluss des Kaufvertrages, des Darlehensvertrages und zur Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten erteilt bekommen hatte, von der Vollbetreuung abgegrenzt. Hierzu hat der BGH ausgeführt, dass sich etwa eine Bauträgerschaft dadurch von der Baubetreuung unterscheidet, dass die verschiedenen Leistungen, die bei der Baubetreuung allein vom Vollbetreuer aus einer Hand zu erbringen seien, in diesem Fall auf mehrere Personen verteilt seien. Der Treuhänder nehme aufgrund seiner Vollmacht ausschließlich eine bei diesem Modell selbstständige bzw. abgespaltene Rechtsbesorgung wahr.⁷² Auch in Folgeentscheidungen der verschiedenen Senate des BGH wird an der Abgrenzung zwischen erlaubnisfreier Vollbetreuung und erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung teilweise festgehalten.⁷³ Entscheidend stellen die einzelnen Senate letztlich darauf ab, welche Tätigkeiten der Treuhänder nach dem Inhalt des jeweiligen Geschäftsbesorgungsvertrages und nach Maßgabe der ihm erteilten Vollmacht schuldet.⁷⁴ So wird zur Begründung eines Verstoßes gegen das RBerG bzw. zur Verneinung des Eingreifens eines Ausnahmetatbestandes gemäß § 5 RBerG etwa ausgeführt, dass der Treuhänder nicht die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange schulde, sondern ihm die Befugnis eingeräumt worden sei, „ein ganzes Bündel von Verträgen abzuschließen“.⁷⁵ In einem anderen Fall stellt der BGH fest, dass der Treuhänder neben den ihm aufgrund der er-

teilten Vollmacht möglichen Vertragsabschlüssen keine anderen Tätigkeiten wie etwa Überprüfung der Bonität der Vertragsseiten, der Angemessenheit der Grundstückskosten sowie der Baukosten und Honorare nebst der Zweckmäßigkeit der Investitionsentscheidung überhaupt schulde.⁷⁶ Oftmals wird in den Entscheidungen mit Blick auf die dem Treuhänder ermöglichten Vertragsabschlüsse auch betont, dass hierbei erheblicher Beratungsbedarf entstehen könne, der seinerseits wiederum erhebliche Rechtskenntnisse voraussetze.⁷⁷ Zur Feststellung der geschuldeten Tätigkeit und der nach der Linie des BGH insbesondere für eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung sprechenden Möglichkeit, Verträge wie den Darlehens- oder Kaufvertrag für den Anleger abzuschließen bzw. den Fondsbeitritt für ihn zu erklären,⁷⁸ stellt der BGH dabei stets nur abstrakt auf den in der Regel weit gefassten Geschäftsbesorgungsvertrag bzw. auf die dem Treuhänder erteilte Vollmacht ab, ohne dass es darauf ankommt, ob und in welchem Umfang der Treuhänder tatsächlich von der Ermächtigung Gebrauch macht.⁷⁹

Ebenfalls unerheblich für die Beantwortung der nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen letztlich maßgeblichen Frage, ob der Treuhänder (wirtschaftliche) Vollbetreuung oder Rechtsbetreuung schuldet, ist der Umstand, ob es sich bei dem Geschäftsbesorger um ein gewerbliches Unternehmen (oftmals eine GmbH) oder um eine Steuerberatungs-/Wirtschaftsprüfungsgesellschaft handelt. Diese Unterscheidung hat lediglich Bedeutung für den in Betracht zu ziehenden Ausnahmetatbestand nach § 5 RBerG. Fungieren gewerbliche Unternehmen als Treuhänder, ist § 5 Nr. 1 RBerG Prüfungsmaßstab und somit entscheidend, ob sich die geschuldete Rechtsbesorgung als bloße Hilfs- oder Nebentätigkeit bzw. als bloßer Annex im Vergleich zur eigentlichen Berufstätigkeit darstellt. Nach den dargestellten Grundsätzen ist eine bloße Annextätigkeit jedenfalls bei den im Rahmen von Anlagemodellen üblichen weiten Treuhändervollmachten – gerade im Unterschied zur (Bau)Vollbetreuung – zu verneinen. Sofern hingegen eine Steuerberatungs-/Wirtschaftsprüfungsgesellschaft tätig wird, steht § 5 Nr. 2 RBerG in Rede. Insoweit ist zunächst zu differenzieren, ob die Steuerberatungs-/Wirtschafts-

68 Je nachdem, ob ein Steuerberater oder eine andere Person (insbesondere eine GmbH) als Treuhänder fungiert hat, ist Prüfungsmaßstab § 5 Nr. 2 (Steuerberater) bzw. § 5 Nr. 1 (andere Person) RBerG.

69 BGH NJW 1976, S. 1635 ff.

70 DNotZ 2001, S. 49 ff.

71 BGH a. a. O.

72 BGH a. a. O.

73 BGH DNotZ 2001, S. 51 (53); BGH ZfIR 2004, S. 527 (529).

74 BGH NJW 2004, S. 59 (S. 60); BGH WM 2004, S. 21 (23).

75 BGH ZNotP 2004, S. 195 (198); BGH WM 2004, S. 21 (23).

76 BGH DNotZ 2002, S. 49 (50).

77 BGH WM 2003, S. 2375 (2377); BGH WM 2003, S. 914 (915).

78 Das vom BGH zur Bejahung einer erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung maßgebliche Abstellen auf die Ermächtigung, den Erwerbsvertrag abzuschließen, liegt auf der Linie der bisherigen BGH-Rechtsprechung zum RBerG. So hat der BGH bereits im Jahre 1977 entschieden, dass ein Architekt zwar die zur Ausführung des Baus erforderlichen Verträge – z. B. mit den Handwerkern – ohne Verstoß gegen das RBerG abschließen dürfe, etwas anderes aber für den Entwurf und die Abfassung von Verträgen über die Grundstücksveräußerung oder Veräußerung von Wohnungseigentum gelte, die ihm – da diese Tätigkeiten über das Berufsbild des Architekten hinausgehen – versagt seien (vgl. BGH, NJW 1978, S. 322 ff.)

79 Kritisch insoweit: Maaß, ZNotP 2001, S. 170 (171).

prüfgesellschaft neben der ihr aufgrund der Vollmacht möglichen Rechtsbesorgung zusätzlich auch noch die steuerliche/wirtschaftliche Beratung der Erwerber oder die steuerliche Gestaltung des jeweiligen Anlagemodells übernommen hat. Ist dies – wie häufig – nicht der Fall, greift das Nebentätigkeitsprivileg gemäß § 5 Nr. 2 RBERG von vornherein nicht ein.⁸⁰ Hat die Gesellschaft hingegen zusätzlich steuerberatende oder wirtschaftsprüfende Tätigkeiten übernommen, ist in Anlehnung an die bereits vorgestellten Tatbestandsmerkmale des § 5 Nr. 2 RBERG⁸¹ zu fragen, ob es sich bei der Rechtsbesorgung um eine mit der beruflichen Aufgabe (Steuerberatung/Wirtschaftsprüfung) „in unmittelbarem Zusammenhang“ stehende Hilfstätigkeit handelt und ob diese Aufgaben „ohne Rechtsberatung nicht sachgemäß erledigt werden können“. Hierzu hat der BGH in einem Urteil ausdrücklich entschieden, dass jedenfalls bei Vorliegen einer umfassenden Vollmacht, die den Steuerberater/Wirtschaftsprüfer berechtigt, den Erwerber bei den Vertragsabschlüssen, bei Gerichten und Behörden zu vertreten sowie insgesamt die mit dem Erwerbsvorgang verbundenen finanztechnischen, wirtschaftlichen und steuerlichen Angelegenheiten zu übernehmen, die Rechtsbesorgung nicht mehr als bloße Hilfstätigkeit zur Steuerberatung/Wirtschaftsprüfung zu qualifizieren sei.⁸²

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung bei den typischen Anlagemodellen mittlerweile mehr oder weniger ohne weiteres – insbesondere wegen der dem Treuhänder hierbei möglichen Vertragsabschlüsse – von einer erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung ausgeht, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Steuerberater/Wirtschaftsprüfer oder ein anderes gewerbliches Unternehmen als Treuhänder fungiert. Etwas anderes kann sich allenfalls noch in Fällen ergeben, in denen der Treuhänder zusätzlich Bauleistungen oder andere wirtschaftliche Tätigkeiten von ganz erheblichem Umfang schuldet.

2. Folgen eines Verstoßes

a) Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages

Liegt nach dem Vorgesagten eine erlaubnispflichtige Rechtsberatung vor und ist der Treuhänder nicht im Besitz einer entsprechenden Erlaubnis, steht in Übereinstimmung mit den generellen Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das RBERG zunächst die Unwirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß § 134 BGB fest. Dieser Befund bedeutet jedoch nicht die automatische Nichtigkeit auch der vom Treuhänder typischerweise vorgenommenen Rechtsgeschäfte wie etwa des Darlehensvertrages, der Grundschuldbestellung, des Gesellschaftsvertrages oder des Beitritts zur Gesellschaft. Vielmehr werden diese Verträge grundsätzlich nicht von der Nichtigkeitsfolge erfasst, da sie für sich genommen jeweils nicht auf eine unerlaubte Rechtsbesorgung ausgerichtet sind.⁸³ Etwas anderes gilt allenfalls dann, wenn sich beispielsweise der Darlehensgeber in Zusammenarbeit mit dem Treuhänder an dessen unerlaubter Rechtsbesorgung beteiligt, wozu jedoch eine bloße enge und ständige Zusammenarbeit nicht ausreicht.⁸⁴ Für die Wirksamkeit dieser Geschäfte kommt es demnach entscheidend darauf an, ob sich die Unwirksamkeit des Ge-

schäftsbesorgungsvertrages auch auf die Treuhändervollmacht erstreckt.

b) Nichtigkeit der Treuhändervollmacht

Im Anschluss an die grundlegende Entscheidung des BGH vom 28.09.2000 war im Rahmen der verschiedenen hierzu ergangenen Urteilsanmerkungen⁸⁵ gerade die Frage diskutiert worden, ob die Nichtigkeit des zugrunde liegenden Geschäftsbesorgungsvertrages auch auf die Vollmacht durchschlägt. Hatte der 11. Senat des BGH in seiner Entscheidung vom 18.09.2001⁸⁶ noch den Standpunkt vertreten, eine Unwirksamkeit der Vertretungsmacht komme nur in Betracht, wenn diese mit dem Geschäftsbesorgungsvertrag zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft i. S. d. § 139 BGB verbunden sei, gab der Senat diesen Ansatz später auf und schloss sich der insbesondere vom 3. Senat von Anfang an vertretenen Auffassung an, dass die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages zur Erreichung des Schutzzweckes des RBERG stets auch die Nichtigkeit der dem Treuhänder erteilten Vollmacht gemäß § 134 BGB zur Folge habe.⁸⁷ Zwischenzeitlich ist die Erstreckung der Nichtigkeitsfolge auch auf die Vollmacht einhellige Rechtsprechung aller Senate des BGH,⁸⁸ wobei diese Rechtsfolge unabhängig davon ist, ob die Vertretungsmacht im Geschäftsbesorgungsvertrag selbst enthalten ist oder in gesonderter Urkunde erteilt wurde. Für die verschiedenen, vom Treuhänder aufgrund unwirksamer Vollmacht abgeschlossenen Verträge – insbesondere für den im Rahmen der Rückabwicklungsfälle im Vordergrund stehenden Darlehensvertrag – bedeutet dies zunächst, dass die entsprechenden Vertragsverhältnisse gemäß § 177 ff. BGB schwebend unwirksam sind. Die Annahme einer nachträglichen Genehmigung durch die jeweiligen Anleger, die etwa in Bezug auf die abgeschlossenen Darlehensverträge schlüssig dadurch erfolgt sein könnte, dass die Anleger ihren vermeintlichen Darlehensrückzahlungspflichten jahrelang nachgekommen sind, wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ebenfalls übereinstimmend verneint. Begründet wird dies damit, dass der Erwerber zum Zeitpunkt seiner Rückzahlungen die wahre Rechtslage nicht kannte und

80 BGH DNotZ 2002, S. 48 (50).

81 Siehe Gliederungspunkt B. II. 2. b).

82 BGH WM 2004, S. 59 (60). Unabhängig davon dürfte die Ausnahmenvorschrift des § 5 Nr. 2 RBERG auch deshalb ausscheiden, weil sich Rechtsberatung und Steuerberatung in den genannten Fällen gleichwohl als jeweils eigenständige Teilbereiche darstellen und die Steuerberatung auch ohne eine Rechtsberatung im Rahmen der Erwerbsverwirklichung sachgemäß erledigt werden kann.

83 Für den Darlehensvertrag: BGH WM 2003, S. 247 (249), BGH NJW 2004, S. 62 (63); BGH WM 2004, S. 1127 (1129); BGH WM 2004, S. 1221 (1224); für den Kaufvertrag: BGH WM 2004, S. 2349 (2353).

84 BGH WM 2004; S. 1221 (1224); BGH WM 2004, S. 1127 (1129); Peters/Bräuninger, WM 2004, S. 2294 (2298).

85 Hermanns, DNotZ 2001, S. 6 ff.; Sommer, NotBZ 2001, S. 27 (28); Maaß, ZNotP 2001, S. 170 ff.; Schneeweiß, a. a. O., S. 24 ff.

86 DNotZ 2002, S. 48.

87 BGH (3. Senat) WM 2001, S. 2260 (2262); BGH (11. Senat) WM 2003, S. 1064 (1065); WM 2003, S. 2328 (2333); WM 2004, S. 21 (23); WM 2004, S. 372 (375); WM 2004, S. 417 (421); WM 2004, S. 1127; WM 2004, S. 1230 (1231).

88 BGH (2. Senat) WM 2004, S. 1529 (1530); WM 2004, S. 1536 (1538); BGH (4. Senat) WM 2003, S. 914 (915); 2003, S. 2375 (2377); BGH (5. Senat) WM 2004, S. 2349 ff.; BGH (6. Senat) WM 2003, S. 1135 (1138). Kritisch etwa: Müllbert/Hogel, „Schrottimmobilien“ als fort-fressender Mangel, WM 2004, S. 2281 (2282).

vor der wegweisenden Entscheidung des BGH vom 28.09.2000 auch nicht kennen musste, so dass den Anlegern der erforderliche Genehmigungswille fehlte.⁸⁹

c) Wirksamkeit unter Rechtsscheingesichtspunkten

(1) §§ 172, 173 BGB

Allerdings bejahen der 4. und 11. Senat in ihrer ständigen Entscheidungspraxis im Falle einer infolge eines Verstoßes gegen das RBerG unwirksamen Treuhändervollmacht grundsätzlich die Möglichkeit einer Heilung des Vollmacht mangels in Anlehnung an die Vorschriften der §§ 171 ff. BGB oder nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht.⁹⁰ Dem hat sich nunmehr auch der 5. Senat angeschlossen.⁹¹ Hingegen hat der 2. Senat in seinen Entscheidungen vom 14.06.2004⁹² in verschiedenen obiter dicta eine derartige Heilungsmöglichkeit jedenfalls bei einem kreditfinanzierten Erwerb eines Immobilienfondsanteils generell in Abrede gestellt, da der Beitritt zur Fondsgesellschaft und der finanzierende Darlehensvertrag als ein – der Anwendung von Rechtsscheintatbeständen entgegen stehendes – verbundenes Geschäft (§ 9 VerbrKrG) zu qualifizieren seien, wenn sich die Fondsgesellschaft und die Bank derselben Vertriebsorganisation bedienen.⁹³ Hält man mit der ständigen und auch nach den Entscheidungen des 2. Senates ausdrücklich vom 11. Senat aufrecht erhaltenen⁹⁴ Rechtsprechung des 4., 11. und jetzt auch des 5. Zivilsenates eine Heilung unter Rechtsscheinaspekten grundsätzlich für möglich, ist im Rahmen der Prüfung des § 172 BGB entscheidend, ob dem Vertragspartner zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses⁹⁵ die Vollmacht zum Abschluss der jeweiligen Verträge im Original bzw. bei notariell beurkundeter Vollmacht⁹⁶ in Ausfertigung⁹⁷ vorlag. Keine Differenzierungsnotwendigkeit ergibt sich hierbei nach Ansicht der erwähnten BGH-Senate in Bezug auf die gemäß § 173 BGB erforderliche Gutgläubigkeit des Vertragspartners daraus, ob diesem eine isolierte Treuhändervollmacht oder eine im Geschäftsbesorgungsvertrag selbst enthaltene Vollmacht vorgelegt wurde. Begründet wird dies neuerlich damit, dass der Verstoß gegen das RBerG und die daraus folgende Nichtigkeit der Vollmacht vor der wegweisenden Entscheidung des BGH im Jahre 2000 für den Vertragspartner – insbesondere auch für die finanzierende Bank – nicht erkennbar gewesen sei und er selbst bei Anlegung eines strengen Sorgfaltsmaßstabes ebenso auf die Wirksamkeit der Vollmacht habe vertrauen dürfen.⁹⁸ Kann die Bank die Vorlage des Originals bzw. einer Ausfertigung der Vollmacht zum Zeitpunkt des Darlehensvertragsabschlusses beweisen, ist dem die Rückabwicklung begehrenden Vollmachtgeber (Anleger) somit die Berufung auf die Nichtigkeit der Vollmacht bzw. auf die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages infolge Verstoßes gegen das RBerG gemäß § 172 BGB versagt.

(2) Rechtsscheinvollmacht

Liegen die Voraussetzungen der §§ 171 ff. BGB hingegen nicht vor, prüfen der 4., 5. und 11. Senat im weiteren, ob das jeweilige Rechtsgeschäft nicht unter dem Aspekt einer Rechtsscheinvollmacht – insbesondere im Sinne einer Duldungsvollmacht – wirksam ist. Die Annahme einer Duldungsvollmacht setzt nach Ansicht der Senate allerdings voraus, dass das Vertrauen des Vertragspartners an

andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft und dass der vertretene Anleger es bewusst geschehen ließ, dass der Treuhänder für ihn als Vertreter auftrat und der Kreditgeber diese Duldung dahingehend verstanden hat und verstehen durfte, dass der als Vertreter handelnde Treuhänder bevollmächtigt war.⁹⁹ Hierzu hat der BGH bereits entschieden, dass jedenfalls die Vorlage einer vom Anleger unterzeichneten Selbstauskunft und/oder Einzugsermächtigung ebenso wenig die Annahme einer Duldungsvollmacht rechtfertigt wie eine vom Treuhänder vorgelegte Notarbestätigung über die Abgabe des notariellen Angebotes auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages zur Erteilung der Vollmacht.¹⁰⁰ Da das Vertrauen des Vertragspartners begründenden Umstände vor oder bei Vertragsabschluss vorliegen müssen, reichen auch die Entgegennahme der Darlehensvaluta oder die Bedienung der Darlehensraten über Jahre hinweg nicht zur Annahme einer Duldungsvollmacht aus.¹⁰¹ Eine Duldungsvollmacht wurde im Ergebnis bisher – soweit ersichtlich – noch in keinem von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entschiedenen Fall angenommen.¹⁰²

d) Zwischenergebnis

Ist nach den dargestellten Prüfungsschritten des BGH ein Handeln des Treuhänders als Vertreter ohne Vertretungsmacht gegeben und kommt auch eine – ohnehin lediglich nach Auffassung des 4., 5. und 11. Senates grundsätzlich in Betracht zu ziehende – Heilung nach Rechtsscheingesichtspunkten nicht zum Zuge, so ist insbesondere der aufgrund der Treuhändervollmacht abgeschlossene Darlehensvertrag unwirksam.¹⁰³ Für die schon

89 Vgl. BGH WM 2004, S. 1127 (1129); BGH WM 2004, S. 417 (421); BGH WM 2004, S. 21 (24); BGH WM 2003, S. 1710 (1712).

90 BGH WM 2000, S. 1247 (1250); WM 2001, S. 2113 (2115); WM 2003, S. 2328 (2333); WM 2004, S. 21 (23); WM 2004, S. 417 (421); WM 2004, S. 1230 (1232).

91 WM 2004, S. 2349 (2352 f.).

92 DB 2004, S. 1656 ff. = WM 2004, S. 1529 ff.; WM 2004, S. 1536 ff. Kritisch zum Lösungsweg über die § 171 ff. BGB auch: Hellgardt/Majer, WM 2004, S. 2380 ff.

93 Vgl. auch noch: Gliederungspunkt C. II. 4.

94 Urteil vom 9.11.2004, WM 2005, S. 72 (73 ff.); Urteil vom 26. 10. 2004, WM 2005, S. 127 ff.

95 Ein Nachreichen ist hingegen nicht ausreichend: BGH NJW 2002, S. 2325 (2326).

96 Da es sich bei der Vollmacht um eine einseitige, empfangs-, jedoch nicht annahmbedürftige Willenserklärung handelt, ist auch die Vorlage einer lediglich im Vertragsantrag enthaltenen Vollmacht ausreichend: BGH NJW 2004, S. 2090.

97 Eine beglaubigte Abschrift reicht insoweit nicht, vgl. BGH ZfIR 2002, S. 532 (533).

98 BGH NJW 2001, S. 374; BGH NJW 2004, S. 2090 f.; BGH NJW 2004, S. 2378; BGH WM 2005, S. 72 (73 ff.). Anderer Ansicht und differenzierend danach, ob die Vollmacht isoliert erteilt oder im Geschäftsbesorgungsvertrag enthalten war, hingegen: OLG Karlsruhe NJW 2003, S. 2690 (2691); kritisch auch Rott, Duldungsvollmacht bei Verstoß gegen das RBerG, NJW 2004, 2794 (2795).

99 Vgl. BGH NJW 2002, S. 2325 (2327); BGH NJW 2003, S. 2091 (2092); Rott, a. a. O., S. 2794 (2795).

100 BGH ZfIR 2004, S. 518 (521 f.).

101 BGH WM 2004, S. 1127 (1129); BFH WM 2002, S. 1273 (1275); BGH WM 2003, S. 914 (915).

102 Verneinend etwa: BGH NJW 2003, S. 2091 (2092 f.); bejahend hingegen: OLG Karlsruhe, ZIP 2004, S. 900 (901 ff.).

103 Der abgeschlossene Grundstückserwerbsvertrag selbst ist hingegen regelmäßig wirksam, da bei seiner Beurkundung eine Vollmacht des Treuhänders in Ausfertigung vorlag und die Rechtsscheintatbestände sogar gegenüber den Initiatoren des Anlagemodells Geltung beanspruchen (BGH WM 2004, S. 2349 ff.). Zur Frage der Erstrek-

vorgestellte Rückabwicklungssituation bedeutet dies, dass dem Anleger gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung der rechtsgrundlos auf die Darlehensverträge erbrachten Tilgungs- und Zinsleistungen zusteht. Der Bank ist hingegen die Berufung auf eine bereicherungsrechtliche Leistung in Form eines sofortigen Rückerstattungsverlangens bezüglich der ausbezahlten Darlehensvaluta nebst marktüblicher Verzinsung verwehrt, wenn die Darlehensvaluta nicht – wie i. d. R. – der Anleger, sondern der Initiator des jeweiligen Anlagemodells (bspw. der Bauträger) aufgrund einer unwirksamen, vom Treuhänder ausgesprochenen Anweisung erhalten hat. Der Bereicherungsausgleich vollzieht sich dann nur im Wege der Durchgriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) unmittelbar im Verhältnis des Kreditgebers zum Zahlungsempfänger.¹⁰⁴

3. Besonderheiten bei Einwänden gegen eingeleitete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen

Neben Rückabwicklungsbegehren sind bei den Anlagemodellen auch die Fälle nicht selten, in denen sich der jeweilige Anleger gegen eine vom Kreditgeber eingeleitete Zwangsvollstreckung wendet. Diese Konstellation hat den BGH ebenfalls bereits mehrfach beschäftigt.¹⁰⁵ Zwar wendet der BGH auch hier die dargestellte Prüfungsreihenfolge an; jedoch ergeben sich bei dieser Fallgestaltung einige Besonderheiten, die im nachfolgenden kurz skizziert werden sollen. Ausgangspunkt der Überlegungen ist in diesen Fällen der Umstand, dass der jeweilige Anleger aufgrund der dem Treuhänder erteilten (umfassenden) Vollmacht nicht nur beim Erwerbsvertrag oder Fondsbeitritt vertreten wurde, sondern auch bei der Bestellung seiner Finanzierungsgrundpfandrechte, in denen er die persönliche Haftung für die Ansprüche aus der Grundschuld übernahm und sich der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwarf. In den unterschiedlichen Fällen nahm der Kreditgeber den Anleger aus dieser für ihn stellvertretend abgegebenen Unterwerfung in Anspruch, wogegen sich dieser u. a.¹⁰⁶ mit der Begründung zur Wehr setzte, dass es an einem wirksamen Titel fehle, weil die dem Treuhänder erteilte Vollmacht wegen Verstoßes gegen das RBerG unwirksam sei.

Auch in diesen Fällen prüft der BGH zunächst die Unwirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages und damit das Vorliegen einer erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung. Hierbei ergeben sich im Vergleich zu den bereits dargestellten Grundsätzen keine neuen Aspekte, sofern man davon absieht, dass der BGH das Vorliegen einer hauptsächlich geschuldeten Rechtsbesorgung mit der Begründung untermauert, dass der Treuhänder aufgrund seiner Vollmacht sogar eine mit weitreichenden rechtlichen Konsequenzen verbundene Zwangsvollstreckungsunterwerfung abgeben durfte.¹⁰⁷ Ebenso bejaht der BGH die Erstreckung der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB auf die dem Treuhänder erteilte Vollmacht, obwohl es sich bei der Zwangsvollstreckungsunterwerfung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO um eine rein prozessualen Grundsätzen unterliegende einseitige Willenserklärung handele.¹⁰⁸ Wegen der prozessualen Rechtsnatur ist allerdings auch nach Ansicht des 4., 5. und 11. Zivilsenats in diesen Fällen für eine Heilung unter Rechtsscheingesichtspunkten von vorneherein kein Raum.¹⁰⁹ Die Rechtsfolgen beurteilen sich vielmehr aus-

schließlich nach den §§ 78 ff. ZPO. Da eine grundsätzlich gemäß § 89 ZPO in Betracht zu ziehende Genehmigung wiederum am fehlenden Genehmigungswillen des Anlegers scheitert, kommt der BGH in sämtlichen bisher von ihm entschiedenen Fällen zu dem (Zwischen-)Ergebnis, dass sich der bei der Zwangsvollstreckungsunterwerfung vom ohne Erlaubnis nach dem RBerG handelnden Treuhänder vertretene Anleger nicht wirksam der Zwangsvollstreckung in sein Vermögen unterworfen hat. Allerdings bleibt die Rechtsprechung bei diesem Ergebnis nicht stehen, sondern prüft in einem weiteren Schritt, ob es dem Anleger nicht nach Treu und Glauben versagt ist, sich auf die Unwirksamkeit der prozessualen Unterwerfungsklärung zu berufen (§ 242 BGB).¹¹⁰ Dies wird dann bejaht, wenn der Anleger nach dem Inhalt des mit dem Kreditgeber abgeschlossenen Darlehensvertrages verpflichtet ist, sich diesem gegenüber (erneut) der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. In diesem Fall sei der Anleger gemäß § 242 BGB und dem hieraus herzuleitenden Verbot widersprüchlichen Verhaltens verpflichtet, die Genehmigung zur (zunächst unwirksam vom Treuhänder abgegebenen) Unterwerfungserklärung zu erteilen.¹¹¹ Enthält der Darlehensvertrag eine entsprechende Verpflichtung und hat der Anleger den Darlehensvertrag – was teilweise geschehen ist – selbst abgeschlossen, ist ihm die Berufung auf die Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung ohne weiteres verwehrt.¹¹² Wurde hingegen auch der die Verpflichtung zur Übernahme der persönlichen Haftung beinhaltende Darlehensvertrag vom Treuhänder abgeschlossen,¹¹³ ist wegen Nichterstreckung der Nichtigkeitsfolge auch auf den Darlehensvertrag letztlich wiederum entscheidend, ob dem Kreditgeber der Nachweis gelingt, dass ihm zum Zeitpunkt des Darlehensvertragsabschlusses die Vollmacht des Treuhänders im Original oder in Ausfertigung vorlag.¹¹⁴ War dies der Fall, ist der Darlehensvertrag als

kung der Unwirksamkeitsfolge des Darlehensvertrages auch auf den Erwerbsvertrag wegen Annahme eines verbundenen Geschäfts sowie zur Rechtslage bei dem durch einen Treuhänder erklärten Beitritt zu einem Fonds vgl. die Ausführungen zur Rückabwicklung von Immobilienfonds (Gliederungspunkt C. II. 4 b)).

104 BGH WM 2004, S. 1227 (1230); BGH WM 2004, S. 671 (672); BGH WM 2004, S. 1230 (1233); Barnert, WM 2002, S. 2002 (2012). Kritisch zur Rückabwicklung im Wege der Durchgriffskondition statt einer Rückabwicklung im Leistungsverhältnis Bank/Anleger (Darlehensnehmer) unter Berufung auf allgemeine Grundsätze des Bereicherungsrechts: Wolf/Großrichter, ZfIR 2005, S. 1 (12 f.).

105 BGH DNotZ 2003, S. 694 ff.; BGH NJW 2004, S. 59, BGH NJW 2004, S. 62 ff.; BGH ZfIR 2004, S. 701; BGH ZfIR 2004, S. 527; BGH WM 2004, S. 922 ff.

106 Zu den weiteren Einwänden und der besonderen prozessualen Situation einer Titelabwehrklage analog § 767 ZPO s. Barnert a. a. O., S. 2013; Joswig, Neues zur Unwirksamkeit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen Verstoßes gegen das RBerG, ZfIR 2004, S. 45 ff.

107 ZfIR 2004, S. 527 (529).

108 BGH DNotZ 2003, S. 694; BGH NJW 2004, S. 59.

109 BGH DNotZ 2003, S. 694 ff.; BGH NJW 2004, S. 59, BGH NJW 2004, S. 62 ff.; BGH ZfIR 2004, S. 701; BGH ZfIR 2004, S. 527; BGH WM 2004, S. 922 ff.

110 BGH NJW 2004, S. 59 (61); BGH NJW 2004, S. 62 (63); BGH ZfIR 2004, S. 527 (530).

111 BGH a. a. O.

112 Dazu: BGH NJW 2004, S. 59; BGH ZfIR 2004, S. 527.

113 Dazu: BGH NJW 2004, S. 62 ff.; BGH WM 2004, S. 922 ff.

114 BGH NJW 2004, S. 62 (63). Auf den Darlehensvertrag sind die §§ 171 ff. BGB insoweit – anders als auf die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung selbst – (jedenfalls nach Ansicht des 4., 5. und 11. Senates) anwendbar.

wirksam zu erachten mit der weiteren Folge, dass der Berufung des Anlegers auf die Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung der Einwand des § 242 BGB ebenso wie in dem Fall entgegen steht, dass er den Darlehensvertrag selbst abgeschlossen hat.

4. Besonderheiten bei geschlossenen Immobilienfonds

Einige Besonderheiten ergeben sich auch für die seit Anfang der 90er Jahre ebenfalls zu Steuerersparniszwecken häufig eingesetzte Anlageform der im Direktvertrieb vermittelten kreditfinanzierten Beteiligungen an geschlossenen (Schrott)Immobilienfonds. Auch in diesen Fällen wurden von den Anlagevermittlern Treuhänder eingesetzt, die weder Rechtsanwälte noch im Besitz einer Erlaubnis nach dem RBERG waren. Auch ihnen wurden weitreichende Vollmachten u. a. zum Abschluss des Grundstückserwerbsvertrages, des Bebauungsvertrages, aber auch zur Finanzierung und zur Vermietung der Immobilie erteilt. Häufig beinhaltete die Vollmacht zudem die Befugnis, für den Anleger den Beitritt zur Fondsgesellschaft zu erklären. Teilweise wurde diese Beitrittserklärung aber auch vom Anleger selbst abgegeben. Da die von den Anlagevermittlern geführten Werbegespräche gerade bei den Fondsmodellen oftmals in den Wohnungen der Anleger stattfanden, stellt sich bei der Rückabwicklung von kreditfinanzierten Fondsbeteiligungen in der Regel nicht nur die Problematik des RBERG, sondern regelmäßig zusätzlich oder sogar ausschließlich die Frage nach den Konsequenzen eines erklärten, im Anschluss an die *Heininger-Entscheidung*¹¹⁵ auch bei einem Verbraucherdarlehensvertrag, der gleichzeitig die Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts erfüllt, möglichen Widerrufs gemäß § 1 Haustür-Widerrufgesetz.¹¹⁶ Soweit es allerdings zunächst um die hier schwerpunktmäßig interessierende Frage geht, ob eine verbotene Rechtsbesorgung vorliegt, gelten die vorgestellten Rechtsprechungsgrundsätze entsprechend, wonach der mittels Vollmacht vertragsschließende Treuhänder grundsätzlich eine erlaubnispflichtige Tätigkeit ausübt.¹¹⁷ Bei dem somit innerhalb von Fondsmodellen ebenfalls vollmachtlos handelnden Treuhänder lassen sich allerdings zwei Problembereiche unterscheiden: nämlich die Frage, ob in diesen Fällen überhaupt ein wirksamer Beitritt zur Fondsgesellschaft erfolgt ist und die Frage nach der Rückabwicklung eines gescheiterten Immobilienfonds und den damit einhergehenden Rechtsfolgen.¹¹⁸

a) Wirksamkeit des Gesellschaftsbeitritts trotz Verstoßes gegen das RBERG

Bei der Frage, wie sich die Unwirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages auf den Beitritt zur Gesellschaft auswirkt, steht das Verhältnis der Fondsgesellschaft zum Gesellschafter (Anleger) in Rede. Gegenstand diesbezüglicher Gerichtsverfahren ist beispielsweise das von der Gesellschaft gegenüber dem Anleger geltend gemachte Verlangen nach Erfüllung einer gesellschaftsvertraglichen Nachschusspflicht.¹¹⁹ Hier ist zunächst danach zu differenzieren, wer die Beitrittserklärung zur Gesellschaft abgegeben hat. War dies der Anleger selbst, ist die Beitrittserklärung ohne weiteres wirksam und eine entsprechende Nachschusspflicht des Anlegers unproblematisch zu bejahen.¹²⁰ Hat hingegen

der Treuhänder die Beitrittserklärung für den Anleger abgegeben, bewegt man sich neuerlich im Rahmen des üblichen Prüfungsschemas zur vollmachtlosen Vertretung bei Verstößen gegen das RBERG. Allerdings ergeben sich Besonderheiten bei den Rechtsfolgen, soweit man hiernach zur Unwirksamkeit des Beitrittsvertrages gelangt, weil der Gesellschaft im Zeitpunkt der Beitrittserklärung keine Vollmacht im Original oder in Ausfertigung vorlag.¹²¹ Auf diese Fälle wendet der BGH nämlich die von ihm entwickelten Grundsätze zur fehlerhaften Gesellschaft an.¹²² Dem Anleger steht also lediglich ein Sonderkündigungsrecht zu.¹²³ Bis zu dessen Ausübung bleiben der (infolge Verstoßes gegen das RBERG) fehlerhaft vollzogene Beitritt und die daraus resultierenden gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen – wie etwa schon vorher wirksam begründete Nachschusspflichten oder offene Einlageforderungen – wirksam. Der Verstoß gegen das RBERG bei der Vertretung zum Gesellschaftsbeitritt schlägt also im Ergebnis nicht mit Wirkung für die Vergangenheit, sondern lediglich mit Wirkung ex nunc auf das Gesellschaftsverhältnis durch.¹²⁴ Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn der Fondsbeitritt seinerseits gemäß § 1 RBERG i. V. m. § 134 BGB unwirksam ist, weil der Gesellschaftszweck selbst die Besorgung fremder Rechtsgeschäfte umfasst, was aber für das bei Fondsgesellschaften typische Aufgabenfeld der Modernisierung, Instandhaltung und Bewirtschaftung von Grundstücken gerade nicht anzunehmen ist.¹²⁵

115 BGH NJW 2002, S. 1881.

116 Dazu ausführlich: Wolf/Großrichter, ZfIR 2005, S. 1 ff. (1. Teil), S. 41 ff. (2. Teil); Fritsche, JZ 2004, S. 529 ff.; Mühlert/Hoger, WM 2004, S. 2281 ff.

117 Zum Sonderproblem und zur Frage des Vorliegens einer fremden Rechtsangelegenheit, wenn bei einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer GbR der Fondsiniciator Mitgesellschafter bleibt und als bestellter Geschäftsführer aufgrund entsprechender Vollmacht sämtliche Verträge für die Anleger schließt: Lang/Korsten, ZfIR 2004, S. 932 ff.

118 Keine Besonderheiten ergeben sich hingegen für den Fall, dass sich ein Fondsanleger gegen eine gegen ihn eingeleitete Zwangsvollstreckung wendet (dazu: BGH ZfIR 2004, S. 527). Auch hier muss sich der Anleger den Einwand widersprüchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB entgegen halten, wenn er entweder den Darlehensvertrag oder den Gesellschaftsbeitrittsvertrag, in dem die Verpflichtung zur Abgabe der persönlichen Zwangsvollstreckung enthalten ist, selbst abgeschlossen/abgegeben hat oder wenn sich die Wirksamkeit des Darlehensvertrages infolge Heilung aufgrund im Original oder Ausfertigung vorgelegter Vollmacht ergibt.

119 BGH WM 2003, S. 247 ff.

120 Zum Fall einer vom Anleger selbst abgegebenen Beitrittserklärung, wo sich der Anleger allerdings gegen eine eingeleitete Zwangsvollstreckung zur Wehr setzte, siehe: BGH ZfIR 2004, S. 527.

121 Da der 2. Senat – wie schon erwähnt – eine derartige Heilungsmöglichkeit ohnehin nicht anerkennt, dürfte dieser stets zu den nachfolgend aufgezeigten Rechtsfolgen kommen.

122 BGH WM 2003, S. 247 (249).

123 Bei Gebrauchmachen von diesem Kündigungsrecht steht dem Anleger lediglich das Auseinandersetzungsguthaben z. Zt. der Kündigung zu.: BGH ZIP 2004, S. 1402 (1406); BGH WM 2004, S. 2491 (2494).

124 BGH WM 2003, S. 247 (249); Wertbruch, Der Verstoß einer Vertretung beim Gesellschaftsbeitritt gegen Art. 1 § 1 RBERG, DStR 2004, S. 917 ff.

125 BGH ZIP 2003, S. 165 (168).

b) Rückabwicklung von Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds infolge Unwirksamkeit/Widerruf des Darlehensvertrages

Da es dem Anleger somit auch bei dem durch einen Treuhänder erklärten Fondsbeitritt nicht möglich ist, sich für die Vergangenheit von seiner (wertlosen) Fondsbeteiligung zu lösen, häufen sich die Fälle, in denen die enttäuschten Fondsanleger unter Berufung auf einen Verstoß gegen das RBERG oder infolge eines erklärten Widerrufs nach dem Haustür-Widerrufgesetz die Rückabwicklung ihres dem Beitritt zugrunde liegenden Kreditvertrages geltend machen und aufgrund dessen die Freistellung von allen mit der Fondsanlage in Zusammenhang stehenden Verpflichtungen gegen Abtretung ihrer Fondsbeteiligung von den kreditgebenden Banken verlangen.¹²⁶ Aufsehen hat in diesem Zusammenhang die schon an anderer Stelle erwähnte Entscheidungsserie des 2. Senats des BGH vom 14.06.2004¹²⁷ erregt, innerhalb deren der erkennende Senat allgemeine Rechtsgrundsätze für die Abwicklung kreditfinanzierter Fondsbeiträge zum Vorteil der Anleger aufgestellt hat, die jedoch in mehreren Punkten im Widerspruch zur Rechtsprechung des für das Bankrecht zuständigen 11. Senats stehen. Die Kernaussage des 2. Senats besteht dabei darin, dass der Fondsbeitritt und der im Zusammenhang hiermit von dem jeweiligen Anlagevermittler angebotene – infolge Verstoßes gegen das RBERG und/oder Widerrufs nach dem Haustür-Widerrufgesetz unwirksame – Kreditvertrag als verbundenes Geschäft i. S. d. § 9 VerbrKrG¹²⁸ anzusehen seien, wenn das Darlehen nicht an den Anleger, sondern an den Fonds ausbezahlt wurde und die Bank in die Vertriebsorganisation des Geschäftspartners eingebunden war. Der Anwendbarkeit des § 9 VerbrKrG stehe insbesondere auch § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG nicht entgegen, falls der Kredit zwar durch ein Grundpfandrecht gesichert sei, dieses aber bereits bestellt war, bevor der jeweilige Anleger dem Fonds beitrug. Die Annahme eines – nach Ansicht des 2. Senates auch zur Gewährung eines durch die Verbraucherkreditrichtlinie angestrebten effektiven Verbraucherschutzes erforderlichen – verbundenen Geschäfts habe neben der schon erwähnten Nichtanwendbarkeit der Rechtsscheintatbestände gemäß §§ 171 ff. BGB zur Folge, dass eine Wirkungserstreckung des nichtigen Darlehensvertrages auf den Fondserwerbsvertrag statfinde. Wegen dieser Nichtigkeitserstreckung habe die Bank keinen Anspruch auf Zahlung der ausbezahlten Darlehensvaluta nebst Verzinsung gegen den Anleger, während der Anleger auf der anderen Seite im Wege eines Rückforderungsdurchgriffs von der Bank Rückzahlung all dessen, was er aus seinem eigenen Vermögen erbracht hat, lediglich gegen Abtretung seiner (wertlosen) Fondsbeiträge und seiner sonstigen Ansprüche gegen den Fonds verlangen könne.¹²⁹ Wie bereits angedeutet, steht diese – insbesondere wegen der vom 2. Senat bemühten Begründungsansätze auch in der Literatur teilweise heftig kritisierte¹³⁰ Sichtweise allerdings im offenen Widerspruch zur Auffassung des 11. Senats, der in seiner zu kreditfinanzierten Grundstücksgeschäften ergangenen Rechtsprechung stets unter Berufung auf die abschließende Regelung in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ein verbundenes Geschäft zwischen Darlehens- und Grundstückserwerbsvertrag verneint hat mit

der Folge, dass der Anleger weiter an die verlustbringende Anlage (Immobilie/Fonds) gebunden und zur sofortigen Rückzahlung der Darlehensvaluta nebst marktüblicher Verzinsung verpflichtet ist.¹³¹ Dass der 11. Senat an diesen Grundsätzen auch nach der Entscheidung des 2. Senates festhalten will, hat er dabei bereits in zwei aktuellen Urteilen deutlich gemacht.¹³² Hierbei hat er die vom 2. Senat vorgetragenen Begründungen – jedenfalls für kreditfinanzierte Grundstücksgeschäfte – zurück gewiesen und teilweise heftig kritisiert. Insbesondere hat der 11. Senat betont, dass nach seiner Ansicht § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG der Annahme eines verbundenen Geschäfts unabhängig vom Zeitpunkt der Bestellung des Kredit absichernden Grundpfandrechts ausnahmslos entgegenstehe.

Nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang schließlich, dass zur Frage der Rückabwicklung von finanzierten Immobilien-Anlagegeschäften auch noch wegen entsprechender Vorlagebeschlüsse des LG Bochum¹³³ und des OLG Bremen¹³⁴ eine Entscheidung des EuGH erwartet wird, wobei das Vorabentscheidungsersuchen des LG Bochum nach dem Entscheidungsvorschlag des Generalanwaltes allerdings in großen Teilen

126 Daneben werden häufig auch noch Schadensersatzansprüche wegen einer Verletzung dem Finanzierungsinstitut vermeintlich obliegender Aufklärungspflichten geltend gemacht, auf die hier jedoch nicht näher eingegangen werden soll. Vgl. zu den einzelnen Anspruchsgrundlagen und dem jeweiligen Rechtsprechungsstand zusammenfassend: Schmidt-Räntsch, MDR 2005, S. 6 ff.

127 Teilweise abgedruckt in: DB 2004, S. 1655 ff. = WM 2004, S. 1529 ff.; WM 2004, S. 1536 ff.; vgl. auch Urteil vom 28.06.2004, NJW 2004, S. 3332 f.

128 Die meisten der heute streitigen Fälle liegen im zeitlichen Anwendungsbereich der Vorschriften des VerbrKrG, das auf vor dem 1.1.2002 entstandene Schuldverhältnisse Anwendung findet (vgl. Art. 229 § 9 EGBGB). Zur Rechtslage für Neufälle (vgl. § 358 BGB) bzw. vor Inkrafttreten des VerbrKrG aufgelegte Anlagemodelle vgl. Wolf/Großrichter, ZfR 2005, S. 1 (2 ff.).

129 Wie Fußnote zuvor. Zur Kritik an den vom 2. Senat angenommenen weitreichenden Rechtsfolgen, die über die üblichen Wirkungen des § 9 VerbrKrG hinausgehen, vgl. Wolf/Großrichter, WM 2005, S. 41 ff.

130 Vgl. etwa: Wolf/Großrichter, Ergebnis als Methode in der Bankenhaftung?, WM 2004, S. 1933 ff.

131 BGH WM 2002, S. 2501 (2503); WM 2003, S. 2184 (2185); WM 2004, S. 620 ff. Die Pflicht zur sofortigen Rückzahlung der Darlehensvaluta nebst Verzinsung hat der 11. Senat allerdings nur bei einem Widerruf nach dem Haustür-Widerrufgesetz, der jeweils Gegenstand der genannten Entscheidungen war, angenommen. In Entscheidungen, in denen hingegen ein Verstoß gegen das RBERG vorlag, hat der 11. Senat zwar auch die Annahme eines verbundenen Geschäfts verneint, einen Rückerstattungsanspruch der Bank bzgl. der an den Initiator ausgezahlten Valuta nebst Zinsen jedoch mit der Begründung zurück gewiesen, dass hier keine wirksame, dem Anleger zurechenbare Anweisung des Treuhänders vorlag (BGH NJW 2004, S. 2745 (2747); ZfR 2004, S. 518 (522 f.); vgl. auch bereits Gliederungspunkt C.II.2 d)). Damit dürften der 11. und der 2. Senat jedenfalls im Hinblick auf die Frage der sofortigen Rückerstattungspflicht der Darlehensvaluta nebst Verzinsung wohl zu dem gleichen Ergebnis kommen, wenn nicht nur ein Widerruf nach dem Haustür-Widerrufgesetz, sondern nach Ansicht beider Senate (nach dem 11. Senat allerdings auch unter Beachtung einer allein von ihm für möglich gehaltenen Heilung nach Rechtsscheingeichtspunkten) zusätzlich oder ausschließlich ein Verstoß gegen das RBERG vorliegt und das Darlehen nicht an den Anleger selbst, sondern an den Initiator des jeweiligen Anlagemodells ausgezahlt wurde.

132 Urteil vom 26.10.2004, WM 2005, S. 127 ff.; Urteil vom 9.11.2004, WM 2005, S. 72 ff.

133 Vgl. NJW 2003, S. 2612.

134 Vgl. NJW 2004, S. 2238.

unzulässig sein soll.¹³⁵ Gegenstand dieser Verfahren ist dabei insbesondere die von den genannten Senaten kontrovers diskutierte Frage, ob das Europarecht die Annahme eines verbundenen Geschäfts und somit eine Wirkungserstreckung des unwirksamen Darlehensvertrages auch auf das jeweilige Immobiliengeschäft gebietet. Daneben steht die Richtlinienkonformität der vom 11. Senat in seinen bisherigen Entscheidungen angenommenen sofortigen Rückzahlungspflicht, ihrer sofortigen Fälligkeit sowie der Vergütung der Nutzung der Valuta durch marktübliche Verzinsung bei einem Widerruf des Darlehensvertrages auf dem Prüfstand.¹³⁶

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen stellt sich die Rechtslage in Bezug auf die Rückabwicklung kreditfinanzierter Fondsbeteiligungen trotz der Entscheidungen des 2. Senates derzeit noch als äußerst unklar dar, zumal weder der 2. noch der 11. Senat bisher den Großen Senat angerufen hat.¹³⁷ Aus diesem Grunde können zum jetzigen Zeitpunkt auch keine verlässlichen Gestaltungsvorschläge für diesen Bereich unterbreitet werden. Dem Notar kann allenfalls geraten werden, nicht vorschnell eine Rückabwicklung auf der Grundlage der vom 2. Zivilsenat in seinen Entscheidungen vom 14.6.2004 aufgestellten Thesen zu beurkunden, da keineswegs sicher ist, ob sich die dortigen Aussagen letztendlich durchsetzen bzw. so aufrecht erhalten werden.

III. Folgerungen für die notarielle Praxis

Für die notarielle Praxis hat die zur (noch) geltenden Rechtslage im Bereich der Anlagemodelle ergangene und vorstehend aufgezeigte höchstrichterliche Rechtsprechung in mehrfacher Hinsicht Bedeutung. Dabei ist zwischen Folgerungen für sogenannte Altfälle – also für bereits vor der Grundsatzentscheidung des BGH vom 28.09.2000 aufgrund Treuhändervollmacht beurkundeter und größtenteils abgewickelter Vorgänge – und neu an den Notar herangetragenen fremdfinanzierten Anlagemodellen unter Beteiligung nicht zugelassener Rechtsbesorger zu unterscheiden.

1. Neufälle

Bei der Frage nach den Verhaltenspflichten des Notars bei seiner künftigen Konfrontation mit etwaig neu aufgelegten Anlagemodellen der beschriebenen Art ist nach dem konkret in Rede stehenden Beurkundungsgegenstand und somit danach zu differenzieren, ob der Geschäftsbesorgungsvertrag selbst, eine (isolierte) Treuhändervollmacht oder ein Rechtsgeschäft, das aufgrund einer Treuhändervollmacht abgeschlossen werden soll, zur Beurkundung ansteht.

a) Beurkundung eines Geschäftsbesorgungsvertrages

Sofern die Beteiligten heute noch ausnahmsweise die Beurkundung eines für die „klassischen“ Anlagemodelle charakteristischen Geschäftsbesorgungsvertrages wünschen, stellt sich für den Notar die Frage nach einer hierdurch möglicherweise herzuleitenden Amtspflichtverletzung gemäß § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO. Nach diesen Vorschriften ist dem Notar die Beurkundung von ohne jeden vernünftigen Zweifel unwirksamen Hand-

lungen verboten. Im Anschluss an die Grundsatzentscheidung des BGH vom 28.09.2000 und die hiernach ergangenen zahlreichen höchstrichterlichen Urteile steht zunächst außer Zweifel, dass der Notar mit Blick auf die Nichtigkeitfolge des § 134 BGB einen möglichen Verstoß gegen das RBerG in seine Überlegungen einzubeziehen hat. Hierbei sollte der Notar die mittlerweile fast schon stereotyp von einer erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung eines typischerweise weitreichend bevollmächtigten Treuhänders ausgehende Rechtsprechung zugrunde legen. Insbesondere kann sich der Notar in diesem Bereich nicht auf eine gerade in letzter Zeit auf anderen Feldern vermehrt betonte (verfassungskonforme) einschränkende Auslegung der weit gefassten Begriffsmerkmale des RBerG verlassen, da der BGH eine solche – jedenfalls bisher – hier nicht vornimmt. Der Notar wird daher in der Regel von einem Verstoß gegen das RBerG bei gewünschter Beurkundung eines typischen Geschäftsbesorgungsvertrages auszugehen haben, so dass er – sofern der Treuhänder nicht im Besitz einer entsprechenden Erlaubnis ist – die Beurkundung verweigern muss. Tut er dies nicht, liegt eine schuldhaft Amtspflichtverletzung vor. Ist ein Verstoß gegen das RBerG anhand der bisher ergangenen Rechtsprechung hingegen *ausnahmsweise* nicht eindeutig feststellbar, weil nach dem Inhalt des Geschäftsbesorgungsvertrages auch eine Art Vollbetreuung in Betracht zu ziehen ist oder der vom BGH in einer seiner Entscheidungen¹³⁸ bei der Abgrenzung der erlaubnisfreien Wirtschaftsangelegenheit von der Rechtsbesorgung angesprochene Fall vorliegt, dass der Treuhänder wirtschaftliche Tätigkeiten von ganz erheblichem Umfang wie Überprüfung der Bonität, der Grundstücks- und Baukosten sowie der Zweckmäßigkeit der Investitionsentscheidung schuldet, ist § 17 Abs. 2 BeurkG einschlägig. Hiernach hat der Notar die Beteiligten über seine Zweifel an der Rechtswirksamkeit des Vertrages zu belehren und diese ggf. in der Niederschrift zu vermerken. Sofern die Beteiligten gleichwohl eine Beurkundung wünschen,¹³⁹ handelt der Notar nicht amtspflichtwidrig. Unabhängig davon wird in diesem Fall teilweise auch eine Empfehlung des Notars an die Beteiligten erörtert, vorsorglich eine Erlaubnis nach dem RBerG oder ein Negativattest (auf das allerdings kein Anspruch besteht) einzuholen.¹⁴⁰

b) Beurkundung einer (isolierten) Treuhändervollmacht

Für den Fall, dass die Treuhändervollmacht im Geschäftsbesorgungsvertrag mit enthalten ist, gelten die soeben gemachten Ausführungen zur Beurkundung des Geschäftsbesorgungsvertrages entsprechend, wobei die Prüfung, ob ein Verstoß gegen das RBerG vorliegt, in diesem Fall durch den ohne weiteres ersichtlichen Um-

135 Vgl. ZfIR 2004, S. 854 ff. (m. Anm. Häublein).

136 Ausführlich hierzu: Wolf/Großrichter, ZfIR 2005, S. 1 (7 ff.).

137 Dies kritisierend etwa: Lorenz, LMK 2004, S. 153 (154).

138 DNotZ 2002, S. 49 (50).

139 Hermanns (DNotZ 2001, S. 6 (30)) weist zu Recht darauf hin, dass dies nach sorgfältiger Belehrung in der Regel nicht der Fall sein dürfte.

