2 MittBayNot
Begründet 1864
März/April 2002
Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleiterin: Notarassessorin Dr. Helene Förtig
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München

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

ABHANDLUNG

„Betreutes Wohnen“ und notarieller Gestaltungsbedarf
– zugleich eine kritische Betrachtung zur Neufassung des Heimgesetzes

von Notarassessor *Dr. Jörn Heinemann*, Uttenreuth

Anlässlich der Neufassung des Heimgesetzes wurde die zunehmende Bedeutung der Formen „Betreuten Wohnens“ unterstrichen. Notare sind mit „Betreutem Wohnen“ vor allem bei der Begründung und Veräußerung von Wohnungseigentum in Anlagen für „Betreutes Wohnen“ befasst. Der vorliegende Beitrag stellt dar, welche Interessen hier zu berücksichtigen und welche Regelungen möglich sind und gibt Formulierungsvorschläge für die Gestaltung von Gemeinschaftsordnungen solcher Wohnanlagen an die Hand. Daneben wird das Problem der Anwendbarkeit von § 14 Abs. 5 HeimG erörtert.

I. „Betreutes Wohnen“ und andere Wohnformen für Senioren – Versuch einer Definition und Bedeutung für die notarielle Praxis

1. Bedeutungswandel des Begriffs „Betreutes Wohnen“

Der Begriff des „Betreuten Wohnens“ hat im Laufe der Jahrzehnte einen bemerkenswerten Bedeutungswandel erlebt. Stand dieser Terminus zu Beginn der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts für alternative Formen der Fürsorgeerziehung im Jugendstraf- und Jugenderziehungsrecht[1], später dann für selbstständige Wohn- und Erziehungseinrichtungen von und für geistig und körperlich behinderte Menschen[2], bezeichnet „Betreutes Wohnen“ seit etwa einem Jahrzehnt ein Wohnangebot für Senioren, das mehr oder minder intensiv mit einem Pflege- und Betreuungsprogramm verbunden ist.[3] Trotz dieser doch ganz erheblichen Begriffsverschiebung zählt zum verbindenden Element dieses Phänomens ein gewisser Hang zum Euphemismus, nämlich zu einer beschönigenden Terminologie der tatsächlichen Bewältigung „sozialer Konflikt- und Problemfelder“.

2. „Betreutes Wohnen“ als bevorzugte Alternative zur „traditionellen“ Heimunterbringung

Obgleich die Schaffung von Wohnraum für Senioren mit einem fakultativen Betreuungs- und Pflegeangebot keine Neuheit darstellt[4], hat sich das „Betreute Wohnen“ für alle Beteiligten aus vielfältigen Gründen als bevorzugte Alternative im Vergleich zum Wohnstift (Altenwohnheim)[5] oder zum Altenheim[6] herkömmlicher Prägung erwiesen. Das Interesse der Bewohner ist auf ein selbstbestimmtes Leben in den „eigenen vier Wänden“ gerichtet, unabhängig von den Vorgaben und Beschränkungen eines Heimbetriebs. Pflege- und Betreuungsleistungen sollen erst bei Bedarf durch externe,

---

[1] *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht, 13. Aufl. 1998, § 17 I; vgl. auch § 12 Nr. 2 JGG und § 34 SGB VIII, die i.d.F. des Art. 6 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes vom 29.6.1990 (BGBl. I S. 1163) die die „sonstige betreute Wohnform“ erstmals gesetzlich erwähnen; ebenso *Dahlem/Giese/Igl/Klie*, Das Heimgesetz, § 1 Rdnr. 12.5.1 (23. Lieferung August 2000).

[2] Vgl. beispielsweise *Brill* (Hrsg.), Betreutes Wohnen: neue Wege in der psychiatrischen Versorgung, 1. Aufl. 1988.

[3] *Dahlem/Giese/Igl/Klie*, a.a.O. (Fn. 1) § 1 Rdnr. 12.5.; *Kunz*, in: *Kunz/Ruf/Wiedemann*, HeimG, 8. Aufl. 1998, § 1 Rdnr. 8; *Rapp*, in: Beck’sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, Kap. A III Rdnr. 47a; *Falk* (Hrsg.), Fachlexikon Immobilienwirtschaft, 1996, Eintrag „Betreutes Wohnen“, S. 125 f.; *Verbraucher-Zentrale Nordrhein-Westfalen e.V.* (Hrsg.), Betreutes Wohnen, 2. Aufl. 2000, S. 5; *Hannig*, NZM 2000, 1114; *Schlüter*, NZM 2000, 531; BT-Drs. 14/5399, S. 18 f.

[4] Weitgehend gleichbedeutend mit dem „Betreuten Wohnen“ dürfte die „althergebrachte“ Einrichtung von sogenannten Alten- oder Seniorenwohnungen bzw. -wohnanlagen sein, die zu einer Inanspruchnahme von Pflegediensten berechtigen, *Pergande*, in: *Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender*, Wohnungsbaurecht, § 68 II. WoBauG Anm. 3.1. a) (Stand: März 1984); vgl. nur den in LG Ulm BWNotZ 1984, 37 f. mitgeteilten Sachverhalt, der lange vor Ummünzung des Begriffs des „Betreuten Wohnens“ eben dieses zum Gegenstand hat.

[5] *Kunz*, a.a.O. (Fn. 3), § 1 Rdnr. 4; *Wiedemann*, in: *Kunz/Ruf/Wiedemann*, HeimG, 8. Aufl. 1998, § 4 Rdnr. 7; *Pergande*, a.a.O. (Fn. 4) § 68 II. WoBauG Anm. 3.1. b).

[6] *Kunz*, a.a.O. (Fn. 3), § 1 Rdnr. 4; *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 5), § 4 Rdnr. 7; *Pergande*, a.a.O. (Fn. 4) § 68 II. WoBauG Anm. 3.1. c).

vom Vermieter oder Verkäufer der Wohnung unabhängige, gleichwohl kompetente und anerkannte medizinische Dienste in Anspruch genommen werden.[7] Für Bauträger stellt die Errichtung und Veräußerung von Wohnungen des „Betreuten Wohnens“ angesichts der demographischen Entwicklung eine zukunftsträchtige[8] Vertriebsform dar, „mit der ‚mehr Geld zu verdienen ist‘ als mit der Vermietung oder Veräußerung von Räumen, welche ‚nur‘ zum Wohnen genutzt werden“[9]. Finanzierungsinstitute haben das „Betreute Wohnen“ als ideale Anlageform entdeckt[10], die als geschlossener Immobilienfonds angeboten wird[11] oder vom Erwerber unmittelbar als Rendite-, Förderungs- und Steuersparobjekt genutzt werden kann. Auch den Pflegedienstanbietern kommt diese Wohnform entgegen, da eine längerfristige Bindung potenzieller Kunden erreicht werden kann[12] ohne selbst die Vorhaltung von Wohnraum besorgen zu müssen. Schließlich bekundet der Staat sein Interesse an innovativen Wohnformen für Senioren, sei es durch Wohnbauförderungsmaßnahmen[13] oder durch den Abbau als hemmend empfundener Überwachungsinstrumentarien[14].

Die jüngste Novellierung des Heimgesetzes[15] unterstreicht den hohen Stellenwert, den der Gesetzgeber dem „Betreuten Wohnen“ beimisst.[16]

Diese Gemengelage verschiedenster Interessen hat freilich zu einer unüberschaubaren Angebotsvielfalt geführt[17], die dadurch gesteigert wird, dass man mittlerweile versucht, den Begriff des „Betreuten Wohnens“ abzustreifen, um ihn durch scheinbar noch wohlklingendere, tatsächlich aber nur wohlfeilere zu ersetzen.[18] Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit und Verwirklichung des „Betreuten Wohnens“ aus (kautelar-)juristischer Sicht steckt noch im Anfangsstadium und bedarf angesichts einer kritischer werdenden Öffentlichkeit[19] weiterer Untersuchungen.

3. Erscheinungsformen des „Betreuten Wohnens“

Das bereits erwähnte Überangebot hat in Verbindung mit der fehlenden rechtlichen Konturierung zu vielgestaltigen Ausprägungen des „Betreuten Wohnens“ geführt. Der Begriff entzieht sich einer eindeutigen rechtlichen Definierbarkeit[20] und lässt sich allenfalls typisierend umschreiben[21]. Dabei sollte nicht übersehen werden, dass unter den Begriff des „Betreuten Wohnens“ in rechtlicher Hinsicht ganz heterogene Modelle zusammengefasst werden, die für die notarielle Gestaltungspraxis zum Teil völlig belanglos sind: Die Spannbreite des Angebots reicht dabei vom „klassischen“ Heimvertrag, also einem kombinierten Miet- und Dienstvertrag aus einer Hand[22], über den Wohnraummietvertrag, der daneben zur Inanspruchnahme von Pflegeleistungen Dritter berechtigt[23], bis hin zum Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung, die zur Nutzung als Seniorenwohn- und -betreuungsanlage verpflichtet[24].

4. „Betreutes Wohnen“ – Notarieller Gestaltungs- und Handlungsbedarf

Für die notarielle Gestaltungspraxis von Bedeutung ist dabei vornehmlich das zuletzt genannte Modell: Sowohl die Begründung des Wohnungseigentums als auch die Veräußerung der einzelnen Eigentumswohnungen bedarf notarieller Mitwirkung. Insbesondere bei der Gestaltung der Gemeinschaftsordnung (siehe II. 1.) hinsichtlich der Zweckgebundenheit der Wohnanlage kann der Notar für die gewünschte Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sorgen. Auch im Kauf- bzw. Bauerrichtungsvertrag (siehe II. 2.) gilt es Regelungen hinsichtlich der Bauausführung der altersgerechten Wohnungen zu finden. Schließlich ist zu bedenken, wie die Interessen des Pflegeanbieters (siehe II. 3.) in die Vertragsgestaltung integriert werden können. Im Rahmen des kombinierten Miet- und Pflegemodells ist der Notar hingegen nur mittelbar in die Vertragsgestaltung involviert, weil bei erfolgter Aufteilung in Wohnungseigentum „seine“ Gemeinschaftsordnung auf spätere

---

[7] *Bundesgeschäftsstelle LBS im Deutschen Sparkassen- und Giroverband e.V.* (Hrsg.), Wohnen mit Service, 1997, S. 10 f.; 13 f.

[8] *Hannig*, NZM 2000, 1114, 1115; *Falk* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3) S. 126.

[9] OVG Lüneburg BauR 2001, 1891; *Falk* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3) S. 125 f. geht von Erwerbspreisen aus, die 30–40 % über denen herkömmlicher Eigentumswohnungen liegen.

[10] Vgl. etwa die Informationsführer der *Bundesgeschäftsstelle LBS im Deutschen Sparkassen- und Giroverband e.V.* (Hrsg.), Wohnen mit Service, 1997; *Heix*, WuM 1999, 373.

[11] *Brinkmann*, FWW 2000, 200; *Falk* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3) S. 125.

[12] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47a, 47c.

[13] §§ 1 Abs. 2 Nr. 1; 6 Nr. 8; 12 Abs. 2 WoBauFG; Ziffer 10 der Wohnbauförderungsbestimmungen 2000 des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 30.11.2000 (Nr. IIC1-4700-001/00); Art. 13 BayAGPflegeVG i.V.m. § 29 VO zum BayAGPflegeVG; *Heix*, WuM 1999, 373.

[14] *Hannig*, NZM 2000, 1114; *Schlüter*, NZM 2000, 531; BT-Drs. 14/5399, S. 18.

[15] Neufassung des Heimgesetzes vom 5.11.2001, BGBl. I S. 2970 i.d.F. des Dritten Gesetzes zur Änderung des Heimgesetzes vom 5.11.2001, BGBl. I S. 2960.

[16] BT-Drs. 14/5399, S. 18 f.

[17] Der hilfesuchende Klick bei einer beliebigen „Suchmaschine“ des Internet reicht zur demotivierenden Überinformation völlig aus.

[18] *Bundesgeschäftsstelle LBS im Deutschen Sparkassen- und Giroverband e.V.* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 7) S. 9 („Die Bewohner [des ‚Betreuten Wohnens‘] lehnen i.d.R. diesen Namen ab, weil er eine starke Reglementierung und zu wenig die gewünschte Eigenständigkeit ausdrückt.“); vgl. auch den häufig anzutreffenden Werbeslogan: „Service Wohnen: Deutlich mehr als nur ‚Betreutes Wohnen‘!“, Nürnberger Nachrichten vom 12./13.1.2002, S. 70; zutreffend daher BT-Drs. 14/5399, S. 19 („Auf die Bezeichnung kommt es nicht entscheidend an.“).

[19] Siehe nur die Informationsbroschüre der *Verbraucher-Zentrale Nordrhein-Westfalen e.V.* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 31 oder die Verleihung eines Qualitätssiegels der Bayerischen Stiftung für Qualität im Betreuten Wohnen e. V, im letzten Jahr unter Beteiligung des bayerischen Staatssekretärs im Sozialministerium verliehen, Pressemitteilung des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und Soziales vom 27.7.2001 (442.01/StMAS); *Falk* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3) S. 126.

[20] BT-Drs. 14/5399, S. 19 („Auf eine Definition des ‚Betreuten Wohnens‘ wird verzichtet. Es handelt sich beim ‚Betreuten Wohnen‘ um unterschiedliche Wohnformen, die einer dynamischen Entwicklung unterliegen und die einer Definition schwer zugänglich sind.“).

[21] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47a („Ziel dieser Wohnform ist es, den Umzug älterer Menschen in Alten- und Pflegeheime zu verhindern oder jedenfalls solange als möglich hinauszuschieben.“).

[22] Vgl. nur *Palandt/Weidenkaff*, 61. Aufl. 2002, Einf. v. § 535 Rdnr. 35; BT-Drs. 14/5399, S. 19 bezeichnet dies als „Rundumversorgung“; *Bundesgeschäftsstelle LBS im Deutschen Sparkassen- und Giroverband e.V.* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 7) S. 9 Fn. 1.

[23] *Dahlem/Giese/Igl/Klie*, a.a.O. (Fn. 1) § 1 Rdnr. 12.5.2.; eingehend hierzu *Hannig*, NZM 2000, 1114.

[24] *Dahlem/Giese/Igl/Klie*, a.a.O. (Fn. 1) § 1 Rdnr. 12.5.2.; *Munzig*, Die Gemeinschaftsordnung im Wohnungseigentum, 1999, S. 8; *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47a.

Mietverhältnisse ausstrahlen kann. Am klassischen „Heimvertrag“[25] ist der Notar regelmäßig nicht beteiligt, weder unmittelbar vertragsgestaltend noch mittelbar, da Wohnstifte und Altenheime normalerweise nicht in der Form von Wohnungseigentum betrieben werden.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist hingegen die Frage der Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen und lebzeitiger Zuwendungen an Leiter und Mitarbeiter i.S. des § 14 Abs. 5 HeimG. Ist schon schwer zu entscheiden, wann ein Verstoß gegen § 14 Abs. 5 HeimG vorliegt, wenn der Testator unbestreitbar in einem Heim gemäß § 1 HeimG wohnt, so stellt sich auch nach der Novellierung des Heimgesetzes die Frage, ob nach Sinn und Zweck des § 14 Abs. 5 HeimG auch Wohnformen des „Betreuten Wohnens“ hierunter fallen können (siehe III.).

II. „Betreutes Wohnen“ – Gestaltung von Gemeinschaftsordnung, Kauf- und Betreuungsvertrag

1. Gestaltung der Gemeinschaftsordnung

a. Zweckbestimmung des Sondereigentums

Das Hauptinteresse des Investors, der künftigen Bewohner, vor allem aber auch des Betreuungs- und Pflegedienstes ist auf einen homogenen Bewohnerbestand gerichtet. Nur bei einer rechtlich gesicherten „Bewohnerstruktur [...], die die angebotenen Leistungen zumindest potenziell benötigt“[26], rentieren sich für den Pflegedienst die vorgehaltenen Dienstleistungen und rechtfertigt sich der höhere Erwerbspreis gegenüber „herkömmlichen“ Eigentumswohnungen. § 15 Abs. 1 WEG gestattet es den Miteigentümern, aber auch dem teilenden Eigentümer, den Gebrauch des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums durch Vereinbarung zu regeln, auch im Sinne einer Zweckbindung des Sonder- und Gemeinschaftseigentums. Die Gemeinschaftsordnung sollte daher den Zweck der Wohnanlage klar festlegen und den Kreis möglicher Bewohner auf die bezweckte Zielgruppe beschränken. Die Bestimmung eines Mindestalters der Bewohner kann dabei flexibel gehandhabt werden, sollte aber auch nicht zu hoch angesetzt werden. Andere Gründe als das Alter, die zu einer Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit führen können, also insbesondere eine geistige oder körperliche Behinderung, sollten grundsätzlich als mit der Nutzung vereinbar anerkannt werden. Möglich ist auch eine Koppelung an den rechtlich anerkannten Status der Pflegebedürftigkeit im Sinne des § 14 Abs. 1 SGB XI oder der Schwerbehinderteneigenschaft im Sinne des § 1 SchwbG. Eine Klarstellung, dass es bei häuslichen Gemeinschaften ausreicht, wenn einer der Bewohner die benannten Voraussetzungen erfüllt, sollte ebenfalls nicht fehlen. Als Formulierungsbeispiel mag folgender kombinierter von *Rapp*[27] und *Munzig*[28] stammender Vorschlag dienen:

Zweckbestimmung:

Die Wohnanlage dient ausschließlich Wohnzwecken älterer bzw. behinderter Menschen mit der Zielsetzung, im Falle der Pflegebedürftigkeit eines Bewohners auf dessen Wunsch hin den Umzug in ein Pflegeheim nach Möglichkeit auszuschließen. Die im Aufteilungsplan bezeichneten Wohnungen dürfen deshalb nur von Personen bewohnt werden, die das 60. Lebensjahr vollendet haben oder die infolge körperlicher bzw. geistiger Behinderung einer persönlichen Betreuung bedürfen. Bei häuslichen Lebensgemeinschaften genügt es, wenn ein Partner das 60. Lebensjahr vollendet hat bzw. infolge seiner Behinderung persönlicher Betreuung bedarf.

Soweit ein Eigentümer die erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, kann die Gemeinschaftsordnung eine Vermietungspflicht an geeignete Personen oder an einen gewerblichen Zwischenvermieter vorsehen.[29] Das BayObLG[30] billigt eine solche Vermietungspflicht, „wenn andernfalls der mit der Anlage verfolgte Zweck in der vorgesehenen Form nicht erreicht werden kann.“[31] Soweit die Gemeinschaftsordnung eine Zwischenvermietung vorsieht, sollte diese zeitlich begrenzt werden.[32]

Vermietungspflicht:

Bewohnt ein Wohnungseigentümer seine Einheit nicht persönlich, ist er verpflichtet, diese einer Person zur Nutzung zu überlassen, die entweder 60 Jahre alt ist oder infolge körperlicher bzw. geistiger Behinderung einer persönlichen Betreuung bedarf.

Zwischenvermietungspflicht:

Das Gesamtobjekt wird für die Dauer von zehn Jahren an einen gewerblichen Zwischenmieter vermietet. Der gewerbliche Zwischenmieter, hilfsweise der Verwalter, übernimmt zentral und ausschließlich die Einzelvermietung an Personen, die entweder 60 Jahre alt sind oder infolge körperlicher bzw. geistiger Behinderung einer persönlichen Betreuung bedürfen.

Diese Zweckbestimmung mit Vermietungs- bzw. Zwischenvermietungspflicht hat den Vorteil, dass sie eine Bindung auch künftiger Erwerber an die verabredete Nutzung herbeiführt.[33] Bedenken gegen die Wirksamkeit einer solchen Nutzungsbeschränkung bestehen in Hinblick auf § 138 BGB nicht. Die Rechtsprechung hat bislang ähnliche Zweckbestimmungen hinsichtlich Ferienwohnanlagen oder Studentenwohnheimen nicht beanstandet.[34] Zum einen weiß der potenzielle Erwerber durch die Gemeinschaftsordnung um die Nutzungsbeschränkung, zum andern fördert der Gesetzgeber selbst eine entsprechende Zweckbindung.[35] Eine zeitliche Begrenzung der Zweckbestimmung ist dabei zwar ebenso wenig zwingend erforderlich wie eine Öffnungsklausel, die den Wohnungseigentümern eine Nutzungsänderung durch Mehrheitsentscheidung gestattet[36], jedoch durchaus ratsam. Überlegenswert ist ebenfalls, ob nicht ausnahmsweise eine Nut-

---

[25] Zahlreiche Musterverträge einzelner Heimbetreiber finden sich bei *Kunz/Ruf/Wiedemann*, HeimG, 8. Aufl. 1998, Anhang B 3.

[26] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47a.

[27] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47b.

[28] *Munzig*, a.a.O. (Fn. 24), S. 8, 42.

[29] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47b; DNotI-Report 1998, 140; *Bärmann/Pick/Merle*, Wohnungseigentumsgesetz, 8. Auflage 2000, § 15 Rdnr. 3.

[30] BayObLG Rpfleger 1982, 15; 63; NJW-RR 1988, 1163; WE 1991, 83; 1992, 198 (208); WE 1994, 283 = WuM 1994, 156; MittBayNot 1995, 388; DNotI-Report 1998, 140; einschränkend OLG Karlsruhe Rpfleger 1987, 412 = NJW-RR 1987, 651.

[31] *MünchKommBGB/Röll*, 3. Auflage 1997, § 10 WEG Rdnr. 31.

[32] *Staudinger/Kreuzer*, 12. Auflage 1997, § 10 WEG Rdnr. 129; BGH NJW 1986, 1173.

[33] *Munzig*, a.a.O. (Fn. 24), S. 48.

[34] BayObLG Rpfleger 1982, 63 (*Hotelappartement*); WE 1994, 283 = WuM 1994, 156 (*Studentenwohnheim*).

[35] Siehe §§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, 6 Satz 2 Nr. 8, 12 Abs. 2 Nr. 2 WoFG und zuvor § 26 Abs. 2 II. WoBauG.

[36] Anders offenbar *Munzig*, a.a.O. (Fn. 24), S. 48.

zung durch Erwerber zugelassen werden sollte, die die aufgestellten Erfordernisse nicht erfüllen, insbesondere bei einem Erwerb von Sondereigentum durch Pflege- oder Betreuungsdienste. In diesem Fall bedarf es der Entscheidung, ob hierüber, wie von *Munzig*[37] vorgeschlagen, der Verwalter oder aber die Eigentümerversammlung durch Mehrheitsbeschluss befinden sollten. Die folgende von *Munzig*[38] stammende und leicht angepasste Formulierung mag als Formulierungsvorschlag dienen:

Ausnahmen und Änderungen der Zweckbestimmung:

Jede andere Nutzung ist nur mit schriftlicher Einwilligung des Verwalters zulässig. Die Einwilligung ist zu versagen, wenn die abweichende Nutzung den Charakter der Seniorenwohnanlage verändern oder gemeinschaftliches Eigentum übermäßig in Anspruch nehmen würde. Der besondere Bestimmungszweck der Wohnanlage kann (a) ab dem … (b) jederzeit allgemein durch Beschluss der Eigentümerversammlung geändert werden. Für diesen Beschluss ist eine Mehrheit von (a) 3/4 der (b) allen vertretenen Stimmen erforderlich.

b. Zweckbestimmung des Gemeinschaftseigentums

Neben der Zweckbindung des Sondereigentums kann auch das Gemeinschaftseigentum bestimmten Benutzungen vorbehalten werden. Im Rahmen des „Betreuten Wohnens“ bietet sich hierbei insbesondere an, technisch unabdingbare gemeinschaftliche Betreuungs- und Pflegeeinrichtungen aufzuführen. Dazu zählen in erster Hinsicht die Notrufeinrichtungen[39], die eine sofortige Verbindung zum Pflege- und Betreuungsdienst ermöglichen sollen. Aber auch die Zweckbestimmung gemeinschaftlicher Räume (Restaurant, Cafeteria, Untersuchungszimmer, Sport- und Trainingsräume sowie Sauna und Schwimmbad etc.) kann auf diesem Weg näher spezifiziert werden, wobei aber nicht verkannt werden darf, dass eine zu enge Zweckbestimmung einer etwa erforderlichen „Umwidmung“ entgegenstehen kann. Die durch die Schaffung altengerechter Gemeinschaftseinrichtungen entstehenden Mehrkosten werden auf die Wohnungseigentümer entsprechend ihrer Kostentragungspflicht umgelegt.[40] Die Pflicht zur Tragung der Gemeinschaftskosten besteht dabei unabhängig davon, ob die betreffende Einrichtung tatsächlich von jedem Wohnungseigentümer genutzt wird oder ob sie diesem überhaupt einen objektiven Nutzen bringt.[41]

Weiterer Regelungsgegenstand bezüglich des Gemeinschaftseigentums sollte sein, dass die Eigentümergemeinschaft grundsätzlich verpflichtet wird, die später durch Pflege- und Betreuungsdienste zu nutzenden Gemeinschaftsräume und Gemeinschaftseinrichtungen an diese Dienste unentgeltlich zu überlassen. Das OLG Stuttgart[42] hat mit Beschluss vom 9.2.2000 zwar entschieden, dass die Überlassung des Gemeinschaftseigentums an einen Pflegedienst nachträglich durch Mehrheitsbeschluss gemäß § 15 Abs. 2 WEG getroffen werden kann. Dennoch empfiehlt sich eine entsprechende Öffnungsklausel in der Gemeinschaftsordnung. Der folgende Formulierungsvorschlag stammt im Wesentlichen von *Munzig*[43]:

Duldung von Betreuungs- und Pflegediensten:

Die Sondereigentümer sind gegenseitig verpflichtet, den unentgeltlichen Gebrauch des Gemeinschaftseigentums, insbesondere der im Aufteilungsplan mit Nr. … näher bezeichneten Räume, durch Personen zu dulden, die für die Wohnungseigentümer Betreuungsleistungen erbringen. Werden Betreuungsleistungen von mehreren Einrichtungen erbracht, ist der Gebrauch in der Hausordnung zu regeln. Die Eigentümerversammlung beschließt mit einer Mehrheit von 3/4 der Stimmen, an welche Betreuungs- und Pflegedienstanbieter das Gemeinschaftseigentum zur Nutzung überlassen wird. Bei dem Betreuungs- und Pflegedienstanbieter muss es sich um einen gemäß dem SGB XI anerkannten Pflegedienstanbieter handeln. Die Eigentümerversammlung erteilt dem Verwalter bereits jetzt Vollmacht, mit dem ausgewählten Betreuungs- und Pflegedienst einen Überlassungsvertrag abzuschließen.

Dasselbe Ergebnis wird m. E. durch den Vorschlag von *Rapp*[44] erreicht, der durch das generelle Verbot der Erbringung von Pflegeleistungen der Eigentümerversammlung die Zulassung nur bestimmter Personen/Unternehmen vorbehalten möchte:

Zulassung von Pflegediensten:

Soweit unter Benutzung des Gemeinschaftseigentums Pflegeleistungen im Sinne des SGB XI erbracht werden sollen, ist dies nur nach einer entsprechenden Beschlussfassung der Wohnungseigentümer zulässig. Diese können nur einen gemäß dem Pflegeversicherungsgesetz anerkannten Pflegedienst und zeitlich höchstens begrenzt auf zehn Jahre zulassen. Die Kosten der Inanspruchnahme von Pflegeleistungen unterfallen nicht den Kosten gemäß § 16 Abs. 2 WEG. Die Eigentümergemeinschaft stellt insoweit lediglich räumliche/technische Voraussetzungen zur Verfügung.

Ein echter Konkurrenten- und Wettbewerbsschutz zugunsten eines bestimmten Pflege- und Betreuungsunternehmens kann eigentlich nur durch eine Unterlassungsdienstbarkeit[45] zugunsten des Pflege- und Betreuungsdienstes und den vorherigen Abschluss des Überlassungs- und Betreuungsvertrags mit einer Eintrittsverpflichtung in Teilungserklärung und den einzelnen Kauf- und Bauerrichtungsverträgen erreicht werden. Inwiefern ein solcher Konkurrentenschutz aber sinnvoll ist und welche Ratschläge zum Abschluss der regelmäßig außerhalb der notariellen Urkunde geschlossenen Überlassungs- und Betreuungsverträge gegeben werden können, bedarf noch der Erörterung (siehe unten II. 3.).

c. Verwalterzustimmung zur Vermietung und Veräußerung

Von der Möglichkeit, die Veräußerung oder Vermietung des Sondereigentums an die Zustimmung eines Dritten, insbesondere des Verwalters, zu knüpfen, macht die Praxis zu Recht nur noch selten Gebrauch.[46] Dennoch kann sich dieses Instrument bei zweckgebundenen Wohnanlagen durchaus bewähren. Die Zustimmung kann versagt werden, falls ein Erwerber oder Mieter nicht zu dem bestimmten Nutzerkreis zählt.[47]

---

[37] *Munzig*, a.a.O. (Fn. 24), S. 48.

[38] *Munzig*, a.a.O. (Fn. 24), S. 8, 42.

[39] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47c.

[40] § 16 WEG; *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47c.

[41] BGHZ 92, 18, 22; *Pick*, in: *Bärmann/Pick/Merle*, Wohnungseigentumsgesetz, 8. Aufl. 2000, § 16 Rdnr. 50, 111; *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47c.

[42] OLG Stuttgart OLGR Stuttgart 2000, 189.

[43] *Munzig*, a.a.O. (Fn. 24), S. 8, 42.

[44] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47c.

[45] Ebenso *Staudinger/Kreuzer*, a.a.O. (Fn. 31) § 10 WEG Rdnr. 109 m.w.N.

[46] *MünchKommBGB/Röll*, a.a.O. (Fn. 31) § 12 WEG Rdnr. 1.

[47] *MünchKommBGB/Röll*, a.a.O. (Fn. 31) § 12 WEG Rdnr. 8.

Freilich dürfte schon die Zweckbestimmung selbst nebst der Vermietungspflicht zu diesem Ergebnis führen. Letztlich wird die Verwalterzustimmung nur dort Sinn machen, wo von einer Vermietungspflicht Abstand genommen wurde:

Verwalterzustimmung:

Die Veräußerung und Vermietung des Sondereigentums bedarf der Zustimmung des Verwalters. Keiner Zustimmung bedarf die Veräußerung an Verwandte in gerade Linie und den Ehegatten/Lebenspartner. Die Zustimmung ist zu erteilen, wenn der Erwerber bzw. Mieter das 60. Lebensjahr vollendet hat oder infolge einer körperlichen bzw. geistigen Behinderung einer persönlichen Betreuung bedarf.

d. Dingliche Absicherung des Nutzungszwecks (Wohnungsbesetzungsrecht)

In der Praxis wird der Nutzungszweck „Betreutes Wohnen“ häufig nicht allein durch eine Zweckbindung des Sonder- und Gemeinschaftseigentums abgesichert, sondern zudem durch die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts bekräftigt. Als Berechtigter wird regelmäßig die Gemeinde, unter Umständen auch der Freistaat Bayern, vertreten durch das Landratsamt, bestimmt. Trotz der noch immer erheblichen Bedenken in der Literatur[48] gegen solche Dienstbarkeiten hat das BayObLG – anders als etwa das LG Ulm[49] – seine inzwischen gefestigte[50] und letztlich auf Gewohnheitsrecht[51] gegründete Anerkennung dieser Wohnungsbesetzungsrechte als „Fremdenverkehrs- und Austragshausdienstbarkeiten“[52] explizit auf das „Betreute Wohnen“[53] ausgedehnt. In der Tat spricht für die Zulässigkeit eines solchen Dienstbarkeitsinhalts, dass auch das öffentliche Wohnungsrecht ein entsprechendes Belegungs- und Bindungsrecht für „Altenwohnungen“ kennt[54], so dass eine privatautonom vereinbarte „Wohnungsbindung“ erst recht statthaft sein sollte. Dabei sieht das Gericht auch unter dem Gesichtspunkt einer überlangen Bindung keine Notwendigkeit, die Dienstbarkeit zu befristen, wenn eine juristische Person berechtigt wird. Freilich gesteht das BayObLG mit der überwiegenden Literaturmeinung[55] zu, dass eine befristete oder auflösend bedingte Bestellung im Interesse der Rechtsklarheit sinnvoll wäre.[56] In Anlehnung und Ergänzung an den im Beschluss des BayObLG vom 29.12.2000[57] gebilligten Inhalt könnte der Text einer Dienstbarkeit folgendermaßen formuliert werden:

Beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Wohnungsbesetzungsrecht):

Das Sondereigentum darf auf die Dauer von zehn Jahren nur von Personen genutzt werden, deren Nutzung die Gemeinde … als Berechtigte der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugestimmt hat. Die Zustimmung gilt als erteilt für Personen, die das 60. Lebensjahr vollendet haben oder die infolge körperlicher bzw. geistiger Behinderung einer persönlichen Betreuung bedürfen. Bei häuslichen Lebensgemeinschaften genügt es, wenn ein Partner das 60. Lebensjahr vollendet hat bzw. infolge seiner Behinderung persönlicher Betreuung bedarf.

Der Eigentümer bewilligt und beantragt die Eintragung einer entsprechenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinde …

Auf die Bestellung eines Wohnungsbesetzungsrechts verzichten die jüngsten Formulierungsvorschläge dennoch, da durch die Zweckbestimmung und die Verwalterzustimmung bereits eine ausreichende, dinglich wirkende Sicherung des Nutzungszwecks erreicht wird.[58] In der Tat erscheint das Wohnungsbesetzungsrecht im Rahmen des Wohnungseigentums als Überreglementierung. Angesichts der noch immer bestehenden erheblichen dogmatischen Bedenken gegen diese Form der Dienstbarkeitsbestellung sollte sie auf solchen Wohnraum beschränkt werden, der nicht als Wohnungseigentum gebildet wurde.

2. Gestaltung des Kauf- bzw. Bauträgervertrags

a. Kaufvertrag

Bei Kaufverträgen über Eigentumswohnungen einer Wohnanlage des „Betreuten Wohnens“ ist neben den allgemein zu berücksichtigenden Änderungen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts[59] auf Regelungen hinsichtlich des alten- und behindertengerechten Ausbaus der Wohnung zu achten. Für die so genannte „rollstuhlgerechte“ und „barrierefreie“ Wohnung existieren die DIN 18 025 Teil 1 (Rollstuhlgeeignetheit) und Teil 2 (Barrierefreiheit).[60] Beide technische Anweisungen beschreiben ausführlich, welche Beschaffenheit Türen, Aufzüge, Treppen und Räume aufzuweisen haben.[61] Das OLG Zweibrücken[62] hat zwar entschieden, dass eine Eigentumswohnung, die nach dem Inhalt des Kaufvertrages den Anforderungen an ein „Betreutes Wohnen“ gerecht werden soll, nicht deshalb als mangelhaft zu beurteilen sei, „weil sie nicht auf die Erfordernisse der DIN 18 025 für sehbehinderte oder rollstuhlfahrende Personen zugeschnitten ist“. Dennoch sollte die Wohnanlage den Anforderungen dieser DIN-Norm entsprechen[63], zumal nicht abzusehen ist, inwie-

---

[48] *MünchKommBGB/Falckenberg*, a.a.O. (Fn. 31) § 1018 Rdnr. 44; *Wolfsteiner*, in: *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 71 Rdnr. 25 („Hart am Rande des dienstbarkeitsfähigen“).

[49] LG Ulm BWNotZ 1984, 37 mit abl. Anm. *Panz*, BWNotZ 1984, 36.

[50] BayObLG MittBayNot 2001, 317; BayObLGZ 2000, 140 = MittBayNot 2000, 438.

[51] BayObLGZ 1989, 89 = MittBayNot 1989, 212; BayObLGZ 1982, 184; *Odersky*, Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit als Mittel zur Sicherung öffentlicher Mittel, in: Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 227 f.

[52] BayObLGZ 1989, 89 = MittBayNot 1989, 212.

[53] BayObLG MittBayNot 2001, 317.

[54] §§ 26, 25 Abs. 1, 13 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. §§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, 6 Satz 2 Nr. 8, 12 Abs. 2 Nr. 2 WoFG; ähnlich *Wolfsteiner*, a.a.O. (Fn. 48) § 71 Rdnr. 25.

[55] *Odersky*, a.a.O. (Fn. 51), S. 222; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 1205.

[56] BayObLG MittBayNot 2001, 317; BayObLGZ 2000, 140 = MittBayNot 2000, 438.

[57] BayObLG MittBayNot 2001, 317.

[58] *Munzig*, a.a.O. (Fn. 24), S. 48.

[59] BGBl. I 2001, 3138; instruktiv hierzu *Hertel*, ZNotP 2002, 1 ff.; *Wälzholz/Bülow*, MittBayNot 2001, 509 ff.

[60] *Verbraucher-Zentrale Nordrhein-Westfalen e.V.* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 20 f.

[61] Die DIN 18 025 ist aufgeteilt in Normen zur horizontalen Erschließung (Pkw-Stellplatz, Wege und Flure, Bodenbeläge, Müllraum, Mülltonnenplatz, Türen), zur vertikalen Erschließung (Aufzüge, Rampen, Treppen) und zum Wohnungsausbau.

[62] OLG Zweibrücken OLGR 2000, 447 = BauR 2000, 1912 (Ls.).

[63] *Falk* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3) S. 125.

fern Werbe- und Prospektanpreisungen zu einer Beschaffenheitsbeschreibung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB führen können[64]. Eine eindeutige Beschaffenheitsvereinbarung, die entweder auf die DIN 18 025 Bezug nimmt, zumindest aber deren Regelungsinhalt aufgreift, sollte daher im Interesse aller Beteiligten liegen. Von einer Garantievereinbarung im Sinne des § 443 BGB ist angesichts der weit reichenden und noch nicht absehbaren Folgen derselben freilich abzuraten.[65]

b. Bauträgervertrag

Dieselben Erwägungen sollten auch im Bauträgervertrag angestellt werden, insbesondere deshalb, weil die einzelnen Förderrichtlinien der Bundesländer eine Wohnbauförderung für Alten- und Behindertenwohnungen im Regelfall nur dann gewähren, wenn die DIN 18 025 eingehalten ist.[66] Die Landesbauordnungen schreiben zudem teilweise die Barrierefreiheit von Wohnraum für bestimmte Personengruppen, wie z. B. alte und behinderte Menschen, ausdrücklich vor.[67]

Die durch die Einführung der Beschaffenheitsvereinbarung in ihrer Funktion aufgewertete Baubeschreibung[68] erhält im Rahmen einer Seniorenwohnanlage zusätzliche Bedeutung. Die von den Verbraucherschutzverbänden zu einer sorgfältigen Prüfung der Baubeschreibung angehaltenen potenziellen Erwerber werden mit Sicherheit auf einer Vereinbarkeit mit der DIN 18 025 bestehen.