140 Vgl. Sommer, NotBZ 2001, S. 27 (30); Schneewind, a. a. O., S. 24 (25).

fang der Vollmacht erleichtert werden dürfte.¹⁴¹ Aber auch wenn dem Notar eine separate Treuhändervollmacht ohne gleichzeitiges Überreichen des ihr zugrunde liegenden Geschäftsbesorgungsvertrages zur Beurkundung vorgelegt wird, stellt sich die Frage amtspflichtwidrigen Handelns, da der BGH – wie dargestellt – mittlerweile einhellig auch die Vollmacht gemäß § 134 BGB für nichtig erachtet, was unabhängig davon gilt, ob sie isoliert oder zusammen mit dem gegen das RBERG verstoßenden Geschäftsbesorgungsvertrag abgegeben worden ist und ob Geschäftseinheit vorliegt oder nicht. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass der Notar zwar gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG zur Erforschung des (die Unwirksamkeit der Vertretungsmacht begründenden) Sachverhaltes verpflichtet ist, seine Prüfungspflicht sich jedoch grundsätzlich nur auf die vorgelegten Unterlagen – vorliegend die Vollmachtsurkunde – beschränkt.¹⁴² Erst wenn sich aufgrund dieser Unterlagen Anhaltspunkte für einen im Zusammenhang mit dem Tätigwerden des Bevollmächtigten stehenden Verstoß gegen das RBERG ergeben, ist der Notar zur weiteren Nachfrage und Nachforschung verpflichtet.¹⁴³ Daraus folgt, dass der Notar sich zunächst am Inhalt der Vollmachtsurkunde zu orientieren hat. Handelt es sich bei der Vollmacht um eine „klassische“ Treuhänder- bzw. Geschäftsbesorgervollmacht mit den hierfür charakteristischen weitreichenden Ermächtigungen (insbesondere in Bezug auf mögliche Vertragsabschlüsse für den Anleger), ist die Beurkundung unter denselben Aspekten abzulehnen wie die Beurkundung des Geschäftsbesorgungsvertrages selbst. Liegt hingegen ausnahmsweise einer der vorstehend bereits beschriebenen Zweifelsfälle (Vollbetreuung, Bevollmächtigung auch zu sehr weitreichenden wirtschaftlichen Tätigkeiten neben der Möglichkeit zu Vertragsabschlüssen) vor, empfiehlt sich wiederum die Aufnahme eines entsprechenden Belehrungsvermerks in die Urkunde.¹⁴⁴ Neben solchen klassischen Treuhändervollmachten sind theoretisch aber auch Fälle denkbar, in denen der Anleger dem Treuhänder für jedes von ihm vorzunehmende Rechtsgeschäft gesonderte Einzelvollmacht erteilt. Wird der (im Übrigen gutgläubige) Notar hierbei mit der Beurkundung einer entsprechenden Vollmacht befasst, drängt sich die Problematik eines Verstoßes gegen das RBERG jedenfalls dann nicht auf, wenn der auf ein Anlagemodell hinweisende Geschäftsbesorgungsvertrag nicht mit vorgelegt wird oder nicht andere Anhaltspunkte – wie etwa der Geschäftsname der bevollmächtigten Person –¹⁴⁵ eine geschäftsmäßige und umfassende Rechtsbesorgung nahe legen.

c) Ausnutzung der Vollmacht

Weiter ist die Situation des Notars zu beleuchten, wenn von einer (zweifelhaften) Vollmacht Gebrauch gemacht werden soll und ihm diese, z. B. im Rahmen eines Kaufvertragsabschlusses, vorgelegt wird. Ausgangspunkt ist hier die aus § 17 Abs. 1 BeurkG resultierende Pflicht des Notars zur inhaltlichen Prüfung einer Vollmacht.¹⁴⁶ Steht der Mangel der Vollmacht fest und erscheint eine Genehmigung durch den Vertretenen ausgeschlossen, hat der Notar die Beurkundung abzulehnen; bei Bedenken gegen die Vertretungsmacht hat er diese mit den Beteiligten zu erörtern und in der Niederschrift zu vermerken, wenn die Beteiligten auf sofortiger Beurkundung bestehen.¹⁴⁷ In

Anlehnung an die zur Beurkundung der Treuhändervollmacht gemachten Ausführungen ist von einem feststehenden Vertretungsmangel auszugehen, wenn die Vollmacht entweder in dem seinerseits nach den ausgeführten Kriterien gegen das RBERG verstoßenden Geschäftsbesorgungsvertrag enthalten ist oder eine separate Vollmacht gleichzeitig mit einem solchen Geschäftsbesorgungsvertrag vorgelegt wird oder wenn zwar eine separate Vollmacht vorgelegt wird, diese sich aber nach ihrem weitreichenden Inhalt als typische Treuhändervollmacht darstellt.¹⁴⁸ Allerdings stellt sich bei einem in diesen Fällen feststehenden Vertretungsmangel die weitere Frage, ob der Notar nicht trotzdem beurkundend kann, weil nach der zitierten Rechtsprechung eine Pflicht zur Ablehnung der Beurkundung nur angenommen wird, sofern eine Genehmigung des Vertretenen ausgeschlossen erscheint. Insoweit könnte daran gedacht werden, den Treuhänder als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftreten und den Anleger genehmigen zu lassen.¹⁴⁹ Allerdings verbietet sich ein derartiges Vorgehen mit Blick auf die dem Notar gemäß § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG obliegende Amtspflicht, wonach das Beurkundungsverfahren so zu gestalten ist, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des regelmäßig als Verbraucher zu qualifizierenden Anlegers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson abgegeben werden. Dass ein Treuhänder dabei nicht als Vertrauensperson anzusehen ist, ergibt sich zweifelsfrei daraus, dass der Treuhänder in der Regel konkurrierende Eigeninteressen verfolgt und insbesondere dem Initiator des Anlagemodells, der ihn im Regelfall auch auswählt, näher steht als dem Verbraucher.¹⁵⁰ Insoweit soll die Vorschrift des § 17 Abs. 2 a BeurkG nach der Gesetzesbegründung gerade sicher stellen, „dass Immobiliengeschäfte nicht mehr durch geschäftsmäßige Vertreter aufgrund sehr weitreichender Vollmachten abgeschlossen werden“.¹⁵¹ Ist der Anleger hingegen ausnahmsweise kein Verbraucher, wäre hingegen – abgesehen von dem Fall einer systematischen Beurkundung mit Vertretern ohne Vertretungsmacht¹⁵² – eine Beurkundung mit entsprechender Belehrung über die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts und anschließender Genehmigung grundsätzlich möglich.¹⁵³

141 Inhalt des Geschäftsbesorgungsvertrages könnte auch lediglich sein, dass der Treuhänder alle erforderlichen Erklärungen für Anleger abgeben darf oder dass ihm in gesonderter Urkunde Vollmacht erteilt wird.

142 Winkler, BeurkG 15. Aufl., § 17 Rn. 213; Huhn/v. Schmuckmann, BeurkG 2. Aufl., § 17 Rz. 25 ff.; Schneewind, a. a. O., S. 25.

143 Schneewind, a. a. O.

144 Hierdurch verliert die Vollmacht allerdings weitgehend ihre praktische Verwendbarkeit.

145 Schneewind (a. a. O., S. 25 f.) nennt hier beispielhaft die Bezeichnung „Y-Bautreuhand GmbH“.

146 Winkler, a. a. O., § 17 Rz. 3 und 228.

147 BGH WM 1988, S. 545; Winkler, a. a. O., § 12 Rn. 28.

148 Bei Vorlage einer auf das konkret zu beurkundende Rechtsgeschäft beschränkten Spezialvollmacht treffen den Notar wiederum keine weiteren Sachverhaltsaufklärungspflichten, sofern keine anderweitigen Anhaltspunkte für eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung vorliegen.

149 Bejahend insoweit: Schneewind, a. a. O., S. 25.

150 So ausdrücklich in Bezug auf den Treuhänder: Winkler, a. a. O., § 17 Rz. 116/121.

151 BT-Drucks. 14/9266, S. 50 f.; vgl. auch: Helms, ZNotP 2005, S. 13 ff. (16).

152 Vgl. Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer vom 29.01.1999, Ziffer II. Nr. 1 a (abgedruckt in Winkler, a. a. O., S. 671).

153 Winkler, a. a. O. § 12 Rn. 19 a.

Bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäftes aufgrund Treuhändervollmacht können allerdings ebenfalls die vom BGH bisher noch nicht ausdrücklich entschiedenen und vorstehend als „Zweifelsfälle“ deklarierten Konstellationen (Vollbetreuung/Erbringung umfänglicher wirtschaftlicher Tätigkeiten) auftreten. In diesen Fällen trifft den Notar (bei entsprechendem sofortigen Beurkundungsverlangen) keine Pflicht zur Verweigerung der Beurkundung, sondern neuerlich lediglich eine umfassende Belehrungspflicht über die ungesicherte Rechtslage gemäß § 17 Abs. 2 BeurkG.

2. „Altfälle“ – Erteilung/Umschreibung von Vollstreckungsklauseln¹⁵⁴

Bei bereits in der Vergangenheit beurkundeten Anlagemodellen, bei denen der eingeschaltete Treuhänder aufgrund ihm erteilter Vollmacht u. a. im Rahmen der Grundpfandrechtsbestellungen die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung des Anlegers in dinglicher und persönlicher Sicht abgegeben hat, stellt sich für den Notar heute häufig die Situation, dass die seinerzeit finanzierenden Banken an ihn herantreten und die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen dieser Urkunden oder ihre Umschreibung verlangen. Dies wirft für den Notar die Frage auf, ob er einem solchen Begehren angesichts der zwischenzeitlich (im Zusammenhang mit den Anlagemodellen) ergangenen Rechtsprechung zur grundsätzlichen Nichtigkeit der Vollmacht bei einem Verstoß gegen das RBERG Folge leisten darf oder ob er seine Tätigkeit verweigern muss. Die Beantwortung dieser Fragestellung ist unabhängig davon vorzunehmen, ob es im konkreten Fall um die Erteilung oder um die Umschreibung einer Vollstreckungsklausel geht, da letztere nichts anderes ist als die Erteilung einer neuen Vollstreckungsklausel für den Rechtsnachfolger verbunden mit der Einziehung der alten Vollstreckungsklausel.¹⁵⁵ Die nachfolgenden Ausführungen zur Erteilung gelten daher entsprechend für die Umschreibung von Vollstreckungsklauseln.

Bei der Erteilung einer Vollstreckungsklausel ist der Notar gehalten, die Vollstreckungsvoraussetzungen zu prüfen. Hierbei hat der Notar u. a. zu prüfen, ob ein formell wirksamer Titel mit vollstreckungsfähigem Inhalt vorliegt.¹⁵⁶ Dazu gehört anerkanntermaßen auch die Prüfung, ob eine wirksame Zwangsvollstreckungsunterwerfung besteht.¹⁵⁷ Hat ein Vertreter für den Schuldner die Unterwerfungserklärung abgegeben, formulierte die einschlägige Literatur bisher, dass die Prüfung des Vorhandenseins eines wirksamen Vollstreckungstitels auch den Nachweis¹⁵⁸ bzw. die Feststellung der Vertretungsmacht¹⁵⁹ erfordert. Nicht eindeutig beantwortet wurde aber die weitergehende Frage, ob der Notar bei der Prüfung der Vollmacht – ebenso wie bei den sonstigen Vollstreckungsvoraussetzungen – lediglich ein formelles Prüfungsrecht hat oder ob er – wie die ihn treffende Pflicht zur Prüfung einer *wirksamen* Zwangsvollstreckungsunterwerfung nahe legen könnte – abweichend vom grundsätzlich formalisierten Erteilungsverfahren auch die nach materiell-rechtlichen Aspekten zu beurteilende Wirksamkeit der Vollmacht prüfen muss.¹⁶⁰ Fortschritte hat in dieser Frage eine jüngst ergangene Entscheidung des BGH gebracht, die konkret die Erteilung einer Vollstreckungsklausel im Fall der Abgabe einer Zwangsvoll-

streckungsunterwerfung durch einen bevollmächtigten Treuhänder bei einem denkbaren Verstoß gegen das RBERG zum Gegenstand hatte.¹⁶¹ In dieser Entscheidung hat sich der BGH – soweit ersichtlich erstmals – generell zur Prüfungspflicht des Notars im Klauselerteilungsverfahren geäußert, wenn die Unterwerfungserklärung durch einen Vertreter abgegeben wurde. Der BGH hat hierzu wörtlich ausgeführt „Hat ein Vertreter für den Schuldner die Zwangsvollstreckungsunterwerfung abgegeben, müssen Erteilung und Umfang der Vollmacht in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde zu Protokoll des Notars nachgewiesen sein (. . .) Eine weitergehende Prüfungsbefugnis steht dem Notar, dessen Funktion nach § 797 Abs. 2 ZPO der eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 724 Abs. 2 ZPO) entspricht, nicht zu.“ Angelehnt an diese Kernaussage hat der BGH im weiteren ausgeführt, dass ein etwaiger Verstoß gegen das RBERG allein den zugrunde liegenden Geschäftsbesorgungsvertrag betreffe. Die Nichtigkeit des Vertrags erfasse die zur Ausführung erteilte Vollmacht (einschließlich der auf ihrer Grundlage abgegebenen Unterwerfungserklärung) hingegen nur in ihren Rechtsfolgen. Die zur Nichtigkeitsfeststellung des Geschäftsbesorgungsvertrages erforderliche umfassende materiell-rechtliche Prüfung der Voraussetzungen des RBERG i. V. m. § 134 BGB gehöre – ebenso wie die vom BGH bei etwaigen Verstößen gegen das RBERG vorgenommene Prüfung, ob die Berufung auf die Unwirksamkeit gegen § 242 BGB verstößt,¹⁶² nicht in das (formelle) Klauselerteilungsverfahren.¹⁶³ Mangels Entscheidungsrelevanz offen gelassen hat der BGH die Frage, ob von den aufgestellten Grundsätzen eine Ausnahme zu machen ist, „wenn die eine Einwendung begründenden Voraussetzungen – wie die einer Nichtigkeit gemäß § 134 BGB – der Urkunde, zu der die Klausel erteilt werden soll, ohne weiteres zu entnehmen ist.“

Angesichts dieser Entscheidung dürfte nunmehr feststehen, dass den Notar auch im Hinblick auf die Vertretungsmacht grundsätzlich nur eine formelle Prüfungspflicht trifft und er sich im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens regelmäßig auf die Prüfung beschränken darf, ob ihm die jeweilige Vollmacht in der entsprechenden Form vorliegt und diese Vollmacht nicht offensichtlich unwirksam ist. Die Frage nach einer etwaigen Unwirksamkeit der Vollmacht – z. B. wegen eines

154 Bei der Abhandlung der „Altfälle“ beschränkt sich die Darstellung auf die Problematik der Erteilung von Vollstreckungsklauseln. Wegen der bereits dargestellten unsicheren Rechtslage und der Kontroverse der verschiedenen BGH-Senate zur Annahme eines verbundenen Geschäfts wird die Rückabwicklung von Immobilienfonds hingegen nicht näher behandelt. Vgl. hierzu bereits Gliederungspunkt C. II. 4. b).

155 Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rn. 46.23 f.

156 Jüngst: BGH DNotI-Report 2004, S. 161 f. = NotBZ 2004, 429 ff. = ZfIR 2004, S. 964 ff.; vgl. auch Münchner Kommentar – ZPO/Wolfsteiner, 1992, § 797 Rn. 18

157 MünchKomm/Wolfsteiner, § 797, Rn. 18.

158 Vgl. MünchKomm/Wolfsteiner, § 794, Rn. 265, Zöller/Stöber, ZPO, 24. Aufl., § 794 Rn. 31 a.

159 Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rn. 35.6.

160 Unklar etwa: Zöller/Stöber, a. a. O., § 794 Rn. 83 a; MünchKomm/Wolfsteiner, a. a. O., § 797 Rn. 21 f.

161 BGH DNotI-Report 2004, S. 161 f. = ZfIR, 2004, S. 964 ff. = NotBZ 2004, S. 429 ff.

162 Dazu bereits: Gliederungspunkt B. II. 3.

163 BGH, a. a. O.

Verstoßes gegen das RBerG – ist hingegen nicht Gegenstand des Klauselerteilungsverfahrens. Vielmehr ist diese Frage allein von der titelschaffenden Stelle – also dem die Zwangsvollstreckungsunterwerfung beurkundenden Notar – zu prüfen.¹⁶⁴ Dies muss im Hinblick auf die grundsätzlichen Ausführungen des BGH und den von ihm hervorgehobenen Umstand, dass der Notar im späteren Stadium der Klauselerteilung dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gleich zu setzen sei, auch für den Fall gelten, dass beurkundender und erteilender Notar – wie bei den Treuhandmodellen im Regelfall – identisch sind, da der erteilende Notar in diesem Stadium ausschließlich als Klauselerteilungsstelle fungiert.

Einschränkend muss allerdings betont werden, dass die genannte BGH-Entscheidung insoweit eine Sonderkonstellation aufweist, als dem zu entscheidenden Fall offenbar eine isolierte Vollmacht zugrunde lag; die Vollmacht also nicht wie regelmäßig im Geschäftsbesorgungsvertrag selbst enthalten bzw. mit diesem körperlich verbunden war. Fraglich ist somit, ob vom aufgestellten Grundsatz der lediglich formalen Prüfungspflicht des Notars eine Ausnahme zu machen ist, wenn Geschäftsbesorgungsvertrag und Vollmacht in einer Urkunde miteinander verbunden sind. Dies insbesondere auch unter Würdigung der Aussage des BGH, dass ggf. etwas anderes gelten kann, wenn die Nichtigkeit evident ist. Gegen einen unterschiedlichen, von den jeweils dem Notar vorgelegten Urkunden abhängigen Prüfungsmaßstab im Klauselerteilungsverfahren spricht aber nach diesseitiger Auffassung, dass dem Notar auch bei Vorlage/Mitausefertigung des Geschäftsbesorgungsvertrages ein Verstoß gegen das RBerG nicht ohne weiteres erkennbar ist. Auch in diesem Fall ist der Notar nicht von einer nach materiell rechtlichen Aspekten vorzunehmenden Prüfung entbunden, ob konkret ein Verstoß gegen das RBerG vorliegt. Insoweit bleibt nämlich zu beachten, dass der BGH – wenn auch zunehmend seltener – die unerlaubte Rechtsberatung grundsätzlich von der zulässigen Vollbetreuung abgrenzt. Auch hat der BGH – wie schon wiederholt erwähnt – in einer Entscheidung anklingen lassen, dass möglicherweise keine unzulässige Rechtsbesorgung vorliegt, wenn der Treuhänder auch umfassende bzw. überwiegende Tätigkeiten auf wirtschaftlichen Gebiet schuldet. Schließlich ist nicht auszuschließen, dass der BGH künftig auch bei den Anlagemodellen die Vorgaben des BVerfG mehr in den Vordergrund rückt und die Begriffe des RBerG einschränkend auslegt. Somit dürfte weder von einer evidenten Nichtigkeit zu sprechen sein, noch ist der Notar bei einer im Geschäftsbesorgungsvertrag enthaltenen Vollmacht nach der bisherigen Rechtsprechung (die er überdies im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens auswerten müsste) von vornherein von einer materiellrechtlichen Prüfung der Voraussetzung des § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG i. V. m. § 134 BGB in sämtlichen Fällen entbunden. Eine solche Prüfung gehört aber nach den klaren und zutreffenden Aussagen des BGH gerade nicht in das Klauselerteilungsverfahren. Dies umso mehr, als der BGH mit Blick auf die den Notar im Klauselverfahren treffende Prüfungspflicht seine Gleichstellung mit einem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle betont hat. Ein solcher hat aber anerkanntermaßen auch in Bezug auf eine Bevollmächtigung stets nur die „Äußerlichkeiten“ und

keinesfalls die materiell-rechtlichen Umstände zu prüfen.¹⁶⁵ Unabhängig davon dürfte der Umstand, ob der Geschäftsbesorgungsvertrag und die Vollmacht eine räumliche Einheit bilden oder in separaten Urkunden abgeschlossen/erteilt wurden, kein sachgerechtes Differenzierungskriterium für die dem Notar bei der Erteilung von Vollstreckungsklauseln obliegende Prüfungspflicht sein. Dies zunächst deshalb, weil auch die zusammen mit dem Geschäftsbesorgungsvertrag in einer Urkunde abgegebene Treuhändervollmacht in der Regel in einem gesonderten Urkundsabschnitt und abstrakt bzw. unabhängig vom Inhalt und Bestand des Geschäftsbesorgungsvertrags erteilt wurde. Aus diesem Grunde ist eine – auch regelmäßig so gehandhabte – auszugweise Ausfertigung der Vollmacht möglich, die sodann mit der Grundschuldbestellungsurkunde verbunden wird. Von der Zufälligkeit, ob der Notar die zusammen mit dem Geschäftsbesorgungsvertrag in einer Urkunde abgegebene Vollmacht nur auszugweise ausfertigt oder ob der Geschäftsbesorgungsvertrag mitausgefertigt wird, kann aber nicht die Prüfungspflicht des Notars im Klauselverfahren abhängen. Zum anderen können sich auch aus einer isoliert erteilten bzw. ausgefertigten Vollmacht – zumindest wenn diese die für eine Treuhändervollmacht typischen weitreichenden Befugnisse enthält – dieselben Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das RBerG ergeben wie aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag selbst. Dies gilt insbesondere dann, wenn etwa der Name oder die Firma des Bevollmächtigten eindeutig auf eine Treuhändervollmacht schließen lassen. Da der Notar somit auch bei einer den BGH-Entscheidungen zugrunde liegenden isolierten Treuhändervollmacht nicht stets von einer im Klauselerteilungsverfahren gerade unzulässigen materiellrechtlichen Prüfung entbunden wäre und sich die Ausgangssituation des Notars zumindest bei den üblichen weiten Treuhändervollmachten nicht anders darstellt als wenn dem Notar zugleich der Geschäftsbesorgungsvertrag selbst vorliegt, muss auch im letzteren Fall eine lediglich formale Prüfungsbefugnis des Notars angenommen werden. Es bleibt also bei der zutreffenden Aussage des BGH, dass das Klauselerteilungsverfahren nicht der geeignete Ort ist, um materiell-rechtliche Fragen zu klären bzw. entsprechende Prüfungen vorzunehmen. Diese Prüfungen obliegen allein der titelschaffenden Stelle, also dem beurkundenden Notar. Nur dieser hat einen allfälligen Verstoß gegen das RBerG zu prüfen. Dem klauselerteilenden Notar muss in Vollmachtsfällen hingegen ausschließlich die Vollmacht in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form vorgelegt werden, ohne dass es darauf ankommt, ob er weitergehende Kenntnisse hat.

Ein anderes Ergebnis dürfte sich auch nicht unter Amtspflichten Gesichtspunkten ergeben. Nach § 4 BeurkG, §§ 14 Abs. 2 und 15 BNotO ist der Notar ver-

¹⁶⁴ Hierbei geht es also um bereits im Rahmen der „Neufälle“ behandelte Beurkundungen unter Ausnutzung einer Treuhändervollmacht, wobei zu betonen ist, dass die Beurkundung einer aufgrund Vollmacht abgegebenen Grundschuldbestellung nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei Verbrauchereigenschaft des vertretenen Grundschuldbestellers gegen die Amtspflicht des Notars gemäß § 17 Abs. 2a S. 2 Ziff. 1. BeurkG verstößt (vgl. Sorge, DNotZ 2002, S. 593, 600 (602)).

¹⁶⁵ Musielak/Lackmann, ZPO, § 724 Rn. 6.

pflichtet, seine Amtstätigkeit (Erteilung der Vollstreckungsklausel) zu verweigern, wenn damit die Verfolgung unrechtmäßiger bzw. unredlicher Zwecke verbunden ist.¹⁶⁶ Sofern dem Notar dabei die Gründe, die eine Ablehnung der Beurkundung nach den jeweiligen Vorschriften erfordert hätten, erst erkennbar werden, nachdem er tätig geworden ist, hat er seine weitere Mitwirkung zu versagen und den weiteren Vollzug abzulehnen.¹⁶⁷ Der Notar ist also gehalten, soweit möglich, einen schädigenden Erfolg zu verhindern, woraus für ihn die Pflicht erwachsen kann, den Vertrag nicht weiter durchzuführen, über drohende Gefahren aufzuklären und die Erteilung von Ausfertigungen bzw. von vollstreckbaren Ausfertigungen zu verweigern.¹⁶⁸ Bei Zugrundelegung dieser Grundsätze könnte dem Notar, der zwar bei der vormaligen Beurkundung einer durch den bevollmächtigten Treuhänder für den Anleger abgegebenen Vollstreckungsunterwerfung einen Verstoß gegen das RBERG und die hiermit einhergehende Unwirksamkeit der Vollmacht nicht erkannt hat, von einer solchen aber wegen der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung nunmehr ausgeht, die Amtspflicht erwachsen, die Klauselerteilung zu verweigern. Allerdings spricht nach diesseitiger Auffassung gegen die Annahme einer solchen Amtspflicht gerade die vorstehend dargestellte Entscheidung des BGH. Insoweit wäre es schlechterdings nicht nachvollziehbar, dem Notar im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens unter Berufung auf die höchstrichterliche Rechtsprechung ein bloß formelles Prüfungsrecht zuzugestehen, dies aber unter Berufung auf Amtspflichtgrundsätze zu unterlaufen und damit im Ergebnis doch zu einer materiell-rechtlichen Prüfungspflicht zu gelangen. Vielmehr muss sich auch der Maßstab einer Amtspflichtverletzung im Rahmen eines Klauselerteilungsverfahrens – anders als im Rahmen der Beurkundung der Vollmacht selbst – konsequenterweise an der Stellung des Notars im formalen Klauselerteilungsverfahren orientieren, die sich aber gerade durch eine bloß formelle Prüfungspflicht auszeichnet. Des weiteren besteht eine Verweigerungspflicht nach den genannten Vorschriften erst dann, wenn mit der Klauselerteilung für den Notar *erkennbar* unrechtmäßige oder unredliche Zwecke verfolgt werden oder die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfung *zweifelsfrei* feststeht. In diesem Zusammenhang ist jedoch neben den erwähnten Aspekten insbesondere auch die ebenfalls schon dargestellte Rechtsprechung des BGH zu bedenken, wonach dem Anleger die Berufung auf die Unwirksamkeit einer für ihn vom bevollmächtigten Treuhänder erklärten Zwangsvollstreckungsunterwerfung gemäß § 242 BGB versagt ist, wenn er entweder aufgrund eines von ihm selbst abgeschlossenen oder aufgrund eines vom Treuhänder für ihn zwar abgeschlossenen, jedoch (eventuell nach Rechtsscheinaspekten) wirksamen Darlehensvertrages zur erneuten Zwangsvollstreckungsunterwerfung verpflichtet wäre. Unter Beachtung dieser Rechtsprechung steht keinesfalls fest, dass die Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Notar die Verfolgung unrechtmäßiger Zwecke fördert oder einen schädigenden Erfolg herbeiführt. Auch unter Beachtung der dem Notar obliegenden Amtspflichten ist er zur Verweigerung der Klausel in den genannten Fällen daher nicht verpflichtet.¹⁶⁹

D. Abnahme von Gemeinschaftseigentum

I. Einführung

Die sich aus dem RBERG ergebenden Grenzen¹⁷⁰ werden aber nicht nur bei den Anlagemodellen, sondern etwa auch im Zusammenhang mit der Abnahme von Gemeinschaftseigentum diskutiert.¹⁷¹ Insbesondere bei großen Wohnungseigentümergeinschaften wird in der Praxis regelmäßig in die jeweiligen Erwerbverträge eine Vollmacht aufgenommen, die den Wohnungseigentumsverwalter oder einen Sachverständigen ermächtigt, das Gemeinschaftseigentum bindend für alle Wohnungseigentümer rechtsgeschäftlich¹⁷² abzunehmen. Ziel der Aufnahme solcher Abnahmevollmachten ist dabei bekanntermaßen eine – gerade im Hinblick auf den Verjährungseintritt – einheitliche, einmalige und verbindliche Abnahme der Gemeinschaftsflächen für alle Erwerber herbei zu führen. Ob derartige Abnahmevollmachten in Bezug auf das RBERG zulässig sind, wenn – wie in der Regel – der bevollmächtigte Verwalter/Sachverständige nicht im Besitz einer entsprechenden Erlaubnis ist, wird auch vor dem Hintergrund fehlender Rechtsprechung in diesem Bereich streitig diskutiert. Streitentscheidend ist letztlich, ob die Abnahme in diesen Fällen als erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheit anzusehen ist.¹⁷³

II. Darstellung des Meinungsstreites

Nach einer verbreiteten Meinung in der Literatur ist eine solche Abnahme als nach dem RBERG erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung zu qualifizieren.¹⁷⁴ Begründet wird diese Auffassung insbesondere damit, dass die rechtsgeschäftliche Abnahme über eine bloße tech-

166 Winkler, BeurkG, 15. Aufl., § 4 Rz. 8 ff.; Schippel, BNotO, 7. Aufl., § 15 Rz. 10.

167 Winkler, a. a. O., § 4 Rz. 44.

168 LG Bochum, DNotZ 1990, S. 571; Winkler, a. a. O.

169 Sofern man der hier vertretenen Auffassung nicht folgt, wäre ggf. an eine Anhörung des Schuldners gemäß § 730 ZPO zu denken.

170 Die gegenständliche Prüfung beschränkt sich auf Aspekte des RBERG. Nicht ausführlich behandelt werden die in diesem Kontext gelegentlich – insbesondere bei wirtschaftlicher Verflechtung des bevollmächtigten Verwalters/Sachverständigen mit dem Veräußerer – angesprochenen Grenzen, die sich wegen der regelmäßig zu bejahenden Qualität einer Vollmachtenklausel als allgemeine Geschäftsbedingung oder des Erwerbsvertrages als Verbrauchervertrag aus den §§ 305 ff. BGB ergeben können. Ebenso wenig wird näher auf den verbreitet – selbst bei Befreiung von den entsprechenden Beschränkungen – angenommenen Verstoß gegen § 181 BGB bei Identität von Veräußerer und Erstverwalter eingegangen (vgl. zu diesen Themen: Häublein, DNotZ 2002, S. 608, 627 f.; Riesenberger, NZM 2004, S. 537).

171 Häublein, a. a. O., S. 608 ff.; Riesenberger, a. a. O., S. 537 ff.; Hildebrandt, BTR 2003, S. 211 ff.; Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil, Rz. 760; Basty/Vogel, ZfIR 2002, S. 171 (175).

172 Die nachfolgend geschilderte Problematik stellt sich nicht, wenn der Verwalter/Sachverständige nur die technische Abnahme übernimmt, während die rechtsgeschäftliche Abnahme gemäß § 640 BGB vom Erwerber selbst durchgeführt wird.

173 Die nach dem derzeitigen RBERG erforderliche Geschäftsmäßigkeit, für die lediglich Wiederholungsabsicht erforderlich ist, ist regelmäßig zu bejahen (so auch Häublein, a. a. O., S. 620). Erst recht gilt dies bei der Vereinbarung eines Honorars für die Durchführung der Abnahme, da dann eine Vermutung für die Geschäftsmäßigkeit streitet (vgl. bereits Gliederungspunkt B. I. 2.).

174 Etwa: Basty, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl., Rz. 659 (Fußnote 1262); Basty/Vogel, ZfIR 2002, S. 171 (175); Riesenberger, NZM 2004, S. 537 (539); Hildebrandt, BTR 2003, S. 211 (213 f.); vgl. auch Häublein, DNotZ 2002, S. 608 (620 ff.).

nische Prüfung hinausgehe und die Entgegennahme des Werkes als vertragsgemäß (bzw. die Verweigerung der Abnahme) erhebliche rechtliche Folgen für das Vertragsverhältnis nach sich ziehe. Insoweit sei die Abnahme notwendiger Teil der Durchsetzung, Sicherung und Klarstellung von Rechten des Erwerbers und ziele auf eine Veränderung bestehender Rechtsverhältnisse ab.¹⁷⁵ Überdies wird betont, dass eine ordnungsgemäße Abnahme und die hiermit verbundene Überprüfung, ob die vertraglich geschuldete Verwendungseignung gegeben ist oder etwa vorhandene Mängel als (un)wesentlich einzustufen sind, juristische Kenntnisse erfordere.¹⁷⁶

Die Gegenauffassung sieht die Delegation der Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf den Verwalter oder einen Sachverständigen hingegen nicht als erlaubnispflichtige Rechtsangelegenheit an.¹⁷⁷ Der Schwerpunkt der Abnahme liegt nach dieser Ansicht eindeutig in der Beurteilung der Abnahmefähigkeit und somit im technischen Bereich. Der Bevollmächtigte habe keine schwierigen Rechtsfragen zu prüfen; seine Prüfung beschränke sich vielmehr auf die technische Übereinstimmung der Bauleistung mit dem anhand der Baubeschreibung, den Plänen und den allgemein anerkannten Regeln der Technik konkretisiertem Bausoll.¹⁷⁸ Auch seien von der Erlaubnispflicht gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG nur Tätigkeiten umfasst, die darauf gerichtet oder geeignet sind, konkrete fremde Rechte zu gestalten, wie dies insbesondere durch Vertragsabschlüsse geschehe. Bei einer bloßen Abnahme fehle es hingegen an einer derartigen Gestaltung fremder Rechtsverhältnisse.¹⁷⁹

III. Eigene Auffassung

1. Abnahme als rechtsgestaltender Akt

Unhaltbar dürfte zunächst das gegen die Einstufung der Abnahme als erlaubnispflichtige Rechtsangelegenheit vorgetragene Argument sein, dass die Abnahme keine konkreten Rechtsverhältnisse gestalte. Eine Rechtsgestaltung erfordert nämlich lediglich die Schaffung oder Veränderung bestehender Rechtsverhältnisse.¹⁸⁰ Da die Abnahme (bzw. ihre Verweigerung) aber eindeutig auf die Sicherung und Klarstellung von Rechten des Erwerbers gerichtet ist und mit ihr rechtliche Folgen wie Gefahrübergang, Beweislastumkehr und Verjährungsbeginn der Mängelrechte verbunden sind, zielt sie ersichtlich auf eine Veränderung bestehender Rechtsverhältnisse ab. Mit Blick darauf, dass Grundlage der Abnahme die einzelnen Erwerbverträge sind, erfolgt die Tätigkeit auch mit einem individuellen Sachverhaltsbezug, so dass auch die erforderliche Konkretheit der Rechtsgestaltung nicht ernstlich zweifelhaft sein kann.¹⁸¹

2. Vorgaben des BVerfG als streitentscheidendes Kriterium

Unabhängig von der Einordnung der Abnahme als rechtsgestaltender Akt ist nach diesseitiger Auffassung bei der Entscheidung des dargestellten Meinungsstreites den gerade in jüngster Zeit auch auf anderen Gebieten von der Rechtsprechung vermehrt betonten, einleitend bereits angesprochenen¹⁸² Vorgaben des BVerfG zur einschränkenden (verfassungskonformen) Auslegung

des RBERG Rechnung zu tragen. Danach ist wegen der rechtlichen Durchdringung sämtlicher Lebenssachverhalte gerade nicht allein auf die rechtlichen Formen und Auswirkungen eines Verhaltens abzustellen, sondern im Rahmen einer Abwägung nach dem Kern und Schwerpunkt der jeweiligen Tätigkeit zu fragen. Der 1. Senat des BGH hat diese Grundsätze in einer Entscheidung vom 13.03.2003¹⁸³ weitergehend dahin konkretisiert, dass bei dieser Abgrenzung maßgeblich sei, ob der Beauftragte gerade wegen seiner rechtlichen Kompetenz vom Auftraggeber verpflichtet wird und ob er in Übereinstimmung mit den Wünschen des Auftraggebers in erster Linie die rechtliche oder aber eine wirtschaftliche Gestaltung anstrebt. Entscheidend für die Erwartungshaltung des Auftraggebers seien dabei im Zweifel die Person und die Qualifikation des Beauftragten, verkehrstypische Gepflogenheiten und die objektiven Maßstäbe des jeweiligen Geschäftes.¹⁸⁴ Eine nach dem RBERG erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung liege weiterhin vor, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung der Tätigkeit eine umfassende Beratung auf mindestens einem Teilgebiet des Rechts auf der Grundlage von Kenntnissen und Fähigkeit erfordere, die durch ein Studium oder durch langjährige Berufserfahrung vermittelt werden.¹⁸⁵ Dem stünden solche wirtschaftlichen Tätigkeiten gegenüber, bei denen die notwendige rechtliche Betätigung in so geregelten Bahnen verläuft, dass sie nicht mehr als Handeln auf dem Gebiet des Rechts empfunden werden. Maßgeblich sei danach neben den Einzelfallumständen die allgemeine Verkehrsanschauung, wobei der Wert und die Handelbarkeit des betroffenen Vermögensgegenstandes sowie die Anzahl gleichförmiger Abwicklungen ebenfalls eine Rolle spielten.¹⁸⁶

Überträgt man diese, vom 1. Senat auch in seinen aktuellen Entscheidungen zur Erlaubnisfreiheit geschäftsmäßiger Testamentsvollstreckungen¹⁸⁷ für maßgebend erachteten Rechtsprechungsgrundsätze auf die in Rede stehende Problematik, dürfte zunächst feststehen, dass es zur Bejahung einer erlaubnispflichtigen Rechtsberatung nicht mehr ausreicht, alleine auf die Zweigliedrigkeiten des Abnahmebegriffes – Entgegennahme des Werkes in technischer Hinsicht und Anerkennung des Werkes als vertragsgemäß – bzw. auf die mit der Abnahme einhergehenden rechtlichen Folgen zu verweisen. Gerade bei Tätigkeiten, die eine doppelte Wirkung (in wirtschaftlich/technischer und in rechtlicher Hinsicht) entfalten, ist eine Neubestimmung anhand der dargestellten verfassungs-

175 Wie Fußnote zuvor.

176 Riesenberger, NZM 2004, S. 537 (538); Hildebrandt, BTR 2003, S. 211 (213).

177 Vgl.: Pause, Bauträgerverkauf und Baumodelle, 4. Aufl. Rn. 600; Schmidt in: Festschrift für Deckers, 2002, S. 465; Blank, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl., Rz. 314 ff.

178 Pause, a. a. O.; Schmidt, a. a. O.

179 Blank, a. a. O.

180 BGH NJW 2001, S. 3541.

181 Zur Konkretheit einer Rechtsangelegenheit vgl. Rennen/Caliebe a. a. O., § 1 Rz. 21.

182 Vgl. Gliederungspunkt B. I. 5.

183 BGH, NJW 2003, S. 3046. Vgl. auch die jüngst ergangenen Entscheidungen des 1. Senates zur Testamentsvollstreckung vom 11.11.2004 – dazu im einzelnen Gliederungspunkt E. III.

184 BGH NJW 2003, S. 3046, BGH NJW 2000, S. 2108 (2109).

185 BGH a. a. O. unter Verweis auf BVerfGE 97, 12 (28 f.).

186 BGH, a. a. O.

187 Dazu ausführlich Gliederungspunkt E. III.

rechtlichen Vorgaben erforderlich.¹⁸⁸ Die hiernach für die Frage des Vorliegens einer erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung maßgebliche Abgrenzung nach dem Kern und dem Schwerpunkt der geschuldeten Tätigkeit zwingt dabei nach diessseitiger Auffassung zu einer getrennten Betrachtung der bei Abnahmevollmachten regelmäßig beauftragten Personen, da diese Abgrenzung – wie gezeigt – insbesondere auch an die Person des Beauftragten anzuknüpfen hat.¹⁸⁹

a) Abnahmevollmachten zugunsten von Sachverständigen

Sofern ein Sachverständiger zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums bevollmächtigt wird, dürfte eine verfassungskonforme Auslegung im Ergebnis zur Verneinung einer erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung führen. Auch wenn der zur rechtsgeschäftlichen Abnahme bevollmächtigte Sachverständige anhand der jeweiligen Erwerbverträge individuell das geschuldete Bausoll festzustellen und danach zu entscheiden hat, ob das Bauwerk (Gemeinschaftseigentum) als im wesentlichen vertragsgemäß anzusehen ist oder ob wesentliche Mängel vorliegen, liegt der Schwerpunkt und Kern seiner Tätigkeit eindeutig in der technischen (wirtschaftlichen) Prüfung des Werkes. Im Mittelpunkt seines Auftrages steht die Prüfung, ob das Gemeinschaftseigentum nach den anerkannten Regeln der Technik – insbesondere in Übereinstimmung mit den einschlägigen DIN-Normen – errichtet wurde oder nicht.¹⁹⁰ Gerade im Hinblick auf diese Prüfungspflicht wird der Sachverständige eingeschaltet. Der Auftraggeber bevollmächtigt einen Sachverständigen nicht wegen seiner rechtlichen Kompetenz, sondern (alleine) wegen seiner Fachkompetenz in technischer Hinsicht. Auch die Erwartungshaltung des Auftraggebers liegt somit eindeutig schwerpunktmäßig im technisch-wirtschaftlichen Bereich, selbst wenn regelmäßig auch von der gleichzeitigen Durchführung der rechtsgeschäftlichen Abnahme und dem hierdurch bedingten Eintritt ihrer rechtlichen Folgewirkungen ausgegangen wird. Die vom Sachverständigen im Rahmen der Abnahme notwendigerweise durchzuführenden Prüfungen – wie z. B. Feststellung des geschuldeten Bausolls und der (Un)Wesentlichkeit von Mängeln – erfordern zudem keine rechtlichen Kenntnisse, die durch ein Studium oder eine langjährige Berufserfahrung vermittelt werden müssen. Vielmehr sind diese Prüfungen mit Hilfe der jeweiligen Verträge, Pläne und Zeichnungen durchzuführen, wobei gerade die Erfahrung und Kompetenz eines Sachverständigen, der es gewohnt ist, mit diesen Materialien umzugehen, eine sorgfältige Prüfung erst ermöglicht. Die (rechtliche) Frage der Einordnung eines Mangels als wesentlich hat ihre Grundlage letztlich ebenfalls im technischen Bereich, was sich bereits daran zeigt, dass sich auch die Gerichte in Bauprozessen regelmäßig der Einschaltung von Sachverständigen bedienen, wenn der Wesentlichkeit eines Mangels streitentscheidende Bedeutung zukommt. Überdies spricht auch die gleichförmige Abwicklung der Abnahme des regelmäßig in den Erwerbverträgen bzw. in der Gemeinschaftsordnung einheitlich beschriebenen Gemeinschaftseigentums – selbst wenn sie auf individuellen Verträgen beruht – nach der Verkehrsauffassung für ein Handeln im wirtschaftlichen, nicht aber im rechtlichen

Bereich. Eine Eingrenzung zulässiger Abnahmetätigkeiten lässt sich schließlich auch nicht unter Betonung der das RBERG tragenden Gemeinwohlbelange – Schutz der Rechtsuchenden und der Rechtspflege – rechtfertigen,¹⁹¹ da ein hieran anknüpfendes Durchführungsverbot von Abnahmen für Sachverständige eine unverhältnismäßige Einschränkung ihrer Berufsfreiheit bedeuten würde.

b) Anahmevollmachten zugunsten von Verwaltern

Schwieriger erscheint die Beantwortung der Frage des Vorliegens einer erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung bei zugunsten von Wohnungseigentumsverwaltern erteilten Abnahmevollmachten. Keine Probleme ergeben sich hingegen zunächst für die Literaturstimmen, die auch die Abnahme von Bauleistungen nach § 640 BGB zu dem einem Verwalter übertragenen Aufgabenbereich gemäß § 27 WEG zählen,¹⁹² da in diesem Fall der Ausnahmetatbestand des § 3 Nr. 6 RBERG einschlägig wäre.¹⁹³ Nach wohl überwiegender Auffassung erwächst dem Verwalter aus § 27 WEG jedoch keine Kompetenz zur Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums für die einzelnen Wohnungseigentümer.¹⁹⁴ Gleichwohl dürfte nach hier vertretener Auffassung auch bei der Abnahme eines Verwalters der Schwerpunkt seiner Tätigkeit nicht im rechtlichen Bereich, sondern in der tatsächlichen Prüfung der Mängelfreiheit des Gemeinschaftseigentums liegen. Für die Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit spricht dabei der Umstand, dass auch ein Verwalter – selbst wenn er nicht die einem Sachverständigen entsprechende Fachkompetenz aufweist – in der Lage ist, die mängelfreie Ausführung der geschuldeten Bauleistung – nicht anders als der Erwerber selbst – zu beurteilen. Auch die Erwartungshaltung des Erwerbers (Auftraggebers) beschränkt sich nach der mitmaßgeblichen Verkehrsanschauung darauf, dass der Verwalter anhand der tatsächlichen Gegebenheiten eine Prüfung in wirtschaftlicher, nicht aber in juristischer Hinsicht vornimmt. Als weiteres Argument für die Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit ist auch auf die Vielzahl der weit verbreiteten Abnahmen durch Verwalter sowie auf die Gleichförmigkeit ihrer Abwicklung zu verweisen, so dass auch verkehrstypische Gepflogenheiten, die nach dem BGH im Zweifel bei der Abgrenzung und Schwerpunktfeststellung heranzuziehen sind, das vorstehende Ergebnis stützen.

Würde man hingegen – anders als hier vertreten – eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung „tatbestandlich“ bejahen, wäre darauf hinzuweisen, dass in diesem Fall auch der dann im weiteren zu prüfende Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 3 RBERG nicht eingreifen dürfte. Inso-

188 Grziwotz, Anmerkungen zum BVerfG-Beschluss vom 27. 9. 2002, EWIR 2003, S. 33 f.

189 In diese Richtung auch: Häublein, DNotZ 2002, S. 608, 620 ff.

190 Häublein, a. a. O., S. 608 (622).

191 Vgl. zu diesem Aspekt: BGH NJW 2003, S. 3048.

192 Vgl.: Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., Rz. 113 unter Berufung auf KG WE 93, S. 197; Palandt/Bassenge, 64. Aufl., § 27 WEG Rz. 10.

193 S. Gliederungspunkt B. II. 1. Nach der Kommentarliteratur wäre in diesem Falle hingegen die Befreiungsvorschrift des § 5 Nr. 3 RBERG einschlägig.

194 BayObLG ZfIR 2000, S. 635 (638); Weitnauer, WEG, 9. Aufl., Nach § 8 Rz. 80 mw.N.; Häublein, a. a. O., S. 623.

weit fehlt es nämlich an einem unmittelbarem Zusammenhang zwischen der Abnahme und den übrigen Hausverwaltertätigkeiten, da die Abnahme aufgrund separater Geschäftsbesorgungsverträge des Verwalters mit jedem Wohnungseigentümer – unabhängig von der Erfüllung der eigentlichen Verwalterpflichten – erfolgt und die Abnahme nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Eigentümergemeinschaft steht, sondern der Abwicklung des Verhältnisses Veräußerer/Erwerber dient. Ebenso wenig dürfte im Fall der Bejahung einer erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung die denkbare Möglichkeit weiterhelfen, die Abnahme durch einen ausdrücklichen Beschluss oder durch die Einfügung der Abnahmevollmacht in die Gemeinschaftsordnung zum Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigentums zu machen. *Hildebrandt*¹⁹⁵ weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass das Wohnungseigentumsgesetz das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, nicht aber das Verhältnis zu Dritten (vorliegend zum Veräußerer) regelt. Darüber hinaus wäre es auf diesem Wege ansonsten auch letztlich möglich, Einfluss auf den Anwendungsbereich des RBERG zu nehmen, der aber wegen der mit dem RBERG u. a. verfolgten Gemeinwohlbelange (Schutz einer geordneten Rechtspflege) einer Disposition durch Dritte grundsätzlich nicht zugänglich ist.

IV. Ergebnisse/Folgerungen für die notarielle Praxis

Zusammenfassend ergibt sich somit nach der hier vertretenen Auffassung im Wege einer verfassungskonformen Auslegung anhand der vom BVerfG entwickelten und vom BGH fortgeschriebenen Maßstäbe, dass weder bei Vollmachten zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums zugunsten von Sachverständigen noch zugunsten von Wohnungseigentumsverwaltern tatbestandlich eine erlaubnispflichtige Besorgung einer Rechtsangelegenheit vorliegt. Entscheidend ist dabei, dass in beiden Fällen der Schwerpunkt und der Kern der ausgeübten Tätigkeit im technischen/wirtschaftlichen, nicht aber im juristischen Bereich liegt, wobei zuzugeben ist, dass dieses Ergebnis für den bevollmächtigten Wohnungseigentumsverwalter einen höheren Begründungsaufwand erfordert. Allerdings ist nachhaltig zu betonen, dass – soweit ersichtlich – zu dieser Problematik bisher noch keine Rechtsprechung ergangen ist. Aus diesem Grund muss die Rechtslage derzeit noch als ungeklärt bezeichnet werden. Dieser Umstand und die Gefahr einer etwaigen Unwirksamkeit der vom Bevollmächtigten durchgeführten Abnahme infolge eines – von einer starken Literaturmeinung angenommenen – Verstoßes gegen das RBERG mit all ihren Folgewirkungen¹⁹⁶ müssen letztlich auch bestimmend für die Vorgehensweise des Notars sein, der bei seiner Vertragsgestaltung grundsätzlich den sichersten Weg zu beschreiten hat. Aus diesem Grunde sollte der Notar bei seinen künftigen Vertragsgestaltungen bis zur Klärung der Rechtslage durch die Rechtsprechung nach Möglichkeit von der Aufnahme von für Sachverständige oder Verwalter erteilten Abnahmevollmachten bezüglich des Gemeinschaftseigentums absehen. Werden hingegen trotz der ungesicherten Rechtslage Abnahmevollmachten aufgenommen, sollten diese vorzugsweise für Sachverständige erteilt werden, da hier die Gefahr eines Verstoßes gegen das RBERG ange-

sichts der von der Rechtsprechung – insbesondere vom BVerfG – bisher entwickelten Maßstäbe nach diesseitiger Auffassung geringer sein dürfte als bei Verwaltervollmachten. Neben einer Belehrung über die ungesicherte Rechtslage ist in diesen Fällen zusätzlich darauf zu achten (und in der Vollmacht entsprechend klarzustellen), dass der Sachverständige nicht nur die technische, sondern gerade auch die rechtsgeschäftliche Abnahme erklärt, damit der erforderliche Abnahmewille keinem Zweifel unterliegt.¹⁹⁷ Sicherer und daher eindeutig vorzuziehen ist aber der Weg, die rechtsgeschäftliche Abnahme durch den jeweiligen Erwerber selbst erklären zu lassen und dieser (rechtlichen) Abnahme eine technische Abnahme durch einen Sachverständigen vorzuschalten, um dem Erwerber seine Entscheidungsfindung zu erleichtern.¹⁹⁸ Diese Handlungsempfehlung gilt umso mehr als neben einem möglichen Verstoß gegen das RBERG auch noch vielfach eine Unwirksamkeit von Abnahmevollmachten wegen Verstoßes gegen die Vorschrift des § 307 BGB (i. V. m. § 310 Abs. 3 BGB) bejaht wird, weil der jeweilige Wohnungseigentümer mit der unwiderrechtlichen Übertragung der Abnahme sein wesentliches Druckmittel zur Herstellung des geschuldeten Werkes aus der Hand gebe.¹⁹⁹ Auch unter diesem Aspekt sollte daher von der Möglichkeit einer nach technischer und rechtlicher Wirkung differenzierenden Abnahme Gebrauch gemacht werden. Entsprechende Formulierungsvorschläge zu einer derart „gestuften“ Abnahme, die insbesondere auch die Möglichkeit einer fiktiven Abnahme bei Nichttätigwerden des Erwerbers innerhalb einer bestimmten Frist vorsehen, wurden bereits entwickelt, so dass hierauf verwiesen werden kann.²⁰⁰ Eine gleich sichere, aber kostenintensivere Alternative läge darin, (statt des Erwerbers) einen Rechtsanwalt mit der rechtsgeschäftlichen Abnahme zu bevollmächtigen, der sich seinerseits ggf. eines Sachverständigen für die technischen Fragestellungen bedient. Unproblematisch in Bezug auf das derzeit geltende RBERG wären grundsätzlich auch Abnahmevollmachten zugunsten von Verwaltungsbeiratsmitgliedern oder anderen Privaten, wenn diese nur nicht geschäftsmäßig – also ohne Wiederholungsabsicht – handeln. Ebenso zulässig wären Vollmachten für einzelne Wohnungseigentümer, da es sich dann um die Mitbesorgung eigener Angelegenheiten handelte, bei der die für das Eingreifen des RBERG erforderliche Fremdheit einer Rechtsbesorgung zu verneinen ist.²⁰¹ Allerdings dürften die beiden zuletzt genannten Gestaltungen regelmäßig scheitern, wenn man

195 BTR 2003, S. 211 (213).

196 In Anbetracht der bisherigen Rechtsprechung zum RBERG dürfte sicher sein, dass bei einem angenommenen Verstoß gegen das RBERG nicht nur der Abnahmevollmacht zugrunde liegende Vertrag, sondern auch die entsprechenden Abnahmevollmachten selbst nichtig wären. Ob sich der Erwerber hingegen eventuell gleichwohl nicht auf die Unwirksamkeit einer bereits in der Vergangenheit durchgeführten Abnahme wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben berufen kann, wenn er der unwirksamen Abnahmeerklärung nicht unverzüglich widerspricht, soll hier nicht näher erörtert werden (vgl. BGH ZfBR 1992, S. 65; BayObLG, RNotZ 2001, S. 586; Häublein, DNotZ 2002, S. 608, 626 m. w. N.) Insofern betreffen die nachfolgenden Überlegungen insbesondere die Vertragsgestaltung für künftige Sachverhalte.

197 Vgl. zu diesem Aspekt: Hildebrandt, BTR 2003, S. 211 (213).

198 Häublein, a. a. O., S. 629; Hildebrandt, BTR 2003, S. 211 (214).

199 Häublein, a. a. O., S. 627 m. w. N.

200 Häublein, a. a. O., S. 629 f.; Hildebrandt, a. a. O., S. 215.

201 Siehe bereits Gliederungspunkt: B. I. 2.

den Bevollmächtigten vergegenwärtigt, dass sie sich bei fehlerhaften Abnahmen immensen Haftungsrisiken gegenüber sämtlichen (anderen) Erwerbbern/Wohnungseigentümern aussetzen.²⁰² Wegen dieser Risiken sollte der Notar keine entsprechenden Abnahmenvollmachten zugunsten von Privatpersonen beurkunden.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Bevollmächtigung des Bauträgers, der zugleich auch Wohnungseigentümer ist, zwar wegen neuerlichen Fehlens der Fremdheit der Rechtsbesorgung keinen Bedenken im Hinblick auf das RBerG unterliegt, eine solche Gestaltung jedoch an dem hier nicht näher beleuchteten Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB scheitert, das auch nicht durch eine (in diesem Fall wegen Verstoßes gegen §§ 310 Abs. 3, 307 BGB für unwirksam erachtete) Befreiung von den entsprechenden Beschränkungen umgangen werden kann.²⁰³

E. Geschäftsmäßige Durchführung von Testamentsvollstreckungen

I. Einführung – Die Entscheidungen des OLG Karlsruhe und des OLG Düsseldorf

Im Zusammenhang mit dem derzeit geltenden RBerG äußerst kontrovers diskutiert wurde bis vor kurzem²⁰⁴ überdies die wirtschaftlich bedeutsame Frage, ob Banken und Sparkassen, aber auch Steuerberater und Wirtschaftsprüfungsunternehmen oder sonstige vom Erblasser – gerade im Hinblick auf ihre Sachkunde und Berufsverschwiegenheitspflicht bevorzugt – benannte Personen geschäftsmäßig²⁰⁵ Testamentsvollstreckungen übernehmen dürfen. Ausgangspunkt dieser Kontroverse waren dabei zwei obergerichtliche Entscheidungen. So hatte das OLG Karlsruhe bereits im Jahre 1993²⁰⁶ entgegen der bis dahin vertretenen Meinung entschieden, dass die Übernahme von Testamentsvollstreckungen durch *Kreditinstitute* eine erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten darstelle. Selbiges hatte das OLG Düsseldorf²⁰⁷ im Jahre 2000 für geschäftsmäßig übernommene Testamentsvollstreckungen durch *Steuerberater*²⁰⁸ angenommen. Dabei kamen beide Oberlandesgerichte einheitlich und ohne größeren Begründungsaufwand zu dem Ergebnis, dass die Ausübung einer Testamentsvollstreckertätigkeit bei beiden Berufsträgern als erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG einzustufen sei.²⁰⁹ Ebenfalls einmütig wurde die Einschlägigkeit des Ausnahmetatbestandes gemäß § 3 Nr. 6 RBerG jedenfalls dann verneint, wenn die Ernennung des Testamentsvollstreckers – wie in der Regel – durch den Erblasser, einen von ihm benannten Dritten oder durch einen anderen Testamentsvollstrecker (§§ 2197–2199 BGB) erfolgt. Begründet wurde dies jeweils damit, dass es in diesen Fällen an einer vom Wortlaut des § 3 Nr. 6 RBerG geforderten „behördlichen Einsetzung“ – mithin einer Einsetzung von Amts wegen – fehle und ein so ernannter Testamentsvollstrecker nicht der Aufsicht des Nachlassgerichtes unterliege, so dass er auch den „anderen behördlich eingesetzten Personen“ i. S. d. § 3 Nr. 6 RBerG nicht vergleichbar sei.²¹⁰ Weitergehend hatte das OLG Düsseldorf für die geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung durch Steuerberater den Befrei-

ungstatbestand des § 5 Nr. 2 RBerG für nicht durchgreifend erachtet, da deren Übernahme im Vergleich zu der vom Steuerberater zu Lebzeiten des Erblassers ggf. ausgeführten Vermögensverwaltung kein notwendiges Hilfsgeschäft sei, sondern nach Ziel, Richtung und Umfang eine eigenständige neue Haupttätigkeit darstelle. Ebenso wenig sei eine Aufspaltung der Testamentsvollstreckung selbst in eine verwaltende Haupttätigkeit und eine rechtsbesorgende Nebentätigkeit möglich, weil die Testamentsvollstreckung gerade durch die rechtliche Betätigung geprägt sei.²¹¹ Wegen der vornehmlich rechtlichen Prägung der Testamentsvollstreckung wurde schließlich auch ihre Qualifikation als bloße Vermögensverwaltung verneint, so dass der bei beiden Berufsträgern in Betracht zu ziehende Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 3 RBerG für nicht einschlägig erachtet wurde.

II. Kritik der Literatur und bisherige Entwicklung in der unterinstanzlichen Rechtsprechung

Die genannten Entscheidungen, die jeweils im Zusammenhang mit einem geltend gemachten Wettbewerbsverstoß wegen unzulässiger Werbung mit der Übernahme von Testamentsvollstreckungen durch die in Rede stehenden Berufsträger ergingen, sahen sich in der Folgezeit zum Teil²¹² erheblicher Kritik in der Literatur ausgesetzt.²¹³ Kritisiert wurde dabei insbesondere die Pauschalität der von den Gerichten getätigten Aussagen. Dies gelte bereits für die aufgestellte These, dass eine Testamentsvollstreckung stets und ausnahmslos als erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung fremder Rechtsangelegenheiten anzusehen sei. In dieser Allgemeinheit lasse sich eine solche Aussage nicht treffen, da bei der notwendigen Abgrenzung rechtlicher Geschäftsbesorgung von bloß wirtschaftlicher (Hilfs)Tätigkeit anerkanntermaßen – insbesondere wegen der Vorgaben des BVerfG zur einschränkenden Auslegung des RBerG²¹⁴ – auf den

202 Hildebrandt, a. a. O., S. 214.

203 Häublein, a. a. O., S. 627 m. w. N.

204 Zu den aktuellen Entscheidungen des BGH vom 11.11.2004 vgl. sogleich (Gliederungspunkt E. III).

205 Die Wiederholungsabsicht erfordernde Geschäftsmäßigkeit ist bei einem Kreditinstitut stets anzunehmen und kann beim Steuerberater/Wirtschaftsprüfer allenfalls im Einzelfall fehlen, etwa wenn der Steuerberater/Wirtschaftsprüfer eine Testamentsvollstreckung lediglich wegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses zum Erblasser oder einer persönlichen Freundschaft zu ihm annimmt; eine Übernahme für zukünftige Fälle aber definitiv ausschließt. Geschäftsmäßiges Handeln war im Übrigen regelmäßig auch bei einem nicht selten zum Testamentsvollstrecker eingesetzten Bürovorsteher zu unterstellen, bei dem sich die nachfolgende Problematik somit bisher ebenfalls in voller Schärfe stellte.

206 NJW-RR 1994, S. 236 ff. = ZEV 1994, S. 300 ff.

207 MittBayNot 2001, S. 88 ff. = ZEV 2000, S. 458 ff.

208 Und somit auch mittelbar für Testamentsvollstreckungen durch Wirtschaftsprüfer.

209 OLG Karlsruhe, ZEV 1994, S. 300 (301); OLG Düsseldorf, MittBayNot 2001, S. 88.

210 Wie Fußnote zuvor.

211 OLG Düsseldorf, a. a. O., S. 88 (89).

212 Im Ergebnis befürwortend hingegen: Stracke, Testamentsvollstreckung und Rechtsberatung, ZEV 2001, S. 250 ff.

213 Vgl. etwa: Lang, NJW 1999, S. 2332 f.; Schaub, Der Notar 1999, S. 93 ff.; ders. FamRZ 1995, S. 845 ff., Henssler, ZEV 1994, S. 261 ff.; Bork, WM 1995, S. 225; Kleine-Cosack, BB 2000, 2109; vgl. auch Grunewald, ZEV 2000, S. 460 f.; Sandkühler in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Auf., Kap. 11, Rz. 49/50.

214 Hierauf stellt insbesondere Lange (EuP 2003, S. 51 (54)) ab, der darüber hinaus auch europa-rechtliche Bedenken in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit ausländischer Banken äußert.

Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen und somit eine Würdigung der konkreten Ausgestaltung der Testamentsvollstreckertätigkeit im Einzelfall geboten sei.²¹⁵ Hierbei ergebe sich aber in der Regel, dass der Schwerpunkt einer Testamentsvollstreckertätigkeit nicht auf rechtlichem, sondern auf wirtschaftlichem Gebiet liege.²¹⁶ Eindeutig sei dies jedenfalls bei der von der Abwicklungsvollstreckung (§ 2203 BGB) zu trennenden Dauerverwaltungsvollstreckung (§ 2209 BGB).²¹⁷ Daneben wurde von einigen Literaten²¹⁸ auch das Eingreifen des Ausnahmetatbestandes des § 3 Nr. 6 RBERG in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur Freistellung nicht nur des gerichtlich benannten, sondern auch des gewählten WEG-Verwalters diskutiert. Überwiegend befürwortet wurde zudem das Vorliegen der Befreiungstatbestände gemäß § 5 Nr. 1 bzw. Nr. 2 und des § 5 Nr. 3 RBERG, wenn das Kreditinstitut bzw. der Steuerberater/Wirtschaftsprüfer bereits zu Lebzeiten des Erblassers dessen Vermögen treuhänderisch verwaltet hatte.²¹⁹ In diesem Fall – so die Literatur – stelle sich die Testamentsvollstreckung lediglich als Fortsetzung der lebzeitigen Vermögensverwaltung in einem anderen rechtlichen Gewand dar, die eine rechtliche Tätigkeit als reine Hilfs- bzw. Nebentätigkeit erscheinen lasse (§ 5 Nr. 1/Nr. 2 RBERG) und gleichzeitig den Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 3 RBERG erfülle.²²⁰

Trotz der in der in der Literatur geübten Kritik hielt die Rechtsprechung²²¹ bisher überwiegend²²² an der von ihr eingeschlagenen Linie fest. So wurde insbesondere in den nunmehr vom BGH aufgehobenen Entscheidungen des OLG Düsseldorf vom 05.07.2001²²³ (zur Bank) und des OLG Hamm vom 23.05.2002²²⁴ (zum Steuerberater) die Einschätzung aufrecht erhalten, dass die Testamentsvollstreckung auch bei einer vom BVerfG geforderten abwägenden und auf den Schwerpunkt der Tätigkeit unter Beachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben abstellenden Beurteilung als erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung anzusehen sei. Wegen der Komplexität der dem Vollstrecker obliegenden Aufgaben und der sich hierbei stellenden rechtlichen Probleme stünde bei der Durchführung einer Testamentsvollstreckung die Abwicklung und Gestaltung konkreter fremder Rechtsverhältnisse im Vordergrund. Auch wurde in diesen, neuerlich im Rahmen von Wettbewerbsverfahren ergangenen Urteilen das Eingreifen der denkbaren Befreiungsvorschriften gemäß § 3 Nr. 6 und § 5 Nr. 1–3 RBERG unter Zurückweisung der von der Literatur vorgebrachten Argumente verneint, wobei das OLG Düsseldorf „Liberalisierungstendenzen“ allerdings insoweit erkennen ließ, als es andeutete, dass für eine reine Verwaltungsvollstreckung i. S. d. § 2209 BGB kein Erlaubniszwang wegen des Eingreifens des Ausnahmetatbestandes des § 5 Nr. 3 RBERG bestehe.²²⁵

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung und insbesondere wegen des Fehlens höchstrichterlicher Rechtsprechung in diesem äußerst umstrittenen Bereich war die Rechtslage bisher ungeklärt. Als Folge dieser ungesicherten Rechtslage war ein Notar zwar auch vor den aktuellen höchstrichterlichen Entscheidungen nicht gehalten, die Beurkundung einer angeordneten Testamentsvollstreckung zugunsten der in Rede stehenden Berufsträger abzulehnen, da nach bisheriger Auffassung nicht die Anordnung der Testamentsvollstreckung selbst,

sondern erst die Übernahme des Amtes durch den nicht befugten Berufszweig im Hinblick auf die Schutzrichtung des RBERG als Berufsordnungsgesetz gegen das RBERG verstieß.²²⁶ Gleichwohl war dem Notar bisher neben einem Hinweis auf die ungesicherte Rechtslage zu empfehlen, bei der Abfassung einer letztwilligen Verfügung einen evtl. Konflikt mit dem RBERG dadurch zu vermeiden, indem neben dem eventuell an den Klippen des RBERG scheiternden Berufsträger zumindest ein nicht geschäftsmäßig handelnder Ersatztestamentsvollstrecker benannt wurde.²²⁷

III. Die Entscheidungen des BGH vom 11.11.2004

Durch zwei nahezu inhaltsgleiche Entscheidungen jeweils vom 11.11.2004²²⁸ hat der u. a. für Wettbewerbsstreitigkeiten zuständige 1. Senat des BGH unter Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidungen des OLG

215 Sandkühler in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl., Kap. 11, Rz. 49/50.

216 Kleine-Cosack, BB 2000, S. 2112.

217 Sandkühler, a. a. O., Rz. 50.

218 Lang, NJW 1999, S. 2332 f.; Grunewald, ZEV 2000, S. 460 f. Die überwiegende Meinung in der Literatur erachtete hingegen den Erlaubnistatbestand des § 3 Nr. 6 RBERG ebenso wie die Rechtsprechung mangels behördlicher Einsetzung für nicht durchgreifend: vgl. Henssler, ZEV 1994, S. 261; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 3 Rz. 49; Chemnitz/Johnigk, a. a. O., § 3, Rz. 436; Sandkühler, a. a. O., 11. Kapitel, Rz. 54; Stracke, a. a. O., S. 250 (251 f.); Bork, WM 1995, S. 225 (230).

219 Lang, NJW 1999, S. 2332 f.; Grunewald, ZEV 2000, S. 460 f.

220 Zur Untermauerung dieses Ergebnisses wurde zudem darauf verwiesen, dass der Erblasser das gleiche wirtschaftliche Ergebnis erreichen könne, wenn er den zu Lebzeiten geschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag mit einer entsprechend langen, über seinen Tod hinaus gehenden Laufzeit ausstatte (vgl. Sandkühler, a. a. O., Rz. 61; Schaub, MittBayNot 2001, S. 90 f.; ders. FamRZ 1995, S. 845 (848); Lang, NJW 1999, S. 2332 (2333); Henssler, ZEV 1994, S. 261 (265); kritisch hingegen Stracke (ZEV 2001, S. 250, 265), der darauf verweist, dass die Testamentsvollstreckung nicht die bloße Fortsetzung der lebzeitigen Vermögensverwaltung darstelle, da auf den Testamentsvollstrecker in der Regel weitere Aufgaben (insbesondere im Rahmen der Abwicklung) zukommen und sich die Testamentsvollstreckung nicht nur auf das vorherige, der Kundenbeziehung unterliegende Vermögen, sondern auf das gesamte Nachlassvermögen beziehe).

221 OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, S. 280 ff.; OLG Düsseldorf, WM 2002, S. 806 f.; OLG Düsseldorf, ZEV 2002, S. 27 ff. = NJW-RR 2002, S. 566 ff.; OLG Hamm, NJW-RR 2002, S. 1286 ff.; LG Hamburg, NJW-RR 2002, S. 927; LG Münster, NJW-RR 2001, S. 1292 ff.

222 Für die Erlaubnisfreiheit bei Banken hatte sich hingegen schon vor den jetzigen Entscheidungen des BGH das LG Detmold (WM 2001, S. 2441) unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 3 RBERG ausgesprochen. So auch LG Krefeld (DStRE 2000, S. 615 (616)).

223 ZEV 2002, S. 27 ff. = NJW-RR 2002, S. 566 ff.

224 NJW-RR 2002, S. 1286 ff.

225 ZEV 2002, S. 27 (30 f.); so auch bereits: OLG Düsseldorf, WM 2002, S. 806 f.

226 Sandkühler, a. a. O., Rz. 66; Stracke, a. a. O., S. 250; Schaub, Der Notar 1999, S. 93 (101).

227 Sandkühler, a. a. O. Rz. 65. Daneben wurde z. T. die Empfehlung ausgesprochen, die Testamentsvollstreckung auf das Vermögen zu beschränken, das die Bank bzw. der Steuerberater/Wirtschaftsprüfer bereits zu Lebzeiten verwaltet hat (Schaub, Der Notar 1999, S. 101). Auch war daran zu denken, den jeweiligen Berufsträger für den Fall, dass er an den Vorgaben des RBERG scheitern sollte, hilfsweise zum bestimmungsberechtigten Dritten i. S. d. § 2198 BGB in der Hoffnung zu benennen, dass dieser eine von ihm als vertrauenswürdig erachtete, ebenfalls fachkompetente, aber nicht mit dem RBERG konfligierende Person aus dem Geschäftsumfeld auswählt.

228 In diesem Heft S. 122 (Testamentsvollstreckung durch Banken) sowie in diesem Heft S. 120 (Testamentsvollstreckung durch Steuerberater).

Düsseldorf und des OLG Hamm die bisher bestehenden Rechtsunsicherheiten beseitigt und nunmehr entschieden, dass sowohl die von Banken, als auch die von Steuerberatern angebotene und übernommene Testamentsvollstreckung bereits „tatbestandlich“ keine erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten darstellt. Der Senat gewinnt dieses Ergebnis letztlich im Wege einer verfassungskonformen Auslegung des RBERG. Insoweit sei die bei der Abgrenzung der erlaubnisfreien (wirtschaftlichen) Geschäftsbesorgung von der erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung maßgebliche Frage nach dem Schwerpunkt der jeweiligen Tätigkeit für die Testamentsvollstreckung zunächst dahingehend zu beantworten, dass der Schwerpunkt hier zwar wegen der einem Testamentsvollstrecker von Gesetzes wegen zugewiesenen vielfältigen rechtlichen Aufgabenfelder auf rechtlichem Gebiet liegen könne, dieses aber nicht zwingend sei. Vielmehr könne ein Testamentsvollstrecker durchaus auch ausschließlich oder zumindest schwerpunktmäßig wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgehen, wenn er etwa den Nachlass in Besitz nimmt, diesen bewertet oder ihn dauerhaft verwaltet bzw. unter den Miterben auseinandersetzt. Anders als teilweise in der Literatur vertreten,²²⁹ hängt die Frage, ob die Testamentsvollstreckung allgemein eine nach § 1 RBERG erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung darstellt, nach Auffassung des 1. Senates aber nicht etwa vom jeweiligen Einzelfall ab, sondern muss im Rahmen einer die Verhältnismäßigkeit berücksichtigenden Abwägung der mit dem RBERG verfolgten Ziele gegenüber der mit einem Verbot einhergehenden Einschränkung der Berufsfreiheit der dann ausgeschlossenen Berufsträger beantwortet werden. Unter Heranziehung der von ihm in seiner Entscheidung vom 13.03.2003²³⁰ entwickelten und bereits vorgestellten²³¹ Kriterien hält der Senat im Rahmen dieser Abwägung neuerlich für entscheidend, ob der Auftraggeber eine rechtliche Prüfung wünscht oder zumindest erwartet, was sich seinerseits im Zweifel nach der Person und der Qualifikation des Geschäftsbesorgers sowie verkehrstypischen Gepflogenheiten richte. Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe führe eine entsprechende Abwägung letztlich aber zu einer grundsätzlichen Freiheit der geschäftsmäßigen Übernahme einer Testamentsvollstreckung vom Erlaubniszwang nach dem RBERG. Dies zum einen deshalb, weil die erbrechtlichen Vorschriften des BGB bis auf die erforderliche Geschäftsfähigkeit keine besondere Qualifikation für das Amt des Testamentsvollstreckers fordern. Zum anderen nehme der Erblasser die Auswahl des Testamentsvollstreckers häufig nicht im Hinblick auf dessen rechtliche Kenntnisse, sondern wegen eines zu ihm bestehenden besonderen Vertrauensverhältnisses oder auch bzw. unter Umständen sogar vornehmlich aufgrund von Kenntnissen und Fähigkeiten des Testamentsvollstreckers auf wirtschaftlichem Gebiet vor. Insoweit komme es also jedenfalls nicht maßgeblich auf die rechtliche Qualifikation des Testamentsvollstreckers an, zumal ein nicht rechtskundiger Testamentsvollstrecker – auch nach der Erwartung des Erblassers und der von ihm bei der Auswahl bereits als vorhersehbar einkalkulierten Mehrkosten – bei gleichwohl auftretenden rechtlich komplexen Fragestellungen gehalten sei, seinerseits Rechtsrat einzuholen. Da somit auch die öffentlichen Belange des RBERG – Sicherung der Qualität der Dienstleistung in

rechtlicher Hinsicht und Erhalt einer funktionsfähigen Rechtspflege – ein generelles Verbot geschäftsmäßig übernommener oder angebotener Testamentsvollstreckungen nicht rechtfertigten, würde sich ein solches letztlich als unverhältnismäßige Einschränkung der Berufsfreiheit für die in Rede stehenden Berufsgruppen darstellen.

Für den Notar bleibt angesichts der jetzigen Entscheidungen des BGH festzuhalten, dass sich die bisher bei der Abfassung von letztwilligen Verfügungen mit einer darin angeordneten Testamentsvollstreckung zugunsten von Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern oder anderen geschäftsmäßig handelnden Personen diskutierten Problematiken und die hierzu entwickelten Gestaltungsempfehlungen nunmehr erledigt haben dürften.

F. Vorsorgevollmacht und RBERG

I. Einführung

Auf den ersten Blick nicht unbedingt zu erwarten sein dürften Probleme im Zusammenhang mit dem RBERG bei der Erteilung von Vorsorge- bzw. Generalvollmachten.²³² Ebenso wie bei der Testamentsvollstreckung werden aber auch hier neben Verwandten und anderen, dem Vollmachtgeber nahe stehenden Personen gelegentlich Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer umfassend bevollmächtigt, weil diese die familiären Geschicke bereits seit langer Zeit begleiten oder weil keine nahe stehende Person, die als Bevollmächtigter fungieren könnte, existiert.²³³ Allerdings werden etwaige, sich aus dem RBERG ergebende Probleme in diesem Zusammenhang im Vergleich zur Übernahme von Testamentsvollstreckungen weitaus seltener diskutiert.²³⁴ Soweit hierbei vertreten wird, dass erteilte Vorsorgevollmachten von vornherein aus dem Anwendungsbereich des RBERG ausscheiden, weil sie letztlich eine Betreuung ersetzen sollen und den Bevollmächtigten daher auch der für den gerichtlich bestellten Betreuer selbst einschlägige Privilegierungstatbestand des § 3 Nr. 6 RBERG zugute kommen müsse²³⁵, überzeugt dies nicht.²³⁶ Nach seinem eindeutigen Wortlaut beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 3 Nr. 6 RBERG auf *behördlich* eingesetzte Personen. Vom Vollmachtgeber selbst ernannte Personen werden hingegen nicht erfasst.²³⁷ Insoweit gelten die von der Rechtsprechung und herrschenden Literatur-

229 MünchKomm/Zimmermann, § 2197 Rz. 9; Sandkühler, DNotZ 2001, S. 645 f.

230 NJW 2003, S. 3046.

231 Gliederungspunkt D. III.

232 So wurde für geschäftsmäßig betriebene Vorsorgevollmachten eines (selbständigen) Berufsbetreibers bereits eine Erlaubnisfreiheit mit Blick auf die Vorgaben des RBERG verneint: OLG Saarbrücken, FamRZ 2003, S. 1044.

233 Auch an dieser Stelle wird unterstellt, dass die Bevollmächtigten nicht im Besitz einer Erlaubnis nach dem RBERG sind.

234 Insbesondere: Zimmermann, Vorsorgevollmacht und RBERG, BT-Prax 2001, S. 192 ff.; angesprochen auch in: Schneewind, a. a. O., S. 24 (26); Locher, Vorsorge durch Vollmachtserteilung, FamRB 2004, S. 30 (34); Bühler, Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung, FamRZ 2001, S. 1585 (1594).

235 Schneewind, a. a. O., S. 26.

236 Ebenso: Locher, a. a. O., S. 30 (34); zweifelnd auch: Bühler, a. a. O., S. 1585 (1594).

237 Ebenso: Zimmermann, a. a. O., S. 192.

meinung zu der vor den jetzigen Entscheidungen des BGH bei der Testamentsvollstreckung anzutreffenden Parallelproblematik entwickelten Grundsätze hier erst recht, da der Bevollmächtigte – anders als der Testamentsvollstrecker, der zumindest die Annahme des Amtes gegenüber dem Nachlassgericht erklären muss – überhaupt keine Erklärung gegenüber dem Vormundschafts-/Familiengericht abzugeben hat und somit schon keine Anhaltspunkte für eine Vergleichbarkeit mit der gerichtlich angeordneten Betreuung besteht.

II. Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten

Ist der Anwendungsbereich des RBERG somit grundsätzlich eröffnet, stellt sich im Weiteren auch hier die Frage, ob tatbestandlich die erlaubnispflichtige Besorgung einer Rechtsangelegenheit i. S. d. § 1 RBERG vorliegt.

Bei den in der Praxis regelmäßig in Rede stehenden Vorsorgevollmachten zugunsten von *nahen Familienangehörigen* oder sonstigen dem Vollmachtgeber *persönlich nahe stehenden Personen* kann die Frage nach dem Vorliegen einer Rechtsangelegenheit aber letztlich dahin stehen, da es in diesen Fällen auch bereits nach heutiger Gesetzeslage jedenfalls an der erforderlichen Fremdheit und/oder der notwendigen Geschäftsmäßigkeit des Tätigwerdens fehlt. Bei Verwandten oder Bekannten hat der Besorgende/Bevollmächtigte nämlich regelmäßig wegen seiner engen Beziehung zum Vollmachtgeber zumindest auch ein eigenes Interesse an der Erledigung einer Rechtsangelegenheit, so dass er keine fremde, sondern gleichzeitig auch eine eigene Rechtsangelegenheit besorgt.²³⁸ Allerdings führt eine verwandtschaftliche oder persönliche Beziehung allein nicht automatisch und stets zur Verneinung der Fremdheit.²³⁹ Erforderlich ist vielmehr, dass sich das Eigeninteresse der dem Vollmachtgeber nahe stehenden Person gerade aus der Art der jeweiligen Beziehung – etwa aus der ehelichen²⁴⁰, einer sonstigen familienrechtlichen oder einer (etwa infolge enger Freundschaft) sittlichen²⁴¹ Beistandspflicht – ergibt. Unterliegen danach bereits die praxisrelevantesten Vorsorgevollmachten zugunsten von Ehegatten, volljährigen Kindern und anderer mit dem Vollmachtgeber in enger Beziehung stehender Personen mangels Fremdheit nicht der Erlaubnispflicht nach dem RBERG, fehlt es in derartigen Fällen – vorbehaltlich anderer (innerer) Umstände – zumeist auch an einer Wiederholungsabsicht und damit an der Geschäftsmäßigkeit des Tätigwerdens, da sich das Tätigwerden bzw. die Bereitschaft des Bevollmächtigten zum Tätigwerden – gerade bei eng befreundeten Personen – als reine Gefälligkeit darstellt.²⁴²

Anders ist die Rechtslage hingegen bei den (allerdings wesentlich seltener vorkommenden) Vorsorgevollmachten zugunsten von *Steuerberatern* oder *Wirtschaftsprüfern*. Hier ist von einer Fremdheit der Rechtsbesorgung in der Regel²⁴³ auszugehen. Ein geschäftsmäßiges Handeln liegt bei diesen Personengruppen ebenfalls regelmäßig vor, da hierfür bloße Wiederholungsabsicht und somit die Vorstellung genügt, ggf. nochmals als Vorsorgebevollmächtigter zu fungieren. Bei honorierten Bevollmächtigten wird die Geschäftsmäßigkeit überdies vermutet,²⁴⁴ so dass bei Vorsorgevollmachten zugunsten dieser Berufsträger die Frage nach dem tatbestandmäßigen Vorliegen einer Rechtsangelegenheit in

Abgrenzung zur bloßen Wirtschaftsangelegenheit entscheidende Bedeutung erlangt. Dies auch deshalb, weil sich eine Erlaubnisfreiheit nicht aus den vom RBERG selbst vorgesehenen Ausnahmetatbeständen ergibt. Insofern greift zunächst der konkret für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater geltende Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 2 RBERG von vorneherein nicht, wenn die Vorsorgevollmacht losgelöst von einer steuerlichen/wirtschaftlichen Mandatsbeziehung zum Vollmachtgeber erteilt wird, da es dann bereits an der Besorgung einer Haupt- und Hilfstätigkeit fehlt. Aber auch, wenn in der Vorsorgevollmacht hervorgehoben ist, dass der Bevollmächtigte insbesondere u. a. die steuerlichen/wirtschaftlichen Angelegenheiten zu besorgen hat, ergibt sich im Ergebnis nichts anderes. Es dürfte offensichtlich sein, dass das Tätigwerden eines Steuerberaters/Wirtschaftsprüfers aufgrund einer ihm erteilten Vorsorgevollmacht, die neben dem vermögensrechtlichen Bereich insbesondere und gerade auch den Gesundheitsbereich (Personensorge, Aufenthalt, Unterbringung etc.) umfasst, in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit seiner gleichzeitigen steuerlichen/wirtschaftlichen Aufgabenwahrnehmung steht. Das steuerliche/wirtschaftliche Mandat ist vielmehr ohne weiteres einer sachgemäßen Bearbeitung zugänglich, ohne dass es einer – regelmäßig ja auch nicht erteilten – Vorsorgevollmacht bedarf. Aber auch die in § 5 Nr. 3 RBERG vorgesehene Privilegierung für Vermögensverwalter führt im Ergebnis nicht zu einer vollständigen Erlaubnisfreiheit. Zwar ist mit *Zimmermann*²⁴⁵ ein Bevollmächtigter, der die Aufgabe erhält, alle Vermögensangelegenheiten des Vollmachtgebers zu erledigen, zutreffend als Vermögensverwalter i. S. d. § 5 Nr. 3 RBERG zu qualifizieren. Allerdings können hiernach nur solche Rechtsbesorgungen privilegiert sein, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung selbst stehen. Nicht vom Erlaubniszwang befreit wären hingegen sämtliche Tätigkeiten im sonstigen persönlichen (insbesondere im gesundheitlichen) Bereich.²⁴⁶ Auch unter Berücksichtigung der vom RBERG vorgesehenen Befreiungstatbestände bleibt somit die Ausgangsfrage entscheidend, ob in der Erteilung einer Vorsorgevollmacht, die auch gesundheitliche Belange umfasst, eine Besorgung von Rechtsangelegenheiten zu sehen ist. Bei der Beantwortung dieser Frage könnte maßgeblich darauf abzustellen sein, dass Vorsorgevollmachten im Regelfall in Gestalt von Generalvollmachten und somit ohne jede Einschränkung erteilt werden. Damit erhält der Vollmachtgeber zumindest die Möglichkeit, umfassend auch auf rechtlichem Gebiet für den Vollmachtgeber tätig zu

238 BGH, NJW 2001, S. 3541; Zimmermann, a. a. O., S. 192 (193); Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 33.

239 Chemnitz/Johnigk, a. a. O., § 1 Rz. 85 mit Rechtsprechungsnachweisen.

240 BGH NJW 2001, S. 3541.

241 Zimmermann, a. a. O., S. 193.

242 So ausdrücklich auch in Bezug auf verwandtschaftliche oder freundschaftliche/nachbarschaftliche Beziehungen: Rennen/Caliebe, a. a. O., § 1 Rz. 62; Zimmermann, a. a. O., S. 193; a. A.: Chemnitz/Johnigk, a. a. O., § 1 Rz. 106.

243 Ausgenommen ist allenfalls der Fall, dass der Steuerberater/Wirtschaftsprüfer der beste Freund des Vollmachtgebers ist und allein aufgrund dieser „sittlichen Beistandspflicht“ tätig wird.

244 S. bereits Gliederungspunkt B. I. 4.

245 Zimmermann, a. a. O., S. 192.

246 Zimmermann, a. a. O. S. 192 f.; vgl. auch: Bühler, a. a. O., S. 1594; Rennen/Caliebe, a. a. O., § 5 Rz. 91.

werden und insbesondere für ihn sämtliche Verträge abzuschließen, was typischerweise als Besorgung von Rechtsangelegenheiten qualifiziert wird.²⁴⁷ Für die Qualifikation einer Rechtsangelegenheit könnte überdies sprechen, dass der Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer unter Umständen gerade bzw. zumindest auch wegen seiner (vermeintlichen) rechtlichen Grundkenntnisse vom Vollmachtgeber bevollmächtigt wird. Allerdings wird man in diesem Zusammenhang die jüngsten Entscheidungen des 1. Senates des BGH zur Erlaubnisfreiheit geschäftsmäßig von den in Rede stehenden Berufsträgern angebotener bzw. übernommener Testamentsvollstreckungen nicht außer Betracht lassen dürfen, zumal die sich im Zusammenhang mit dem RBerG bei Testamentsvollstreckungen und Vorsorgevollmachten stellenden Problematiken oftmals parallel behandelt werden. Insoweit dürfte eine vom BGH geforderte abwägende Beurteilung nach diesseitiger Auffassung aber nicht nur bei Testamentsvollstreckungen, sondern auch bei Vorsorgevollmachten im Ergebnis zur Verneinung einer erlaubnispflichtigen Rechtsangelegenheit und damit zu einer Befreiung vom Erlaubniszwang nach dem RBerG führen. In Anlehnung an die vom BGH zur Testamentsvollstreckung herangezogene Begründung lässt sich nämlich auch bei der Vorsorgevollmacht feststellen, dass an den Bevollmächtigten von Gesetzes wegen keine besonderen Anforderungen gestellt werden und dieser nicht zwingend wegen seiner rechtlichen Kenntnisse bevollmächtigt wird. Im Gegenteil dürfte bei der Auswahl des Bevollmächtigten gerade hinsichtlich der ihm eingeräumten, nicht vom Befreiungstatbestand des § 5 Nr. 3 RBerG gedeckten Befugnisse im gesundheitlichen Bereich – mehr noch als bei der Testamentsvollstreckung – das zwischen ihm und dem Vollmachtgeber bestehende Vertrauensverhältnis im Vordergrund stehen. Unabhängig davon lässt sich auch die Begründung des BGH auf die Vorsorgevollmacht übertragen, dass der Bevollmächtigte bei rechtlichen Schwierigkeiten immer noch Rechtsrat einholen kann und öffentliche Belange die Einordnung der geschäftsmäßigen Übernahme von Vorsorgevollmachten als erlaubnispflichtige Rechtsangelegenheit ebenfalls nicht rechtfertigen.

III. Folgerungen für die notarielle Praxis

Für die notarielle Praxis ist nach dem Vorgesagten mit Blick auf die geltende Gesetzeslage von folgendem auszugehen: Vorsorgevollmachten zugunsten von Verwandten und sonstigen, dem Vollmachtgeber persönlich nahe stehenden Personen sind erlaubnisfrei, wenn die Vollmachtserteilung gerade wegen der besonderen Beziehung erteilt wird, wovon regelmäßig ohne weiteres ausgegangen werden darf. Bei Vorsorgevollmachten zugunsten von Steuerberatern/Wirtschaftsprüfern sind jedenfalls die vermögensverwaltenden Tätigkeiten nach § 5 Nr. 3 RBerG privilegiert. Nach hier vertretener Auffassung ergibt sich infolge der Übertragbarkeit der vom 1. Senat des BGH für geschäftsmäßig übernommene Testamentsvollstreckungen aufgestellten Grundsätze auch auf Vorsorgevollmachten zugunsten dieser Berufsträger insgesamt eine Erlaubnisfreiheit. Da konkret zum Bereich der Vorsorgevollmacht bisher noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt, ist die hier vertretene Rechtsansicht derzeit aber noch unbestätigt. Insoweit besteht jedenfalls die Gefahr, dass das der weit-

reichenden Vertretungsmacht regelmäßig zugrunde liegende Rechtsverhältnis (Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag etc.) gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das RBerG für unwirksam erachtet werden könnte, wenn dem Bevollmächtigten – wie in der Regel – neben vermögensverwaltenden auch weitere Tätigkeiten im persönlichen/gesundheitlichen Bereich gestattet sind. Dies auch deshalb, weil der BGH etwa bei den bereits behandelten Anlagemodellen eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten insbesondere unter Betonung der dem Treuhänder eingeräumten Befugnisse mit Blick auf den weitreichenden Vollmachtsumfang bejaht, ohne dass es darauf ankommen soll, inwieweit von der Vollmacht konkret Gebrauch gemacht wird. Da sich diese Begründung theoretisch auch auf die in Form von Generalvollmachten erteilten Vorsorgevollmachten, die nach diesseitiger Auffassung allerdings eher im Zusammenhang mit geschäftsmäßig übernommenen Testamentsvollstreckungen zu sehen sind, übertragen lässt, sollte von der Beurkundung solcher umfassender Vorsorgevollmachten aus Vorsichtsgründen zumindest noch solange abgesehen werden, bis auch in diesem Bereich entsprechende Rechtssprechung existiert oder sich eine gesicherte Meinung gebildet hat. Bis dahin sollten Steuerberater/Wirtschaftsprüfer nur zur Vermögensverwaltung bevollmächtigt werden. Mit den persönlichen und gesundheitlichen Angelegenheiten des Vollmachtgebers sollte hingegen nach Möglichkeit eine andere – vorzugsweise nahe stehende oder nicht mit dem RBerG in Konflikt geratende – Person betraut werden. Hinzuweisen ist allerdings nochmals darauf, dass es einer derartigen „Aufspaltung“ einer Vorsorgevollmacht auf verschiedene Bevollmächtigte für den vermögensrechtlichen und den gesundheitlichen Bereich schon jetzt nicht bedarf, wenn der zu bevollmächtigende Steuerberater/Wirtschaftsprüfer in einer besonderen persönlichen Nähebeziehung zum Bevollmächtigten steht. In diesem Fall fehlt es nämlich auch bei diesen Berufsgruppen (wie bei Verwandten) jedenfalls an der erforderlichen Fremdheit. Unproblematisch wäre überdies auch der Fall, dass der bevollmächtigte Berufsträger nicht geschäftsmäßig handelt, weil er definitiv für sich ausschließt, noch für andere Personen als Vorsorgebevollmächtigter zu fungieren.

G. Weitere Vollmachtenprobleme im Zusammenhang mit dem RBerG

Da sich Probleme im Zusammenhang mit dem RBerG insbesondere bei Vertretungskonstellationen stellen, sollen nachfolgend schließlich noch einige ausgewählte, besonders häufig anzutreffende (notarrelevante) Thematiken kurz angesprochen werden.

I. Maklervollmacht

Nicht selten tritt für den Notar die Situation auf, dass z. B. ein Kaufvertrag zur Beurkundung ansteht, bei dem eine Vertragsseite durch den beauftragten Makler vertreten

²⁴⁷ Zimmermann (a. a. O., S. 192) nennt in diesem Zusammenhang z. B. den Abschluss von Miet-, Heimunterbringungs- und Werkverträgen.

werden soll. Auch hier stellt sich die auf ersten Blick nicht unbedingt nahe liegende Frage nach einem möglichen Verstoß gegen das RBerG, wenn der Makler – wie in der Regel – nicht im Besitz einer entsprechenden Erlaubnis ist und zumindest – was ebenfalls dem Regelfall entspricht – mit Wiederholungsabsicht (und damit geschäftsmäßig) handelt.²⁴⁸ Nach einem bereits im Jahre 1974 ergangenen Urteil des BGH²⁴⁹ könnte in solchen Fällen entscheidend sein, welchen Aufgabenkreis der jeweilige Makler inne hat, d. h. ob dieser (bloßer) Nachweismakler oder Vermittlungsmakler ist. In dem genannten Urteil wird nämlich unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 1 RBerG ausgeführt, dass ein Vermittlungsmakler im Rahmen seiner Vermittlungstätigkeit den am Vertragsabschluss interessierten Personen auch einen von ihm selbst ausgearbeiteten Entwurf zur Verfügung stellen dürfe, ohne gegen das RBerG zu verstoßen. Begründet wird dies damit, dass sich die Tätigkeit eines Vermittlungsmaklers – anders als die eines Nachweismaklers – gerade nicht darin erschöpfe, dem Auftraggeber das Objekt nachzuweisen und ihm die weiteren Vermittlungen selbst zu überlassen, sondern auch die Vertragsvermittlung selbst umfasse. Angesichts dieses Urteils steht jedoch lediglich fest, dass jedenfalls ein (bloßer) *Nachweismakler* bei der Vertretung einer Vertragspartei gegen das derzeit geltende RBerG verstößt, da diesem schon die bloße Entwurfsfertigung und somit erst recht die weitergehende Vertretung im Rahmen eines Vertragsabschlusses untersagt ist.²⁵⁰ An diesem Befund dürfte auch die vom BVerfG bei der Anwendung des RBerG geforderte Beachtung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte – insbesondere der Berufsfreiheit – nichts ändern, da weder die Vertretung beim Vertragsabschluss noch die Fertigung eines Vertragsentwurfs zum geschützten Berufsbild eines Nachweismaklers zählt. Nicht entschieden ist jedoch die weiter gehende Frage, inwieweit ein *Vermittlungsmakler* über die (nach dem vorgenannten Urteil zulässige) Anfertigung eines Vertragsentwurfs hinaus seinen Auftraggeber auch beim Vertragsabschluss selbst vertreten darf. Nach diesseitiger Auffassung dürfte auch in diesen Fällen – selbst unter erneuter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG zur (einschränkenden) verfassungskonformen Auslegung – tatbestandsmäßig von einer erlaubnispflichtigen Rechtsberatung auszugehen sein, die auch nicht durch den Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 1 RBerG (Hilfsgeschäft) gedeckt ist. Entscheidend für dieses Ergebnis dürfte dabei sein, dass der Vermittlungsmakler zwar die Vermittlung und damit auch die Förderung der Bereitschaft der anderen Vertragsseite zum Vertragsabschluss schuldet, der Vertragsabschluss selbst jedoch auch hier nicht mehr zu den von ihm geschuldeten Tätigkeiten gehört. Aus eben diesem Grunde streitet auch die Berufsfreiheit des Art. 12 GG in diesem Fall nicht für eine restriktive Auslegung des RBerG, zumal die Ausübung des Berufs des Vermittlungsmaklers ersichtlich nicht zwingend die Vertretung des Auftraggebers beim Vertragsabschluß verlangt. Gegen die Einordnung als bloßes Hilfsgeschäft i. S. d. § 5 Nr. 1 RBerG dürften in diesem Zusammenhang die mit dem Vertragsabschluss einhergehenden rechtlichen Wirkungen – insbesondere die Bindungswirkung für die vom Makler vertretene Partei – und die sich häufig bei Vertragsabschlüssen stellenden rechtlichen Fragen sprechen.²⁵¹ Erst

recht ist eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung anzunehmen, wenn der Makler im Besitz einer weitergehenden Vollmacht ist, die ihn neben dem Vertragsabschluss z. B. auch zur Aufteilung von Wohnungseigentum etc. ermächtigt.

Für den Notar ist daher die Empfehlung auszusprechen, nach Möglichkeit unabhängig von der Qualifikation als Vermittlungsmakler oder als Nachweismakler mit den Beteiligten selbst zu beurkunden. Sollte dies im Einzelfall nicht möglich sein, sollte der Makler unter Beachtung der Grenzen des § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG und der Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer vorzugsweise als Vertreter ohne Vertretungsmacht mit einer entsprechenden Genehmigungspflicht des von ihm Vertretenen auftreten, um eine nach diesseitiger Ansicht die Erlaubnispflicht entscheidend begründende Bindungswirkung zu vermeiden.

II. Registervollmachten

Schwerpunktmäßig bei Anlagegesellschaften – insbesondere bei Publikums-KGs – erteilen die einzelnen Gesellschafter (z. B. Kommanditisten) aus praktischen Gründen regelmäßig sogenannte Registervollmachten, aufgrund derer der jeweils Bevollmächtigte sämtliche Erklärungen im Zusammenhang mit der Gesellschaft gegenüber dem Registergericht vornehmen kann. Bei Publikums-KGs wird diese Vollmacht regelmäßig zugunsten der Komplementär-GmbH erteilt. Die für den beglaubigenden oder aufgrund der Vollmacht tätig werdenden Notar relevante Frage, ob beim Gebrauchmachen von dieser Vollmacht eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung fremder Rechtsangelegenheiten vorliegt, ist jedenfalls im Ergebnis dann zu verneinen, wenn der Bevollmächtigte selbst – wie etwa die Komplementär-GmbH – Mitgesellschafter ist. In diesem Fall fehlt es nämlich an der erforderlichen Fremdheit der Rechtsbesorgung, da der rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Mitgesellschafter – ebenso wie ein organschaftlicher Vertreter einer Gesellschaft – zugleich auch eigene Rechtsangelegenheiten erledigt.²⁵² Dies gilt bei einer bevollmächtigten Komplementär-GmbH unabhängig davon, ob diese ihrerseits im Innenverhältnis am Vermögen der Gesellschaft beteiligt ist oder nicht, da sie jedenfalls im für das Kriterium der Fremdheit der

248 Die nachstehende Problematik kann sich selbstverständlich auch bei anderen, ebenfalls geschäftsmäßig handelnden Personen stellen, wie etwa bei einem Bankmitarbeiter, der mehrfach für Kunden die Vertretung einer Vertragspartei übernehmen soll.

249 Urteil vom 19.04.1974, NJW 1974, S. 1328.

250 Selbiges wurde im übrigen auch bereits für einen Architekten ausgeurteilt, s. hierzu: BGH NJW 1978, S. 322 ff. In einem – allerdings unterinstanzlichen – Urteil wurde jüngst überdies schon die von einem Mediator vorgenommene Entwurfserstellung einer Trennungsvereinbarung, obwohl sie später von einem Notar beurkundet werden sollte, als erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung angesehen (LG Leipzig NJW 2004, S. 3784).

251 In diese Richtung auch: LG Darmstadt (NJW-RR 2002, S. 351), wo das Aushandeln von Darlehensbedingungen als unzulässige Rechtsberatung eingeordnet wurde; vgl. auch: Palandt/Sprau, 64. Aufl., § 652, Rz. 8.

252 BGH NJW-RR 1986, S. 1360; KG NJW 1991, S. 1304; Rennen/Calielie, a. a. O., § 1 Rz. 31; Schneewind, a. a. O., S. 24 (26).

Rechtsbesorgung maßgeblichen Außenverhältnis vollwertiger Gesellschafter (insbesondere mit den entsprechenden Haftungsfolgen) ist.²⁵³ Die vorstehenden Grundsätze gelten dabei nicht nur für eine „werbende“ Gesellschaft, sondern etwa auch dann, wenn ein Mitgesellschafter zum Liquidator bestellt und insoweit bevollmächtigt wird, alle Erklärungen und Handlungen im Zusammenhang mit der Auflösung der Gesellschaft vorzunehmen. Zu betonen ist allerdings, dass stetige Voraussetzung für die Verneinung der Fremdheit i. S. d. § 1 RBerG ist, dass der jeweils bevollmächtigte Mitgesellschafter/organschaftliche Vertreter tatsächlich ausschließlich Rechtsangelegenheiten der Gesellschaft selbst, nicht jedoch darüber hinaus gehende persönliche Angelegenheiten eines Gesellschafters ohne unmittelbaren Zusammenhang zur Gesellschaft besorgt, da im letzteren Fall nicht mehr von einer Mitbesorgung eigener – allein durch die Gesellschafterstellung begründeter – Angelegenheiten gesprochen werden kann.²⁵⁴

III. Veräußerungsvollmacht gemäß § 1149 BGB

Sofern eine fällige Forderung eines Gläubigers gegen den Eigentümer vorliegt und die Grenzen des § 138 BGB gewahrt sind,²⁵⁵ gilt die in § 1149 BGB grundsätzlich statuierte Unwirksamkeit von Verfallklauseln nicht, so dass dem Gläubiger – in der Regel einer Bank – u. a. das Recht und damit Vollmacht zur Veräußerung eines Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung eingeräumt werden kann. Obwohl einiges dafür sprechen dürfte, eine auf dieser Grundlage vorzunehmende bzw. zu beurkundende Veräußerung ebenfalls als Rechtsbesorgung zu qualifizieren, besteht auch in diesen Fällen im Ergebnis keine Erlaubnispflicht nach dem RBerG, da es hier ebenfalls an der erforderlichen *Fremdheit* der Rechtsbesorgung fehlt. Insoweit wurde bereits ausgeführt, dass sich die Entscheidung der Frage, ob eine eigene oder eine fremde Rechtsangelegenheit vorliegt, danach richtet, in wessen wirtschaftlichem Interesse die Besorgung der jeweils in Rede stehenden Angelegenheit liegt.²⁵⁶ Die Veräußerung eines Grundstücks außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens gemäß § 1149 BGB erfolgt bei wirtschaftlicher Betrachtung aber letztlich im Interesse des Gläubigers (der Bank), da die Veräußerung seiner (schnelleren) Befriedigung dient. Dieses Ergebnis lässt sich auch aus der Begründung für das grundsätzlich von § 1149 BGB angeordnete Verbot von Verfallklauseln vor Fälligkeit entnehmen, wo ebenfalls betont wird, dass die bei einem Verstoß angeordnete Nichtigkeitsfolge nur eintritt, wenn die entsprechende Verfallabrede – bei wirtschaftlicher Betrachtung – im Interesse des Gläubigers liegt bzw. seiner Befriedigung dient.²⁵⁷ Da ein Verstoß gegen das RBerG somit bereits mangels Fremdheit der Rechtsbesorgung ausscheidet, kann dahin stehen, ob diese Veräußerungsmöglichkeit des Gläubigers zudem als bloße Hilfstätigkeit (etwa im Zusammenhang mit den weiteren Tätigkeiten einer Bank) gemäß § 5 Nr. 1 RBerG anzusehen ist oder verfassungsrechtliche Vorgaben auch hier zu einer einschränkenden Auslegung des Anwendungsbereichs des RBerG zwingen.

H. Novellierung des RBerG und mögliche Auswirkungen auf notarrelevante Problemfelder

I. Einführung

Wie eingangs bereits erwähnt, steht das für die vorstehend abgehandelten Problemfelder zugrunde gelegte RBerG, das im Jahre 1935 als Rechtsberatungsmisbrauchsgesetz entstanden²⁵⁸ und seit 1958 als Rechtsberatungsgesetz ohne die spezifischen nationalsozialistischen Teile in das Bundesrecht überführt worden ist²⁵⁹, vor einer Novellierung. So hat die Bundesjustizministerin Brigitte Zypries bereits einen ersten Gesetzesentwurf vorgelegt²⁶⁰, der u. a. Grundlage der Diskussion auf dem 65. Deutschen Juristentag vom 21. bis 24. 9. 2004 in Bonn war. Hintergrund der Gesetzesinitiative ist neben der geschichtlichen Belastung des RBerG insbesondere der Umstand, dass das restriktive RBerG nicht mehr als zeitgemäß empfunden wird, da mittlerweile nahezu alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen seien, was die dargestellte Rechtsprechung – insbesondere wegen der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts – bereits zu korrigierendem Einschreiten im Sinne einer restriktiven Auslegung des Rechtsberatungsbegriffs bzw. einer weiten Auslegung der Ausnahmetatbestände des derzeit geltenden RBerG in einigen Bereichen veranlasst hat. Diesen verfassungsrechtlichen, aber auch europarechtlichen²⁶¹ Vorgaben will die Gesetzesinitiative ebenso Rechnung tragen wie dem Umstand, dass sich wegen der zunehmenden Verknüpfung rechtlicher und sonstiger wirtschaftlicher Belange neue Dienstleistungsberufe mit rechtlichem Bezug bzw. neue Formen der beruflichen Zusammenarbeit herausgebildet haben und die unentgeltliche Rechtsberatung insbesondere im Familien- und Sozialbereich in der Gesellschaft übereinstimmend nicht mehr als klassische Rechtsberatung empfunden wird.²⁶² Kern des Gesetzesentwurfs ist die vollständige Aufhebung des bisherigen RBerG mit all seinen Rechtsverordnungen und die Schaffung eines neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG), in dem die außergerichtliche Rechtsberatung einheitlich und neu – allerdings unter Beibehaltung der Grundstruktur

253 An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts dadurch, dass die Komplementär-GmbH ihrerseits durch die Geschäftsführer vertreten wird, da für dieses Verhältnis wiederum die Ausnahmevorschrift des § 6 Nr. 1 RBerG greift.

254 Keine Mitbesorgung einer eigenen Angelegenheit dürfte insoweit etwa eine von dem bevollmächtigten Mitgesellschafter für einen anderen Gesellschafter abgegebene Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Hinblick auf das persönliche Vermögen des sich unterwerfenden Gesellschafters sein. Vgl. in diesem Sinne auch die unveröffentlichte Entscheidung des LG Göttingen vom 17. 8. 2003 (2 O 29/03) – hierzu Lang/Korsten, WM 2004, S. 932 (936).

255 Vgl. zu den Voraussetzungen: MünchKomm/Eickmann, 4. Auflage, § 1149 Rz. 11.

256 s. Gliederungspunkt B. I. 2.

257 Vgl. Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Bearbeitung 2002, § 1149 Rz. 8 f.

258 Gesetz zur Verhütung von Missbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung vom 13.12.1935, RGBI I, 1935, S. 1478.

259 Gesetz über die Sammlung des Bundesrechts vom 10.07.1958, BGBl I, 1958, S. 437.

260 Abgedruckt als Beilage zu NJW Heft 38/2004; vgl. hierzu auch Prütting, Gutachten für den 65. Juristentag, Beilage NJW 2004, Heft 27, S. 34 ff.