3. Gestaltung des Betreuungsvertrags

Häufig haben der Investor/Bauträger und ein Betreuungs- und Pflegedienst bereits im Vorfeld der Errichtung und Aufteilung der Wohnanlage Vereinbarungen über eine langfristige Vertragsbindung getroffen.[69] Dem Investor ist in erster Linie daran gelegen, mit einem kompetenten Pflegedienst werben zu können, dem Betreuungsunternehmen ist dagegen an einer langfristigen und vor allem umfassenden Bindung aller Bewohner gelegen.[70] Dieses Ziel wollen die Beteiligten durch Abschluss eines langfristigen Betreuungsvertrags erreichen, in den alle Erwerber und Mieter von Eigentumswohnungen eintreten müssen. Durch den Betreuungsvertrag soll eine Art Grundversorgung sichergestellt werden; alle weiteren speziellen Pflege- und Betreuungsleistungen, aber auch die Lieferung von Mahlzeiten werden dagegen durch Einzelvertrag mit dem jeweiligen Bewohner geregelt.[71] Oftmals haben Bauträger und Pflegedienst den entsprechenden Betreuungsvertrag bereits abgeschlossen und wünschen vom Notar lediglich die Aufnahme der Eintrittsverpflichtung.[72] Der Notar sollte demgegenüber versuchen, auf eine rechtlich aufeinander abgestimmte Lösung hinzuwirken, die auch die rechtlich schützenswerten Interessen der künftigen Erwerber und Mieter mit einbezieht.

a. Anwendbarkeit des Heimgesetzes

Die Kombination eines Betreuungsvertrages (zwischen einem Pflegedienst und dem Mieter) mit einem Mietvertrag (zwischen dem Wohnungseigentümer und dem Mieter) kann zur Anwendbarkeit des Heimgesetzes führen, auch dann, wenn Vermieter und Pflegedienst nicht miteinander identisch sind.[73] Diese von der Rechtsprechung[74] tatsächlich gezogene Konsequenz ist von der – vornehmlich von Investoren und Pflegediensten inspirierten – Literatur[75] heftig kritisiert und vom Gesetzgeber[76] in der Neufassung des Heimgesetzes berücksichtigt worden. Nach § 1 Abs. 2 HeimG begründet die „Tatsache, dass ein Vermieter von Wohnraum durch Verträge mit Dritten oder auf andere Weise sicherstellt, dass den Mietern Betreuung und Verpflegung angeboten werden“ allein nicht die Anwendung des Heimgesetzes. Auch eine vertragliche Abnahmepflicht soll unschädlich sein[77], wenn lediglich „allgemeine Betreuungsleistungen“ abzunehmen sind und „das Entgelt hierfür im Verhältnis zur Miete von untergeordneter Bedeutung ist“. Muss der Mieter dagegen „Verpflegung und weitergehende Betreuungsleistungen von bestimmten Anbietern“ abnehmen, findet das Heimgesetz Anwendung.[78] Wollen alle Beteiligten die Anwendbarkeit des Heimgesetzes mit seinen speziellen verbraucherschützenden Vorschriften[79] und der staatlichen Aufsichts- und Überwachungspflicht[80] vermeiden, so muss im Rahmen des Betreuungsvertrags darauf geachtet werden, dass lediglich „allgemeine Betreuungsleistungen“ und keinesfalls „Verpflegung und weitergehende

---

[64] *Brambring*, in: *Amann/Brambring/Hertel*, Die Schuldrechtsreform in der notariellen Vertragspraxis, 2002, S. 106.

[65] *Brambring*, a.a.O. (Fn. 64) S. 140; *Hertel*, ZNotP 2002, 28.

[66] Ziffern 114, 116 der Wohnbauförderungsbestimmungen 2000 des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 30.11.2000 (Nr. IIC1-4700-001/00).

[67] Art. 51 Abs. 2 BayBO, der freilich gerade nicht für „Seniorenresidenzen“ gelten soll, vgl. *Jäde/Dirnberger/Bauer/Weiß*, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 51 Rdnr. 26 (Stand: März 1998); § 39 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 LBO-BW erfasst dagegen in seiner Neufassung auch das „Betreute Wohnen“, *Hager*, VBlBW 2002, 71. Siehe nunmehr auch den Anspruch des Mieters auf barrierefreien Ausbau der Wohnung, § 554a BGB.

[68] *Hertel*, in: Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, a.a.O. (Fn. 64) S. 187 f.; *Hertel*, ZNotP 2002, 34 f.

[69] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47d.

[70] *Falk* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3) S. 125.

[71] *Falk* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3) S. 125; *Verbraucher-Zentrale Nordrhein-Westfalen e.V.* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 25 f.

[72] Der Betreuungsvertrag selbst bedarf keiner Beurkundung, da er nicht zum Erwerb oder zur Übertragung des (Sonder-)Eigentums an einem Grundstück verpflichtet. Auch „stehen und fallen“ die Kaufverträge nicht mit dem Betreuungsvertrag, da dieser weder im Interesse des Käufers noch des Verkäufers, sondern allein im Interesse des Pflegedienstes geschlossen wird. Dennoch sollte die bereits abgeschlossene Betreuungsvereinbarung wenigstens als wesentliche Anlage zur Teilungserklärung genommen werden, schon allein damit die Erwerber um den Inhalt der Eintrittsverpflichtung wissen.

[73] *Kunz*, a.a.O. (Fn. 3), § 1 Rdnr. 2, 4, 8; OVG Frankfurt NJW 2000, 396; OVG Münster WuM 1999, 412 = NWVBl. 1999, 398; *Dahlem/Giese/Igl/Klie*, a.a.O. (Fn. 1) § 1 Rdnr. 12.5.3 differenzieren zu Recht danach, ob der Bewohner Eigentümer/Käufer einer Eigentumswohnung oder Mieter einer solchen ist, denn nur dann weist er eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit wie ein „Heimbewohner“ auf; die Neufassung des § 1 Abs. 2 HeimG bringt dies nunmehr ebenfalls zum Ausdruck.

[74] OVG Frankfurt NJW 2000, 396; OVG Münster WuM 1999, 412 = NWVBl. 1999, 398; VG Bayreuth GewArch 2000, 425; VG Düsseldorf WuM 1999, 412; AG Rendsburg NZM 2001, 423 = SchlHA 2001, 142; AG Heidenheim, Urt. Vom 17.1.1997 – 6 C 375/96.

[75] *Engel/Roßbruch*, PflR 1999, 75; *Hannig*, NZM 2000, 1114; *Heix*, WuM 1999, 373; *Schlüter*, NZM 2000, 530.

[76] BT-Drucks. 14/5399, S. 18 f.

[77] Anders noch der Referentenentwurf, der in den Fällen rechtlicher Verpflichtung zur/tatsächlicher Angewiesenheit auf Abnahme von Leistungen bestimmter Anbieter die Anwendbarkeit des Heimgesetzes generell bestimmen wollte, vgl. *Hannig*, NZM 2000, 1114 (1116) mit der Gesetzesfassung nahekommendem Gegenvorschlag.

[78] DNotI-Report 2002, 7.

[79] §§ 5–9 HeimG n.F.; *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 5), § 4 Rdnr. 1.

[80] §§ 11 ff. HeimG n.F. *Kunz*, a.a.O. (Fn. 3), Einführung XIII.

Betreuungsleistungen“ zur Abnahme angeboten werden. Der Gesetzgeber versteht beispielhaft unter „allgemeinen“ Betreuungsleistungen, solche untergeordneter Art, wie „Notrufdienste oder [die] Vermittlung von Dienst- und Pflegeleistungen“. Letztlich sollten sich diese Betreuungsleistungen mit Ausnahme der Notrufbereitschaft auf reine Beratungs- und Vermittlungstätigkeiten, höchstens Hausmeisterdienste[81], beschränken. Wichtiges weiteres Kriterium ist, dass das Betreuungsentgelt von untergeordneter Bedeutung im Vergleich zum „Mietzins“ sein muss. Nach den Materialien zur Gesetzesbegründung dürfte kein untergeordnetes Entgelt mehr vorliegen, wenn es „erheblich über 20 v. H. des monatlichen Entgelts für die Miete einschließlich der Betriebskosten“ liegt.[82] Der Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend hat diese ziffernmäßige Begrenzung in einem Entschließungsantrag jedoch aufgegeben: Nunmehr „bedarf es einer sorgfältigen Abwägung aller Umstände des Einzellfalles. In jedem Fall ist nach Auffassung des Ausschusses die Betreuungspauschale jedoch dann als untergeordnet anzusehen, wenn sie im Rahmen der Obergrenze liegt, die einzelne Länder im Rahmen der Wohnbauförderung für die Betreuungspauschale festlegen.“[83] Auch diese Formulierung lässt es freilich an der wünschenswerten Klarheit fehlen, so dass den Beteiligten als sicherster Weg nur geraten werden kann, sich trotz der Ausschussempfehlung an die 20 % Höchstgrenze zu halten.

b. Inhaltskontrolle des Betreuungsvertrags

Die Nichtanwendbarkeit des Heimgesetzes stellt die Bewohner keineswegs schutzlos.[84] Im Gegenteil, anstelle der speziellen Normen der §§ 5–9 HeimG finden die „Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und die Verbraucherschutzvorschriften“[85] Anwendung. Nach den gängigen, auch in § 1 Abs. 2 HeimG vorausgesetzten Modellen müssen Erwerber und Mieter in den Betreuungsvertrag eintreten und die angebotenen Dienstleistungen abnehmen. Da der einzelne Erwerber bzw. Mieter einer Wohnung regelmäßig Verbraucher im Sinne des § 13 BGB, das Betreuungsunternehmen dagegen im Regelfall eine juristische Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit auftritt, also Unternehmer (§ 14 BGB) ist, stellt der Schuldbeitritt zum Betreuungsvertrag stets einen Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) dar. Jedenfalls dürfte auch bei Abschluss des Vertrags zwischen Bauträger und Pflegedienst die mehrfache Verwendungsabsicht im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB bestehen und so zu einer Inhaltskontrolle des Vertrags führen.[86] Der Betreuungsvertrag hat die regelmäßige Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand, auch wenn der konkrete Abnahmezeitpunkt nicht feststeht.[87] Damit ist aber eine Laufzeit des Betreuungsvertrags über zwei Jahre hinaus gemäß § 309 Nr. 9 a) BGB unwirksam.[88] Eine billigenswerte Ausnahme von dieser Vorschrift[89] liegt nach richtiger Ausführung von *Rapp*[90] beim „Betreuten Wohnen“ mangels hoher Investitionskosten nicht vor. An die Stelle der unwirksamen Klausel würden die §§ 620 Abs. 2, 621 BGB treten[91], die den Pflegedienst im Ergebnis am schlechtesten stellen. Letztlich ist daher eine AGB-konforme Gestaltung des Betreuungsvertrags anzuraten, der zunächst auf zwei Jahre befristet ist und sich bei Nichtkündigung drei Monate vor Ablauf des Vertrags um jeweils ein Jahr verlängert, § 309 Nr. 9 a)–c) BGB. Diese Gestaltung mag für das Pflegeunternehmen zunächst schwer erträglich erscheinen, kann jedoch durch folgende Erwägungen und Gestaltungsalternativen gemildert werden:

(1) Die Betreuungsleistungen sind den einzelnen Bewohnern, seien sie Eigentümer oder Mieter, nicht als Gesamtgläubigern nach § 428 BGB geschuldet[92], es liegt vielmehr eine Forderungsgemeinschaft[93] vor. Die Kündigung kann somit im Zweifel nur gemeinschaftlich durch alle Verpflichteten erfolgen[94], ihre interne Beschlussfassung bestimmt sich wohl nach den §§ 741 ff. BGB[95], so dass ein Unzufriedener allein das Betreuungssystem nicht zu Fall bringen kann.

(2) Aus meiner Sicht sollte überhaupt vermieden werden, die Mieter im Betreuungsvertrag mit zu verpflichten. Lediglich die Wohnungseigentümer sollten in den Betreuungsvertrag eintreten und die Mieter als Berechtigte durch einen unechten Vertrag zugunsten Dritter[96] an der Grundversorgung teilhaben lassen. Es besteht ja auch keine Notwendigkeit, jeden Mieter in den Verwaltervertrag oder den Hausmeistervertrag eintreten zu lassen. Die Eigentümer als Vermieter können die Betreuungspauschale m. E. über den Mietzins auf die Mieter umlegen, was selbstverständlich im Mietvertrag ausgewiesen sein sollte. Die Mieter werden dadurch keineswegs schlechter gestellt, ganz im Gegenteil: Zum einen hat der Mieter nur einen Vertragspartner, an den er sich zu wenden braucht, zum anderen kann er bei einer Schlechtleistung des Pflegedienstes den Mietzins mindern, § 536 Abs. 1 BGB, und auf diese Weise Druck auf die Eigentümer ausüben, dass diese wiederum auf den Pflegedienst einwirken oder gegebenenfalls sogar den Betreuungsvertrag kündigen. Verbraucherschutzzentralen warnen[97] zwar ausdrücklich vor diesen „Kombinationsmodellen“, berücksichtigen dabei aber zu wenig, dass ein jederzeit von jedem Mieter kündbarer Betreuungsvertrag dazu führen würde, dass langfristig überhaupt keine Grundversorgung mehr angeboten werden könnte und sich jeder Bewohner selbst um diese Versorgung kümmern müsste, woran den Mietern noch weniger gelegen sein kann. Eine Kündigung des Betreuungsvertrags kann bei dieser Gestaltung nur einheitlich und nur durch die Eigentümerversammlung erfolgen, die Beschlusszuständigkeit richtet sich nach den speziellen Vorschriften des WEG.[98] Auf diesem Weg kann einer un-

---

[81] DNotI-Report 2002, 7.

[82] BT-Drs. 14/5399, S. 19.

[83] BT-Drs. 14/6366, S. 28; der Entschließungsantrag geht letztlich auf die Kritik des Bundesrates zurück, der die Bundesregierung im Ergebnis zugestimmt hat, vgl. BT-Drs. 14/5399, S. 35, 38; kritisch zur 20-%-Grenze auch *Rychter*, FWW 2000, 195 f.

[84] BT-Drs. 14/5399, S. 19.

[85] BT-Drs. 14/5399, S. 19; *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 5), § 4 Rdnr. 15.

[86] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47d; die Anwendbarkeit des AGBG wurde vom LG Lüneburg NJW-RR 2001, 1637 ohne besonderen Begründungsaufwand bejaht.

[87] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47d; LG Lüneburg NJW-RR 2001, 1637.

[88] Ebenso *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47d und LG Lüneburg NJW-RR 2001, 1637 zu § 11 Nr. 12 a) AGBG.

[89] BGH NJW 1993, 1134.

[90] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47d.

[91] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47d; LG Lüneburg NJW-RR 2001, 1637.

[92] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47d.

[93] *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 22) § 432 Rdnr. 1, 2.

[94] *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 22) § 432 Rdnr. 8; *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47d.

[95] *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 22) § 432 Rdnr. 2; *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47d.

[96] *Jauernig/Vollkommer*, 9. Aufl. 1999, § 328 Rdnr. 5.

[97] *Verbraucher-Zentrale Nordrhein-Westfalen e.V.* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 33.

[98] *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 22) § 432 Rdnr. 1.

übersichtlichen Vermehrung von inhomogenen Abnehmern entgegengewirkt werden, die nur zusätzliches Konfliktpotenzial heraufbeschwören.

(3) Letztlich kann über eine Unterlassungsdienstbarkeit zumindest verhindert werden, dass konkurrierende Betreuungsunternehmen in der Wohnanlage Pflegeleistungen erbringen[99], was aber aus Sicht der Erwerber und Mieter zu einer fatalen „Pattsituation“ führen kann (siehe sogleich c.).

c. Abstimmung von Betreuungs- und Überlassungsvertrag miteinander und mit einer Unterlassungsdienstbarkeit

Der oben bereits erwähnte Überlassungsvertrag von Räumen und Einrichtungen des Gemeinschaftseigentums an den Pflegedienst, soweit solche zur Ausführung der Betreuungsleistungen benötigt werden, macht letztlich nur dann Sinn, solange auch der Betreuungsvertrag noch besteht. Der Bestand des Überlassungsvertrags sollte daher in diesem Fall vom Bestand des Betreuungsvertrags (nicht jedoch umgekehrt) abhängen. Soweit die überlassenen Gemeinschaftseinrichtungen jedoch nicht im Zusammenhang mit der Grundversorgung stehen (z. B. Cafeteria, Restaurant), wäre eine Aufrechterhaltung des Überlassungsvertrags denkbar und sinnvoll. Der Überlassungsvertrag könnte also hiernach differenziert ausgestaltet werden.

Ein weiteres Problem kann aus einer zugunsten des Betreuungsunternehmens bestellten Unterlassungsdienstbarkeit erwachsen: Wenn Überlassungs- und Betreuungsvertrag gekündigt sind, hindert die Dienstbarkeit grundsätzlich die Beauftragung eines neuen Pflege- und Betreuungsunternehmens ohne Zustimmung des Berechtigten. Diese bereits angesprochene „Pattsituation“ kann nicht im Interesse der Bewohner liegen. Bestehen schon erhebliche Zweifel, ob die für Tankstellen und Gastwirtschaften entwickelten Grundsätze zu Verbotsdienstbarkeiten zur Sicherung einer Bezugsverpflichtung[100] wirklich auf die Erbringung bzw. Nichterbringung „Dienste höherer Art“ (§ 627 Abs. 1 BGB) wie Pflegeleistungen passen, sollte für diesen Fall eine eindeutige Sicherungszweckvereinbarung des Inhalts getroffen werden, dass bei Kündigung bzw. Auflösung von Betreuungs- und Überlassungsvertrag ein Anspruch auf Löschung der Unterlassungsdienstbarkeit besteht.[101] Aus diesen Gründen sollte überlegt werden, ob überhaupt ein Bedürfnis für die Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten eines bestimmten Pflegeunternehmens besteht.

III. „Betreutes Wohnen“ – Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen

1. Bedeutung von § 14 Abs. 5 HeimG

§ 14 Abs. 5 HeimG untersagt es „der Leitung, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern“ eines Heims, „sich von oder zugunsten von Bewohnerinnen und Bewohnern neben der vom Träger erbrachten Vergütung Geld- oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Heimvertrag versprechen oder gewähren zu lassen“. Dasselbe Verbot trifft gemäß § 14 Abs. 1 HeimG den Träger des Heims selbst. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung[102] schränkt § 14 Abs. 1, 5 HeimG auch die Testierfähigkeit in verfassungskonformer Weise[103] ein: Wer als Normadressat des § 14 HeimG von einer ihn begünstigenden letztwilligen Verfügung zu Lebzeiten des Erblassers Kenntnis hat[104], lässt sich „geldwerte Leistungen“ im Sinne der Vorschrift versprechen. Die Verfügung ist wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB nichtig.[105] Diese Auslegung haben die Gerichte stets mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift, wie er sich auch den Gesetzesmaterialien[106] entnehmen lasse, begründet: Verhindert werden soll, dass alte und pflegebedürftige Menschen, die in einem Heim untergebracht sind und sich der Leitung und deren Angestellten anvertraut haben, in ihrer Hilfs- und Arglosigkeit, vielleicht sogar in ihrer Gutmütigkeit, ausgenutzt werden. Die freie Willensentschließung der Bewohner soll gewährleistet bleiben. Schließlich soll durch das Verbot der „Leistungsgewährung“ die heiminterne Gleichbehandlung aufrechterhalten werden, niemand soll wegen seiner Freigiebigkeit privilegiert oder benachteiligt werden.[107]

Das Dritte Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes hat § 14 HeimG lediglich redaktionell angepasst[108], aber zu keiner inhaltlichen Änderung der Vorschrift geführt[109], so dass die von der Rechtsprechung entwickelten Auslegungsgrundsätze bei der Beurkundung[110] letztwilliger Verfügungen weiterhin zu berücksichtigen sind.

2. Anwendbarkeit von § 14 Abs. 5 HeimG auf „Betreutes Wohnen“

Für den Notar stellt sich mithin die Frage, ob der Mieter[111] einer Anlage des „Betreuten Wohnens“ in den Schutzbereich des § 14 Abs. 1, 5 HeimG fällt oder nicht. Vor der Novellierung des Heimgesetzes hat *Rapp*[112] die Anwendbarkeit bei einer umfassenden Versorgung der Anlagenbewohner bejaht. Bereits oben wurde aber dargestellt, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 1 Abs. 2 HeimG eine – zumindest teilweise – Ausklammerung des „Betreuten Wohnens“ aus dem Anwendungsbereich des Heimgesetzes erreichen wollte. Trotz dieser Einengung des Heimbegriffs kann aber keinesfalls Entwarnung gegeben werden: Der Notar steht vor dem Dilemma, dass er unmöglich nachprüfen kann, ob der Testierende in einer Wohnanlage lebt, in der nur „allgemeine Betreuungsleistungen“ angeboten werden, wofür ein im Verhältnis zur Miete nur untergeordnetes Entgelt zu entrichten ist

---

[99] Siehe oben II. 1 b).

[100] *Schöner/Stöber*, a.a.O. (Fn. 55) Rdnr. 1223 m.w.N.

[101] Hierzu *Amann*, DNotZ 1986, 578, 592; *Schöner/Stöber*, a.a.O. (Fn. 55) Rdnr. 1226.

[102] BGHZ 110, 237; BayObLG DNotZ 1992, 258 = MittBayNot 1992, 218; 1993, 453; NJW 2000 = MittBayNot 2000, 453.

[103] BVerfG DNotZ 1999, 56.

[104] BayObLG DNotZ 1992, 258 = MittBayNot 1992, 218; *Kunz*, a.a.O. (Fn. 3), § 14 Rdnr 24.

[105] *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 22) § 134 Rdnr. 19 m.w.N.; ausführlich mit jeweils weiteren Nachweisen *Rossak*, ZEV 1996, 41 und MittBayNot 2000, 451.

[106] BR-Drucks. 173/72, S. 14; BT-Drucks. 7/180, S. 12, 15; BT-Drucks. 11/5120, S. 17 f.; BR-Drucks. 203/89, S. 44 f.

[107] Statt aller vgl. nur *Kunz*, a.a.O. (Fn. 3), § 14 Rdnr 1.

[108] BT-Drucks. 14/5399, S. 29.

[109] DNotI-Reoprt 2002, 7.

[110] Zur Belehrungspflicht des Notars *Huhn/von Schuckmann*, Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. 1995, § 17 Rdnr. 102.

[111] Dazu, dass nur Mieter, nicht aber Käufer einer Eigentumswohnung des „Betreuten Wohnen“ in den Schutzbereich des § 1 HeimG fallen können, siehe bereits oben Fn. 73.

[112] *Rapp*, a.a.O. (Fn. 3), Kap. A III Rdnr. 47e.

(§ 1 Abs. 2 HeimG). Vielmehr muss der Notar stets damit rechnen, dass die Wohnanlage durch Hinzutreten weiterer Indizien vom „Betreuten Wohnen“ in ein „Heim“ umschlägt. Da es für die Anwendbarkeit des § 14 HeimG nicht darauf ankommt, ob es sich um ein im Sinne des § 12 HeimG staatlich angezeigtes Heim handelt[113], kann der Notar auch nicht auf die Auskünfte des Betreibers der Wohnanlage vertrauen.

Aber selbst wenn mit Sicherheit feststeht, dass der Testierende nicht in einem Heim im Sinne des § 1 Abs. 1, 2 Satz 3 HeimG wohnt, verbleibt es bei der Unwägbarkeit, ob nicht die Gerichte von einer analogen Anwendbarkeit des § 14 Abs. 1, 5 HeimG auf das „Betreute Wohnen“ ausgehen werden. Richtig ist zwar, dass die Rechtsprechung den Ausnahmecharakter der Vorschrift betont hat und im Hinblick auf Art. 2, 14 GG eine enge Auslegung der Norm befürwortet.[114] Erst kürzlich hat das BayObLG die analoge Anwendung von § 14 HeimG auf den Betreuer im Sinne des § 1897 BGB abgelehnt.[115] Auf der anderen Seite lässt sich jedoch durchaus eine gegenläufige Tendenz feststellen, die einer Umgehung der Vorschrift entgegen wirken will.[116] In der Tat kann die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit der Bewohner des „Betreuten Wohnens“ nicht mit § 1 Abs. 2 HeimG stehen und fallen, denn es sind allenfalls Nuancen von der „allgemeinen“ zur „weitergehenden“ Betreuungsleistung, so dass die mehr oder weniger zufällige, aber wohl niemals mit Rücksicht auf § 14 HeimG gewählte Vertragsgestaltung über die Einschränkung der Testierfähigkeit entscheiden würde. Den Gerichten wird eine analoge oder extensive Auslegung des § 14 HeimG umso leichter fallen, als der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 1 Abs. 2 HeimG nicht die Absicht verfolgte, den Schutzzweck des § 14 HeimG einzuengen, sondern lediglich, das „Betreute Wohnen“ aus der staatlichen Aufsichtspflicht zu entlassen.[117] Noch völlig offen wäre in einem solchen Fall, wen der Adressatenkreis des § 14 Abs. 1, 5 HeimG alles erfassen würde: den Pflegedienst, den Bauträger, den Vermieter, den Verwalter oder gar den Hausmeister?

Letztlich bleibt bis zur ersten klärenden Entscheidung der Gerichte kein anderer Ratschlag, als eine möglichst umfassende Sachverhaltsermittlung anzustellen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Testierende als Mieter in einer Anlage des „Betreuten Wohnens“ lebt, in der er zur Abnahme gewisser Leistungen verpflichtet ist. Soll in der Verfügung tatsächlich jemand bedacht werden, der in dieser Anlage Leistungen irgendeiner Art erbringt, die auch dem Erblasser zugute kommen, so bleibt im Zweifelsfall nur die eindringliche Belehrung über die Bedeutung des § 14 HeimG und die Aufnahme eines entsprechenden Hinweises über die möglichen Unwirksamkeitsfolgen.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Bedeutung des „Betreuten Wohnens“ wird weiter zunehmen[118], einerseits wegen der demographischen und gerontologischen Entwicklungen, andererseits wegen der zunehmenden Mobilität und Selbstständigkeit der „jungen“ Alten.[119] Je mehr Selbstständigkeit aber eingefordert wird, desto mehr wird das dafür vorausgesetzte Maß an Selbstverantwortung ansteigen. Wo jedoch der alte, behinderte oder pflegebedürftige Mensch rechtlich überfordert ist, bedarf er der schützenden Hand des Staates oder unabhängiger, neutraler Berater. Unter diesem Aspekt hat der Gesetzgeber mit der Änderung des Heimgesetzes keinen bemerkenswerten Beitrag zum Verbraucher- und Altenschutz geleistet.[120] Sicherlich wollen Bewohner einer „betreuten Wohneinheit“ nicht im „Heim“ leben[121] (wer will das überhaupt!); das bedeutet aber keineswegs, dass sie den damit verbundenen besonderen rechtlichen Schutz aufgeben möchten.[122] Es wäre sicherlich sinnvoller gewesen, die heterogenen Blöcke des Heimgesetzes aufzuspalten und dort einzuordnen, wo ihre jeweilige *sedes materiae* ist. Die Schuldrechtsreform hätte die Kodifizierung des Heimvertrags (oder besser: des Pflege- und Betreuungsvertrags) im BGB bewirken können, die Vorschriften der Heimaufsicht hätten dagegen in die Gewerbeordnung zurückgeführt werden können. § 14 Abs. 1, 5 HeimG aber hätte zu einer klar konturierten Schutznorm ausgestaltet werden sollen, die unabhängig von der Heimeigenschaft den freien Testierwillen bewahrt. Ob eine solche klare Konturierung freilich möglich ist, darf bezweifelt werden, so dass letzten Endes nicht die tatsächliche Schutzwürdigkeit über die Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen entscheidet, sondern die Zufälligkeit, ob der Testator in einem Heim im Sinne des § 1 HeimG wohnt oder nicht.

---

[113] BVerfG DNotZ 1999, 56, 59.

[114] BayObLGZ 1991, 251, 255; *Rossak*, ZEV 1996, 41, 44; *ders*., ZEV 1996, 146; *ders*., MittBayNot 2000, 452.

[115] BayObLG MittBayNot 1998, 263.

[116] BayObLGZ 2000, 36, 41; *Niemann* ZEV 1998, 419 ff.; *Rossak*, MittBayNot 2000, 452.

[117] BT-Drucks. 14/5399, S. 18 f.

[118] BT-Drucks. 14/5399, S. 35; *Schewe-Gerigk* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) spricht vom „Betreuten Wohnen“ als dem „Modell der Zukunft“, BT-Prot. 14/158, S. 15475 (B).

[119] Ausführlich hierzu der am 15.1.2002 der Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vorgelegte Vierte Altenbericht der Sachverständigenkommission.

[120] Ebenso *Schewe-Gerigk* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), BT-Prot. 14/158, S. 15475 (B) *Göring-Eckardt* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), BT-Prot. 14/158, S. 15469 (D) („Wir können nicht über Verbraucherschutz reden, wo die Kuh längst in den Brunnen gefallen ist.“) und *Freiherr von Stetten* (CDU/CSU), BT-Prot. 14/176, S. 17366 (C) („Die Abgrenzung zwischen Heimen und Formen des so genannten betreuten Wohnens sind verschwommen und dienen nicht zur Stärkung der Rechte älterer Bewohner, weil betreutes Wohnen mit geringsten Angeboten rechtlich besser gestellt wird als betreutes Wohnen mit guten und kompakten Angeboten.“).

[121] BT-Drs. 14/5399, S. 19.

[122] Fragwürdig daher *Schlüter*, NZM 2000, 530 (531).

Aufsätze

Rückforderungsklauseln und Pflichtteilsklauseln in Überlassungsverträgen mit Minderjährigen

Von Notarassessoren *Tobias Fembacher*, Ingolstadt, und
Till Franzmann, M. Jur. (Oxford), Maître en Droit (Aix-en-Provence), Bad Staffelstein

In der Rechtswirklichkeit und der notariellen Praxis erlangt die Vermögensübertragung im Wege der sog. „vorweggenommenen Erbfolge“ eine immer größere Bedeutung.[1] Vielen scheint dieses Instrument offensichtlich flexibler und wirtschaftlich angemessener zu sein als die Regelung der Vermögensnachfolge durch Verfügung von Todes wegen. In diesem Zusammenhang spielt wiederum die lebzeitige Übertragung von Grundbesitz von einer Generation auf die nächste die entscheidende Rolle.

In notariellen Verträgen zur Grundstücksüberlassung zu Lebzeiten der Übergeber finden sich häufig „Rückforderungsklauseln“, d.h. den Übergebern wird für bestimmte Fälle ein meist durch eine Rückauflassungsvormerkung dinglich gesicherter schuldrechtlicher Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks oder ein entsprechendes Rücktrittsrecht eingeräumt. Zu den Konstellationen, die ein solches Rückforderungsrecht auslösen, gehören gewöhnlich die Veräußerung oder Belastung des Grundstücks durch den Erwerber innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie das Vorversterben des Erwerbers. Allerdings finden sich auch sog. „Wohlverhaltensklauseln“ in Übergabeverträgen, nach denen der Rückforderungsanspruch durch ein bestimmtes, dem Übergeber wirtschaftlich oder persönlich missliebiges Verhalten des Erwerbers ausgelöst wird (z.B. Sektenzugehörigkeit, Alkoholismus, Drogensucht, Abbruch der Berufsausbildung).

Als Gegenleistung des Erwerbers für die unentgeltliche Grundstücksübertragung wird häufig auch ein Pflichtteilsverzicht bzw. eine Anrechnung der Zuwendung auf den Pflichtteilsanspruch (§ 2315 BGB) vereinbart, insbesondere um den Interessen „weichender Erben“ gerecht zu werden.

In den hier erwähnten Fallgruppen stellt sich jeweils die Frage, inwieweit eine entsprechende Grundstücksüberlassung an Minderjährige einer vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Besondere praktische Relevanz gewinnt diese Frage dadurch, dass die Vereinbarung der Rückforderungsklausel urkundstechnisch nicht vom Überlassungsvertrag getrennt als Nachtrag beurkundet werden kann, da die Einräumung des Rückforderungsrechts ansonsten mangels eines manifesten Zusammenhangs mit der Grundstücksübertragung als Schenkung zu qualifizieren wäre und bei einem Vollzug der Rückübertragung ein immenses schenkungsteuerrechtliches Problem entstehen würde, falls der Grundstückswert dann über den jeweiligen Schenkungsteuerfreibeträgen nach § 16 ErbStG liegen sollte. Zudem stellt die Rückforderungsklausel in den meisten Fällen ein für die Beteiligten essenzielles Element der Überlassung dar, sodass bei einer Vereinbarung außerhalb der eigentlichen Überlassungsurkunde der Formzwang des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB nicht mehr gewahrt wäre. Daher steht und fällt der grundbuchrechtliche Vollzug des auf der Überlassung beruhenden Eigentumsübergangs in vielen Fällen mit der Wirksamkeit bzw. der gerichtlichen Genehmigung der Rückforderungsklausel.

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit diesem Problem und versucht, Kriterien für die notarielle Gestaltung genehmigungsfähiger Rückforderungsklauseln zu entwickeln.

I. Die vorgeschlagenen Gestaltungsalternativen

Für die konstruktive Ausgestaltung der Rückforderung stehen verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung. In der Praxis sind sowohl die Gestaltungen als vertragliches Rücktrittsrecht als auch als vertragliches Rückforderungsrecht üblich.[2] Als generell nicht empfehlenswert werden die Ausgestaltung als Zuwendung unter auflösender Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB oder unter Widerrufsvorbehalt angesehen. Bei Eintritt der Bedingung kommt es automatisch zur Rückabwicklung, was zumeist nicht gewünscht ist. Gegen die an das gesetzliche Widerrufsrecht nach § 530 BGB angelehnte Konstruktion, die Zuwendung unter den Vorbehalt des Widerrufs zu stellen, wird die als problematisch angesehene Abwicklung über Bereicherungsrecht ins Feld geführt.[3] Zudem ist eine dingliche Absicherung des Widerrufenden nicht möglich.[4]

Bei Ausgestaltung als Rücktrittsrecht gemäß §§ 346 ff. BGB wurde schon nach alter Rechtslage als Nachteil angesehen, dass nach § 346 Abs. 1 S. 2 BGB für geleistete Dienste und für die Überlassung der Benutzung einer Sache Vergütung zu leisten ist.[5] An der Berechtigung dieser Einschätzung hat sich durch die Schuldrechtsreform nichts geändert (vgl. § 346 Abs. 1 Hs. 2 BGB n.F.). Ein Vorteil dieser Gestaltung gegenüber dem vertraglichen Rückforderungsrecht besteht andererseits in der Möglichkeit, vertragliche Lücken durch die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 346 ff. BGB zu schließen.[6]

Die Konstruktion als eigenständiges vertragliches Rückforderungsrecht vermeidet das Rückabwicklungsproblem. Allerdings ist der Rückforderungsanspruch leichter pfändbar als dies bei einem Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht der Fall ist.[7]

II. Motive für Rückforderungsklauseln

Der mit der Vereinbarung von Rückforderungsklauseln verfolgte Zweck ist eng mit den Motiven für die Überlassung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge verknüpft. Diese Motive können sich von Fall zu Fall unterscheiden und sind regelmäßig komplex.[8] Zentraler Beweggrund wird in der

---

[1] Vgl. zum Begriff *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, 1 ff.

[2] *Reithmann/Albrecht/Basty*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage (2001), Rdnr. 725.

[3] *Reithmann/Albrecht/Basty*, a.a.O., *Ellenbeck*, MittRhNotK 1997, 41/44; *Mayer*, Der Übergabevertrag (1998), Rdnr. 122.

[4] *Ellenbeck*, a.a.O.

[5] *Mayer*, Der Übergabevertrag, Rdnr. 124; *Ellenbeck*, a.a.O.

[6] *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, 1/6.

[7] *Mayer*, Der Übergabevertrag, Rdnr. 125.

[8] *Jerschke* in Beck’sches Notarhandbuch, A V Rdnr. 76; *Winkler*, DNotZ 1988,544.

Regel die Erhaltung des Vertragsgegenstands als Familiengut (Familieninteresse) sein.[9]

Daneben kann das Versorgungsinteresse des Veräußerers treten sowie sein Kontrollinteresse zur Sicherung künftiger Mitspracherechte.[10]

Insbesondere eine starke Sicherung des Kontrollinteresses erscheint problematisch. So verständlich es ist, dass der Veräußerer die weitere Entwicklung seines Vermögens im Auge behalten will, um gegebenenfalls kontrollierend einzugreifen, so beengend kann die drohende Rückübertragung für den Empfänger sein. Ein sparsamer Gebrauch von Rückforderungsrechten wird dementsprechend angemahnt, um einen Rückschritt in das Zeitalter der „Rektat- und Rückfallrechte" zu vermeiden[11].

Bei Klauseln, die ein Rückforderungsrecht für den Fall der Alkohol- oder Drogensucht, den Abbruch der Berufsausbildung oder die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Organisation oder Sekte vorsehen, wird dieses Problem besonders deutlich. Soll in erster Linie die Substanz des Familienvermögens gesichert werden oder stehen die Kontrolle und Steuerung des Verhaltens des minderjährigen Erwerbers in Bereichen im Vordergrund, die mit dem überlassenen Grundstück als solchem wenig zu tun haben („goldene Fesseln")? Auch für den vertragsgestaltenden Notar kann zweifelhaft sein, von welchen Motiven der Mandant, der eine bestimmte Klausel wünscht, wirklich geleitet ist.

Auch wenn eine trennscharfe Typisierung nach Motiven nicht gelingt, bieten diese in jedem Fall einen zentralen Ansatzpunkt bei der Gestaltung von Rückforderungsklauseln. Je stärker der Übergeber dadurch motiviert ist, auf persönliche Lebensbereiche des Erwerbers Einfluss zu nehmen, desto problematischer wird eine auf diese Motivation gegründete Klausel sein.

III. Die Unwirksamkeit einzelner Rückforderungsklauseln nach § 138 BGB

Bei inhaltlichen Gestaltungen in Übergabeverträgen, bei denen evident das Kontrollinteresse des Übergebers im Vordergrund steht, stellt sich bereits die Frage, ob ein Verstoß der jeweiligen Regelung gegen § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit vorliegt und die Vereinbarung daher schon auf der Ebene der rechtsgeschäftlichen Einigung als unwirksam zu qualifizieren ist, ohne dass es auf die gerichtliche Genehmigungsfähigkeit ankäme.

Insbesondere bewegt sich die notarielle Rechtsgestaltung hier im Spannungsfeld zwischen der Privatautonomie und der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten im Zivilrecht. Denn nach zwar bestrittener, aber zutreffender Ansicht der Rechtsprechung wirken die Grundrechte insbesondere über Generalklauseln wie die „guten Sitten" in die Privatrechtsordnung hinein[12]. Diese Auffassung geht zu Recht davon aus, dass eine zivilrechtliche Problematik, wie die hier interessierenden Rückforderungsklauseln in erster Linie anhand zivilrechtlicher Normen und Wertungen zu bewerten ist[13], erkennt aber an, dass auch privatautonome Gestaltungen einer gewissen verfassungsrechtlichen „Evidenzkontrolle" zu unterwerfen sind.

Diese Problematik wird besonders dann relevant, wenn sich in Übergabeverträgen mit Minderjährigen sog. „Wohlverhaltensklauseln" finden, z.B. ein Rückforderungsanspruch der Grundstücksübergeber etwa für den Fall, dass der Empfänger die Religion wechseln oder drogenabhängig werden sollte.

In diesen Konstellationen liegt der Schwerpunkt der rechtlichen Fragestellung in der Tat zunächst nicht bei dem Begriff des „lediglich rechtlichen Vorteils" im Sinne des § 107 BGB (dazu unten), die den Kautelarjuristen ansonsten bei Grundstücksüberlassungen an Minderjährige in erster Linie beschäftigt, sondern bei der möglichen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB.

1. Nähe zu erbrechtlichen Potestativbedingungen

Die „Wohlverhaltensklauseln" in Überlassungsverträgen weisen eine strukturelle und inhaltliche Nähe zur aufschiebend bedingten Erbeinsetzung nach § 2074 BGB auf. Auch dort wird eine rechtliche und wirtschaftliche Begünstigung vom zuwendenden Erblasser von einem bestimmten in der letztwilligen Verfügung näher definierten Verhalten des potenziellen Erben abhängig gemacht. In gewisser Weise steckt ein im Eigeninteresse des Zuwendenden liegender „do ut des"-Gedanke hinter diesen Gestaltungen.