261 So die Gesetzesbegründung; vgl. Beilage zu NJW 2004, Heft 38, S. 7 f.

262 Wie Fußnote zuvor, S. 6–9.

als Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt – geregelt wird. Vorgesehen ist dabei eine deutliche Erweiterung der Rechtsberatungsbefugnisse außerhalb der Anwaltschaft, ohne allerdings die Schaffung eines allgemeinen Rechtsdienstleistungsberufs unterhalb der Anwaltschaft zu schaffen.²⁶³ Bereits auf dem Deutschen Juristentag in Bonn wurde allerdings deutlich, dass die mit der Gesetzesinitiative beabsichtigte „Liberalisierung“ des Rechtsberatungsmarktes und der Gesetzesentwurf selbst in einer Vielzahl von Punkten kontrovers diskutiert werden.²⁶⁴ Trotz dieser Widerstände genießt die Schaffung eines neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes unter Aufhebung des bisherigen RBERG bei den Gesetzesvorhaben der Bundesregierung nach wie vor Priorität. Erklärtes Ziel ist es, das Gesetzgebungsvorhaben noch in dieser Legislaturperiode abzuschließen. Deshalb ist geplant, bis zur Mitte des Jahres 2005 einen Regierungsentwurf in den Bundestag einzubringen, dessen genauer Inhalt derzeit allerdings noch nicht absehbar ist. Dies deshalb, weil insbesondere die Länder und die Berufsverbände im Rahmen der Anhörung zu dem bekannt gemachten und auf dem Juristentag diskutierten Gesetzesentwurf umfangreiche Ausführungen – oftmals verbunden mit Änderungs- und/oder Ergänzungsvorschlägen – gemacht haben, die nach Auskunft des Bundesjustizministeriums derzeit geprüft und ggf. in den Gesetzesentwurf eingearbeitet werden. Vor dem Hintergrund der zum Teil kontrovers geführten Diskussion ist im Übrigen mit einer Anhörung im Bundestag zu rechnen, so dass eine Verabschiedung des Gesetzes – in welcher Form auch immer – frühestens Mitte des Jahres 2006 zu erwarten ist. Da die Umsetzung des bisherigen Entwurfes, der u. a. auch die Schaffung eines Rechtsdienstleistungsregisters vorsieht, zudem organisatorische Maßnahmen verlangt, wird das Gesetz jedenfalls nachzeitigem Stand auch nicht direkt mit dem Tage seiner Bekanntmachung, sondern erst nach Ablauf einer Übergangsfrist in Kraft treten, damit die notwendigen organisatorischen Vorbereitungen abgeschlossen werden können. Realistischerweise dürfte mit einem Inkrafttreten nicht vor dem 1. 1. 2007 zu rechnen sein.

Obwohl sich nach dem Vorgesagten der Inhalt eines neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes derzeit nicht abschließend voraussagen lässt, soll nachfolgend ein erster vorsichtiger Ausblick gewagt werden, welchen Einfluss die jedenfalls bereits nachzeitigem Kenntnisstand sicher scheinende Ersetzung des bisherigen RBERG durch ein neues Rechtsdienstleistungsgesetz (im folgenden RDG) auf die zuvor dargestellten notarrelevanten Probleme haben könnte. Grundlage der nachfolgenden Überlegungen kann dabei ausschließlich der bisher allein bekannt gemachte und auf dem Juristentag diskutierte Gesetzesentwurf zum RDG sein, dessen Grundideen und Leitlinien jedenfalls im Kern aufrecht erhalten werden sollen. Behandelt werden dabei allerdings lediglich die Neuerungen, die für die aufgezeigten Problemstellungen Relevanz erlangen. Nicht eingegangen wird etwa auf die im Entwurf vorgesehene Behandlung von Rechtsdienstleistungen durch registrierte Personen (insbesondere Inkassounternehmen, Rentenberater und Rechtsberater im ausländischen Recht) oder auf die beabsichtigte Ab-

schaffung der Teilerlaubnis für Versicherungsunternehmen.²⁶⁵

II. Eckpunkte der geplanten Gesetzesänderungen

Kern des vorgestellten Gesetzesentwurfes zum RDG ist die Neuausrichtung des Begriffs der „Rechtsdienstleistung“, den § 2 als „jede Hilfeleistung in konkreten fremden Angelegenheiten, die nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Rechtssuchenden eine umfassende rechtliche Beurteilung oder eine nach rechtlicher Prüfung erfolgende Gestaltung rechtlicher Verhältnisse zum Inhalt hat“ definiert. Mit dieser Legaldefinition soll insbesondere den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Vorgaben Rechnung getragen werden, wonach Einschränkungen der Berufsfreiheit nur dort gerechtfertigt sind, wo der Kernbereich des Rechts tatsächlich betroffen ist.²⁶⁶ Insofern ist der Begriff der „Rechtsdienstleistung“ in § 2 des Entwurfes also wesentlich enger definiert als im bisherigen Rechtsberatungsgesetz, da nur Tätigkeiten umfasst sind, die eine umfassende rechtliche Prüfung des „Rechtsbesorgers“ erfordern. Nicht in den Anwendungsbereich des Verbotsgesetzes fallen hingegen allgemeine Rechtsinformationen oder Bagatell Tätigkeiten sowie eine Rechtsbesorgung, die ohne individuelle rechtliche Prüfung erfolgt. Nach der Gesetzesbegründung soll bei der Frage, ob eine Rechtsdienstleistung im vorstehenden Sinne vorliegt, stets eine Einzelprüfung unter dem Aspekt erfolgen, ob die Belange des Verbraucherschutzes und der Schutz des Rechtsverkehrs für eine bestimmte Dienstleistung tatsächlich eine spezifisch-juristische Tätigkeit erfordern, d. h. ob die Dienstleistung in rechtlicher Hinsicht ein solches Gewicht hat, dass für ihre Erbringung die volle Kompetenz eines Rechtsanwaltes oder die besondere Sachkunde einer – mit dem RDG neu geschaffenen – registrierten Person erforderlich ist. Die Präzisierung in den verschiedenen Einzelfällen wird dabei ausdrücklich der künftigen Rechtsprechung überlassen.²⁶⁷ Die bisher erforderliche Geschäftsmäßigkeit des Tätigwerdens wird aufgegeben.²⁶⁸

Eine weitere, für die abgehandelten notarrelevanten Probleme wichtige Vorschrift findet sich in § 5 des Entwurfes, der den auf bestimmte Berufsträger beschränkten Ausnahmetatbestand des § 5 RBERG derzeitiger Fassung ablöst und den Grundsatz aufstellt, dass alle Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen beruflichen oder gesetzlich geregelten Tätigkeit erlaubt

263 Vgl. zur Gesetzesinitiative: Härting, Rechtsberatung und Rechtsdienstleistungen: Der Diskussionsentwurf des Bundesministerium der Justiz, BB 2004, S. 2421 ff.; vgl. auch Koch, Novellierung des RBERG – anwaltlich betrachtet – ZRP 2004, S. 158 ff.; Ahrens, Reform des RBERG – Warum brauchen wir Rechtsanwälte?, JZ 2004, S. 855 ff.; Jaeger, Künftige Stellung der Rechtsanwälte im System der Rechtspflege und in der Gesellschaft, NJW 2004, S. 1492 ff.; vgl. auch den Gesetzesvorschlag des Deutschen Anwaltvereins vom 11. 2. 2004, Anwaltsblatt 2004, S. 269.

264 Vgl. insoweit die teilweise ablehnenden Beschlüsse des 65. Deutschen Juristentages, Abdruck in: DB 2004, S. 2147; vgl. auch: Hamacher, AnwBl 2004, S. 623 f.

265 Vgl. hierzu Härting, a. a. O.

266 So die Begründung zum Gesetzesentwurf, Beilage zu NJW Heft 38/2004, S. 11 und 15 f.

267 S. Fußnote zuvor.

268 Wie Fußnote zuvor, S. 16.

sind, die eine zum Berufs- oder Tätigkeitsbild oder zur vollständigen Erfüllung der vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten gehörige Nebenleistung darstellen. Damit die rechtsdienstleistende Tätigkeit als bloße Nebenleistung im vorgenannten Sinne qualifiziert werden kann, darf sie nach der Entwurfsbegründung nicht den Kern und Schwerpunkt der Tätigkeit darstellen bzw. insgesamt nicht prägend sein.²⁶⁹ Vorzunehmen ist hierbei neuerlich eine einzelfallbezogene Prüfung dahingehend, ob eine Dienstleistung als überwiegend rechtlich oder wirtschaftlich geprägt anzusehen ist. Die Entwicklung der Abgrenzungskriterien soll auch hier der künftigen Rechtsprechung vorbehalten sein. Allerdings dürfte der Anwendungsbereich dieses „Nebenleistungsprivilegs“ eher gering sein, da angesichts der geplanten einengenden Definition in § 2 des Entwurfs schon regelmäßig eine Rechtsdienstleistung nicht vorliegen dürfte, wenn es an einer rechtlichen Prägung der in Rede stehenden Tätigkeit fehlt. Relevanter dürften hingegen die in § 5 Abs. 2 des Entwurfs zum Zwecke der Beseitigung bisheriger Streitfragen aufgenommenen Fallgruppen sein, in denen stets von einer zulässigen Nebenleistung auszugehen ist. Für die notarielle Praxis haben dabei insbesondere die in § 5 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 des Entwurfs genannten Fälle der Testamentsvollstreckung und der Haus- und Wohnungsverwaltung Relevanz, die allerdings bereits nach derzeitiger Rechtslage im Hinblick auf die jüngsten Urteile des BGH zur Testamentsvollstreckung bzw. gemäß § 3 Nr. 6 RBerG zulässig sind.

Hinzuweisen ist auch noch auf § 6 des Entwurfs, der unentgeltliche Rechtsdienstleistungen grundsätzlich erlaubt (§ 6 Abs. 1), die Erbringung solcher Tätigkeiten außerhalb familiärer, nachbarschaftlicher oder ähnlich enger persönlicher Beziehungen – etwa durch karitative Organisationen – zum Schutz der Rechtsuchenden hingegen nur bei Einschaltung juristisch qualifizierter Personen zulässt.

III. Auswirkungen der geplanten Neuerungen für die notarielle Praxis

Sofern das Rechtsdienstleistungsgesetz in der vorgestellten Entwurfsfassung tatsächlich verabschiedet werden sollte, hätte dies für die dargestellten notarrelevanten Problemstellungen erhebliche Auswirkungen in der Weise, dass sich eine Vielzahl der derzeit bestehenden Probleme erledigen dürfte. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die enge Definition des Begriffs der Rechtsdienstleistungen und die damit beabsichtigte Zurückführung auf „echte Rechtsanwendung“²⁷⁰ tatsächlich Gesetz werden sollte. In diesem Fall dürften zunächst die nach bisheriger Rechtsprechung mittlerweile nahezu stereotyp und ohne Beachtung der Vorgaben des BVerfG unter das RBerG subsumierten *fremdfinanzierten Anlagemodelle* unter Einschaltung eines Treuhänders künftig nicht mehr dem Verbotsgesetz unterliegen, sondern wegen Nichtvorliegens einer Rechtsdienstleistung bereits tatbestandlich aus seinem Anwendungsbereich ausscheiden. Entscheidend für diese Einschätzung dürfte dabei sein, dass der hierbei eingeschaltete Treuhänder regelmäßig lediglich vorgefertigte Vertragsentwürfe für seinen Auftraggeber (Käufer/Anleger) abschließt, ohne selbst einen eigenen (juristischen) Entscheidungsspiel-

raum zu haben. Diesem nach der geltenden Rechtsprechung zum derzeitigen RBerG ausdrücklich unerheblichen Umstand dürfte für zukünftig etwa neu aufgelegte Anlagemodelle dann entscheidende Bedeutung zukommen, da die Gesetzesbegründung zum neuen (engeren) Rechtsdienstleistungsbegriff ausdrücklich jede Geschäftsbesorgung vom Anwendungsbereich ausschließt, die ohne individuelle rechtliche Prüfung erfolgt.²⁷¹ Ebenso wenig wäre – wiederum abweichend von der bisherigen Judikatur – auf den abstrakten Umfang der dem Treuhänder erteilten Vollmacht und die ihm hieraus zu Teil werdenden rechtlichen Befugnisse abzustellen. Vielmehr wären allein die vom Treuhänder tatsächlich entfalteten Tätigkeiten maßgeblich. Da es sich bei diesen Tätigkeiten jedoch im Regelfall gerade nicht um ein individuelles Aushandeln von Vertragsabschlüssen, sondern um die Durchführung von standardisierten Vorgängen aufgrund vorgefertigter Vertragsentwürfe handelt, dürfte die Tätigkeit des Treuhänders bei Zugrundelegung der geplanten Gesetzesfassung als bloße Geschäftsbesorgung und nicht als Rechtsdienstleistung i.S. des Verbotsgesetzes zu qualifizieren sein.

In Bezug auf die nach der bisherigen Rechtslage problematische Erteilung von Vollmachten zur *Abnahme von Gemeinschaftseigentum* dürfte die im Gesetzesentwurf vorgesehene Beschränkung der Annahme einer Rechtsdienstleistung auf nach der Verkehrsauffassung und der Erwartung des Rechtsuchenden „echte bzw. umfassende Rechtsanwendung“ das hier vertretene Ergebnis stützen, dass jedenfalls die einem *Sachverständigen* erteilte Abnahmevollmacht erlaubnisfrei zulässig ist. Aber auch die Abnahme durch *Wohnungseigentumsverwalter* dürfte schwerpunktmäßig – wie hier bereits zur geltenden Rechtslage vertreten – als wirtschaftliche Tätigkeit bzw. als bloße Geschäftsbesorgung einzuordnen sein, da der Verwalter keine umfassende rechtliche, sondern schwerpunktmäßig eine tatsächliche Beurteilung und Prüfung im Rahmen der Abnahme vorzunehmen hat. Für diese Sichtweise könnte bei Verabschiedung eines neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes in der bekannt gemachten Entwurfsfassung auch auf die Gesetzesmaterialien verwiesen werden, die im Zweifel eher für eine restriktive Auslegung des Begriffs der Rechtsdienstleistung bzw. für eine weite Auslegung der gemäß § 5 des Entwurfs privilegierten Nebenleistungen sprechen.

Für geschäftsmäßig übernommene *Testamentsvollstreckungen*, insbesondere durch Banken und Steuerberater, hätte die Gesetzesneufassung – konkret § 5 Abs. 2 Nr. 1 des Entwurfs – wegen der jüngsten Urteile des BGH nur noch klarstellende Bedeutung. Selbiges gilt für ebenfalls schon heute als zulässig erachtete *General- und Betreuungsvollmachten zugunsten naher Angehöriger und Verwandter*, da durch § 6 Abs. 1 i. V. m. § 6 Abs. 2 des Entwurfs nunmehr ausdrücklich klargestellt würde, dass derartige Vollmachten unter dem Aspekt erlaubnis-

269 Beilage zu NJW Heft 38/2004, S. 18. Hingegen soll es zukünftig im Unterschied zur bisherigen Rechtslage nicht mehr allein darauf ankommen, ob die Dienstleistung ohne die rechtsberatende oder rechtsbesorgende Tätigkeit nicht ordnungsgemäß erbracht werden kann bzw. ob die Rechtsbesorgung im unmittelbaren Zusammenhang mit der Tätigkeit steht.

270 So die Entwurfsbegründung: Beilage zu NJW Heft 38/2004, S. 15.

271 wie Fußnote zuvor, S. 11.

pflichtiger Rechtsbesorgung unproblematisch sind. Der Entwurfsbegründung²⁷² lässt sich überdies entnehmen, dass der Begriff der Familie hier weit auszulegen ist und sich an § 15 Abgabenordnung anlehnt. Eine weite Auslegung ist hiernach auch für den im Entwurf bemühten Begriff der „nachbarrechtlichen und ähnlich engen persönlichen Beziehungen“ angezeigt, wozu in den Entwurfsmaterialien ausdrücklich klargelegt wird, dass unentgeltliche Rechtsdienstleistungen nicht nur für den engeren Freundeskreis, sondern in allen Fällen persönlicher Bekanntschaft – etwa infolge sozialer Beziehungen, bestehender Arbeitsverhältnisse oder von Vereinsmitgliedschaften – erbracht werden dürfen.²⁷³ Hingegen wären *General- bzw. Vorsorgevollmachten für Banken, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater* für den Fall, dass man entgegen der hier vertretenen Ansicht eine Übertragbarkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Zulässigkeit geschäftsmäßig übernommener Testamentsvollstreckungen auf den Bereich der Vorsorgevollmacht ablehnt, weiterhin problematisch, soweit diese – wie in der Regel – auch Tätigkeiten im gesundheitlichen Bereich umfassen. Diese Personengruppen könnten sich in diesem Zusammenhang – selbst wenn sie ihre entsprechenden Leistungen als kostenlos deklarieren – auch nicht auf die für unentgeltliche Rechtsdienstleistungen vorgesehene Erlaubnisnorm des § 6 des Entwurfs berufen. Ausweislich der Entwurfsbegründung steht der Annahme einer Unentgeltlichkeit nämlich bereits eine bloß mittelbare Gewinnerzielungsabsicht entgegen, die bei Banken stets gegeben sein soll, da ihre Tätigkeit auch in diesem Bereich letztlich im Hinblick auf eine entgeltliche Leistung – nämlich die Vermögensanlage – erfolge.²⁷⁴ Auch § 5 des Gesetzesentwurfs, wonach rechtliche Nebenleistungen im Zusammenhang mit einer beruflichen oder gesetzlich geregelten Tätigkeit erlaubt sind, dürfte dann nicht weiter helfen, da die Erledigung von gesundheitlichen Angelegenheiten bereits keinen vom Gesetzesentwurf geforderten Zusammenhang mit der beruflichen oder einer anderen geregelten gesetzlichen Tätigkeit der genannten Berufsgruppen erkennen lässt.

Bei der nach derzeitiger Rechtslage – jedenfalls nach hier vertretenen Auffassung – stets erlaubnispflichtigen *Vertretung* einer Vertragsseite durch einen *Makler* dürfte hingegen zu differenzieren sein. Tritt der Makler beim Vertragsabschluss als Vertreter auf, ohne zuvor den der Vertragsverhandlung zugrunde liegenden Entwurf selbst gefertigt zu haben, dürfte er – ebenso wie ein Treuhänder bei den Anlagemodellen – lediglich geschäftsbesorgend tätig sein, so dass die Annahme einer Rechtsdienstleistung bereits tatbestandlich ausscheidet. Dies dürfte neuerlich insbesondere dann gelten, wenn der Makler den Vertrag nicht individuell aushandelt, sondern vorgefertigte oder vom Notar erstellte Vertragsentwürfe ohne eigenen Gestaltungsspielraum als Vertreter beurkundet. Hat der Makler hingegen – was ihm bereits nach der derzeitigen und somit erst recht aufgrund der sich abzeichnenden künftigen Gesetzeslage erlaubt ist – den Vertragsinhalt selbst entworfen oder zumindest entscheidend mitgestaltet, dürfte das Auftreten als Vertreter einer Partei auch bei einem engen Verständnis wohl eine

tatbestandsmäßige Rechtsdienstleistung darstellen, da die Tätigkeit des Maklers in derartigen Fällen eine individuelle rechtliche Prüfung und eine besondere juristische Sachkunde verlangt. Die vorstehenden Grundsätze dürften dabei nicht nur bei einer Vertretung durch Makler, sondern für jegliche Vertretungen im Rahmen von Vertragsabschlüssen gelten, so dass die Verabschiedung eines eingeeengten Rechtsdienstleistungsbegriffes eine deutliche Verringerung der in diesem Bereich wegen des derzeit geltenden weiten Rechtsberatungsbegriffes heute diskutierten Problematiken mit sich brächte.²⁷⁵ Wie gezeigt, wäre durch eine Neufassung eines dem vorgelegten Gesetzesentwurf entsprechenden Rechtsdienstleistungsgesetzes auch im übrigen eine Entspannung der bisher als problematisch einzustufenden notarrelevanten Felder zu erwarten. Gleichwohl ist es zum derzeitigen Zeitpunkt für eine Entwarnung zu früh. Gerade die den Gesetzesentwurf prägende (einschränkende) Definition des Rechtsdienstleistungsbegriffes und der (erweiternde) Privilegierungstatbestand für bloße Nebenleistungen erweisen sich nämlich im Gesetzgebungsverfahren – neben der geplanten Zusammenarbeit der Rechtsanwälte mit verschiedenen anderen Berufsgruppen – als die umstrittensten Punkte, die gerade bei Rechtsanwälten, jedoch auch bei Verbraucherschützern auf Widerstand stoßen. Derzeit erscheint es keineswegs sicher, dass diese Eckpunkte des Entwurfs tatsächlich in der vorgestellten Form Bestand haben werden. Zusätzlich ist zu beachten, dass ein neues liberaleres Rechtsdienstleistungsgesetz keine Rückwirkung entfalten wird, so dass jedenfalls bis zu seinem Inkrafttreten die aufgezeigten Probleme virulent bleiben. Dem Notar kann zum derzeitigen Zeitpunkt nur geraten werden, die aktuelle Gesetzesentwicklung genauestens zu verfolgen und bis zur Verabschiedung eines neuen Gesetzes die heute noch problematischen Fallgestaltungen nach wie vor mit Hilfe der vorgestellten Gestaltungsvorschläge und durch Aufnahme entsprechender Belehrungsvermerke zu lösen. Aber selbst nach Inkrafttreten eines neuen Gesetzes auf dem Gebiet der Rechtsberatung dürften nicht sofort sämtliche Probleme geklärt sein, da jedenfalls nach der jetzigen Entwurfsbegründung die Beantwortung der Frage, ob eine Rechtsdienstleistung im Einzelfall vorliegt oder nicht, der Rechtsprechung und damit einer Rechtsfortbildung vorbehalten bleiben soll. Es dürfte daher noch einige Zeit verstreichen, ehe von einer tatsächlichen Rechtssicherheit gesprochen werden kann. Auf der anderen Seite dürfte aber bereits heute relativ klar sein, dass jedenfalls die unentgeltliche Rechtsbesorgung innerhalb familiärer oder persönlicher Beziehungen erlaubnisfrei möglich sein bzw. bleiben wird, da gegen die beabsichtigte Gesetzesfassung insoweit kein nennenswerter Widerspruch erhoben wird. Noch sicherer lässt sich sagen, dass es im Bereich der Rechtsberatung spannend bleibt.

272 Beilage zu NJW Heft 38/2004, S. 20.

273 Wie Fußnote zuvor.

274 Ebenda, S. 20.

275 Ob die intendierte Zurückführung des Rechtsdienstleistungsbegriffes auf echte Rechtsberatung hingegen berufspolitisch wünschenswert erscheint, ist freilich eine ganz andere Frage.

Versendung wichtiger Schriftstücke per Einschreiben eine notarielle Amtspflicht?

– zugleich Anmerkung zu LG Mönchengladbach, Beschl. v. 12. Januar 2005 – Az.: 5 T 304/04, in diesem Heft S. 126 –

(von Notarassessor Dr. Ulrich Bous, Bonn)

Das LG Mönchengladbach hatte kürzlich im Rahmen eines Kostenbeschwerdeverfahrens darüber zu entscheiden, ob der Notar für die Erteilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung Gebühren erheben durfte. Die erste vollstreckbare Ausfertigung, die der Notar kurz zuvor gefertigt hatte und dem Gläubiger übersenden sollte, war nicht mehr aufzufinden. Das Landgericht konnte nicht klären, ob die erste vollstreckbare Ausfertigung schon in den Amtsräumen des Notars oder erst auf dem Versandweg bei der Post verloren gegangen war. Unstreitig hatte der Notar das Schriftstück jedenfalls nicht als eingeschriebenen Brief abgeschickt. Das LG Mönchengladbach hob die Kostenrechnung auf. Seiner Ansicht nach durften die Kosten für die zweite vollstreckbare Ausfertigung wegen unrichtiger Sachbehandlung gem. § 16 KostO nicht erhoben werden. Der Notar habe seine Amtspflichten i. S. d. § 19 BNotO verletzt. Er habe es pflichtwidrig unterlassen, die erste vollstreckbare Ausfertigung entsprechend den Vorschriften der ZPO entweder durch Übergabe des Schriftstückes gegen Quittung (§ 173 ZPO), durch Einschreiben mit Rückschein (§ 175 ZPO) oder, wenn der Kostenschuldner anwaltlich vertreten sei, gegen Empfangsbescheinigung (§ 174 ZPO) zuzustellen. Entscheide sich der Notar für die Versendung einer vollstreckbaren Ausfertigung per einfachen Brief, habe er das Risiko für deren Verlust zu tragen.¹ Zur Begründung beruft sich das LG Mönchengladbach im Wesentlichen auf ein Urteil des OLG Oldenburg vom 8. September 1997².

Der Entscheidung des LG Mönchengladbach ist sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis zu widersprechen.

1. Eine notarielle Amtspflicht, die vollstreckbare Ausfertigung einer Urkunde oder andere wichtige Dokumente per Einschreiben (gegen Rückschein) o. ä. zu versenden, existiert nicht. Wie das LG Mönchengladbach zutreffend herausstellt, gibt es keine (gesetzliche) Bestimmung, die dem Notar eine solche Amtspflicht auferlegt.³ Auch für eine haftungsbewehrte analoge Anwendung der §§ 173 ff. ZPO besteht kein Raum. In vergleichbaren Zusammenhängen wurde deshalb von der Rechtsprechung und dem berufsrechtlichen Schrifttum eine entsprechende Amtspflicht des Notars verneint. Nach zutreffender herrschender Ansicht ist der Notar zum Beispiel nicht verpflichtet, die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit⁴ oder sonstige bedeutsame Schreiben⁵ per Einschreiben auf den Postweg zu bringen.⁶ Auch das Reichsgericht⁷ hatte eine derartige Amtspflicht abgelehnt und formuliert:

„Nicht beizutreten ist der Auffassung des Berufungsgerichts, eine einen Grundbucheintrag betreffende Urkunde dürfe immer nur eingeschrieben abgesandt werden, und der Notar müsse sich auch stets persönlich um die Einreichung kümmern und sie besonders anordnen. (. . .) Es läßt sich nicht mit der Rechtsprechung und Verkehrsanschauung vereinigen, in jedem Falle die Absendung ei-

nes einfachen, nicht eingeschriebenen Briefs in Grundbuchsachen für unzureichend zu erachten. Gewiß besteht in solchem Falle ein erhöhter Anlaß, die Absendung und den Eingang durch andere Einrichtungen sicherzustellen und erforderlichenfalls zu überwachen. Ohne Erörterung dieser Maßnahmen läßt sich aber nicht sagen, sie seien unzureichend.“

2. Von diesem Standpunkt wich auch das OLG Oldenburg in seinem Urteil vom 8. September 1997, auf das sich das LG Mönchengladbach bezieht, nicht ab. Das OLG hatte über folgende, in vielen Punkten gleich gelagerte Sachverhaltskonstellation zu entscheiden: Der Grundstückseigentümer hatte zugunsten einer Bank eine Grundschuld bestellt. Unstreitig war der Notar im Dezember 1992 im Besitz des Grundschuldbriefes. Ein knappes Jahr später verkaufte der Eigentümer das Grundstück. Im Rahmen des Vertragsvollzuges stellte sich im Dezember 1993 heraus, dass der Grundschuldbrief nicht mehr aufzufinden war. Nach Abschluss des Aufgebotsverfahrens im Juli 1994 verklagte der Eigentümer den Notar auf Zahlung von Schadensersatz, weil der Verlust des Grundschuldbriefes in dessen Sphäre falle. Der Notar lehnte die Zahlung mit der Behauptung ab, den Grundschuldbrief schon im Dezember 1992 mittels einfachen Briefes an die Gläubigerbank übersandt zu haben. Für das OLG Oldenburg war nicht erweislich, ob der Grundschuldbrief auf dem Weg zur Post, bei der Beförderung durch die Post oder bei der Empfängerbank abhanden gekommen war. Nach Ansicht des OLG Oldenburg kam es hierauf letztlich nicht an. Es entschied, der Notar habe im Dezember 1992 sicherstellen müssen, dass die schnelle und sichere Überprüfung möglich sei, ob der Grundschuldbrief bei dem Empfänger angekommen war. In Betracht komme insoweit „die Übersendung durch Einschreiben gegen Rückschein, als Einschreibesendung unter Beifügung einer Empfangsquittung oder als Übersendung durch einfachen Brief unter Beifügung einer vorbereiteten Empfangsquittung.“⁸ Erhalte der Notar die Quittung nicht innerhalb kürzester Zeit zurück, könne er das Notwendige veranlassen, nämlich entweder die Empfangsquittung nachfordern oder, falls diese nicht erteilt würde, eine Kraftloserklärung herbeiführen. Weil der beklagte Notar

1 So ausdrücklich LG Mönchengladbach, RNotZ 2005, 126, 127 (in diesem Heft).

2 DNotZ 1998, 651, 652 mit zust. Anm. Waldner.

3 So auch OLG Oldenburg, DNotZ 1998, 651, 652.

4 H. M., siehe etwa LG Traunstein, MittBayNot 1995, 244; LG Saarbrücken, DNotI-Report 1997, 40; Amann, in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A I Rn. 107; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rn. 677 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7. 7. 1985 – Az.: 18 W 37/85 und LG Köln, Urt. v. 5. 7. 1983 – Az.: 5 O 360/82; Hertel, DNotZ 2001, 910, 921 m.w. Nachw.

5 So Haug, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 677.

6 Sachlich ebenso LG Berlin, DNotI-Report 2003, 135: Keine Verpflichtung des Anwaltes zur Versendung eines Vergleichsangebotes durch Einschreiben/Rückschein.

7 RG, JW 1933, 1766.

8 So OLG Oldenburg, DNotZ 1998, 651, 652.

schon nach seinem eigenen Vortrag eine solche Vorkehrung nicht getroffen hatte, verurteilte ihn das Gericht zum Schadensersatz. Ersetzen musste der Notar den Zinsschaden für die Dauer des Aufgebotsverfahrens sowie die Kosten eines Vorprozesses des Eigentümers gegen die Gläubigerbank.

Den Ausführungen des OLG Oldenburg lässt sich entnehmen, dass es den Notar nicht für verpflichtet hielt, durch die Wahl einer bestimmten Versendungsart den Verlust des Grundschuldbriefes zu verhindern.⁹ Denn nach dem vom OLG Oldenburg ausdrücklich gegebenen Beispiel hätte der Notar seinen Amtspflichten auch dann genügt, wenn er den Grundschuldbrief als *einfachen Brief* mit beigelegter Empfangsquittung aufgegeben hätte. Ein solcher Brief ist selbstverständlich demselben Verlustrisiko ausgesetzt wie jede andere normale Postsendung auch. Es ging dem OLG Oldenburg also offensichtlich um etwas anderes. Im konkreten Fall war den Beteiligten ein Jahr lang nicht aufgefallen, dass der Grundschuldbrief verloren gegangen war. Notar und Gläubigerbank gingen – so die Einlassung des Notars – während der gesamten Zeit irrig davon aus, das wichtige Dokument befinde sich bei dem jeweils anderen. Der bestehende Irrtum wurde später, anlässlich des Kaufvertrages, mehr zufällig entdeckt. Um eine solche Situation zu vermeiden, bürdete das OLG Oldenburg dem Notar die Amtspflicht auf sicherzustellen, dass der Verlust *frühzeitig* entdeckt werde. Wie der Notar dies im einzelnen zu bewerkstelligen habe, schrieb es nicht vor, sondern zeigte insoweit lediglich Möglichkeiten auf. Auf dem Boden der Argumentation des OLG Oldenburg könnte einem Notar beispielsweise auch dann nichts vorgeworfen werden, wenn er zwar einen *einfachen Brief ohne Empfangsquittung* versendet, sich aber wenige Tage später beim Empfänger fernmündlich nach dem Eingang der Sendung erkundigt. Die zeitnahe Entdeckung eines etwaigen Verlustes wäre gleichermaßen gewährleistet.¹⁰

Ob den Notar eine solche Vorsorgepflicht – wie das OLG Oldenburg meint¹¹ – tatsächlich trifft, mag in Einzelfällen möglich sein, soll an dieser Stelle aber nicht untersucht werden. Um diese Frage drehte es sich in dem vom LG Mönchengladbach zu entscheidenden Fall nicht.

3. Das LG Mönchengladbach hat ohne nähere Begründung eine Amtspflicht zur Zustellung (§§ 173 ff. ZPO) der vollstreckbaren Ausfertigung bejaht und dem Notar wegen deren Verletzung die Folgen für das Abhandenkommen der Postsendung zugerechnet. Damit ist es weit über die dargestellten Grundsätze hinausgegangen. Die so formulierte Amtspflicht ist etwas ganz anderes als die vom OLG Oldenburg bejahte Amtspflicht sicherzustellen, dass der Verlust einer Postsendung *frühzeitig* entdeckt werde. Die Konsequenzen der unterschiedlichen Standpunkte lassen sich am Beispielfall des OLG Oldenburg verdeutlichen. Nach allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätzen schuldet der Notar Schadensersatz nur für solche Schadensfolgen, die bei wertender Betrachtung nach Zweck und Tragweite der verletzten Amtspflicht in deren Schutzbereich liegen.¹² Bei der vom OLG Oldenburg angenommenen Schutzrichtung der von ihm bejahten Amtspflicht hat der Notar

allenfalls für den Schaden aufzukommen, der gerade durch die verspätete Feststellung des Dokumentverlustes verursacht wird. Dieser reine Verzögerungsschaden setzte sich in dem vom OLG Oldenburg entschiedenen Fall aus dem Zinsverlust für die Dauer des Aufgebotsverfahrens sowie den Kosten des Vorprozesses zusammen. Wäre nämlich der Verlust zeitnah entdeckt worden, hätte das Aufgebotsverfahren schon im Juli 1993, also vor Vollzug des Kaufvertrages im Dezember 1993, sein Ende finden können. Nicht zum Verzögerungsschaden gehörten jedoch z. B. die Kosten des Aufgebotsverfahrens. Diese waren nicht durch die Verzögerung, sondern durch den Verlust des Grundschuldbriefes als solchen entstanden. Nur wenn die vollstreckbare Ausfertigung nachweislich¹³ in den Amtsräumen des Notars verloren gegangen wäre, könnte der Notar für den gesamten Schaden haften. Ausgehend vom Standpunkt des LG Mönchengladbach hätte der Notar im Fall des OLG Oldenburg hingegen alle durch den Verlust ausgelösten Schäden, insbesondere also auch die Kosten des Aufgebotsverfahrens, ersetzen müssen.

4. Abgesehen davon, dass sich der vom LG Mönchengladbach vertretene Standpunkt nicht aus dem Urteil des OLG Oldenburg herauslesen lässt, überzeugt er auch in der Sache nicht. Der Vorwurf, der Notar habe ein wichtiges Schriftstück nicht mittels eingeschriebenen Briefes übersandt, ist der Vorwurf eines Unterlassens. Dem Notar wegen dieses Unterlassens haftungsrechtlich das Risiko des Verlustes der Sendung zuzurechnen, wäre nur gerechtfertigt, wenn die Einhaltung der Pflicht bei wertender Betrachtung geeignet wäre, das Verlustrisiko mit hinreichender Sicherheit auszuschließen. Eine solche Annahme ließe sich ihrerseits nur rechtfertigen, wenn empirisch feststünde, dass Einschreibebriefe mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, zumindest aber nach allgemeiner Lebenserfahrung ihren Empfänger erreichten. Derartige empirischen Belege sind jedoch nicht bekannt. Deshalb hat die Rechtsprechung bisher den Schritt zu einer solchen Annahme mit Recht nicht gewagt: Sie lehnt es seit jeher ab, an die nachgewiesene Absendung eines eingeschriebenen Briefes den Anscheinsbeweis seines Zugangs zu knüpfen.¹⁴ Mit Rücksicht darauf ist es nicht

⁹ Dies stellt mit Recht auch Waldner, DNotZ 1998, 653, heraus.

¹⁰ Umgekehrt hätte ein Einschreiben ohne Rückschein konsequenterweise nicht ausgereicht.

¹¹ Zust. Waldner, DNotZ 1998, 653, 654.

¹² Siehe nur Zugehör, in: *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rn. 2215.

¹³ Richtigerweise hat das OLG Oldenburg den Notar nicht etwa deshalb zum (vollen) Schadensersatz verurteilt, weil letztlich nicht geklärt werden konnte, ob der Brief nicht womöglich doch auf dem Weg zur Post, also in der Sphäre des Notars, verloren gegangen war. Nach allgemeinen haftungsrechtlichen Regeln hat der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die negative Tatsache der Nichtversendung des Briefes als haftungsbegründende Tatbestandsvoraussetzung zu tragen. Der Notar muss die Behauptung des Unterlassens allerdings substantiiert bestreiten. Siehe hierzu mit Einzelheiten Zugehör, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 480, und Ganter, ebenda, Rn. 1543.

¹⁴ GrdI. BGHZ 24, 308, 312 ff.; ebenso OLG Frankfurt, VersR 1996, 90, 91; OLG Köln, MDR 1987, 405; sogar für Einwurfeinschreiben LG Potsdam, NJW 2000, 3722, insoweit a. A. AG Paderborn, NJW 2000, 3722, 3723. Auch Waldner, DNotZ 1998, 653, nimmt in diesem Zusammenhang auf die Rspr. des BGH Bezug und weist mit Recht darauf hin, dass der eingeschriebene Brief keine besonders sichere Art der Versendung darstellt. Einschreibebriefe reisen nicht sicherer als normale Briefe.

vertretbar, den Notar wegen der unterlassenen Wahl der Einschreibeform (mit oder ohne Rückschein) o. ä. so haften zu lassen, als stünde es fest, dass das zu unterstellende Einschreiben sein Ziel erreicht hätte.¹⁵

5. Ob die vom OLG Oldenburg postulierte Amtspflicht auf den vom LG Mönchengladbach zu entscheidenden Fall überhaupt übertragbar ist und der Notar sie beziehungsweise verletzt hat, soll hier offen bleiben. Jedenfalls wäre die Kostenrechnung bei richtiger Anwendung der vom OLG Oldenburg bejahten Amtspflicht nicht deshalb zu beanstanden gewesen, weil der Notar die erste vollstreckbare Ausfertigung nicht als Einschreiben versandt hatte.¹⁶ Zwar ist auch im Rahmen der Kostenbeschwerde der Einwand einer Amtspflichtverletzung i. S. d. § 19 Abs. 1 BNotO beachtlich.¹⁷ Dabei gelten jedoch vergleichbare Grundsätze wie im Amtshaftungsprozess vor den ordentlichen Gerichten.¹⁸ Eine Kostenrechnung kann mit Hinweis auf § 19 Abs. 1 BNotO daher nur aufgehoben werden, wenn die vermeintlich verletzte Amtspflicht ihrer Schutzrichtung nach gerade die Entstehung dieser Notarkosten verhindern sollte.¹⁹ Dies ist hier zu verneinen: Die Notarkosten für die Erteilung der zweiten vollstreckbaren Ausfertigung sind Kosten, die wegen des Verlustes der ersten vollstreckbaren Ausfertigung entstanden sind. Sie be-

ruhen nicht auf einer etwa verspäteten Feststellung des Verlustes.

15 Nach allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätzen ist das Unterlassen einer im Einzelfall gebotenen Handlung für den eingetretenen Schaden nur unter der Voraussetzung kausal, dass die unterbliebene Handlung hinzugedacht und festgestellt werden könnte, dass der Schaden dann nicht eingetreten wäre. Bloße Wahrscheinlichkeit des Nichteintritts genügt nicht; siehe etwa BGHZ 34, 206, 215; BGH NJW 1975, 824, 825; 1984, 432, 434 m. w. Nachw.; *Staudinger/Schiemann*, BGB, 13. Bearb. 1998, § 249 Rn. 9, der mit Recht darauf hinweist, dass das haftungsrechtliche Kernproblem in der von Wertungen geprägten Formulierung der richtigen Handlungspflicht besteht.

16 Ob die Einlassung des Notars, er habe die zweite vollstreckbare Ausfertigung entweder durch Bote oder durch einfachen Brief versandt, ein ausreichendes substantiiertes Bestreiten i. S. obiger Fn. 13 der Behauptung darstellt, er habe das Schriftstück überhaupt nicht auf den Weg gebracht, sei hier offen gelassen. Das LG Mönchengladbach hielt die Einlassung für unzureichend.

17 Allg. Meinung, siehe nur OLG Thüringen, NotBZ 2003, 359; BayObLG, RNotZ 2005, 43, 44 mit Ausführungen zum Verhältnis zu § 16 KostO auf S. 46. § 16 Abs. 1 S. 1 KostO war hier nicht einschlägig. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift setzt einen offen zutage tretenden Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder ein offensichtliches Versehen voraus, siehe nur BayObLG, a. a. O., S. 46.

18 Vgl. BayObLG, RNotZ 2005, 43, 44.

19 Auch die Anwendung des § 16 KostO setzt voraus, dass die Kosten bei richtiger Sachbehandlung nicht entstanden wären, vgl. etwa *Ben- gel/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl. 2002, § 16 Rn. 58, im Zusammenhang mit einer pflichtwidrigen Nichtbelehrung über Notarkosten.

Pflicht zur Mitbeurkundung von Mietverträgen bei Immobilienkäufen?

(von Notar Dr. Christopher Keim, Bingen)

I. Problemstellung

Nach allgemeiner Auffassung bedarf nach § 311 b Abs. 1 BGB das gesamte Rechtsgeschäft, das die Grundstücksveräußerungs- oder Erwerbsverpflichtung enthält, der notariellen Beurkundung.¹ Dieser Vollständigkeitsgrundsatz hat zur Folge, dass ein Vertrag, der als solcher dem Formgebot nicht unterliegt, der notariellen Beurkundung bedarf, wenn er mit einem Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit im Sinne eines einheitlichen Schuldverhältnisses bildet. In der Literatur wird diese Konstellation als zusammengesetztes Rechtsgeschäft bezeichnet.² Nach neuerer Rechtsprechung ist ein ansonsten formfreier Vertrag in solchen Fällen vom Formerfordernis des § 311 b Abs. 1 BGB miterfasst, wenn das Grundstücksgeschäft nach dem Willen der Beteiligten von ihm abhängig sein soll.³ Mit dem wirtschaftlichen „Niedergang“ des Bauträgervertrages hat das Problem der Mitbeurkundung eines mit einem Grundstückskauf verbundenen Bauvertrages an Bedeutung verloren. Andererseits gewinnt gerade in Zeiten des Immobilienüberangebotes eine lukrative Vermietung des zu erwerbenden Kaufobjektes an Wichtigkeit, so dass sich zunehmend das Problem eines rechtlichen Zusammenhanges eines Immobilienkaufvertrages mit einem Mietvertrag stellt. Dabei kommt oft die Abhängigkeit des Immobiliengeschäfts von einem Mietvertrag erst in der Beurkundung selbst zutage und der Notar muss ad hoc

über die Frage einer Beurkundungsbedürftigkeit entscheiden.

II. Fallgruppen in der notariellen Praxis

1. Übernahme bestehender Mietverhältnisse durch den Käufer

Der praktisch häufigste Fall stellt die bloße Übernahme bestehender Mietvertragsverhältnisse mit Dritten in einem Kaufvertrag dar, wobei in der Regel diese wie bisher weiter bestehen sollen. Denkbar ist aber auch eine Verpflichtung des Verkäufers zur Abänderung oder Kündigung der Mietverträge im Zusammenhang mit dem Kaufabschluss.

2. Rückanmietung

Zunehmend begegnen dem Notar aber auch Fallgestaltungen, in denen der Käufer das Grundstück an den Verkäufer zurückvermietet, insbesondere wenn Letzterer aus Geldnot das Objekt verkaufen muss und beispielsweise ein Bekannter es übernimmt, der wiederum zur Finanzierung die Mieteinnahmen benötigt. Aber auch die von finanziellen Problemen gebeutelte öffent-

1 Münchener Kommentar/*Kanzleiter*, 4. Aufl., § 311 b Rz. 50.

2 Vgl. zuletzt *Frank*, NotBZ 2003, 211.

3 BGH NJW 2000, 951; BGH NJW 2001, 226 ff.; BGH NJW 2002, 2559.

liche Hand bedient sich dieser Konstruktion bei der Veräußerung öffentlicher Gebäude.

3. Ankaufsrechte in Mietverträgen

Gegenstand bereits der reichsgerichtlichen Rechtsprechung waren außerdem Kaufangebote oder Vorkaufsrechtseinräumungen zugunsten von Mietern oder Pächtern bei langfristigen Miet- oder Pachtverträgen.⁴ Insbesondere im landwirtschaftlichen Bereich wird dabei häufig im Zusammenhang mit langfristigen Pachtverträgen dem Pächter sozusagen als „Zugabe“ ein Vorkaufsrecht gewährt. Eine weitere Erscheinungsform betrifft das Angebot zum Verkauf eines Hausgrundstückes, das aus einkommensteuerlichen Gründen erst nach Ablauf der Spekulationsfrist des § 23 EStG angenommen werden darf. Vorher möchte der Erwerber aber bereits in dem Objekt wohnen, weshalb ein Mietvertrag abgeschlossen wird.⁵

4. Steuerlich motivierte Mietkaufmodelle

Die Frage des rechtlichen Zusammenhanges zwischen Mietvertrag und Immobilienerwerbsvertrag stellt sich schließlich bei Mietkaufmodellen, nach denen der Veräußerer das Objekt zumeist aus steuerlichen Gründen zu einem hohen Mietzins langfristig an den Erwerber oder an Zwischenmieter vermietet und ihm eine Kaufoption nach Ablauf der Mietzeit einräumt. Ähnlich verhält es sich beim Immobilien-Leasing, wobei hier auch die Konstellation der Veräußerung und der Rückanmietung durch den Veräußerer („sale and lease back“) von praktischer Relevanz ist.⁶

III. Die allgemeinen Kriterien für die Beurkundungsbedürftigkeit zusammengesetzter Rechtsgeschäfte

1. Grundsätze

Nach der älteren Rechtsprechung wurde die rechtliche Einheit jeweils mit der Formel begründet, dass diese dann gegeben sei, wenn nach dem Willen der Parteien die Verträge derart voneinander abhängen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen.⁷ Dies setze nicht die wechselseitige Abhängigkeit voraus. Nach neuerer Rechtsprechung führt die einseitige Abhängigkeit des Grundstückskaufvertrages von dem anderen Geschäft zu Beurkundungsbedürftigkeit beider Verträge. Hängt dagegen nur das andere Rechtsgeschäft vom Grundstückskauf ab, nicht aber umgekehrt, trifft die Beurkundungspflicht nur den Grundstücksvertrag selbst.⁸ Auch wenn nur einer der Vertragspartner einen derartigen Einheitlichkeitswillen erkennen lässt und der andere Vertragsteil ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt, kann ein einheitlicher Vertrag vorliegen.⁹ Dabei kommt es für die Formbedürftigkeit nicht darauf an, ob dieser Verknüpfungswille in den Urkunden irgendeinen Ausdruck gefunden hat.¹⁰ Die getrennte Beurkundung ist allerdings ein Indiz für die rechtliche Selbständigkeit der Verträge.¹¹

2. Die einseitige Abhängigkeit

a) Streitfragen

Während über diese Grundsätze weitgehend Einigkeit besteht, ist die Frage, was unter einer derartigen einseitigen Abhängigkeit genau zu verstehen ist, nicht restlos geklärt. Gemeinsamer Ausgangspunkt aller Auffassungen ist, dass der erforderliche rechtliche Zusammenhang über einen tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen, Zusammenhang der Geschäfte hinausgehen müsse. Es genüge nicht, wenn der andere Vertrag nur Anlass zum Grundstückskauf gegeben habe oder diesen erst ermöglicht haben sollte.¹² Die wohl überwiegende Auffassung lässt einen Einheitlichkeitswillen sowohl hinsichtlich der Entstehung, also des Abschlusses des Vertrages, wie auch im Falle einer rechtsgeschäftlichen Verknüpfung nur hinsichtlich der einheitlichen Abwicklung, z. B. bei Leistungsstörungen ausreichen, um eine rechtliche Abhängigkeit zu begründen.¹³ Nach anderer Auffassung müssen sowohl Bestand als auch Abwicklung voneinander abhängig sein.¹⁴ Weiterhin ist streitig, ob eine Verknüpfung durch rechtsgeschäftliche Bedingungen, Abschlussverpflichtungen oder Rücktrittsvorbehalte die erforderliche Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses herzustellen vermag. Während eine Auffassung dies mit beachtlichen Gründen ablehnt und stattdessen einen einheitlichen Willensentschluss zum Abschluss beider Geschäfte fordert,¹⁵ lässt eine andere Auffassung auch die vorgenannte Art der Verbindung ausreichen.¹⁶ Die Rechtsprechung hat sich zu diesem Problem noch nicht explizit geäußert. In einer neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der es allerdings um die Verbindung zweier schon aus sich heraus formbedürftiger Verträge ging, wurden jedoch als Beispiel für die Manifestation des Verknüpfungswillens eine Bedingung oder ein Rücktrittsrecht ausdrücklich genannt.¹⁷ Obwohl dogmatische Gründe wohl eher für die engere Auffassung sprechen, dürfte die Abgrenzung zwischen echter Geschäftseinheit und Bedingung oder Rücktrittsvorbehalten so schwierig sein, dass nur eine Einbeziehung dieser Fälle vor einer Umgehung der

4 RGZ 137, 129 ff.; RGZ 169, 185 ff.

5 Zur einkommensteuerlichen Beurteilung *Schmidt*, EStG, 23. Aufl., § 23 Rz. 37; *Kirchhoff/Söhn/Crezelius*, EStG, § 23 Rz. 62; BFH BStBl. II, 1992, 553.

6 Hierzu Münchener Vertragshandbuch/*Stolterfoth*, 5. Aufl., Band 3 Formular II. 4; *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, 5. Aufl., Rz. 1623 ff.

7 Z. B. BGH WM 1971, 618; BGH DNotZ 1975, 87; BGHZ 63, 359, 361; BGH DNotZ 1979, 303; BGHZ 74, 348; BGHZ 76, 43; BGHZ 85, 315.

8 BGH NJW 2000, 951; BGH WM 2001, 45, 46; BGH NJW 2002, 2559.

9 BGH DNotZ 1971, 41; BGHZ 76, 43, 49; BGH NJW 1987, 1069.

10 BGH DNotZ 1954, 188, 190; BGH NJW 1987, 1069.

11 BGHZ 76, 49; BGH NJW 1987, 1069.

12 BGH NJW 2002, 2559, 2560; *Staudinger/Wufka*, (Bearb. 2001), § 313 Rz. 177 m. w. N.

13 *Seeger*, MittBayNot 2003, 11, 14; *Staudinger/Wufka* (Bearb. 2001), § 313 Rz. 176; *Wochner*, Immobilienrecht 2000, Tagungsband RWS-Forum, S. 60.

14 *Korte*, DNotZ 1984, 3, 7.

15 *Korte*, DNotZ 1984, 3, 11; *Seeger*, MittBayNot 2003, 11, 15; wohl auch *Wufka*, MittBayNot 2003, 48, 50; OLG Hamm, DNotZ 1996, 1048 für Abschlussverpflichtung.

16 Münchener Kommentar/*Kanzleiter*, 4. Aufl., § 313 Rz. 51; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rz. 176; *Keim*, DNotZ 2001, 827, 833.

17 BGH DNotZ 2003, 632, 635.

Formvorschriften schützen kann.¹⁸ Daher soll im Zwei-Personen-Verhältnis von dieser Auffassung ausgegangen werden.

b) Mehr-Personen-Verhältnisse

Der BGH hat das Kriterium der einseitigen Abhängigkeit auch auf Mehr-Personen-Verhältnisse übertragen.¹⁹ Schon nach bisheriger Rechtsprechung konnte ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft auch vorliegen, wenn an dem anderen Vertrag teilweise andere Personen beteiligt sind als an dem Grundstückskauf. In den neuesten Entscheidungen hat der BGH nunmehr die Formel der einseitigen Abhängigkeit als Kriterium für den Verknüpfungswillen auch auf Mehr-Personen-Verhältnisse erweitert.²⁰ Lässt man allerdings die Verknüpfung durch Bedingung, Rücktrittsvorbehalt oder Abschlussverpflichtung ausreichen, so muss meines Erachtens nach bei Drittbeteiligungsfällen zusätzlich gefordert werden, dass die Abhängigkeit von dem Dritten gebilligt oder zumindest hingenommen wird. Denn andernfalls würde diesem allein durch eine Bedingung oder einen Rücktrittsvorbehalt in einem anderen Vertrag, an dem er nicht beteiligt ist, nämlich dem Grundstücksgeschäft, für seinen eigenen Vertrag ein Formbedürfnis gegen seinen Willen aufgezwungen werden.²¹ Selbstverständlich unterliegt aber immer der Vertragsinhalt des mit dem Dritten zu schließenden Vertrages insofern der Beurkundungspflicht, als dies zur Beschreibung der Rücktrittsvoraussetzungen im Rahmen des Grundstückskaufes notwendig ist.

3. Beurkundung der Verknüpfungsabrede

Liegt ein einheitliches Vertragsverhältnis vor, so folgt daraus schließlich, dass auch die Verknüpfungsabrede selbst, also die Verlautbarung der Abhängigkeit, mitbeurkundet werden muss. Nach wohl überwiegender Auffassung genügt dabei auch die Beurkundung in zwei getrennten Urkunden, wobei die Verknüpfungsabrede nach teilweise vertretener Meinung in nur einer Urkunde zum Ausdruck kommen muss,²² während andere bei Beurkundung in getrennten Urkunden fordern, der Verknüpfungswille müsse in beiden enthalten sein.²³ Die strengste Auffassung schließlich verlangt sogar die Beurkundung beider Rechtsgeschäfte stets in einer einzelnen Urkunde.²⁴

IV. Die Anwendung dieser Kriterien auf „verbundene“ Mietverträge

1. Bestehende Mietverträge mit Dritten

Eindeutig ist die Frage der Beurkundungspflicht zu beantworten, falls lediglich ein bestehender Mietvertrag mit einem Dritten übernommen wird. Beurkundet werden muss nur die Übernahme als Vereinbarung der Kaufparteien, nicht aber der übernommene Mietvertrag selbst. Der Mietvertrag bestand schon vorher, so dass der Kaufvertrag nicht von seinem Abschluss abhängig sein kann. Daraus folgt, dass falls von den Parteien die Befügung des Mietvertrages als Anlage zur Urkunde gewünscht wird, diese nicht als förmliche Anlage im Sinne des § 13 a BeurkG zur Urkunde zu nehmen ist, sondern es sich lediglich um eine unechte Bezugnahme handelt.²⁵

Diese braucht dann selbstverständlich auch nicht mitverlesen zu werden.

Anders könnte dies jedoch sein, wenn der weitere Bestand des Mietvertrages vom Käufer zur Bedingung für den Abschluss des Kaufvertrages gemacht wird. Steht für diese Verpflichtung nur der Verkäufer ein und haftet auch nur er dafür, so bleibt es jedoch bei dem oben Gesagten. Der Kauf ist auch nur vom unveränderten Fortbestand nicht aber vom Abschluss des Mietvertrages abhängig. Der Mieter ist an dem Rechtsverhältnis der Kaufparteien nämlich nicht beteiligt. Falls auch der Mieter den Fortbestand des Mietvertrages verspricht, so ist zumindest diese Zusage selbst beurkundungsbedürftig. Denn nach allen vertretenen Auffassungen liegt eine rechtliche Einheit vor, wenn nach dem Willen der Beteiligten die Einigung hinsichtlich des Grundstücksgeschäfts scheitern soll, wenn nicht gleichzeitig über die andere Abrede Einigkeit erzielt wird²⁶ und die Pflichten des Dritten in das Schuldverhältnis der Kaufparteien einbezogen werden.²⁷ Doch bleibt es dabei, dass nicht der Mietvertrag selbst zum Inhalt der Urkunde gemacht werden muss. Er dient nur als bloßes Identifizierungsmittel für die eigene Erklärung des Mieters, den Mietvertrag fortzuführen, gegebenenfalls auch zu verlängern.²⁸ Aus Beweisgründen kann es jedoch empfehlenswert sein, in solchen Fällen den Mietvertrag als informatorische Anlage im Wege einer unechten Verweisung, die nicht den Vorschriften der §§ 9, 13 a BeurkG unterliegt, zur Urkunde zu nehmen.²⁹

2. Rückvermietung an den Veräußerer

Schon das Reichsgericht hat die Beurkundungsbedürftigkeit von Miet- und Pachtverhältnissen angenommen, wenn der Käufer das Grundstück an den Verkäufer gleichzeitig mit dem Kaufvertrag zurückvermietet.³⁰ In der Rechtsprechung wurden jedoch die maßgeblichen Indizien für eine Verknüpfung nie ausdrücklich genannt.³¹ Es kommt hinzu, dass diese Entscheidungen ergangen sind, bevor der BGH bei der Beurteilung der rechtlichen Einheit maßgeblich auf die Abhängigkeit des Kaufvertrages vom sonstigen Vertrag abstellte. Um zu Indizien für einen Verknüpfungswillen zu gelangen, muss die Interessenlage der Parteien verdeutlicht werden: Häufig dient der Verkauf der Immobilie dem Zweck, das Objekt für den Verkäufer weiter nutzbar zu erhalten, sich aber

18 Münchener Kommentar/Kanzleiter, § 311 b Rz. 53; Staudinger/Wuffka, § 313 Rz. 174.

19 BGH NJW 2002, 2559; BGH DNotZ 2003, 632.

20 BGH NJW 2002, 2559; BGH DNotZ 2003, 632.

21 Keim, DNotZ 2001, 827, 834; Hartmann, MittRhNotK 2000, 11; a. A. Seeger, MittBayNot 2003, 11, 18.

22 BGHZ 104, 18, 23; Münchener Kommentar/Kanzleiter, § 311 b, Rz. 55; Soergel/Wolf, § 313, Rz. 70.

23 OLG Hamm, DNotI-Report 1996, 164; OLG Stuttgart, DNotI-Report 2001, 100.

24 Staudinger/Wuffka, § 313 Rz. 184; Lichtenberger, DNotZ 1988, 531, 542; Hartmann, MittRhNotK 2000, 11, 17.

25 Keidel/Winkler, BeurkG, 15. Aufl., § 13 a Rz. 20 f.

26 BGH NJW 2002, 2559; Seeger, MittBayNot 2003, 11, 15; Staudinger/Wuffka, § 313 Rz. 232.

27 Keim, DNotZ 2001, 827, 834; Korte, DNotZ 1984, 3, 7 ff.

28 Staudinger/Wuffka, § 313 Rz. 231; für Teilungserklärungen BGH NJW 1979, 1495.

29 Keidel/Winkler, BeurkG, 15. Aufl., § 13 a Rz. 20.

30 RGZ 92, 219.

31 RGZ 97, 219, 222; BGHZ 104, 18, 22.

Liquidität durch den Verkauf zu verschaffen. Wenn beispielsweise die öffentliche Hand eine Schule oder ein Verwaltungsgebäude verkauft, so will sie dieses selbstverständlich nur tun, wenn sichergestellt ist, dass ihr die Nutzung weiterhin langfristig sichergestellt wird. Bei dieser Fallkonstellation unterliegen daher beide Verträge der Beurkundungspflicht. Diese kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass – wie in der Praxis durchaus üblich – zunächst ein privatschriftlicher Mietvertrag unter der Bedingung des späteren Zustandekommens eines Kaufvertrages über die Immobilie geschlossen wird, die dann im späteren Kauf übernommen wird. Zwar macht die lediglich einseitige Abhängigkeit des Mietvertrages vom Kauf ihn nach neuerer Rechtsprechung nicht beurkundungsbedürftig. Es handelt sich aber um einen einheitlichen Willensentschluss für beide Verträge. Nach dem Willen der Beteiligten soll der Kauf vom Abschluss des Mietvertrages abhängig sein. Dieser Mietvertrag entfaltet erst mit dem Kauf Rechtswirkungen, da vorher Vermieter und Eigentümer identisch sind. Er wird daher in dem Kaufvertrag in Wahrheit nicht übernommen, sondern mit dem Kaufvertrag erst in Vollzug gesetzt. In einer neueren Entscheidung hat der BGH auch betont, die zeitliche Reihenfolge der Vertragsabschlüsse sei für die Frage der Abhängigkeit unerheblich.³² Damit wird der Verschleierung eines Verknüpfungswillens beider Verträge durch Vorverlegung des isoliert betrachtet formfreien Rechtsgeschäfts entgegengewirkt. Ein zeitlich unmittelbar vor dem Kaufvertrag abgeschlossener Mietvertrag ist vielmehr gerade ein Indiz für einen Verknüpfungswillen, da zumeist eine Partei – in der Regel der Verkäufer – damit bezweckt, den Immobilienkauf erst zum Abschluss zu bringen, wenn sie sich des Mietvertrages sicher ist.

Bei einer zweiten Fallgruppe dient die Rückmietung in erster Linie dem Käufer, der sich mit dem Mietzins teilweise seinen Kaufpreis finanzieren möchte. Hier ist ein Verknüpfungswille zu bejahen, wenn die Mieteinnahmen einen notwendigen Baustein zum Finanzierungsplan darstellen. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, das Aufbringen des Kaufpreises liege ausschließlich im Risikobereich des Käufers. Denn falls der Käufer zum Ausdruck bringt, dass die Rückmietung für ihn ein entscheidendes Kriterium für den Abschluss des Kaufvertrages bildet, so weiß der Verkäufer um den Zusammenhang und beteiligt sich selbst aktiv an der Finanzierung durch Abschluss des Mietvertrages. Spielt dagegen der Mietertrag nur eine untergeordnete wirtschaftliche Rolle bei der Finanzierung, so spricht dies jedenfalls gegen einen vom Käufer ausgehenden Verknüpfungswillen. Eine Variante beider Fallgruppen stellt die mit dem Kaufvertrag in unmittelbarem Zusammenhang vereinbarte Vermietung an nahe Angehörige des Verkäufers oder ihm sonst nahestehende Personen dar. Nachdem der BGH die Kriterien der Abhängigkeit auch auf Drittbezugsfälle ausgedehnt hat, kann hier grundsätzlich nichts abweichendes gelten. Wer allerdings im Zwei-Personen-Verhältnis auch eine rechtstechnische Verknüpfung der Verträge durch Rücktrittsvorbehalt oder Bedingung für ausreichend erachtet,³³ muss dazu zusätzlich die Einbeziehung des Dritten in die Vertragsbeziehungen der Kaufparteien mit dessen Wissen und Willen fordern.³⁴ Bei den nahen Angehörigen des Verkäufers dürfte dies jedoch regelmäßig der Fall sein, insbesondere

wenn der Verkäufer weiterhin zusammen mit den Angehörigen in der Wohnung wohnt und nur deshalb nicht selbst als Mieter auftritt, weil er aus finanzieller Not den Mietzins nicht selbst aufbringen kann. Auch hier besteht also grundsätzlich eine Verpflichtung zur Mitbeurkundung des Mietvertrages.

3. Vor- und Ankaufsrechte zugunsten von Mietern/Pächtern

a) Vorkaufsrechte

Die vor allem im landwirtschaftlichen Bereich im Zusammenhang mit Pachtverträgen dem Pächter eingeräumten Vorkaufsrechte führen regelmäßig zu einer Beurkundungsbedürftigkeit des gesamten Vertrages. Die Verpflichtung zur Einräumung eines schuldrechtlichen oder eines dinglichen Vorkaufsrechts an einem Grundstück bedarf nach ständiger Rechtsprechung der Form des § 311 b Abs. 1 BGB.³⁵ Denn es handelt sich aus der Sicht des Gewährenden um eine doppelt bedingte Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an den Vorkaufsberechtigten: Die erste Bedingung ist der Verkauf, die zweite die Ausübung des Vorkaufsrechtes.³⁶ Auch ein Verknüpfungswille mit dem Pachtvertrag im Sinne einer Abhängigkeit des Vorkaufsrechts vom Mietvertrag dürfte regelmäßig vorliegen. Das Vorkaufsrecht stellt nämlich für den Verpächter ein erhebliches Verkaufshindernis dar, für das er regelmäßig keine gesonderte Vergütung erhält. Der einzige Grund, ihm dieses Vorkaufsrecht einzuräumen, besteht darin, dass der Vorkaufsberechtigte das Objekt langfristig anpachtet. Auch wenn auf der anderen Seite der Pächter ausschließlich an dem Vorkaufsrecht interessiert ist, besteht auch eine rechtliche Abhängigkeit des Vorkaufsrechts vom Pachtvertrag. Denn es genügt, wenn eine Partei den Verknüpfungswillen zum Ausdruck bringt und die andere diesen erkennt und hinnimmt.³⁷ Dies dürfte in derartigen Fällen regelmäßig zumindest der Verpächter sein.

b) Kaufangebote

Neben diesem Vertragstyp, bei dem eindeutig die wirtschaftliche Bedeutung des Pacht- bzw. Mietvertrages im Vordergrund steht, gibt es aber auch solche Gestaltungen, mit denen aus den unterschiedlichsten Gründen der Zweck verfolgt wird, den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durch Beurkundung eines bloßen Kaufangebotes hinauszuschieben und für die Übergangszeit eine Nutzung des Kaufobjektes durch den Erwerber zu ermöglichen. Häufig steht die Spekulationsfrist des § 23 EStG im Vordergrund, vor deren Ablauf lediglich ein Vertragsangebot verbunden mit einem Mietvertrag abgegeben wird.³⁸ In einem weiteren in der Rechtsprechung behandelten Fall sollte zunächst der Zugewinnausgleich des Verkäufers in seinem Scheidungsverfahren geregelt werden.³⁹ Denkbar ist auch, dass

32 BGH NJW 2002, 2259; zustimmend: *Seeger*, MittBayNot 2003, 11, 17 und *Pohlmann/EWiR* 2002, 323.

33 *Kanzleiter*, DNotZ 1984, 421 ff.; Münchner Kommentar/*Kanzleiter*, § 311 b Rz. 53; *Keim*, DNotZ 2001, 827 ff.

34 S. o. III. 2.

35 So schon RGZ 72, 388; 79, 122, 140; 137, 31; BGH DNotZ 1968, 93.

36 *Staudinger/Wufka*, § 313 Rz. 85.

37 BGH NJW 1987, 1069; BGH NJW-RR 1991, 1031.

38 Zur steuerrechtlichen Problematik BFH BStBl II. 1992, 553.

39 OLG München, NJW-RR 1987, 1042.

der Veräußerer seine Immobilie erst nach seinem Tod aus der Hand geben möchte und sie daher vorher nur vermietet werden soll.⁴⁰ In all diesen Fällen wird der Pacht- oder Mietvertrag nur wegen des Kaufangebots quasi als Annex geschlossen. Ob auch – was für die umfassende Beurkundungsbedürftigkeit beider Vereinbarungen maßgeblich ist – das Angebot vom Mietvertrag abhängig sein soll, ist eine Frage des Einzelfalls.

Indizien hierfür sind nach der Rechtsprechung:

- ein ungewöhnlich hoher Mietpreis in Anbetracht des Kaufes⁴¹,
- eine inhaltliche Abstimmung in der Weise, dass das Angebot erst nach Pachtende angenommen werden kann⁴²,
- ein zeitlicher und räumlicher Zusammenhang beim Abschluss beider Rechtsgeschäfte⁴³.

Dabei ist namentlich oft nicht das „ob“ des Kaufangebots von dem Mietvertragsabschluss abhängig, sondern das „wie“, also die inhaltliche Ausgestaltung des Ankaufsrechtes. Der Mietzins führt zu einer Reduktion des Ankaufspreises, oder aber die zeitliche Abstimmung hat auf den Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses und des Besitzüberganges Einfluss. Dies muss dies für einen Verknüpfungswillen ausreichen. Denn das Kriterium der Abhängigkeit des Kaufs vom sonstigen Vertrag kann nicht abstrakt anhand des Kaufabschlusses, sondern nur für diesen konkreten Vertrag beurteilt werden. Je mehr die Modalitäten des Ankaufs für die Parteien von dem Mietvertrag bestimmt werden, desto eher spricht dies für einen Verknüpfungswillen der Parteien. Dagegen kann entgegen dem BGH eine Vereinbarung, dass der Pachtvertrag erst mit Zugang des Kaufangebots an den Pächter wirksam wird, nicht als Indiz für eine Beurkundungsbedürftigkeit des Pachtvertrages gewertet werden.⁴⁴ Denn damit kommt nur seine Abhängigkeit vom Kaufangebot, nicht aber umgekehrt die des Kaufangebots vom Pachtvertrag zum Ausdruck.

c) Nachträge zum Mietvertrag vor Ausübung des Ankaufs-/Vorkaufsrechts

Eine zeitliche Abstimmung der beiden Rechtsgeschäfte in der Weise, dass das Ankaufsrecht erst nach Pachtende ausgeübt werden kann, hat zur Folge, dass sogar eine Veränderung der Laufzeit eines Pachtvertrages formbedürftig wird, wenn damit automatisch eine Vorverlegung oder ein Hinausschieben des Zeitpunkts der Vorkaufs- oder Ankaufsrechtsausübung verbunden ist.⁴⁵ Zu beachten ist dabei insbesondere, dass die Erleichterungen, die von der Rechtsprechung für die Beurkundungspflicht von Nachträgen zu Grundstückskaufverträgen gewährt werden,⁴⁶ für bloße Kaufangebote nicht gelten. Nachträgliche Änderungen bereits abgeschlossener Kaufverträge sind danach formfrei, wenn sie lediglich zur Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten dienen,⁴⁷ während bei Änderungen eines Angebotes die strengen Grundsätze des Formumfanges bei Vertragsabschluss einschlägig sind.⁴⁸ Diese Formenstrenge gilt nicht nur für Nachträge zu Angeboten, sondern meines Erachtens nach auch zu Optionsverträgen, die der anderen Partei ein Recht einräumen, den Kauf durch formlose Ausübungserklärung zustande zu bringen. Denn genauso wie

bei der formlosen Abänderung eines Vertragsangebotes wird auch beim Optionsvertrag durch den formlosen Nachtrag bereits im Zeitpunkt des erstmaligen Eintritts der gegenseitigen vertraglichen Bindung an eine Übereignungs- oder Erwerbsverpflichtung hinsichtlich einer Immobilie, die von § 311 b Abs. 1 BGB erforderte urkundliche Verlautbarung unrichtig oder zumindest unvollständig. Es ist daher für beide Fallgruppen vom strengen Formgebot keine Ausnahme zu machen.⁴⁹

4. Mietkaufmodelle und Leasing

a) Mietkauf und Angebot

Ein einkommensteuerlich und umsatzsteuerlich motiviertes Mietkaufmodell war Gegenstand einer BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1986.⁵⁰ Danach sollte ein Kapitalanleger als Bauherr ein Wohnhaus errichten und in der Bauphase sowie im ersten Jahr nach Fertigstellung des Baus hohe „negative Einkünfte“ aus dem Objekt erzielen. Er bot daher einem Mieter das Objekt auf fünf Jahre befristet zum Kauf an. Der Mietkäufer zahlte neben dem Mietzins eine Optionsgebühr an den Bauherrn, die in vollem Umfang nur im Fall des späteren Erwerbs des Objekts angerechnet werden sollte. Nach dieser steuerlich interessanten Verlustphase sollte der Bauherr auf Zeit das Objekt an den Mietkäufer zum im Angebot festgesetzten nicht mehr der Besteuerung unterliegenden Kaufpreis veräußern. Weiterhin erfolgte die Einschaltung eines gewerblichen Zwischenmieters, damit der Bauherr hinsichtlich der Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung auf die Umsatzsteuerbefreiung verzichten sollte, und der Käufer so die Vorsteuer aus den Baurechnungen gem. § 5 UStG absetzen konnte.⁵¹ Um die steuerlichen Effekte zu sichern, enthielt der notariell beurkundete Optionsvertrag eine Klausel, nach der er rechtlich selbstständig sei und beurkundungsbedürftige Nebenabreden nicht bestünden. Der BGH stellte für die Beurkundungsbedürftigkeit des Mietvertrages darauf ab, ob die Parteien in Wahrheit einen Einheitslichkeitswillen hatten und mit der Klausel nur den untauglichen Versuch unternommen hätten, die Rechtsfolgen einer Formbedürftigkeit zu verhindern oder andererseits, ob ein tatsächlich vorhandener Wille der Parteien zum Ausdruck gekommen sei, die beiden Verträge sollten zur Erreichung der steuerlichen Ziele gerade nicht miteinander stehen und fallen. Zur Klärung dieser Frage verwies er den Fall zurück an das Berufungsgericht.⁵² Einen echten Willen zur Aufspaltung der Verträge nahm in einer späteren Entscheidung bei einem ähnlichen Modell das OLG Köln an, obwohl wegen des Kaufangebotes ein niedrigerer Mietzins als üblich vereinbart worden war.⁵³

40 Ähnlich BGH NJW 1988, 2880.

41 BGH NJW 1988, 2880.

42 BGH DNotZ 1971, 722; BGH NJW 1988, 2880.

43 OLG München, NJW-RR 1987, 1042.

44 So aber BGH NJW 1988, 2880.

45 BGH DNotZ 1971, 722.

46 Übersicht bei *Staudinger/Wufka*, § 313 Rz. 201 ff.

47 RGZ 140, 339; BGH NJW 1974, 271; BGH WM 1986, 1191; a. A.

Staudinger/Wufka, § 313 Rz. 201.

48 BGH DNotZ 1966, 665; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rz. 81.

49 BGH DNotZ 1966, 665, 667.

50 BGH NJW 1987, 1069.

51 BGH NJW 1987, 1069; zum Steuerrecht *Crezelius*, BB 1980, 619.

52 BGH NJW 1987, 1069, 1070.

53 OLG Köln MittRhNotK 1989, 191.

Das OLG argumentierte, dies spreche nicht für einen Verknüpfungswillen, weil im Fall des Scheiterns des Grundstückskaufes der Vermieter einen Teil der Optionsvergütung hätte behalten können.⁵⁴ Dies ist jedoch nicht überzeugend: Denn die Optionsgeldverpflichtung war Teil des Optionsvertrages und nicht des Mietvertrages. Der Mieter war daher nur zur Zahlung dieses Entgeltes bereit, wenn andererseits der Mietzins entsprechend reduziert wurde. Dies ist aber ein starkes Indiz für die Abhängigkeit des Options- vom Mietvertrag. Das OLG Köln verkennt hier, dass nicht nur die rechtliche Abhängigkeit des Mietvertrages von der bloßen Veräußerungsverpflichtung, sondern auch vom sonstigen Vertragsinhalt der Optionsvereinbarung einen Verknüpfungswillen begründen kann. Auch das Bindungsentgelt gehört hierzu. Die steuerlich motivierte Trennungsklausel kann nur dann als ernst gemeinter Vertragsbestandteil betrachtet werden, wenn hierzu auch die zivilrechtlichen Grundlagen vorhanden sind. Dafür würde beispielsweise sprechen, dass die Leistungs- und Gegenleistungsverhältnisse beider Verträge nicht vermischt werden, sondern wirtschaftlich plausibel getrennt sind. Für einen Verknüpfungswillen indiziell ist dagegen, dass durch eine überhöhte Miete bereits ein Teil des späteren Kaufpreises abgegolten sein soll und ein Teil des Mietzinses in einem Bindungsentgelt versteckt wurde.

b) Leasingverträge

aa) mit Ankaufsrecht des Leasingnehmers

Stolterfoht⁵⁵ beklagt, bei Immobilien-Leasingverträgen werde in der Praxis meist zwar das Ankaufsrecht notariell beurkundet, nicht hingegen der Leasingvertrag. Nach dem vorstehend Gesagten ist dies bedenklich. Das leasingrechtliche Schrifttum⁵⁶, unter diesem insbesondere von Westphalen⁵⁷ spricht sich daher für eine Pflicht zur Mitbeurkundung des gesamten Leasingvertrages aus. Das Ankaufsrecht könne regelmäßig erst dann vom Leasingnehmer ausgeübt werden, wenn eine bestimmte Laufzeit – unter Berücksichtigung der 40 % – 90 %-Grenze der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer – verstrichen sei. Durch diese wirtschaftliche Verknüpfung sei eine zentrale Bestimmung des Ankaufsrechts, nämlich sein Ausübungszeitpunkt, von Abschluss und Bestand des Mietvertrages abhängig⁵⁸. Es gilt das oben zu Vorkaufs- und Ankaufsrechten im Zusammenhang mit Mietverträgen Gesagte für den Leasingvertrag entsprechend. Da die Ursache der Beurkundungsbedürftigkeit des Leasingvertrages in seiner Abhängigkeit vom Ankaufsrecht liegt, kann sie selbst dann nicht entfallen, wenn das Ankaufsrecht selbst für die Beteiligten wirtschaftlich verzichtbar ist. Denn darauf, dass der Abschluss des Leasingvertrages von der Einräumung des Ankaufsrechts abhängig ist, kommt es nach der neueren Rechtsprechung gerade nicht an. Regelmäßig wird eine Abhängigkeit des Ankaufsrechts vom Leasingvertrag aber zu bejahen sein. Aus der Sicht des Leasinggebers möchte er es nur dem Leasinggeber, der es auch von ihm annietet, nicht einer sonstigen Person einräumen, die das Objekt vorher nicht nutzt und hierfür auch keine entsprechenden Leasingraten zahlt. Aus der Sicht des Leasingnehmers rentiert sich das Ankaufsrecht andererseits nur, wenn er das Objekt vorher selbst genutzt hat und daher auch auf dessen Zustand bis zum regelmäßig noch

in weiter Ferne liegenden Zeitpunkt der Ausübung des Ankaufsrechts Einfluss ausüben kann.

bb) ohne Ankaufsrecht des Leasingnehmers

Graf von Westphalen befürwortet darüber hinaus auch dann eine Formpflicht nach § 311 b Abs. 1 BGB des Leasingvertrages, wenn zugunsten des Leasingnehmers kein Ankaufsrecht vereinbart sei, und zwar wegen seiner Verbindung mit dem Ankauf der Immobilie, auf dem das Leasinggebäude errichtet werden soll, durch den Leasinggeber: Der Ankauf durch den Leasinggeber, der Bauvertrag und der Leasingvertrag bildeten zusammen eine rechtliche Einheit. Die vom Leasinggeber geschuldete Sachverschaffungspflicht zielt darauf ab, dass der Leasinggeber eine gebrauchstaugliche seinen speziellen Bedürfnissen entsprechende Immobilie zur Nutzung erhalte. Insbesondere erwerbe die Objektgesellschaft – handelnd als Leasinggeberin – nicht das Eigentum an Grund und Boden, sofern nicht regelmäßig aus der Perspektive von Leasinggeber und Leasingnehmer eine unmittelbare Verknüpfung mit dem anschließenden Bauvertrag hergestellt werde.⁵⁹ Dadurch, dass der Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber gemäß § 242 BGB das Recht zustehe, entsprechende Minderung der Leasingraten zu verlangen, soweit nicht behebbare Baumängel vorlägen, werde in deutlicher Weise eine Verknüpfung zwischen Grundstückskaufvertrag, Bauvertrag und Leasingvertrag hergestellt.⁶⁰ Diese Argumentation ist jedoch zweifelhaft. Sofern der Leasingnehmer selbst Eigentümer des Objektes war, dieses an den Leasinggeber überträgt und anschließend zurückmietet (sale and lease back), kann ein solcher Zusammenhang durchaus angenommen werden. Es ist insofern eine Parallele zu den oben bereits behandelten Rückmietfällen zu ziehen. Wenn jedoch der Leasinggeber die Immobilie von einem vom Leasingnehmer völlig unabhängigen Dritten übernimmt, wird regelmäßig keine rechtliche Verknüpfung der drei Verträge bestehen. Falls man mit einem Teil der Literatur für einen zusammenhängenden Vertrag eine Verknüpfung durch Bedingung, Rücktrittsvorbehalt oder Abschlussverpflichtung nicht für ausreichend erachtet,⁶¹ so entfällt von vornherein eine derartige Verknüpfung. Denn in die Vertragsbeziehung des Leasingvertrages ist der Verkäufer nicht eingebunden. Die Abhängigkeit soll erkennbar allein in der Risikosphäre des Käufers verbleiben, der mit Abschluss des Leasingvertrages das Objekt für sich wirtschaftlich verwertet. Der Verkäufer will für den Abschluss des Leasingvertrages in keiner Weise eintreten. Aber auch soweit ein Bedingungs-zusammenhang als hinreichend betrachtet werden sollte, und die Beteiligten tatsächlich einen solchen vereinbaren, so kann dies im Drei-Personen-Verhältnis allein keine rechtliche Einheit begründen. Machen die Ver-

54 OLG Köln MittRhNotK 1989, 191, 192.

55 Münchener Vertragshandbuch/Stolterfoht, Band 3, 5. Aufl., Anm. II. 4.

56 Fohlmeister in: Hagenmüller/Stopok, Leasinghandbuch, 5. Aufl., S. 139; Münchener Vertragshandbuch/Stolterfoht, Band 3, 5. Aufl., II. 4. (3).

57 Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1623.

58 Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1623; so wohl auch OLG Koblenz, ZfIR 2003, 285.

59 Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1621.

60 Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1624.

61 Korte, Handbuch der Beurkundung von Immobilienverträgen, Rz. 71; ders. DNotZ 1984, 3 ff.; Seeger, MittBayNot 2003, 11, 15.

tragsparteien des Kaufvertrages diesen vom Abschluss des Leasingvertrages abhängig, so würde dies andernfalls bedeuten, dass die Bedingung in einem Vertrag, an dem der Leasingnehmer gar nicht beteiligt ist, seinen Vertrag gegen seinen Willen formbedürftig machen. Dies verstößt gegen den Grundsatz der Privatautonomie.⁶² Der Leasingvertrag kann in diesen Fällen nur beurkundungsbedürftig sein, soweit dies zur Formulierung der Bedingung ausschließlich zwischen den Parteien des Kaufvertrages nötig ist. Der anschließend zwischen den Leasingparteien geschlossene weitere Vertrag selbst wird dadurch nicht beurkundungsbedürftig.

V. Heilung etwaiger Formmängel nach § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB

1. Besonderheiten bei der Heilung dinglicher Vorkaufsrechte

Die Verpflichtung zur Einräumung eines dinglichen oder persönlichen Vorkaufsrechts an einer Immobilie ist nach heute unbestrittener Meinung zwar beurkundungsbedürftig.⁶³ In analoger Anwendung des § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB wird eine formnichtige Verpflichtung zur Einräumung eines dinglichen Vorkaufsrechts aber durch die dingliche Einigung über seine Bestellung nach § 873 Abs. 1 BGB und die Eintragung im Grundbuch geheilt. Die Einigung über das Vorkaufsrecht selbst als Erfüllungsgeschäft bedarf dabei nur dann der notariellen Beurkundung, wenn sie mit dem Verpflichtungsgeschäft – was nur selten der Fall sein dürfte – im Sinne einer Geschäftseinheit verknüpft ist.⁶⁴ Diese Heilung erstreckt sich auf den gesamten Vertrag samt aller Nebenabreden, also beim zusammengesetzten Vertrag auch auf den nicht beurkundeten Miet- oder Pachtvertrag.⁶⁵ Dies gilt sowohl für den Fall, dass nur unvollständig das isolierte Vorkaufsrecht als auch, dass überhaupt nichts beurkundet worden war.⁶⁶ Die Heilung tritt allerdings nur in dem Umfang ein, in dem zwischen den Parteien im Zeitpunkt des Erfüllungsgeschäfts noch Übereinstimmung über die Bestellung des Vorkaufsrechts besteht. Haben sie während der Laufzeit des Mietvertrages beispielsweise ein ursprünglich zeitlich unbefristetes in ein befristetes Vorkaufsrecht umgewandelt und darüber formfrei eine dingliche Einigung erzielt, so kommt auch nur in diesem Umfang das spätere Vorkaufsrecht durch Heilung zustande.⁶⁷ Da eine dem § 925 a BGB entsprechende Vorschrift für Vorkaufsrechte nicht besteht, kann der Notar eine Beglaubigung einer Unterschrift zur Bewilligung eines dinglichen Vorkaufsrechtes nicht ablehnen.⁶⁸ Er darf damit die Heilung aktiv herbeiführen. Ein unvollständiger (z. B. ohne den Miet- oder Pachtvertrag) oder gar privatschriftlich abgefasster Verpflichtungsvertrag zur Einräumung eines Vorkaufsrechts stellt dagegen ein unwirksames Rechtsgeschäft dar, so dass der Notar insofern seine Mitwirkung, beispielsweise durch Unterschriftsbeglaubigung, zu versagen hat.⁶⁹ Dem Grundbuchamt gegenüber muss dagegen der Nachweis eines wirksamen Verpflichtungsgeschäftes nicht erbracht werden.⁷⁰

2. Heilung in sonstigen Fällen

Keine Heilungsmöglichkeit gibt es für ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht, da es an einer Einigung und einer Eintragung fehlt.⁷¹ Bei sonstigen Gestaltungen, wie bei-

spielsweise einem mit einem Mietvertrag verknüpften Vertragsangebot oder einem Optionsvertrag, gelten die allgemeinen Grundsätze der Heilung nach § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB. Sie tritt folglich erst mit wirksamer Auflassung und Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch ein. Das gilt auch, wenn das Ankaufsrecht durch eine Vormerkung gesichert ist, da die Sicherung wegen der Akzessorietät der Vormerkung nur bei einem formgültigen schuldrechtlichen Anspruch besteht.⁷² Das Reichsgericht hatte allerdings angenommen, dass der Formmangel einer mit einem Pachtvertrag verbundenen *Verpflichtung* zur Einräumung eines Verkaufsangebotes bereits durch Beurkundung des Angebotes geheilt werde.⁷³ Voraussetzung sei lediglich die Beurkundung des Kaufangebots mit allen wesentlichen im Pachtvertrag für den in Aussicht gestellten Grundstückskaufvertrag festgelegten Bedingungen.⁷⁴ Später hatte der BGH diese Rechtsprechung weitergeführt und die Heilung einer einem Dritten gegenüber eingegangenen Veräußerungsverpflichtung angenommen, wenn nur der Kaufvertrag – nicht die mit dem Dritten vereinbarten Verpflichtungen – beurkundet wurden.⁷⁵ Ohne sich ausdrücklich von der Entscheidung des Reichsgerichts zu distanzieren, hat der BGH später jedoch zur Heilung eines formnichtigen Vorvertrages bei verbundenen Rechtsgeschäften stets die vollständige Beurkundung des Hauptvertrages einschließlich des verbundenen Rechtsgeschäfts gefordert.⁷⁶ Für mit Mietverträgen zusammenhängende Ankaufsrechte gilt daher grundsätzlich, dass entweder der gesamte Mietvertrag vollständig neu zu beurkunden ist, oder aber eine Heilung des formnichtigen Mietvertrages nach den allgemeinen Regeln erst durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch eintritt.

VI. Ergebnisse:

Ein bereits bestehender Mietvertrag ist auch dann nicht beurkundungsbedürftig, wenn sein Inhalt für einen der Kaufparteien eines Immobilienkaufvertrages von entscheidender Bedeutung für den Kaufabschluss ist. Dagegen bedarf im Falle der Rückvermietung an den Verkäufer regelmäßig der gesamte Mietvertrag der notariellen Beurkundung, weil von ihm der Kaufvertrag abhängig ist. Das gilt auch, wenn die Vermietung aus Anlass des Kaufvertrages nicht an den Veräußerer selbst, sondern an eine mit Wissen und Wollen in die Vertragsver-

62 Keim, DNotZ 2001, 827, 834; Hartmann, MittRhNotK 2000, 11, 14.

63 Palandt/Heinrichs, § 311 b, Rz. 11; Staudinger/Wufka, § 313, Rz. 24.

64 Staudinger/Wufka, § 313 Rz. 24; Staudinger/Mader (Bearb. 2004), § 1094, Rz. 23; Soergel/Wolf, § 313, Rz. 27; a. A. Münchener Kommentar/Kanzleiter, § 313, Rz. 34; und ohne Begründung BGH NJW-RR 1991, 205, 206.

65 Palandt/Heinrichs, § 311 b, Rz. 55.

66 Staudinger/Wufka, § 313 Rz. 304; Münchener Kommentar/Kanzleiter, § 313, Rz. 82.

67 BGH DNotZ 1968, 93, 94.

68 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rz. 1399.

69 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rz. 1399; BGH WM 1967, 935, 936; wohl auch BayObLG, MittBayNot 1987, 54, 55.

70 Staudinger/Mader, § 1094 Rz. 27; Soergel/Steiner, 12. Aufl., § 1094, Rz. 6 a; a. A. noch OLG Celle, NJW 1949, 548.

71 Staudinger/Wufka, § 313, Rz. 327.

72 BGHZ 54, 57; BGH DNotZ 1961, 316; Staudinger/Wufka, § 313 Rz. 327.

73 RGZ 169, 185, 190.

74 RGZ 169, 185, 190.

75 BGH NJW 1982, 569 = DNotZ 1982, 433 m. Anm. Wolfsteiner.

76 BGH NJW 1988, 2880; BGH NJW-RR 1993, 522.

handlung eingeschaltete dritte Person erfolgt. Auch Vorkaufs- und Ankaufsrechte, welche im Zusammenhang mit langfristigen Pacht- oder Mietverträgen eingeräumt werden, begründen regelmäßig eine Beurkundungspflicht des gesamten Miet- und Pachtvertrages. Steuerliche Trennungsklauseln, die im Zusammenhang mit Mietkaufmodellen geschlossen werden, vermögen für sich allein nicht die Formfreiheit des Mietvertrages zu begründen. Erforderlich ist vielmehr insbesondere eine wirtschaftliche Entflechtung der jeweiligen Leistungsbeziehungen, die eine echte selbständige Entscheidung über den getrennten Abschluss beider Verträge ermöglicht. Diese Grundsätze führen dazu, dass beim Immobilienleasing mit Ankaufsrecht trotz der damit zu-

sammenhängenden kostenrechtlichen Nachteile der gesamte Leasingvertrag zu beurkunden ist. Ohne Vereinbarung eines Ankaufsrechts ist der Leasingvertrag dagegen nicht formbedürftig. Eine vorgezogene Heilung derartiger unvollständig beurkundeter Verträge kommt nur bei dinglichen Vorkaufsrechten durch die formfreie dingliche Einigung und Eintragung des Vorkaufsrechts in das Grundbuch analog § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht. Bei allen sonstigen Vertragstypen tritt die heilende Wirkung dieser Vorschrift erst mit Auflassung und Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch ein. Wird ein Ankaufsrecht nicht ausgeübt, bleibt es daher bei der Nichtigkeit aller Vereinbarungen einschließlich des Mietvertrages.

Notarielle Vereinbarungen anlässlich einer künstlichen Befruchtung¹

(von Notar Dr. Stefan Wehrstedt, Düsseldorf)

Gliederung

A. Einleitung

I. Begriffe

II. Gang der Darstellung

B. Homologes Verfahren

I. Verheiratetes Paar

§ 1 Zuordnung des Kindes zu den Eheleuten

§ 2 Stellung des Ehepaares untereinander

§ 3 Kontrollüberlegungen

§ 4 Regelungsbedarf

II. Nicht verheiratetes Paar

§ 1 Zuordnung des Kindes zum Paar

§ 2 Stellung des Paares untereinander

§ 3 Kontrollüberlegungen

§ 4 Regelungsbedarf

C. Heterologes Verfahren

I. Verheiratetes Paar

§ 1 Zuordnung des Kindes zu den Eheleuten

§ 2 Stellung des Ehepaares untereinander

§ 3 Kontrollüberlegungen

§ 4 Regelungsbedarf

II. Nicht verheiratetes Paar

§ 1 Zuordnung des Kindes zum Paar

§ 2 Stellung des Paares untereinander

§ 3 Kontrollüberlegungen

§ 4 Regelungsbedarf

D. Gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften

E. Ergebnis

A. Einleitung

Der Regelungsbedarf für eine notarielle Vereinbarung, die ein Paar anlässlich einer assistiert reproduktionsmedizinischen Behandlung treffen möchte, lässt sich sehr anschaulich aus den berufsrechtlichen Vorschriften der

Ärzte herleiten. Das Berufsrecht der Ärzte schreibt für Behandlungen in diesem Bereich vor, dass die Aufklärung der Ärzte vor der Behandlung des Paares „die relevanten medizinischen, juristischen und sozialen Gesichtspunkte berücksichtigen“² soll. Bei dem Entwurf der Richtlinien der Bundesärztekammer heißt es in der Kommentierung zu den vorgeschlagenen Punkten ferner, dass für die Entscheidung des Arztes für die Behandlung nicht nur der Kinderwunsch des Paares maßgebend ist, „sondern mit zumindest ebenso starker Gewichtung das künftige Wohl des erhofften Kindes“³.

Daraus ergeben sich für die notarielle Beratung und die sich im Anschluss daran zu treffende Vereinbarung folgende übergeordneten Gesichtspunkte. Für jedes zu behandelnde Paar sind anhand seiner Lebenssituation die konkreten familienrechtlichen Auswirkungen im Falle einer erfolgreichen Behandlung zu erörtern. Zudem ist der Wille des Paares zu ermitteln und eine auf den Einzelfall bezogene Regelung zu treffen.

Ferner ist aus Sicht des objektiv zu ermittelnden Kindeswohls sicherzustellen, dass das Kind keine schlechtere Stellung haben darf, als ein in natürlicher Weise gezeugtes Kind. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die gesetzgeberische Grundkonzeption dem Kind immer solche Ansprüche (z. B. auf Unterhalt) sowohl

1 Überarbeitete und aktualisierte Fassung des Vortrages, den der Verfasser anlässlich des interdisziplinären Fachsymposiums der Ärztekammer Nordrhein und der Rheinischen Notarkammer zur „Künstlichen Befruchtung“ am 26. November 2004 gehalten hat.

An dieser Stelle möchte ich Herrn Kollegen Notar Stephan Römer in Troisdorf danken, der mir durch die Überlassung seiner Formulierungsvorschläge wichtige Anregungen zur Gestaltung dieser Vereinbarungen gegeben hat.

2 Punkt 3.4. der Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion i. V. m. § 13 und Kapitel D III Nr. 9 der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte; veröffentlicht auf der Homepage der Ärztekammer Nordrhein unter www.aekno.de.

3 Kommentierung zu 3.2.3. der Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion der Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 1998, A-3166ff., veröffentlicht auf der Homepage der Bundesärztekammer unter ww.bundesaerztekammer.de.

gegenüber dem Vater wie der Mutter einräumt, die vollkommen unabhängig davon sind, in welchem Verhältnis das Paar zueinander steht bzw. welche Vereinbarungen das Paar untereinander getroffen hat.

I. Begriffe

Der Begriff der assistierten Reproduktion wird im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) nicht verwendet. Lediglich an einer Stelle wird von der *künstlichen Befruchtung*⁴ gesprochen, ohne dass der Begriff rechtlich eindeutig definiert wird⁵. Im weiteren Verlauf der Darstellung sollen damit sämtliche Verfahren der medizinisch assistierten Zeugung gemeint sein, die zu einer Befruchtung führen. Erfasst sind damit insbesondere die Verfahren der intrakorporalen Insemination, also der Befruchtung innerhalb des Mutterleibes. Ebenso umfasst der Oberbegriff der künstlichen Befruchtung auch die Befruchtung außerhalb des Mutterleibes, z. B. im Wege der In-Vitro-Fertilisation (IVF) (auch „Reagenzglasbefruchtung“ genannt) oder durch Intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI)⁶.

Des Weiteren werden die Begriffe der homologen und der heterologen Befruchtung unterschieden. Beim *homologen* Verfahren stammen die Eizellen von der Mutter und die Samenzellen von deren Ehemann bzw. deren Partner⁷. Wird die Samenspende eines Fremden (sog. Samenspender oder Dritter) für die Befruchtung der Eizelle der Frau verwendet, so spricht man vom *heterologen* Verfahren. Die Verwendung einer Eizelle einer fremden Frau ist in Deutschland bei der künstlichen Befruchtung nicht zugelassen, sodass auf die Darstellung der damit zusammenhängenden Rechtsfragen verzichtet wird.

II. Gang der Darstellung

Aus familienrechtlicher Sicht ist das medizinische Verfahren, das zu einer Befruchtung und späteren Geburt eines Kindes führt, grundsätzlich unbeachtlich. Maßgeblich ist zum einen, von wem die Eizelle und die Samenzelle stammen. Zum anderen ist aufgrund der einschlägigen gesetzlichen Regelungen zum Abstammungs- und Sorgerecht der Umstand entscheidend, ob das an der Behandlung beteiligte Paar miteinander verheiratet ist oder nicht.

Nachfolgend werden daher zunächst die beiden Obergruppen des homologen Verfahrens (Abschnitt B.) und des heterologen Verfahrens (Abschnitt C.) gebildet.

Innerhalb einer jeden Gruppe werden dann die rechtlichen Auswirkungen der künstlichen Befruchtung bei verheirateten (jeweils I.) und nicht verheirateten Paaren (jeweils II.) unterschieden.

Für jeden Fall werden dabei kurz die Konsequenzen der erfolgreichen Behandlung in Hinblick auf die rechtliche Zuordnung des Kindes zu dem Paar (jeweils § 1) sowie für das Paar untereinander dargestellt (jeweils § 2). Anhand von Kontrollüberlegungen beim Eintreten unerwarteter Umstände (jeweils § 3) wird dann der typischerweise erforderliche Regelungsumfang im Rahmen einer notariellen Vereinbarung ermittelt (§ 4).

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass es selbstverständlich immer der Betrachtung des Einzelfalles bedarf, um eine rechtlich zutreffende Beurteilung abgeben zu können, da beispielsweise bei einem Auslandsbezug der Beteiligten zu beachten ist, dass die Fragen der Abstammung und der rechtlichen Wirkungen des Eltern-Kind-Verhältnisses sich grundsätzlich nach dem gewöhnlichen Aufenthalt oder der Staatsangehörigkeit des Kindes richten, vgl. Art. 19 und Art. 23 EGBGB. Nachfolgend werden lediglich die Rechtsfolgen dargestellt, die sich bei Anwendbarkeit des deutschen Rechts ergeben.

B. Homologes Verfahren

I. Verheiratetes Paar

Findet während einer bestehenden Ehe eine künstliche Befruchtung statt und werden die Eizelle der Ehefrau und die Samenzellen des Ehemannes verwandt, gilt Folgendes:

§ 1 Zuordnung des Kindes zu den Eheleuten

1. Nach dem Gesetz⁸ ist die Mutter eines Kindes die Frau, die das Kind geboren hat. Bei einem Erfolg der Behandlung und der Geburt eines Kindes steht also die Mutter des Kindes immer fest.
2. § 1592 Nr. 1 BGB regelt ferner, dass Vater eines Kindes der Mann ist, der zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet ist (sog. Vaterschaftsvermutung oder Vaterschaft im Rechtssinne⁹). Damit steht auch die Vaterschaft fest. Die rechtliche Zuordnung des Kindes zu dem Ehemann der gebärenden Ehefrau gilt immer und insbesondere unabhängig davon, ob der Ehemann auch der genetische Vater ist.
3. Da beim homologen Verfahren die Eizelle und Samenzelle von den Ehegatten stammen, stimmen die gesetzlichen Bestimmungen zur Frage der Elternschaft mit der Zuordnung in genetischer Hinsicht überein. Damit ist eine Anfechtungsmöglichkeit¹⁰ der Vaterschaft nicht gegeben.
4. An die vorstehend dargestellte Zuordnung der Elternschaft zu dem verheirateten Paar knüpfen sich beispielsweise folgende Rechtsfolgen automatisch an:
 - a) Eltern und Kind sind wechselseitig unterhaltspflichtig¹¹. Solange z. B. das Kind minderjährig ist, haben die Eltern dem Kind die notwendigen Mittel

4 § 1600 Abs. 4 BGB.

5 Vgl. ausführlich Wanitzek, FamRZ 2003, 730 ff.; Palandt/Diederichsen, 64. Auflage 2005, Einf. vor § 1591 Rn 14 f.

6 Bei diesem Verfahren handelt es sich um eine Zusatztherapie zur IVF, bei der die Samenzelle unter einem Mikroskop in die Eizelle eingespritzt wird.

7 Bei nicht verheirateten Paaren wird teilweise auch der Begriff der „quasi-homologen“ Befruchtung verwandt z. B. Bundesnotarkammer Rundschreiben 40/97 DNotZ 1998, 241 ff.; Staudinger/Rauscher, 13. Bearb., Stand 2000, § 1591 Rn. 2. Diese weitere Unterteilung führt m. E. nicht zu größerer Klarheit, so dass im Weiteren darauf verzichtet wird; so auch Wanitzek FamRZ 2003, 730, 731 Fn. 32.

8 § 1591 BGB.

9 Palandt/Diederichsen, 64. Auflage 2005, § 1592 Rn 1.

10 Vgl. §§ 1600 ff. BGB.

11 §§ 1601 ff. BGB.

und Zuwendungen zum Leben und zur Ausbildung zukommen zu lassen. Andererseits hat auch ein erwachsenes Kind mit eigenem Einkommen u. U. den Eltern Unterhalt zu gewähren, wenn diese bedürftig sind¹².

- b) Die Eltern üben das Sorgerecht für das Kind gemeinsam aus¹³. Sie bestimmen also zum Beispiel gemeinsam, wo das Kind lebt, in welche Schule es geht etc. Ferner vertreten sie das Kind -solange es minderjährig ist- gemeinsam. Das gemeinsame Sorgerecht bleibt grundsätzlich auch dann bestehen, wenn das Ehepaar getrennt lebt bzw. sich scheiden lässt.
- c) Sterben die Eltern, so ist das Kind kraft Gesetzes zur Erbfolge berufen. Stirbt das Kind vor den Eltern, ohne eigene Abkömmlinge zu hinterlassen, so sind die Eltern seine Erben¹⁴.

§ 2 Stellung des Ehepaares untereinander

1. Die Stellung der Ehegatten untereinander wird durch die maßgeblichen Vorschriften des Eherechts bestimmt, sofern die Ehegatten nicht durch einen Ehevertrag etwas anderes vereinbart haben.

Die gesetzlichen Vorschriften des Eherechts sind von ihrem Leitbild her auf die sog. „Ein-Verdiener Ehe mit Kind“ ausgerichtet¹⁵. Für den Fall der Scheidung der Ehe ist daher eine gleichmäßige Verteilung des während der Ehe hinzugeworbenen Vermögens (sog. Zugewinnausgleich) und hinzugeworbener Rentenanwartschaften (sog. Versorgungsausgleich) vorgesehen. Damit sollen wirtschaftliche Nachteile des Ehegatten ausgeglichen werden, der wegen der Kindeserziehung kein eigenes Vermögen oder Rentenanwartschaften etc. aufbauen konnte. Ferner müssen u. a. an den erziehenden Elternteil, der durch die Erziehung des Kindes keiner oder nur einer geringfügigen Tätigkeit nachgehen kann, vom anderen Ehegatten nacheheliche Unterhaltszahlungen geleistet werden (sog. Betreuungsunterhalt¹⁶).

§ 3 Kontrollüberlegungen

1. Auch für den Fall, dass der Ehemann vor der Geburt des Kindes verstirbt, gilt die vorstehend genannte Vaterschaftsvermutung fort, sofern das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tode geboren wird¹⁷.
2. Sollte die Ehe der Paare vor der Geburt des Kindes rechtskräftig geschieden werden¹⁸, so gilt zwar keine nachwirkende Vaterschaftsvermutung¹⁹, da aber der (Ex-)Ehemann auch der genetische Vater ist, könnte die Vaterschaft auch (zwangsweise) im gerichtlichen Verfahren der Vaterschaftsfeststellung festgestellt werden.

§ 4 Regelungsbedarf

Bei einem verheirateten Paar, welches im Wege des homologen Verfahrens behandelt wird, ist ein besonderer Regelungsbedarf, der insbesondere anlässlich der künstlichen Befruchtung entsteht, grundsätzlich nicht erkennbar. Die Zuordnung des Kindes zu den Eltern ist

eindeutig und das Paar ist untereinander durch die gesetzlichen Regelungen des Familienrechts geschützt.

Allenfalls allgemein bliebe zu klären, ob wegen der konkreten Absicht, ein Kind zu zeugen, Anlass besteht, ggf. einen schon bestehenden Ehevertrag auf seinen Inhalt hin zu überprüfen.

II. Nicht verheiratetes Paar

Wird ein Kind aufgrund einer homologen künstlichen Befruchtung eines nichtverheirateten Paares geboren, ergeben sich folgende gravierende Abweichungen.

§ 1 Zuordnung des Kindes zum Paar

1. Da das Paar bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet ist, kann die vorstehend dargestellte Vaterschaftsvermutung nicht greifen. Im Rechtssinne ist das Kind vielmehr (zunächst) vaterlos²⁰.

Die Vaterschaft muss somit ausdrücklich ermittelt werden. Dies setzt entweder die freiwillige Anerkennung der Vaterschaft (§ 1594 BGB) oder eine (zwangsweise) gerichtliche Vaterschaftsfeststellung (§ 1600 d BGB) voraus.

- a) Die freiwillige Anerkennung durch den Mann kann erst nach der Befruchtung erfolgen (h. M.²¹) und setzt die Zustimmung der Mutter voraus. Die Anerkennungserklärung sowie die Zustimmung müssen öffentlich beurkundet werden, d. h., die Erklärungen sind z. B. beim Standesamt, Jugendamt oder bei einem Notar abzugeben.
- b) Die Vaterschaftsfeststellung kann auch „zwangsweise“ durch ein gerichtliches Verfahren erfolgen, welches durch den (genetischen) Vater, die Mutter oder das Kind eingeleitet werden kann²². Die Mutter ist sogar verpflichtet, die Vaterschaftsfeststellung im wohlverstandenen Interesse des Kindes zu betreiben. Verletzt sie diese Pflicht, kann das Familiengericht eingreifen und einen Ergänzungspfleger mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe betrauen²³.

2. Steht die Vaterschaft im Rechtssinne fest, so ergeben sich die unterhaltsrechtlichen Verpflichtungen und die erbrechtlichen Folgen im Verhältnis des Kindes zu den Eltern so, wie sie bereits oben unter Abschnitt B. I. § 1 dargestellt wurden.

12 Vgl. z. B. Krauß DNotZ, 2004, 502 ff. m. w. N.

13 §§ 1626 ff. BGB.

14 §§ 1924 ff. BGB.

15 MünchKomm/Koch, 4. Aufl. 2000, Vor § 1363 Rn. 8; Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rn. 2.

16 § 1570 BGB.

17 § 1593 S. 1 BGB.

18 Ein wohl eher theoretischer Fall, da die Behandlung nur durchgeführt werden dürfte, solange das Paar zusammen lebt und eine Scheidung – ausgenommen von besonderen Härtefällen – zumindest ein Getrenntleben von einem Jahr voraussetzt §§ 1564 ff. BGB.

19 Staudinger/Rauscher, 13. Bearb., Stand 2000, § 1592 Rn. 28.

20 Löhnig, Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern, 2. Auflage 2004, Rn. 2.

21 s. u. B. II. § 4.

22 § 1600d BGB.

23 §§ 1666, 1909 Abs. 1 S. 1 BGB, Löhnig, Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern, 2. Auflage 2004, Rn. 35 ff.

3. Die Vaterschaftsfeststellung führt aber nicht automatisch dazu, dass der Vater auch über die Belange des Kindes mitentscheiden darf. Grundsätzlich steht der Mutter des Kindes die Sorge kraft Gesetzes alleine zu²⁴.

Übt die Mutter das Sorgerecht aus, kann dem Vater das gemeinsame Sorgerecht nur dadurch zufallen, dass er die Mutter des Kindes heiratet oder beide eine sog. Sorgerechterklärung gemäß § 1626 a BGB abgeben. Diese muss wiederum öffentlich beurkundet werden²⁵. Die Sorgerechterklärung kann nur von der Partnerin und dem Partner gemeinsam abgegeben werden. Das Bundesverfassungsgericht²⁶ hat jüngst die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung bestätigt. Die Mutter kann z. B. bei Trennung des Paares nicht nachträglich zur Abgabe dieser Erklärung gezwungen werden, sodass der Partner nach Feststellung der Vaterschaft zwar unterhaltspflichtig, nicht aber zur Sorgerechtausübung und Vertretung des Kindes befugt ist.

§ 2 Stellung des Paares untereinander

1. Ist ein Paar nicht miteinander verheiratet, bestehen im Fall der Trennung grundsätzlich keinerlei wechselseitigen Ausgleichsansprüche in vermögensrechtlicher Hinsicht. Unabhängig davon, ob einer der Partner durch die Erziehung des gemeinschaftlichen Kindes wirtschaftliche Nachteile erfahren hat, gibt es keine Ansprüche an Zuwächsen des Vermögens oder der Rentenanwartschaften des anderen Teils der Partnerschaft. Jeder ist also ausschließlich auf sein eigenes Vermögen und seine eigene Altersversorgung angewiesen.

Das Gesetz sieht bei nicht verheirateten Paaren lediglich einen Unterhaltsanspruch gemäß § 1615 I BGB vor, wenn ein gemeinschaftliches Kind existiert. Danach hat insbesondere der Vater der Mutter, die aufgrund der Versorgung des Kindes einer Erwerbstätigkeit nicht nachgehen kann, grundsätzlich drei Jahre Unterhalt zu gewähren. Dieser gesetzliche Anspruch besteht nur dann für einen längeren Zeitraum, wenn es unter Berücksichtigung der Belange des Kindes (z. B. bei einer schweren Behinderung des Kindes, die eine dauernde Pflege notwendig macht) grob unbillig wäre, einen weitergehenden Anspruch zu versagen. Sollte der Vater das Kind betreuen, so steht ihm natürlich der Anspruch entsprechend zu.