Der wesentliche konstruktive Unterschied der beiden Problemkreise besteht darin, dass es sich zumindest bei der testamentarischen Erbeinsetzung um eine einseitige Willenserklärung handelt, während bei der Grundstücksüberlassung ein Vertrag geschlossen wird. Der Rückforderungsklausel stimmt somit auch der Empfänger durch seine Willenserklärung zu, während der Bedachte bei der aufschiebend bedingten Erbeinsetzung nicht mitwirkt. Doch auch ein Vertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft trägt nicht von vornherein die Gewähr der interessengerechten Gestaltung in sich, sondern ist, wie etwa die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Bürgschaften vermögensloser naher Angehöriger[14] oder die neueren Urteile zur Zulässigkeit des nachehelichen Unterhaltsverzichts[15] zeigen, vor dem Hintergrund des § 138 BGB auf einen möglichen mittelbaren Grundrechtsverstoß zu überprüfen. Der frühere Bundesverfassungsrichter *Böckenförde* spricht in diesem Zusammenhang bereits von einer „Re-Ethisierung" des Privatrechts[16].

Aufgrund der Ähnlichkeit der Rückforderungsklauseln mit Bedingungen in letztwilligen Verfügungen lohnt ein kurzer Blick auf die inhaltlichen Grenzen derselben. Die Zulässigkeit erbrechtlicher Bedingungen scheint in den Grundzügen geklärt, im Detail aber weiter strittig zu sein. Ausgangspunkt des Streits waren dabei die sog. „Potestativbedingungen", d.h. Bedingungen, deren Erfüllung vom Willen des Bedachten abhängt. Solche Bedingungen verstoßen dann unstreitig gegen § 138 BGB, wenn vom testamentarisch Bedachten seinerseits ein sitten- oder gesetzeswidriges Verhalten verlangt wird[17]. Mit solchen Bedingungen wird es die notarielle Vertragsgestaltung kaum je zu tun haben. Die Grenzfälle der juristischen Beurteilung liegen jedoch weniger eindeutig, sondern sind

---

[9] *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, 1/7.

[10] *Schippers*, MittRhNotK 1998, 69.

[11] *Mayer*, Der Übergabevertrag, a.a.O.

[12] Z.B. BVerfGE 7, 198 ff.; 42, 143 ff.; 60, 234 ff.

[13] Vgl. dazu etwa *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 171 f.

[14] Z.B. BGH NJW 1999, 2584; BGHZ 135, 66/70; BGH NJW 2000, 1182.

[15] BVerfG, Urteil vom 6.2.2001, vgl. MittBayNot 2001, 207 ff. mit Anmerkung *Schervier.*

[16] So in seinem Vortrag vor der Katholischen Akademie Bayern am 19. Juni 2001 in München zum Thema „Wandel des Menschenbildes im Recht".

[17] Vgl. *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Auflage, München 2000, Rdnr. 264.

durch eine Vermischung ideeller und materieller Gesichtspunkte gekennzeichnet, so z.B. wenn eine bestimmte Ehegatten- oder Religionswahl vom Erblasser zum Inhalt der testamentarischen Bedingung gemacht wird. Ursprünglich herrschte zumindest in der Literatur die Auffassung vor, dass gerade diese zweckwidrige Verbindung verschiedener Lebensbereiche das Sittenwidrigkeitsurteil über eine entsprechende erbrechtliche Gestaltung begründe.[18] Zentrales Argument hierfür war, dass es dem Erblasser nicht freistehen dürfe, über direkten oder mittelbaren wirtschaftlichen Druck in Lebensbereiche des potenziellen Erben „hineinzuregieren", die in keinerlei inhaltlicher Verbindung mit dem ökonomischen Interesse des Erblassers stehen. Als ausschlaggebend für die ursprünglich sehr skeptische Einschätzung erbrechtlicher Bedingungen kann also der *topos* der unzulässigen Zweck-Mittel-Relation gesehen werden.

Mittlerweile verlangt die überwiegende Meinung jedoch eine Entscheidung im Einzelfall, die nicht nach der jeweiligen Motivationslage des Übergebers typisieren, sondern die jeweilige Intensität der Willensbeeinflussung des potenziell Bedachten zum Maßstab haben solle.[19] Tendenziell bedeutet dies den Übergang von einer mehr qualitativen zu einer graduellen Sichtweise des Eingriffs in die Gestaltungsfreiheit des Empfängers.

Ein gestaltender Einfluss des Erblassers auf persönliche Lebensbereiche des möglichen Erben erscheint daher nicht mehr *a priori* als ausgeschlossen. So wird es z.B. für zulässig gehalten, wenn bei Übergaben oder letztwilligen Verfügungen in Adelskreisen die Zuwendung an eine standesgemäße Heirat geknüpft wird[20]. Jedoch wird andererseits die aufschiebende Bedingung einer Erbeinsetzung durch die Heirat einer bestimmten Person einhellig als sittenwidrig betrachtet[21].

2. Problematik bei objektiv „übergabefremden" Motiven

Auch bei der Gestaltung von „Wohlverhaltensklauseln" in Übergabeverträgen liegt es nahe, die rechtsgestaltende Inhaltskontrolle zu intensivieren, wenn durch das „Damoklesschwert" des Rückübertragungsanspruchs des Übergebers grundrechtlich geschützte Lebensbereiche und Betätigungsspielräume des minderjährigen Zuwendungsempfängers reglementiert werden sollen. Insbesondere Rückforderungsklauseln, die in den sensiblen Bereichen der Religions-, Vereinigungs- und Eheschließungsfreiheit ideelle und materielle Gesichtspunkte kombinieren, bergen die Gefahr, die persönliche Entscheidungsfreiheit des Empfängers in sittenwidriger Weise einzuschränken.

Das plastischste Beispiel hierfür wäre eine Rückübertragungsklausel, die an die Zugehörigkeit des Empfängers zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft anknüpft. Einfachgesetzlich wird durch das Gesetz über die religiöse Kindererziehung (RelKEG) dem Minderjährigen, der das 14. Lebensjahr vollendet hat, das Recht der freien Religionswahl zugestanden und damit die Grundrechtsmündigkeit im Bereich des Art. 4 Abs. 1 GG gewährleistet. Eine faktische Beeinträchtigung dieses Rechts durch entsprechend gestaltete Rückforderungsklauseln würde bedeuten, dass der Übergeber sich durch die Zuwendung Einfluss auf intime persönliche Glaubensentscheidungen des Empfängers sichern will und sich bei der Vertragsgestaltung von übergabefremden Motiven leiten ließe. Ein weitergehender Spielraum besteht allerdings, wenn es sich um eine Mitgliedschaft in Gruppierungen handelt, die religiöse Überzeugungen nur vorgeben, um wirtschaftliche Aktivitäten zu verfolgen. Denn die Betätigung in solchen Gruppen unterfällt schon nicht dem Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG.[22]

Es ist zwar zu berücksichtigen, dass nach § 525 BGB die Möglichkeit einer Schenkung unter Auflage schon vom Gesetz vorgesehen ist. Die Auflage im Sinne des § 525 BGB ist aber dadurch gekennzeichnet, dass der Empfänger durch sie zu einer Leistung verpflichtet werden soll, die aus dem Zuwendungsgegenstand selbst zu erbringen ist[23]. Hierin liegt der entscheidende qualitative Unterschied zu den oben skizzierten Klauseln. Die Erfüllung der Schenkungsauflage des § 525 BGB „fließt" gewissermaßen aus dem schenkweise zugewandten Vermögensgegenstand. Somit sieht zwar auch das Gesetz die inhaltliche Verknüpfung von Zuwendung und Auflage vor, liefert aber kein Argument für die Zulässigkeit weitreichender „Wohlverhaltensklauseln", sondern begrenzt diesen Zusammenhang auf den Vermögensbereich.

Begreift man die für die Einordnung eines Rechtsgeschäfts als sittenwidrig maßgeblichen Kriterien rechtstheoretisch als bewegliches System[24] oder nimmt man wie die Rechtsprechung[25] unter Berücksichtigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck eine Würdigung des Gesamtcharakters des Rechtsgeschäfts im konkreten Einzelfall vor, so ergänzen sich die bisher vorgetragenen Ansichten mehr als dass sie sich ausschließen würden. Die für die Frage der Sittenwidrigkeit von Potestativbedingungen verwendeten Anknüpfungspunkte, in erster Linie der Schutz der persönlichen Entscheidungsfreiheit des Erwerbers in grundrechtssensiblen Bereichen als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aber auch die von der Rechtsprechung missbilligte Kommerzialisierung bestimmter Lebensbereiche sind auf die entsprechenden Fragen bei Überlassungen zu Lebzeiten übertragbar.

Bei einem Rechtsgeschäft unter Lebenden liegt die Gefahr, dass die materielle Zuwendung ein bestimmtes Verhalten „erkaufen" soll und dass Druck auf den Empfänger ausgeübt werden soll, sogar näher als bei einer Verfügung von Todes wegen.[26] Der Übergeber, der nicht „mit ansehen" möchte, wie das übergebene Vermögen in die Hände einer Sekte fällt oder von der Drogensucht aufgezehrt wird, will häufig durch ein Rückforderungsrecht aktiv Einfluss auf die zukünftige Lebensgestaltung des Minderjährigen nehmen. Die Vermengung von ideellen und materiellen Gesichtspunkten kann sich in Ausnahmefällen bis zu einem Austausch von Zuwendung gegen Wohlverhalten im grundrechtssensiblen Bereich verdichten, der gegen die guten Sitten verstößt.

Auch die strafrechtliche Relevanz des dem Empfänger durch die Rückübertragungsklausel „verbotenen" Verhaltens kann alleine kein ausschlaggebendes Kriterium für die zivilrechtliche Bewertung der entsprechenden Regelung sein. Zu denken ist etwa an Straftaten aus dem Bereich des BtMG mit einer vergleichsweise geringen Strafdrohung. Solange hier

---

[18] *Staudinger/Otte*, § 2074, Rdnr. 26; *Soergel/Damrau*, § 2074, Rdnr. 4; MünchKomm/*Leipold*, § 2074; *Nieder*, a.a.O., Rdnr. 264 m.w.N.

[19] *Nieder*, a.a.O., Rdnr. 264.

[20] Vgl. hierzu etwa *Nieder*, a.a.O., Rdnr. 264 m.w.N.

[21] *Palandt/Edenhofer*, Rdnr. 4 zu § 2074 BGB; *Staudinger/Otte*, Rdnr. 40 ff. zu § 2074 BGB.

[22] BVerfGE 24, 236/247; *Benda/Maihofer/Vogel*, Handbuch des Verfassungsrechts, § 29 Rdnr. 13.

[23] *Palandt/Putzo*, Rdnr. 1 zu § 525 BGB.

[24] So MünchKomm/*Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138 Rdnr 27 ff.

[25] BGH NJW 1998, 2047 m.w.N.

[26] So auch *Smid* NJW 1990, 409/416.

auf Seiten des Übergebers eindeutig nur die Verhaltensregulierung als solche im Vordergrund steht, erscheint es zumindest als problematisch, den Überlassungsvertrag als zivilrechtliches Sanktionsinstrument auszugestalten.

Dies bedeutet freilich nicht, dass verhaltenssteuernde Rückforderungsklauseln stets sittenwidrig und die genannten Bereiche jeder Gestaltung entzogen sind. Die Sittenwidrigkeit einer Rückforderungsklausel, auch mit stark verhaltenssteuernden Elementen, bleibt die Ausnahme. Denn über das „Einfallstor" des § 138 Abs. 1 BGB entfaltet nicht nur die persönliche Entscheidungsfreiheit des Minderjährigen in grundrechtssensiblen Bereichen mittelbare Drittwirkung, es ist vielmehr auch die grundgesetzliche Anerkennung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit zu berücksichtigen.[27] Diese Freiheit umfasst grundsätzlich auch die Möglichkeit, ein bestimmtes Verhalten einer Partei zu sanktionieren, auch wenn dieses Verhalten mit dem sonstigen Vertragsinhalt wenig zu tun hat und die grundrechtliche Sphäre des Sanktionierten betroffen ist. Nur wenn im Ausnahmefall die Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des minderjährigen Zuwendungsempfängers so weit geht, dass von einer Entscheidung aus innerer Überzeugung nicht mehr die Rede sein kann, ist die Grenze des § 138 Abs. 1 BGB erreicht. Dies wird durch eine verhaltenssteuernde Rückforderungsklausel im grundrechtssensiblen Bereich *allein* in der Regel nicht der Fall sein.

Ein weiteres Beispiel, an dem sich der Einfluss des § 138 BGB auf die Gestaltung von Rückforderungsklauseln darstellen lässt, ist die Regelung, wonach der minderjährige Empfänger zur Rückgabe verpflichtet ist, wenn er im Falle einer späteren Eheschließung mit dem Partner nicht Gütertrennung oder zumindest eine modifizierte Zugewinngemeinschaft, bei der die Wertsteigerung des Grundbesitzes aus dem auszugleichenden Vermögen herausgenommen wird, vereinbart. In diesem Fall ist die sich aus der Privatautonomie ergebende und durch Art. 6 Abs. 1 GG zusätzlich verfassungsrechtlich verstärkte Ehevertragsfreiheit tangiert, da auf den später heiratenden Minderjährigen mittelbarer Druck ausgeübt wird, einen Ehevertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschließen.

Der Eingriff in die persönliche Handlungsfreiheit und Privatautonomie des Minderjährigen ist hier zwar weniger gravierend als in dem oben besprochenen Beispiel einer Rückforderung bei der Wahl einer dem Übergeber nicht genehmen Religion. Die Unterschiede zwischen einer dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden und einer vertraglich modifizierten Zugewinngemeinschaft sind beispielsweise nicht so einschneidend, dass sie ein Sittenwidrigkeitsurteil wegen eines mittelbaren Grundrechtseingriffs rechtfertigen würden. Andererseits können Beschränkungen in der Ehevertragsfreiheit, die dem Minderjährigen durch die Rückforderungsklausel auferlegt werden, nicht zu unterschätzenden Einfluss auf seine Eheschließungsfreiheit haben.

Es ist deshalb fraglich, ob eine solche Klausel neben den Rückübertragungsansprüchen im Falle der Ehescheidung oder des Vorversterbens des Empfängers aus der Perspektive des Übergebers überhaupt sinnvoll ist. Der Übergeber wird in der Regel zwei möglichen „Gefahren" vorbeugen wollen:

Zum einen soll der zukünftige Ehepartner des Empfängers wertmäßig nicht am Grundstück beteiligt werden. Zu einer solchen Beteiligung könnte es allerdings nur über den Zugewinnausgleich nach Scheidung bezüglich der in der Ehezeit eingetretenen Wertsteigerung des Grundstücks kommen. Gegen diese Konstellation wird aber meist schon durch die Vereinbarung einer Rückforderungsklausel im Scheidungsfall Vorsorge getroffen. Die „Ehevertragsklausel" leistet somit in diesem Fall nichts, was über die „Scheidungsklausel" hinausgehen würde. Umgekehrt ist die Scheidungsklausel bei Verwendung einer güterrechtlichen Klausel gleichermaßen unnötig.

Zum anderen soll aus Sicht des Übergebers einer gemeinsamen Verfügungsbefugnis der zukünftigen Ehegatten, wie sie bei der praktisch kaum noch relevanten Gütergemeinschaft grundsätzlich bestehen würde, vorgebeugt werden. Gegen von ihm nicht gebilligte Verfügungen sichert sich der Übergeber aber in der Regel durch eine Rückübertragungsklausel für den Fall der Veräußerung oder Belastung des Grundstücks ab.

Somit besteht für das Nebeneinander von Scheidungsklausel und güterrechtlicher Klausel in Übergabeverträgen kein praktisches Bedürfnis, obwohl beide Klauseln aufgrund ihrer vergleichsweise geringen Eingriffsintensität als zulässig anzusehen sind. Unter dem Gesichtspunkt eines möglichst geringen Eingriffs in die Privatautonomie des Minderjährigen empfiehlt sich deshalb eine Kombination beider Klauselinhalte. Eine derartige Klausel könnte etwa lauten:

> Der Übergeber kann die Rückübertragung des Grundbesitzes verlangen, wenn der Erwerber oder dessen Ehegatte Scheidungsantrag stellt und der Vertragsgegenstand nicht durch güterrechtliche Vereinbarung dem Zugewinnausgleich entzogen worden ist.

Für die Kautelarpraxis ist insgesamt aber zu empfehlen, solche Rückforderungsklauseln vorsichtig zu handhaben, die dem Empfänger ein bestimmtes Verhalten in Bereichen zur Pflicht machen, die in keiner inhaltlichen Verbindung zur Grundstückszuwendung stehen, wie etwa die Religionszugehörigkeit. Dies ergibt sich auch aus der aus § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG fließenden Schutzpflicht des Notars gegenüber unerfahrenen und ungewandten Beteiligten wie dem beim Vertragsschluss rechtsgeschäftlich vertretenen Minderjährigen. Bestehen die Beteiligten auf einem entsprechenden Vertragsschluss, so hat der Notar seine Zweifel an der Rechtmäßigkeit der entsprechenden Gestaltung in der Urkunde zu vermerken, § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Notar das Entstehen des Rücktrittgrunds und damit des möglichen Rückforderungsanspruchs nicht an Bedingungen knüpfen sollte, die von ihm selbst nicht oder nur durch intime Nachfragen festzustellen sind.

IV. Der lediglich rechtliche Vorteil nach § 107 BGB

Der entscheidende Begriff sowohl für die rechtliche Handlungsfähigkeit des Minderjährigen als auch für die gerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit ist der des „lediglich rechtlichen Vorteils". Liegt ein solcher vor, kann der beschränkt Geschäftsfähige nach § 107 BGB die Willenserklärung selbst abgeben. In diesem Fall entfällt automatisch auch das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung der Erklärung.

Für den Geschäftsunfähigen müssen die Eltern als gesetzliche Vertreter handeln, können dies wegen einer möglichen Interessenkollision jedoch nicht, wenn sie oder Verwandte der Eltern in gerader Linie auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts stehen (§§1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB). Beispiele für den grundsätzlichen Anwendungsbereich dieser Vorschrift sind Schenkungen von einem Elternteil oder von den Großeltern an das Kind. In diesen Fällen ist vom Vormundschaftsgericht ein Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB zu bestellen. Anders ist dies nach Rechtsprechung und Literatur wiederum beim Vorliegen eines „lediglich rechtlich vorteilhaften" Ge-

[27] Vgl. MünchKomm/*Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138 Rdnr. 20.

schäftes. In diesen Fällen greift eine teleologische Reduktion des § 181 BGB ein[28], sodass die Eltern hier auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts agieren können, da dem Kind keine Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen droht.

1. Rechtliche Grundlagen der gerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit

Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die gerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit von Rückforderungsklauseln in Überlassungsverträgen mit Minderjährigen sind §§ 1643 Abs. 1 bzw. § 1915 Abs. 1 i.V.m. 1821 Nr. 1, 4 BGB. Obwohl § 1821 Nr. 4 BGB von seinem Wortlaut her nur von der Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung über ein Grundstück spricht, umfasst er auch die Gestaltungsvariante eines Rücktrittsrechts, da durch dieses dem Übergeber die Möglichkeit gegeben wird, durch einseitige Erklärung einen Rückforderungsanspruch gegenüber dem Minderjährigen zur Entstehung zu bringen. Dabei ist für die Genehmigung in den Fällen, in denen die Eltern nicht durch § 1795 BGB von der Vertretung ausgeschlossen sind, das Familiengericht zuständig (§ 1643 Abs. 1 BGB). Muss hingegen wegen des Vertretungshindernisses des § 1795 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt werden, liegt die Zuständigkeit für die Genehmigung beim Vormundschaftsgericht (§§ 1915 Abs. 1, 1821, 1822 BGB). Die funktionelle Zuständigkeit liegt in beiden Fällen beim Rechtspfleger (§ 3 Nr. 2 a RPflG). An der Sinnhaftigkeit dieser Zuständigkeitsspaltung lässt sich *de lege ferenda* mit Fug und Recht zweifeln, da die Genehmigungskriterien für die Entscheidungen der jeweiligen Gerichte identisch sind.

Auch die Genehmigungsbedürftigkeit soll entfallen, wenn ein „lediglich rechtlich vorteilhaftes" Geschäft vorliegt.[29] Diese Auffassung verdient Unterstützung, da die Beteiligung des Gerichts Ausfluss der öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht des Staates gegenüber dem Minderjährigen ist[30] und daher dann nicht erforderlich ist, wenn dieser aufgrund der rechtlichen Vorteilhaftigkeit des Vertrags dieser sozialstaatlich motivierten Fürsorge nicht bedarf. Eine Ausdehnung des gerichtlichen Genehmigungserfordernisses auch auf „lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte" würde von einem stark paternalistischen Verständnis der freiwilligen Gerichtsbarkeit zeugen.

Dies bedeutet für die notarielle Praxis, dass die Konzeption einer Rückforderungsklausel dann keine inhaltlichen und vollzugstechnischen Probleme aufwirft, wenn es gelingt, sie für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft auszugestalten.

Umgekehrt sind aber Fälle denkbar, in denen zwar ein rechtlicher Nachteil gegeben ist, die aber dennoch keine gerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit auslösen. Zu denken ist hier etwa an die Schenkung einer Eigentumswohnung an einen Minderjährigen, wobei die Gemeinschaftsordnung evidente Verschärfungen gegenüber dem gesetzlichen Leitbild enthält, etwa weitgehende Aufbaupflichten. Diese Schenkung soll nach der Rechtsprechung zwar rechtlich nachteilig sein[31], bliebe aber unentgeltlich, sodass eine gerichtliche Genehmigungspflicht nach § 1821 Nr. 5 BGB entfiele, da diese Vorschrift die Genehmigungsbedürftigkeit lediglich für „entgeltliche" Grundstücksgeschäfte vorsieht.

2. Grundstücksschenkung und „lediglich rechtlicher Vorteil"

Nach gefestigter Rechtsprechung[32] stellt eine Grundstücksschenkung an Minderjährige grundsätzlich ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft im Sinne des § 107 BGB dar, auch wenn das Grundstück dinglich belastet ist. Das ausschlaggebende formale Argument für diese Position ist, dass dem Minderjährigen auch im Falle einer Immobiliarvollstreckung durch Zwangsversteigerung aus einem bestehenden Grundpfandrecht lediglich der Verlust des geschenkten Grundstücks drohen würde und damit sein „Vermögenssaldo" auch in diesem Fall nicht negativ werde. Er könne nur den ursprünglichen Wert des Geschenks wieder verlieren[33].

Die von der Rechtsprechung vertretene Position hat zur Konsequenz, dass der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige im Falle der Grundstücksschenkung selbst rechtsgeschäftlich handeln kann und es weder einer gesetzlichen Vertretung durch die Eltern noch einer gerichtlichen Genehmigung bedarf.

Insoweit bewegt man sich auf juristisch gesichertem Gelände. Ungeklärt und zwischen den einzelnen Gerichten umstritten ist jedoch die Frage, wie sich die Genehmigungsbedürftigkeit beurteilt, wenn die Grundstücksschenkung mit Rückforderungsklauseln verbunden ist.

3. Die rechtliche Vorteilhaftigkeit von Rückforderungsklauseln

Das *BayObLG*[34] hat die rechtliche Vorteilhaftigkeit für den Fall verneint, dass der Minderjährige eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Rückübertragung des zugewendeten Grundstücks eingeht. Die Haftung des Minderjährigen für die Erfüllung dieser persönlichen Verpflichtung sei nicht auf das Zugewendete beschränkt, der Minderjährige hafte nach allgemeinen Grundsätzen. Die Haftung nach dem Recht der Leistungsstörung könne über den Wert der Zuwendung hinausgehen.

Gschoßmann[35] kritisiert den Schluss der Rechtsprechung von der bei Verpflichtung des Minderjährigen zur Rückübertragung bestehenden Haftung nach allgemeinen Grundsätzen auf die Genehmigungspflichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Die Haftung des Minderjährigen nach allgemeinen Grundsätzen sei nicht Folge des vorbehaltenen Rechts, sondern Folge der Verletzung von Pflichten aus dem vorbehaltenen Recht. Bei Vertragstreue des Minderjährigen bleibe die Zuwendung rechtlich vorteilhaft, vor einer eigenen Vertragsuntreue aber schütze auch die gerichtliche Genehmigung nicht. Die Verpflichtung, bei der Rückübertragung mitzuwirken, ist aber schon für sich genommen und unabhängig von einer Vertragsuntreue des Minderjährigen rechtlich nachteilhaft, sodass die von der Rechtsprechung vertretene Argumentation im Ergebnis zutreffend erscheint.

Ist das Rückforderungsrecht dagegen bereicherungsrechtlich ausgestaltet, nimmt es nach der Rechtsprechung der Zuwendung die lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit nicht.[36] Die Be-

---

[28] *Palandt/Heinrichs*, Rdnr. 9 zu § 181 BGB; BayObLGZ 1998,139.

[29] Vgl. *Ellenbeck*, MittRhNotK 1997, 41/52; *Stutz*, MittRhNotK 1993, 205/207; skeptisch *Palandt/Diederichsen*, Rdnr. 6 zu § 1821 BGB.

[30] *Stutz*, MittRhNotK 1993, 205/208 m.w.N.

[31] BGHZ 78, 28; BayObLGZ 79, 243/249.

[32] BGH, NJW 1985, 2407; BayObLG, BayObLGZ 1979,49/53.

[33] Diese Auffassung geht von einer stark rechtlich-konstruktiven Betrachtungsweise aus und läuft tendenziell Gefahr, die wirtschaftlichen und persönlichen Belastungen, die für den Minderjährigen etwa mit einer Zwangsversteigerung des zugewendeten Grundstücks verbunden sein können, aus dem Blick zu verlieren.

[34] BayObLG, DNotZ, 1975, 219/220.

[35] MittBayNot 1998, 236/237.

[36] OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 289 f., OLG Köln MittBayNot 1998, 106.

schränkung auf die Haftung nach Bereicherungsrecht wird auch in der Literatur als Möglichkeit der Gestaltung einer rechtlich vorteilhaften und damit genehmigungsfreien Rückforderungsklausel genannt.[37] Bleiben in der Formulierung der Rückforderungsklausel Zweifel an einer Beschränkung auf das Zugewendete, so ist eine Genehmigung notwendig.[38]

Diese Argumentation findet sich auch in einer Entscheidung des *OLG Köln* zu der angesprochenen Problematik. Das Gericht hatte einen Fall zu entscheiden, in dem einem Minderjährigen von seinen Eltern eine Eigentumswohnung übertragen wurde, die Eltern sich aber ein Nießbrauchsrecht sowie einen „Eigentumsübertragungsanspruch analog § 531 BGB" vorbehielten. Hier hatte das Vormundschaftsgericht zunächst auf Antrag des beurkundenden Notars mitgeteilt, dass eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich sei, da es sich bei der Zuwendung um einen unentgeltlichen Erwerb handle und daher ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft für den Minderjährigen gegeben sei. Auf die Beschwerde des Notars hin stützte das Landgericht diese Einschätzung des Vormundschaftsgerichts, erst das OLG kam zu einem anderen Ergebnis. Das Gericht differenzierte dabei zwischen dem Nießbrauchsvorbehalt und dem Rückübertragungsanspruch. Der Nießbrauchsvorbehalt allein sei unschädlich, da der Empfänger die Leistungen an den Nießbraucher nur aus der Grundstückssubstanz erbringen müsse. Bezüglich des Rückübertragungsanspruchs führte das OLG Köln jedoch aus, dass dieser die ausschließliche rechtliche Vorteilhaftigkeit des Geschäfts für den Minderjährigen dann entfallen lasse, wenn nicht ausschließlich klargestellt werde, dass der Erwerber nur bereicherungsrechtlich hafte. Ohne vertragliche Regelung führe die Rückforderungsklausel dazu, dass der Minderjährige unter Umständen die Verwendungen, die er auf das Grundstück möglicherweise getätigt habe, nicht ersetzt bekäme, bzw. in eine Schadensersatzhaftung nach allgemeinen Grundsätzen gerate, wenn er das Grundstück nicht mehr herausgeben könne. Der bloße Hinweis auf eine Rückgabeverpflichtung „analog § 531 BGB" reiche nicht aus, um einer diesbezüglichen Gefahr zu begegnen. Vielmehr müsse die Beschränkung auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung in der Urkunde selbst zum Ausdruck kommen.

Auch das *OLG Dresden* differenziert in seinem Beschluss vom 2.4.1996[39] nach diesen Kriterien und stellt auf die Beschränkung der Haftung des Minderjährigen auf das Bereicherungsrecht auch bei vertraglichen Rückforderungsrechten ab[40]. Bei den gesetzlichen Rückübertragungsansprüchen des Schenkers ist dies ohnehin ausdrücklich geregelt (§§ 528 Abs. 1 S.1, 530, 531 Abs. 2 BGB). Zudem stellt das Gericht klar, dass auch die Rückauflassungsvormerkung den „lediglich rechtlichen Vorteil" nicht entfallen lasse, da sie keine eigenständige dingliche Belastung, sondern nur eine spezifische Sicherung des potentiellen Rückübertragungsanspruchs darstelle[41].

Diese Überlegungen der Gerichte orientieren sich an der oben dargestellten Definition des „rechtlichen Vorteils". In der Tat wird eine Rückforderungsklausel in Überlassungsverträgen mit Minderjährigen dann nichts am „rechtlichen Vorteil" des Empfängers ändern, wenn explizit in die Urkunde mitaufgenommen wird, dass der Minderjährige nur das Grundstück in seinem Bestand zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Rückübertragungsanspruchs wieder zurückgeben muss und Ersatz für die zwischenzeitlich getätigten Aufwendungen verlangen kann. Eine entsprechende klarstellende Formulierung, sowohl für den Fall eines Rückforderungsanspruchs als auch eines Rücktrittsrechts, könnte folgendermaßen lauten:

> Der Übergeber kann in diesem Falle (bei Vorliegen der entsprechenden Rückübertragungsgründe) eine Rückübertragung auf sich nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts verlangen. Zwischenzeitlich vom Empfänger getätigte Verwendungen sind vom Übergeber zu ersetzen.

Angesichts der unklaren und in der Bezeichnung der Kriterien für die Genehmigungsbedürftigkeit uneinigen Rechtsprechung empfiehlt es sich, eine solche Klarstellung in den notariellen Urkunden vorzunehmen.

V. Vertragsstrafe als vergleichbare Konstruktion?

Die Aufnahme ausgedehnter Rückforderungsrechte in Übergabeverträge könnte grundsätzlich auch aufgrund einer Nähe dieser Gestaltung zu Vertragsstrafenregelungen problematisch sein. Der *telos* einer Vertragsstrafe liegt in der Regel darin, die Erfüllung der vertraglichen Hauptverbindlichkeit durch einen zusätzlichen Sanktionsmechanismus sicherzustellen und dem Gläubiger den Nachweis eines konkreten durch die Nichterfüllung entstandenen Schadens zu ersparen.[42] Zum Schutz des Schuldners enthält § 343 Abs. 1 BGB die Möglichkeit für das Gericht, eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe auf Antrag des Schuldners auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen. Zudem unterfällt eine Vertragsstrafenvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle des § 307 Nr. 6 BGB. Diese gesetzgeberischen Kautelen zeigen, dass die Vereinbarung vertraglicher Strafzahlungen über die Systematik des Leistungsstörungsrechts hinaus zwar vom Gesetz ermöglicht wird, auf der anderen Seite aber Schuldnerschutzvorschriften für die konkrete Ausgestaltung für nötig erachtet werden.

Die Rückforderungsklauseln in Überlassungsverträgen sehen mit der Schaffung eines Rückübertragungsanspruchs grundsätzlich die Rechtsfolge eines ausgeübten Rücktrittsrechts vor, allerdings nur zugunsten des Übergebers. Dem Empfänger steht kein Anspruch auf Rückgewähr der von ihm erbrachten Gegenleistungen zu. Darin liegt eine gravierende Disparität dieser Regelungen. In dieser Abweichung von den Rechtsfolgen des Leistungsstörungsrechts liegt die Nähe der Rückforderungsklausel zur Vertragsstrafe begründet, da auch dort die „Strafe" über die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen einer Nichterfüllung hinausgeht. Jedoch lässt dieser Aspekt die rechtliche Vorteilhaftigkeit der Überlassung nicht *a priori* entfallen, wenn die Rückforderung, wie oben empfohlen, auf das Bereicherungsrecht beschränkt wird. Diese Beschränkung korrespondiert mit dem in § 343 BGB aufgestellten Angemessenheitsgrundsatz für die Vertragsstrafe. Die rechtliche und wirtschaftliche Begrenzung der Haftung des Empfängers auf das ursprünglich Zugewendete stellt eine Vertragsgestaltung dar, die in ihrer Ausgewogenheit dem schärferen Eingriff einer Vertragsstrafe nicht gleichgesetzt werden kann.

---

[37] *Schöner-Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Auflage 2001, Rdnr. 3611 m.w.N.

[38] OLG Köln, MittBayNot 1998, 106/107.

[39] MittBayNot 1996, 288/290.

[40] Allerdings wird nicht klar, wie das OLG Dresden zu dem Ergebnis kommt, in dem von ihm zu entscheidenden Fall liege eine bereicherungsrechtliche Klausel vor. Die Formulierung des Rückforderungsrechts enthält dafür keinen Anhaltspunkt.

[41] So auch *Palandt/Diederichsen*, Rdnr. 19 zu § 1821 BGB mit dem Hinweis, dass eine unwiderrufliche Rückauflassungsvollmacht zugunsten des Übergebers wiederum eine Genehmigungspflicht auslöse.

[42] Vgl. *Palandt/Heinrichs*, Rdnr. 1 vor § 339 BGB.

VI. Kriterien der gerichtlichen Genehmigung

1. Entscheidungsmaßstab

Bis zur Einführung des § 1697 a BGB durch das KindRG vom 16.12.1997 fehlte eine positivrechtliche Normierung des Entscheidungsmaßstabs für eine gerichtliche Genehmigung. Rechtsprechung[43] und Literatur[44] gingen aber bereits vor Einführung des § 1697 a BGB davon aus, dass die Genehmigungsentscheidung sich am „Kindeswohl" oder Kindesinteresse zu orientieren habe. Die Terminologie war uneinheitlich, eine weitere Präzisierung von Entscheidungskriterien erfolgte zumeist nicht.[45] Mit § 1697 a BGB hat der Gesetzgeber eine Auffangvorschrift geschaffen, die das Kindeswohlprinzip als Grundgedanken des gesamten Kindschaftsrechts auch für Genehmigungsentscheidungen des Familiengerichts zum Entscheidungsmaßstab macht.[46] Der Kindeswohlbegriff ist umfassend zu verstehen. Im Bereich der Vermögenssorge umfasst er die Vermögensinteressen des Kindes, ist aber nicht auf diese beschränkt. Der Gesetzgeber verwendet den Begriff des Kindeswohls stets persönlichkeitsbezogen.[47] Dies folgt schon aus dem Wortlaut von § 1697 a BGB, der die „Interessen" der Beteiligten dem „Wohl" des Kindes gegenüberstellt. Auch § 1666 Abs. 1 BGB differenziert zwischen dem körperlichen, geistigen und seelischen Wohl des Kindes einerseits und dem Kindesvermögen andererseits. Der Schutz der Persönlichkeit des Kindes ist Legitimation für den staatlichen Eingriff in das Elternrecht, der in dem Genehmigungserfordernis liegt.[48]

2. Entscheidungskriterien

Für die in Frage stehende Genehmigungsfähigkeit von Rückforderungsklauseln in Überlassungsverträgen bedeutet dies, dass das Gericht die Genehmigung nur dann verweigern darf, wenn das Rechtsgeschäft in seiner Gesamtheit nicht dem Kindeswohl entspricht. Das Gericht hat nach dem Amtsermittlungsgrundsatz (§ 12 FGG) die zur Erforschung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Ob das Gericht eine Ermessensentscheidung[49] trifft, oder ob es sich bei dem Entscheidungsmaßstab des Kindeswohls um einen unbestimmten – und damit voll nachprüfbaren – Rechtsbegriff handelt,[50] ist umstritten. Letztlich dürfte die Frage in der Praxis selten von zentraler Bedeutung sein, da sich die Gerichte zumeist nicht primär auf Zweckmäßigkeitserwägungen stützen.[51]

Am übergeordneten Prinzip des Kindeswohles haben sich auch die einzelnen Kriterien, die der gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegen, zu orientieren. Im Bereich der Vermögenssorge sind die Kriterien in erster Linie wirtschaftlicher Natur. Das Familien- bzw. Vormundschaftsgericht muss die wirtschaftlichen Auswirkungen betrachten, die das Rechtsgeschäft, das für den Minderjährigen *rechtlich* nachteilhaft ist[52], haben kann. Dabei überprüft das Gericht, ob das Rechtsgeschäft den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung entspricht, wie sie § 1642 BGB für das Anlegen von Geld der Kinder ausdrücklich zum Maßstab der elterlichen Entscheidung macht.[53]

Soweit für das Rechtsgeschäft ausschließlich ökonomische Gesichtspunkte entscheidend sind, ist es genehmigungsfähig, wenn es diesen Grundsätzen entspricht. Das Gericht muss Erträge und Risiken des Geschäfts gegeneinander abwägen; geht das Risiko nicht über das gewöhnliche Geschäftsrisiko hinaus, ist die Genehmigung zu erteilen[54]. Für einen Überlassungsvertrag mit einer nicht bereicherungsrechtlich ausgestatteten Rückforderungsklausel wird der wirtschaftliche Vorteil das Risiko, das in der Haftung nach allgemeinen Grundsätzen liegt, weit übersteigen.

Aus dem Persönlichkeitsbezug des Kindeswohlbegriffs folgt, dass neben wirtschaftlichen auch immaterielle Interessen des Kindes bei der Genehmigungsentscheidung zu berücksichtigen sind, wenn durch das Rechtsgeschäft nicht nur das Vermögen, sondern auch die Person des Minderjährigen betroffen ist.[55] Hierbei kommt Wertungen aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, speziell im Zusammenhang mit dem Selbstbestimmungsrecht des Kindes, zentrale Bedeutung zu.[56] Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zu den Grenzen der elterlichen Vertretungsmacht das entscheidende Gewicht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes betont.[57]

Diese Wertungen können zum einen dazu führen, dass ein für das Kind wirtschaftlich nachteiliges Rechtsgeschäft im Hinblick auf die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes und seiner Stellung im Familienverbund genehmigungsfähig sein kann.[58] Andererseits kann aber auch ein wirtschaftlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft wie die Überlassung von Immobilien durch die Eltern dann nicht dem Kindeswohl entsprechen, wenn das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes durch eine besondere Gestaltung verletzt wird. Eine Wohlverhaltensklausel im grundrechtssensiblen Bereich, die die Grenze der Sittenwidrigkeit nicht erreicht, kann unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrechts dem Kindeswohl widersprechen und zu einer Verweigerung der Genehmigung führen. Eine Klausel, die zur Rückforderung bei Mitgliedschaft in einer bestimmten Religionsgemeinschaft oder politischen Partei berechtigt, wird in der Regel so stark in die Persönlichkeitsrechte des Minderjährigen eingreifen, dass sie nicht genehmigungsfähig ist.

Aus der Sicht des Vertragsgestalters ist demnach zumindest für den Fall, dass die gewünschte Klausel aus bestimmten Gründen nicht bereicherungsrechtlich ausgestaltet werden kann oder der Vertrag aufgrund eines anderen Bestandteils genehmigungspflichtig ist, gegenüber dem Mandantenwunsch nach Wohlverhaltensklauseln große Vorsicht geboten. Häufig wird hier das Argument, dass das regelmäßig zentrale Interesse am Verbleib der Immobilie im Familienvermögen durch die Rückforderungsklauseln für die Fälle von Veräußerung, Belastung oder Insolvenz des Übernehmers ausreichend geschützt wird, überzeugen können.

---

[43] BGH NJW 1968, 2829/2830; BayObLG FamRZ 1989, 540/541.