§ 3 Kontrollüberlegungen

1. Stirbt der Partner, bevor die Vaterschaft festgestellt wurde, gibt es keine Vaterschaftsvermutung. Zwar kann auch posthum gerichtlich die Vaterschaft festgestellt werden, jedoch sind hierzu nur die Mutter und das Kind antragsberechtigt. Z. B. die Eltern des verstorbenen Vaters können ihre rechtliche Stellung als Großeltern nicht ohne Mitwirkung der Mutter feststellen lassen²⁷.
2. Im Fall der Trennung sind folgende Umstände zu beachten.
- a) Trennt sich das Paar z. B. vor der Geburt des Kindes und bevor die Vaterschaft anerkannt wurde

und heiratet die Partnerin dann ebenfalls vor der Geburt einen anderen Mann, so ist dieser Ehemann rechtlich gesehen der Vater des Kindes. Ein Anfechtungsrecht des genetischen Vaters besteht regelmäßig nicht²⁸. Gleiches gilt auch dann, wenn der neue Partner der Mutter diese zwar nicht heiratet, aber vor Feststellung der Vaterschaft des genetischen Vaters mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft für das Kind anerkennt und dann mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft lebt.

- b) Bei Trennung des Paares vor Bestehen eines gemeinsamen Sorgerechts besteht für den genetischen Vater wie dargelegt²⁹ insbesondere die Gefahr, dass ihm lediglich Umgangsrechte zustehen, sofern die Mutter nicht freiwillig der gemeinsamen Sorgerechtausübung zustimmt.
- c) Eine wirtschaftliche Absicherung des durch die Kindeserziehung berufliche bzw. sonstige wirtschaftliche Nachteile erleidenden Partners über die Regelung des § 1626a BGB hinaus ist bei Trennung nicht gegeben.

§ 4 Regelungsbedarf

1. Aufgrund der vorstehend dargestellten Unterschiede, die sich zwischen einem innerhalb bestehender Ehe und einem außerhalb einer solchen geborenen Kind ergeben, muss das Paar umfassend belehrt werden.

Im Rahmen einer notariellen Vereinbarung, die anlässlich einer künstlichen Befruchtung im homologen Verfahren beim nichtverheirateten Paar getroffen werden soll, sollte daher das ausdrückliche Einverständnis zu der Behandlung bei Kenntnis der Rechtslage dokumentiert werden.

2. Hinsichtlich der rechtlichen Zuordnung des Kindes zu seinem Vater ist zu berücksichtigen, dass auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts feststeht, dass eine gemeinsame Sorgerechtausübung den Bedürfnissen des Kindes nach einer Beziehung zu beiden Eltern entspricht³⁰. Dass die Rechte des Mannes auf Feststellung seiner Vaterschaft und Teilhabe an der Sorge für das Kind sichergestellt werden, dient damit nicht nur den Interessen des Mannes, sondern auch dem Kindeswohl. Z. B. könnte eine gegenseitige und zugunsten des Kindes bestehende Verpflichtung des Paares aufgenommen werden, auch im Falle der Trennung alle zur Vaterschaftsanerkennung und Ausübung der gemeinsamen Sorge notwendigen Erklärungen abzugeben.

24 § 1626a Abs. 2 BGB.

25 Zuständig hierfür ist nur der Notar oder das Jugendamt.

26 BVerfG FamRZ 2003, 285 ff; siehe auch nachstehenden § 4.

27 Vgl. OLG Hamburg FamRZ 2002, 842 f.; Löhnig, Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern, 2. Auflage 2004, Rn. 34.

28 Durch den jüngst in Kraft getretenen § 1600 Abs. 2 und 3 BGB besteht kein Anfechtungsrecht des genetischen Vaters, wenn zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater eine sozial-familiäre Beziehung besteht.

29 s. o. Abschnitt B. II. § 1 Ziff. 3.

30 Vgl. BVerfG FamRZ 2003, 285, 286.

- a) Allerdings ist zu beachten, dass nicht sicher vorhergesehen werden kann, ob solche Verpflichtungen rechtlich durchsetzbar sind.

Beispielsweise wird die Verpflichtung der Mutter zur Abgabe von Sorgerechtserklärungen von einigen Autoren als unwirksam angesehen, da diese Erklärung eine höchstpersönliche Grundsatzentscheidung sei, die vom aktuellen freien Willen getragen werden müsse³¹. Dieser Auffassung ist meines Erachtens nicht zu folgen, da sie eine übermäßige Betonung der Rechte der Mutter beinhaltet, die insbesondere im Hinblick auf die jüngste Entscheidung des BVerfG³² nicht mehr vertretbar ist. Das BVerfG hat in dieser Entscheidung erneut das verfassungsgemäße Elternrecht des nichtehelichen Vaters anerkannt. Die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung, trotzdem zunächst nur der Mutter das Sorgerecht zukommen zu lassen, sieht das BVerfG nur deshalb zunächst³³ als gerechtfertigt an, weil der Gesetzgeber es den Paaren gerade durch § 1626a BGB ermöglicht hat, eine übereinstimmende Sorgerechtserklärung abzugeben³⁴. Damit werde auch das Kindeswohl geschützt, da nur der geäußerte übereinstimmende Wille der Eltern ein hinreichendes Fundament für das Kind bilde, Verantwortlichkeit zu schaffen³⁵. Wenn nun im Wege der künstlichen Befruchtung ganz bewusst die Zeugung eines Kindes geplant wird, muss einem Paar also sowohl unter Berücksichtigung des Grundrechts auf Elternschaft des Vaters als auch zum Wohl des Kindes zu diesem Zeitpunkt bereits die Möglichkeit eingeräumt werden, rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben, die eine eindeutige Zuordnung zulassen³⁶.

- b) Aufgrund des dringenden Bedürfnisses nach frühzeitiger Rechtssicherheit vertreten einige Stimmen in der Literatur die Auffassung, eine Vaterschafts- und dem folgend eine gemeinsame Sorgerechtserklärung könne zumindest in den Fällen der künstlichen Befruchtung bereits vor der Zeugung des Kindes rechtsverbindlich abgegeben werden³⁷. Auch wenn dies vom Ergebnis her gesehen wünschenswert ist, scheint diese weite Auslegung zweifelhaft³⁸. Die Erklärung des Mannes bereits vor Zeugung des Kindes müsste sinngemäß dahingehend lauten, dass er jedes Kind, das seine Partnerin bekommen wird, als eigenes anerkennt. Eine solche „Blanko“-Anerkennung will der Partner im Regelfall nicht abgeben, sondern nur für die Kinder, die mit seiner Einwilligung im Wege der künstlichen Befruchtung gezeugt werden. Eine solche Einschränkung in Form einer Bedingung verstößt aber gegen den ausdrücklichen Wortlaut des § 1594 Abs. 3 BGB.
- c) Letztendlich läuft die gesamte Diskussion auf die Frage hinaus, ob die Beteiligten im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung eine bindende Regelung zur Zuordnung des Kindes zum Vater treffen können, so dass sie zur Abgabe der notwendigen statusrechtlichen Erklärungen verpflichtet sind³⁹. Dass es aus Sicht aller Beteiligten –

also auch der Mutter – ein dringendes Bedürfnis für eine solche verbindliche Vereinbarung gibt, wurde bereits ausgeführt⁴⁰. Zudem hat der Gesetzgeber auch durch die Einführung des § 1600 Abs. 2 a. F. (jetzt Abs. 4) BGB die Bedeutung „rechtsgeschäftlicher“⁴¹ Erklärungen für Statusfragen ausdrücklich anerkannt. Nach dieser Vorschrift führt nämlich die Einwilligung eines Paares in die Behandlung mittels Samenspende eines Dritten dazu, dass es seine Rechte auf Anfechtung der Vaterschaft verliert. Der Gesetzgeber hat sich damit selbst für die statusrechtlich bindende Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung entschieden.

Die Wirksamkeit einer Verpflichtung zur Abgabe einer gemeinsamen Sorgerechtserklärung oder Anerkennung der Vaterschaft setzt selbstverständlich voraus, dass die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen sinngemäß beachtet werden, die zur Wirksamkeit der unmittelbaren Abgabe dieser Erklärungen notwendig sind. Die Betroffenen dürfen z. B. sämtliche Erklärungen nur höchstpersönlich⁴² abgeben und diese müssen öffentlich beurkundet sein⁴³, da nur in diesem Fall eine ausführliche Belehrung der Beteiligten sowie eine hinreichende Dokumentation sichergestellt ist.

3. Soweit die Rechtsstellung des Paares untereinander betroffen ist, ist dieses nach der erfolgten Belehrung selbstverständlich frei, es bei den gesetzlichen Regelungen zu belassen oder weitergehende Vereinbarungen untereinander zu treffen. Häufig wünschen die nicht verheirateten Paare, die sich zwar bewusst gegen die „weitgehenden“ Rechtsbeziehungen des Ehe- (bzw. Scheidungsfolgen)-rechts entscheiden, trotzdem eine unterhaltmäßige Absicherung des erziehenden Elternteils. Denkbar ist dann z. B. eine Regelung wonach derjenige, der durch die Kindesbetreuung wirtschaftliche Nachteile erfährt, in entsprechender Anwendung der Vorschrift zum nachehelichen Betreuungsunterhalt des § 1570 BGB und bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen Unterhaltsansprüche gegen den anderen Partner haben soll.

31 Staudinger/Coester, Stand 2002, § 1626 Rn. 74.

32 FamRZ 2003, 285 ff.

33 Das BVerfG hat dem Gesetzgeber sogar aufgegeben, die tatsächliche Entwicklung in diesem Bereich zu beobachten und ggf. dann die Rechte der Väter gemäß Art. 6 Abs. 2 GG zu stärken; FamRZ 2003, 285, 291.

34 BVerfG aaO. 288 f.

35 BVerfG aaO. 288.

36 Vgl. Umfassend zu der Reichweite von Vereinbarungsmöglichkeiten auch Zimmermann DNotZ 1998, 404, 415 ff.

37 Erman/Holzhauser, 10. Aufl. 2000, § 1594 Rn. 8; MünchKomm/Welshofer-Klein, 4. Aufl. 2002 § 1594 Rn. 41; Roth DNotZ 2003, 805, 809.

38 Eckersberger MittBayNot 2002, 261, 262.

39 So auch ausdrücklich Staudinger/Rauscher, 13. Bearb., Stand 2000, Anhang zu § 1592 Rn. 13, der dies zumindest vor Einführung des § 1600 Abs. 2 a. F. BGB ablehnte.

40 Roth DNotZ 2003, 805, 808.

41 Die genaue Rechtsnatur z. B. der „Einwilligung“ in die heterologe Befruchtung ist umstritten vgl. Wanitzek FamRZ 2003, 730, 734; mit Roth DNotZ 2003, 805, 809 f. ist jedoch jedenfalls die Anwendbarkeit der Vorschriften über Willenserklärungen zu bejahen. So auch AnwK-BGB/Gutzeit/Klebeck, 1. Aufl. 2005, § 1600 Rn. 20.

42 §§ 1596 Abs. 4; 1626c Abs. 1 BGB.

43 §§ 1597 Abs. 1; 1626d Abs. 1 BGB.

4. Zusammenfassend sollte daher eine notarielle Vereinbarung, die anlässlich einer künstlichen Befruchtung im homologen Verfahren bei einem nicht-verheirateten Paar getroffen werden soll, die nachfolgenden Punkte beinhalten:

- die Belehrung über die rechtlichen Auswirkungen und die bestehenden Risiken und Unwägbarkeiten,
- eine ausdrückliche Einwilligung der Beteiligten in die Behandlung und Belehrung über die Fragen des möglichen Widerrufs,
- Verpflichtung zur Anerkennung der Vaterschaft und zur Abgabe einer gemeinsamen Sorgerechtsklärung,
- (Sofern gewünscht): Regelungen, die für das nichtverheiratete Paar im Falle der Trennung gelten sollen.

C. Heterologes Verfahren

I. Verheiratetes Paar

Wird bei einem verheirateten Paar eine Behandlung im heterologen Verfahren durchgeführt und die Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten erreicht, so gilt bei Geburt des Kindes Folgendes:

§ 1 Zuordnung des Kindes zu den Eltern

Die sog. Vaterschaftsvermutung, wonach der Ehemann der rechtliche Vater des Kindes ist, gilt auch, wenn feststeht, dass er nicht der genetische Vater ist⁴⁴. Damit sind die oben in Abschnitt B. I. § 1 gemachten Ausführungen hier entsprechend anwendbar. Grundsätzlich wird also das mittels Samenspende eines Dritten gezeugte Kind allein dem Ehepaar zugeordnet.

Allerdings sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, dass im Falle des Auseinanderfallens von rechtlicher Vaterschaft und genetischer Vaterschaft ein Anfechtungsrecht besteht. Anfechtungsberechtigt sind nach derzeitiger Gesetzeslage nur der Mann, dessen Vaterschaft vermutet wird, die Mutter und das Kind. Der Samenspender als genetischer Vater hat kein Anfechtungsrecht. Denn auch das mit Gesetz vom 23. April 2004⁴⁵ neu eingeführte Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters stellt darauf ab, dass nur solche Männer anfechtungsberechtigt sind, die der Frau während der Empfängniszeit beigeohnt haben, so dass der Samenspender bei künstlicher Befruchtung keine eigenen Rechte hat⁴⁶.

Im Falle einer künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten ist aber wegen § 1600 Abs. 4 BGB ein Anfechtungsrecht des Vaters und der Mutter ausgeschlossen, wenn sie in die Durchführung des heterologen Verfahrens eingewilligt haben. Der Widerruf der Einwilligung ist bis zur erfolgreichen Befruchtung jederzeit möglich⁴⁷.

Somit bleibt es nur dem Kind aufgrund der derzeitigen Gesetzeslage unbenommen, die Vaterschaft des „rechtlichen“ Vaters anzufechten, um so z. B. die Zuordnung der Vaterschaft zu dem Samenspender herzustellen.

Die behandelnden Ärzte müssen dem Kind auch Auskunft über die Person des Samenspenders geben und können sich insoweit nicht auf ihre ärztliche Schweigepflicht berufen⁴⁸.

Zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes besteht also für den Samenspender die Gefahr, dass er auf Betreiben des Kindes in die volle Rechtsstellung eines nicht-ehelichen Vaters hineinkommen kann. Wie oben bereits gezeigt, würde dies insbesondere auch zu wechselseitigen Unterhaltsverpflichtungen und zur Möglichkeit gegenseitiger Beerbung führen.

Zurecht wird die grundsätzlich bestehende Anfechtungsmöglichkeit des Kindes als rechtspolitisch fragwürdig kritisiert⁴⁹. Ein generelles Recht eines Kindes, seine genetische Abstammung auch in rechtlicher Hinsicht durchzusetzen, besteht nicht. Denn für den vergleichbaren Fall der „Leihmutterchaft“ sieht das Gesetz in § 1591 BGB vor, dass Mutter eines Kindes die Frau ist, die es geboren hat. Die genetische Abstammung spielt insoweit also keine Rolle. Auch das vom Bundesverfassungsgericht festgestellte Grundrecht des Kindes auf Kenntnis seiner eigener Abstammung⁵⁰ führt nicht zwangsläufig dazu, dass diesem ein Anfechtungsrecht zustehen muss⁵¹. Das Verfassungsgericht hatte in dem entschiedenen Fall lediglich das Recht eines adoptierten Kindes festgestellt, zu erfahren, wer die leiblichen Eltern sind. Es hat aber nicht darüber entschieden, dass dem Kind ein gesondertes Recht zukommen müsse, die rechtliche Elternschaft der Adoptiveltern aufzulösen, um von sich aus die rechtliche Elternschaft zu den genetischen Eltern herstellen zu können.

Letztlich wird die Fragwürdigkeit eines Anfechtungsrechtes auch im Hinblick auf das jüngst verabschiedete Gesetz zur Verbesserung der Rechte gleichgeschlechtlicher Lebenspartner verstärkt⁵². Nach einer Pressemitteilung der Bundesjustizministerin Zypries⁵³ soll durch die Möglichkeit der sog. Stiefkindadoption gleichgeschlechtlicher Lebenspartner insbesondere auch „ein durch eine Samenspende gezeugtes Kind einer homosexuellen Frau die Chance (haben), neben der leiblichen Mutter deren Lebenspartnerin als zusätzliche Unterhaltsverpflichtete zu gewinnen“⁵⁴. Vergleicht man

44 Staudinger/Rauscher, 13. Bearb., Stand 2000, Anhang zu § 1592 Rn. 9, Eckersberger MittBayNot 2002, 261, 262.

45 BGBI I S. 598.

46 Höfelmann FamRZ 2004, 745, 749; Palandt/Diederichsen, 64. Aufl. 2005, § 1600 Rn. 3; zweifelnd AnwK-BGB/Gutzeit/Klebeck, 1. Aufl. 2005, § 1600 Rn. 21, die aber m. E. zu Unrecht einem Samenspender die gleiche Rechtsstellung wie einem Mann aus einer nichtehelichen Partnerschaft einräumen wollen.

47 Eckersberger MittBayNot 2002, 261, 264 f.; Roth DNotZ 2003; 805; 813 f.; Vor In-Kraft-Treten des § 1600 Abs. 4 auch schon BGH DNotZ 1996, 778, 785.

48 Roth DNotZ 2003, 804, 821.

49 Roth DNotZ 2003, 804, 816; Wanitzek FamRZ 2003, 730, 734; a. A. Staudinger/Rauscher, 13. Bearb., Stand 2000, Anhang zu § 1592 Rn. 18.

50 FamRZ 1989, 255.

51 So auch Wanitzek FamRZ 2003, 730, 734, die darauf hinweist, dass das deutsche Recht damit im internationalen Vergleich eine Ausnahme darstellt.

52 Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, Bundesgesetzblatt 2004, Seite 3396 ff.

53 Zur tatsächlichen Umsetzbarkeit der gesetzlichen Regelung s. u. Abschnitt D.

54 Pressemitteilung des BMJ vom 29. 10. 2004.

zunehmend vom Ergebnis her die Stellung, die eine Lebenspartnerin nach Adoption zum Kind hat mit der eines Ehemannes so ist folgendes festzustellen:

Nach erfolgter Adoption durch die Lebenspartnerin besteht keine rechtliche Möglichkeit des Kindes, die Mutterschaft der Lebenspartnerin anzufechten, um eine rechtliche Vaterschaft zum Samenspender herzustellen, da kraft Adoptionsrecht alle Rechtsbeziehungen zum leiblichen Vater erlöschen⁵⁵. Damit hat die Lebenspartnerin nach erfolgter Adoption eine größere Rechtsicherheit als der Ehemann einer Frau, die mit seiner Einwilligung im Wege des heterologen Verfahrens ein Kind bekommt. Da der Ehemann wie dargelegt kraft Gesetzes schon der rechtliche Vater wird, besteht für ihn keine Möglichkeit einer Adoption, er muss daher mit einem möglichen Anfechtungsrecht des Kindes leben.

Dieser Unterschied in der Rechtsstellung wird m. E. auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass bei einer Adoption gemäß § 1741 BGB geprüft werden muss, ob sie dem Wohl des Kindes entspricht. Die Stiefkindadoption durch die Lebenspartnerin der Mutter nach erfolgter heterologer Befruchtung wird im Zweifel immer dem Kindeswohl entsprechen. Grundsätzlich ist es für das Kind vorteilhaft, wenn die Lebenspartnerin der Mutter ihm als weitere Verpflichtete z. B. für Unterhaltszahlungen und als Bezugsperson verantwortlich ist, da der Samenspender regelmäßig unbekannt ist und gerade keine Verantwortung für das Kind übernehmen will. Diese Gesichtspunkte gelten aber im Verhältnis zum Ehemann einer verheirateten Frau im gleichem Maße, nur dass hier die Übernahme der Verantwortung durch die Vaterschaftsvermutung des § 1592 Nr. 1 BGB automatisch erfolgt.

Es bleibt also nur zu hoffen, dass der Gesetzgeber diesen Wertungswiderspruch erkennt und endlich die notwendige Rechtssicherheit schafft, in dem er ein Anfechtungsrecht des Kindes ausschließt⁵⁶.

§ 2 Stellung des Ehepaares untereinander

Da das im Wege des heterologen Verfahrens gezeugte Kind als eheliches Kind anzusehen ist, gelten die in Abschnitt B. I. § 2 gemachten Ausführungen entsprechend.

Sollte aber das Kind die Vaterschaft anfechten, ist nicht sicher vorhersehbar, wie sich dies auf die Rechtsstellung des Ehepaares untereinander auswirkt. Fraglich ist z. B., ob der Ehemann der Ehefrau im Falle einer Scheidung noch unterhaltspflichtig wegen Kindesbetreuung wäre, da gemäß § 1570 BGB nur für ein gemeinschaftliches Kind Unterhalt geschuldet wird. Allerdings hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit bereits entschieden, dass auch bei einer wirksamen Anfechtung der Vaterschaft eine fortwährende Unterhaltspflicht bestehen kann⁵⁷, sofern nicht gerade der Unterhaltsberechtigte die Anfechtung betrieben hat. Dies wurde aus dem Umstand hergeleitet, dass mit der Einwilligungserklärung in die künstliche Befruchtung eine rechtsgeschäftliche Übernahme der Vaterschaft kraft Willensakt verbunden ist, die unabhängig von einer späteren Vaterschaftsanfechtung Unterhaltsverpflichtungen hervorrufen kann⁵⁸.

§ 3 Kontrollüberlegungen

Die Darstellung der Rechtslage hat bereits gezeigt, dass grundsätzlich die Überlegungen zum Fall der Behandlung eines Ehepaares im homologen Verfahren entsprechend gelten.

Die Formfreiheit der Einwilligungserklärung, die zum Ausschluss etwaiger Anfechtungsrechte des Ehepaares führt, birgt aber die Gefahr, dass die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung später angegriffen wird bzw. eine erfolgte Abgabe der Erklärung später nicht mehr eindeutig beweisbar sein könnte⁵⁹. Daher fordert das Berufsrecht der Ärzte zu Recht eine „notarielle Dokumentation“ der Abgabe der Einwilligungserklärung⁶⁰.

Die durch die potentielle Anfechtungsmöglichkeit des Kindes gegebene Rechtsunsicherheit und die Gefahr der Inanspruchnahme des Samenspenders wurden bereits dargestellt.

§ 4 Regelungsbedarf

Im Rahmen einer Vereinbarung über die Durchführung einer künstlichen Befruchtung im heterologen Verfahren sind die Belehrung über die rechtlichen Risiken und Unwägbarkeiten sowie die ausdrückliche Einwilligung der Beteiligten zu dokumentieren⁶¹. Zudem empfiehlt es sich im Hinblick auf diese Risiken, die mit diesem Verfahren verbundene Übernahme der Vaterschaft durch Willensakt und die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen vertraglich festzuhalten. Dabei kommt es dem Wohle des Kindes entgegen, wenn das an dem Verfahren beteiligte Paar die Verantwortung für das Kind in jeglicher Hinsicht gemeinsam übernimmt, und zwar unabhängig davon, ob die bestehende Ehe bis zur Geburt des Kindes fortgesetzt wird.

Ferner sollten im wohlverstandenen Interesse des Samenspenders Regelungen zu dessen Schutz vor Inanspruchnahme aufgenommen werden. Eine konkludente Freistellungsverpflichtung durch den Ehemann kann jedenfalls dann nicht mehr angenommen werden, wenn das Kind seine Stellung als Vater anfechtet⁶². Da es aber sachgerecht erscheint, dieses Risiko den Wunscheltern aufzuerlegen, sollten sich beide im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter dem Samenspender gegenüber verpflichten, ihn von jeglicher Inanspruchnahme – also auch im Falle einer Vaterschaftsanfechtung ggü. dem sozialen Vater – freizustellen.

Letztlich empfiehlt es sich, auch im Verhältnis des Paares untereinander klarzustellen, ob etwaige Ansprüche auf

55 § 1755 BGB.

56 Roth DNotZ 2003, 805, 817; Wanitzek FamRZ 2003, 730, 734.

57 BGH DNotZ 1996, 778 ff.

58 BGH DNotZ 1996, 778 ff; 1996, 787 ff. mit Anmerkung Zimmermann.

59 Roth DNotZ 2003, 804, 812 f.

60 Vgl. § 13 der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte i. V. m. Punkt 3.2.3 Richtlinie zur assistierten Reproduktion.

61 Vgl. Muster von Zimmermann in Kersten/Bühling, Formularbuch, 21. Aufl. 2001, § 98 Rn. 82 M, welches allerdings noch von der Rechtslage vor Einführung des § 1600 Abs. 2 (jetzt Abs. 4) BGB ausgeht.

62 Roth DNotZ 2003, 805, 820; Eckersberger MittBayNot 2002, 261, 264.

Betreuungsunterhalt auch im Falle der Vaterschaftsanfechtung durch das Kind fortgelten sollen.

Zusammenfassend sollte daher eine notarielle Vereinbarungen folgende Punkte beinhalten:

- Belehrung über die rechtlichen Auswirkungen und die Risiken und Unwägbarkeiten,
- eine ausdrückliche Einwilligung der Beteiligten in die Behandlung und Belehrung über die Fragen des möglichen Widerrufs,
- Übernahme der Vaterschaft durch Willensakt und die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen,
- Freistellung des Samenspenders von jeglicher Inanspruchnahme im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter,
- Regelungen, die für das Ehepaar im Falle der Scheidung bei gleichzeitiger Vaterschaftsanfechtung durch das Kind gelten sollen.

II. Nicht verheiratetes Paar

Wird bei einem nicht miteinander verheirateten Paar eine Behandlung im heterologen Verfahren durchgeführt, so gilt bei Geburt des Kindes Folgendes:

§ 1 Zuordnung des Kindes zum Paar

Die vorstehend in Abschnitt B. II. § 1 gemachten Ausführungen, insbesondere zur Notwendigkeit einer Vaterschaftsanerkennung und der Abgabe einer gemeinsamen Sorgerechtsklärung, gelten entsprechend.

Die Anerkennung der Vaterschaft ist zulässig und rechtlich verbindlich, auch wenn aufgrund des heterologen Verfahrens sicher feststeht, dass der Anerkennende nicht der genetische Vater ist⁶³. Nach den bereits in Abschnitt C. I. § 1 genannten Grundsätzen bleibt es aber dem Kind vorbehalten, die Vaterschaft auch nach einer Vaterschaftsanerkennung des Partners anzufechten.

Sollte der Partner allerdings die Vaterschaft nicht anerkennen, so kann eine „zwangsweise“ Vaterschaftsfeststellung mangels genetischer Abstammung des Kindes nicht gelingen.

§ 2 Stellung des Paares untereinander

Bei erfolgter Vaterschaftsanerkennung gelten hier die vorstehend in Abschnitt B. II. § 2 gemachten Ausführungen hinsichtlich der Stellung eines nichtverheirateten Paares entsprechend.

§ 3 Kontrollüberlegungen

Sämtliche rechtlichen Risiken, die bei der Behandlung eines nichtverheirateten Paares im homologen Verfahren (s. o. B. II. § 3) und bei der Behandlung eines verheirateten Paares im heterologen Verfahren (s. o. C. I. § 3) aufgezeigt wurden, kombinieren sich hier.

Vor der Vaterschaftsanerkennung gilt aufgrund der fehlenden genetischen Vaterschaft Folgendes: Stirbt der Partner, so gibt es keine Vaterschaftsvermutung und keine Möglichkeit einer posthumen Feststellung. Ebenso ist bei Trennung des Paares keine Möglichkeit einer

„zwangsweisen“ Vaterschaftsfeststellung gegeben. Auch hat die Mutter keine Unterhaltsansprüche gegenüber dem anderen Partner, da kein gemeinschaftliches Kind im Rechtssinne geboren wird.

Nach erfolgter Vaterschaftsfeststellung bleibt das Risiko, dass das Kind die Vaterschaft anfechten könnte.

§ 4 Regelungsbedarf

Gerade bei einer Behandlung eines nichtehelichen Paares im heterologen Verfahren wird deutlich, dass es zur Schaffung von möglichst größter Rechtssicherheit zwingend geboten ist, eine umfassende Vereinbarung zu treffen. Wie unter B. II. § 4 und C. I. § 4 gezeigt, sollte die notarielle Urkunde Folgendes enthalten:

- die Belehrung über die rechtlichen Auswirkungen und Risiken und Unwägbarkeiten,
- eine ausdrückliche Einwilligung der Beteiligten in die Behandlung und Belehrung über der Fragen des möglichen Widerrufs,
- Verpflichtung zur Anerkennung der Vaterschaft und zur Abgabe einer gemeinsamen Sorgerechtsklärung,
- Übernahme der Vaterschaft durch Willensakt und die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen,
- Freistellung des Samenspenders von jeglicher Inanspruchnahme im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter,
- (Sofern gewünscht:) Regelungen, die für das nichtverheiratete Paar im Falle der Trennung oder Vaterschaftsanfechtung durch das Kind gelten sollen.

D. Gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften

Wie oben bereits dargelegt, haben auch gleichgeschlechtliche Lebenspartner die Möglichkeit, Kinder des anderen Lebenspartners zu adoptieren; § 9 Abs. 7 LPartG⁶⁴. Nach einer Pressemitteilung der Bundesjustizministerin soll dies insbesondere in Fällen der heterologen Behandlung einer Frau zugunsten deren Lebenspartnerin gelten⁶⁵.

Diese Rechtsänderung sowie die rechtliche unverbindlich Mitteilung der Ministerin führen nicht zur Änderung der Einschätzung der Zulässigkeit einer Behandlung. Denn das Berufsrecht der Ärzte verbietet ausdrücklich gleichgeschlechtliche oder allein stehende Frauen zu behandeln⁶⁶.

Die Einräumung einer Adoptionsmöglichkeit gibt auch keinen zwingenden Anlass, das Berufsrecht insoweit zu ändern. Zum einen ist bei der Gesetzesänderung zur sog. Stiefkindadoption nicht ausdrücklich der Fall der künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines

⁶³ Palandt/Diederichsen, 64. Aufl. 2005, § 1598 Rn. 2

⁶⁴ Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, Bundesgesetzblatt 2004, Seite 3396 ff.

⁶⁵ Pressemitteilung des BMJ vom 29. 10. 2004

⁶⁶ Vgl. § 13 der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte i. V. m. Punkt 3.2.3 Richtlinie zur assistierten Reproduktion; Wanitzek, FamRZ 2003, 730, 733 m. w. N.

Dritten angesprochen worden. Zum anderen hat das gleichgeschlechtliche Paar auch nach der geplanten Gesetzesänderung keine Handhabe, vor Beginn der Behandlung eine rechtlich verbindliche Verpflichtung zur Annahme des Kindes durch die Lebenspartnerin zu begründen.

Dieses ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Ein Äquivalent zur Vaterschaftsanerkennung ist nicht eingeführt worden. Eine Adoption wird aber vom zuständigen Vormundschaftsgericht allein aus Gesichtspunkten des Kindeswohls ausgesprochen. Da die Stabilität der Lebenspartnerschaft ein wichtiges Kriterium zur Ermittlung des Kindeswohls ist⁶⁷, würde z. B. die Trennung des Paares dazu führen, dass die Adoption versagt würde und das Kind rechtlich allein der Mutter zugeordnet bliebe. Dieses Risiko ist im Hinblick auf die oben beschriebene Stellung des Samenspenders kaum hinnehmbar, da er sich nach derzeitiger Gesetzeslage der Gefahr ausgesetzt sehen würde, die rechtliche Vaterschaft übernehmen zu müssen.

E. Ergebnis

Die Fülle der vorstehend genannten rechtlichen Risiken und Unwägbarkeiten, die durch eine notarielle Vereinbarung anlässlich einer künstlichen Befruchtung verringert, nicht aber gänzlich ausgeschlossen werden können, beängstigen, da nach Angaben des Deutschen IVF Register im Jahr 2002 über 75 000 reproduktionsmedizinische Behandlungen durchgeführt wurden⁶⁸. Auch wenn davon auszugehen ist, dass die Mehrzahl der Behandlungen das homologe Verfahren bei verheirateten Paaren betreffen, bleibt für eine hohe Zahl der Fälle eine Rechtsunsicherheit bestehen. Wieder einmal⁶⁹ bleibt also nur der Appell an den Gesetzgeber, endlich für rechtlich eindeutige Regelungen auf dem Gebiet der Fortpflanzungsmedizin und den damit zusammenhängenden Fragen des Familienrechts zu sorgen.

67 Vgl. Palandt/Diederichsen, 64. Aufl. 2005, § 1741 Rn. 7 bezüglich der Stabilität der Ehe des Annehmenden.

68 Felberbaum, Deutsche Ärzteblatt 2004, 95 f.

69 Vgl. Eckersberger MittBayMot 2002, 261, 264; Roth DNotZ 2003, 805, 822.

Rechtsprechung

- 1. Liegenschaftsrecht – Belastung eines ideellen Bruchteils mit Vormerkung durch Alleineigentümer**
(BayObLG, Beschluss vom 20. 10. 2004 – 2Z BR 176/04 – mitgeteilt von Richter am BayObLG a. D. Johann Demharter, München)

BGB § 883

GBO §§ 7; 18

- 1. Eine inhaltliche Änderung des einzutragenden Rechts kann mit einer Zwischenverfügung nicht aufgegeben werden.**
- 2. Der Eigentümer eines Grundstücks kann einen von ihm hinzu erworbenen ideellen Bruchteil des Grundstücks rechtsgeschäftlich dann mit einer Auflassungsvormerkung belasten, wenn der restliche, ihm bereits zustehende Miteigentumsanteil ebenfalls mit einer Vormerkung belastet ist (Abweichung OLG Düsseldorf MittbayNot 1976, 137).**

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. sind je zur Hälfte Miteigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundstücks. Bei dem Bet. zu 2) handelt es sich um den Sohn der Bet. zu 1). Diesem war das Miteigentum im Jahr 1996 durch die Bet. zu 1) und ihren inzwischen verstorbenen Ehemann übertragen worden mit der Maßgabe, dass unter im Einzelnen näher bezeichneten Voraussetzungen eine Rückübertragungspflicht besteht, die durch Vormerkung gesichert ist.

Mit notarieller Urkunde vom 7. 6. 2004 übertrug die Bet. zu 1) ihren Miteigentumsanteil an den Bet. zu 2), der somit Alleineigentümer des Grundstücks wird.

Nummer 6 der notariellen Urkunde enthält eine Rückübertragungspflicht hinsichtlich des übergebenen Miteigentumsanteils, zu deren Sicherung eine Vormerkung bewilligt und

beantragt wurde. Die Voraussetzungen dieser Rückübertragungspflicht sind im Wesentlichen inhaltsgleich mit denen des früheren Übergabevertrags.

Das GBA, das die Auffassung vertritt, dass die Vormerkung nicht an einem ideellen Anteil des Alleineigentums des Bet. zu 2) eingetragen werden kann, hat durch Zwischenverfügung eine Abänderung der notariellen Urkunde verlangt. Das LG hat die gegen diese Entscheidung eingelegte Beschwerde durch Beschluss zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

II. Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Beschlusses des LG sowie der Zwischenverfügung des GBA.

1. Das LG hat ausgeführt:

Der Alleineigentümer eines Grundstücks könne einen ideellen Bruchteil des Grundstücks rechtsgeschäftlich nicht mit einer Auflassungsvormerkung belasten. Der Gesetzgeber habe eine entsprechende Belastung nicht vorgesehen. Die durch diese Rechtsauffassung entstehenden Schwierigkeiten seien nicht unüberwindbar.

2. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind aus formellen Gründen aufzuheben.

Das GBA hat den Beteiligten aufgegeben, den Inhalt der Vormerkung abzuändern. Mit einer Zwischenverfügung kann aber nicht verlangt werden, das einzutragende Recht inhaltlich zu verändern (BayObLGZ 1997, 282 = DNotZ 1998, 384 = MittRhNotK 1997, 398; Demharter, 24. Aufl., § 18 GBO Rn. 6, 32). Zweck der Zwischenverfügung ist es, dem Ast. den Rang und die sonstigen Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des An-

trags richten (§ 879 BGB i. V. m. §§ 17, 45 GBO; §§ 878, 892 Abs. 2 BGB), zu erhalten. Das aber ist nur gerechtfertigt, wenn der Mangel mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Dies ist bei einer inhaltlichen Abänderung des einzutragenden Rechts nicht der Fall.

III. Für das weitere Verfahren wird bemerkt:

Durch Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils von der Bet. zu 1) an den Bet. zu 2), der bereits Miteigentümer zu ein Halb ist, entsteht aus den bisherigen Anteilen einheitliches Alleineigentum des Bet. zu 2).

Ob der Alleineigentümer einen Bruchteil seines Grundstücks mit einer Auflassungsvormerkung belasten kann, ist im Gesetz nicht geregelt. §§ 1095, 1106, 1114 BGB bestimmen für das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallast und die Hypothek, dass die Belastung eines Bruchteils nur möglich ist, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht. Bei weiteren Grundstücksrechten, bei denen, ebenso wie für die Vormerkung, eine gesetzliche Regelung fehlt, wird die Frage, ob die Belastung eines ideellen Anteils des Alleineigentümers möglich ist, unterschiedlich beantwortet. Für Dienstbarkeiten, insbesondere für Grunddienstbarkeiten (vgl. BGHZ 36, 187, 189; Staudinger/Mayer, 13. Aufl., § 1018 BGB Rn. 55 m. w. N. auch zu Ausnahmefällen), sowie für das Erbbaurecht (vgl. Palandt/Bassenge, 63. Aufl., § 1 ErbBRVO § 1 Rn. 1) wird sie in der Regel verneint, während beim Nießbrauch die Belastung eines ideellen Anteils durch den Alleineigentümer für zulässig erachtet wird (BayObLGZ 1930, 342 und 1985, 6, 9; Palandt/Bassenge, § 1030 BGB Rn. 1 und § 1066 BGB Rn. 4). In Rechtsprechung und Literatur wird im Übrigen allgemein die Ansicht vertreten, dass grundsätzlich ein Bruchteil eines im Alleineigentum stehenden Grundstücks nicht belastet werden kann (vgl. RGZ 88, 21, 26; BGH RPfleger 1968, 114; OLG Zweibrücken RPfleger 1990, 15; BayObLG MittBayNot 1996, 108; Demharter, § 7 GBO Rn. 19; Meikel/Böttcher, 8. Aufl. § 7 GBO Rn. 62; Bauer/von Oefele/Maaß, § 7 GBO Rn. 14; KEHE/Eickmann, 5. Aufl., § 7 GBO Rn. 11).

Dementsprechend hat das OLG Düsseldorf (MittBayNot 1976, 137) für die Vormerkung entschieden, dass der Alleineigentümer einen ideellen Bruchteil des Grundstücks rechtsgeschäftlich nicht mit einer Auflassungsvormerkung belasten kann (so auch ohne nähere Begründung Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rn. 1502; Staudinger/Gursky, § 883 BGB Rn. 93).

Der Senat vermag sich dieser Auffassung jedenfalls für den vorliegenden Fall nicht anzuschließen. §§ 1095, 1106, 1114 BGB liegt der gesetzgeberische Wille zu Grunde, eine gesonderte Belastung von ideellen Grundstücksteilen nur zuzulassen, wenn diese verselbstständigt sind. Hierdurch soll größtmögliche Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs gewährleistet werden. Die entsprechenden Bestimmungen beruhen letztlich auf Zweckmäßigkeitserwägungen (vgl. BayObLGZ 1918, 161, 163; OLG Düsseldorf MittBayNot 1976, 137). Ebenso verlangt § 7 Abs. 1 GBO bei Belastung eines realen Grundstücksanteils zur Erhaltung der Übersichtlichkeit des Grundbuchs die rechtliche Verselbstständigung (vgl. Demharter, § 7 GBO Rn. 1). Der Senat kann den genannten Vorschriften aber keinen allgemeinen Rechts-

grundsatz entnehmen, der es dem Alleineigentümer generell verbieten würde, einen ideellen Anteil selbstständig zu belasten. Für den Nießbrauch wird im Gegenteil aus dem Fehlen von mit §§ 1095, 1106, 1114 BGB vergleichbaren Bestimmungen der Schluss gezogen, dass auch der Alleineigentümer einen Bruchteil seines Grundstücks belasten kann (vgl. BayObLGZ 1930, 342). Sonst ist ebenfalls eine Reihe von Ausnahmen anerkannt (Bauer/von Oefele/Maaß, § 7 GBO Rn. 16 ff.). Diese betreffen auch den Fall, dass ein Bruchteilseigentümer einen Restbruchteil hinzu erwirbt (vgl. BayObLG MittBayNot 1996, 108; Meikel/Böttcher, § 7 GBO Rn. 63). Hier bleiben bereits vorhandene Belastungen bestehen und beziehen sich nach dem Rechtsübergang auf fiktive Anteile eines einheitlichen Rechts. Vorliegend ist der dem Bet. zu 2) zustehende hälftige Miteigentumsanteil bereits mit einer Rückauflassungsvormerkung zu Gunsten der Bet. zu 1) belastet. Bei Entstehung des Alleineigentums des Bet. zu 2) besteht dieses Recht fort und bezieht sich weiterhin auf den hälftigen, jetzt nur noch fiktiven Anteil. Es dürfte für die Bet. kaum nachvollziehbar sein, dass die neu zu bestellende, einen inhaltsgleichen Anspruch sichernde Vormerkung nur als Recht am ganzen Grundstück, bezogen auf die Übertragung eines Hälftanteils eintragungsfähig sein soll. Würde man die Vormerkung so fassen, wie von den Vorinstanzen vorgeschlagen, würden an demselben Grundstück von der inhaltlichen Zweckrichtung her identische, von Reichweite und Gegenstand aber ganz unterschiedliche Vormerkungen eingetragen. Hierdurch würde das Grundbuch kaum übersichtlicher, sondern unübersichtlicher. Dies gilt umso mehr, als eine am ganzen Grundstück bestehende, aber nur einen Anspruch auf Rückübertragung des hälftigen Miteigentums sichernde Vormerkung letztlich kein Abbild der gesicherten schuldrechtlichen Beziehung darstellen würde.

In der gegebenen Situation, in der ohnehin eine Belastung eines fiktiven Anteils des Alleineigentums fortbestehen muss, ist die Möglichkeit der Belastung des weiteren restlichen Bruchteils auch im Interesse der Übersichtlichkeit des Grundbuchs unter den gegebenen Umständen geboten.

Das OLG Düsseldorf (MittBayNot 1976, 137) erachtet die Bestellung einer Vormerkung an einem ideellen Bruchteil eines Grundstücks durch den Alleineigentümer auch deswegen nicht für möglich, weil das dingliche Vorkaufsrecht, bei dem § 1095 BGB die Bruchteilsbelastung ausdrücklich verbietet, nach § 1098 Abs. 2 BGB Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung hat. Dem ist entgegenzuhalten, dass von den Besonderheiten des Vorkaufsrechts nicht ohne weiteres auf die Rechtslage bei der Vormerkung geschlossen werden kann, die anderen Regeln unterliegt.

Eine Eintragung des Rechts entsprechend dem vorliegenden Antrag der Bet. vermeidet im Übrigen die praktischen Schwierigkeiten, die bei Belastung des gesamten Grundstücks mit einer Rückauflassungsvormerkung, die nur die Übertragung eines hälftigen Anteils sichern soll, entstehen. Ihnen kann zwar, wie das LG zutreffend ausgeführt hat, durch entsprechende obligatorische Vereinbarungen begegnet werden. Derartige Vereinbarungen tragen aber ebenfalls nicht zur Vereinfachung der Rechtssituation bei. So wäre es bei antragsge-

mäßer Eintragung etwa entbehrlich, in den Vertrag eine Bestimmung aufzunehmen, die die Bet. zu 1) für den Fall, dass der Bet. zu 2) den ihm bereits von vornherein zustehenden Grundstücksanteil veräußern will, verpflichtete, insoweit auf die Vormerkung zu verzichten.

Der Senat hält aus diesen Gründen die Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht für überzeugend und hätte die Sache dem BGH vorgelegt, wenn es für die vorliegende Entscheidung auf die Rechtsfrage ankäme.

2. Liegenschaftsrecht – Löschung eines Wohnungsrechtes

(LG Düsseldorf, Beschluss vom 29. 12. 2004 – 25 T 924/04 – mitgeteilt von Notar Ulf Scharrelmann, Düsseldorf)

BGB § 1093

GBO § 23

1. Rückstände von Leistungen im Sinne des § 23 GBO sind nur dann denkbar, wenn die Pflicht des Bestellers zur Erhaltung der guten Bewohnbarkeit und Beheizbarkeit der Wohnräume dinglicher Inhalt des Wohnungsrechts ist.

2. Auch wenn es bei einem Wohnungsrecht an einem Teil eines Gebäudes dem jeweiligen Eigentümer nach § 1093 Abs. 3 BGB obliegt, die zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen in einem gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten und sie gegebenenfalls wieder in diesen Zustand zu versetzen, bedeutet dies nicht, dass dies auch dinglicher Inhalt des Wohnungsrechts ist. Rückstände von Leistungen sind insoweit ausgeschlossen.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 1) und 2) haben auf Grund notariellen Schenkungsvertrages vom 6. 4. 1995 den bezeichneten Grundbesitz von ihrem Vater, Herrn W. F. erworben. Dieser hatte im selben Vertrag seiner Ehefrau M. F. ein Wohnungsrecht eingeräumt in der 1. Etage des Hauses, bestehend aus 4 Räumen, Küche, Diele und Bad. Das Wohnrecht sollte nach dem Vertrag beginnen mit dem Tode des Schenkers und enden mit dem Tode der Berechtigten oder vorher mit dem Tage ihrer Wiederheirat. Entsprechend wurde auf Grund der Bewilligung vom 6. 4. 1995 ein bedingtes und befristetes Wohnungsrecht für M. F. in Abteilung II laufende Nr. 10 im Grundbuch eingetragen. Schuldrechtlich war darüber hinaus vereinbart, dass die Berechtigte ein Nutzungsentgelt nicht zu leisten, wohl aber die üblichen Nebenkosten zu tragen hat.

Unter Überreichung der Sterbeurkunde der am 8. 9. 2004 verstorbenen M. F. beantragt die Bet. zu 1) die Löschung des Rechts in Abteilung II. lfd. Nr. 10 des Grundbuchs.

Mit der angefochtenen Zwischenverfügung teilte das GBA mit, dass die Löschung des Rechts zur Zeit wegen § 23 GBO nicht ohne die Zustimmung der Rechtsnachfolger vorgenommen werden könne, da bei der Ausgestaltung des Wohnrechts mit Rückständen von Leistungen zu rechnen sei. Es hat insoweit Bezug genommen auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf (MittRhNotK 1994, 346).

Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Beschwerde der Bet. zu 1) hat Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung.

Gemäß § 23 GBO darf ein Recht, das auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist, nach dem Tode des Berechtigten vor Ablauf eines Jahres nur mit Bewilligung des Rechtsnachfolgers gelöscht werden, wenn Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind. Entgegen der Auffassung des AG sind nach Auffassung der Kammer Rückstände von Leistungen ausgeschlossen.

Bei einem Wohnungsrecht nach § 1093 BGB erschöpft sich die Verpflichtung des Grundstückseigentümers grundsätzlich darin, die Ausübung des Wohnungsrechtes zu dulden, nicht aber auch die Pflicht des Grundstückseigentümers, den Gebrauch der Wohnung zu gewähren und diese in einem gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten. Deshalb sind grundsätzlich beim reinen Wohnrecht Leistungsrückstände nicht möglich (vgl. LG Braunschweig, RNotZ 2002, 107 = DNotZ 2002, 149; OLG Hamm NJW-RR 2001, 1099 m. w. N.). Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich die Befugnisse des Berechtigten nicht in einer bloßen Nutzungsberechtigung erschöpfen, sondern Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Verpflichteten und den berechtigten Nebenleistungen des Eigentümers sind, die zum dinglichen Inhalt des Wohnungsrechts gemacht werden (so OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 957 = RNotZ 2003, 315). So hat das OLG Düsseldorf in dem vom AG in der angefochtenen Zwischenverfügung zitierten Beschluss entschieden, dass in einem Fall, indem sich das Wohnungsrecht nicht auf das Gebäude als Ganzes, sondern nur auf einzelne Räume des Hauses erstreckt, dem Berechtigten auch ein Recht auf Mitbenutzung der zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner des Hauses bestimmten Anlagen und Einrichtungen zusteht und die Verpflichtung des Eigentümers nicht in der bloßen Duldung der Nutzung und Mitbenutzung erschöpft, sondern der jeweilige Grundstückseigentümer auch verpflichtet ist, die zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Anlagen und Einrichtungen in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten und sie gegebenenfalls wieder in diesen zu versetzen, sofern die Funktionsfähigkeit der Anlagen oder der Einrichtungen unerlässlich ist, um die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume ordnungsgemäß nutzen zu können, so dass Rückstände von Leistungen des Grundstückseigentümers durchaus denkbar sind.

Dennoch geht die Kammer nicht davon aus, dass die Ausübung eines Wohnungsrechts an einzelnen Räumen immer zur Folge hat, dass Rückstände von Leistungen nicht auszuschließen sind und deshalb grundsätzlich die Löschungsbewilligung des Rechtsnachfolgers des Berechtigten erforderlich ist. Maßgeblich ist nämlich nicht allein das Bestehen eines möglichen Anspruchs des Wohnungsinhabers auf ordnungsgemäße Instandsetzung der dem Mitgebrauch unterliegenden Anlagen, sondern Rückstände von Leistungen im Sinne des § 23 GBO sind nur dann denkbar, wenn die Pflicht des Bestellers zur Erhaltung der guten Bewohnbarkeit und Beheizbarkeit der Wohnräume dinglicher Inhalt des Wohnungsrechts ist (vgl. BayObLGZ 1979, 372). Entscheidend kommt es

deshalb darauf an, mit welcher Maßnahme das Wohnungsrecht bestellt wurde. Vorliegend ist im notariellen Vertrag eine Regelung, die die Erhaltung und Benutzbarkeit der vom Wohnungsrecht betroffenen Räume durch den Eigentümer betreffen, nicht enthalten. Es gibt somit keinerlei Regelung, die zum dinglichen Inhalt des Wohnungsrechts gehört. Dann aber sind auch Rückstände von Leistungen im Sinne des § 23 GBO aus dem dinglichen Inhalt des Wohnungsrechts nicht gegeben. Vielmehr unterscheidet sich der vorliegende Fall von demjenigen, den das OLG entschieden hat. Auch wenn es nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 52, 234) dem jeweiligen Hauseigentümer obliegt, eine gemäß § 1093 Abs. 3 BGB zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmte Anlage in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten und sie gegebenenfalls wieder in diesen Zustand zu versetzen, bedeutet dies nicht, dass dies auch dinglicher Inhalt des Wohnungsrechts ist. Rückstände von Leistungen dinglichem Inhalts sind nach der vorliegenden notariellen Urkunde vom 6. 4. 1995 vielmehr ausgeschlossen. Zur Löschung des Rechts bedarf es deshalb nicht der Zustimmung des Rechtsnachfolgers.

3. Erbrecht – Testamentsvollstreckung durch Steuerberater

(BGH, Urteil vom 11. 11. 2004 – I ZR 182/02)

RBerG Art. 1 § 1

UWG §§ 3; 4 Abs. 11

- Art 1 § 1 RBerG zählt zu den Vorschriften i. S. des § 4 Nr. 11 UWG, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher, das Marktverhalten zu regeln.**
- Die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ist keine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i. S. von Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG.**

Zum Sachverhalt:

Der Kl. ist als Rechtsanwalt in M. tätig. Der Bekl., ein Diplom-Betriebswirt, betreibt ebenfalls in M. als Steuerberater eine Kanzlei. Auf seiner Internetseite bietet er unter anderem auch die Übernahme von Testamentsvollstreckungen an.

Der Kl. sieht hierin einen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz.

Das LG hat den Bekl. antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt. Die Berufung des Bekl. ist ohne Erfolg geblieben (OLG Hamm NJW-RR 2002, 1286).

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG (a. F.) i. V. mit Art. 1 § 1 RBerG als begründet angesehen und hierzu ausgeführt:

Der Bekl. verfüge als Steuerberater nicht über die für die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erforderliche Erlaubnis. Die Werbung des Bekl. sei daher unlauter i. S. des § 1 UWG (a. F.). Die geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung sei eine nach dem Rechtsberatungsgesetz erlaubnispflichtige Tätigkeit. Sie sei darauf gerichtet und geeignet, konkrete

fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers liege überwiegend auf rechtlichem und nicht auf wirtschaftlichem Gebiet. Ein Erblasser sehe bei der Anordnung einer Testamentsvollstreckung gerade auch Probleme rechtlicher Art voraus. Ansonsten würde er auf die mit Kosten verbundene Einsetzung eines Testamentsvollstreckers verzichten. Rechtliche Fallgestaltungen könnten überwiegend besser und bei komplizierten Auseinandersetzungsverträgen sogar ausschließlich nur von Rechtskundigen gelöst werden.

Dieser Beurteilung stehe nicht entgegen, dass es dem Erblasser freistehe, auch einen Steuerberater als Testamentsvollstrecker einzusetzen. Ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz scheidet auch nicht deshalb aus, weil dem Bekl. als Steuerberater eine wirtschaftsberatende oder treuhänderische Tätigkeit nach dem Steuerberatungsgesetz und die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers nach der Berufsordnung der Steuerberater erlaubt seien.

Die Tätigkeit des Bekl. falle nicht unter die Ausnahmenvorschrift des Art. 1 § 3 Nr. 6 RBerG, weil ein Testamentsvollstrecker, der nicht vom Nachlassgericht ernannt sei, keine „sonstige für ähnliche Aufgaben behördlich eingesetzte Person“ im Sinne dieser Vorschrift sei. Er sei diesem Personenkreis auch nicht gleichgestellt. Es handele sich bei der von dem Bekl. angebotenen Testamentsvollstreckung nicht um eine rechtliche Beratung, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erledigung von beruflichen Aufgaben des Steuerberaters stehe (Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG). Der Testamentsvollstrecker sei keine einem Vermögens- oder Hausverwalter ähnliche Person i. S. von Art. 1 § 5 Nr. 3 RBerG, auf die das Rechtsberatungsgesetz nicht anwendbar sei. Nach dem Tod des Erblassers sei eine fast überganglose Fortsetzung einer Vermögensverwaltung durch den Steuerberater ohne besondere rechtliche Probleme ein Ausnahmefall, der außer Betracht zu bleiben habe.