[44] *Schrade*, Die rechtlichen Grenzen der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts im Rahmen des § 1643 BGB, Berlin 1993, S. 53 f.

[45] Ausführlich hierzu *Schrade*, a.a.O., 53 ff., der den Gerichten eine „gewisse Hilflosigkeit" mit den unbestimmten Rechtsbegriffen „Kindeswohl" und „Kindesinteresse" attestiert.

[46] *Staudinger-Coester*, § 1697a BGB, Rdnr. 1.

[47] *Schrade*, a.a.O., S. 59; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 229/230.

[48] Hierzu ausführlich *Schrade*, a.a.O, S. 32 ff.; *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 183, 134 ff.

[49] So die ganz überwiegend in der Rechtsprechung vertretene Ansicht, vgl. BGH NJW 1986, 2829; BayObLG, Rpfleger 1977, 60/61.

[50] So OLG Karlsruhe, FamRZ 1973, 378/379 und weite Teile der Literatur, z.B. MünchKomm/*Schwab*, § 1828 BGB Rdnr. 15; *Staudinger-Engler* § 1828 Rdnr. 15; *Schrade*, a.a.O., S. 115 ff. m.w.N.

[51] *Grube*, Rpfleger 1990, 67/69.

[52] Ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft ist nicht genehmigungspflichtig, s.o. Fn. 39.

[53] Vgl. *Schrade*, a.a.O., S. 95 ff.

[54] *Palandt/Diederichsen*, § 1828 Rdnr. 7.

[55] OLG Karlsruhe, FamRZ 1973, 378/379; *Staudinger-Engler*, § 1643 Rdnr. 49; a.A. MünchKomm/*Schwab*, § 1828 Rdnr. 18.

[56] Vgl. *Schrade*, a.a.O., S. 101 ff.

[57] BVerfG NJW 1986, 1859/1860.

[58] BayObLG FamRZ 1990, 208/209; OLG Karlsruhe FamRZ 1973, 378/380.

VII. Pflichtteilsverzicht und Pflichtteilsanrechnung

Häufig werden als Gegenleistung des Empfängers für die Grundstückszuwendung auch ein Pflichtteilsverzicht bzw. eine Pflichtteilsanrechnung nach § 2315 BGB vereinbart. Da das Familien- bzw. Vormundschaftsgericht bei der Prüfung der rechtlichen Vorteilhaftigkeit eine Gesamtbetrachtung der vertraglichen Regelung vornimmt[59], sind auch diese Vereinbarungen auf ihre mögliche Genehmigungsbedürftigkeit und -fähigkeit zu prüfen. Dabei sind die beiden angesprochenen Problemkreise getrennt zu betrachten.

1. Pflichtteilsverzicht

Dadurch, dass die erbrechtliche Erklärung des Pflichtteilsverzichts inhaltlich mit der Zuwendung verknüpft wird, stellt diese in einer „Gesamtbetrachtung" keinen ausschließlichen rechtlichen Vorteil mehr dar. Daher können die Eltern als gesetzliche Vertreter in dieser Konstellation den Minderjährigen nach §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB nicht vertreten, wenn sie auf der Übergeberseite mitwirken. Vielmehr muss nach § 1909 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt werden. Die Genehmigungsbedürftigkeit bezüglich des Pflichtteilsverzichts ist ausdrücklich gesetzlich angeordnet (§ 2347 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB[60]). Das Vormundschaftsgericht hat sich bei seiner Entscheidung ausschließlich am Kindeswohl zu orientieren.[61] Bei der Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs können wie oben dargestellt auch immaterielle Gesichtspunkte eine Rolle spielen.[62]

Bei der Frage der Genehmigungsfähigkeit des Pflichtteilsverzichts fällt entscheidend ins Gewicht, dass im Zeitpunkt der Verzichtserklärung in keiner Weise quantifiziert werden kann, wie sich dieser Verzicht wirtschaftlich auswirken wird. Denn es ist völlig unklar, wie hoch der Pflichtteilsanspruch im Falle des Todes des Übergebers ausfallen würde. Das Vormundschaftsgericht müsste mithin eine Genehmigung gleichsam „ins Blaue hinein", ohne Kenntnis der ökonomischen Folgen für den Minderjährigen, aussprechen. Dies wäre mit der Schutzfunktion des Gerichts zugunsten der Rechtsgüter des Minderjährigen nicht vereinbar. Deshalb erscheint ein vom Minderjährigen im Übergabevertrag abgegebener Pflichtteilsverzicht von vornherein als nicht genehmigungsfähig. Das Gericht kann hier nämlich die ökonomische Tragweite einer möglichen Genehmigung praktisch nicht überblicken.

2. Pflichtteilsanrechnung

Anders stellt sich die Problematik bei der Beurteilung einer Pflichtteilsanrechnung dar. Konstruktiv besteht der entscheidende Unterschied zum Pflichtteilsverzicht darin, dass die Anrechnung nach § 2315 BGB eine einseitige Erklärung des Erblassers darstellt. Dennoch kann auch eine einseitige Erklärung für den Minderjährigen den „lediglich rechtlichen Vorteil" des gesamten Grundstücksgeschäfts entfallen lassen.

Die Genehmigungsbedürftigkeit der Pflichtteilsanrechnung ist nicht ausdrücklich gesetzlich bestimmt.[63] Dies ist vor dem Hintergrund der oben zum Pflichtteilsverzicht entwickelten Kriterien auch folgerichtig. Denn für die Pflichtteilsanrechnung ist nach § 2315 Abs. 2 S. 1 BGB der Wert des übertragenen Grundstücks zum Zeitpunkt der Zuwendung maßgebend. Dieser wird bei der Ermittlung des Pflichtteilsanspruchs dem Nachlass hinzugerechnet und dann von der so ermittelten Höhe des Pflichtteilsanspruchs abgezogen. Somit ist bereits im Zeitpunkt der Zuwendung klar, wie sich die Pflichtteilsanrechnung für den Minderjährigen wirtschaftlich auswirken wird. Der Minderjährige kann aufgrund dieses Mechanismus wirtschaftlich nicht mehr verlieren als den Grundstückswert zum Zeitpunkt der Zuwendung.

Das Grundstück kann jedoch nach der Zuwendung durch den Übergeber auch einen Wertverlust erleiden. In diesem Fall verliert der Minderjährige aufgrund des für die Pflichtteilsanrechnung maßgeblichen höheren Wertes mehr, als ihm als Restwert des zugewendeten Grundstücks verbleibt. Der Zuwendungsempfänger trägt hier also das Risiko der Wertminderung, wenn der Zuwendungsempfänger keine abweichende Bestimmung trifft.

Da in einer solchen Konstellation die Erteilung einer vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Genehmigung mit dem Kindeswohl kaum vereinbar wäre, andererseits eine entsprechende wirtschaftliche Entwicklung zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung nicht abzusehen ist, empfiehlt sich die Aufnahme einer Klausel in den Überlassungsvertrag, wonach die Pflichtteilsanrechnung maximal zu dem Wert erfolgen soll, den das Grundstück zum Zeitpunkt der Zuwendung hat. Dazu erscheint folgende Formulierung ratsam:

> Die Zuwendung ist auf den Pflichtteil des Erwerbers nach dem Veräußerer mit ... Euro anzurechnen, höchstens jedoch mit dem Wert der Zuwendung im Zeitpunkt des Versterbens des Veräußerers.

VIII. Zusammenfassende Thesen

1. Bei der Aufnahme umfangreicher „Wohlverhaltensklauseln" in Überlassungsverträgen mit Minderjährigen sollte die notarielle Praxis sehr vorsichtig agieren. Vor allem in Fällen, in denen sich der Übergeber von gänzlich übergabefremden Motiven leiten lässt, empfiehlt sich wegen möglicher Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB der Verzicht auf entsprechende Klauseln. Auch wenn im Regelfall keine Sittenwidrigkeit gegeben sein wird, stellt sich dennoch das Problem der gerichtlichen Genehmigungsfähigkeit vor dem Hintergrund der Einschränkung des Persönlichkeits- bzw. Selbstbestimmungsrechts des Empfängers.

2. Grundsätzlich sollte ein Rückforderungsrecht gegenüber Minderjährigen bereicherungsrechtlich ausgestaltet sein, da die Gestaltung dann „lediglich rechtlich vorteilhaft" nach § 107 BGB und damit immer genehmigungsfrei ist. Die Begrenzung auf die bereicherungsrechtliche Haftung sollte ausdrücklich in die Urkunde mitaufgenommen werden.

3. Ein Pflichtteilsverzicht des Minderjährigen erscheint nach dem Kindeswohlprinzip nicht als gerichtlich genehmigungsfähig. Anders verhält es sich bei einer Pflichtteilsanrechnung. Diese lässt den rechtlichen Vorteil dann nicht entfallen, wenn in der Urkunde klargestellt wird, dass die Pflichtteilsanrechnung höchstens mit dem Verkehrswert der Zuwendung im Zeitpunkt des Versterbens des Übergebers erfolgen soll. In diesem Fall bedarf die Aufnahme einer Pflichtteilsanrechnung in den Überlassungsvertrag auch keiner gerichtlichen Genehmigung.

---

[59] *Palandt/Diederichsen*, Rdnr. 7 zu § 1821 BGB; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 181.

[60] §§ 1643 II, 1822 Nr. 2 BGB meinen lediglich den Verzicht auf die Geltendmachung eines bereits entstandenen Pflichtteilsanspruchs.

[61] *Palandt/Diederichsen*, Rdnr. 7 zu § 1828.

[62] BayObLGZ, FamRZ 1976, 281; FamRZ 1989, 540.

[63] Für Genehmigungsbedürftigkeit z.B. *Jerschke* in Beck'sches Notarhandbuch, A V Rdnr. 55; MünchKomm/*Frank*, § 2315 Rdnr. 9.

Aufsätze

KURZE BEITRÄGE

Die Kostenrechtsprechung des BayObLG im Jahr 2001
– Überblick über die für den Notar bedeutsamen Entscheidungen –

Von Richter am BayObLG *Dr. Erich Denk*, München

Der Überblick umfasst in zeitlicher Abfolge die Leitsatz- und Stichwortentscheidungen des 3. Zivilsenats des Bayerischen Obersten Landesgerichts zum Notarkostenrecht, aber auch zu Gerichtskosten nach der Kostenordnung, soweit diese für den Notar bedeutsam sind. Er will in knappen Sätzen über den wesentlichen Inhalt und die möglichen Auswirkungen dieser Entscheidungen informieren. Daneben werden zuweilen kleine Hinweise gegeben, die aus dem bloßen Entscheidungswortlaut nicht so ohne weiteres hervorgehen. Die angegebenen Fundstellen sollen ein rasches Auffinden im Bedarfsfalle ermöglichen. Daneben wird auf die Zitierungen der Entscheidungen im „Streifzug durch die Kostenordnung", 5. Auflage, soweit auffindbar, verwiesen.

1. Beschluss vom 11.1.2001, Aktenzeichen 3Z BR 354/00

Fundstellen: BayObLGZ 2001, 6; MittBayNot 2002, 60; NJW-RR 2001, 864; Streifzug Rdnr. 974

Eine Bebauung für Rechnung des Erwerbers bleibt bei der Grundstücksbewertung außer Betracht, wenn schon im Zeitpunkt der Bebauung sowohl Erwerber als auch Veräußerer die feste Absicht zur Vornahme der Übereignung hatten. Dies gilt auch für die unentgeltliche Grundstücksüberlassung. Neu an der Entscheidung: Der genannte Grundsatz kann auch herangezogen werden, wenn zwischen Bebauung und Übereignung ein relativ langer Zeitraum, hier 19 Jahre, liegt. Je länger allerdings der genannte Zeitraum ist, desto gewichtiger müssen die Anhaltspunkte für die bereits bei Bebauung vorhandene Erwerbs- und Veräußerungsabsicht sein.

2. Beschluss vom 7.3.2001, Aktenzeichen 3Z BR 53/01

Fundstelle: NJW-RR 2001, 1582

Die Bewertung eines Mietwohngrundstücks kann nach der Ertragswertmethode vorgenommen werden, wenn der Kostenschuldner entsprechende Unterlagen vorlegt (Bestätigung der bisherigen Rspr. des Senats). Zu dieser Vorlage muss dem Kostenschuldner noch im Beschwerdeverfahren Gelegenheit gegeben werden. Die Entscheidung enthält Fundstellen zur Handhabung der Ertragswertmethode.

3. Beschluss vom 29.3.2001, Aktenzeichen 3Z BR 94/01

Fundstellen: MittBayNot 2001, 414; FGPrax 2001,128; NJW-RR 2001, 1583; Rpfleger 2001, 459; Streifzug Rdnr. 1519

Die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks ist gebührenpflichtig (Bestätigung der bisherigen Rspr. des Senats). A.A. sind OLG Düsseldorf MittRhNotK 2000, 359 und OLG Köln RNotZ 2001, 243 mit Zustimmung im neuesten Schrifttum: *Skidzun* Rpfleger 2002, 9 und *Schultz* RNotZ 2002, 541. Da § 14 Abs. 5 Satz 5 KostO n.F. die Unzulässigkeit von Divergenzvorlagen im allgemeinen Kostenbeschwerdeverfahren festschreibt, wird die unterschiedliche Beurteilung durch die Obergerichte einige Zeit fortbestehen und somit der Notar darauf zu achten haben, in welchem Einzugsbereich das Grundstück liegt. Dem Vernehmen nach haben sich die Notare in Bayern damit abgefunden und beurkunden überwiegend wieder den Rangrücktritt, nachdem der neue Weg über den Wirksamkeitsvermerk hier zu keiner Gebührenersparnis führt.

4. Beschluss vom 18.4.2001, Aktenzeichen 3Z BR 115/01

Fundstellen: MittBayNot 2001, 412; JurBüro 2001, 488; NotBZ 2001, 306; ZfIR 2001, 859; Streifzug Rdnr. 82

Wird bei der Auseinandersetzung einer Miteigentümergemeinschaft an einem Grundstück über das Grundstück im ganzen verfügt, ist Geschäftswert der Grundstückswert. Werden dagegen nur Miteigentumsanteile ausgetauscht, ist die höhere der Austauschleistungen maßgeblich. Die Entscheidung will klarstellen, dass sich Auseinandersetzung und Austauschvertrag nicht gegenseitig ausschließen. Eine Auseinandersetzung kann den Austausch von Anteilen und zusätzlichen Leistungen unter den Beteiligten beinhalten, muss das aber nicht. Somit sind diese beiden Begriffe nicht das entscheidende Kriterium bei der Bestimmung des Geschäftswerts. Vielmehr kommt es darauf an, worüber verfügt wird.

5. Beschluss vom 16.5.2001, Aktenzeichen 3Z BR 131/01

Fundstellen: MittBayNot 2001, 495; NJW-RR 2001, 1366

Die Entscheidung betrifft das Landwirtschaftsprivileg bei sehr kleinem Betrieb (4,5 Hektar): Der Erwerber muss zumindest einen nicht unerheblichen Teil seines Familieneinkommens aus dem Betrieb erzielen können. Anhaltspunkte für die Mindestgröße enthalten das Gesetz zur Förderung der bäuerlichen Landwirtschaft und das Gesetz über die Altershilfe für Landwirte. Hieran sind die Kostengerichte aber nicht strikt gebunden.

6. Beschluss vom 23.5.2001, Aktenzeichen 3Z BR 54/01

Fundstellen: BayObLGZ 2001,140; MittBayNot 2001, 496; FGPrax 2001, 171; Streifzug Rdnr. 1292

Das Landwirtschaftsprivileg greift nicht ein bei Überlassung eines Betriebs, der zusammen mit anderen Grundstücken in eine GmbH & Co KG eingebracht ist, auch wenn der Erwerber einer der Gesellschafter ist. Maßgebliches Kriterium ist die hier fehlende Betriebsfortführung durch den Erwerber. Es lagen keine sicheren Anhaltspunkte dafür vor, dass der Erwer-

ber, was nicht gleich nach dem Erwerb der Fall sein müsste, gerade den eingebrachten Betrieb später selbst eigenverantwortlich fortführen wird.

7. Beschluss vom 20.6.2001, Aktenzeichen 3Z BR 79/01

Fundstellen: BayObLGZ 2001,153; NJW-RR 2001, 1654

Nimmt ein Notar seine Grundbuchbeschwerde aufgrund eines falschen Hinweises des Berichterstatters der Beschwerdekammer zurück, können die Gerichtsgebühren für das Beschwerdeverfahren nicht wegen unrichtiger Sachbehandlung niedergeschlagen werden.

8. Beschluss vom 25.7.2001, Aktenzeichen 3Z BR 147/01

Fundstellen: MittBayNot 2001, 581; NotBZ 2001, 345; ZIP 2001, 1812; DB 2001, 2440; EWiR 2002, 31; RNotZ 2001, 595; Streifzug Rdnr. 677

Geschäftswert für die Errichtung einer Kommanditgesellschaft (hier Golfanlage) ist der Höchstbetrag des Gesellschaftskapitals, bis zu dem neue Kommanditisten aufgenommen werden können, wenn dieser Höchstbetrag bereits bindend ist. Bindung liegt vor, wenn zumindest einige der Gründer den späteren Neuaufnahmen nicht widersprechen und damit eine Minderung ihrer Gewinnanteile nicht verhindern können. Hier war ein Beirat vorgesehen, der ein Mitspracherecht bei Neuaufnahmen haben sollte. Diesem Beirat sollten einige, aber eben nicht alle Gründungskommanditisten angehören. Jedenfalls für die dem Beirat nicht angehörenden Kommanditisten ist demnach der Höchstbetrag bindend.

9. Beschluss vom 27.7.2001, Aktenzeichen 3Z BR 101/01

Fundstellen: Report 2001, 80; JurBüro 2001, 653; MittBayNot 2002, 58 mit Anm. der Prüfungsabteilung der Notarkasse; Streifzug Rdnr. 963

Die Angaben der Urkundsparteien zum Verkehrswert sind vorrangiger Anhaltspunkt für die Bestimmung des Geschäftswerts. Eine Gemeinde verkaufte ein Baugrundstück im Einheimischenmodell. Der Kaufpreis lag unter den Bodenrichtwerten, diese wiederum unter dem in der Urkunde ausgewiesenen Verkehrswert. Bei einem späteren Verstoß gegen die Bestimmungen des Einheimischenmodells sollte die Differenz zwischen Kaufpreis und Verkehrswert nachgezahlt werden. Die Entscheidung geht davon aus, dass die Beteiligten am besten wissen werden, was das konkrete Grundstück wert ist, auch wenn der Verkehrswert hier nur für den als eher unwahrscheinlich eingeschätzten Fall einer später entstehenden Nachzahlungspflicht in die Urkunde aufgenommen wurde. Die Entscheidung verlangt vom Notar keinen Hinweis, dass der angegebene Verkehrswert für die Gebühren maßgeblich ist, sofern sich die Angabe an auffälliger Stelle der Urkunde befindet. Insoweit also weniger strenge Anforderungen als OLG Hamm Rpfleger 1973, 329/331.

10. Beschluss vom 27.7.2001, Aktenzeichen 3Z BR 187/01

Fundstellen: MittBayNot 2001, 583; Rpfleger 2001, 620; JurBüro 2001, 653; NotBZ 2001, 343; RNotZ 2001, 596

Die Entscheidung betrifft nochmals die Bebauung für Rechnung des Erwerbers (s. Nr. 1), diesmal vor Neubegründung eines Erbbaurechts. Letzteres war erstmals 1925 bestellt worden, in der Folge wurde das Grundstück vom Erbbauberechtigten bebaut. Da die Frist für eine Verlängerung versäumt wurde, musste das Erbbaurecht neu begründet werden. Bei dem Geschäftswert wurde der Gebäudewert zu Recht, so der *Senat*, mit eingerechnet, weil im Zeitpunkt der Bebauung niemand auch nur entfernt daran gedacht hatte, dass es jemals zu einer erneuten Bestellung des Erbbaurechts nach dessen Erlöschen kommen würde (Parallele zur Erwerbs- bzw. Veräußerungsabsicht bei Nr. 1 oben).

11. Beschluss vom 5.9.2001, Aktenzeichen 3Z BR 188/01

Fundstellen: MittBayNot 2002, 127 (in diesem Heft); RdL 2001, 327

Es gibt kein Landwirtschaftsprivileg, wenn die Wohngebäude von der Überlassung ausgeschlossen sind und auch ihre spätere Übernahme durch den Erwerber nicht beabsichtigt ist. Das Landwirtschaftsprivileg setzt eine Hofstelle und diese wiederum eine für die bäuerliche Familie geeignete Wohnung voraus. Der Notar hatte zu Recht den Verkehrswert der landwirtschaftlichen Grundstücke dem Geschäftswert zugrunde gelegt.

12. Beschluss vom 5.10.2001, Aktenzeichen 3Z BR 272/01

Fundstellen: MittBayNot 2002, 128 (in diesem Heft); BayObLGZ 2001, 2755; BB 2001, 2549; DB 2002, 34

Zur Anwendung der EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie vom 17.7.1969 69/335/EWG (nachfolgend RL):

Im Fahrwasser der Senatsentscheidung vom 25.11.1998, 3Z BR 164/98 (MittBayNot 1999, 90), die die Wertgebühr in Registersachen nur noch in verfassungskonformer Auslegung für rechtens erklärte, versuchten einige von anderen Wertgebühren Betroffene, eine Ausweitung der Anwendung der RL zu erreichen. So war der Senat mit der Frage befasst, ob die Grundbucheintragungsgebühr nach rechtsgeschäftlichem Erwerb durch eine Kommanditgesellschaft unter die RL fällt (verneint, Entscheidung vom 6.12.2000 3Z BR 280/00, BayObLGZ 2000, 350; MittBayNot 2001, 95; darin auch grundsätzliche Bejahung der Verfassungsmäßigkeit von Wertgebühren).

In der vorliegenden Sache ging es wiederum um die Grundbucheintragungsgebühr, allerdings diesmal nach Einbringung des Grundstücks als Einlage in eine Gesellschaft. Der Senat verneinte auch hier in Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof (EuGHE I 1997, 7106 „SIF“), dem ein nahezu gleicher Sachverhalt vorlag, einen Verstoß gegen die RL.

13. Beschluss vom 26.10.2001, Aktenzeichen 3Z BR 95/01

Fundstellen: MittBayNot 2002, 129 (in diesem Heft); BayObLGZ 2001, 315; FGPrax 2002, 42

Auch diese Entscheidung erging zur Anwendung der EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie (RL; vgl. oben Nr. 12), diesmal auf Gebühren im Nachlassverfahren. Die Beschwerdeführerin hatte Kommanditanteile geerbt und einen Erbschein beantragt, um die erforderlichen Umschreibungen im Handelsregister veranlassen zu können. Der Senat sah in der Erhebung von Wertgebühren im Nachlassverfahren weder einen Verstoß gegen die RL noch gegen nationales Verfassungsrecht.

Aufsätze

Ratifikation der Haager Adoptionskonvention – Folgen für die notarielle Praxis

Von Rechtsanwalt *Dr. Rembert Süß*, Deutsches Notarinstitut, Würzburg

Im Zuge der Ratifikation der Haager Adoptionskonvention hat der deutsche Gesetzgeber tief greifende Änderungen im Recht der internationalen Adoption vorgenommen. Betroffen ist nicht nur die Durchführung von Adoptionen von Kindern aus dem Ausland, sondern auch die Feststellung von Wirksamkeit und Wirkungen im Ausland durchgeführter Adoptionen. Das In-Kraft-Treten der Änderungen teilweise bereits zum 1.1.2002, also noch vor Wirksamwerden der Konvention für Deutschland, hat viele Praktiker überrumpelt. Im Folgenden wird daher zur ersten Orientierung ein komprimierter Überblick mit praxisbezogenen Hinweisen und Formulierungsvorschlägen über die sich für die notarielle Tätigkeit aus dem Zusammenspiel von Abkommen sowie nationalem Kollisions- und Verfahrensrecht ergebenden Folgen gegeben.

I. Einleitung

Am 27.9.2001 hat der deutsche Bundestag der Ratifikation des Haager Übereinkommens vom 29.5.1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption (Konvention) zugestimmt.[1] Gem. Art. 46 Abs. 2 lit. a Konvention tritt diese daher am 1.3.2002 für Deutschland in Kraft.[2] Die Ratifikation der bereits am 7.11.1997 durch die Bundesrepublik Deutschland gezeichneten Konvention wird durch Erlass des „Gesetzes zur Regelung von Rechtsfragen auf dem Gebiet der internationalen Adoption und zur Weiterentwicklung des Adoptionsvermittlungsgesetzes“ vom 9.11.2001 flankiert.[3] Dieses „Artikelgesetz“ enthält u. a. zwei neue Gesetze, nämlich das „Gesetz zur Ausführung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption“ (Ausführungsgesetz) und das „Gesetz über die Wirkungen der Annahme als Kind nach ausländischem Recht“ (Adoptionswirkungsgesetz – AdWirkG) sowie Änderungen weiterer Gesetze, u. a. des Adoptionsvermittlungsgesetzes[4] und die Einfügung zweier weiterer Absätze in Art. 22 EGBGB.

II. Die Adoptionsvermittlung

a) Zielsetzung der Konvention

Ziel der Adoption ist der Schutz der Kinder im Rahmen grenzüberschreitender Adoptionen. Insbesondere soll Kinderhandel unterbunden werden.[5] Zu diesem Zweck wurden verfahrensrechtliche Mindeststandards für die Vermittlung und Anbahnung von Adoptionen aufgestellt, die durch ausführliche, bei der Anbahnung und Vermittlung von Adoptionen zu beachtende Verfahrensvorschriften und die Kooperation der Behörden des Heimatstaates des Kindes und des Aufnahmestaates abgesichert werden. Diese Regelung hat sich insoweit schon als erfolgreich erwiesen, als sich mittlerweile bereits – für Haager Konventionen ungewöhnlich – 43 Staaten der Konvention angeschlossen haben, darunter ein hoher Anteil an typischen „Herkunftsstaaten“, also solchen Staaten, in denen eine hohe Zahl von Kindern zum Zweck der Adoption durch Angehörige „westlicher Industriestaaten“ das Land verlassen.[6] 14 weitere Staaten[7] haben die Konvention gezeichnet, allerdings noch nicht ratifiziert.

b) Stufen des Vermittlungsverfahrens

Auf der Basis der Konvention erfolgt die Anbahnung einer Adoption in folgenden Schritten: Vorab ist durch die zuständigen Behörden des Heimatstaates des Anzunehmenden gem. Art. 4 Konvention festzustellen, ob ein Kind überhaupt für die internationale Adoption geeignet ist. Dabei wären im Rahmen des Grundsatzes der Subsidiarität zunächst die Möglichkeiten einer inländischen Adoption zu prüfen und auszuschließen. Das eigentliche Verfahren wird durch eine Bewerbung potenzieller Adoptiveltern bei der zentralen Behörde ihres Aufenthaltsstaates für ein Kind aus einem bestimmten Staat eingeleitet.[8] Auf die Bewerbung hin erfolgt die Prüfung der Adoptionsbewerber auf ihre „Adoptionseignung“, über die ein Bericht zu erstellen ist (Art. 15 Konvention). In einem dritten Schritt wird dieser Bericht der zentralen Behörde des Heimat-

---

1 BGBl. 2001 II, S. 1034.

2 Text des Abkommens einschließlich des vorläufigen Ratifikationsstandes auch bei *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 10. Aufl. 2000, S. 569; zum Abkommen s. z. B. *Bornhofen*, StAZ 2001, 1 ff.; *Busch*, DAVorm 2001, 581 ff.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2001, S. 398 ff.; *Pirrung*, RabelsZ 57 (1993), 142 ff.; *Marx*, StAZ 1995, 315 ff.; *Steiger*, Das neue Recht der internationalen Adoption und Adoptionsvermittlung, 2002; *Steiger*, Im alten Fahrwasser zu neuen Ufern, DNotZ 2002, 184; aus österreichischer Sicht: *Rudolf*, ZfRVgl 2001, 183 ff.; umfassende Begründung in Bundestagsdrucksache 14/6011, S. 15 ff.; Erläuterungsbericht der Haager Konvention von *Parra-Aranguren*, in englischer wie auch in französischer Fassung unter www.hcch.net/e/conventions/expl33e.html; in deutscher Übersetzung in BT-Drs. 14/5437 S. 26 ff. sowie bei *Steiner*, a.a.O., S. 232 ff.

3 BGBl. 2001 I, 2949.

4 Sehr kritisch zu den Änderungen des Vermittlungsgesetzes z. B. *Schwab*, FamRZ 2002, S. 3 f.

5 S. Art. 1 lit. b und die vierte Erwägung in der Präambel der Konvention.

6 Eine Ratifikation des Abkommens hat bereits stattgefunden durch Australien, Brasilien, Burkina Faso, Chile, Costa Rica, Dänemark, Ecuador, El Salvador, Finnland, Frankreich, Israel, Italien, Kanada, Kolumbien, Mexiko, die Niederlande, Norwegen, Österreich, Panama, Peru, Philippinen, Polen, Rumänien, Schweden, die Slowakei, Spanien, Sri Lanka, die Tschechische Republik, Venezuela und Zypern, insgesamt mit Deutschland also 32 Staaten. 11 weitere Staaten, nämlich Andorra, Burundi, Georgien, Island, Litauen, Mauritius, Moldawien, Monaco, die Mongolei, Neuseeland und Paraguay sind der Konvention beigetreten, mit der Folge, dass diese im Verhältnis zu den Staaten in Kraft getreten ist, welche dem Beitritt nicht widersprochen haben.

7 Darunter Russland, die Volksrepublik China, Bolivien, Bulgarien und die Türkei.

8 Grundsätzlich ist dies gem. § 1 Abs. 1 Ausführungsgesetz der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof. Die eigentliche Adoptionsvermittlung obliegt jedoch gem. § 2 Ausführungsgesetz den Landesjugendämtern und den zugelassenen Auslandsvermittlungsstellen in freier Trägerschaft; den Jugendämtern nur aufgrund besonderer Gestattung.

staates des Kindes übermittelt. Diese hat dann einen Adoptionsvorschlag für ein bestimmtes Kind zu unterbreiten (Art. 16 Konvention). Es erfolgt die Annahme des Vermittlungsvorschlags durch die Adoptionsbewerber. Diese erklären sich damit bereit, das Kind anzunehmen. Ein Antrag auf Annahme i.S.v. § 1752 Abs. 1 BGB liegt hierin zwar noch nicht, die Bereiterklärung verpflichtet die Bewerber aber wie eine ausländerrechtliche Verpflichtungserklärung gem. § 84 AuslG zur Erstattung der während der Dauer von sechs Jahren ab Einreise für den Lebensunterhalt des Kindes aufgewandten öffentlichen Mittel, § 7 Abs. 2 Ausführungsgesetz. Die Bereiterklärung ist gem. § 7 Abs. 1 Ausführungsgesetz dem Jugendamt gegenüber abzugeben.

Die Bereiterklärung bedarf der öffentlichen Beurkundung (§ 7 Abs. 1 S. 2 Ausführungsgesetz). Neben die Beurkundungszuständigkeit der Notare tritt hier eine Beurkundungskompetenz der Urkundsperson beim Jugendamt, welche durch eine neugeschaffene Ziff. 5 in § 59 Abs. 1 S. 1 SGB VIII geschaffen wurde. Bei der Beurkundung hat der Notar über die Erstattungspflicht gem. § 7 Abs. 2 des Ausführungsgesetzes aufzuklären.

Formulierungsvorschlag für eine Bereiterklärung:

Herr [Name] und Frau [Name] erklären sich bereit, das durch Vermittlungsvorschlag des [zuständige Behörde des Herkunftsstaates] am [Datum] benannte Kind [...][9], geboren am [Datum] in [Geburtsort und -staat] als gemeinschaftliches Kind anzunehmen.

Über die Wirkungen der Annahmeerklärung, insb. die Erstattungspflicht nach § 7 Abs. 2 AdÜbAG, hat der Notar die Beteiligten belehrt.

Ist diese Einverständniserklärung abgegeben, wird dem Kind eine Einreise- und Aufenthaltsgenehmigung erteilt und es werden die Zustimmungen der zentralen Behörden des Aufnahme- wie auch des Heimatstaates eingeholt. Beendet wird das Vermittlungsverfahren durch eine abschließende Prüfung der Behörden des Herkunftsstaates darüber, ob das Kind den Adoptionsbewerbern anvertraut werden kann (Art. 17 Konvention).

c) Von der Konvention nicht vereinheitlichte Regelungspunkte

Offen bleibt nach den Bestimmungen der Konvention, ob das Kind nach Abschluss dieses Verfahrens unmittelbar in den Aufenthaltsstaat des Annehmenden verbracht wird und die Adoption hier vorgenommen wird oder ob die Adoption vor Ausreise im Heimatstaat des Kindes erfolgt. Ungeregelt bleibt auch, welches Recht auf die Adoption anzuwenden ist, ob diese in einem hoheitlichen Akt durch Beschluss eines Gerichts bzw. Entscheidung einer Verwaltungsbehörde erfolgt (Dekretadoption) oder in Form eines Vertrages (Vertragsadoption). Insbesondere verlangt die Konvention nicht die Zustimmung bestimmter Personen zur Adoption. Art. 4 lit. c Konvention verpflichtet zwar die zuständigen Behörden des Heimatstaates, das Vorliegen von Zustimmungen der Verwandten, Institutionen und Behörden, insbesondere auch der Mutter zu prüfen. Diese Voraussetzungen stehen jedoch ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass diese „notwendig“ sind, was wiederum bedeutet, dass sie nur nach Maßgabe des vom dort geltenden Kollisionsrecht bestimmten Adoptionsstatuts einzuholen sind.[10]

d) Sachlicher Anwendungsbereich der Konvention

Die Konvention gilt für jede „grenzüberschreitende Adoptionen“, bei der das anzunehmende Kind für den Zweck der Durchführung einer Adoption seinen gewöhnlichen Aufenthalt von einen Konventionsstaat in einen anderen Konventionsstaat verlegen soll oder bereits verlegt hat (Art. 2 Abs. 1 Konvention). Durch diese weite Fassung werden über die typische Auslandsadoption hinaus auch Adoptionen erfasst, für die das Vermittlungsverfahren nicht passt:

Beispielsfälle:

1. Ein im Inland lebender Deutscher hat eine albanische Staatsangehörige geheiratet, die vor einigen Jahren als Asylbewerberin nach Deutschland gekommen ist. Er beabsichtigt nun, deren Sohn aus erster Ehe zu adoptieren, der mit seiner Mutter zusammen nach Deutschland eingereist ist. Hier haben sämtliche Beteiligte ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Es ist auch nicht beabsichtigt, diesen im Rahmen der Adoption zu verlegen. Auf die unterschiedliche Staatsangehörigkeit der Beteiligten kommt es nicht an. Die Konvention ist mithin nicht einschlägig.

2. Fall wie vor. Jedoch ist der Sohn nicht mit seiner Mutter nach Deutschland eingereist, sondern in Albanien bei den Eltern seiner Mutter geblieben. In diesem Fall führt die Durchführung der Adoption dazu, dass der Anzunehmende seinen gewöhnlichen Aufenthalt aus Albanien zu seiner Mutter und seinem Adoptivvater nach Deutschland verlegen wird. Da beides Konventionsstaaten sind, liegt eine grenzüberschreitende Adoption i.S. der Konvention vor, so dass das Anbahnungsverfahren durchzuführen ist.

Dieses Ergebnis überrascht. Das in der Konvention vorgeschriebene Vermittlungsverfahren stellt für die Beteiligten eine ungerechtfertigte Belastung dar, da sich der Adoptionswunsch von vornherein auf eine bestimmte Person bezieht. Vorschläge der deutschen Delegation, Ausnahmevorschriften für Verwandten- oder Stiefkindadoptionen einzuführen, wurden aber in den Verhandlungen zur Konvention aufgrund der Befürchtung, es könne zu Umgehungen und Missbräuchen kommen, abschlägig beschieden.[11]

3. Fall wie 2: Der albanische Sohn kommt in den Sommerferien zu seiner Mutter nach Deutschland. Von spontaner Zuneigung zu seinem Stiefkind überwältigt, beschließt der deutsche Vater, diesen zu adoptieren. In diesem Fall ist die Einreise des Kindes nicht zum Zweck der Adoption erfolgt. Allerdings lässt die Einreise ausschließlich zum Verbringen der Sommerferien den gewöhnlichen Aufenthalt in Albanien bestehen, so dass das „Bleiben“ in Deutschland zur Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts führt. Anders wäre zu urteilen, wenn die Einreise zum Zweck einer langfristigen Familienzusammenführung mit der Mutter erfolgt ist (dann wohl wie Fall 1).

4. Deutsche sind mit ihren beiden minderjährigen Kindern zur Durchführung eines mehrjährigen Entwicklungshilfeprojektes nach Peru gegangen. Die Eltern werden dort von maoistischen Rebellen ermordet. Die in Deutschland leben-

[9] Regelmäßig wird die Identität des Kindes den Adoptionsbewerbern zu diesem Zeitpunkt gem. § 5 Abs. 2 S. 2 Ausführungsgesetz noch nicht bekannt gegeben worden sein (vgl. auch Art. 16 Abs. 2 Konvention zur Geheimhaltung der Identität der leiblichen Eltern des Kindes). Daher sind ggf. an dieser Stelle andere Identifikationsmerkmale einzutragen.

[10] S. den Erläuterungsbericht von *Parra-Aranguren*, Rdnr. 129.

[11] *Parra-Aranguren*, Erläuterungsbericht Rdnr. 92.

den engsten Verwandten, ein Bruder der Mutter und dessen Ehefrau wollen nun die Kinder adoptieren. Da es dort zu einem mehrjährigen Aufenthalt kommen sollte, haben die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Peru. Die übereinstimmende Staatsangehörigkeit der Beteiligten ist ohne Bedeutung, da die Konvention ausschließlich auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten abstellt. Daher greift die Konvention ein – mit der Folge, dass die peruanischen Vermittlungsstellen einzuschalten sind.

Weiteres Erfordernis ist das Vorliegen einer Minderjährigenadoption. Die Konvention gilt nur, wenn der Anzunehmende noch nicht 18 Jahre alt ist (Art. 3 Konvention).

III. Anerkennung ausländischer Adoptionen im Inland

a) Wirksamkeit einer ausländischen Adoption (Anerkennungsfeststellung)

Die in einem Konventionsstaat vorgenommene Adoption ist in den anderen Konventionsstaaten anzuerkennen (Art. 23–26 Konvention). Dies bedeutet für die deutsche Praxis grundsätzlich nichts Neues, da schon bisher ausländische Adoptionen, falls es sich um Dekretadoptionen handelte, im Inland unmittelbar wirksam waren. Unsicherheiten ergaben sich aber daraus, dass Wirksamkeit und Wirkungen der Adoption im Inland vom ausländischen Recht abhingen und im Inland nicht durch einen formellen Akt festgestellt werden konnten. Diesem Mangel schafft nun § 2 Abs. 1 AdWirkG durch Einführung einer Anerkennungsfeststellung Abhilfe. Diese erfolgt auf Antrag durch das Vormundschaftsgericht. Dabei ist wie folgt zu verfahren:

– Die in einem anderen Konventionsstaat erfolgte Adoption ist ohne weiteres anzuerkennen, wenn dort das konventionsgerechte Zustandekommen bescheinigt worden ist, Art. 23 Abs. 1 Konvention.[12] Dies gilt insb. auch für dort durchgeführte Vertragsadoptionen.

– Dekretadoptionen, die nicht auf der Basis der Konvention erfolgten,[13] werden auf der Basis von § 16a FGG anerkannt. Die in § 16a FGG aufgeführten Ausschlussgründe werden in der Praxis restriktiv ausgelegt und sind bislang kaum praktisch relevant geworden.[14]

– Vertragsadoptionen, für die nicht durch einen Konventionsstaat die Konventionskonformität bescheinigt wurde, sind nur nach Maßgabe des gem. Art. 22 Abs. 1 EGBGB[15] bestimmten Adoptionsstatuts wirksam. Bei deutschem Adoptionsstatut (deutsche Staatsangehörigkeit des Annehmenden bzw. deutsches Ehewirkungsstatut des annehmenden Ehepaares[16]) ist die Adoption also nichtig.

[12] Grenze ist ein erheblicher Verstoß gegen den *ordre public* des Anerkennungsstaates, Art. 24 Konvention: „if the adoption is manifestly contrary to its public policy".

[13] Z.B. weil für den ausländischen Staat das Abkommen nicht gilt, die Adoption vor Wirksamwerden der Konvention erfolgte, der Adoptionsstaat das konventionsgerechte Zustandekommen bescheinigt hat oder weil es sich um keine grenzüberschreitende Adoption i.S.d. Konvention handelte. Für Volljährigenadoptionen gibt es gem. § 1 AdWirkG keine Anerkennungsverfahren.

[14] Ausführliche Übersicht bei *Staudinger/Henrich*, 13. Bearb. 1996, Art. 22 EGBGB Rdnr. 85-97.

[15] Mit dem bisherigen Art. 22 EGBGB identisch.

[16] Aufgrund der Verweisung auf Art. 14 Abs. 1 in Art. 22 Abs. 1 S. 2 EGBGB bleibt eine Rechtswahl gem. Art. 14 Abs. 3 EGBGB unbeachtlich.

b) Wirkungen einer ausländischen Volladoption (Wirkungsfeststellung)

Die Wirkungen einer ausländischen Dekretadoption bemaßen sich bislang nach dem Recht, nach dem die Adoption vorgenommen worden war. Selbst wenn nach Art. 22 EGBGB deutsches Recht Adoptionsstatut war, wurde also zur Bestimmung der Adoptionswirkungen auf das von der Behörde oder dem Gericht im Ausland angewandte Recht zurückgegriffen. So konnten die Wirkungen hinter denen des deutschen Rechts zurückbleiben. Die sich aus der Ermittlung des ausländischen Rechts ergebenden Unsicherheiten konnten sich integrationshemmend auswirken.

Die Konvention schafft hier Erleichterung: Hat die Adoption nach dem Recht, nach dem sie vorgenommen wurde, die Beendigung der familienrechtlichen Beziehungen zur leiblichen Familie zur Folge (Volladoption), kommen ihr in allen anderen Konventionsstaaten die Wirkungen einer Volladoption nach dem jeweils dort geltenden Recht zu (Wirkungsgleichstellung, Art. 26 Abs. 2 Konvention). Es braucht dann bei der Anerkennung nur noch festgestellt werden, ob die Adoption dem Typus der Volladoption entspricht.[17] Bezüglich der Wirkungen der Adoption kann dann im Inland auf das deutsche Recht zurückgegriffen werden. Dies bedeutet eine erhebliche Erleichterung bei der Ermittlung der Wirkungen.[18] Bedauerlicherweise werden aber die Wirkungen der Adoption so in jedem Konventionsstaat einem anderen Recht unterstellt.[19]

c) Wirkungen einer ausländischen schwachen Adoption (Umwandlungsausspruch)

Hat die Adoption die Beziehungen zur leiblichen Familie bestehen lassen (sog. schwache Adoption), stellt das Gericht fest, dass das Kind im Hinblick auf die elterliche Sorge und die Unterhaltspflicht einem nach deutschem Recht angenommenen Kind gleichsteht (Wirkungsfeststellung).[20] Das Vormundschaftsgericht kann aber auch auf Antrag dem Kind die Rechtsstellung eines nach deutschem Recht angenommenen Kindes verleihen (Umwandlungsausspruch).[21]

Für den Umwandlungsausspruch stellt § 3 Abs. 1 AdWirkG[22] im Wesentlichen die gleichen Zustimmungserfordernisse auf wie für eine erstmalige Adoption. Die Zustimmungserfordernisse sind nach der Rechtsordnung zu bestimmen, nach der die umzuwandelnde Adoption vorgenommen wurde (§ 3 Abs. 1 S. 2 AdWirkG).[23] Jedenfalls sind die gem. § 1746 BGB erforderlichen Zustimmungen des Kindes einzuholen und gem. § 1750 Abs. 1 S. 2 BGB notariell zu beurkunden.

[17] § 2 Abs. 1 AdWirkG sieht insoweit auch die ausdrückliche Feststellung vor.

[18] Zu beachten ist, dass gem. § 3 Abs. 2 AdWirkG für die Wirkungsfeststellung (ausnahmsweise) die gleichen Erfordernisse wie für einen Umwandlungsausspruch gelten, wenn die Wirkungen der ausländischen Volladoption vom deutschen Recht abweichen – z.B. weil der Angenommene nicht völlig in die Familie des Annehmenden eingegliedert wird (BT-Drs. 14/6011 S. 48).

[19] So schon *Kropholler*, IPR, S. 401.

[20] § 2 Abs. 2 S. 1 Ziff. 2 AdWirkG.

[21] Für Konventionsadoptionen gilt das gem. Art. 27 Konvention, für andere Adoptionen gem. § 3 AdWirkG.

[22] Das entspricht Art. 27 Abs. 1 lit. b, Art. 4 lit. c Konvention.

[23] Vgl. *Parra-Aranguren*, Erläuterungsbericht Rdnrn. 129, 183. Insbesondere wäre zu prüfen, ob sich die im Herkunftsstaat abgegebenen Zustimmungen auch auf eine entsprechende Umwandlung erstrecken.

d) Gerichtliche Zuständigkeit und zeitliche Anwendung

Das AdWirkG trat bereits zum 1.1.2002 in Kraft, also vor Wirksamwerden der Konvention. Wirkungsfeststellung und Umwandlungsausspruch sind aber auch für vor diesem Datum vorgenommene Adoptionen möglich, wenn nur der Angenommene zum Zeitpunkt der Annahme das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte („Minderjährigenadoption“).[24] Die Zuständigkeit für diese Verfahren wird bei dem Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirk das Oberlandesgericht seinen Sitz hat, konzentriert, § 5 Abs. 1 S. 1 AdWirkG.[25]

e) Zusammenfassung

Im Ergebnis gelten für die Wirkungen einer Adoption damit folgende Rechtsordnungen:

Deutschem Recht unterliegen die Wirkungen von:

- In einem anderen Konventionsstaat zertifizierten[26] Volladoptionen[27], Art. 26 Abs. 2 Konvention. Dies gilt sowohl für Dekret- als auch für Vertragsadoptionen;
- Dekretadoptionen in einem Nicht-Konventionsstaat nach Feststellung des Vorliegens einer „Volladadoption“ durch ein deutsches Gericht, § 2 Abs. 2 Ziff. 1 AdWirkG;
- Umwandlungsaussprüchen deutscher Gerichte, § 3 Abs. 1 AdWirkG;
- Umwandlungsaussprüchen der Gerichte eines anderen Konventionsstaates, Art. 27 Abs. 2 i.V.m. Art. 26 Abs. 2 Konvention;
- Unterhaltspflicht und elterliche Sorge nach Wirkungsausspruch für eine schwache Adoption, § 2 Abs. 2 Ziff. 2 AdWirkG.

Dem von der ausländischen Stelle zugrunde gelegten Recht unterliegen die Wirkungen von:

- schwachen Adoptionen in einem Konventionsstaat, Art. 26 Abs. 1 Konvention, sofern nicht das deutsche Recht dem Angenommenen „günstiger“ ist, Art. 26 Abs. 3 Konvention;[28]
- Dekretadoptionen in einem Nicht-Konventionsstaat (§ 16a FGG);
- Dekretadoptionen in einem Konventionsstaat, für die dieser keine Bescheinigung ausgestellt hat, dass sie auf der Basis der Konvention erfolgt sei[29] (§ 16a FGG).

Ein neuer Art. 22 Abs. 2 EGBGB verweist für die Wirkungen der Adoption auf das Adoptionsstatut. Dies hat nur noch Bedeutung für:[30]

- von deutschen Gerichten ausgesprochene Adoptionen;
- in einem Nicht-Konventionsstaat durchgeführte Vertragsadoptionen.

IV. Zulässigkeit einer „Wiederholungsadoption“

Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Anerkennungsfähigkeit und den Rechtswirkungen einer ausländischen Adoption wurde in der Praxis bislang durch eine Wiederholung der Adoption im Inland abgeholfen.[31] Sind der Annehmende oder die Annehmenden Deutsche oder in Deutschland lebende Eheleute unterschiedlicher Staatsangehörigkeit,[32] unterlagen Voraussetzungen und Wirkungen der Adoption gem. Art. 22 EGBGB a.F.[33] deutschem Recht.[34] Für ein derartiges Vorgehen ist nun – soweit ein Wirkungs- oder Umwandlungsausspruch beantragt werden könnte – auch für nicht nach Maßgabe der Konvention zustande gekommene Adoptionen wohl das Rechtsschutzbedürfnis entfallen.[35] Entsprechende bereits zum Gericht eingereichte Anträge sollten daher vorsichtshalber[36] zurückgenommen und entsprechend umgestellt oder zumindest durch einen hilfsweise gestellten Antrag auf Wirkungs- oder Umwandlungsausspruch ergänzt werden.

V. Auswirkungen auf das Erbrecht

Umstritten ist in der deutschen Literatur, welches Recht bei Divergenz von Erb- und Adoptionsstatut darüber entscheidet, ob durch die Adoption das Erbrecht zur Familie des Annehmenden begründet bzw. das Erbrecht zur leiblichen Familie beendet wird. Ein Teil der Literatur will das Entstehen bzw. Erlöschen eines Erbrechts dem Erbstatut entnehmen (*erbrechtliche Qualifikation*). Aus dem Adoptionsstatut ergebe sich allein, ob es zwischen dem Erblasser und dem Adoptivkind zu einer so starken rechtlichen Beziehung kommen soll, wie sie das Erbstatut für eine Beteiligung an der gesetzlichen

---

[24] § 1 AdWirkG.

[25] Dies gilt gem. einem neu geschaffenen § 43b Abs. 2 S. 2 FGG für alle Adoptionen, in denen „ausländische Sachvorschriften“ zur Anwendung gelangen. Umstritten ist bereits, ob dies nur bei ausländischem Adoptionsstatut (Art. 22 Abs. 1 S. 1 EGBGB) gilt oder auch bei kumulativer Geltung ausländischen Rechts für die Zustimmungen zur Adoption (Art. 23 EGBGB). M.E. ist letztere Ansicht vorzugswürdig, da auch im letzteren Fall die Expertise im ausländischen Adoptionsrecht erforderlich ist und eine typische Konventionsadoption (s.o., II. d) vorliegen kann (anders: *Steiger*, DNotZ 2002, 206).

[26] Voraussetzung ist, dass der Staat, in dem die Adoption durchgeführt wurde, eine Bescheinigung ausgestellt hat, dass sie auf der Basis der Konvention erfolgt sei, Art. 23 Abs. 1 Konvention.

[27] Das Vorliegen einer „Volladoption“ ergibt sich aus der Bescheinigung nicht zwingend, kann aber im Wege einer Wirkungsfeststellung gem. § 2 Abs. 2 Ziff. 1 AdWirkG festgestellt werden.

[28] Für die elterliche Sorge und Unterhaltsansprüche gilt das Kind jedoch als ein nach deutschem Recht Angenommenes (Art. 26 Abs. 1 lit. a, b Konvention, § 3 Abs. 2 Ziff. 2 AdWirkG). Die Bestimmung des auf diese Fragen anwendbaren Rechts gem. Art. 21 bzw. 18 EGBGB bleibt hiervon unberührt.

[29] Z.B. vor Wirksamwerden der Konvention ausgesprochene Adoptionen.

[30] Diese Regel, die schon ohne diese Bestimmung als selbstverständlich aus Art. 22 EGBGB a.F. abgeleitet wurde, ist damit mehr als zuvor in den Hintergrund gedrängt worden.

[31] Hierzu *Schotten*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 1995, Rdnr. 255.

[32] Art. 22 Abs. 1 S. 2 EGBGB i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 EGBGB.

[33] Nun Art. 22 Abs. 1 EGBGB.

[34] Genauer gesagt: gem. Art. 22 (Abs. 1) S. 1 bzw. gem. Art. 22 (Abs. 1) S. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 EGBGB.

[35] Die Wiederholungsadoption mag insbesondere dann attraktiv sein, wenn so gem. Art. 27 Abs. 1 lit. b, Art. 4 lit. c Konvention bzw. § 3 Abs. 1 S. 2 AdWirkG nach dem Heimatrecht des Kindes zwingend erforderliche Zustimmungserfordernisse umgangen werden können (Art. 23 S. 2 EGBGB). Ein solcher Weg ist aber im Anwendungsbereich der Konvention unzulässig (differenzierend: *Steiger*, DNotZ 2002, 206).

[36] Aufgrund des gleichen Zwecks und vergleichbarer Wirkungen (Verschaffen der Wirksamkeit und Wirkungen nach deutschem Recht) müsste das Gericht m.E. schon von Amts wegen den Antrag entsprechend umdeuten und erforderlichenfalls an das nun zuständige Gericht weiterleiten.

Erbfolge voraussetzt (Substitution).[37] Nach der Gegenauffassung bestimmt das Adoptionsstatut auch, ob es zu einem Erbrecht nach dem Annehmenden komme bzw. ob ein solches zu der leiblichen Familie erlösche (*adoptionsrechtliche Qualifikation*).[38] Ist deutsches Recht Erbstatut, kann nun durch Wirkungsfeststellung bzw. Umwandlungsausspruch der Gleichklang zwischen Adoptions- und (deutschem) Erbstatut herbeigeführt werden, sodass es auf diesen Streit nicht mehr ankommt. Bei ausländischem Erbstatut hingegen bleiben die Schwierigkeiten, insbesondere das Substitutionsproblem,[39] folgt man der herrschenden Ansicht, erhalten.

Der neu eingefügte Art. 22 Abs. 3 EGBGB schafft bei Geltung deutschen Erbstatuts auch ohne Wirkungsfeststellung bzw. Umwandlungsausspruch die Möglichkeit, den Angenommenen in Ansehung der Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen einem nach deutschem Recht Angenommenen gleichzustellen.[40] Die Gleichstellungserklärung kann in einem Einzeltestament, einem gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag erfolgen. Ihr kommt gem. §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB aber keine Bindungswirkung zu. Diese ließe sich nur erreichen, indem dem Angenommenen zugleich die gesetzliche oder eine bestimmte Erbquote durch wechselbezügliche oder vertragliche Verfügung zugewandt wird. Der Widerruf der Gleichstellungserklärung hätte dann Folgen nur noch für das Pflichtteilsrecht.

Eine Gleichstellungserklärung ist z.B. zu empfehlen, wenn die Annahme im Ausland nach ausländischem Recht erfolgte, eine Wiederholung der Adoption im Inland aber unterblieb und eine Wirkungsfeststellung bzw. ein Umwandlungsausspruch nun nicht mehr gewünscht ist, z.B. weil der Angenommene mittlerweile erwachsen ist. Die Gleichstellung vermag Streit über die Wirkungen der Adoption nach dem ausländischen Recht zu verhindern. Sie scheidet jedoch aus, wenn der Angenommene im Zeitpunkt der Annahme bereits das 18. Lebensjahr vollendet hatte (Art. 22 Abs. 3 S. 3 EGBGB) bzw. die Adoption sich aus deutscher Sicht als unwirksam herausstellen sollte.[41] In diesem Fall hilft die hilfsweise getroffene Einsetzung als testamentarischer Erbe.

Formulierungsvorschlag für eine Gleichstellungserklärung:

Das Adoptivkind [Name des Angenommenen] von [Name des Annehmenden, soweit nicht mit dem Erblasser identisch] stelle ich für den Fall, dass die Wirkungen der Adoption nach einem ausländischen Recht zu beurteilen sind, in Ansehung der Erbfolge nach meinem Tode einem nach deutschem Recht angenommenen Kinde gleich.

Sollte diese Gleichstellung nicht wirksam sein, setze ich hiermit [Name des Angenommenen] und meine gesetzlichen Erben zu testamentarischen Erben ein. Die Erbquoten entsprechen der gesetzlichen Erbfolge nach meinem Tode in dem Fall, dass [Name des Angenommenen] leibliches Kind von [Name des Annehmenden, soweit nicht mit dem Erblasser identisch] wäre. Dies soll auch [bzw.: nicht] für den Fall gelten, dass die Adoption nicht wirksam ist.

VI. Zusammenfassung

Wesentlicher Zweck der Konvention ist die Schaffung eines Vermittlungsverfahrens für grenzüberschreitende Adoptionen und die Koordination der Behörden des Heimatstaates des Kindes und des Aufnahmestaates. Der Notar wird hier allenfalls zur Beurkundung der Erklärung tätig, mit der die Adoptionswilligen einen Adoptionsvorschlag akzeptieren.

Sollte eine Adoptions im Inland durchgeführt werden, gilt für Adoption und Zustimmungen weiterhin das gem. Art. 22 Abs. 1, 23 EGBGB bestimmte Recht. Die Konvention lässt diesen Bereich unberührt.

Bedeutendste Neuerung für die notarielle Praxis ist die Möglichkeit, Unsicherheiten über Wirksamkeit und Wirkungen im Ausland vorgenommener Adoptionen durch eine Wirkungsfeststellung oder einen Umwandlungsausspruch des Vormundschaftsgerichts, mit dem die Adoption die Wirkungen einer Volladoption nach deutschem Recht erhält, auszuräumen. Die bisher praktizierte Wiederholung einer ausländischen Adoption im Inland wird wohl in der Regel von den Gerichten mangels Rechtsschutzinteresses als unzulässig abgelehnt werden. Auf erbrechtlichem Gebiet kann einem unter Anwendung ausländischen Rechts Angenommenen gem. Art. 22 Abs. 3 EGBGB n.F. durch testamentarische Gleichstellungserklärung die Stellung eines nach deutschem Recht Angenommenen verliehen werden.

---

[37] So wird überwiegend die Leitentscheidung des BGH (BGH NJW 1989, 2197 = FamRZ 1989, 378) ausgelegt: OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1627; KG FamRZ 1988, 434; *von Bar*, Internationales Privatrecht, Band 2, 1991, Rdnr. 383; MüKo/*Birk*, BGB, 3. Aufl. 1998, Art. 25 EGBGB Rdnr. 217; *Staudinger/Dörner*, Neubearb. 2000, Art. 25 EGBGB Rdnr. 169; *Haas* in: *Bengel/Reimann*, Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2001, IX Rdnr. 71; *Staudinger/Henrich*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 64 ff.; *Kropholler*, IPR, S. 422.

[38] Z.B. *Palandt/Heldrich*, BGB, 61. Aufl. 2002, Art. 22 EGBGB Rdnr. 6, Art. 25 Rdnr. 17; *Erman/Hohloch*, 10. Aufl. 2000, Art. 22 EGBGB Rdnr. 19; *Klaus Müller*, NJW 1985, 2060; *Schotten*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, Rdnr. 255; *Soergel/Schurig*, BGB, 12. Aufl. 1996, Art. 25 EGBGB Rdnr. 28 – ebenfalls unter Berufung auf das vorgenannte Urteil des BGH.

[39] Da die Substitution eine Auslegung und damit eine genaue Kenntnis und Analyse des ausländischen Erb- und Kindschaftsrechts erfordert, ist diese Arbeit durch einen deutschen Juristen bei ausländischem Erbstatut nur mit großem Aufwand zu bewerkstelligen.

[40] Das Gesetz unterscheidet: Laut Art. 22 Abs. 3 S. 1 EGBGB gilt dies für die von deutschen Gerichten ausgesprochenen Adoptionen sowie Vertragsadoptionen, deren Wirkungen Art. 23 Abs. 1 und 2 EGBGB unterliegen, laut Art. 22 Abs. 3 S. 2 EGBGB für ausländische Dekretadoptionen (BT-Drs. 14/6011 S. 58).

[41] In Frage käme das Vorliegen eines Grundes für die Versagung der Anerkennung nach § 16a FGG oder ein Fehler, der die Nichtigkeit nach dem ausländischen Recht bewirkt.

Beitreibung von Kostenforderungen durch Streuung von Zwangssicherungshypotheken

zugleich Anmerkung zum Beschluss des Pfälzischen OLG Zweibrücken vom 13. 7. 2001 – 3 W 62/01 –[1]

von Notar *Dr. Wolfram Eckhardt*, München

Aus Anlass des Beschlusses des Pfälzischen OLG Zweibrücken ruft der Beitrag dem Notar die Möglichkeit in Erinnerung, durch die Eintragung von Zwangshypotheken Grundbesitz des Schuldners zu „blockieren" und so Kostenforderungen einzutreiben.

1. Der Entscheidung des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen:

Aufgrund zweier vollstreckbarer notarieller Urkunden wurden aus einem Teilbetrag von DM 15.000,– aus der einen Urkunde und aus einem Teilbetrag von DM 85.000,– aus der anderen Urkunde an vier verschiedenen Grundstücken jeweils Zwangssicherungshypotheken von DM 25.223,63 eingetragen.

Die Zwangssicherungshypotheken waren auf Anregung gemäß § 53 Abs. 1 S. 2 GBO als „nach ihrem Inhalt unzulässig" von Amts wegen zu löschen. Eine Eintragung ist inhaltlich unzulässig, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann (*Demharter*, GBO, 23. Aufl. 2000, Rdnr. 42 zu § 53 GBO; BayObLG Rpfleger 1986, 371).

Die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung ergab sich aus der mangelnden, i.S. von §§ 1113, 1115 BGB erforderlichen, Bestimmtheit der den dinglichen Rechten zu Grunde liegenden Forderungen. Die Individualisierung der gesicherten Forderung muss nach Auffassung des OLG unverwechselbar gewährleistet sein. Es müsse völlig zweifelsfrei sein, welche Forderung aus welchem Titel auf welchem Grundstück gesichert werden solle. Nur so lasse sich später feststellen, welche Zahlung welche Hypothek tilge. Komme es etwa zu einer Teilzahlung oder solle eine der gesicherten Forderungen teilweise abgetreten oder gepfändet werden, könne der hiervon betroffene Teil der Zwangshypothek nicht bestimmt werden.

Das OLG befindet sich mit seiner Entscheidung in Übereinstimmung mit der h. M. in Rechtsprechung und Literatur, sodass im Übrigen auf die Entscheidungsgründe verwiesen werden kann.

2. Die Entscheidung mag aber Anlass für den Notar sein, das Rechtsinstitut Zwangshypothek bei der im Allgemeinen unbeliebten Vollstreckung seiner eigenen Kostenforderungen bewusst einzusetzen. Denn die Zwangshypothek ist für den Kostenschuldner der sprichwörtliche „Stachel im Fleisch". Da der Notar auf der einen Seite regelmäßig gute Kenntnis vom Grundbesitz des Kostenschuldners hat, auf der anderen Seite er sich selbst eine Vollstreckungsklausel für seine Kostenforderung erteilen darf (§ 155 KostO), hat er gegenüber den meisten Gläubigern des Kostenschuldners einen erheblichen Informations- und Zeitvorsprung.

a) Da nach § 155 S. 1, 2. Hs. KostO die Bestimmung des § 798 ZPO entsprechend gilt, muss die vollstreckbare Kostenrechnung dem Kostenschuldner zugestellt werden und eine Frist von zwei Wochen vergangen sein, die in der Praxis regelmäßig mehr oder weniger schon verstrichen ist, wenn der Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung mit Zustellungsnachweis (und seiner Rechnung) dem Notar zurückschickt.

Aus taktischen Gründen empfiehlt sich bei sonstigen Vollstreckungsmaßnahmen, insbesondere bei einer Sachpfändung, die isolierte Zustellung, also der Zustellungsauftrag an den Gerichtsvollzieher, der nicht mit einem Pfändungsauftrag verbunden ist. Denn die Zustellung wird regelmäßig vom Postbeamten (§ 193 ZPO), der dem Schuldner nichts pfänden will, durchgeführt (vgl. *Heussen/Fraulob/Bachmann*, Zwangsvollstreckung für Anfänger, 6. Aufl. 1999, Rdnr. 59).

b) Die Zwangssicherungshypothek verschafft dem Gläubiger zunächst keine Befriedigung, sondern nur eine gewisse dingliche Sicherung als Grundpfandrechtsgläubiger. Nach § 867 Abs. 1 S. 2 ZPO entsteht sie mit der Eintragung im Grundbuch und wahrt dadurch den grundbuchrechtlichen Rang (§ 879 BGB). Ist die Zwangssicherungshypothek eingetragen, so führt dies gemäß § 867 Abs. 3 ZPO seit dem 1.1.1999 zur Entbehrlichkeit eines dinglichen Duldungstitels i.S. von § 1147 BGB für die Zwangsversteigerung. Es genügt der vollstreckbare Schuldtitel, auf dem gemäß § 867 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. ZPO die Eintragung einer Sicherungshypothek vermerkt ist.

c) Vorteil der Eintragung einer Zwangshypothek ist zum einen, dass der Gläubiger aufgrund seiner dinglich gesicherten Rechtsposition abwarten kann, bis der Schuldner finanziell wieder besser gestellt ist, zum anderen, dass im Rahmen eines freihändigen Verkaufs der Schuldner auf den Gläubiger wegen einer Löschung der Zwangshypothek zukommen muss. Um einen solchen freihändigen Verkauf wird sich der Schuldner bis zuletzt bemühen, um einen höheren Kaufpreis als in einer Versteigerung zu erzielen (vgl. *Heussen/Fraulob/Bachmann*, a.a.O., Rdnr. 261).

d) Bei dem formlos möglichen Antrag (§§ 13, 30 GBO) an das Grundbuchamt, in dessen Bezirk sich das Grundstück befindet, sind einige häufige Fehler zu vermeiden:

Es gilt das Verbot der Gesamthypothek (§ 1132 BGB; vgl. hierzu *Thomas/Putzo*, ZPO, 22. Aufl. 1999, Rdnr. 15 zu § 867 ZPO):

Sollen mehrere Grundstücke des Schuldners mit der Hypothek belastet werden, so ist gemäß § 867 Abs. 2 S. 1 ZPO der Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen. Die Größe der Teile bestimmt der Gläubiger, wobei aber gemäß § 867 Abs. 2 S. 2, 2. Hs. ZPO der Mindestbetrag des § 866 Abs. 3 S. 1 ZPO entsprechend gilt.

Bei einer größeren Kostenforderung ist es also möglich, durch Verteilung der Forderung auf alle Grundstücke des Kostenschuldners dessen Grundbesitz zu „blockieren". Noch nach

[1] In diesem Heft, S. 124.

Jahren wird der Gläubiger nicht vergessen (auch wenn dieser die Forderung selbst schon vergessen haben sollte) und von einem freihändigen Verkauf regelmäßig unterrichtet.

Häufig kann man den Fall beobachten, dass mit einem gegen Ehegatten als Gesamtschuldner erwirkten Urteil eine Zwangssicherungshypothek an einem im Miteigentum zu je 1/2 stehenden Grundstück beantragt wird.

In der älteren Rechtsprechung und Literatur (vgl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 2, 356; *Balser/Bögner*, Vollstreckung im Grundbuch, 5. Aufl. 1979, S. 17) wurde dieses Vorgehen als unbedenklich angesehen. Eine einzige Zwangshypothek sollte danach als Gesamthypothek an dem Grundstück eingetragen werden können.

In der neueren Literatur wird empfohlen, die Forderung auch in diesem Fall zu verteilen und zwei Zwangssicherungshypotheken (für jeden 1/2-Anteil gesondert) zu beantragen (*Heussen/Fraulob/Bachmann*, a.a.O., Rdnr. 269).

Das sich aus § 867 Abs. 2 S. 1 ZPO ergebende Verbot der Gesamthypothek gilt auch für Miteigentumsanteile (*Thomas/Putzo*, a.a.O., Rdnr. 15 zu § 867 ZPO). Nach § 864 Abs. 2 ZPO ist u.a. die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks nur zulässig, wenn der Bruchteil in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (vgl. *Thomas/Putzo*, a.a.O., Rdnr. 6 zu § 864 ZPO).

3. Die Entscheidung des OLG Zweibrücken mag den Blick dafür schärfen, dass bei der Beitreibung einer Kostenforderung in erster Linie an eine Zwangshypothek gedacht werden sollte. Sachpfändungen haben heute nur noch in zwei bis drei Prozent der Fälle Erfolg (vgl. *Behr*, Rpfleger 1981, 422; *Heussen/Fraulob/Bachmann*, a.a.O., Rdnr. 149).

Organisation und Berufsrecht der Notare in Frankreich

von Notarassessorin *Dr. Helene Förtig*, München

Die nachfolgenden Ausführungen geben einen kurzen Überblick über die berufsrechtlichen Rahmenbedingungen der Tätigkeit der Notare in Frankreich. Erörtert werden in diesem Zusammenhang neben den Möglichkeiten der Organisation einer Notarstelle, der Ausbildung zum Notar und zum Notarangestellten insbesondere auch berufsständische Organisationen, Aufsicht und Vertretung von Notaren.

1. Allgemeines

Das Notariat in Frankreich hat eine lange Geschichte und geht in seiner jetzigen Form zurück auf das *loi du 25 ventôse an XI* (Gesetz vom 16. März 1803), das seither durch verschiedene Gesetze und Verordnungen ergänzt und geändert wurde, aber im Grundsatz noch immer gilt.

Die Notare in Frankreich sind Nurnotare. Ebenso wie die deutschen Nurnotare sind sie freiberuflich und auf eigene Rechnung tätig, üben aber ein öffentliches Amt aus. Deshalb stehen sie unter staatlicher Aufsicht, die Zahl der Notarstellen in Frankreich ist staatlich vorgegeben[1] und jeder Notar muss vom Justizminister ernannt und gerichtlich vereidigt werden.

Jeder Notar hat einen festen Amtssitz. Mit Genehmigung des Justizministeriums kann er jedoch auswärtige Geschäftsstellen unterhalten. Seit 1986 kann jeder Notar in ganz Zentralfrankreich und den *départements d'outre-mer* wirksam Beurkundungen vornehmen.

Aufgaben der Notare sind die Erstellung und Beurkundung von Verträgen sowie die rechtliche Beratung der Bevölkerung. Die Notare sind ebenso wie in Deutschland zur Neutralität verpflichtet.

Eine Beurkundungspflicht besteht im Bereich des Grundstücksrechts (alles betreffend, was im *bureau de la conservation des hypothèques*, dem französischen Grundstücks- und Hypothekenregister[2] registriert werden muss) sowie bei Schenkungen, öffentlichen Testamenten und Eheverträgen. Gesellschaftsrechtliche Verträge sind nicht beurkundungspflichtig und werden zu einem großen Teil von Anwälten erstellt. Der Tätigkeitsschwerpunkt französischer Notare liegt dementsprechend beim Grundstücksrecht. Vergleichsweise häufiger als bei uns werden aber auch nicht beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte (z. B. Unternehmenskaufverträge, Mietverträge etc.) vom Notar vorbereitet und beurkundet. Die französischen Notare erstellen so jedes Jahr über vier Millionen Urkunden.

Am 31.1.2000 gab es in Frankreich (einschließlich der *départements d'outre-mer*) 4.551 Notariate mit insgesamt 7.714 Notaren[3]. Aufgrund des Wandels der Bevölkerungsstruktur seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts passte die ursprünglich im Jahr 1816 festgelegte Verteilung der Notariate nicht mehr, sodass eine Umstrukturierung erforderlich war. Zu diesem Zweck wurde 1986[4] die *CLON (commission de localisation des offices des notaires)* geschaffen, die aus drei Notaren, einem Notarangestellten, zwei Richtern und zwei Ministerialbeamten besteht und dem Justizminister Vorschläge und Empfehlungen hinsichtlich der Neuverteilung der Notarstellen gibt. Auf Initiative dieser Kommission wurden von 1990 bis 2000 128 neue Notarstellen besetzt und weitere 193 Notarstellen ausgeschrieben.

Sonderregeln gelten für die Notare in Elsass-Lothringen und für die *territoires d'outre-mer*[5], während in den *départements d'outre-mer* die üblichen Regeln Anwendung finden.

---

[1] Zu der Besonderheit der *sociétés civiles professionnelles* vgl. u.

[2] Genauer zum französischen Immobilienrecht und insbesondere zum dortigen Registerwesen *Frank* in MittBayNot 2001, S. 39 ff.

[3] Davon 1.113 Notarinnen, was einem Frauenanteil von ca. 14 % entspricht.

[4] *Décret n° 86-728 du 29 avril 1986 modifiant le décret n°71-942 du 26 novembre 1971.*

[5] In den sogenannten *TOM* werden die Aufgaben der Notare üblicherweise durch die Geschäftsstellen der Gerichte erfüllt. Eine Ausnahme hiervon bilden Neukaledonien und Polynesien. Dort gibt es Notare, für die (z. B. im Hinblick auf die Amtsnachfolge) Sonderregeln gelten.

2. Formen der Berufsausübung, insbesondere Notargesellschaften

Notare können in Frankreich ein Einzelamt führen, sich zu Gesellschaften zusammenschließen oder als angestellte Notare arbeiten.

a. Einzelämter

Bei Einzelämtern gibt es keine Besonderheiten. Der jeweilige Notar ist – ebenso wie in Deutschland – selbst Amtsinhaber.

b. Sozietäten

Anders als in Deutschland gibt es in Frankreich nicht nur die selten genutzte Möglichkeit, dass sich mehrere Amtsinhaber zu einer Gesellschaft *(société de notaires)* oder einer Bürogemeinschaft *(société civile de moyens)* zusammenschließen, sondern zusätzlich die Option, dass die Gesellschaft selbst Amtsinhaberin ist.

Theoretisch kann für Letzteres seit 1993 jede Gesellschaftsform gewählt werden, auch die einer *SARL* (GmbH); *SA* (AG) oder s*ociété en commandite par actions* (KGaA). Praktisch relevant ist aber eigentlich nur die *société civile professionnelle (SCP)*, eine Art Gesellschaft bürgerlichen Rechts für Freiberufler mit eigener Rechtspersönlichkeit. Am 31.1.2000 gab es 2.357 Gesellschaften dieser Art, in denen 5.387 der insgesamt 7.714 Notare in Frankreich arbeiteten. Die Bedeutung dieser Organisationsform ist also sehr groß.

Das Amt liegt bei diesen *SCP* bei der Gesellschaft. Es wird eine gemeinsame Urkundenrolle geführt, beim Verweis auf Urkunden wird jedoch der betreffende Notar genannt[6]. Die Notare haben zwar jeweils ihr eigenes Siegel, sie sind aber für die Gesellschaft tätig und müssen dies in Urkunden, im Briefkopf u. ä. angeben[7]. Zahl der Gesellschafter, Organisation der Gesellschaft, Geschäftsführung, Gewinnverteilung etc. werden durch den Gesellschaftsvertrag im Rahmen der Gesetze frei festgelegt. Jede Abtretung von Gesellschaftsanteilen muss von allen Mitgesellschaftern genehmigt und dem *procureur de la République*[8] angezeigt werden. Eine Abtretung an Dritte ist zudem nur unter der aufschiebenden Bedingung möglich, dass der neue Gesellschafter vom Justizminister zum Notar ernannt wird (zu den Voraussetzungen hierfür siehe 3.).

c. angestellte Notare

Seit 31.12.1990 besteht die Möglichkeit, als angestellter Notar *(notaire salarié)* im Amt eines anderen oder in einer *SCP* zu arbeiten. Diese Option ist für diejenigen Amtsanwärter gedacht, die es sich nicht leisten können, ein Amt zu übernehmen oder sich in eine Sozietät einzukaufen. Der angestellte Notar wird vom Justizminister ernannt, ist Arbeitnehmer und erhält von seinem Arbeitgeber ein festes Gehalt. Im Januar 2000 gab es in Frankreich 131 angestellte Notare, davon 74 Frauen.

3. Voraussetzungen für die Ernennung zum Notar

Die Voraussetzungen für die Ernennung zum Notar wurden 1973 umfassend neu geregelt. Erforderlich ist demnach[9]:

1) französische Staatsangehörigkeit
2) keine Vorstrafen wegen Straftaten gegen die Ehre, die Redlichkeit oder die guten Sitten
3) keine Handlungen, die Anlass zur Amtentziehung, zu disziplinären Maßnahmen o. ä. bieten würden
4) keine Insolvenz
5) *maîtrise en droit* (Abschlussexamen nach mindestens vierjährigem Jurastudium) oder gleichgestelltes Examen
6) je nach Ausbildungsweg: *diplôme d'aptitude aux fonctions de notaire* und Praktikumsnachweis *(certificat de fin de stage)* oder *diplôme supérieur du notariat*.

Im Regelfall erfolgt die Ausbildung zum Notar nach der *maîtrise* durch die Ableistung eines mindestens zweijährigen Praktikums, wovon insgesamt sechs Monate auch in anderen juristischen Berufen oder im Ausland abgeleistet werden können.

Dabei gibt es zwei Ausbildungswege, die gleichberechtigt nebeneinander stehen: die universitäre Ausbildung *(voie universitaire)* und die kostenpflichtige Ausbildung durch vom Berufsstand organisierte Ausbildungszentren[10] *(voie professionnelle)*. Voraussetzung für die Zulassung zum zweijährigen Praktikum ist je nach Ausbildungsweg zusätzlich zur *maîtrise* entweder ein Diplom[11], das man an der Universität nach neunmonatiger Zusatzausbildung erwirbt, oder ein entsprechendes Examen nach einjähriger Ausbildung durch die Ausbildungszentren.

Während des Praktikums ist der *notaire stagiaire* bei beiden Varianten bei einem Notar angestellt und arbeitet dort. Daneben besucht er entweder an der Universität oder am Ausbildungszentrum begleitende Kurse. Bei der universitären Ausbildung werden zudem halbjährlich Prüfungen zu bestimmten Ausbildungsschwerpunkten (Immobilienrecht, Familienrecht, Gesellschaftsrecht, Grundstücksübertragung) abgehalten.

Am Ende des Praktikums erhält man bei der universitären Ausbildung das *diplôme supérieur du notariat (DSN)*, bei der Ausbildung durch die Ausbildungszentren des Berufsstandes hat man ein mündliches Examen abzuleisten. Vor der Ernennung, aber nicht notwendigerweise in direktem zeitlichen Zusammenhang mit der Ausbildung, muss der angehende Notar, der sich dann *notaire assistant* nennen darf, zudem eine Abhandlung von ca. 80 Seiten zu einem selbst gewählten Thema schreiben, dann kann er sich auf die Suche nach einem geeigneten Amt machen.

Daneben gibt es zwei in der Praxis selten genutzte Sonderformen des Zugangs zum Notarberuf. Der erste Weg *(recrutement externe)*[12] ist für Juristen bestimmt, die bisher in anderen Bereichen tätig waren. Sie benötigen die oben unter 6) genannten Diplome nicht, wenn sie eine bestimmte Zeit (mindestens 1 Jahr) im Notariat gearbeitet haben und eine Prüfung bestehen.

---

[6] Die Verweisung unter Bezugnahme auf Urkundenrollennummern ist unüblich, zitiert werden stets nur der Notar und das Datum sowie der Gegenstand der betreffenden Urkunde.

[7] Bsp: «*Maître x, membre de la Société dénommée ‹x, y et z, notaires associés d'une Société Civile Professionnelle titulaire d'un Office Notarial› à la résidence de Saint-Paul, Réunion, 2, rue Evariste de Parny.*»

[8] Eine Art Landesanwalt beim *tribunal de grande instance*, welches mit dem deutschen Landgericht vergleichbar ist.

[9] Art. 3 décret n° 73-609 du 5 juillet 1973.