Die Beschränkung der Berufstätigkeit des Bekl. durch die Erlaubnispflicht nach dem Rechtsberatungsgesetz verstoße nicht gegen das Grundgesetz. Sie sei durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Dem Kl. steht gegen den Bekl. kein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. mit Art. 1 § 1 RBerG zu. Die Werbung des Bekl. für die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers stellt kein Angebot einer Rechtsberatung dar, die eine behördliche Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG erfordert.

1. Die Beurteilung des mit dem Klageantrag geltend gemachten Unterlassungsanspruchs richtet sich nach dem im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht (vgl. BGH GRUR 2004, 522 = WRP 2004, 608 – Zeitschriftenabonnement im Internet; GRUR 2004, 860, 862 = WRP 2004, 1287 – Internet-Versteigerung). Es sind daher die Bestimmungen des gemäß § 22 S. 1 am 8. 7. 2004 in Kraft getretenen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3. 7. 2004 (BGBl. I S. 1414) anzuwenden. Allerdings kann ein auf Wiederholungsfahr gestützter Unterlassungsanspruch nur bestehen,

wenn das beanstandete Verhalten auch zur Zeit der Begehung wettbewerbswidrig war.

2. Nach § 4 Nr. 11 UWG handelt derjenige unlauter i. S. des § 3 UWG, der einer gesetzlichen Bestimmung zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Zu den Vorschriften, die im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher, auch das Verhalten von Unternehmen bestimmen, zählt Art. 1 § 1 RBERG (vgl. zu § 1 UWG a. F.: BGH, GRUR 2003, 886, 889 = WRP 2003, 1103 – Erbenermittler; GRUR 2004, 253, 254 = WRP 2004, 487 – Rechtsberatung durch Automobilclub, jeweils m. w. N.; zu § 4 Nr. 11 UWG: Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 4 UWG Rn. 11.63; Harte/Henning/v. Jagow, § 4 UWG Nr. 11 Rn. 115; Ullmann, GRUR 2003, 817, 824). Unerheblich ist, dass Art. 1 § 1 RBERG, der eine Erlaubnispflicht für eine geschäftsmäßige Rechtsberatung vorsieht, auch über den Marktzutritt bestimmt. Dadurch wird der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG nicht ausgeschlossen, weil auch Marktzutrittsregelungen eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion haben können; insbesondere können sie dem Verbraucherschutz dienen (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 15/1487, S. 19; Ullmann, GRUR 2003, 817, 824; Baumbach/Hefermehl/Köhler, a.a.O., § 4 Rn. 11.63; vgl. auch zu § 1 UWG a. F.: BGHZ 150, 343, 348 – Elektroarbeiten).

3. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts verstößt die vom Bekl. angebotene Tätigkeit des Testamentsvollstreckers nicht gegen Art. 1 § 1 RBERG. Dies folgt – anders als die Revision meint – jedoch nicht bereits aus § 39 Abs. 1 Nr. 6 der Satzung über die Rechte und Pflichten bei der Ausübung der Berufe der Steuerberater und Steuerbevollmächtigten (Berufsordnung – BOSTB). Denn die Satzungsversammlung der Bundessteuerberaterkammer kann in der gemäß § 86 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 StBerG als Satzung erlassenen Berufsordnung nicht den Anwendungsbereich des Art. 1 § 1 RBERG festlegen. Vielmehr scheidet ein Verstoß gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG deshalb aus, weil es sich bei der vom Bekl. angebotenen Tätigkeit des Testamentsvollstreckers nicht um die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten im Sinne dieser Vorschrift handelt.

a) Nach dieser Vorschrift darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist. Ob die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers grundsätzlich eine erlaubnispflichtige Tätigkeit nach Art. 1 § 1 RBERG darstellt, ist umstritten (bejahend: OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 236, 237; OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 280 f. und 566; Schaub, MittBayNot 2001, 90 f.; Stracke, ZEV 2001, 250; ders., Die geschäftsmäßige Rechtsberatung durch Testamentsvollstrecker, 1999, S. 248 f.; Bonefeld, ZERB 2000, 171, 172; Henssler, ZEV 1994, 261, 262; Erbs/Kohlhaas/Senge, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, RBERG R 55, Art. 1 § 5 Rn. 17 und 38; Chemnitz/Johnigk, 11. Aufl., Art. 1 RBERG § 3 Rn. 435 und § 5 Rn. 561; Rennen/Caliebe, 3. Aufl., Art. 1 RBERG § 3 Rn. 49; Henssler/Prütting/Weth, Bundesrechtsanwaltsordnung, 2. Aufl., Art. 1 § 3 RBERG Rn. 41–43; Staudinger/Reimann, 2003, § 2197 BGB Rn. 65 f.; im Falle der Ernen-

nung von Banken als Testamentsvollstrecker: Schaub, FamRZ 1995, 845, 846; Leverenz, ZBB 1995, 156, 159; a. A.: Vortmann, WM 1995, 1745, 1746; ders., WuB VIII D Art. 1 § 1 RBERG 4.02; Kleine-Cosack, BB 2000, 2109 ff.; ders., EWiR 2000, 979 f.; Watrin, DStR 2002, 422, 424). Teilweise wird in der Literatur nach dem Umfang und dem Schwerpunkt der Tätigkeit im Einzelfall differenziert (MünchKomm/Zimmermann, 4. Aufl., § 2197 BGB Rn. 9; Bamberger/Roth/Mayer, § 2197 BGB Rn. 30; Sandkühler, DNotZ 2001, 645, 646). Zum Teil wird die Testamentsvollstreckung von Steuerberatern oder Banken auch nach Art. 1 § 3 Nr. 6 oder § 5 Nr. 2 oder Nr. 3 RBERG als zulässig angesehen (OLG Karlsruhe AnwBl 1992, 333; LG Krefeld DStRE 2000, 615, 616; LG Detmold WM 2001, 2441, 2442; Lang, NJW 1999, 2332, 2333; Bamberger/Roth/Mayer, a.a.O., § 2197 Rn. 30; Grunewald, ZEV 2000, 460; Streck, DStR 1991, 592, 594; Best, DStR 2000, 2001; Bork, WM 1995, 225, 226 ff.; Zeller, WuB VIII D Art. 1 § 3 RBERG 1.94; für eine analoge Anwendung des Art. 1 § 3 Nr. 6: Leverenz, ZBB 1995, 156, 165 ff.).

b) Nach der Rechtsprechung des BGH liegt eine erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i. S. des Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG vor, wenn eine geschäftsmäßige Tätigkeit darauf gerichtet und geeignet ist, konkrete fremde Rechtsangelegenheiten zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Dabei ist zur Abgrenzung erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung von erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung auf den Kern und den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen, weil eine Besorgung wirtschaftlicher Belange vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft ist. Es ist daher zu fragen, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht (BGH GRUR 2002, 993, 995 = WRP 2002, 970 – Wie bitte?!; BGH GRUR 2003, 886, 887 – Erbenermittler). Davon ist im Ansatz auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat jedoch bei der Beurteilung der Frage, ob der Schwerpunkt der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers auf rechtlichem oder wirtschaftlichem Gebiet liegt, einseitig auf die mit der Testamentsvollstreckung verbundene Verwirklichung und Gestaltung der konkreten Rechtsverhältnisse abgestellt und der wirtschaftlichen Seite der Testamentsvollstreckung zu wenig Bedeutung beigemessen.

aa) Ein Testamentsvollstrecker hat nach § 2203 BGB die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Er hat den Nachlass zu verwalten und ist berechtigt, ihn in Besitz zu nehmen und über Nachlassgegenstände zu verfügen (§ 2205 BGB) sowie Forderungen einzuziehen. Wenn mehrere Erben vorhanden sind, hat er die Auseinandersetzung nach näherer Maßgabe des § 2204 BGB zu bewirken. Seine Aufgaben können sich auf den gesamten Nachlass, auf einen einzelnen Nachlassgegenstand oder ein Vermächtnis beziehen (vgl. BGHZ 13, 203, 205 f. m. w. N.). Die Testamentsvollstreckung kann auf eine Abwicklungsvollstreckung, eine Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 S. 1 Hs. 1 BGB) oder eine Dauervollstreckung (§ 2209 S. 1 Hs. 2 BGB) gerichtet sein. Der Testamentsvollstrecker kann beschränkt

oder unbeschränkt zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass berechtigt sein (§§ 2206 ff. BGB). Auch das Recht zur Prozessführung steht ihm nach §§ 2212, 2213 BGB zu.

Der Schwerpunkt der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers kann, braucht aber nicht auf rechtlichem Gebiet zu liegen. Er kann in wesentlichem Umfang auch nur einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, wenn er den Nachlass in Besitz nimmt, die zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten bewertet und Verbindlichkeiten erfüllt sowie Nachlassgegenstände veräußert. Entsprechendes gilt für die Verwaltung des Nachlasses im Falle der Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung und die Auseinandersetzung des Nachlasses unter den Miterben.

bb) Die Frage, ob die Testamentsvollstreckung allgemein eine nach Art. 1 § 1 RBERG erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ist, hängt jedoch nicht vom jeweiligen Einzelfall ab. Für die Einstufung als erlaubnispflichtige Rechtsberatung kann angesichts dessen, dass nahezu alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen sind und eine wirtschaftliche Betätigung kaum ohne rechtsgeschäftliches Handeln möglich ist oder ohne rechtliche Wirkung bleibt, nicht allein auf die rechtlichen Formen und Auswirkungen des Verhaltens abgestellt werden. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die grundgesetzlich geschützte Berufsfreiheit des einzelnen, der geschäftsmäßig die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ausüben will, ist vielmehr eine abwägende Beurteilung des jeweils beanstandeten Verhaltens danach erforderlich, ob es sich bei ihm um eine Rechtsbesorgung oder um eine Tätigkeit handelt, die ohne Beeinträchtigung ihrer Qualität und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege auch von anderen Dienstleistern erfüllt werden kann. Dabei sind die öffentlichen Belange (Sicherung der Qualität der Dienstleistung und Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege), die den Erlaubnisvorbehalt des Rechtsberatungsgesetzes rechtfertigen, gegen die Berufsfreiheit desjenigen abzuwägen, dem wegen des Fehlens einer entsprechenden Erlaubnis die Vornahme bestimmter Handlungen untersagt werden soll (BVerfG WRP 2002, 1423, 1425; BGH GRUR 2002, 993, 995 – Wie bitte?!; GRUR 2003, 886, 887 – Erbenermittler). In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, ob der Auftraggeber im Rahmen der Geschäftsbesorgung eine besondere rechtliche Prüfung des Inhalts des Geschäfts oder der mit diesen verbundenen Risiken ausdrücklich wünscht oder zumindest erkennbar erwartet. Die entsprechende Erwartung richtet sich im Zweifel nach der Person und der Qualifikation des Geschäftsbesorgers, nach den verkehrstypischen Gepflogenheiten und nach den objektiven Maßstäben des jeweiligen Geschäfts (BGH GRUR 2000, 729, 730 = WRP 2000, 727 – Sachverständigenbeauftragung, m. w. N.).

cc) Diese Abwägung führt zu einer grundsätzlichen Freiheit der geschäftsmäßigen Übernahme einer Testamentsvollstreckung vom Erlaubnisvorbehalt nach Art. 1 § 1 RBERG.

Die erbrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches sehen eine besondere Qualifikation für das Amt des Testamentsvollstreckers nicht vor. Nur im Fall

der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit ist die Ernennung des Testamentsvollstreckers unwirksam (§ 2201 BGB). Eine Entlassung aus dem Amt des Testamentsvollstreckers kann nach § 2227 BGB nur auf Antrag eines Beteiligten erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Im Übrigen nimmt der Erblasser die Auswahl des Testamentsvollstreckers häufig nicht im Hinblick auf dessen rechtliche Kenntnisse, sondern auf Grund eines besonderen Vertrauensverhältnisses zum Testamentsvollstrecker oder auf Grund von Kenntnissen und Fähigkeiten des Testamentsvollstreckers vor, die etwa auf wirtschaftlichem Gebiet liegen. Diese Fähigkeiten und Kenntnisse können bei der Durchsetzung des Willens des Erblassers im Vordergrund stehen und die von dem Testamentsvollstrecker erwartete Dienstleistung in erster Linie bestimmen, so dass es jedenfalls nicht maßgeblich auf die rechtliche Qualifikation des Testamentsvollstreckers ankommt. Wird gleichwohl die Beurteilung rechtlicher Fragen im Rahmen der Testamentsvollstreckung, insbesondere bei der Abwicklungsvollstreckung, erforderlich, kann und muss der Testamentsvollstrecker – wie dies der Erblasser auch erwarten wird – seinerseits Rechtsrat einholen. Eine mögliche Belastung des Nachlasses mit zusätzlichen Kosten für die Einholung von Rechtsrat durch einen nicht rechtskundigen Testamentsvollstrecker ist die für den Erblasser vorhersehbare Folge der Auswahl der Person des Testamentsvollstreckers. Dass die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege durch die geschäftsmäßige Besorgung von Testamentsvollstreckungen durch Personen, die über keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügen, in einer Weise beeinträchtigt wird, die ein Verbot dieser Tätigkeit rechtfertigt, ist nicht festgestellt und wird auch nicht geltend gemacht.

Es lässt sich danach nicht feststellen, dass die öffentlichen Belange des Rechtsberatungsgesetzes – die Qualität der Dienstleistung in rechtlicher Hinsicht zu sichern oder die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu erhalten – gegenüber der Freiheit der Berufsausübung derjenigen, die das Amt des Testamentsvollstreckers versehen, überwiegen. Ein Verbot der geschäftsmäßigen Ausübung des Amtes des Testamentsvollstreckers ohne Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit somit nicht gerechtfertigt. Entsprechendes gilt für ein Verbot des Anbietens geschäftsmäßiger Testamentsvollstreckung.

4. Erbrecht – Testamentsvollstreckung durch Banken (BGH, Urteil vom 11. 11. 2004 – I ZR 213/01)

RBERG Art 1 § 1
UWG §§ 3; 4 Nr. 11

Da die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers keine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ist, kann eine Bank, ohne gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. mit Art. 1 § 1 RBERG zu verstoßen, für die Übernahme von Testamentsvollstreckungen werben.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. sind Rechtsanwälte mit Kanzleisitz in K. Die Bekl. ist eine bundesweit tätige Bank, die eine Filiale in K. unterhält. Sie

wirbt im Internet unter dem Stichwort „Nachlassmanagement“ darum, mit Testamentsvollstreckungen betraut zu werden.

Die Kl. sehen darin einen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz und haben die Bekl. auf Unterlassung in Anspruch genommen.

Das LG hat die Bekl. zur Unterlassung verurteilt. Die Berufung der Bekl. ist mit den zuletzt gestellten Unterlassungsanträgen erfolglos geblieben (OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 566).

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG (a.F.) i. V. mit Art. 1 § 1 RBerG als begründet angesehen und hierzu ausgeführt:

Die Kl. seien zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG (a.F.) klagebefugt. Sie böten Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt an. Die Voraussetzungen eines rechtsmissbräuchlichen Vorgehens der Kl. i. S. von § 13 Abs. 5 UWG (a.F.) lägen trotz umfangreicher Abmahntätigkeit nicht vor.

Beanstandet werde von den Klägern nur die Testamentsvollstreckung in den Fällen, die sich nach deutschem Recht richteten und in denen die Bekl. nicht vom Nachlassgericht als Testamentsvollstrecker ernannt worden sei.

Die Bekl. verfüge als Bank nicht über die für die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erforderliche Erlaubnis. Die Werbung der Bekl. sei daher unlauter i. S. des § 1 UWG (a.F.). Die geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung sei eine nach dem Rechtsberatungsgesetz erlaubnispflichtige Tätigkeit. Sie sei darauf gerichtet und geeignet, konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Bei der Beurteilung, ob es sich bei dem beanstandeten Verhalten um eine Rechtsbesorgung oder um ein von anderen Dienstleistern ohne Beeinträchtigung der Qualität der Leistung oder der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu erfüllende Tätigkeit handele, sei festzustellen, dass die Testamentsvollstreckung erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung sei. Aufgabe des Testamentsvollstreckers sei die Einziehung von Nachlassforderungen, die Klärung und Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten und –jedenfalls im Falle der Abwicklungsvollstreckung – die Ausführung der Abwicklung und Auseinandersetzung des Nachlasses. Unter anderem wegen der komplizierten und streitanfälligen Regelungen über die Anrechnung von Vorempfängen und wegen der Vorschriften über die Art der Teilung und der rechtlichen Modalitäten bedürfe es hierfür rechtlicher Kenntnisse.

Die Tätigkeit der Bekl. falle nicht unter die Ausnahmenvorschrift des Art. 1 § 3 Nr. 6 RBerG. Ein nicht vom Nachlassgericht ernannter Testamentsvollstrecker sei keine „sonstige für ähnliche Aufgaben behördlich eingesetzte Person“ im Sinne dieser Vorschrift. Die von der Bekl. angebotene Testamentsvollstreckung könne im Fall einer Abwicklungsvollstreckung auch nicht durch Art. 1 § 5 Nr. 3 RBerG gerechtfertigt werden, weil sie maßgeblich rechtlich geprägt sei und die Tätigkeit nicht der Vermögensverwaltung, sondern ihrer Beendigung diene. Da die Werbung der Bekl. für die Übernahme von Testamentsvollstreckungen umfassend zu verstehen sei

und sie daher auch für den Fall werbe, dass eine Abwicklungsvollstreckung in Rede stehe, bedürfe es insoweit keiner Einschränkung. Einer Untersagung der Übernahme von Testamentsvollstreckungen durch die Bekl. nach Art. 1 § 1 RBerG stünden verfassungsrechtliche Belange nicht entgegen.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Den Kl. steht gegen die Bekl. kein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. mit Art. 1 § 1 RBerG zu. Die Werbung der Bekl. für die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers stellt kein Angebot einer Rechtsberatung dar, die eine behördliche Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG erfordert. (. . .)

Anmerkung der Schriftleitung: Die Entscheidungsgründe sind ganz überwiegend wörtlich identisch mit den Entscheidungsgründen des vorstehend abgedruckten Urteils vom 11. 11. 2004 – I ZR 182/02. Siehe zu beiden Entscheidungen auch den Aufsatz von Esser (S. 69 in diesem Heft).

5. IPR/Ausländisches Recht – Entbehrlichkeit einer Apostille bei Unterschriftsbeglaubigung eines französischen Notars

(LG Wuppertal, Beschluss vom 16. 11. 2004 – 6 T 740/04 – mitgeteilt von Notar Thomas Odenthal, Frechen)

Nach dem deutsch-französischen Abkommen über die Befreiung öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 13. 9. 1971 können hinsichtlich einer Unterschriftsbeglaubigung durch einen französischen Notar Legalisation, Apostille, Beglaubigung oder ähnliche Förmlichkeiten nicht verlangt werden.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. haben beantragt, nach Maßgabe der Bewilligung der Berechtigten zwei in den genannten Grundbüchern eingetragene Grundschulden nebst Zinsen und weiteren Nebenleistungen – auch an etwaigen Mithaftstellen – zu löschen und dieser Löschung zugestimmt. Die Unterschrift der Bet. zu 2) unter diesem Löschantrag ist von einem französischen Notar beglaubigt worden; der Beglaubigungsvermerk ist mit seinem Stempel und Unterschrift versehen. Die Unterschrift des Bet. zu 1) ist von dem amtlich bestellten Vertreter des Notars O. beglaubigt worden. Den von Notar O. gestellten Antrag auf Löschung der beiden Rechte hat die Rechtspflegerin des AG mit Zwischenverfügung unter Setzung einer Frist zur Behebung des Hindernisses dahingehend beanstandet, dass Urkunden eines französischen Notars zwar von der Legalisation befreit seien, jedoch eine Apostille erforderlich sei, die anzubringen sei.

Hiergegen wendet sich der Notar und macht geltend, dass nach dem Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über die Befreiung öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 13. 9. 1971 auch eine Apostille nicht erforderlich sei.

Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II. Das Rechtsmittel ist als Beschwerde gegen die Zwischenverfügung zulässig und hat in der Sache Erfolg.

Denn nach dem genannten deutsch-französischen Abkommen können bezüglich der Beglaubigung der Unterschrift der Bet. zu 2) durch den französischen Notar Legalisation, Apostille, Beglaubigung oder ähnliche Förmlichkeiten nicht verlangt werden. In diesem Abkommen ist vertraglich festgelegt, dass die in einem Vertragsstaat aufgenommenen öffentlichen Urkunden im anderen Staat – sei es zur Beweisführung, sei es zur Wahrung einer vorgeschriebenen Form – verwendet werden können, ohne dass ihnen zuvor eine Legalisation, Apostille oder ähnliche Echtheitsbescheinigung hinzugefügt werden muss. Damit der „amtliche Charakter“ einer Urkunde erkannt werden kann, ist lediglich vorgeschrieben, dass sie „mit amtlichem Siegel oder Stempel“ versehen sein muss, was hier der Fall ist. Die Befreiung dieser Urkunden von allen Förmlichkeiten, die dem Nachweis der Echtheit ausländischer öffentlicher Urkunden besonders dienen, wird durch die Vereinbarung ergänzt, dass den öffentlichen Urkunden aus dem anderen Vertragsstaat die gleiche Beweisvermutung der Echtheit zugute kommt, die das innerstaatliche Recht den öffentlichen Urkunden der eigenen Gerichte, Behörden oder Urkundspersonen vorbehält. Durch die negative (Befreiung von Förmlichkeiten) und positive (Echtheitsvermutung) Seite des genannten Abkommens wird der Urkundverkehr mit Frankreich vollständig „liberalisiert“ (vgl. Arnold, DNotZ 1975, 581 f.).

Dies alles ergibt sich schon aus Art. 1 des genannten Abkommens (BGBl. 1974, Teil II, S. 1074 f.; abgedruckt auch in Meikel, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 29 GBO Rn. 258 – allerdings mit unzutreffendem Jahrgang des BGBl.), der wie folgt lautet:

„Öffentliche Urkunden, die in einem der beiden Staaten errichtet und mit amtlichem Siegel oder Stempel versehen sind, bedürfen zum Gebrauch in dem anderen Staat keiner Legalisation, Apostille, Beglaubigung oder ähnlichen Förmlichkeit.“

Art. 2 bestimmt, dass als öffentliche Urkunden für die Anwendung dieses Abkommens anzusehen sind auch Urkunden eines Notars; Art. 3 bestimmt, dass amtliche Bescheinigungen, die auf Privaturkunden angebracht sind, wie z. B. Beglaubigungen von Unterschriften, je nach der Eigenschaft der Person, welche die Bescheinigung oder Beglaubigung erteilt hat, als öffentliche Urkunden anzusehen sind. Das genannte Abkommen hat daher im deutsch-französischen Urkundverkehr nicht nur die Legalisation, sondern jegliche Echtheitsbescheinigung ausnahmslos abgeschafft und lässt keine abgestufte Behandlung der betreffenden öffentlichen Urkunden zu (vgl. Arnold, a. a. O., sowie MünchKomm/Spellenberg, 3. Aufl., Art. 11 EGBGB Rn. 98). Nur wenn sich ernsthafte, begründete Zweifel an der Echtheit der aus dem anderen Staat stammenden Urkunde ergeben, kann diesen nachgegangen werden (Art. 6); derartige Zweifel sind jedoch vorliegend nicht ersichtlich und werden von der Rechtspflegerin auch nicht geltend gemacht.

Aus den von der Rechtspflegerin herangezogenen Schriftumsnachweisen ergibt sich nichts anderes: Zimmermann führt zwar im Beckschen Notar-Handbuch, 2. Aufl., in der Länderliste zum Haager Übereinkommen vom 5. 10. 1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation (BGBl. 1965, Teil II,

S. 875 ff.) bei Frankreich die Notwendigkeit einer Apostille auf, verweist aber gleichzeitig auf ein „Bilaterales Abkommen mit weiteren Befreiungen von Echtheitsnachweisen“, also auf das hier in Rede stehende deutsch-französische Abkommen. Die in den Mitt-RhNotK 1976, 128 f. enthaltene Zusammenstellung befasst sich nur mit der Verwendung deutscher öffentlicher Urkunden im Auslandsverkehr, so dass sich, wenn es dort zu Frankreich (S. 133) heißt, dass öffentliche Urkunden, die mit amtlichen Siegel oder Stempel versehen sind, zum Gebrauch in Frankreich keiner Legalisation, Apostille pp. bedürfen, keineswegs der Umkehrschluss rechtfertigt, dass französische Urkunden zum Gebrauch in Deutschland derartiger Förmlichkeiten bedürften, vielmehr gilt gleiches für beide Länder.

Demharter (24. Aufl., § 29 GBO Rn. 50 f.) führt zwar das betreffende Abkommen an, setzt sich jedoch nicht näher mit ihm auseinander (Rn. 52), sondern führt lediglich aus, dass unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere soweit ein Staatsvertrag Urkunden von dem Erfordernis der Legalisation befreie, auch die Apostille nicht gefordert werden könne (Rn. 53). Schöner-Stöber (Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rn. 165) führen nur ganz allgemein aus, dass Staatsverträge die Befreiung von der Legalisation vorsehen können, ohne auf das in Rede stehende Abkommen näher einzugehen.

6. Notarrecht – Widerruf einer Auszahlungsanweisung hinsichtlich auf Anderkonto hinterlegten Kaufpreis durch einen Beteiligten

(BayObLG, Beschluss vom 17. 12. 2004 – 1Z BR 064/04 – mitgeteilt von Richter am BayObLG a. D. Johann Demharter, München)

BeurkG § 54 c Abs. 3

BNotO § 15

Der Notar handelt nicht pflichtwidrig, wenn er die Auszahlung des auf seinem Anderkonto hinterlegten Aufpreisteiles in einem Fall aussetzt, in dem sich der Pfändungsgläubiger des Käufers einseitig darauf beruft, es sei eine Rückabwicklung des Kaufvertrages vorzunehmen und der Kaufpreisteil an ihn auszuzahlen.

Zum Sachverhalt:

I. Die Rechtsvorgängerin der Bet. zu 1) ein in Sachsen ansässiges Unternehmen, hat im Zuge der Privatisierung ehemaliger volkseigener Betriebe mit notariellem Kaufvertrag vom 14. 11. 1991 an den Bet. zu 3) mehrere Grundstücke bzw. Grundstücksteilflächen nebst Gebäuden und Betriebsteilen verkauft. Als Gesamtkaufpreis wurden 2 750 000,- DM zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart. An dem Vertrag waren ferner die Treuhandanstalt (jetzt Bet. zu 2)) beteiligt sowie die Bet. zu 4) bis 10, die Ansprüche nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (VermG) erhoben haben.

§ 3 Ziffer 3 des notariellen Vertrages vom 14. 11. 1991 bestimmt, dass sämtliche Zahlungen auf ein vom Notar einzurichtendes Anderkonto zu leisten sind. In § 3 Ziffer 5 wird dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht für den Fall eingeräumt, dass der Käufer mit einem Kaufpreisteil in Zahlungsverzug gerät und trotz Mahnung innerhalb von 4 Wochen ab deren Zugang Zahlung nicht geleistet hat. § 4 enthält Anweisungen dazu, unter welchen Voraussetzungen der Notar Auszahlungen an die Verkäuferin

oder die Bet. zu 4) bis 10) vornehmen darf. Unter § 5 des Kaufvertrages haben die Bet. zu 4) – 10), die Treuhandanstalt und die Verkäuferin umfangreiche Vereinbarungen getroffen. Als Zeitpunkt für den Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten wurde der 1. 1. 1992 festgelegt (§ 20); ferner verpflichtete sich die Verkäuferin, Pfandrechten zur Finanzierung von Investitionen und Betriebsmitteln den Vorrang einzuräumen (§ 18 Abs. 4).

Der Bet. zu 3) hat am 2. 1. 1992 die erste Kaufpreisrate in Höhe von 1,5 Mio. DM, jedoch ohne Mehrwertsteuer, auf das Notaranderkonto bezahlt. Weitere Zahlungen sind in der Folge nicht mehr eingegangen. Mit Schreiben vom 18. 4. 1995 hat der Liquidator der Verkäuferin dem Käufer hinsichtlich des noch offenen Kaufpreisbetrages eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gesetzt.

Der Bet. zu 11) hat als Verwalter im Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen einer Gläubigerin des Bet. zu 3) für diese mit Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vom 30. 10. 1995 die angebliche Rückzahlungsforderung des Bet. zu 3) gegen den Notar gepfändet. Mit Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vom 27. 5. 2002 hat er die Ansprüche des Käufers sowohl gegen den Amtsnachfolger des Urkundsnotars aus der Hinterlegung als auch gegen die Verkäuferin gepfändet.

Der Amtsnachfolger des Urkundsnotars hat mit Bescheid vom 9. 1. 2004 den Vollzug des Kaufvertrages vom 14. 11. 1991 und die Auszahlung des auf dem Notaranderkonto hinterlegten Betrages zuzüglich der aufgelaufenen Zinsen ausgesetzt.

Der Bet. zu 11) hat hinsichtlich der Aussetzung der Auszahlung Beschwerde eingelegt und beantragt, den Notar anzuweisen, den hinterlegten Kaufpreis nebst Zinsen an ihn auszuzahlen. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des Bet. zu 11). Die Bet. zu 2) und die Bet. zu 4) und 5) haben der Auszahlung des hinterlegten Betrages an den Bet. zu 11) widersprochen.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 15 Abs. 2 BNotO, §§ 27, 29 FGG), jedoch nicht begründet.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt:

Im Rahmen des § 15 BNotO sei ausschließlich darüber zu befinden, ob die Handlungsweise des Notars pflichtwidrig sei. Der Notar habe sich für ein Vorgehen entschieden, wie es § 54 c Abs. 3 BeurkG vorsehe; dies stelle keine Amtspflichtverletzung dar. Es liege eine mehrseitige Anweisung im Sinne dieser Vorschrift vor. Bei Kaufverträgen werde die Hinterlegungsanweisung in der Regel vom Verkäufer und Käufer erteilt. Auch im vorliegenden Fall sei die Anweisung nicht einseitig nur durch den Einzahlenden, sondern von allen Vertragspartnern erteilt worden; es seien detaillierte Anweisungen getroffen worden, unter welchen Bedingungen an welchen Beteiligten bezahlt werden solle. Das Verhalten des Notars entspreche dem Wortlaut des Gesetzes und sei deshalb nicht pflichtwidrig.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 15 Abs. 2 S. 2 BNotO, § 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Das LG hat zu Recht die Zulässigkeit der Erstbeschwerde bejaht. Das Verfahren nach § 15 BNotO ist auch dann eröffnet, wenn der Notar sich weigert, in bestimmter Weise über Geld zu verfügen, das auf einem von ihm geführten Anderkonto hinterlegt ist (vgl. BayObLGZ 1995, 204, 207 f. m. w. N.; BayObLG FGPrax 2000, 79 = DNotZ 2000, 376 = MittRhNotK 2000, 34). Beschwerdeberechtigt ist in diesem Verfahren auch der Pfändungsgläubiger, der die Auszahlung des beim Notar verwahrten Kaufpreises verlangt (KG DNotZ 1999, 995, 996 f.).

b) Gerichtliche Entscheidungen nach § 15 BNotO haben ausschließlich darüber zu befinden, ob die beanstandete Handlungsweise des Notars pflichtwidrig ist (vgl. BayObLGZ 1995,

204, 201 f.; BayObLG FGPrax 2003, 285 = DNotZ 2004, 194). Diesen rechtlichen Ausgangspunkt hat das LG seiner Prüfung zugrunde gelegt. Seine Würdigung, dass der Notar unter den hier gegebenen Umständen die Auszahlung des auf seinem Anderkonto hinterlegten Kaufpreisteils verweigern darf, ist nicht zu beanstanden.

aa) Der Zahlung der ersten Kaufpreisrate auf das Anderkonto des Notars liegt ein gemeinsamer Treuhandauftrag der am Kaufvertrag Beteiligten zugrunde. Nach § 54 c Abs. 2 BeurkG hat der Notar den Widerruf einer Verwahrungsanweisung, die von mehreren Anweisenden erteilt ist, nur dann zu beachten, wenn er durch alle Anweisenden erfolgt. Eine derartige übereinstimmende Weisung aller Anweisenden liegt hier nicht vor.

Der Pfändungsgläubiger stützt seinen Antrag auf Auszahlung des hinterlegten Betrages darauf, dass der Kaufvertrag wegen des Rücktritts der Verkäuferin rückabzuwickeln und folglich der auf dem Anderkonto verwahrte Betrag an den Käufer – bzw. wegen der erfolgten Pfändung an ihn – zurückzuzahlen sei. Damit liegt ein Fall des § 54 c Abs. 3 BeurkG vor: Danach hat sich der Notar jeder Verfügung über das Verwahrungsgut zu enthalten, wenn eine von mehreren Anweisenden erteilte Verwahrungsanweisung nicht durch alle Anweisenden widerrufen und darauf gestützt wird, dass das mit der Verwahrung durchzuführende Rechtsverhältnis rückabzuwickeln sei.

bb) Es kann dahinstehen, ob § 54 c Abs. 3 BeurkG in den Fällen keine Anwendung findet, in denen feststeht, dass der dem Treuhandauftrag zugrunde liegende Kaufvertrag endgültig rückabgewickelt wird (so KG FGPrax 1998, 38 = DNotZ 1998, 204; 1999, 189 = DNotZ 1999, 998; KG Beschluss vom 30. 7. 2002 – 1 W 59/02; Winkler, 15. Aufl., § 54 c BeurkG Rn. 32). Auch nach dieser Ansicht kann eine Rückzahlung des hinterlegten Kaufpreises an den Käufer durch den Notar nur dann erfolgen, wenn als feststehend anzusehen ist – etwa auf Grund übereinstimmender Erklärungen der Vertragsparteien –, dass die Parteien die Vertragsdurchführung nicht mehr wollen, und darüber hinaus eine etwa vom Verkäufer erbrachte Vorleistung rückabgewickelt ist. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor:

(1) Es steht nicht fest, ob und inwieweit der Kaufvertrag vom 14. 11. 1991 rückabzuwickeln ist, da hierzu keine übereinstimmenden Erklärungen der Vertragsparteien oder ihrer Rechtsnachfolger vorliegen. Die Bet. zu 2), die nach § 16 Ziffer 6 des Vertrages vom 14. 11. 1991 auch die Rechte der Verkäuferin wahrnehmen kann, vertritt die Auffassung, der Vertrag habe teilbare Leistungen zum Gegenstand, so dass sich die Erklärung des Liquidators vom 18. 4. 1995 nur auf den nicht erfüllten Teil des Kaufvertrages bezogen habe und der Kaufvertrag im Übrigen durchzuführen sei. Die auf dem Anderkonto befindliche erste Kaufpreisrate stehe deshalb der Verkäuferin zu und sei auf Grund einer zwischenzeitlich erfolgten Abtretung an sie – die Bet. zu 2) – auszuzahlen. Die Bet. zu 4) bis 10) meinen hingegen, der auf dem Notaranderkonto verwahrte Kaufpreisteil stehe entsprechend den vertraglichen Bestimmungen ihnen zu.

(2) Der Streit darüber, ob, inwieweit und unter welchen Bedingungen eine Rückabwicklung des Vertrages vom 14. 11. 1991 zu erfolgen hat, ist im Verfahren der streitigen Zivilgerichtsbarkeit zu klären. Es ist nicht Aufgabe des Notars, den Streit der Beteiligten zu entscheiden, wer von ihnen materiell-rechtlich Anspruch auf den hinterlegten Kaufpreis hat. Der Notar ist im Rahmen des Hinterlegungsverfahrens als Organ der vorsorgenden Rechtspflege tätig; er ist zur rechtskundigen und sorgfältigen Erledigung der übernommenen Aufgabe verpflichtet, wobei er nach seinem pflichtgemäßem Ermessen die ihm zugänglichen Erkenntnismöglichkeiten nutzen kann (vgl. Schippel/Reithmann, 7. Aufl., § 23 BNotO Rn. 20, 21). Dabei hat er zwar grundsätzlich Rechtsfragen zu prüfen, etwa im Falle einer Abtretung oder Pfändung die Frage der Empfangsberechtigung; es kann sich dabei jedoch nicht um Prüfungen und Entscheidungen

handeln, die wesensgemäß Aufgabe der streitentscheidenden Zivilgerichtsbarkeit sind (KG DNotZ 1999, 994, 998).

(3) Überdies ist auch nicht ersichtlich, ob etwaige Vorleistungen der Verkäuferin bereits zurückgewährt wurden.

Der Notar hat deshalb nicht pflichtwidrig gehandelt, indem er sich darauf beschränkt hat, den Beteiligten seine Rechtsauffassung mitzuteilen, es sei „mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Rechtsfolgen des § 326 BGB a. F. eingetreten“ seien, den Vollzug des Kaufvertrages und die Auszahlung des hinterlegten Betrages auszusetzen und den Beteiligten Gelegenheit zu geben, eine Einigung herbeizuführen oder die Streitigen Fragen im Zivilprozess zu klären.

7. Notarrecht – Amtspflichten des Notars beim Versand vollstreckbarer Ausfertigungen

(LG Mönchengladbach, Beschluss vom 12. 1. 2005 – 5 T 305/04 – nicht rkr. – mitgeteilt von Richter am LG Ulrich Jopen, Mönchengladbach)

BNotO § 19

KostO § 16

Der Notar verletzt seine Amtspflichten, wenn er eine vollstreckbare Ausfertigung per Post mittels einfachen Briefes übersendet, ohne sicherzustellen, dass eine schnelle und zuverlässige Überprüfung möglich ist, ob die vollstreckbare Ausfertigung den Empfänger erreicht hat oder nicht. Geht die vollstreckbare Ausfertigung verloren, kann der Notar die Gebühren für die Erteilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung nicht geltend machen.

Zum Sachverhalt:

I. Mit der angefochtenen Kostenrechnung hat der Kostengläubiger der Kostenschuldnerin die Gebühren für die Erteilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Urkunde über eine zugunsten der Kostenschuldnerin bestellte Grundschuld in Rechnung gestellt. Unstreitig ist die erste vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde, die der Kostengläubiger mit Anschreiben der Kostenschuldnerin übersenden wollte, verloren gegangen.

Die Kostenschuldnerin hat gegen die Kostenrechnung Beschwerde eingelegt.

Der Bezirksrevisor bei dem LG ist gehört worden. Auf die Einwände des Bezirksrevisors hat der Kostengläubiger seine Kostenrechnung berichtigt.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Beschwerde der Kostenschuldnerin ist begründet. Die angefochtene Kostenrechnung in der berichtigten Fassung ist aufzuheben, weil die Kostenschuldnerin für die in Rechnung gestellten Gebühren für die Erteilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung nicht in Anspruch genommen werden kann.

Der Gebührenforderung steht zunächst entgegen, dass der Kostengläubiger nach Auffassung der Kammer schon nicht substantiiert und nachvollziehbar dargelegt hat, dass die erste vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde die Räume des Notariats überhaupt verlassen hat. Der Kostengläubiger hat mehrfach in diesem Verfahren als auch in dem vorgelegten Schriftwechsel behauptet, die erste voll-

streckbare Ausfertigung entweder per Bote oder per einfachen Brief an die Kostenschuldnerin übersandt zu haben. Hieraus folgt, dass der Notar den Abgang der vollstreckbaren Urkunde offensichtlich nicht in zuverlässiger Weise festzustellen vermag.

Geht man, weil die allgemeine Lebenserfahrung hierfür spricht, davon aus, dass der Kostengläubiger die erste vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde mittels einfachem Brief auf dem Postwege übersendet hat, so können die Gebühren für die zweite vollstreckbare Ausfertigung gem. § 16 KostO wegen unrichtiger Sachbehandlung durch den Kostengläubiger nicht erhoben werden. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 16 KostO liegt dann vor, wenn dem Notar eine Amtspflichtverletzung im Sinne des § 19 BNotO vorzuwerfen ist. Im Entscheidungsfalle hat der Kostengläubiger mit Versendung der ersten vollstreckbaren Ausfertigung mittels einfachen Briefes auf dem Postwege seine Amtspflichten im Zusammenhang mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung verletzt. Nach einer Entscheidung des OLG Oldenburg vom 8. 9. 1997 (vgl. DNotZ 1998, 651 f.), auf die der Kostengläubiger in dem vorliegenden Verfahren ausdrücklich Bezug genommen hat, ist eine Amtspflichtverletzung des Notars darin zu sehen, dass er die Übersendung eines Grundschuldbriefes per Post mittels einfachen Briefes veranlasst hat. Zur Begründung führt das OLG Oldenburg aus, dass der Notar verpflichtet sei, dafür zu sorgen, dass bei der Übersendung von Grundschuldbriefen durch die Post alsbald festgestellt werden könne, ob der Empfänger den Brief erhalten hat oder ob er verloren gegangen ist. Deshalb hafte der Notar für den Schaden, der dadurch entsteht, dass ein Nachweis über den Verbleib eines Grundschuldbriefes, den er mit der Post übersandt hat, nicht geführt werden kann. Nach Auffassung der Kammer sind diese vom OLG Oldenburg aufgestellten Grundsätze auch für den vorliegenden Fall anwendbar, dass eine vollstreckbare Ausfertigung einer notariellen Urkunde mit der Post per einfachem Brief durch den Notar versandt wurde und verloren ging. Vorschriften darüber, wie vollstreckbare Ausfertigungen von Notaren zu versenden sind, gibt es nicht. § 52 BeurkG regelt, dass vollstreckbare Ausfertigungen durch Notare nach den dafür bestehenden Vorschriften in der ZPO erteilt werden. Vorschriften für die Art der Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung enthält die Vorschrift nicht. Gleichwohl ist nach Auffassung der Kammer der Notar ebenso wie bei der Versendung von Grundschuldbriefen auch bei der Versendung von vollstreckbaren Ausfertigungen verpflichtet sicherzustellen, dass eine schnelle und sichere Überprüfung möglich ist, ob die vollstreckbare Ausfertigung bei dem Begünstigten angekommen ist. Eine solche Überprüfung ist nur dann gewährleistet, wenn die Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung entsprechend den Vorschriften der ZPO entweder durch Übergabe des Schriftstückes auf der Amtsstelle gegen Quitung (§ 173 ZPO), durch Einschreiben mit Rückschein (§ 175 ZPO) oder, wenn der Kostenschuldner anwaltlich vertreten ist, durch Zustellung gegen Empfangsbekanntnis (§ 174 ZPO) erfolgt. Deshalb hat der Notar, wenn er die Versendung einer vollstreckbaren Ausfertigung per Post durch einfachen Brief veranlasst, seine gegenüber der Kostenschuldnerin bestehende Amts-

pflicht verletzt. Hieraus folgt, dass der Notar, wenn er sich für die Versendung einer vollstreckbaren Ausfertigung per einfachen Brief entscheidet, auch das Risiko für den Verlust dieser Urkunde zu tragen hat. Es bleibt ihm unbenommen, dieses Verlustrisiko durch Vereinbarung mit dem Empfänger über die Versendungsart auf diesen zu verlagern.

Mit dem Einwand, die Kostenschuldnerin habe in der Vergangenheit bei vergleichbaren Fällen der Versendung auf dem Postwege mit einfachem Brief bisher nicht widersprochen, vermag der Kostengläubiger nicht gehört zu werden. Denn für die Kostenschuldnerin bestanden keine Anhaltspunkte, der von dem Kostengläubiger gewählten Versendungsart zu widersprechen, weil die übersandten vollstreckbaren Ausfertigungen ihr offensichtlich regelmäßig zugegangen sind.

Schließlich ist auch das Vorbringen des Kostengläubigers, die Kostenschuldnerin habe im Entscheidungsfalle die Versendung per einfachen Brief auf dem Postwege ausdrücklich gewünscht, unerheblich. Zum einen hat der Kostengläubiger diesen in dem vorgelegten vorprozessualen Schriftwechsel erhobenen Einwand im Verfahren nicht mehr ausdrücklich wiederholt. Zum anderen hat der Kostengläubiger nicht nachgewiesen, dass die Kostenschuldnerin tatsächlich einen solchen Wunsch geäußert hat. Aus dem vorgelegten Schriftwechsel der Kostenschuldnerin ergeben sich hierfür keinerlei Anhaltspunkte.

Anmerkung der Schriftleitung: Siehe dazu den Kurzbeitrag von Bous (S. 100 in diesem Heft).

8. Kostenrecht – Keine Verpflichtung des Notars zur Anforderung eines Kostenvorschusses

(*OLG Hamm*, Beschluss vom 9. 6. 2004 – 15 W 319/03 – mitgeteilt von Richter am OLG Helmut Engelhardt, Emsdetten)

BNotO § 19

KostO §§ 5; 8 Abs. 2; 156

Der Kostenschuldner kann seiner gesamtschuldnerischen Inanspruchnahme auf die Kosten einer Beurkundung nicht mit Erfolg entgegenhalten, der Notar habe es versäumt, von dem anderen Urkundsbeteiligten, der im Innenverhältnis die Tragung der Notarkosten übernommen hat, einen Kostenvorschuss anzufordern.

Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. zu 1) beurkundete am 13. 11. 2001 einen Grundstückskaufvertrag nebst Auflassung, mit dem der Bet. zu 2) seinen Grundbesitz an die als Gesellschafter der I oHG handelnden Bet. zu 4) und 5) veräußerte. Gemäß § 8 des notariellen Vertrages waren die Erwerber zur Übernahme der mit der Urkunde und ihrer Durchführung verbundenen Notar- und Gerichtskosten verpflichtet. Der Bet. zu 1) wies die Vertragsparteien auf deren gesamtschuldnerische Haftung für alle im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss entstehenden Kosten und Steuern hin. Infolge finanzieller Schwierigkeiten der Erwerber wurde der Kaufvertrag nicht durchgeführt. Die von dem Notar unter dem 21. 11. 2001 erstellte Kostenrechnung über 7 145,72 DM beglichen die Bet. zu 3) und 4) in der Folgezeit nicht. Mit Datum vom 29. 7. 2002 erteilte der Bet. zu 1) dem

Bet. zu 2) seine Kostenrechnung, über welche er sich am 29. 1. 2003 eine vollstreckbare Ausfertigung erteilte. Der Bet. zu 2) lehnt die Ausgleichung der Rechnung ab.

Durch den angefochtenen Beschluss hat das LG die Beschwerde zurückgewiesen und die weitere Beschwerde im Hinblick auf die Rechtsfrage zugelassen, ob der Bet. zu 1) eine gegenüber dem Bet. zu 2) bestehende Amtspflicht dadurch verletzt hat, das er es unterlassen hat, einen ausreichenden Vorschuss von den Bet. zu 3) und 4) anzufordern.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist nach § 156 Abs. 2 S. 2 KostO infolge Zulassung durch das LG statthaft sowie fristgerecht eingelegt.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht, § 156 Abs. 2 S. 3 KostO.

Die weitere Beschwerde ist auf die Beantwortung der Rechtsfrage beschränkt, ob der Bet. zu 1) dadurch, dass er es unterlassen hat, gemäß § 8 Abs. 2 KostO von den Bet. zu 3) und 4) vor Beurkundung des Vertrages einen ausreichenden Vorschuss einzufordern, eine gegenüber dem Bet. zu 2) bestehende Amtspflicht verletzt hat, die eine Befreiung von der hier geltend gemachten Kostenforderung rechtfertigt. Diese Frage verneint der Senat in Übereinstimmung mit dem LG.

Bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften ist jeder Teil, dessen Erklärung beurkundet ist, zur Zahlung der Kosten verpflichtet, § 2 Nr. 1 KostO. Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner, § 5 Abs. 1 S. 1 KostO. Als Gläubiger einer gesamtschuldnerischen Leistung kann der Kostengläubiger die nur einmal zu erbringende Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder teilweise fordern, § 432 BGB.

Der Bet. zu 2) kann sich nicht darauf berufen, dass der Bet. zu 1) es versäumt habe, zunächst die Bet. zu 3) und 4) als Kostenschuldner in Anspruch zu nehmen, obwohl diese sich durch § 8 des notariellen Vertrages zur Übernahme der durch den Abschluss und die Durchführung des Vertrages entstandenen Notarkosten verpflichtet haben. Da dem Bet. zu 1) die Gebühren für die von ihm vorgenommenen Beurkundungen selbst zufließen, gilt für diesen § 8 KostVfg nicht. Der Bet. zu 1) kann daher seine Beurkundungsgebühren nach freier Wahl von jedem Kostenschuldner einfordern (vgl. Rohs/Wedewer/Waldner, Stand Dezember 2000, § 5 KostO Rn. 9). Die im notariellen Vertrag begründete Übernahme der Notarkosten durch die Erwerber vermag hieran nichts zu ändern. Denn insoweit handelt es sich nur um eine das Innenverhältnis der Urkundsbeteiligten betreffende Regelung (BayObLG JurBüro 1988, 89 = DNotZ 1988, 260). Aus dieser Wahlfreiheit folgt, dass dem Gläubiger von einem Gesamtschuldner nicht entgegengehalten werden kann, er sei bei der Rechtsverfolgung gegenüber dem im Innenverhältnis allein haftenden Gesamtschuldner nicht mit dem erforderlichen Nachdruck vorgegangen (OLG Düsseldorf DNotZ 1986, 763). Aus diesem Grund kommt es nicht darauf an, bis zu welchem Zeitpunkt eine Durchsetzung der Kostenrechnung gegenüber den Bet. zu 3) und 4) noch Erfolg versprechend war.

Gemäß § 8 Abs. 1 KostO hat der zur Zahlung der Kosten Verpflichtete bei Geschäften, die auf Antrag vorzunehmen sind, einen zur Deckung der Kosten hinreichenden Vorschuss zu zahlen. Bei Geschäften dieser Art soll gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 KostO die Vornahme des Geschäfts davon abhängig gemacht werden, dass der Vorschuss gezahlt oder sichergestellt ist. Abgesehen von den in der Vorschrift genannten Ausnahmefällen steht es somit nicht im freien Belieben des Urkundsnotars, ob er von einer Vorschussanforderung absieht, vielmehr ist er hierzu verpflichtet (BGHZ 108, 268 = NJW 1989, 2615). Die Nichtanwendung der Vorschrift des § 8 stellt aber keine Amtspflichtverletzung gegenüber den anderen Urkundsbeteiligten dar, weil die Vorschusseinforderung nach § 8 KostO auch nicht teilweise deren Schutz zu dienen bestimmt ist. Die Vorschusseinforderung nach § 8 KostO dient dem Kostensicherungsinteresse des Notars. Die Regelung will nach ihrem Schutzzweck nicht den Kostenschuldner vor einer Inanspruchnahme durch den Notar schützen. Wäre die Vorschusseinforderung eine Amtspflicht gegenüber dem Kostenschuldner, der nach dem zu beurkundenden Vertrag im Innenverhältnis zu einem anderen Kostenschuldner die Notarkosten nicht zu tragen hat, wäre dessen nach §§ 141, 5 Abs. 1 S. 1 KostO angeordnete Haftung praktisch bedeutungslos. Er könnte seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Notar stets einen Schadensersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO entgegenhalten. Das wäre aber unvereinbar damit, dass der Notar nach §§ 5 Abs. 1 S. 1 KostO, 421 S. 1 BGB nach seinem Belieben von jedem Kostenschuldner die Notarkosten ganz oder zum Teil fordern kann, dies grundsätzlich auch dann, wenn der andere, im Innenverhältnis allein haftende Gesamtschuldner zahlungsunfähig geworden ist und der Notar ihn noch beizeiten möglicherweise mit Erfolg in Anspruch hätte nehmen können (vgl. OLG Düsseldorf DNotZ 1986, 763; BayObLG Rpfleger 1992, 223; OLG Frankfurt OLGR 1998, 282; Schl-Holst. OLG OLGR Schleswig 2002, 142; Assenmacher/Mathias, KostO, 15. Aufl., S. 1077; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 15. Aufl., § 8 KostO Rn. 36). Eine abweichende Beurteilung ist auch nicht im Hinblick auf die Entscheidung des BGH BGHZ 108, 268, geboten. Zwar ist in dieser Entscheidung ausgeführt, dass der Notar nach § 8 Abs. 2 KostO zur Vorschusseinforderung verpflichtet ist. Der Entscheidung lässt sich jedoch nicht im Ansatz entnehmen, dass die Nichterhebung eines Vorschusses die Verletzung einer gerade gegenüber einem Dritten bestehende Amtspflicht darstellt. Die Entscheidung befasst sich ausschließlich mit der von der vorliegenden Problematik zu unterscheidenden Frage, ob ein Bedürfnis besteht, den Notar durch einen Anspruch auf Verzugszinsen vor den Folgen einer Verzögerung bei der Begleichung seiner Gebührenforderung zu schützen, was der BGH im Hinblick auf die bestehende Möglichkeit der Vorschusseinforderung verneint hat.

Dem Bet. zu 2) steht daher weder ein sich aus § 19 Abs. 1 BNotO ergebender Schadensersatzanspruch zu, mit dem er gegenüber dem Kostenanspruch des Bet. zu 1) aufrechnen könnte, noch kann der Bet. zu 2) geltend machen, dass die Beurkundungskosten wegen unrichtiger Sachbehandlung des Bet. zu 1) gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 KostO nicht erhoben werden dürfen. Letztlich hat er sich

seine Vertragspartner selbst ausgesucht. Er selbst hätte daher anderweitig sicherstellen müssen, dass die Übernahme der Vertragskosten durch die Erwerber gewährleistet sein würde. Dieses Risiko kann er im Nachhinein nicht auf den Bet. zu 1) abwälzen.