[10] *Centres de formation professionnelle.*

[11] *Diplôme d'études supérieures spécialisées de droit notarial (DESSN).*

[12] Art. 4, 5 décret n°73-609 du 5 juillet1973.

Der zweite *(recrutement interne)*[13] eröffnet Notarfachangestellten, die das Examen als *premier clerc*[14] (vgl. hierzu 5.) bestanden haben, die Möglichkeit, auch ohne Jurastudium und ohne die vorbeschriebene Ausbildung Notar zu werden, wenn sie mindestens neun Jahre im Notariat und mindestens sechs Jahre davon als *premier clerc* tätig waren und eine Prüfung bestehen.

Ein Amtsanwärter, der diese Voraussetzungen erfüllt, kann sich in eine Sozietät einkaufen oder ein Einzelamt übernehmen. Üblicherweise hat dabei der bisherige Amtsinhaber bzw. Gesellschafter einer *SCP* ein Vorschlagsrecht *(droit de présentation)* hinsichtlich des Amtsnachfolgers bzw. des neuen Gesellschafters[15]. Der neue Notar muss ihm das Amt bzw. die Gesellschaftsanteile zu einem üblicherweise sehr hohen Preis abkaufen[16]. Das französische Notariat wurde hierfür vielfach kritisiert, weil der Kauf der Ämter nach Ansicht der Kritiker dazu führt, dass Vermögen und nicht Qualifikation ausschlaggebend für die Amtsnachfolge ist. Nicht zuletzt um dieser Kritik zu begegnen wurde 1990 die Möglichkeit geschaffen, als angestellter Notar zu arbeiten.

Die Amtsübernahme oder der Eintritt in eine Sozietät ist stets von der Ernennung durch den Justizminister abhängig. Die Beteiligten müssen hierfür ein Verfahren[17] einleiten, das bis zu einem Jahr dauert und in dem vom *procureur de la République*[18] des zuständigen *tribunal de grande instance*, der zuständigen Kammer und dem Ministerium die Voraussetzungen der Berufszulassung und der Kaufvertrag, insbesondere aber die finanziellen Verhältnisse des Erwerbers geprüft werden. Hierfür müssen nicht nur die Nachweise über die Voraussetzungen für die Zulassung zum Notariat, der Übernahmevertrag und ggf. der Antrag auf Pensionierung des bisherigen Amtsinhabers vorgelegt werden, sondern auch genaue Angaben über die Preisfindung (insb. die Steuererklärungen des Notariats für die letzten fünf Jahre) und bei *SCP* der Gesellschaftsvertrag. Wenn der angehende Notar zur Finanzierung des Kaufpreises ein Darlehen aufnehmen muss, was die Regel ist, muss zudem ein Finanzierungsplan eingereicht werden, aus dem hervorgeht, dass der Erwerber die Schulden in Anbetracht der aus dem Notariat zu erwartenden Einkünfte zurückzahlen kann und eine Überschuldung nicht zu befürchten ist.

Bei der Einstellung eines angestellten Notars muss neben den Voraussetzungen für die Berufszulassung der Arbeitsvertrag vorgelegt werden.

Nach der Ernennung durch den Justizminister hat der Notar den Amtseid[19] bei Gericht zu leisten und dort Unterschrift und Paraphe zu hinterlegen, bevor er seine erste Beurkundung vornimmt. Zudem muss er eine Sicherheitsleistung in Höhe von ca. 1–2 % des Kaufpreises erbringen, die ihm bei Amtsende erstattet wird.

4. Amtsende

Das Amt endet mit Amtsenthebung, Amtsaufgabe oder Tod des Notars.

Eine Amtsaufgabe ist jederzeit möglich und relativ häufig, da bei einem Amtswechsel zuerst das alte Amt aufgegeben werden muss, bevor eine Wiederernennung im neuen Amt erfolgt. Wer jedoch zwischenzeitlich länger als zwei Jahre nicht als Notar gearbeitet hat, muss vor seiner Wiederernennung erneut eine Prüfung machen.

Eine Altersgrenze für Notare besteht nur in Elsass-Lothringen. Dort liegt sie bei 70 Jahren. Im übrigen Frankreich können Notare unbegrenzt amtieren. Da mit 65 Jahren ein Rentenanspruch besteht, ist es jedoch üblich, mit diesem Alter das Amt aufzugeben.

Nach Amtsende wird das Siegel des Notars bei der Kammer abgegeben und dort zerstört.

5. Personal

Die Notarangestellten werden grundsätzlich von dem einzelnen Notar oder der *SCP* eingestellt. Eine der Notarkasse entsprechende Einrichtung gibt es in Frankreich nicht.

Unter den Angestellten gibt es den Bürovorsteher *(principal clerc)*, die sonstigen Fachangestellten *(clercs)*, sowie Bürokräfte etc. Buchhaltung und Kasse haben eine sehr viel größere Bedeutung als in Deutschland, da praktisch alle Zahlungen (sowohl Notargebühren als auch Kaufpreis sowie staatliche Gebühren und Steuern) sofort nach der Beurkundung beim Notar gezahlt werden, der Steuern, Eintragungsgebühren und Kaufpreis dann weiterleitet. Daneben können *notaires stagiaires* oder *notaires associés* angestellt sein, die ähnliche Aufgaben wahrnehmen wie deutsche Notarassessoren, aber nicht vertreten.

Die Ausbildung der Fachangestellten erfolgt durch spezielle Notariatsschulen *(écoles de notariat)*, die vom Berufsstand organisiert und finanziert werden[20]. Zulassungsvoraussetzung ist entweder das Abitur oder das Bestehen einer Aufnahmeprüfung. Nach zweijähriger Ausbildung erwirbt man das *diplôme de premier cycle de l'école de notariat* und kann damit ein Jurastudium aufnehmen, die Ausbildung beenden oder weitere zwei Jahre an der Schule bleiben, um das Examen als *premier clerc* zu machen. Zudem können sich die Angestellten in bestimmten Bereichen[21] spezialisieren und es werden ihnen Fortbildungen durch das *institut national de formation notariale (INAFON)* und dessen Zweigstellen angeboten.

Angestellten, die die Prüfung als *premier clerc* oder eine der unter 3. 6) genannten Prüfungen bestanden haben oder sechs Jahre Berufserfahrung haben, kann das Recht verliehen werden, Beurkundungen (mit Ausnahme der sogenannten *actes solennels*, das sind Urkunden, die die Anwesenheit eines zweiten Notars oder zweier Zeugen erfordern, insbesondere

---

[13] Art. 7 décret n°73-609 du 5 juillet1973.

[14] Etwa vergleichbar der Inspektorenprüfung im Ausbildungssystem der Notarkasse.

[15] Ausnahmen gelten für Elsass-Lothringen, wo der Amtsnachfolger ähnlich wie beim deutschen System von einer Kommission aus Notaren und Verwaltungsbeamten nach Dienstalter und Qualifikation der Kandidaten bestimmt wird, und nach Amtsenthebung oder für eine neugeschaffene Stelle, wo die Ämtervergabe nach *concours* erfolgt, d. h. das Amt wird ausgeschrieben und nach einer Prüfung an den Bewerber mit den besten Noten vergeben.

[16] Meist in etwa doppelter (ggf. anteiliger) Jahresgewinn, i.d.R. zwischen 150.000 und 750.000 €.

[17] Geregelt in den Art. 44 ff. décret n°73-609 du 5 juillet1973.

[18] Vgl. Fußnote 8.

[19] *«Je jure de loyalement remplir mes fonctions avec exactitude et probité, et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent.»*

[20] Die Ausbildung ist in den Art. 75 ff. décret n°73-609 du 5 juillet 1973 geregelt.

[21] *Droit de l'entreprise agricole* (landwirtschaftliche Unternehmen), *gestion de patrimoine* (Vermögensverwaltung) und *droit des affaires* (Handelsrecht).

Testamente) vorzunehmen und beglaubigte Abschriften zu erteilen. Wenn ein solcher *clerc habilité* beurkundet, liest er den Beteiligten die Urkunde vor und sie unterschreiben in seiner Gegenwart. Im Anschluss (aber nicht notwendigerweise in Gegenwart der Beteiligten) muss die Urkunde vom *clerc habilité* und vom Notar unterschrieben werden. Sie ist jedoch erst mit der Unterschrift des Notars gültig.

6. Berufsständische Organisationen

a. Generalversammlung

Zweimal jährlich im Mai und November halten alle Notare eines *départements* eine Generalversammlung ab, bei der Anwesenheitspflicht besteht. Hauptaufgaben der Generalversammlungen sind die Wahl der Mitglieder von Kammer und Regionalrat, die Abstimmung über den Haushalt und die Diskussion aktueller Probleme.

b. Kammer

Die berufsständische Organisation auf Départementebene ist die *chambre* (Kammer).

Sie besteht aus fünf bis 27 ehrenamtlichen Notaren, die jeweils für drei Jahre gewählt werden und von denen jedes Jahr bei der Generalversammlung im Mai je ein Drittel ausgetauscht wird. Die Mitglieder der Kammer wählen unter sich einen Präsidenten, einen oder mehrere Verwalter *(syndics)*, einen Berichterstatter, einen Protokollführer und einen Schatzmeister.

Aufgaben der Kammer sind insbesondere:

- Etablierung von Standesregeln
- Disziplinarmaßnahmen
- Schlichtung bei Konflikten zwischen Notaren
- Bearbeitung von Beschwerden gegen Notare
- Kostenprüfung (gemeinsam mit dem Regionalrat)
- Stellungnahmen zu Haftungsfragen
- Stellungnahmen zu Neuernennungen von Notaren, Neuschaffung, Verlegung und Auflösung von Notarstellen sowie bei Ernennungen zu Ehrenämtern
- Verwaltung und Erstellung des Kammerhaushalts
- Entscheidung über Anträge auf Gebührenerlass
- Bildung eines gemeinsamen Ausschusses zu Problemen der Notarangestellten
- Schaffung und Ausbau des französischen Notarnetzes *(REAL)*, Verbesserung der Computerausstattung der Notariate.

c. Regionalrat

Zudem existiert grundsätzlich bei jedem *cour d'appel*[22] ein *conseil régional* (Regionalrat)[23]. Er besteht aus den Präsidenten der dazugehörigen Kammern und 1–4 weiteren Notaren pro Kammerbezirk. Auch der Regionalrat wird von einem Präsidenten, einem Stellvertreter, einem Schriftführer und einem Schatzmeister geleitet, die jeweils von den Mitgliedern gewählt werden.

Seine Aufgaben sind:

- Interessenvertretung der Notare im Gerichtsbezirk
- Schlichtung bei Konflikten zwischen Kammern oder Notaren verschiedener *départements*
- Stellungnahme zu den Standesregeln der Kammern
- Festlegung überregionaler Standesregeln
- Vorschläge hinsichtlich der Veränderungen bei Notarstellen im jeweiligen Bezirk
- Ernennung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der regionalen Garantiekasse[24].

d. Oberster Rat

Die oberste Organisation der Notare in Frankreich ist der Oberste Rat *(conseil supérieur du notariat)* in Paris. Dorthin entsendet jeder Regionalrat unter Mitwirkung der dazugehörigen Kammern ein Mitglied.

Der *conseil supérieur* versammelt sich mindestens 3-mal jährlich. Er wird von einem siebenköpfigen Gremium geleitet, zu dem insbesondere ein Präsident, zwei Vizepräsidenten, ein Schatzmeister und ein Schriftführer gehören und das alle zwei Jahre neu gewählt wird. Der Präsident und die beiden Vizepräsidenten treffen sich sehr häufig, in der Regel 2–3-mal pro Woche.

Zu den Aufgaben des Obersten Rates gehören:

- Repräsentation und Interessenvertretung des Berufsstandes
- Stellungnahmen an das Justizministerium
- Streitschlichtung zwischen Kammern und Notaren, die zu unterschiedlichen Regionalräten gehören
- Festlegung nationaler Standesregeln
- Organisation der Aufsicht über die Notare
- Vorschläge hinsichtlich der Veränderungen der Notarstellen
- zudem hat er dem DNotI ähnliche Institute gegründet, die notarielle Rechtsfragen bearbeiten.

e. Garantiekassen

Die Haftpflichtversicherung für die Notare wird in Frankreich ähnlich wie in Bayern zentral als Gruppenversicherung vom *conseil supérieur* abgeschlossen, der die Kosten hierfür mit den Kammerbeiträgen einzieht.

Für vorsätzliche Amtspflichtverletzungen, für die die Versicherung nicht einsteht, existiert zudem bei jedem *cour d'appel* eine *caisse de garantie* (Garantiekasse), die sich aus Beiträgen der Notare finanziert. Sie wird von einem Verwaltungsrat geleitet, dessen Vorsitzender der Präsident des jeweiligen Regionalrats ist. Auf nationaler Ebene existiert eine zentrale Garantiekasse (*caisse centrale de garantie)* in Paris, die ihrerseits dem *conseil supérieur* untersteht. Sie übernimmt die Verwaltung der von den Garantiekassen eingezogenen Gelder und unterstützt und berät diese bei Schadenfällen.

7. Aufsicht

Aufsichtsbehörde für die französischen Notare ist der jeweils für deren Amtsbezirk zuständige *procureur de la République.*

Die einmal jährlich stattfindenden Amtsprüfungen werden jedoch von der Kammer organisiert. Prüfer sind dabei jeweils ein Notar aus einer anderen Region und ein Kostenprüfer. Sie werden aus von den Regionalräten und dem *conseil supérieur* erstellten Listen ausgewählt. Darüber hinaus können aus besonderem Anlass von den berufsständischen Organisationen, dem *procureur de la République* oder dem Justizminister außerordentliche Prüfungen angeordnet werden.

Über die Prüfungen wird stets ein Bericht für die Kammer angefertigt. Der Präsident der Kammer gibt dann eine zusam-

---

[22] Berufungsgericht, entspricht in etwa dem deutschen Oberlandesgericht.

[23] Ausnahmen bilden Paris und die *départements d'outre-mer*; in Letzteren übernimmt die Kammer gleichzeitig die Aufgaben des Regionalrats.

[24] Vgl. dazu unten e.

menfassende Stellungnahme über die Prüfungen an den *procureur de la République* weiter. Wenn die Prüfer Unregelmäßigkeiten feststellen, müssen sie diese zudem unverzüglich der Kammer und dem *procureur de la République* melden.

Der Kammer stehen als Sanktion bei Amtspflichtverstößen ihrer Mitglieder lediglich Ermahnungen unterschiedlicher Schärfe zur Verfügung, darunter als schärfste Sanktion die öffentliche Ermahnung in der Kammerversammlung. Das *tribunal de grande instance* kann neben der Missbilligung ein befristetes Berufsverbot und im schlimmsten Fall die Amtsenthebung anordnen. Auch eine vorläufige Amtsenthebung während eines laufenden Verfahrens ist möglich. Ferner kann für die Dauer von bis zu zehn Jahren die Wählbarkeit in berufsständische Organisationen aberkannt werden. Bei befristetem Berufsverbot und Amtsenthebung entfällt die Wählbarkeit automatisch auf Dauer. Außerdem kann die Garantiekasse einen Beistand (meist einen Notar a. D.) benennen, wenn bei einer Amtsprüfung Unregelmäßigkeiten festgestellt worden sind. Dieser überwacht und berät dann den betroffenen Notar.

8. Verhältnis der Notare untereinander und Vertretung

Das Verhältnis der Notare untereinander ist durch die Standesregeln festgelegt. Demnach sind sie untereinander zu loyalem Verhalten und zu Rat und Unterstützung verpflichtet. Ein Notar darf Dritten gegenüber seine Kollegen und deren Urkunden nicht bewerten, ist aber verpflichtet, die Kollegen auf Fehler hinzuweisen, wenn sie ihm auffallen. Alle Notare haben sowohl beruflich als auch privat jedes Verhalten zu unterlassen, das dem Ansehen des Berufsstands schaden könnte. Sie dürfen nicht werben und keine Gebührenermäßigungen gewähren. Kommt es dennoch zu Streitigkeiten zwischen Notaren, ist es primär Sache des Kammerpräsidenten, zu vermitteln.

Ist ein Notar kurzfristig an der Amtstätigkeit gehindert, kann er von einem Kollegen vertreten werden *(substitution)*. Die Notare sind grundsätzlich verpflichtet, solche Vertretungen unentgeltlich zu übernehmen. Die Urkunden werden dann in der Urkundenrolle beider Notare geführt, die Originale werden vom vertretenen Notar verwahrt.

Bei Todesfällen, Amtsaufgabe, längerer Krankheit o. ä. kann vom *tribunal de grande instance* entweder ein anderer (auch ehemaliger) Notar oder jemand, der die Voraussetzungen zur Bestellung als Notar erfüllt, zum Verwalter *(suppléant)* bestellt werden. Die Verwaltung dauert in der Regel ein Jahr. Der Verwalter hat ein eigenes Siegel, die Einnahmen werden (außer in Elsass-Lothringen, wo sie voll an den Verwalter gehen) zwischen dem alten Amtsinhaber und dem Verwalter geteilt. Bei vorläufiger oder endgültiger Amtsenthebung wird ebenfalls ein Verwalter bestellt, für den grundsätzlich dieselben Regeln gelten wie für den *suppléant*. Er wird aber *„administrateur“* genannt und erhält den gesamten Gewinn; ein eventueller Verlust wird von den Standesorganisationen getragen.

9. Schlussbemerkung

Ebenso wie im materiellen Recht bestehen im notariellen Berufsrecht Frankreichs einerseits starke Parallelen zum deutschen System, während andererseits enorme Unterschiede festzustellen sind.

Für mich war die Möglichkeit, durch ein Praktikum Einblick in dieses andere System zu bekommen, eine große Bereicherung, da man dadurch nicht nur seine Sprachkenntnisse verbessert, sondern auch andere Gestaltungsmöglichkeiten kennen lernt und Stärken und Schwächen unseres Systems entdeckt. Daher möchte ich an dieser Stelle der Landesnotarkammer Bayern, den Notaren Dr. Döhner und Buchmaier, Dr. Beck und Dr. Eckhardt sowie der *Office Notarial de Saint Paul (La Réunion)* vielmals dafür danken, dass sie dies ermöglicht haben[25].

Anderen Assessoren kann ich nur empfehlen, von der Möglichkeit, ein Auslandspraktikum zu machen, Gebrauch zu machen.

---

[25] *J’aimerais remercier tous les notaires et clercs de l’Office Notarial de Saint Paul (La Réunion) qui non seulement m’ont donné l’opportunité de faire un stage chez eux mais qui étaient aussi toujours ouverts à mes questions et qui m’ont tout expliqué. Ce sont surtout leurs informations sur lesquelles est basé cet article.*

TAGUNGSBERICHT

Ein Vertragsrecht für Europa?

Bericht über die Tagung der Gesellschaft für Europäisches Schuldvertragsrecht in Leuven vom 30.11. bis 1.12.2001 zum Thema „Kommissionsmitteilung zum Europäischen Vertragsrecht“

Von Notar *Dr. Stefan Bandel*, Deggendorf, Notar *Falko Bode*, Fürth, und Notarassessor *Dr. Hartmut Wicke*, LL.M., Weilheim i. Obb.

Die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht vom 11.7.2001 war Gegenstand einer hochkarätig besetzten Tagung der Gesellschaft für Europäisches Schuldvertragsrecht[1] und des Zentrums für ein gemeines europäisches Recht der katholischen Universität Leuven, die am 30. November und 1. Dezember in Leuven stattfand. Mit ihrer Mitteilung verfolgt die Kommission bekanntlich das Ziel, die bestehende Diskussion über die Herausbildung eines europäischen Vertragsrechts auszuweiten und darin neben dem Europäischen Parlament und dem Rat auch alle sonstigen interessierten Kreise einschließlich der Wirtschaft, der Juristen aus Praxis und Wissenschaft und der Verbraucherverbände einzubeziehen. Als mögliche Argumentationsansätze enthält die Mitteilung insbesondere die folgenden vier Optionen für künftige Initiativen der EG auf dem Gebiet des Vertragsrechts:

1. Keine Ausarbeitung von EG-Maßnahmen;
2. Förderung der Ausarbeitung gemeinsamer Grundsätze des Vertragsrechts, die zu einer Annäherung der nationalen Rechtsordnungen führen („Restatements“);
3. Überarbeitung und Verbesserung der Qualität bereits geltender Rechtsvorschriften;
4. Erlass neuer umfassender Rechtsvorschriften auf EG-Ebene.

Die Kommission reagiert mit ihrer Mitteilung auf einen Beschluss des Europäischen Rats von Tampere im Oktober 1999, wonach durch eine allgemeine Studie geklärt werden müsse, ob eine Angleichung der unterschiedlichen zivilrechtlichen Vorschriften in den Mitgliedstaaten angezeigt sei. Schon zuvor hatte das Europäische Parlament in einer Reihe von Entschließungen die Forderung nach einem europäischen Zivilgesetzbuch verlauten lassen.

I. Die Positionen von Rat und Parlament

Über die (im November veröffentlichten) Positionen von Rat und Parlament zur Kommissionsmitteilung konnte *Dirk Staudenmayer* als Leiter der kommissionsinternen, dienststellenübergreifenden Arbeitsgruppe, welche die Mitteilung verfasst hat, in seinem einleitenden Vortrag zum Verfahrensstand bereits erste Auskünfte erteilen. Dabei erschien zunächst bemerkenswert, dass der Rat den Bogen für mögliche künftige Vereinheitlichungsmaßnahmen noch weiter spannte als in der Mitteilung vorgesehen: Die Kommission wurde zu einer ergänzenden Untersuchung darüber aufgefordert, wie sich die Unterschiede in den Rechtsordnungen im Bereich der außervertraglichen Haftung, des Sachenrechts und des Familienrechts, also zunehmend auch in den Kerngebieten notarieller Tätigkeit, auf das Funktionieren des Binnenmarkts bzw. auf den freien Personenverkehr auswirken würden. Noch konkreter nahm das Europäische Parlament in seiner Stellungnahme den Standpunkt ein, dass die Vereinheitlichung des Vertragsrechts sinnvoll nur zusammen mit einer Angleichung der allgemeinen Formvorschriften, der außervertraglichen Haftung, des Bereicherungsrechts und des Sachenrechts zu realisieren sei. Das Parlament forderte die Kommission dazu auf, einen konkreten Aktionsplan vorzulegen, der bereits detaillierte zeitliche Vorgaben zur Vereinheitlichung u. a. der genannten Rechtsgebiete enthalten sollte: Während bis Ende 2004 eine Bestandsaufnahme der nationalen Rechtsvorschriften und Rechtsprechungen mit dem Ziel der Ausarbeitung gemeinsamer Konzepte und einer einheitlichen Terminologie erfolgen sollte, wurde ab 2005 die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze durch die EU-Institutionen und bereits ab 2006 ihre Geltung im grenzüberschreitenden oder im allgemeinen Vertragsrechtsverkehr mit der Möglichkeit vertraglicher Abbedingung anvisiert. Eine Überprüfung der gemeinsamen Konzepte auf ihre Bewährung in der Praxis wurde ab 2008 vorgesehen und schließlich die Ausarbeitung und Verabschiedung eines Regelwerks zum Vertragsrecht der Europäischen Union ab dem Jahre 2010.

II. Über Restatements zur Kodifizierung: Lando Kommission und Studiengruppe für ein europäisches Zivilgesetzbuch

Die Mitteilung der Kommission ist auch vor dem Hintergrund jahrelanger und stetig zunehmender Diskussionen in der Europäischen Rechtswissenschaft über die Frage eines einheitlichen Privatrechts für den Binnenmarkt zu sehen. Die Vielfalt der insoweit vertretenen Ansätze spiegelte sich auch in den Beiträgen der Referenten des Seminars wider, die alle Vertreter wissenschaftlicher Institutionen waren. Bereits vor der ersten Resolution des Europäischen Parlaments im Jahre 1989 hatte sich die Commission on European Contract Law gebildet. Nach Auffassung ihres Initiators, *Ole Lando*, Copenhagen Business School, stellen die Unterschiede im Vertragsrecht Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handels dar, deren Beseitigung das Ziel der Europäischen Union sei. Ungeachtet unterschiedlicher Rechtstechniken in den einzelnen Rechtsordnungen sei die Europäisierung des Privatrechts möglich, da als Ergebnis des römisch-rechtlichen Einflusses, der gemeinsamen christlich-abendländischen Tradition und der parallelen ökonomischen und sozialen Umstände die rechtlichen Werte und die Lösungen konkreter Probleme in den Mitgliedstaaten vergleichbar seien. Hinsichtlich der Umset-

[1] Abgekürzt SECOLA (Society of European Contract Law).

zung der gemeinsamen Rechtsgrundsätze in die Praxis befürwortet *Lando* unter Bezugnahme auf die Kontroverse zwischen *Thibaut* und *Savigny* im Jahr 1814 einen einheitlichen gesetzgeberischen Akt im Sinne einer baldigen Kodifikation, im Gegensatz zu einer langsamen und organischen Entwicklung.[2]

Die wissenschaftliche Herausarbeitung allgemeiner Rechtsgrundsätze in Form sogenannter „Restatements", entsprechend den Arbeiten der Commission on European Contract Law und der von ihm selbst ins Leben gerufenen Study Group on a European Civil Code ist nach Auffassung von *Christian von Bar*, Osnabrück, eine condicio sine qua non für jeden weiteren Fortschritt europäischer Privatrechtsvereinheitlichung. Schon zur Vermeidung von Lücken und Widersprüchen sei eine Erweiterung der Studien auf das gesamte Vermögensrecht einschließlich besonderer Verträge, gesetzlicher Schuldverhältnisse und des Mobiliarsachenrechts erforderlich, die sich freilich aufgrund der immensen Stofffülle nur in großen internationalen Teams bewältigen ließen. Nicht nur im thematischen Zugriff, sondern auch hinsichtlich der Art der Umsetzung (von der Schaffung einer gemeinsamen Terminologie über die Anwendung der Rechtsgrundsätze durch EU-Institutionen bis zur Formulierung eines abwählbaren Kodex) weisen die Vorstellungen *von Bars* und die des Europäischen Parlaments unübersehbare Parallelen auf.

III. Erlass neuer umfassender Rechtsvorschriften

Kritisch gegenüber Restatements äußerte sich *Giuseppe Gandolfi*, Universität Pavia, da die Ähnlichkeit der ermittelten gemeinsamen Grundsätze dazu verleiten könne, die Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtssystemen nicht zu erkennen oder zu missachten. Demgegenüber könne allein der Erlass neuer umfassender Rechtsvorschriften im Sinne des von ihm initiierten, am italienischen Zivilgesetzbuch orientierten Entwurfs eines „Code européen des contrats" den Bedürfnissen des Binnenmarkts gerecht werden und das Problem eines europäischen Vertragsrechts lösen. Die Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen schaffen nach *Gandolfi* eine Reihe von Hindernissen für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes, die nur durch große Firmen mit gut ausgestatteten Rechtsberatungsbüros oder mit Zugriff auf internationale Beraterfirmen zu bewältigen seien, was zu einer de facto Monopol- bzw. Oligopolstellung führe. Demgegenüber würden die Vorschriften des internationalen Privatrechts und des Wiener Übereinkommens in dieser Hinsicht keine Abhilfe schaffen. Auch das System der gemeinschaftlichen Richtlinien sei wegen seines fragmentarischen und bereichsspezifischen Charakters kein ausreichendes Mittel mehr, um global und angemessen die Frage der Harmonisierung eines Vertragsrechts in der Europäischen Union zu lösen.

Dass die EU einen einheitlichen Kodex benötigt, der die privatrechtlichen Beziehungen umfassend regelt, ist nach *Cesare Massimo Bianca*, Rom, eine Frage der Gleichheit der Individuen und eines ungehinderten europäischen Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Der Herausarbeitung allgemeiner Rechtsgrundsätze sei jedoch eine schrittweise Kodifizierung einzelner bindender Privatrechtsinstitute je nach gesellschaftspolitischer Bedürfnislage vorzuziehen, da die nationalen Rechtssysteme auch Ausdruck eines kulturellen Erbes und Mittel zur politischen Einflussnahme durch die Einzelstaaten seien.

[2] Vgl. insoweit *Zimmermann*, Savigny's Legacy – Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science, 112 Law Quarterly Review (1996), 576.

IV. Die Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers

Der Ruf nach weitgehenden Vereinheitlichungsmaßnahmen hat auf der Tagung wiederholt die Frage nach der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers laut werden lassen. Nach dem Urteil des EuGH zur Tabakrichtlinie ist insoweit eine spürbare Wettbewerbsverzerrung erforderlich: „Bestünde diese Voraussetzung nicht, wären der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen."[3] Dessen ungeachtet vertrat *Jürgen Basedow*, Max-Planck-Institut, Hamburg, die Auffassung, dass auf der Grundlage des Art. 95 EG bereits im jetzigen Stadium eine Vereinheitlichung des allgemeinen Vertragsrechts, sowie bestimmter besonderer Vertragstypen wie z. B. Güterkauf, Versicherungsverträge, Factoring, Finanzierungsleasing u. a. erfolgen könne. Hierfür genüge es, wenn psychologische Barrieren beseitigt werden könnten, die zweifellos durch unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen für den transnationalen Wirtschaftsverkehr entstünden. Aber auch bei einer engeren Interpretation der Vorschrift wäre die Europäische Gemeinschaft zu einer Harmonisierung im Bereich unterschiedlichen zwingenden Rechts befugt und auch verpflichtet. Eines der Beispiele, die *Basedow* insoweit aufführte, war die Rechtslage hinsichtlich missbräuchlicher Klauseln, die außerhalb der Richtlinie 93/13 in den einzelnen Mitgliedstaaten zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen geführt habe.

Demgegenüber wurde die Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers zum Erlass eines allgemeinen Vertragsrechts von *Norbert Reich*, Riga Graduate School of Law, bestritten. Die schrittweise Vereinheitlichung durch Sonderprivatrechte sei eine Konsequenz des Subsidiaritätsprinzips. Daher sollten lediglich die bestehenden unkoordinierten Rechtsvorschriften systematisiert und in einem gemeinschaftsweiten Verbraucherrechtsgesetzbuch zusammengefasst werden.

Um die bestehenden Rechtsunsicherheiten aufgrund des Tabakurteils des EuGH zu beseitigen, forderte *Geraint Howells*, Universität Sheffield, die Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage für Verbraucherschutz, die eine grundsätzliche und tiefgehende Reform des europäischen Verbraucherschutzrechts ermöglichen würde. Soweit für einen effektiven Verbraucherschutz erforderlich, müssten auch Vorschriften des allgemeinen Vertragsrechts oder auch des öffentlichen Rechts in den Vereinheitlichungsprozess einbezogen werden. Die Beschränkung des Verbraucherschutzes auf die Perspektive des Binnenmarktes hätte dazu geführt, dass die einschlägigen rechtlichen Fragestellungen vielfach nur in Ausschnitten geregelt worden seien.

Gegen die Einführung eines europäischen Vertragsrechts auf der Grundlage von Art. 95 EG wandte sich ferner *Walter van Gerven*, Universität Leuven, früherer Generalanwalt am EuGH. Die Anwendung dieses Verfahrens mit der Möglichkeit, einzelne Staaten zu überstimmen, sei in einer für Bürger und Mitgliedstaaten derart zentralen Angelegenheit nicht angemessen. Nach Auffassung *van Gervens* sollten in einem zweistufigen Verfahren zunächst das bestehende Richtlinien- und Fallrecht der Gemeinschaft verbessert und als Verordnung neu erlassen werden und daraufhin in einem zweiten Schritt eine Kodifikation weiter Bereiche des Vermögensrechts durch das Europäische Parlament und die Parlamente der Mitgliedstaaten verabschiedet werden. Die einheitliche Anwendung des europäischen Kodex könnte durch die Erweiterung des Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Euro-

[3] Vgl. NJW 2000, 3701 (3703).

päischen Gerichtshof sicher gestellt werden. Als begleitende Maßnahmen sprach sich *van Gerven* für die Einsetzung einer „European Law Commission" und eine Vereinheitlichung der juristischen Ausbildung aus.

V. Die Kostenanalyse

Ein möglicher Ansatz für die Begründung der Gemeinschaftszuständigkeit liegt in der Überlegung, dass die Verschiedenheit der nationalen Vertragsrechte das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts behindern könnte. Vor diesem Hintergrund forderte *Andreas Schwartze*, Universität Rostock, eine generelle empirische Datenerhebung über die Kosten ausbleibender Harmonisierung des Vertragsrechts, in deren Rahmen die Notwendigkeit weiterer Vereinheitlichungsmaßnahmen im Hinblick auf das Funktionieren des Binnenmarkts geklärt werden sollte. *Schwartze* präsentierte gleichzeitig die mögliche Struktur für eine solche Studie, wobei er sich von der Annahme leiten ließ, dass mit zunehmendem grenzüberschreitendem Transfer von Gütern und Dienstleistungen die Verwendung entsprechender Verträge gehäuft würde und damit die Rechtsunsicherheit im Bereich des Vertragsrechts abnehme.

Demgegenüber hält es *Roger Van den Bergh*, Universität Rotterdam, für notwendig, in die Analyse auch die Kosten der Harmonisierung einzubeziehen, die neben den Verwaltungskosten der Vereinheitlichung auch die Verluste durch den fehlenden Wettbewerb der juristischen Systeme erfassen müsse. Um Wohlfahrtseinbußen zu verhindern, sollte auch das vorhandene Gemeinschaftsrecht kritisch überprüft und gegebenenfalls verbessert werden.

Nach Auffassung von *Hugh Collins*, London School of Economics, geht die Kommission in ihrer Mitteilung von der falschen Fragestellung aus, wenn sie wissen will, ob das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts durch Probleme im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Auslegung und der Anwendung von grenzüberschreitenden Verträgen beeinträchtigt sein könnte. Einheitliche Gesetze würden, ohne die Transaktionskosten zu reduzieren, zu Rechtsunsicherheit führen, wenn nicht gleichzeitig die Qualität und die einheitliche Anwendung dieser Gesetze gewährleistet ist. Gleiches gelte für die Einführung eines wählbaren Kodex oder eines Auffanggesetzes. Vorzuziehen sei daher eine schrittweise zwingende Vereinheitlichung bestimmter Vertragstypen. *Collins* bedauerte die Abwesenheit einer breiteren politischen Diskussion, die den symbolischen Wert des Vertragsrechts für den Übergang der nationalen Staaten hin zu einer transnationalen politischen und wirtschaftlichen Ordnung in den Vordergrund rückt.

VI. Vielfalt und Pluralismus als Wert

Dass aufgrund unterschiedlicher Gesetze in den einzelnen Mitgliedstaaten Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handels entstehen würden, hält *Hugh Beale*, Universität Warwick, für eine bloße Vermutung, die nicht durch empirische Daten belegt sei. Entsprechend fordert *Beale*, der bereits seit den Anfängen Mitglied der „Lando Kommission" ist und die Herausarbeitung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf wissenschaftlicher Ebene begleitet hat, eine Beschränkung der Harmonisierung auf Rechtsschutzlücken und die Verhinderung unerwarteter rechtlicher Fallstricke, wie in dem Fall, dass mögliche Haftungskonstellationen in fremden Rechtsordnungen nicht von der eigenen Versicherung gedeckt werden. Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Vertragsrechten bestünden vor allem im Hinblick auf spezifische Vertragstypen, die jedoch keine ganzheitlichen Vereinheitlichungsmaßnahmen erforderlich machten. Vielmehr betonte *Beale* den Wert von Vielfalt und Pluralismus, die auf die Entwicklung der verschiedenen nationalen Rechtsordnungen einen vergleichbar stimulierenden Effekt ausüben könnten, wie im Bereich der Religion und der Kunst.

Auch *Thomas Wilhelmsson*, Universität Helsinki, der wie *Beale* Mitglied der Lando Kommission ist, äußerte sich skeptisch gegenüber einer Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts. Der notwendige statische und konservative Charakter eines europäischen Zivilrechtskodex stünde im Widerspruch zur europäischen pluralistischen Identität. Bei der Formulierung von Restatements müsse man sich von der abstrakt-technischen Sprache, die typisch für nationale Gesetzbücher sei, lösen und stattdessen stärker die Umstände des wirklichen Lebens in den Mittelpunkt stellen.

Nach Auffassung von *Bernard Tillemann*, Leuven, sollte die Europäische Union zunächst ihre bisherigen Errungenschaften einer kritischen Analyse unterziehen, bevor sich andere ehrgeizigere Projekte realisieren ließen. Neben der fehlenden inneren Stimmigkeit des Richtlinienrechts, die sich beispielsweise in der unterschiedlichen Ausgestaltung der Widerrufsrechte äußere, bemängelte *Tillemann* vor allem die Fragmentierung der nationalen Rechte, die das unkoordinierte Vorgehen des Gemeinschaftsgesetzgebers zu Folge habe.

VII. Ein Europäischer Kodex neben nationalen Vertragsrechten

Zwischen einheitlichem europäischen Zivilrechtskodex und Minimumharmonisierung fehlte es auf der Tagung in Leuven nicht an Systemvorschlägen für ein Nebeneinander von nationalen und europäischen Rechtsvorschriften. Ein europäisches Vertragsrecht für innereuropäische grenzüberschreitende Transaktionen, das neben dem nationalen Recht besteht, würde nach *Ulrich Drobnig*, Hamburg, zu einer erheblichen Reduzierung der Transaktionskosten führen. Nach dem Vorbild des UN-Kaufrechts sollte die Möglichkeit der Abbedingung und darüber hinaus der Wahl seiner Anwendung bei innerstaatlichen Sachverhalten vorgesehen werden. Nach *Jan Smits*, Maastricht, könnte ein von den Parteien wählbarer Kodex Rechtsvereinheitlichung ermöglichen, soweit dies für den Binnenmarkt erforderlich sei, dabei aber gleichzeitig die gegenwärtige Vielfalt der Vertragsrechte erhalten. Ein solches Optionsmodell sollte freilich nicht das allgemeine Vertragsrecht zum Gegenstand haben, sondern nur für einige spezifische Vertragstypen zur Verfügung stehen.

Für eine Kombination der Vorteile von dezentraler und zentraler Regelgebung, die in der ökonomischen Theorie weitgehend anerkannt seien, sprachen sich *Stefan Grundmann*, Erlangen-Nürnberg, und *Wolfgang Kerber*, Marburg, aus.[4] Bei den zwingenden inhaltlichen Regeln sei eine Beschränkung auf das weitgehend Konsentierte auf zentraler Ebene und die Zulassung konkurrierender nationaler Gestaltungen für einen weitergehenden Schutz sinnvoll. Im Hinblick auf zwingende Informationsregeln sei eine EU-einheitliche Regelung häufig vorzugswürdig, weil Standardisierung wichtig für Vergleichbarkeit sei, einheitliche Lösungen in der Substanz aber nicht vorgegeben würden und damit Raum für Experimente bliebe. Im Bereich des dispositiven Rechts würden Standardisierungsvorteile schon erreicht, wenn ein Europäischer Kodex neben die nationalen Rechte trete und gleichzeitig für abweichende Präferenzen ein staatliches Regelwerk zur Verfügung stehe.

---

[4] Vgl. auch *Grundmann*, Harmonisierung, Europäischer Kodex, Europäisches System der Vertragsrechte, NJW 2002, 393 ff.

Ein Europäisches Zivilgesetzbuch, das als ein gemeinschaftsstiftendes Symbol neben die nationalen Zivilgesetzbücher treten solle, befürwortete auch *Hans Peter Schwintowski*, Humboldt Universität Berlin. Inhaltlich sollten sich darin nur die in Europa bereits heute allgemein akzeptierten gemeinsamen Regeln des Zivilrechts wiederfinden, ergänzt um einige wichtige zwingende Regeln. Anstelle der bisherigen Konzentration auf den Verbraucherschutz forderte *Josef Drexl*, München, primär eine Vereinheitlichung der zwingenden rechtlichen Vorschriften, da solche ein Hindernis für die Grundfreiheiten darstellten. Im Bereich des dispositiven Rechts könnte nach Vorstellung *Drexls* ein gemeinsames europäisches Vertragsrecht für den grenzüberschreitenden Handel nach dem Vorbild des UN-Kaufrechts die höheren Transaktionskosten aufgrund der Vielfalt nationaler Rechtsvorschriften reduzieren.

VIII. Die politische Dimension der Debatte

Auf die politische und ideologische Dimension des europäischen Vertragsrechts sowie die Bedeutung der unterschiedlichen gesellschaftlichen Gruppierungen im Rahmen der Debatte hat *Martijn Hesselink*, Amsterdam, in seinem Vortrag hingewiesen. Die von *Hesselink* angesprochene Problematik nationaler Traditionen, namentlich die Sorge Englands vor zu starkem kontinentalen Einfluss, die Befürchtung eines deutsch geprägten Kulturimperialismus, sowie die mögliche Gefahr eines Nord-Süd-Gefälles fand ihren Widerhall in den Diskussionen während der Tagung. Neben der Verwirklichung des Prinzips der Vertragsfreiheit im Binnenmarkt müsste ein europäisches Vertragsrecht nach Auffassung *Hesselinks* die sozialen Errungenschaften des 20. Jahrhunderts hinreichend wahren.

IX. Resümee

Als Resümee der Tagung lässt sich festhalten, dass innerhalb der europäischen Rechtswissenschaft bereits intensiv an Vorlagen für eine Vereinheitlichung weiter Teile des Zivilrechts gearbeitet und sogar über Strategien zuständigkeitskonformer Umsetzung nachgedacht wird, dass aber ein Konsens hinsichtlich Art und Umfang einer etwaigen Harmonisierung der nationalen Privatrechtsordnungen derzeit nicht feststellbar ist. Einigkeit besteht insoweit, dass der gegenwärtige Zustand des Gemeinschaftsprivatrechts im Hinblick auf die Qualität der angeglichenen Rechtsnormen und die innere Stimmigkeit des Richtlinienrechts verbesserungsbedürftig ist. Im Übrigen reicht das Spektrum der verschiedenen Ansichten von der Befürwortung punktueller Rechtssetzung mit dem Ziel der Verhinderung evidenter Rechtsschutzlücken bis hin zur Forderung nach einem umfassenden Code civil européen. Vor diesem Hintergrund und angesichts der wiederholten und weit reichenden Forderungen von Seiten der Gemeinschaftsorgane ergibt sich die Notwendigkeit, die unter Umständen grundlegende Entwicklung mit der gebotenen Aufmerksamkeit zu verfolgen und nach Möglichkeit auch aktiv mit zu gestalten.

BUCHBESPRECHUNGEN

Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Carl Heymanns Verlag KG., Köln u.a., 8. Auflage 2001, 849 S., 112,00 €.

Herausgeber der 8. Auflage des „Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung“ sind *Reithmann* und *Albrecht*. *Basty* ist ausgeschieden; seinen Part haben *Kurz* für das Gesellschaftsrecht und *Riegel* für das Familien- und Erbrecht übernommen, beide Notare in Deggendorf. *Röll* ist bewährter Mitarbeiter für das Wohnungseigentum geblieben. Das im April 2001 abgeschlossene Werk konnte das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht berücksichtigen. Die intensiv überarbeitete und um ca. 25 % erweiterte Auflage (230 Seiten) enthält so viel wichtige und grundlegende Dinge, dass sie auch ohne SchRModG ihren Wert nicht einbüßt. Die neuen Mitautoren haben sich glänzend eingearbeitet.

Inhaltlich hält die Neuauflage am Darstellungs- und Gliederungsschema der Vorauflage fest. Dem allgemeinen Teil folgt der besondere mit den verschiedenen Sachbereichen. Alle Teile sind neu nummeriert, die Hauptkapitel durchgehend mit A bis R, die Unterkapitel dazu mit römischen und dann arabischen Ziffern. Die Randnummern sind wie in der Vorauflage von Anfang bis Ende durchnummeriert, sind aber bald nach Beginn nicht mehr mit der Vorauflage identisch. Man findet sich aber dennoch leicht zurecht, wenn man von der Vorauflage ausgeht.

Hinzugekommen ist ein neues Kapitel über die „Kleine Aktiengesellschaft“ (*Kurz*) mit fast 50 Seiten. Weggefallen sind dagegen die Kapitel über das Erbbaurecht, den Erbschaftskauf und den Erbverzicht mit vorzeitigem Erbausgleich. Manche Unterkapitel sind als solche weggefallen und in andere Teile eingegliedert. Voll weggefallen ist beim Grundstückskaufvertrag das Kapitel A VI „Voreintragung des Verkäufers“, wo die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruches mit Umschreibung der Vormerkung einschließlich Teilabtretung für eine unvermessene Fläche behandelt war. Diese Konstellation wird nicht mehr behandelt: soll diese Abtretung aus der Vertragsgestaltung eliminiert werden (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3147a; *Wolfsteiner* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch, 21. Aufl. § 68 Rdnr. 32; dagegen *Schmidt* in Münchener Vertragshandbuch, Band 4, Formular I. 26, auch in der anstehenden 5. Auflage)?

Der von *Albrecht* bearbeitete Teil zum Grundstückskauf ist neu gegliedert. Er beginnt mit einem kurzen Überblick über einschlägige neuere Literatur und behandelt in Kapitel E.I die Vorfrage nach der Gestaltung des Beurkundungsverfahrens (Fälle mit Angebot und Annahme, Vollmachten und Genehmigungsvorbehalten). Die anschließenden Kapitel sind an dem üblichen Aufbau der Kaufvertragsurkunden ausgerichtet. Damit wird ein rascher und praxisgerechter Überblick und Zugriff verschafft – eine positive Umgestaltung der Neuauflage. Wie gründlich Albrecht den Teil überarbeitet und ergänzt hat, zeigt sein von 134 auf 182 Seiten erweiterter Umfang.

Inhaltlich wird in Rdnr. 494 auf die Vormerkungsproblematik beim Kauf von Eigentumswohnungen eingegangen, wenn vor der Bildung von Wohnungseigentum verkauft wird. *Albrecht* rät zu zwei Vormerkungen: die eine gerichtet auf Übertragung ideellen Miteigentums am ungeteilten Grundstück, die andere auf Übertragung des Wohnungseigentums im Wohnungsgrundbuch. Komme es nicht zur Anlegung der Wohnungsgrundbücher, verbleibe es bei einer Vormerkung für den ideellen Miteigentumsanteil. *Albrecht* (und eine verbreitete Meinung) verkennt dabei, dass der Erwerber eine Eigentumswohnung erwerben will, und nicht hilfsweise einen blanken ideellen Miteigentumsanteil, mit dem er überhaupt nichts anfangen kann, weil er die Inhaber anderer Anteile weder zur Bildung von Wohnungseigentum noch zum Bauen verpflichten kann. Es bleibt ihm nur die Teilungsversteigerung. Diesen Weg halte ich nicht für gangbar; er ist auch mit der MaBV nicht in Einklang zu bringen.

Kritisch sehe ich auch Rdnr. 582, wo (wie auch von anderen Autoren) bei Kaufpreisfinanzierungen die Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruches des Käufers gegenüber der finanzierenden Bank an den Verkäufer abgelehnt wird mit der Begründung, eine detaillierte Sicherungsvereinbarung (Zweckbestimmungserklärung) schütze den Verkäufer genügend. Das sehe ich etwas anders: wenn der Verkäufer an seinem Grundstück eine Grundschuld eintragen lässt, soll er wenigstens über die Abtretung selbst an den Gläubiger herankommen und nicht lediglich passiv zuwarten müssen. Auch verhindert die Abtretung eine anderweitige Auszahlung durch die Bank sowie eine Pfändung durch Dritte, was sich sogar als eine Sicherheitslücke für eine sichere Vertragsgestaltung erweisen könnte. Was die Zulässigkeit der Abtretung betrifft, habe in meiner ganzen Praxis nie erlebt, dass sich eine Bank auf einen Abtretungsausschluss berufen hat; dies könnte sogar treuwidrig sein. Auch die Landesbodenkreditanstalt ließ die Abtretung zu.

Besondere Beachtung sei den Kapiteln des Allgemeinen Teils von *Reithmann* zugedacht. *Reithmann* hat vieles umgearbeitet, ergänzt, vertieft und in der Darstellung verbessert. Die drei Hauptkapitel wurden gründlich überarbeitet und um ein weiteres zu „Vollzugs- und Treuhandtätigkeiten – Notarielle Rechtsbetreuung“ vermehrt. Überschriften wurden ergänzt und geändert. So wird z.B. die Gesetzesnähe aller Erläuterungen dadurch herausgestellt, dass hinter Hauptüberschriften die einschlägigen Textteile der behandelten Paragraphen von DNotO und BeurkG gesetzt wurden.

In Kapitel A wurde ein neuer Abschnitt VI über den „Abschluss der Beurkundung“ eingefügt. Hier werden die Genehmigung der Niederschrift, der Abschluss des Verfahrens und die Nachholung vergessener Unterschriften behandelt. Im Anschluss an BayObLG, DNotZ 2001, 557, 560 mit Anm. *Reithmann* vertritt *Reithmann* (Rdnr. 132) in Abweichung von *Keidel/Winkler* und *Eylmann/Vaasen/Limmer* (je zu § 13 BeurkG) die Meinung, dass die Unterschrift eines Beteilungen nicht analog § 44a Abs. 2 BeurkG nachgeholt werden könne. Daran wird man sich angesichts dieser Rechtsprechung halten müssen, auch wenn man der Gegenansicht zuneigt.

Eine intensive Bearbeitung haben auch die Ausführungen zur Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG mit verstärkter Einbeziehung der BGH-Rechtsprechung (z. B. Rdnr. 143 ff.) erfahren. Rdnr. 146 behandelt die „Zweite Amtspflicht“ des § 17 BeurkG. Danach hat der Notar Gefahren nicht nur abstrakt aufzuzeigen, sondern auch Hinweise zu ihrer Vermeidung zu geben, wie es der BGH in DNotZ 1998, 640 deutlich herausgestellt hat. Die in § 17 Abs. 2a BeurkG neu eingeführte Pflicht des Notars zur Gestaltung des Beurkundungsverfahrens ist in Rdnrn. 193, 194 erläutert. Hiervon sieht *Reithmann* insbesondere die von § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG nicht abgedeckten Rechtspflichten gegenüber Dritten, die nicht beim Notar in der Verhandlung erschienen sind, erfasst, z.B. bei Sukzessivbeurkundungen.

Neu gestaltet, eingeteilt und überarbeitet ist auch Kapitel D über Mängel und Berichtigung. Nach Rdnr. 390 ist es zulässig, dass bei Textänderungen während der Beurkundung nicht nur einzelne Seiten, sondern der gesamte Text neu ausgedruckt wird, die unveränderten Texte aber nicht erneut vorgelesen werden (Analogie zu § 3 Abs. 2 BeurkG). Durch „Querlesen“ könne sich der Notar von der Übereinstimmung überzeugen. *Reithmann* rät aber zur Vorsicht, da höchstrichterliche Rechtsprechung dazu fehle.

Besondere Beachtung verdient das neue Kapitel über die Vollzugs- und Treuhandtätigkeiten des Notars mit den Abschnitten „Hilfstätigkeiten zur Beurkundung“ (Grundbucheinsicht, Vollzugsüberprüfung), „Vollzugtätigkeiten“ (Erfolgssicherung, Zweckförderung), „Treuhandverfahren“ (Grundsätze, Sicherung von Verkäufer, Käufer, Maßnahmen bei der Kaufpreisfinanzierung) und „Verfahren und Haftung des Notars“ (z. B. Instrumente der Rechtsbetreuung). Es ist verdienstvoll, dass *Reithmann* vieles, was im Notariat und im Alltagsbetrieb fast wie selbstverständlich und gleichsam nebenbei läuft und erledigt wird, in einen systematischen und einprägsamen Zusammenhang stellt und bewusst macht. So wird aufgezeigt, dass der Notar eben nicht nur Produzent öffentlicher Urkunden ist, sondern Rechtsbetreuer für alle Beteiligten bei Vollzug und Abwicklung in einem Maße, das der Kunde häufig gar nicht registriert. Gerade bei den Unsicherheiten über die Zukunft des Notariats ist es wichtig, diesen „stillen“ Tätigkeitsbereich des Notars in seiner wirtschaftlichen und sozialen Funktion wie *Reithmann* in Rdnr. 251 herauszustellen. Was *Reithmann* hier auf 50 Seiten aufzeigt und erörtert, zeigt den erfahrenen Theoretiker und Systematiker in gleicher Weise wie den Praktiker, der neue Entwicklungen aufnimmt, stets an der Sache bleibt und verständlich darstellt.

Bei der Belehrungs- und Hinweispflicht würde man sich künftig eine besondere Behandlung der Pflichten des Notars gegenüber Verbrauchern wünschen, wird doch nicht zuletzt durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Vertragsgestaltung gegenüber Verbrauchern und die Wahrung und Beachtung ihrer Interessen auch für den Notar zunehmend Gewicht bekommen. Ein Beispiel ist das Verbraucherdarlehen, bei dem nach dem Spruch des EuGH vom 13.12.2001 über das Widerrufsrecht auch bei grundpfandlich gesicherten Darlehen, das die Frage nach Belehrungspflichten bei der Bestellung von Grundschulden und Hypotheken aufwirft.

Mit der Neuauflage stellen die Autoren den Notaren wieder ein Werk zur Verfügung, das auf dem neuesten Stand (auch ohne SchRModG) in seinem Allgemeinen Teil die Fundamente des modernen Notariats darlegt und eine wertvolle Handreichung zu den wichtigsten Vertragsbereichen darstellt. Mögen meine Ausführungen ein breites Interesse an der Neuauflage wecken, wenn auch vieles hier nicht im Detail besprochen werden konnte.

Notar a. D. *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

Notarkasse A.d.ö.R., Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Auflage, München 2002, 530 Seiten, € 17,60 zuzüglich Versandkosten

Der **Streifzug durch die Kostenordnung** ist ein Erläuterungsbuch zum Notarkostenrecht. Dass letzteres im Zweiten Teil der Kostenordnung geregelt ist und deren Erster Teil durch § 141 KostO ergänzend für entsprechend anwendbar erklärt wird, weiß der Fachmann. Er wird aber nicht so kleinlich sein, an dem seit vielen Jahren eingeführten originellen Titel des Werks herumzumäkeln, nur weil es in der Kostenordnung Nebengebiete gibt, die mit dem Alltag der Notarkosten nichts zu tun haben und folglich auch nicht bestreift werden.

Ein sogleich hervorstechender Vorzug des Werks ist seine Übersichtlichkeit, die mit der Ordnung nach Hauptschlagworten in alphabetischer Reihenfolge erzielt wird. 134 Hauptschlagworte enthält das Inhaltsverzeichnis. Sie orientieren sich am jeweiligen Beurkundungsgeschäft des Notars. Damit ist klar, dass derjenige, der im Anschluss an das Beurkundungsgeschäft die Kostenrechnung erstellen muss, den größten Nutzen aus der Systematik des Streifzugs ziehen kann. Wer einen abstrakten Problemkreis beackern muss, tut sich mit dem Werk manchmal etwas schwerer. Der Grundstücksbewertung etwa ist, da es ja kein Beurkundungsgeschäft ist, kein Hauptschlagwort gewidmet. Man findet sie (über das auf den Seiten 501 bis 530 befindliche ausführliche Sachregister) beim Übergabevertrag (Rdnr. 1258 ff.) oder beim Kaufvertrag (Rdnr. 960 ff.). Wird ein Testament errichtet, das einen landwirtschaftlichen Betrieb zum Gegenstand hat, wird man (vor Rdnr. 1248) auf den Erbvertrag, von dort (Rdnr. 333) auf § 19 Absatz 4 KostO verwiesen, so dass man letztlich beim Übergabevertrag und den allerdings sehr eingehenden Erläuterungen zum Landwirtschaftsprivileg dort (Rdnr. 1269 ff.) landet.

Der Streifzug kam erstmals 1974 heraus. Er umfasste damals rund 150 Seiten, während er in der 5. Auflage auf über 500 Seiten angewachsen ist. Gleichgeblieben ist bis heute, dass den theoretischen Erläuterungen häufig praktische Beispiele folgen, mit denen die Autoren, alle Kostenprüfer der Notarkasse, den mit den Kostenrechnungen befassten Notariatsmitarbeitern wertvolle Muster geben. Diese Beispiele sind heute grau unterlegt, was zur Übersichtlichkeit des Werks beiträgt.

Die Erläuterungen des Streifzugs nennen die maßgeblichen Vorschriften und stellen den Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung unter Heranziehung der gängigen Kosten-Kommentare dar. Sie sind aktuell, was die neuesten Entscheidungen der Obergerichte betrifft, aber auch in Bezug auf noch neuartige Beurkundungsvorgänge, etwa die Vereinbarung einer heterologen Insemination (Rdnr. 927 ff.), den (Lebens-)Partnervertrag (versteckt revolutionär beim Ehevertrag Rdnr. 231), die Vorsorgevollmacht nebst Betreuungs- und Patientenverfügung (Rdnr. 1433 ff.) oder das Schlichtungsverfahren (Rdnr. 1214 ff.). Bei den Gebühren für den Wirksamkeitsvermerk (Rdnr. 1519) sprengt der Streifzug sogar die Fesseln seiner regionalen Herkunft und schlägt sich auf die Seite der Meinungsführer jenseits des Weißwurstäquators. Das Bayerische Oberste (vgl. meine Rechtsprechungsübersicht in diesem Heft, dort Nr. 3) wird immerhin unter „a.A.“ aufgeführt.

Der Streifzug hat sein Ziel, das im Vorwort zur 2. Auflage aufscheint, erreicht und übertroffen: Er ist nicht nur schnelle Orientierungshilfe für die täglich anfallenden Bewertungsfälle im Notariat, sondern darüber hinaus ein gründlich erarbeitetes, auf neuestem Stand befindliches Nachschlagewerk für jeden Praktiker, der mit Notarkosten befasst ist.

Richter am BayObLG *Dr. Erich Denk*, München

Demharter, Grundbuchordnung, Verlag C.H. Beck München, 24. Auflage 2002, 1310 Seiten, € 68,–

Die Neuauflage des „*Demharter*“ gibt Anlass, erneut die Vorzüge dieses Standardkommentars zur Grundbuchordnung hervorzuheben. Da die maßgeblichen Rechtsgrundlagen von den jüngsten Gesetzesänderungen verschont geblieben sind, konnte sich der Autor bei der Neuauflage auf die Einarbeitung neuer gerichtlicher Entscheidungen und auf die Konsolidierung des Werkes konzentrieren. *Johann Demharter*, seit vielen Jahren als Richter des für Grundbuchsachen zuständigen zweiten Senats des BayObLG maßgeblicher Mitgestalter des deutschen Grundbuchrechts, stellt wie gewohnt in seinem Kommentar den aktuellen Stand der Rechtslage unter zuverlässiger Quellenangabe dar:

1. Zur Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft wird in § 19 Rdnr. 108 auf *Demharters* Ausführungen in Rpfleger 2001, 329 verwiesen. Die partielle Anerkennung deren Rechtsfähigkeit durch den BGH (NJW 2001, 1056) veranlasst danach keine Veränderung der grundbuchmäßigen Behandlung. Naturgemäß nicht erwähnt wird der erst nach Redaktionsschluss veröffentlichte Vorschlag von *Ulmer/Steffek* (NJW 2002, 330), die BGB-Gesellschaft unter ihrem Namen einzutragen, jedoch zugleich eine Gesellschafterliste und einen Vertretungsnachweis, jeweils in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO, zu den Grundakten zu nehmen. Jedoch darf bezweifelt werden, dass dieser neuerliche Vorstoß die Zustimmung von *Demharter* – und damit letztlich des BayObLG – finden wird, da auch diese Konstruktion am eigentlichen Hauptproblem, nämlich der fehlenden Eintragung der BGB-Gesellschaft als Rechtsträger in einem öffentlichen Register, nichts ändert.

2. Zur grundbuchmäßigen Behandlung eingetragener Lebenspartnerschaften äußert sich *Demharter* bei § 33 Rdnr. 42 ff. In Rdnr. 44 erwähnt er hierzu auch die durch einen Lebenspartnerschaftsvertrag eingegangene „Vermögensgemeinschaft“, ohne jedoch darauf einzugehen, ob die Lebenspartner diese überhaupt vereinbaren können (ablehnend etwa *Palandt*, 61. Aufl. 2002, LPartG, § 7 Rdnr. 1).

3. Bereits in der Vorauflage fanden sich zuverlässige Hinweise zur Euro-Umstellung. Die hierzu auftretenden Fragen sind seit 1.1.2002 von großer praktischer Bedeutung. Wer etwa wissen möchte, auf welche Währung die Löschungsbewilligung für ein im Grundbuch noch auf DM lautendes Grundpfandrecht zu lauten hat, findet die Antwort in der Kommentierung zu § 28 Rdnr. 21 ff.

4. Auffällig ist im Übrigen, dass die kompakte Darstellung des Wohnungseigentumsrechts im Anhang zu § 3 neu strukturiert wurde und nach wie vor in beachtlicher Geschlossenheit zuverlässig Auskunft über die hierzu bestehenden grundbuchrechtlichen Probleme gibt.

Zur stets griffbereiten Bibliotheksausstattung jeden Notars zählt also neben der aktuellen Auflage des „Schöner/Stöber“ auch die soeben erschienene Neuausgabe des „Demharter“. Am derzeit aktuellsten grundbuchrechtlichen Standardwerk führt zu Recht kein Weg vorbei.

Notarassessor *Alexander Krafka*, Würzburg

Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage 2001, 745 Seiten, € 89,–

Gerade einmal drei Jahre nach Erscheinen der 2. Auflage liegt nunmehr das von *Bengel* und *Reimann* herausgegebene Handbuch zur Testamentsvollstreckung in der Neuauflage vor. An der bewährten Konzeption, die Stadien einer Testamentsvollstreckung in zwölf mit Formulierungsvorschlägen versehenen Kapiteln darzustellen, haben die Verfasser festgehalten.

Der Umfang der Neuauflage hat nochmals um 95 Seiten zugenommen. Ein Anpassungsbedarf ergab sich durch die Änderungen des am 1.1.1999 in Kraft getretenen neuen Insolvenzrechtes. Neu sind die Ausführungen von *Klumpp* zur Erbteilstestamentsvollstreckung und von *Reimann* zu Schiedsgerichtsklauseln als Teil einer Streitvermeidungsstrategie bei der Anordnung einer Testamentsvollstreckung. Erweitert wurde auch die Darstellung zur Behandlung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch. *Reimann* schließt sich dabei der Auffassung der herrschenden Meinung an, dass eine Löschungsbewilligung durch den Testamentsvollstrecker nach § 19 GBO regelmäßig nicht zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks ausreicht. Eine Ausnahme macht er jedoch für den Fall, dass im Testament kein Ersatztestamentsvollstrecker benannt ist, da der Testamentsvollstrecker in derartigen Fällen die Testamentsvollstreckung auch durch eine Kündigung gemäß § 2226 BGB zum Erliegen bringen könne.

Veranlasst durch zwei Entscheidungen des BGH aus dem Jahre 1999 und 2001 hat *Meyer* seine Auffassung zum Umfang einer Testamentsvollstreckung bei Beteiligungen an einer BGB-Gesellschaft geändert. Nachdem der BGH in haftungsmäßiger Hinsicht eine Angleichung der BGB-Gesellschaft an die OHG durchgeführt hat, sieht *Meyer* auch bei der BGB-Gesellschaft das Bestehen eines Haftungskonfliktes zwischen der unbeschränkbaren Haftung der BGB-Gesellschafter und der nach § 2206 BGB möglichen Beschränkung der Haftung auf den Nachlass. Konsequenterweise begrenzt *Meyer* die Befugnisse des Testamentsvollstreckers wie bei der OHG auf die Außenseite des Gesellschaftsanteils verbunden mit der Herausnahme der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus dem Machtbereich des Testamentsvollstreckers.

Das 9. Kapitel, welches sich mit der internationalen Testamentsvollstreckung beschäftigt, wurde durch die Hereinnahme neuer Länderberichte zu Spanien und zur Russischen Föderation weiter ausgebaut. Der Leser findet hier einen umfassenden Überblick über internationale Rechtsfragen, der weit über den Bereich der Testamentsvollstreckung hinausreicht.

Im Blickpunkt der jüngeren Diskussion stand auch die Vergütung des Testamentsvollstreckers. *Eckelskemper* erteilt dabei der Auffassung eine Absage, welche die Verweisung auf übliche Vergütungstabellen in einem Testament unter Formgesichtspunkten für unzureichend ansieht. Bei den veröffentlichten Tabellen handle es sich um allgemein zugängliche Informationen, auf die einfach Bezug genommen werden könne. Unter Darlegung der einzelnen Tabellen, insbesondere der vom *Deutschen Notarverein* fortentwickelten Rheinischen Tabellen, plädiert *Eckelskemper* entgegen der Auffas-

sung der Rechtsprechung und eines Teils der Literatur für eine Erhöhung der häufig verwendeten Rheinischen Tabelle, welche in seinem eigenen Tabellenvorschlag mündet. Dabei weist der Autor darauf hin, dass bei der Tabellendiskussion auch Grundgedanken der insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung berücksichtigt werden sollten.

Das 11. Kapitel, welches sich mit der Ausübung des Testamentsvollstreckeramtes durch verschiedene Berufsgruppen beschäftigt, wird nach dem Ausscheiden von *Stockebrandt* aus dem Kreis der Bearbeiter überwiegend von *Sandkühler* betreut. Er beschäftigt sich ausführlich mit der Frage, inwieweit Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Banken als Testamentsvollstrecker eingesetzt werden können und sich dies insbesondere mit den Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes vereinbaren lässt. Das OLG Düsseldorf (MittBayNot 2001, 88) und das OLG Karlsruhe (ZEV 94, 300) haben unter Berufung auf das Rechtsberatungsgesetz der geschäftsmäßigen Übernahme von Testamentsvollstreckungen durch Steuerberater oder Banken eine Absage erteilt. Ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz wird wenigstens dann nicht gesehen, wenn die entsprechenden Personen auf Ersuchen des Erblassers durch das Nachlassgericht gemäß § 2200 BGB zum Testamentsvollstrecker berufen werden oder sich die Testamentsvollstreckung als Fortsetzung einer lebzeitigen treuhänderischen Vermögensverwaltung darstellt, welche rechtliche Tätigkeiten nur als Nebentätigkeit erfordert.

Mit dem Handbuch ist es den Autoren gelungen, alle wesentlichen Fragen erschöpfend, praxisnah und zugleich wissenschaftlich fundiert darzustellen. Die Neuauflage bestätigt eindrucksvoll, dass das Werk zu Recht auf breite Akzeptanz beim juristischen Publikum gestoßen ist und seinen festen Platz in der erbrechtlichen Literatur eingenommen hat.

Notar *Dr. Dietmar Weidlich*, Roth b. Nürnberg

Ebenroth/Boujong/Joost, HGB Kommentar Band 1: §§ 1–342a, C.H. Beck Verlag, München, 2001, 2933 Seiten, € 204,–

Wie das bürgerliche Gesetzbuch stammt das Handelsgesetzbuch noch aus dem 19. Jahrhundert. Anders als das BGB hat das Handelsgesetzbuch jedoch das letzte Jahrhundert beinahe ohne grundlegende Reformen überstanden. Mit dem Handelsrechtsreformgesetz aus dem Jahre 1998 wurden jedoch zentrale Bereiche des HGB grundlegend umgestaltet. Zu nennen sind hier insbesondere die Neukonzeption des Kaufmannsbegriffs, die Liberalisierung des Firmenrechts sowie die Neuregelung der Auflösungs- und Ausscheidensgründe (§§ 131 ff. HGB). Daneben haben freilich auch andere Gesetze wichtige Änderungen im Bereich des HGB mit sich gebracht (vor allem das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich – KonTraG, das Stückaktiengesetz, das „KapAEG", das KapCoRiLiG).

Der hier zu besprechende Kommentar von *Ebenroth*, *Boujong* und *Joost* (unter Mitwirkung zahlreicher weiterer Autoren aus Wissenschaft und Praxis) strebt nach seinem Vorwort eine Stellung zwischen Kurz- und Großkommentar an und möchte sich in erster Linie an den praxisrelevanten Fragen orientieren und diese auf wissenschaftlicher Grundlage erörtern. Dieses Anliegen ist den Autoren in hervorragender Weise gelungen. Der Kommentar besticht durch eine an den dogmatischen Grundlagen orientierte Darstellung, ohne die hieraus für Einzelfragen zu ziehenden Schlussfolgerungen zu vernachlässigen.

Der mit dem HRefG geänderte Kaufmannsbegriff wird von *Kindler* (Rdnr. 26 ff., vor § 1) ausführlich dargestellt, wobei er zu Recht darauf hinweist, dass sich der für die Anwendbarkeit des HGB zentrale Kaufmannsbegriff rechtspolitisch auf dem Rückzug befindet, wenn man die neuere Verbraucherschutzgesetzgebung berücksichtigt, die überwiegend auf die Antinomie zwischen Unternehmer einerseits und Verbraucher andererseits abstellt (vgl. etwa §§ 312, 474, 481, 491 BGB sowie die Legaldefinitionen in §§ 13, 14 BGB).

In der Praxis schwierige Fragen traten bei der Abgrenzung der schlicht vermögensverwaltenden von der gewerblichen Betätigung auf. Die registerrechtliche Praxis hing von der „Liberalität" der zuständigen Industrie- und Handelskammer ab und war daher uneinheitlich. Dieser unbefriedigende Zustand wurde durch die Neufassung von § 105 Abs. 2 HGB in einer für die Praxis befriedigenden Weise gelöst, sodass sich die Abgrenzungsproblematik zukünftig nur noch für Einzelkaufleute und nicht eingetragene Gesellschaften stellt (vgl. nunmehr auch BGH, Urteil vom 23.10.2001, DNotI-Report 2002, 5). *Boujong* stellt in seiner Kommentierung zur Neuregelung die jetzige Gesetzeslage dar und liefert hilfreiche Hinweise für die Abwicklung von Altfällen. Er will die Neuregelung jedoch auf Gesellschaften begrenzt wissen, die nur eigenes Vermögen verwalten, also nicht etwa – neben einer etwaigen freiberuflichen Tätigkeit – auch eigenes Vermögen verwalten (str.). Der „Grundsatz der Einheitlichkeit des Gesellschaftsanteils" wird von *Boujong* – trotz der zwischenzeitlich vom BGH anerkannten Ausnahmen – noch als solcher anerkannt. Nach neuerer (und meines Erachtens überzeugenderer) Auffassung gilt der Grundsatz dagegen nur, soweit „beide" Gesellschaftsanteile nicht unterschiedliche Rechte oder Pflichten gewähren. Freilich wird man eine Dispositionsbefugnis der Gesellschafter zur Schaffung mehrerer Anteile eines Gesellschafters bei Gründung abzulehnen haben. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Beteiligung würde demnach nur noch bei der Gründung gelten und bei späteren Veränderungen unter dem Vorbehalt der Identität von Rechten und Pflichten stehen.

Für den Praktiker höchst genussreich zu lesen sind die Ausführungen von *Zimmer* zu dem durch das HRefG geänderten Firmenrecht. Auch wenn eine obligatorische Beteiligung der IHK gesetzlich nicht mehr vorgeschrieben ist (vgl. Neuregelung in § 23 HRV), wird von den Gerichten aufgrund der Neuregelung häufig ein zweifelhafter Fall angenommen, der wiederum die IHK-Beteiligung nach sich zieht. Die IHK bejaht über eine extensive Auslegung der Täuschungseignung nach § 18 Abs. 2 HGB n.F. häufig die Fortgeltung der früheren, kasuistischen und zu strengen Kriterien. *Zimmer* untersucht unter ausschließlicher Orientierung an den beiden gesetzlich vorgegebenen Kriterien (Kennzeichnungs- bzw. Unterscheidungskraft nach § 18 Abs. 1 HGB einerseits und Irreführungsverbot nach § 18 Abs. 2 HGB andererseits) die einzelnen Fallgruppen (vor allem Personen-, Sach-, Phantasiefirmen und Firmenzusätze) und gelangt zu wohlbegründeten, differen-

zierten Lösungen, die sich teilweise erheblich von den bisherigen Ergebnissen unterscheiden. Der Praktiker, der die Zulässigkeit einer Firma durchsetzen will, wird hier zahlreiche Denkanstöße finden. *Zimmer* betont auch zu Recht die Einflüsse des Marken- und Europarechts auf das Firmenrecht (Rdnrn. 4, 18, 39 zu § 18).

Für die Vertragsgestaltung von kardinaler Bedeutung sind die Regelungen zur Auflösung der Gesellschaft und zum Ausscheiden von Gesellschaftern in §§ 131 ff. HGB. Die ausführliche Erörterung dieser Bestimmungen durch *Lorz* begnügt sich nicht mit der Kommentierung der gesetzlichen Auflösungs- bzw. Ausscheidensgründe, sie stellt vielmehr ausführlich die nach § 740 BGB – vorbehaltlich einer vertraglichen Regelung – durchzuführende Unternehmensbewertung dar. Dem bei Kapitalgesellschaften häufigen „Stuttgarter Verfahren" steht *Lorz* zu Recht kritisch gegenüber, vor allem da es sich hierbei um eine dynamische Verweisung handelt und somit die Höhe der Abfindung der schwerlich als kontinuierlich zu bezeichnenden Regelungswut des Steuergesetzgebers unterworfen wird. Die zulässigen Grenzen der vertraglichen Dispositionsbefugnis bezüglich etwaiger Abfindungsregelungen werden von *Lorz* erörtert, wobei er die zentralen Urteile des BGH (vor allem die Entscheidung vom 20.9.1993 = NJW 1993, 3193) in den Mittelpunkt stellt und hieraus praktische Folgerungen herleitet. Ausführlich dargestellt werden auch die übrigen zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten (einfache und qualifizierte Nachfolgeklausel, Eintrittsklausel), wobei der Praxisbezug durch die Einbeziehung der Sonderfälle (vor allem steuerliches Sonderbetriebsvermögen) und die einkommen- und erbschaft- bzw. schenkungsteuerliche Betrachtung zu loben ist.

Alles in allem besticht der Kommentar durch die an dogmatischen Grundsätzen orientierten Lösungsansätze, die in praxisbezogene Fragestellungen eingebunden werden. Er hebt sich hierdurch von einem traditionellen „Nurkommentar" ab. Gegenüber einem schlichten Formularbuch unterscheidet er sich durch den dogmatischen Ansatz, der nicht nur die Probleme besser zu verstehen hilft, sondern auch für Grenzfälle Argumentationshilfen liefert. Dem Praktiker wird mit dem Kommentar ein äußerst nützliches Hilfsmittel für die alltägliche Arbeit an die Hand gegeben.

Notar Dipl.-Kfm. *Dr. Norbert Mayer*, Regensburg

Kallmeyer, Umwandlungsgesetz, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2. Auflage 2001, 1239 Seiten, € 118,–

Nunmehr in 2. Auflage liegt vor der von Rechtsanwalt *Kallmeyer* herausgegebene und mitkommentierte Kommentar zum Umwandlungsgesetz, der außerdem von den Rechtsanwälten *Dirksen, Marsch-Barner, Willemsen, W. Müller* (auch Wirtschaftsprüfer und Steuerberater), ferner den Anwaltsnotaren *Meister* und *Klöcker* sowie dem hauptberuflichen Notar *Zimmermann* kommentiert wird.

Der Kommentar ist als praxisnaher Kompaktkommentar konzipiert und befindet sich auf dem Stand vom März 2001. Er beschränkt sich auf die Kommentierung der zivil-, gesellschafts-, bilanz- und arbeitsrechtlichen Aspekte; auf steuerrechtliche Hinweise wurde dagegen weitgehend verzichtet. Ausgespart wurde ferner die Kommentierung von Vorschriften, die nicht die Umwandlung von Handelsgesellschaften betreffen; dies betrifft insbesondere die Regelungen, welche speziell für Genossenschaften und Vereine gelten.

In der Kommentierung finden sich neben Erläuterungen zu den einzelnen Vorschriften auch Gestaltungshinweise und Formulierungsvorschläge. Letztere (z.B. bei § 126 Rdnr. 40, ein Muster für die Bezeichnung der übertragenen Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten) wird der Notar freilich vorwiegend in den einschlägigen Formularbüchern suchen; sie sind im vorliegenden Kommentar auch nur vereinzelt enthalten und finden sich dort eher zufällig.

Hilfreich sind oftmals die erwähnten Gestaltungshinweise; so behandelt z.B. *Kallmeyer* in § 123 Rdnrn. 15–26, die praktischen Anwendungsbereiche der Ausgliederung im Vergleich zu Alternativgestaltungen, insbesondere der Sachgründung.

Im Vergleich zu den anderen gängigen Kommentaren handelt es sich beim „*Kallmeyer*" wohl um die kompakteste Kommentierung, die, nicht zuletzt aufgrund ihrer übersichtlichen und gut verständlichen Darstellung, einen schnellen ersten Einstieg bei der Klärung auftretender Umwandlungsprobleme ermöglicht. Einen vergleichbaren Kommentierungsumfang des UmwG mit etwas anderen Schwerpunkten bietet der nicht viel teurere Kommentar (€ 144,–) der Rechtsanwälte *Schmitt/Hörtnagel/Stratz* (der frühere „*Dehmer*"), der eine Kommentierung aller Vorschriften des UmwG (auch der speziellen Regelungen für Genossenschaften und Vereine) und darüber hinaus auch eine Kommentierung des gesamten UmwStG enthält. Eine vertiefendere Kommentierung des UmwG (ohne UmwStG) weist der Kommentar von *Lutter* (ca. € 178,–) auf; die wohl ausführlichste Kommentierung des UmwG und des UmwStG (mit umfangreichen Gestaltungshinweisen und Formulierungsmustern) findet sich bekanntlich im *Widmann/Mayer* (unter Mitkommentierung der Kollegen *D. Mayer* und *Vossius*; ca. € 200,–).

Interessant, wenn auch weniger von praktischem Nutzen für die „sichere" Vertragsgestaltung, sind verschiedene „progressive" Thesen von *Kallmeyer*, der freilich auch die Gegenmeinungen hierzu nicht unterschlägt. Dies betrifft z.B. das Identitätsprinzip bezüglich der Anteilseigner vor und nach der Umwandlung, dessen grundsätzliche Geltung von *Kallmeyer* mit Vehemenz bestritten wird (vgl. z.B. § 1 Rdnr. 6 ff. und § 152 Rdnr. 2, wonach sogar die Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns auf eine GmbH & Co. KG zur Neugründung zulässig sein soll, a.A. z.B. *Widmann/Mayer*, § 152 Rdnr. 81 – *Kallmeyer* weist immerhin auf die notwendige Vorabklärung mit dem Registergericht hin). Nicht zu Grunde gelegt wird seine Meinung allerdings von den Mitautoren *Meister* und *Klöcker* bei deren Kommentierung des Formwechsels (vgl. § 194 Rdnr. 21 ff.); praxisnah weisen diese für den Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG auf die vorübergehende treuhänderische Beteiligung der künftigen Komplementär-GmbH hin (§ 191 Rdnr. 14). Freilich gilt der Identitätsgrundsatz nach allgemeiner Ansicht nicht uneingeschränkt; neben gesetzlichen Ausnahmeregelungen (z.B. für den persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA beim Formwechsel, vgl. a.a.O. § 1 Rdnr. 6) wird beispielsweise eine Spaltung „zu Null" auch von Autoren zugelassen, die ansonsten grundsätzlich am Identitätsgrundsatz

festhalten. Hier geht leider aus der Kommentierung von *Kallmeyer* (§ 123 Rdnr. 4 f.) nicht hervor, dass sich auch *D. Mayer* im Hinblick auf die 1998 geänderten Regelungen in §§ 126 Abs. 1 Nr. 10, 131 Abs. Nr. 3 UmwG mittlerweile für die Zulässigkeit der Spaltung „zu Null" ausgesprochen hat (vgl. *D. Mayer* DNotZ – Sonderheft – 1998, 185* f.) und dies somit zwischenzeitlich allgemein anerkannt ist; *Kallmeyer* zitiert hier noch die frühere abweichende Kommentierung (§ 126 Rdnr. 274) im *Widmann/Mayer*.