9. Steuerrecht – Bewertung des Anspruchs eines Vermächtnisnehmers auf Übertragung eines mit Gebäuden auf fremdem Grund und Boden bebauten Grundstücks

(BFH, Urteil vom 2. 7. 2004 – II R 9/02)

BewG §§ 94; 138 ff.; 148

ErbStG § 12 Abs. 3

1. Der Grundstückswert für Grundstücke, auf denen sich Gebäude auf fremdem Grund und Boden befinden, ist gemäß § 148 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 1 BewG zu ermitteln.
2. Verstößt der nach § 148 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 1 BewG ermittelte Wert solch eines Grundstücks, das mit Gebäuden auf fremdem Grund und Boden bebaut ist, im Einzelfall gegen das Übermaßverbot, ist er im Wege verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift auf den Verkehrswert des Grundstücks herabzusetzen.
3. Die Rechtsprechung, wonach die aus reinen Grundstücksvermächtnissen sich ergebenden Sachleistungsverpflichtungen der Erben und Sachleistungsansprüche der Vermächtnisnehmer ausnahmsweise mit den Steuerwerten der Grundstücke zu bewerten sind, bedarf unter der Geltung der §§ 138 ff. BewG einer Überprüfung.

Zum Sachverhalt:

I. Im Nachlass der am 28. 10. 1997 verstorbenen F. befand sich ein verpachtetes Grundstück, auf dem der Pächter in Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Tankstelle sowie eine PKW-Abstellhalle errichtet hatte. Dieses Grundstück erwarb der Kl. und Revisionskl. (Kl.) von Todes wegen durch Vermächtnis. Die Gebäude sind bei Pachtende zu entfernen. Die Pacht betrug jährlich 24 000,- DM.

Mit Bescheid vom 22. 6. 1998 stellte der Bekl. und Revisionsbekl. (das Finanzamt – FA) gemäß § 148 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 1 des BewG den Grundstückswert für das Grundstück zum 28. 10. 1997 auf $(24\,000 \times 18,6)$ 446 000,- DM fest. Einspruch und Klage, mit denen der Kl. geltend gemacht hatte, das Grundstück sei nicht gemäß § 148 Abs. 2 S. 1 BewG, sondern als unbebautes Grundstück gemäß § 145 BewG zu bewerten, blieben ohne Erfolg (EFG 2002, 802).

Aus den Gründen:

II. Die Revision ist begründet. Das FG hat einen Verstoß gegen das Übermaßverbot zu Unrecht verneint. Dies führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Herabsetzung des Grundstückswerts auf den Verkehrswert von 310 000,- DM (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO).

1. Das FA hat die Feststellung des Grundstückswerts auf § 148 Abs. 1 S. 1 BewG gestützt. Nach § 148 Abs. 2 BewG ist für Gebäude auf fremdem Grund und Boden die Bewertungsvorschrift für Erbbaurechte in § 148

Abs. 1 BewG entsprechend anzuwenden. Sowohl die Überschrift zu § 148 BewG als auch der Abs. 2 der Vorschrift sprechen ihrem Wortlaut nach nur die Bewertung der Gebäude auf fremdem Grund und Boden an. Gleichwohl wird die Vorschrift allgemein so verstanden, dass sie über die Verweisung in Abs. 2 auf Abs. 1 nicht nur eine Bestimmung für die Bewertung der Gebäude auf fremdem Grund und Boden, sondern auch eine für die Bewertung mit solchen Gebäuden bebauter Grundstücke enthält. Dem hat sich der erkennende Senat angeschlossen (vgl. BFHE 200, 393 = BStBl II 2003, 118). Bei einer Beschränkung der Verweisung in § 148 Abs. 2 BewG auf Abs. 1 S. 2 der Vorschrift bliebe unberücksichtigt, dass Abs. 1 S. 2 auf dessen S. 1 abgestimmt ist und bezweckt, in der Summe den Wert des bebauten Grundstücks zu ergeben.

2. Das Grundstück ist dem Kl. in Erfüllung eines Vermächtnisses übertragen worden; zivilrechtlich hatte er zunächst durch den Erbfall lediglich einen auf das Grundstück gerichteten Sachleistungsanspruch erworben (§ 2174 BGB). Nach der bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung sind derartige Ansprüche und die entsprechenden Verpflichtungen aus Sachvermächtnissen jedoch mit dem Steuerwert des Gegenstandes anzusetzen, auf dessen Übertragung der Anspruch bzw. die Verpflichtung gerichtet ist (vgl. BFHE 179, 148 = BStBl II 1996, 97, unter II. 1. a; BFHE 183, 248 = BStBl II 1997, 820, 823, sowie BFHE 191, 403 = BStBl II 2000, 588, unter II. 2. a).

a) Diese Rechtsprechung zur Bewertung der Sachleistungsansprüche und -verpflichtungen beim Sachvermächtnis stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass derartige Ansprüche und Verpflichtungen mit dem gemeinen Wert zu bewerten sind (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 BewG) und die Steuerwerte ausschließlich für die Gegenstände maßgeblich sind, auf die sich die Ansprüche richten und die Verpflichtungen beziehen (vgl. BFHE 183, 248 = BStBl II 1997, 820, m. w. N.). Diese Ausnahme erfolgte nicht im Hinblick auf den Vermächtnisnehmer als Berechtigten, sondern wegen der Verhältnisse auf Seiten der Erben als Verpflichteten. Beim Vermächtnisnehmer musste nur deshalb eine mit der Erbenseite korrespondierende Bewertung vorgenommen werden, weil ein auf denselben Gegenstand bezogener Anspruch nicht anders bewertet werden sollte als die ihm gegenüberstehende Verpflichtung. Die Erben aber erwerben neben der Verpflichtung, den vermachten Gegenstand auf den Vermächtnisnehmer zu übertragen, diesen Gegenstand selbst. Per Saldo gleichen sich Aktiv- und Passivposten aus. Werden aber der Gegenstand und die ihn betreffende Sachleistungsverpflichtung unterschiedlich bewertet, nämlich die Verpflichtung mit dem gemeinen Wert und der Gegenstand selbst mit einem davon abweichenden Steuerwert, beeinflusst der abweichende Steuerwert auf Seiten der Erben die Höhe der Bereicherung im Übrigen. Insbesondere bei vor 1996 verwirklichten Grundstücksvermächtnissen hätte der Ansatz des nach § 12 Abs. 2 ErbStG a. F. maßgeblichen und regelmäßig niedrigeren Einheitswerts nur für das Grundstück und nicht gleichermaßen für die Vermächtnisverpflichtung bedeutet, dass der übrige Erwerb nicht zu seinem vollen Wert erfasst worden wäre (vgl. Martin, DB 1990, 1536, unter 4.).

b) Ob an dieser Rechtsprechung auch für Grundstücksvermächtnisse nach 1995 unter der Geltung des § 12 Abs. 3 ErbStG i. V. m. den §§ 138 ff. BewG festzuhalten ist, kann offen bleiben. Die gemäß § 138 Abs. 5 BewG gesondert festzustellenden Grundstückswerte i. S. des Abs. 3 S. 1 der Vorschrift sind anders als die bisherigen und für die Grundsteuer noch fortgeltenden Einheitswerte nicht mehr auf einen (typisierten) gemeinen Wert gerichtet (vgl. zu den Einheitswerten: BFHE 134, 41 = BStBl II 1981, 761, unter 2. d), sondern typisierende Werte, die ausdrücklich von den jeweiligen gemeinen Werten abweichen sollen. Insofern stellen diese Grundstückswerte in den Fällen, in denen sie die Verkehrswerte unterschreiten, bewusste Begünstigungen dar, die einer teilweisen Steuerbefreiung gleichkommen. Von daher erscheint es nicht ausgeschlossen, bei den Erben die vermächtnisweise Verpflichtung zur Herausgabe des Grundstücks als eine mit diesem wirtschaftlich zusammenhängende Last anzusehen, die gemäß § 10 Abs. 6 S. 3 ErbStG nur mit dem Betrag abzugsfähig ist, der dem steuerpflichtigen Teil entspricht. Dadurch würden sich die Ansätze für das Grundstück und die Sachleistungsverpflichtung bei den Erben ohnehin vollständig ausgleichen. Auf Seiten des Vermächtnisnehmers bestünde kein Grund mehr, den Sachleistungsanspruch ausnahmsweise anders zu bewerten als mit dem gemeinen Wert.

c) Im Streitfall kann auf sich beruhen, ob es sich dabei um einen gangbaren Weg handelt, da er vorliegend zum selben Ergebnis führt wie ein Beibehalten der bisherigen Rechtsprechung zur Bewertung der Ansprüche von Vermächtnisnehmern auf Übertragung eines Grundstücks. Der gemeine Wert des Anspruchs des Kl. auf Übertragung des Tankstellengrundstücks entspricht dem Verkehrswert des Grundstücks und beträgt demzufolge 310 000,- DM. Dieser Wert ergibt sich auch nach der bisherigen Rechtsprechung, wonach der Sachleistungsanspruch eines Vermächtnisnehmers mit dem Steuerwert des Gegenstandes zu bewerten ist, auf den sich der Anspruch richtet. Der gesondert festgestellte Steuerwert ist im Streitfall nämlich auf den Verkehrswert von 310 000,- DM zu ermäßigen (s. Abschnitt 4 f.). Zwar entfielen bei einer Bewertung des Sachleistungsanspruchs des Kl. mit dem gemeinen Wert die Erforderlichkeit der gesonderten Feststellung eines Grundstückswerts i. S. des § 138 Abs. 5 S. 1 BewG; da der gleichwohl ergangene Feststellungsbescheid damit jedoch nicht richtig, sondern nur rechtswidrig wäre und der Kl. nicht dessen Aufhebung, sondern nur eine Herabsetzung des festgestellten Werts beantragt hat, ist aus revisionsrechtlichen Gründen ohnehin keine andere als die beantragte Entscheidung möglich. Mit einer Aufhebung des angefochtenen Feststellungsbescheides ginge der Senat entgegen § 121 i. V. m. § 96 Abs. 1 S. 2 FGO über den Revisionsantrag hinaus.

3. Gemäß § 148 Abs. 1 S. 1 BewG beträgt der Wert eines mit Gebäuden auf fremdem Grund und Boden bebauten Grundstücks das 18,6-fache des nach den vertraglichen Bestimmungen im Besteuerungszeitpunkt zu zahlenden jährlichen Entgelts für die Grundstücksnutzung. Gemäß S. 2 der Vorschrift sind die Gebäude auf fremdem Grund und Boden selbst mit dem nach § 146 oder § 147 BewG ermittelten Wert des Grundstücks abzüglich des nach S. 1 ermittelten Werts des unbebauten Grundstücks anzu-

setzen. Die durch das Jahressteuergesetz 1997 geschaffenen Regelungen des § 148 Abs. 1 BewG für die Bewertung der Gebäude auf fremdem Grund und Boden einerseits und der sie tragenden Grundstücke andererseits unterscheiden sich damit wesentlich von der für Grundsteuerzwecke noch fortgeltenden Vorschrift des § 94 BewG, und zwar auf zweierlei Weise: Während die Bewertung des Grund und Bodens nach § 94 BewG gemäß den allgemeinen Regeln für die Bewertung unbebauter Grundstücke erfolgt – lediglich der Art nach gilt der Grund und Boden als bebauter Grundstück –, unterliegt sie gemäß § 148 Abs. 1 S. 1 BewG einer an der marktüblichen Bodenrendite ausgerichteten Bewertung. Der zweite wesentliche Unterschied besteht darin, dass bei der für Grundsteuerzwecke nach wie vor erforderlichen Einheitsbewertung die Einheitswerte der Grundstücke einerseits und der Gebäude andererseits voneinander unabhängig sind, während die im Bedarfsfall nach § 148 Abs. 1 S. 2 BewG zu ermittelnden Werte für die Gebäude durch die nach S. 1 der Vorschrift sich ergebenden Grundstückswerte beeinflusst werden.

4. Die erste Abweichung des § 148 Abs. 1 BewG von § 94 BewG kann dazu führen, dass die festzustellenden Grundstückswerte für die Grundstücke ohne die Gebäude deren gemeine Werte übersteigen. Die Höhe des Nutzungsentgelts muss nicht in jedem Falle an der marktüblichen Bodenrendite ausgerichtet sein, sondern kann – etwa auf Grund des besonderen Interesses eines Beteiligten oder aus gesellschaftsrechtlichen, verwandtschaftlichen oder sozialen Gründen – auf anderen Erwägungen beruhen, wobei auch ein die marktübliche Rendite übersteigendes Nutzungsentgelt vereinbart sein kann. In solchen Fällen sieht § 148 Abs. 1 S. 1 BewG keine Korrekturmöglichkeit vor.

a) Die Typisierung, die der Bewertung nach § 148 Abs. 1 S. 1 BewG gemäß eigenem Bekunden des Gesetzgebers zugrunde liegt, rechtfertigt aber keine Verletzung des Übermaßverbots im Einzelfall. Verfassungsgemäß ist solch eine typisierende Regelung nur solange, wie ein Verstoß gegen das Übermaßverbot im Einzelfall entweder durch verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift oder durch eine Billigkeitsmaßnahme abgewendet werden kann, wobei beides den normativen Gehalt der Vorschrift bzw. die dem Steuertatbestand inne wohnende Wertung des Gesetzgebers nicht durchbrechen darf (so Beschlüsse des BVerfG zur verfassungskonformen Auslegung BVerfGE 34, 165, 200, sowie BVerfGE 45, 393, 400, und zu den Billigkeitsmaßnahmen BVerfGE 48, 102, 116 = BStBl II 1978, 441, sowie BVerfGE 93, 165 = BStBl II 1995, 671, unter B. 2., sowie BFHE 176, 3 = BStBl II 1995, 297, unter II. 3.). Wegen § 138 Abs. 3 S. 3 i. V. m. § 20 S. 2 BewG können dabei Billigkeitsgesichtspunkte erst bei Festsetzung der Erbschaftsteuer bzw. Grunderwerbsteuer Berücksichtigung finden (Rößler/Troll, Stand März 2004, § 138 BewG Rn. 15). Das Übermaßverbot ist verletzt, wenn die Folgen einer schematisierenden Belastung extrem über das normale Maß hinausgehen, das der Schematisierung zugrunde liegt, oder – anders ausgedrückt – die Folgen auch unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Planvorstellungen durch den gebotenen Anlass nicht mehr gerechtfertigt sind (vgl. BVerfGE 48, 102, 116 = BStBl II 1978, 441).

Diese Grenze ist umso früher erreicht, je höher im Einzelfall die letztlich anzulegenden Steuertarife sind.

b) Für den Fall, dass der nach § 148 Abs. 1 S. 1 BewG sich ergebende Wert des mit Gebäuden auf fremdem Grund und Boden bebauten Grundstücks solchermaßen gegen das Übermaßverbot verstößt, ist eine verfassungskonforme Auslegung des § 148 Abs. 1 S. 1 BewG dahin möglich und damit auch geboten, entsprechend S. 2 der Vorschrift i. V. m. § 146 Abs. 7 oder den §§ 147 und 145 Abs. 3 S. 3 BewG den Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts des Grundstücks in unbebautem Zustand zuzulassen. Dabei ist der gemeine Wert auch hier in seiner Vergleichsfunktion nach Maßgabe der Grundsätze des BFH-Urteils vom 8. 10. 2003 (BFHE 204, 306 = BStBl II 2004, 179) zu verstehen. Dass Versuche, die Bewertung solcher Grundstücke mit dem Bodenwert nach § 145 Abs. 3 BewG vorzunehmen – was nach S. 3 der Vorschrift die Möglichkeit des Nachweises eines niedrigeren gemeinen Werts einschliesse –, im Gesetzgebungsverfahren stecken geblieben sind (vgl. BT-Drucks. 14/1514, S. 15, 41), steht einer derartigen Auslegung ebenso wenig entgegen wie der Wortlaut des § 148 Abs. 1 S. 1 BewG. Der Wortlaut allein hindert eine verfassungskonforme Auslegung so lange nicht (so BVerfGE 35, 263, 278 ff.), wie der normative Gehalt der Vorschrift nicht neu bestimmt wird. Dies geschieht aber durch die an die gesetzlich vorgesehenen Öffnungsklauseln angelehnte und nur Einzelfälle betreffende Auslegung, die den Regelfall unberührt lässt, nicht (vgl. auch Tipke/Kruse, § 4 AO 1977 Rn. 239). Damit ist den verfassungsrechtlichen Bedenken, die dem BFH-Beschluss in BFHE 200, 393 = BStBl II 2003, 118 zugrunde liegen, ausreichend Rechnung getragen.

5. Da im Streitfall der nach dem Wortlaut des § 148 Abs. 1 S. 1 BewG anzusetzende Wert für das mit Gebäuden auf fremdem Grund und Boden bebaute Grundstück den Verkehrswert um mehr als 40 v. H. übersteigt, läge angesichts der steuerlichen Auswirkung im fünfstelligen Bereich ein Verstoß gegen das Übermaßverbot in dem erforderlichen Ausmaß vor, wollte man diesen Wert der Erbschaftbesteuerung zugrunde legen. Soweit das FG aus der von ihm angenommenen Streubreite der durch die Gutachterausschüsse ermittelten Verkehrswerte von plus/minus 20 v. H. ableitet, ein den Verkehrswert um rd. 40 v. H. übersteigender Grundstückswert sei hinzunehmen, übersieht es den Unterschied, den es ausmacht, ob es um den Abstand des untersten vom obersten Wert einer Toleranz oder um den Abstand vom Mittelwert geht. Die Vorentscheidung war daher aufzuheben und der Grundstückswert auf den Verkehrswert festzustellen.

10. Steuerrecht – Übertragung einer wesentlichen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft gegen Versorgungsrente

(BFH, Urteil vom 21.7. 2004 – X R 44/01)

EStG §§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a; 17; 20; 22 Nr. 1

Wird eine wesentliche Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft (GmbH) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen, ist für die Ermittlung des erzielbaren Nettoertrags auf die mögliche Gewinnaus-

schüttung, also auf das Jahresergebnis der Gesellschaft, abzustellen, das auf die übertragenen Anteile entfällt (Anschluss an den Beschluss des Großen Senats des BFH BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95)

Zum Sachverhalt:

I. Die Kl. und Revisionsbekl. (Kl.) sind verheiratet und werden zusammen zur Einkommensteuer veranlagt.

Mit notariellem Vertrag vom 19. 6. 1997 übertrug der am 3. 2. 1935 geborene Vater des Kl. diesem unentgeltlich einen Geschäftsanteil an einer GmbH. Nach der Anteilsübertragung hielt der Kl. 89 v.H. des Stammkapitals der GmbH (Stammkapital 50 000,- DM, unentgeltlich übertragener Anteil 34 500,- DM; bisheriger Anteil des Kl. am Stammkapital der GmbH 10 000,- DM). Im Gegenzug verpflichtete sich der Kl. ebenfalls unter dem 19. 6. 1997, seinem Vater ab dem 31. 1. 1998 eine lebenslange, wertgesicherte Rente in Höhe von monatlich 6 000,- DM zu zahlen.

Zeitgleich mit der unentgeltlichen Übertragung der GmbH-Anteile an den Kl. veräußerte der Vater Geschäftsanteile in Höhe von nominell 500,- DM für 9 000,- DM bzw. in Höhe von nominell 5 000,- DM für 91 000,- DM an einen Dritten.

Bei der Einkommensteuerveranlagung für das Streitjahr 1998 lehnte der Bekl. und Revisionskl. (das Finanzamt – FA) den Abzug einer dauernden Last als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a S. 1 EStG ab und berücksichtigte die wiederkehrenden Leistungen lediglich in Höhe des Ertragsanteils von 30 v.H. = 21 600,- DM als Leibrente (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a S. 2 EStG).

Das FG gab der nach erfolglosem Vorverfahren erhobenen Klage statt (EFG 2001, 1194).

Aus den Gründen:

II. Die Revision wird als unbegründet zurückgewiesen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht erkannt, dass dem Kl. der Abzug einer dauernden Last als Sonderausgabe zusteht.

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Dauernde Lasten sind in vollem Umfang abziehbar; Leibrenten können nur mit dem Ertragsanteil abgezogen werden, der sich aus der Tabelle des § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a EStG ergibt (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a S. 2 EStG).

Werden wiederkehrende Leistungen in sachlichem Zusammenhang mit der Übertragung von Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zugesagt (private Versorgungsrenten), stellen diese weder Veräußerungsentgelt des Übergebers noch Anschaffungskosten des Übernehmers dar, sondern sind spezialgesetzlich den Sonderausgaben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) und den wiederkehrenden Bezügen (§ 22 Nr. 1 S. 1 EStG) zugeordnet (BFHE 184, 337 = BStBl II 1997, 813, unter II. 1. b, m.w.N.). Auch die Anwendung des für Unterhaltsleistungen geltenden Abzugsverbots des § 12 Nrn. 1, 2 EStG ist durch das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen spezialgesetzlich ausgeschlossen, weil die steuerrechtliche Zurechnung der Versorgungsleistungen zu den Sonderausgaben und den wiederkehrenden Bezügen auf dem Umstand beruht,

dass sich der Vermögensübergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Vermögensnehmer erwirtschaftet werden müssen (BFHE 161, 317 = BStBl II 1990, 847, unter C. II. 1. c; BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78, unter C. II. 3. a, 4. a; BFHE 166, 564 = BStBl II 1992, 499, unter 2. a; BFHE 184, 337 = BStBl II 1997, 813, unter II. 2. a; BFHE 189, 497 = BStBl II 2000, 188, unter III. 6. a; BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95, unter C. II. 2. c).

2. Wiederkehrende Leistungen können nur dann als Sonderausgaben i. S. des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abgezogen werden bzw. sind als wiederkehrende Bezüge i. S. des § 22 Nr. 1 EStG zu versteuern, wenn die hiermit zusammenhängende Übertragung des Vermögens als unentgeltlicher Vorgang anzusehen ist. Die wiederkehrenden Leistungen dürfen sich nicht als Gegenleistung für das übertragene Vermögen darstellen. Nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95, unter C. II. sind die im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarten wiederkehrenden Leistungen dann Entgelt, wenn sie nicht aus den erzielbaren Nettoerträgen des übernommenen Vermögens bezahlt werden können. Hierzu hat der Große Senat des BFH in BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95 u. a. folgende Grundsätze aufgestellt:

a) Hat das übergebene Vermögen beim Übergeber – etwa wegen dessen fortgeschrittenen Alters – nur geringe Erträge abgeworfen, sind jedoch beim Übernehmer ausreichende Erträge zu erwarten, obliegt es demjenigen, der sich darauf beruft, nachzuweisen, dass im Zeitpunkt der Vermögensübergabe für die Zukunft ausreichend hohe Nettoerträge zu erwarten waren. Insoweit kann insbesondere auch die tatsächliche spätere Entwicklung als Beweisanzeichen herangezogen werden (Großer Senat des BFH in BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95, unter C. II. 6. c).

b) Bei Unternehmensübertragungen greifen Beweiserleichterungen ein. Im Falle der Übertragung eines gewerblichen Unternehmens gegen wiederkehrende Bezüge im Zuge der vorweggenommenen Erbfolge besteht eine nur in seltenen Ausnahmefällen widerlegliche Vermutung dafür, dass die Bet. im Zeitpunkt der Übertragung angenommen haben, der Betrieb werde auf die Dauer ausreichend Gewinne erwirtschaften, um die wiederkehrenden Leistungen abzudecken. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Betrieb tatsächlich vom Erwerber fortgeführt wird. Bei der Übertragung von GmbH-Anteilen kann in gleicher Weise verfahren werden, wenn sowohl Übergeber als auch Übernehmer als Geschäftsführer tätig waren bzw. sind.

3. Dies vorausgesetzt können im Streitfall die Versorgungsleistungen als dauernde Last abgezogen werden, da die Zahlungen nach den Feststellungen des FG unstrittig aus den zukünftig anfallenden, ausschüttungsfähigen Erträgen der vom Kl. übernommenen GmbH-Anteile bestritten werden können.

a) Das Ausschüttungsverhalten einer Kapitalgesellschaft hängt entscheidend vom Willen ihres beherrschenden Gesellschafters ab. Unterbliebene Ausschüttungen können nachgeholt werden. Zudem stehen das Ausschüttungsverhalten der Kapitalgesellschaft und ein Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG in einer Wechselwirkung.

Ausschüttungen mindern regelmäßig einen späteren Veräußerungsgewinn, die Thesaurierung von Gewinnen erhöht ihn regelmäßig. Zudem führen thesaurierte Gewinne in späteren Jahren zu steuerpflichtigen Einkünften des Anteilseigners nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (bei Ausschüttungen durch die GmbH in nachfolgenden Jahren) oder nach § 17 EStG (bei der Veräußerung der wesentlichen Beteiligung). Im Übrigen steigert eine Gewinnthesaurierung im Regelfall die Ertragskraft des Unternehmens mit der Folge, dass die Versorgungsleistungen künftiger Jahre aus höheren Erträgen bedient werden können. Deshalb ist – worauf das FG zu Recht hinweist – beim erzielbaren Nettoertrag auf die mögliche Gewinnausschüttung, also auf das auf die vom Vater übertragenen GmbH-Anteile entfallende Jahresergebnis der GmbH, und nicht auf die tatsächlichen – beim Kl. nach § 20 EStG der Besteuerung unterliegenden – Gewinnausschüttungen abzustellen (vgl. auch BFHE 164, 385 = BStBl II 1991, 713, zur Gewinnerzielungsabsicht des Besitzunternehmens).

Gestützt wird diese Beurteilung durch den Umstand, dass nach Auffassung des Großen Senats des BFH im Beschluss in BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95 der maßgebliche Nettoertrag nicht notwendigerweise mit den steuerlichen Einkünften identisch sein muss und auch ein – nicht zu steuerbaren Einkünften führender – Nutzungsvorteil berücksichtigt werden kann (vgl. unter C. II. 6. b bb).

b) Zudem würde auch eine ggf. an den Kl. gezahlte Tätigkeitsvergütung in die Berechnung des erzielbaren Nettoertrags einfließen.

Nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95 (unter C. II. 6. b aa) ist vom erzielbaren Nettoertrag ein Unternehmerlohn nicht abzuziehen. Er spielt nur dort eine Rolle, wo es – wie etwa im Fall seines Beschlusses vom 12. 5. 2003 (BFHE 202, 477 = BStBl II 2004, 100) – darauf ankommt, ob das über-

gebene Vermögen überhaupt „Vermögen“ darstellt. Der im Beschluss in BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95 verwendete Begriff des Unternehmerlohns erfasst nicht nur den kalkulatorischen Unternehmerlohn des Einzelunternehmers oder die Tätigkeitsvergütung eines persönlich haftenden Gesellschafters in einer Personengesellschaft, die nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG den Gesellschaftsgewinn nicht mindern darf. Wie sich aus den Ausführungen letzterer Entscheidung zu den Beweiserleichterungen bei Unternehmensübertragungen unter C. II. 6. d bb ergibt, differenziert der Große Senat im Rahmen der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen nicht zwischen der Übertragung von Einzelunternehmen und Anteilen an Personengesellschaften einerseits und andererseits der Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, bei denen sowohl der Vermögensübergeber als auch der Vermögensübernehmer als Geschäftsführer tätig waren und sind. Diese Wertung des Großen Senats des BFH ist auch bei der Frage, ob eine Tätigkeitsvergütung des Anteilseigners den erzielbaren Nettoertrag erhöht, zu beachten. Ein Vermögensübergeber, der im Wege der vorweggenommenen Erbfolge eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft überträgt und dem Vermögensübernehmer damit die Möglichkeit verschafft, die Geschäftsführung zu übernehmen, räumt diesem neben der Kapitalbeteiligung zusätzlich eine Erwerbchance ein. Deshalb rechnet auch die daraus resultierende Tätigkeitsvergütung zum erzielbaren Nettoertrag des überlassenen Vermögens. Diese Auffassung wird zudem durch die Überlegung gestützt, dass es sich bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bei denen der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist, häufig um kleinere Familienbetriebe handelt und der Gesellschafter-Geschäftsführer seinen Lebensunterhalt im Wesentlichen nicht durch Gewinnausschüttungen, sondern mit der Tätigkeitsvergütung bestreitet.

Buchbesprechungen

1. Pajunk, Frederik, Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung. Eine Untersuchung zur Form der Rechtsgeschäfte, 2002, 247 Seiten, 74,- € (Verlag Duncker & Humblot, Berlin)

Nach ganz herrschender Meinung verlangt § 925 BGB für die Auflassung keine Beurkundung. Es soll vielmehr genügen, dass die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor einer zuständigen Stelle, in der Regel also vor dem Notar, erklärt wird. Die Beurkundung stellt nach dieser Auffassung also kein materielles Formerfordernis der Auflassung dar¹. Zwar wird die Auflassung in der Praxis stets notariell beurkundet – Pajunk spricht insoweit von einem faktischen Beurkundungszwang –, da die Verfahrensvorschriften der §§ 20, 29 GBO für die Eintragung des Eigentumswechsels den in der Form des § 29 GBO zu erbringenden Nachweis fordern, dass die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt worden ist. Dieser Nachweis kann aber ohne Beurkundung der Auflassung nicht geführt werden². Vom Verfahrensrecht gefordert wird eine Beurkundung gemäß den Vor-

schriften der §§ 8 ff. BeurkG (Beurkundung von Willenserklärungen in Form einer Niederschrift). Ein Tatsachenzugnis des Notars gemäß §§ 36, 37 BeurkG, in dem dieser bestätigt, dass die Auflassung von beiden Teilen bei gleichzeitiger Anwesenheit vor ihm erklärt worden sei und er die Erklärungen entgegengenommen habe, soll dagegen nach herrschender Meinung nicht genügen³. Eine bloße Beglaubigung der Unterschriften der Auflassungsparteien reicht nicht⁴. Diese bestätigt lediglich die Echtheit der Unterschriften, bezeugt aber nicht

1 RGZ 99, 65; BGHZ 22, 312; BGH NJW 1992, 1101, 1102; BayObIG MittBayNot 1994, 39, 40; LG Oldenburg Rpfleger 1980, 224; Brambring, Festschrift f. Hagen, 251, 252; Ertl, MittBayNot 1992, 102, 106; Palandt/Bassenge 64. Aufl. 2005, § 925, Rn. 3; Staudinger/Pfeifer, 13. Bearb. 1995, § 925, Rn. 76; Münch Komm/Kanzleiter, 3. Aufl. 1997, § 925, Rn. 15.

2 BayObIG NJW – RR 2001, 734; Meikel/Lichtenberger, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 1998, § 20, Rn. 61; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 3324.

3 Vgl. die Nachweise in der vorherigen Fn.; a.A. LG Oldenburg Rpfleger 1980, 224; Fuchs-Wissemann, Rpfleger 1977, 9.

4 Brambring, Festschrift f. Hagen, 251, 252; Ertl, MittBayNot 1992, 102, 106; Staudinger/Pfeifer, § 925, Rn. 76.

die Erklärungsabgabe von der zuständigen Stelle bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten, die im Rahmen der §§ 20, 29 GBO ebenfalls in öffentlicher Form nachzuweisen ist⁵.

§ 29 GBO enthält allerdings keine materiell-rechtliche Formvorschrift, sondern ist bloße Ordnungsvorschrift. Eine Eintragung, die unter Verstoß gegen § 29 GBO vorgenommen wird, ist daher gleichwohl wirksam, sofern die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die eingetragene Rechtsänderung vorliegen⁶.

Die herrschende Ansicht, die in der Beurkundung kein materielles Formerfordernis der Auflassung erblickt, hat erhebliche praktische Auswirkungen. Nach ihr führen Verfahrensmängel bei der Beurkundung der Auflassung, insbesondere ein Verstoß gegen Vorschriften des Beurkundungsgesetzes, nicht zur Unwirksamkeit der Auflassung, sofern diese nur vor dem Notar oder einer anderen zuständigen Stelle von beiden Parteien bei gleichzeitiger Anwesenheit und frei von Bedingungen und Zeitbestimmungen (§ 925 Abs. 2 BGB) erklärt worden ist. Als materiell-rechtlich unschädlich wurden daher von der Rechtsprechung eingestuft: das Fehlen der Unterschrift der Urkundsperson⁷ oder einer Auflassungspartei⁸ unter der Auflassungsurkunde sowie Verstöße gegen die Mitwirkungsverbote des § 3 BeurkG⁹.

In seiner Arbeit, einer von Diederichsen betreuten Dissertation, versucht Pajunk die herrschende Ansicht zu widerlegen und nachzuweisen, dass die Beurkundung ein materielles Formerfordernis der Auflassung darstellt.

Das Buch ist in fünf Teile gegliedert. Im ersten Teil führt der Verfasser in die Problematik ein und stellt den gegenwärtigen Meinungsstand umfassend dar. Im zweiten Teil entwickelt er Einwände gegen die herrschende Auffassung. Im anschließenden dritten Teil, der den Kernbestandteil seiner Arbeit bildet, begründet er seine Ansicht, dass die Beurkundung ein materielles Formerfordernis der Auflassung bilde, dessen Beachtung Voraussetzung für die Wirksamkeit der Auflassung sei. Im vierten Teil erörtert Pajunk die rechtlichen und praktischen Auswirkungen seiner These. Der fünfte Teil enthält eine Zusammenfassung der Arbeit.

Die herrschende Ansicht, die die Beurkundung nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung der Auflassung ansieht, stützt sich auf den Wortlaut des § 925 BGB¹⁰. Er bestimmt, dass die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden muss, ohne für diese Erklärung ausdrücklich eine Beurkundung vorzuschreiben. Der Schwerpunkt der Argumentation der herrschenden Auffassung liegt jedoch auf dem Aspekt der Rechtssicherheit. Der Verzicht auf die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung verhindert, dass durch die Verletzung von Beurkundungsförmlichkeiten und Verfahrensvorschriften die Auflassung nichtig und das Grundbuch unrichtig wird¹¹. Es diene zudem – so wird betont – dem Rechtsfrieden, wenn die Möglichkeit, sich wegen eines Verfahrensfehlers nachträglich auf die Nichtigkeit der Auflassung zu berufen und diese für eigene Zwecke auszunutzen, begrenzt werde¹².

Während der Hauptzweck des § 925 BGB überwiegend darin erblickt wird, korrekte und klare Unterlagen für die Grundbucheintragung zu erhalten, um damit ein Auseinanderfallen von Grundbuchstand und materieller Rechtslage zu verhindern¹³, weist Pajunk diesen Zweck der Verfahrensvorschrift des § 20 GBO zu. Der Schutz des Grundbuchs sei dem gegenüber nicht als Regelungszweck des § 925 BGB anzuerkennen. Historische Zwecke des § 925 BGB seien die Warnfunktion und der Schutz vor Übereilung sowie die Klarstellungs- und Beweisfunktion der Auflassung. Diese Zwecke seien auch heute noch maßgeblich und könnten am besten durch eine Beurkundung der Auflassung erreicht werden, die deshalb materielles Formerfordernis sei. Die weiteren vom historischen Gesetzgeber mit § 925 BGB verfolgten Zwecke, den Erwerber vor Zwischenverfügungen des Veräußerers zu schützen und eine sichere Zug um Zug Erfüllung zu ermöglichen, seien zwar vor dem Hintergrund der bei Inkrafttreten des § 925 BGB verbreiteten Auflassung „vor dem offenen Grundbuch“ zu sehen, bei der sich an die Auflassung vor dem Grundbuchamt unmittelbar die Eintragung des Eigentumswechsels anschließen konnte¹⁴. Gleichwohl blieben diese Zwecke auch nach dem Wegfall dieser Möglichkeit in abgewandelter Form aktuell. Eine notariell beurkundete Auflassung ermögliche es nämlich dem Erwerber, den Eigentumserwerb ohne weiteres Zutun des Veräußerers durch eigene Antragstellung beim Grundbuchamt herbeizuführen und so der Gefahr von Zwischenverfügungen vorzubeugen. Die Zug um Zug Erfüllung könne sich in der Weise vollziehen, dass beide Parteien mit der Urkunde über die notarielle Auflassung das Grundbuchamt aufsuchten und dort der Erwerber seine Gegenleistung Zug um Zug gegen Stellung eines vom Veräußerer einseitig nicht widerruflichen Antrags auf Eigentumsumschreibung erbringe. Auch diesen Zwecken diene daher eine Beurkundung der Auflassung.

In den Fällen, in denen die von ihm befürwortete Einordnung der Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung zu grob unbilligen Folgen führt, will Pajunk mit § 242 BGB helfen und eine Berufung auf die Formnichtigkeit der Auflassung verwehren.

Auch wenn man im Ergebnis die Ansicht Pajunks von den Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung nicht teilen mag, muß man doch feststellen, dass er eine gedanken- und inhaltsreiche Arbeit vorgelegt hat, in der er die Problematik umfassend erörtert

5 LG Oldenburg, Rpfleger 1980, 224; Meikel/Lichtenberger, § 20, Rn. 61.

6 Allgemeine Ansicht: BGH DNotZ 1963, 313, 315; Schöner/Stöber, Rn. 153; Meikel/Brambring, § 29, Rn. 9.

7 RGZ 99, 65.

8 BayObLG MittBayNot 1994, 39, 40.

9 BGH NJW 1992, 1101, 1102; vgl. auch BGHZ 22, 312.

10 RGZ 99, 65, 67; Medicus, DNotZ 1990, 275, 279.

11 BGHZ 22, 312, 316; Staudinger/Pfeifer § 925, Rn. 76; Köbl, DNotZ 1983, 207, 212; Ertl, DNotZ 1976, 68, 72.

12 RGZ 99, 65, 70, BGHZ 22, 312, 316 f.

13 Münch Komm/Kanzleiter, § 925, Rn. 1; Köbl DNotZ 1983, 207, 211; Ertl, MittBayNot 1992, 102, 104.

14 Die Auflassung vor offenem Grundbuch beruhte auf der Bestimmung des § 925 BGB a.F., die anordnete, dass die Auflassung vor dem Grundbuchamt zu erklären sei. Zur Auflassung vor offenem Grundbuch vgl. Brambring, Festschrift f. Hagen, 251, 254; Ertl, MittBayNot 1992, 102, 103 f.

und das Für und Wider der einzelnen Ansichten und Argumente eingehend und gut lesbar dargestellt hat.

Aus Platzgründen sei hier nur folgendes angemerkt:

Zutreffend erblickt Pajunk in dem Formerfordernis der notariellen Beurkundung als solchem ein wirkungsvolles Instrumentarium, mit dessen Hilfe einem Bedürfnis der Beteiligten nach Schutz vor Übereilung und vor wirtschaftlichen Risiken Rechnung getragen werden kann. De lege lata erscheint die These Pajunks, auch die Auflassung sei formell beurkundungspflichtig, allerdings schon im Hinblick auf den Wortlaut des § 925 BGB kaum haltbar. Da die Auflassung in der Praxis zumeist in der notariellen Urkunde über das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag) miterklärt wird, sie also diesem nicht in gesonderter Urkunde zeitlich nachfolgt, würde ein formelles Beurkundungserfordernis zumindest im Regelfall auch keinen eigenständigen Übereilungsschutz entfalten¹⁵. Ein Nachteil der These Pajunks ist die Erforderlichkeit des meist ungewissen Rückgriffs auf die Grundsätze von Treu und Glauben, um grob unbillige Folgen bei Formnichtigkeit der Auflassung zu vermeiden. Eher fernliegend und in der Praxis nicht zu verwirklichen ist schließlich die Vorstellung Pajunks von der Zug um Zug Abwicklung vor dem Grundbuchamt, welche die Parteien in Eigenregie vornehmen.

Im Ergebnis vorzugswürdig erscheint nach wie vor die herrschende Meinung, die Ertl¹⁶ im Jahre 1976 wie folgt treffend beschrieben hat:

“Der materiellrechtliche Zwang zur Mitwirkung eines Notars bei der Auflassung (§ 925 Abs. 1 BGB), die notarrechtliche Pflicht zur Errichtung einer Urkunde über die Auflassung (§§ 1, 20 BNotO; §§ 8 ff. BeurkG) und die verfahrensrechtliche Pflicht des GBA, ohne Nachweis in Urkundsform über die formgerechte Auflassung keine Eigentumsumschreibung im Grundbuch vorzunehmen (§§ 20, 29 GBO), kommen in ihrer praktischen Auswirkung einer materiellrechtlichen Beurkundungspflicht fast gleich. Sie machen aber – dies ist ihr Vorteil – das Grundbuch nicht unrichtig, sofern nur eine nach § 925 Abs. 1 BGB materiell wirksame Auflassung erfolgt ist, selbst wenn das GBA den Grundstückserwerber unter Verletzung der §§ 20, 29 GBO eingetragen, oder der Notar entweder keine oder eine nichtige Urkunde über die Auflassung errichtet hat.“

Notar Dr. Heiner Roemer, Jülich

2. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Auflage 2004, 115,- € (Verlag C.H. Beck, München)

Insbesondere die Schuldrechtsreform und ihre Auswirkungen auf die notarielle Vertragsgestaltung machten eine grundlegende Überarbeitung des „Schöner/Stöber“ erforderlich. Dabei hatten die Autoren in wesentlichen Teilen des Grundstücks- und Grundbuchverfahrensrechts durch die neuere Rechtsprechung bedingte und in der Literatur vertiefte oder forcierte Änderungen oder Konkretisierungen zu berücksichtigen. Mit Stand September 2003 haben Dr. Hartmut Schöner, Notar in München, und Kurt Stöber, Regierungsdirektor a. D., nun – drei Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe – die 13. Auflage dieses „Handbuches der Rechtspraxis“ vor-

gelegt. Prof. Ulrich Keller hat wiederum den Buchteil über den Grundstücksverkehr im Beitrittsgebiet bearbeitet.

Das gegenüber der Voraufgabe im Umfang um ca. 60 Seiten angewachsene Werk erlaubt nicht zuletzt wegen der neuen alphabetischen Schnellübersicht auf den Innenseiten des Schutzumschlages eine zügige Orientierung über grundlegende Fragen des Immobilienrechts. 101 Begriffe von „A“ wie „Abteilung I“ bis „Z“ wie „Zwischenverfügung“ machen ein längeres und umständlicheres Suchen im umfangreichen, 40-seitigen Sachregister überflüssig. Die Praxis dankt es.

Im Zusammenhang mit dem Kauf vom Bauträger waren vielfältige, durch den Gesetz- und Ordnungsgeber sowie die Rechtsprechung bedingte Änderungen zu berücksichtigen. Die Autoren schließen sich dabei der überwiegenden Ansicht in der Literatur an, wonach auch nach der Schuldrechtsreform Werkvertragsrecht und nicht Kaufrecht für Sachmängelansprüche maßgeblich sein soll. Zu Recht wird darauf hingewiesen, die werkvertraglichen Normen wie das Selbstvornahmerecht (§ 637 BGB) und die förmliche Abnahme mit ihren Rechtsfolgen passten besser zum Bauträgervertrag als das Kaufrecht. Insbesondere dessen § 440 S. 2 BGB (Fehlgeschlagene Nachbesserung) wird als „zu starr“ empfunden (Rn. 3204). In der Neuauflage ist auch die – inzwischen auf Art. 244 EGBGB gestützte – Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001 (BGBl. I S. 981) berücksichtigt. Hinsichtlich der nicht vom Geltungsbereich der Verordnung erfassten Vorauszahlungen, bei denen – anders als bei Abschlagszahlungen – im Zeitpunkt der vereinbarten Zahlung entsprechende Leistungen vom Bauträger noch nicht erbracht wurden, wird auf auch bei Stellung einer umfassenden Bürgschaft durch Art. 3 Abs. 1 der Verbraucherrichtlinie (93/13/EWG vom 5. April 1993) bedingte europarechtliche Bedenken hingewiesen (Rn. 3210). Das auf einen Vorlagebeschluss des BGH (DNotZ 2002, 652) ergangene Urteil des EuGH vom 1. April 2004 (DNotZ 2004, 767), wonach es Sache des nationalen Gerichts sei, die eventuelle Missbräuchlichkeit einer Klausel i. S. d. Art. 3 Abs. 1 der Verbraucherrichtlinie festzustellen, konnte nicht mehr berücksichtigt werden. Die Autoren empfehlen, die Vereinbarung von Vorauszahlungen in Verbraucherverträgen nur dann in Betracht zu ziehen, wenn eine echte Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft gestellt wird (Rn. 3210). Auch im Bereich der Rechts- und Sachmängelhaftung beim Bauträgervertrag sind die durch die Schuldrechtsreform und die höchstrichterliche Rechtsprechung (z. B. Verweis auf Dritte bei Sachmängelhaftung des Bauträgers, DNotZ 2002, 857; Ausschluss der Wandlung/des Rücktritts im Bauträgervertrag, DNotZ 2002, 215) bedingten Änderungen zuverlässig und kompakt eingearbeitet (Rn. 3221 ff.).

Die Frage der Grundbuchfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat durch die neuere Rechtsprechung des BGH (DNotZ 2001, 234) zu deren

¹⁵ Roemer, Die Formbedürftigkeit der Aufhebung und Änderung von Verträgen im Sinne des § 311 b Abs. 1 BGB (§ 313 BGB a. F.) 2004, S. 95.

¹⁶ DNotZ 1976, 68, 72.

Rechtsfähigkeit erheblich an Aktualität gewonnen. Die Autoren schließen sich der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur an und sprechen sich mit Nachdruck und sorgfältiger Begründung gegen die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus (Rn. 241 a). Sie verweisen in diesem Zusammenhang u. a. auf deren fehlende Registerpublizität, die daraus resultierenden negativen Auswirkungen für den Schutz des guten Glaubens in das Grundbuch und die unüberwindbaren Probleme hinsichtlich des Nachweises der Vertretungsbefugnis für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in grundbuchmäßiger Form (§§ 29, 32 GBO). Nicht mehr berücksichtigt werden konnte die neuere Rechtsprechung des BayObLG zu den Anforderungen an die Formulierung einer Auflassung unter Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, nach der eine Auflassung an eine „BGB-Gesellschaft. . .“, bestehend aus A,B,C,D“ grundbuchlich nicht vollziehbar und auch weder der Auslegung noch einer Umdeutung zugänglich sein soll (DNotZ 2004, 378). Auch wenn gute Gründe dafür sprechen, dass die vom BayObLG formulierten Anforderungen überzogen sind (so auch Anm. Heil, DNotZ 2004, 379, 380; Anm. Weigl, MittBayNot 2004, 202), erscheint die Beachtung dieser Rechtsprechung in der Praxis – nicht zuletzt wegen der Forderung, der Notar habe bei mehreren möglichen den „sichersten Weg“ zu gehen – zumindest augenblicklich als geboten.

Umfassend überarbeitet wurde der Abschnitt zur Vereinigung von Grundstücken im Hinblick auf die Fragen der Verwirrung (§ 5 Abs. 1 S. 1 GBO; Rn. 634 ff.). Mit ausführlicher Begründung wenden sich die Autoren gegen die (noch) herrschende Meinung (vgl. z. B. LG München, MittBayNot 2004, 131), wonach die Frage der Verwirrung nur bei einer Flurstücksverschmelzung entscheidungserheblich werden soll. Die Autoren betrachten eine unterschiedliche Belastung mit Grundpfandrechten als unbedingtes Hindernis für die Vereinigung von Grundstücken. Eine ursprüngliche, auf einen Teil der Grundstücksfläche beschränkte Belastung mit einem Grundpfandrecht sei im BGB nicht vorgesehen und werde auch in der GBO verfahrensrechtlich nicht für möglich gehalten. § 5 GBO soll mit dem „Verbot der Verwirrung“ nach Ansicht der Autoren bewirken, dass der Eigentümer die „unerwünschte“ Belastung einer Teilfläche auch nicht nachträglich durch die Vereinigung von Grundstücken herbeiführen könne (Rn. 635).

Unter Berücksichtigung der sog. „Jahrhundertentscheidung“ des BGH zu den „Zitterbeschlüssen“ (DNotZ 2000, 854) und der umfangreichen diesbezüglichen Literatur wurde die Bearbeitung um eine Darstellung der sich aufgrund der Aufnahme von Öffnungsklauseln in Teilungserklärungen ergebenden Fragestellungen erweitert (Rn. 2885 ff.). Die Autoren betonen, dass die nachträgliche Vereinbarung einer Öffnungsklausel nicht der Zustimmung derjenigen bedürfe, denen dingliche Rechte an Sondereigentumseinheiten zuständen (Rn. 2885). Öffnungsklauseln, die alle Vereinbarungen der Wohnungseigentümer durch Mehrheitsbeschluss abänderbar machen, werden für möglich, aber nicht empfehlenswert gehalten. Dagegen spreche das Bedürfnis, der Mehrheitsherrschaft Grenzen zu setzen. Dies erfordere insbesondere, eingeräumte Sondernutzungsrechte abände-

rungsfest zu gestalten, um einer Aushöhlung des Eigentums vorzubeugen (Rn. 2885 c). Die Autoren skizzieren die wesentlichen Argumente in der Diskussion über die Eintragungspflichtigkeit bzw. die Eintragungsfähigkeit von auf Grundlage einer Öffnungsklausel gefasster vereinbarungs- oder gesetzesändernder Beschlüsse im Hinblick auf deren Wirkung gegen den Sonderrechtsnachfolger. Sie plädieren – ohne eine Eintragungspflicht anzunehmen – für die Eintragungsfähigkeit, da ansonsten das Grundbuch unrichtig werde (Rn. 2887 a). Sie halten für die Grundbucheintragung solcher Beschlüsse die Zustimmung betroffener dinglich Berechtigter für erforderlich (Rn. 2887 c).

Die Problematik der ausreichenden Bestimmbarkeit beim Verkauf von Teilflächen wird ausführlich erörtert und unter Berücksichtigung der grundlegenden neueren BGH-Rechtsprechung (DNotZ 2000, 121; 2002, 937) umfassend und verständlich dargestellt (Rn. 863 ff.). Die Autoren haben darüber hinaus die Darstellung über die Benutzungs- und Mitbenutzungsbefugnisse des Berechtigten und des Eigentümers bei Dienstbarkeiten ergänzt (Rn. 1130 f.) und die Folgen der „Überseering-Entscheidung“ des EuGH für die Behandlung ausländischer Gesellschaften im Grundstücksrecht berücksichtigt (Rn. 3636 a, b). Die Formulierungsvorschläge für Urkunden und für Eintragungen im Grundbuch tragen der inzwischen weit verbreiteten maschinellen Grundbuchführung ebenso Rechnung wie dem Ende der Übergangszeit für die Einführung des Euro.

Die Autoren erklären im Vorwort, mit der neuen Bearbeitung des Handbuches an die Tradition der Voraufgaben anknüpfen zu wollen. Das Werk solle für die praktische Arbeit eine rasche Orientierung in den vielfältigen Bereichen des materiellen und formellen Liegenschaftsrechts ermöglichen sowie mit zuverlässigen Aussagen dem Leser Sicherheit geben. Diesem Anspruch wird auch die 13. Auflage dieses Standardwerkes des Grundstücks- und Grundbuchverfahrensrechts in vollem Umfang gerecht. Es ist aus der notariellen Praxis nicht mehr hinwegzudenken. Mit einem Wort: unverzichtbar!

Notarassessor Dr. Dirk Solveen, Bonn

3. Gottwald, Stefan, Grunderwerbsteuer – einführende Darstellung für Praktiker, 2. Auflage 2004, Wolters Kluwer, München/Unterschleißheim, 288 Seiten, 42,- € (Luchterhand Verlag)

Bereits zwei Jahre nach Erscheinen der 1. Auflage erscheint nunmehr die 2. Auflage der „Grunderwerbsteuer“ von *Gottwald*. Dies ist kein Zufall, sondern spricht für die Qualität des Werkes. *Gottwald* ist Praktiker und Theoretiker der Grunderwerbsteuer und stellt sein geballtes, praxisbezogenes Wissen dem Leser nun in 2. Auflage zur Verfügung. Der große Vorteil des hier zu besprechenden Werkes gegenüber der Kommentarliteratur besteht in der systematischen Aufbereitung des Stoffes, den zahlreichen anschaulichen Beispielen aus der Praxis und der guten Verständlichkeit.

Das Grunderwerbsteuerrecht ist ein Stiefkind der Steuerrechtler und nur zum Teil ein geliebtes Kind der Immobilienjuristen, insbesondere der Notare. Hervorzuheben sind vor allen Dingen die Ausführungen *Gott-*

walds zu den grunderwerbsteuerlichen Auswirkungen bei Unternehmensumstrukturierungen. In diesem Bereich wird die steuerliche Optimierung meist nur unter dem Gesichtspunkt des Ertragsteuerrechts betrachtet, das Grunderwerbsteuerrecht wird vernachlässigt. Die Schäden und steuerlichen Nachteile hieraus können immens sein. Im Hinblick darauf kann gerade jedem Praktiker der Unternehmensumstrukturierung das von *Gott-*

wald vorgelegte Buch dringend zur Lektüre anempfohlen werden.

Durch die schnelle Folge der Auflagen ist der *Gottwald* uneingeschränkt aktuell und daher jedem Interessierten mit bestem Gewissen zum Erwerb zu empfehlen.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Rheinische Notar-Zeitschrift (RNotZ)

ISSN 1431-1844

Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln

Herausgeberbeirat: Notar Dr. Wolfgang Baumann, Wuppertal; RA und Notar Wolfgang Heinser, Mülheim a. d. Ruhr; Notar Dr. Thomas Knoche, LL. M., Ratingen; Notar Dr. Klaus Piehler, LL. M., Köln; Notar Dr. Karl-Oskar Schmittat, Siegburg; Notar Dr. Ulrich Sostmann, Velbert

Schriftleitung: Notarassessor Dr. Ulrich Becker

Notarassessor Dr. Ulrich Bous, Burgmauer 53, 50667 Köln

(Telefon: 02 21/2 57 52 92 – Telefax: 02 21/2 57 52 93)

E-Mail: rnotz@rhnotk.de – Homepage: <http://www.notare.nrw.de>

Gesamtherstellung: Medienhaus Froitzheim AG, Heilsbachstraße 20, 53123 Bonn

Anzeigenvermittlung: Carl Heymanns Verlag KG, Anzeigenabteilung, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln
Telefon: 02 21/9 43 73-309/305, Telefax: 02 21/9 43 73-310,
E-Mail: anzeigen@heymanns.com

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

Die RNotZ erscheint jährlich in 12 Heften (10 Ausgaben) und kann nur über die Geschäftsstelle der Rheinischen Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln, bezogen werden.

Der Bezugspreis (einschließlich Versand) beträgt jährlich 60,- € zuzüglich 7 % USt. und wird in einem Betrag am 1. Juli des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Preis der Einzelausgabe: 7,- € zuzüglich Versand und 7 % USt.

Abbestellungen nur zum Ende eines Kalenderjahres bei Eingang bis zum 1. Oktober.

Zitiervorschlag:

bis 31. 12. 2000 MittRhNotK

ab 1. 1. 2001 RNotZ