Im Übrigen gibt die Kommentierung im „*Kallmeyer*" aber ganz überwiegend zuverlässig Auskunft. Eine Ausnahme bildet z.B. die Kommentierung in § 55 Rdnr. 3 a.E., wonach bei einer Mehrfachverschmelzung auf eine GmbH unter Beteiligung eines überschuldeten Rechtsträgers ein Fehlkapital durch Saldierung mit dem Vermögen anderer beteiligter Rechtsträger ausgeglichen werden könne; dies sieht das an dieser Stelle nicht zitierte (teils angreifbare) Urteil des OLG Frankfurt, DB 1998, 917, wohl anders.

Die Kompaktheit der Kommentierung bedingt, dass nicht alle Fragen, die bei der Gestaltung von Umwandlungen auftreten, mit dem „*Kallmeyer*" abschließend beantwortet werden können. Wer häufiger mit Umwandlungen befasst ist, wird deshalb neben dem „*Kallmeyer*" und den ohnehin vorhandenen Formularbüchern gelegentlich zusätzliche Literatur benötigen.

Im Gesamturteil braucht sich der „*Kallmeyer*" neben seinem „Bruder" zum GmbHG, dem „*Lutter/Hommelhoff*", nicht zu verstecken: er bietet eine kompetente Kompaktkommentierung des UmwG und eignet sich besonders für den schnellen Überblick und zur raschen Klärung einfacherer Fragen. Seinem Kauf kann eigentlich allenfalls die beachtliche Konkurrenz (vgl. neben den oben genannten Kommentaren beispielsweise auch die Praxishandbücher von *Neye/Limmer/Frenz*, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 2. Aufl. 2001; *Sagasser/Bula/Brünger*, Umwandlungen, 2. Aufl. 2000) entgegenstehen.

Notar *Dr. Gerald Weigl*, Heilsbronn

Wassermeyer/Mayer/Rieger, Umwandlungen im Zivil- und Steuerrecht, Festschrift für Siegfried Widmann zum 65. Geburtstag, Stollfuß Verlag, Bonn 2000, 688 Seiten, € 153,39

Die zum 65. Geburtstag von *Siegfried Widmann*, Herausgeber und für die Kommentierung des Umwandlungssteuerrechts alleinverantwortlicher Autor des „Widmann/Mayer", erschienene Festschrift „Umwandlungen im Zivil- und Steuerrecht" vereint auf über 600 Seiten 35 Beiträge aus der Feder von Freunden, Kollegen und Wegbegleitern der letzten Jahre und Jahrzehnte. Die Themenvielfalt reicht von der Darstellung der „Umstrukturierung von Bundesligavereinen zur Vorbereitung des Börsengangs" (*D. Mayer*) bis zum „Anteilstausch beim grenzüberschreitenden ‚Merger of Equals' börsennotierter Aktiengesellschaften – Steuerliche Behandlung der Aktionäre" (*Rödder*).

Clemm/Dürrschmidt stellen Überlegungen zu den Sorgfaltspflichten für Vertretungs- und Aufsichtsorgane bei der Verschmelzung von Unternehmen gem. §§ 25 und 27 UmwG an. Nach § 93 Nr. 2 AktG haften Vorstände von Aktiengesellschaften und nach § 43 Abs. 2 GmbHG die Geschäftsführer von GmbHs der von ihnen geleiteten Gesellschaft für jede auch leicht fahrlässig begangene Pflichtverletzung auf Schadensersatz. Gleiches gilt für die Aufsichtsratsmitglieder der AG nach § 116 AktG und – vorbehaltlich abweichender Satzungsgestaltung – für fakultative oder obligatorische Aufsichtsräte der GmbH nach §§ 52 Abs. 1 GmbH, 116 AktG. In diesem System der gesetzlichen Organhaftung bedürfte es (ergänzender) Sonderregelungen im Umwandlungsrecht, weil gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG die Verschmelzung notwendigerweise zum Erlöschen der übertragenden Rechtsträger führt. Vor diesem Hintergrund bestimmt § 25 Abs. 2 UmwG, dass der übertragende Rechtsträger als fortbestehend gilt, soweit sich aufgrund der Verschmelzung Ansprüche für oder gegen diesen Rechtsträger ergeben. Ergänzend dazu gibt § 25 Abs. 1 UmwG den Anteilsinhabern und Gläubigern des übertragenden Rechtsträgers unmittelbare Schadensersatzansprüche gegen Mitglieder der Vertretungs- und Aufsichtsorgane dieses Rechtsträgers. Der Beitrag weist zu Recht darauf hin, dass diese Regelungen einen Sonderfall im System der gesetzlichen Organhaftung darstellen, da in aller Regel Organmitglieder für pflichtwidriges Verhalten nur einer Binnenhaftung gegenüber der Gesellschaft unterliegen und eine unmittelbare Außenhaftung im Wesentlichen nur nach Deliktsrecht in Betracht kommt. Richtig ist auch, dass die Haftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft einen nicht durch Besonderheiten der Verschmelzung gerechtfertigten und restriktiv auszulegenden Fremdkörper im System der Organhaftung darstellt. Bei der Haftung der Organe des übernehmenden Rechtsträgers beließ es der Gesetzgeber – anders als bei § 25 Abs. 1 UmwG – bei den allgemeinen Haftungstatbeständen; auch § 27 UmwG setzt eine nach anderen Vorschriften begründete Schadensersatzhaftung der Organe voraus und begründet sie nicht selbstständig.

Heckschen weist in seinem Beitrag „Umwandlungsrecht und Insolvenz" zutreffend auf das praktisch bedeutsamer werdende Problem hin, dass bei Verschmelzung eines Krisenunternehmens auf ein „gesundes" Unternehmen das Vermögen der überschuldeten Gesellschaft i.d.R. nicht werthaltig ist und daher eine Verschmelzung mit Kapitalerhöhung ausscheidet. Bei Verschmelzungsvorhaben, bei denen Kapitalaufbringungsgrundsätze im Rahmen einer zwingend nach dem UmwG vorgeschriebenen Kapitalerhöhung zu beachten sind, bleibt nur der Ausweg, die Überschuldung durch eine sanierende Kapitalherabsetzung mit anschließender Kapitalerhöhung (vgl. §§ 58 a ff. GmbHG) oder durch die Zahlung eines verlorenen Zuschusses der Gesellschafter zu beseitigen. Da sich das Problem der Werthaltigkeit des Vermögens des Krisenunternehmens dort nicht stellt, wo Kapitalerhöhungen verboten bzw. nicht erforderlich sind (§§ 54, 68 UmwG), empfiehlt sich insbesondere bei Schwestergesellschaften die Beteiligungsstruktur durch Abtretung in ein Mutter-Tochter-Verhältnis zu ändern, um anschließend ohne Kapitalerhöhung die Verschmelzung durchzuführen.

Limmer untersucht die praktischen Probleme des Identitätsgrundsatzes beim Formwechsel. Zu den umstrittensten, aber auch in der Praxis bedeutsamsten Fragen zählt die nach den Auswirkungen der Identitätsthese im Hinblick auf den an der Umwandlung beteiligten Personenkreis – Stichwort: Identität des Gesellschafter- und Anteilsinhaberkreises. Folgt man – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – der h.L., wonach

der Gesellschafterbestand des Ausgangsrechtsträgers identisch mit dem des Zielrechtsträgers sein muss, bleibt beim Formwechsel der Ein-Mann-GmbH in eine GmbH & Co. KG, bei der die Komplementärin nicht am Vermögen beteiligt ist, nur der Ausweg der treuhänderischen Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils an die künftige Komplementärin, damit letztere zumindest eine logische Sekunde vor dem Formwechsel dem Kreis der Gesellschafter der formwechselnden Kapitalgesellschaft angehört. Zum Problemkreis „Identität des Gesellschaftsvermögens" geht *Limmer* ausführlich auf die Thematik der Kapitalaufbringung und Kapitalfestsetzung beim Formwechsel in die Kapitalgesellschaft, den quotenverschiebenden Formwechsel sowie den Formwechsel bei ausstehenden Einlagen ein. Der Formwechsel wirkt sich – worauf *Limmer* zutreffend verweist – auf die Rechtsverhältnisse des formwechselnden Rechtsträgers grundsätzlich nicht aus. Lediglich bei öffentlich-rechtlichen Genehmigungen, die entweder personenbezogen sind (Gaststättenerlaubnis) oder nur Unternehmen mit bestimmter Rechtsform erteilt werden können, ist der Widerspruch zwischen der Identitätsthese und den öffentlich-rechtlichen Vorgaben dergestalt aufzulösen, dass der Formwechsel allenfalls zum Widerruf der Erlaubnis, nicht zu ihrem automatischen Erlöschen führen kann.

Ein Aspekt in dem Aufsatz von *Vollrath* zu den „Grenzen des Minderheitenschutzes bei der verschmelzungsbedingten Realisierung einer Gesellschafterbeteiligung" bedarf im Hinblick auf die Satzungsgestaltung bei der GmbH besonderer Beachtung: § 33 UmwG ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft im Zuge der Verschmelzung auch bei Verfügungsbeschränkungen, worunter grundsätzlich alle rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen zu verstehen sind. Damit droht beispielsweise trotz Vinkulierungsklauseln in der Satzung für einen bestimmten Zeitraum die Gefahr des Eindringens fremder, unerwünschter Gesellschafter. *Vollrath* vertritt zu Recht die Auffassung, unter rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen im Sinne der Vorschrift seien nur dinglich wirkende Verfügungsbeschränkungen zu verstehen, dagegen nicht nur schuldrechtliche Beschränkungen, wie z.B. Vorkaufs- oder Ankaufsrechte. Um der Gefahr des Fremdeinflusses in derartigen Fällen zu begegnen, sollten daher bei der Satzungsgestaltung regelmäßig neben der Vinkulierungsklausel auch entsprechende Vorkaufs- oder Ankaufsrechte formuliert werden; allerdings kann dies nur bei der GmbH gelten, weil der in § 23 Abs. 5 AktG normierte Grundsatz der Satzungsstrenge derartige statutarische Klauseln bei der AG verbietet.

Diese wenigen Hinweise verdeutlichen, dass das vorliegende Werk eine Fülle äußerst interessanter und für die notarielle Gesellschaftsrechtspraxis anregende Beiträge enthält. Eine Festschrift, die dem Jubilar wahrlich zur Ehre gereicht!

Notar *Dr. Bernhard Schaub*, München

Wachter, Thomas: Immobilien in der Schweiz – Zivilrecht und Steuerrecht in der Praxis, DSA – Deutsche Schutzvereinigung für Auslandsimmobilien e.V., Freiburg i. Breisgau 2001, 128 Seiten, € 34,00

Ende vergangenen Jahres ist das Handbuch von *Wachter* zum Thema „Immobilien in der Schweiz" erschienen. Wie bereits der Titel nahelegt, ist Ziel der Darstellung, die zivil- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen für den Immobilienerwerb in der Schweiz sowie das weitere Schicksal der erworbenen Immobilie praxisnah zu erläutern.

Wissenschaftliche Streitfragen werden daher kurz gehalten. Für den Interessierten ist jedoch eine umfassende Darstellung des aktuellen Schrifttums jedem Kapitel vorangestellt. Praxisfreundlich finden sich darüber hinaus in den Fußnoten zahlreiche Hinweise zu weiterführender Literatur, insbesondere auch mit Nachweisen zu Internetfundstellen. Ebenso wird auf Links und Adressen von Behörden, auf Gesetzestexte und andere Informationsquellen umfassend verwiesen. Das Buch *Wachters* besticht durch seine Aktualität, Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis Juni 2001 berücksichtigt.

Die Darstellung ist in fünf Kapitel untergliedert. Nach einer kurzen Einführung (A.) über das Schweizer Staats- und Zivilrechtswesen wird das Schweizer Immobilienrecht prägnant theoretisch – aufgeteilt in materielles Recht und Grundbuchrecht – erläutert (B.). Ein erster Schwerpunkt der Abhandlung liegt naturgemäß auf dem Kapitel über den Grundstückskaufvertrag (C.), die Grundpfandrechte werden dagegen überblicksartig mit zahlreichen Querverweisen angerissen (D.). Ein weiteres Hauptaugenmerk ist schließlich auf die Immobilie im Erbfall gerichtet (E.).

Für den deutschen Erwerber einer Schweizer Immobilie ist vor allem die Frage der bestehenden Erwerbsbeschränkungen relevant, welche *Wachter* eingehend und präzise darlegt (C., V.). Gesetzliche Grundlage hierfür ist seit dem 1.10.1997 die „Lex Koller", welche die seit 1985 geltende „Lex Friedrich" abgelöst und liberalisiert hat. Keinen Erwerbsbeschränkungen unterliegen danach neben Schweizer Staatsangehörigen Ausländer, die über eine gültige Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung verfügen. Ferner ist seit 1997 der Erwerb einer Immobilie bewilligungsfrei, wenn diese ausschließlich als gewerbliche bzw. freiberufliche Betriebsstätte dient oder aber Hauptwohnung des Erwerbers sein soll, sofern dieser dort seinen rechtmäßigen und tatsächlichen Wohnsitz hat. Alle anderen Erwerber bedürfen der Erwerbsbewilligung, die für Ausländer faktisch nur schwer zu erlangen ist. Kantonal kann lediglich der Erwerb einer Ferienwohnung oder einer Wohneinheit in einem Apparthotel in einem Fremdenverkehrsort erlaubt werden; 16 der 26 Kantone haben von dieser Freistellungsmöglichkeit Gebrauch gemacht. Für den deutschen Erwerber ist wichtig zu wissen, dass auch der Erwerb von Todes wegen nur für gesetzliche Erben im Sinne des Schweizer Rechts bewilligungsfrei ist, andere Erwerber, z.B. testamentarische Erben oder Vermächtnisnehmer müssen den ererbten bzw. vermachten Besitz innerhalb Zweijahresfrist veräußern.

Daneben werden auch die Abwicklung des Kaufvertrages sowie Veräußerungshindernisse prägnant dargestellt. Der Exkurs zum Ehegüterrecht (C., IV.) zeigt neben den grundsätzlichen international-privatrechtlichen Fragestellungen auch den gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung sowie mögliche Wahlgüterstände auf. Durch Rechtswahl können die Ehegatten ihren Güterstand weitgehend selbst bestimmen.

Für den ausländischen Erwerber von besonderer praktischer Bedeutung, legt *Wachter* den weiteren Schwerpunkt seiner Darstellung auf das Schicksal der Immobilie im Erbfall (E.) Auch hier kann durch – eingeschränkte – Rechtswahl nach bundeseinheitlichem schweizerischem Internationalen Privatrecht das anwendbare Erbrecht maßgeblich beeinflusst werden. Für den Vertragsgestalter ist diese Option interessant, um die sonst drohende faktische Nachlassspaltung zu verhindern. Die Erbschaft- und Schenkungsteuer ist dagegen kantonal geregelt. Verdienstvoll hat *Wachter* die Besteuerung anhand eines Beispiels für alle 26 Kantone ermittelt. Das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und Deutschland auf dem Gebiet der Nachlässe und Erbschaften vermeidet die doppelte Besteuerung für Erbschaften. Für Schenkungen gilt das Abkommen grundsätzlich nicht, hier kann die Schweizer Steuer in Deutschland lediglich gemäß § 21 ErbStG angerechnet werden.

Wachter ist es gelungen, die Rahmenbedingungen für den Immobilienerwerb in der Schweiz praxisnah darzustellen. Das Buch ist sowohl für den rechtlichen Berater, der den Erwerb des Grundbesitzes juristisch begleitet, und den Vertragsgestalter, der beispielsweise im Rahmen eherechtlicher Vereinbarungen oder der Nachfolgeplanung die in der Schweiz belegene Immobilie berücksichtigen muss, als auch für den potenziellen Erwerber selbst unentbehrliche Imformationsquelle und Nachschlagewerk. Für den Notar, der mit Fragen des deutsch-schweizerischen Rechtsverkehrs konfrontiert wird, ist die Anschaffung unbedingt zu empfehlen.

Notarassessorin *Dr. Susanne Frank*, München

Waldner, Eheverträge, Scheidungs- und Partnerschaftsvereinbarungen für die notarielle und anwaltliche Praxis, Erich Schmidt Verlag, Berlin u.a. 2001, 179 Seiten, € 29,80

Das neue Buch des Kollegen *Waldner* möchte eine Lücke zwischen Lehrbüchern und ausgesprochenen Formularbüchern schließen, indem es gezielte Hinweise zur Vertragsgestaltung mit Formulierungsbeispielen gibt. Auf vollständige Vertragsmuster wird dagegen verzichtet.

Nach einem einführenden Überblick finden sich zunächst Ausführungen zum Ehevertrag. Der Ehevertragsgestaltung nach Ehetypen steht *Waldner* mit reservierter Skepsis gegenüber; zu Recht betont er, die Feststellung eines Ehetyps enthebe nicht von der Mühe, die von den Ehegatten selbst im Einzelnen als angemessen empfundenen Rechtsfolgen herauszufinden (Rdnr. 9). – Im anschließenden Teil über die zu beachtenden Grenzen der Wirksamkeit von Eheverträgen ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sittenwidrigkeit vom 6.2.2001 (MittBayNot 2001, 207) bereits eingearbeitet, jedoch nicht mehr das Folgeurteil zu einer notariell beurkundeten Vereinbarung vom 29.3.2001 (MittBayNot 2001, 485). Die gezogene Schlussfolgerung, Freistellungsvereinbarungen über Kindesunterhalt in Eheverträgen seien „regelmäßig“ sittenwidrig (Rdnrn. 89, 96), scheint mir noch restriktiver als die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.

Waldner wendet sich in den folgenden, fast die Hälfte des Buches ausmachenden Abschnitten dem Inhalt von vorsorgenden Eheverträgen im Einzelnen zu. Die breite Palette der zur Verfügung stehenden Regelungsmöglichkeiten wird jeweils durch einen prägnanten Problemaufriss in Erinnerung gerufen und mit vielen anregenden Formulierungsbeispielen belegt. Nützlich ist z.B. der Hinweis, dass die Eintragung des Ehevertrages ins Güterrechtsregister bei ausländischen Staatsangehörigen sinnvoll sein kann, da u.U. das ausländische Recht diese Eintragung zur Wirksamkeitsvoraussetzung des Ehevertrages erhebt (Rdnr. 15).

Zunächst stehen die zahlreichen Modifizierungen des gesetzlichen Güterstandes im Mittelpunkt. Beispielsweise wird bei der Durchführung des Zugewinnausgleiches nur für Zeiten der Kindesbetreuung nahegelegt, nicht die Fälle zu übersehen, in denen beide Eltern sich in die Kindesbetreuung teilen (Rdnr. 45). *Waldner* unterbreitet auch einen alternativen Formulierungsvorschlag zur Behandlung negativen Anfangsvermögens im Zugewinnausgleich (Rdnr. 48). Nachfolgend werden die gängigen Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich dargestellt. *Waldner* wiederholt die wegen der schwer abschätzbaren Folgen allgemein ausgesprochene Mahnung zur Vorsicht bei der Gestaltung von Vereinbarungen über die Modifizierung des Versorgungsausgleichs (Rdnr. 72) und geht in diesem Abschnitt entsprechend sparsamer mit Formulierungsvorschlägen um. Bei der dann folgenden Behandlung von Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt in vorsorgenden Eheverträgen werden die von der Rechtsprechung neu gezogenen Grenzen wieder eindringlich hervorgehoben (hilfreich für die Praxis hierzu *Nachreiner*, MittBayNot 2001, 356).

Der dritte Teil des Buches schließt mit der Behandlung von Scheidungsvereinbarungen an. Ein Schwerpunkt liegt bei der Darstellung von Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt; hierzu wird wieder eine Reihe sehr ins Detail gehender Musterformulierungen vorgeschlagen (etwa zu berücksichtigungswürdigen Schulden Rdnr. 113). Noch nicht aufgegriffen werden konnte die Rechtsprechungsänderung zur Unterhaltsberechnung (Anwendung der Differenzmethode bei nachehelicher Berufstätigkeit: BGH MittBayNot 2001, 397; zur Altersrente kürzlich BGH NJW 2002, 436). Knapper fällt der folgende, den Vereinbarungen in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (Partnerschaftsvereinbarungen) gewidmete Abschnitt aus; *Waldner* äußert die wohl richtige Einschätzung, solche Vereinbarungen seien in der Literatur häufiger als in der Lebenswirklichkeit (Rdnr. 126). Bei der Behandlung der unterhaltsrechtlichen Vereinbarungen (Rdnr. 147) vermisse ich einen ausdrücklichen Hinweis auf die gesetzlich angeordnete Unverzichtbarkeit des Anspruchs auf „Betreuungsunterhalt“, den § 1615 l BGB nicht miteinander verheirateten Eltern zugesteht (§§ 1615 l III 1, 1614 I BGB im Gegensatz zu §§ 1570, 1585 c BGB).

Nach einem kurzen Überblick über die neuen gesetzlichen Regelungen zur Lebenspartnerschaft runden Hinweise zum Steuer- und Kostenrecht das Werk ab. Zu den steuerlichen Folgen von Scheidungsvereinbarungen sollte noch eine Andeutung der bei Grundstücksübertragungen durch § 23 EStG hervorgerufenen Komplikationen ergänzt werden (vgl. OFD München in DStR 2001, 1298 f.; *Tiedtke/Wälzholz* RNotZ 2001, 380 ff.).

Waldner gibt in angenehm zu lesender Form eine inhaltlich zuverlässige, konzentrierte Darstellung der auftretenden Probleme mit einer Fülle von lehrreichen Formulierungsvorschlägen. Das Buch ist zur Einarbeitung und Vertiefung nachdrücklich zu empfehlen.

Notarassessor *Gregor Stein*, Würzburg

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. AGBG § 1 Abs. 1[1] *(AGB-Absicht Mehrfachverwendung)*

In Bauverträgen sind vorformulierte Vertragsbedingungen nur dann Allgemeine Geschäftsbedingungen, wenn der Verwender im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Absicht der Mehrfachverwendung hatte.

BGH, Urteil vom 13.9.2001 – VII 2R 487/99 –

Zum Sachverhalt:

I. Die Kläger verlangen von den Beklagten Vorschuss für die Ersatzvornahme zur Beseitigung von Mängeln und Schäden an der Fassade einer Wohnungseigentumsanlage. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der in den Verträgen geregelten Gewährleistungsausschlüsse hinsichtlich der Altbausubstanz.

II. Die Beklagten waren Eigentümer eines Grundstücks in O., auf dem sich unter anderem ein Fabrikgebäude befand. Das Fabrikgebäude haben die Beklagten in sechs Gewerbeeinheiten und drei Eigentumswohnungen umgebaut. Die Kläger erwarben Wohn- und Teileigentum in dem Fabrikgebäude.

In den als „Kaufverträge“ bezeichneten notariellen Verträgen verpflichteten die Beklagten sich zur Vornahme unterschiedlicher Bauarbeiten, die Einzelheiten sind in der Anlage zu den Verträgen, einer „Baubeschreibung zum Umbau der Fabrik“, niedergelegt. Zu den Arbeiten gehörte unter anderem die Verpflichtung, die Fassade des Fabrikgebäudes sandzustrahlen und zu reinigen.

Für die Bauarbeiten und Umbauarbeiten vereinbarten die Vertragsparteien in allen fünf Verträgen die Geltung der VOB/B.

Der Vertrag mit dem Kläger zu 1) enthält folgende Vereinbarung über die Beschränkung der Gewährleistungsansprüche:

> „Für den Zustand der Altbausubstanz übernimmt der Verkäufer keine Gewähr … Der Verkäufer haftet ausdrücklich nur gemäß Ziffer 2.2 und Ziffer 2.3.“

In den Verträgen mit den Klägern zu 2) bis 5) ist die Haftung der Beklagten auf die in der Baubeschreibung aufgeführten Arbeiten beschränkt. Außerdem heißt es:

> „Im Übrigen übernehmen die Verkäufer für den Zustand des Vertragsgegenstandes (Grund und Boden, Dach und Fach, Gemeinschafts-, Sonder- und gegebenenfalls Teileigentum) keinerlei Gewähr …“

Die Vertragsobjekte wurden den Klägern im Jahre 1993 übergeben.

Am 5.12.1993 schlossen der Kläger zu 1) und die Beklagten eine privatschriftliche Zusatzvereinbarung zu dem Kaufvertrag. In der Zusatzvereinbarung heißt es unter anderem wie folgt:

> „Der Käufer nimmt den Vertragsgegenstand hiermit als vertragsgerecht ab, soweit nicht im Folgenden Restarbeiten und Mängel aufgeführt werden, die von dem Verkäufer anerkannt werden …
>
> Reinigung der Fassade (sandgestrahlt entfällt), Ausbesserung der Bauschäden an der Fassade, Beiputzen der Fenster außen.“

Die Parteien einigten sich darauf, dass die ursprünglich vorgesehene Sandstrahlreinigung der Klinkerfassade nicht vorgenommen werden solle, weil zu befürchten war, dass dadurch Beschädigungen an der Fassade entstehen würden.

Der Kläger zu 1) forderte die Beklagten im Jahre 1994 vergeblich unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung auf.

Im Mai 1995 ließen die Kläger die Beklagten durch einen Rechtsanwalt erneut unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung an der Fassade auffordern. Nach fruchtlosem Ablauf leiteten die Kläger ein selbstständiges Beweisverfahren ein. Der Sachverständige in diesem Verfahren bestätigte Schäden an der Fassade und schätzte die Beseitigungskosten auf ca. 111.000 DM.

Im Juli 1997 forderten die Kläger die Beklagten erfolglos zur Zahlung eines Kostenvorschusses auf.

III. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit ihrer Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

I. Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

II. 1. (…)

2. Die Erwägung des Berufungsgerichts zur Qualifizierung der Gewährleistungsausschlussklauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

Voraussetzung für Allgemeine Geschäftsbedingungen sind neben der Vorformulierung ohne individuelles Aushandeln, dass die Vertragsbedingungen von dem Verwender „für eine Vielzahl“ von Verträgen vorformuliert sind (BGH, Urt. v. 26.9.1996 – VII ZR 318/95, ZEBR 1997, 78 = BauR 1997, 123). Die vorformulierten Vertragsbedingungen sind nur dann Allgemeine Geschäftsbedingungen, wenn der Verwender im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Absicht der Mehrverwendung hatte (BGH, Urt. v. 4.5.2000 – VII ZR 53/99, BGHZ 144, 242 = ZfBR 2000, 472 = BauR 2000, 1182). Vertragsklauseln, die auf Standardformulierungen eines Notars beruhen, sind nicht schon allein deshalb Allgemeine Geschäftsbedingungen (BGH, Urt. v. 16.11.1990 – V ZR 217/89, NJW 1991, 843).

a) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, dass die Beklagten die Vertragsklauseln gestellt haben und damit Verwender sind. Nach dem Sachvortrag der Beklagten, der in der Revision als richtig zu unterstellen ist, weil er vom Berufungsgericht nicht berücksichtigt wurde, haben die Beklagten die Vertragsbedingungen nicht gestellt. Sie haben behauptet, die Gewährleistungsausschlussklauseln seien von den jeweiligen Notaren, die von den Klägern ausgesucht und bestimmt worden seien, vorgeschlagen worden.

b) Es fehlt auch an den erforderlichen Feststellungen, dass die Beklagten die Klauseln zum Zweck der Mehrfachverwendung formuliert und verwendet haben. Nach dem unter a) als richtig unterstellten Sachvortrag der Beklagten haben nicht sie, sondern die Kläger die Notare dazu veranlasst, die Klauseln in die Verträge aufzunehmen.

c) Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, dass die Kläger hätten darlegen und beweisen müssen, dass die Gewährleistungsausschlussklauseln Allgemeine Geschäftsbedingungen sind.

(1) Grundsätzlich muss die Vertragspartei des Verwenders, die sich im Individualprozess auf den Schutz des AGB-Gesetzes beruft, die Voraussetzungen für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen darlegen und beweisen.

Abweichend von diesem Grundsatz genügt der Erwerber seiner Darlegungslast schon durch die Vorlage des mit dem Bauträger abgeschlossenen Vertrages, wenn der Vertragspartner

[1] Jetzt: § 305 Abs. 1 BGB.

gewerblich als Bauträger tätig ist und der Vertrag Klauseln enthält, die typischerweise in Bauträgerverträgen verwendet werden (BGH, Urt. v. 14.5.1992 – VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238 f. = ZfBR 1992, 219 = BauR 1992, 622).

(2) Die Voraussetzungen für die geringen Anforderungen an die Darlegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch den Erwerber liegen schon deshalb nicht vor, weil die Beklagten nicht gewerblich als Bauträger tätig sind.

(…)

---

2. GBO 29 Abs. 1; BeurkG § 42 *(Vorlage der Vollmachtsurkunde)*

Bei einer Vollmachtsurkunde genügt die Vorlage einer beglaubigten Abschrift allein nicht, wenn der Besitz der Vollmachtsurkunde nach materiellem Recht (z.B. § 172 BGB) zum Nachweis der Vertretungsmacht erforderlich ist. Die beglaubigte Abschrift kann in diesem Fall durch eine notarielle Bescheinigung des Inhalts, dass dem Notar die Vollmachtsurkunde im Original oder in Ausfertigung zu einem bestimmten Zeitpunkt vom Bevollmächtigten vorgelegt wurde, ergänzt werden.

BayObLG, Beschluss vom 27.12.2001 – 2Z BR 185/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Im Grundbuch sind zugunsten einer Gläubigerin drei Grundschulden ohne Brief eingetragen. Die Gläubigerin, eine Großbank, hat die Grundschulden an die Beteiligte, eine Sparkasse, abgetreten. Zum Vollzug im Grundbuch hat der Notar die Abtretungserklärung samt Eintragungsbewilligung der bisherigen Gläubigerin und die Ablichtung einer Vollmachtsurkunde vom 1.9.1998 der für die Gläubigerin handelnden natürlichen Personen vorgelegt, die er mit dem Vermerk „Vorstehende Abschrift stimmt mit der Urschrift überein" beglaubigt hat.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 21.9.2001 einen Nachweis der fortbestehenden Vertretungsmacht der für die Gläubigerin handelnden Personen durch Vorlage der Urschrift, einer Ausfertigung oder durch eine notarielle Erklärung verlangt, in der bestätigt wird, dass dem Notar die Vollmachtsurkunde in Urschrift oder in Ausfertigung vorgelegen hat. Die Beschwerde der Beteiligten, der nicht abgeholfen wurde, hat das Landgericht mit Beschluss vom 15.11.2001 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet.

1. (…)

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

a) Nach § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO soll das Grundbuchamt Eintragungen nur vornehmen, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Die Vollmacht gehört zu den durch die Vorschrift erfassten Erklärungen (BayObLGZ 1991, 24/33 m.w.N.; siehe auch *Demharter* GBO 24. Aufl. § 19 Rdnr. 77; § 29 Rdnr. 10).

Die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Vollmachtsurkunde genügt jedoch nach herrschender und auch vom *Senat* geteilter Meinung grundsätzlich nicht, weil zum Nachweis der Vertretungsmacht der Besitz der Vollmachtsurkunde erforderlich ist (vgl. § 172 BGB). Eine beglaubigte Abschrift reicht nur dann aus, wenn der Notar in dem Beglaubigungsvermerk bestätigt, dass ihm die Vollmachtsurkunde im Original oder in Ausfertigung (vgl. § 47 BeurkG) zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen hat (BayObLG Rpfleger 2000, 62; KG FGPrax 1998, 7/8; OLG Frankfurt Rpfleger 1997, 63; Rpfleger 1972, 306 mit zust. Anm. *Haegele*; *Demharter* § 29 Rdnr. 59; Grundbuchrecht 8. Aufl. § 29 Rdnr. 49; *Knothe* in *Bauer/v. Oefele* GBO § 29 Rdnr. 153; KEHE/*Herrmann* Grundbuchrecht 5. Aufl. § 29 Rdnr. 120). Da § 172 BGB auf den Besitz der Vollmachtsurkunde abstellt, muss das Original oder die Ausfertigung von dem Bevollmächtigten, bei mehreren von jedem von ihnen, vorgelegt sein und auch dies in dem Beglaubigungsvermerk zum Ausdruck kommen.

b) Diesen Anforderungen wird der Beglaubigungsvermerk nicht gerecht. Die Beglaubigung, bei der nach § 42 BeurkG festgestellt werden soll, ob die Urkunde eine Urschrift, eine Ausfertigung, eine beglaubigte oder einfache Abschrift ist, beweist als solche nämlich nur die Richtigkeit der Abschrift. Demgemäß erstreckt sich auch die Prüfungspflicht des Notars nur auf die Übereinstimmung von Hauptschrift und Abschrift (*Huhn/v. Schuckmann* BeurkG 3. Aufl. § 42 Rdnr. 30; *Keidel/Winkler* BeurkG 14. Aufl. § 42 Rdnr. 14). Sie erstreckt sich nicht auf die Verhältnisse der Beteiligten zur Urkunde, insbesondere nicht auf die Besitzrechte an der Urkunde. Knüpft aber das materielle Recht, wie hier § 172 BGB, Rechtsfolgen an den Besitz der Urkunde, genügt die beglaubigte Abschrift allein nicht zum Nachweis des Besitzes der Hauptschrift. Vielmehr muss dieser dem Grundbuchamt gegenüber gesondert, zweckmäßigerweise in Form einer notariellen Bescheinigung (vgl. § 39 BeurkG), erbracht werden. Denn das Datum des Beglaubigungsvermerks gibt nicht notwendigerweise den Tag wieder, an dem die Hauptschrift dem Notar vorgelegen hat.

---

3. GKG § 12 Abs. 1 Satz 1 ZPO §§ 3, 6 *(Streitwert der Klage auf Zustimmung zur Eigentumsumschreibung)*

Verlangt der Kläger die Zustimmung des Beklagten zum Vollzug einer Auflassung, die wegen einer umstrittenen Restgegenforderung verweigert wird, so ist der Gebührenstreitwert nicht nach § 6 ZPO zu bestimmen, sondern gemäß § 3 ZPO unter Berücksichtigung des Werts der streitigen Gegenforderung zu schätzen.

BGH, Beschluss vom 6.12.2001 – VII ZR 420/00*

Anmerkung:

Der BGH befindet sich mit diesem Beschluss in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des OLG Köln (MittBayNot 2001, 228) und des OLG Düsseldorf (JurBüro 1987, 1380). Ausdrücklich offen gelassen hat der BGH die umstrittene Frage, ob sich der Gebührenstreitwert einer Klage auf (eine noch nicht erklärte) Auflassung lediglich nach der Höhe der Kaufpreisrestforderung des Verkäufers bemisst oder nach dem vollen Wert des Grundbesitzes, wie dies die h.M. annimmt. Die dazu vertretenen Ansichten und ihre praktischen Auswirkungen habe ich in MittBayNot 2001, 153 ff. dargestellt und an Zahlenbeispielen zu verdeutlichen versucht.

Notar *Dr. Hermann Amann*, Berchtesgaden

---

* Anmerkung der Schriftleitung: die Entscheidung ist veröffentlicht in DNotZ 2002, 216.

4. BGB §§ 883, 1018, 1090, GBO § 16 KOstO § 131 Abs. 2 § 30 Abs. 1 BayBO Art. 52 Abs. 4 *(Löschung der Auflassungsvormerkung bei Zwischeneintragung)*

1. **Eine Auflassungsvormerkung erlischt mit Eintragung der Auflassung nur dann, wenn keine Zwischenrechte eingetragen sind, es sei denn, sie wurden mit Zustimmung des Auflassungsvormerkungsberechtigten eingetragen.**
2. **Offen bleibt, ob ein unzulässiger Vorbehalt vorliegt, wenn die Löschung einer Auflassungsvormerkung beantragt wird, es sei denn, es liegen ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten eingetragene Zwischenrechte vor.**
3. **Die Ermächtigung des Auflassungsvormerkungsberechtigten, Nutzungsrechte hinsichtlich Kfz-Stellplätzen zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines abgeschriebenen Grundstücksteils zu bestellen, deckt nicht die Bestellung einer Stellplatzdienstbarkeit zugunsten der Stadt in der Form einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.**
4. **(…)**

BayObLG, Beschluss vom 31.1.2002, – 2Z BR 183/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter,* Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

I. Die Beteiligte erwarb am 3.12.1999 eine Eigentumswohnung. In dem Vertrag wurde ihr eine Auflassungsvormerkung bewilligt. Die Beteiligte beantragte in der Urkunde die künftige Löschung dieser Vormerkung Zug um Zug mit Eintragung der Auflassung, es sei denn, dass in der Zwischenzeit eine Eintragung ohne ihre Zustimmung erfolgt ist.

Die Beteiligte erteilte dem Veräußerer Vollmacht, eine Teilfläche von etwa 200 m² aus dem Grundstück wegzumessen. Diese Fläche sollte bebaut werden und nicht mitverkauft sein. Der Miteigentumsanteil an dieser Fläche, die nach Vermessung 157 m² beträgt, wurde am 25.9.2000 abgeschrieben.

Am 24.1.2000 wurde die Auflassungsvormerkung für die Beteiligte im Grundbuch eingetragen. Am 2.8.2000 ermächtigte die Beteiligte den Veräußerer,

a) Nutzungsrechte an den im beigefügten Plan Nr. 1, 4, 5, 6 und 7 gekennzeichneten Stellplätzen zugunsten des jeweiligen Eigentümers der wegzumessenden Fläche von 200 m²,

b) Dienstbarkeiten zur Übernahme etwaiger Abstandsflächen

zu bestellen und im Grundbuch eintragen zu lassen.

Der Veräußerer bestellte am 27.6.2000 zugunsten des jeweiligen Eigentümers des aus der abgeschriebenen Teilfläche von 157 m² gebildeten Grundstücks an dem im Miteigentum der Wohnungseigentümer verbliebenen Restgrundstück eine Grunddienstbarkeit zur Benutzung von fünf Kraftfahrzeugabstellplätzen, ferner zugunsten der Stadt eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit des Inhalts, dass die fünf Stellplätze nur zum Abstellen von Kraftfahrzeugen durch die Berechtigten der Grunddienstbarkeit genutzt werden dürfen. Die beiden Dienstbarkeiten wurden am 25.9.2000 im Grundbuch eingetragen.

Am 15.11.2000 hat der den Kaufvertrag und die Auflassung beurkundende Notar beantragt, die Auflassung einzutragen und die Auflassungsvormerkung zu löschen. Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung beanstandet, dass die Zustimmung der Beteiligten zur Löschung der Auflassungsvormerkung fehle; bei der zugunsten der Stadt eingetragenen Dienstbarkeit handele es sich um ein Zwischenrecht, dem die Beteiligte nicht zugestimmt habe; die Vollmacht vom 2.8.2000 habe den Veräußerer nicht zur Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ermächtigt. Der Beschwerde der Beteiligten hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen und ausgeführt, unter „Nutzungsrecht“ im Sinn der Vollmacht vom 2.8.2000 seien eindeutig nur Sondernutzungsrechte nach dem Wohnungseigentumsgesetz und nicht Dienstbarkeiten zu verstehen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Am 17.12.2001 hat das Grundbuchamt den Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung zurückgewiesen und die Beteiligte als Eigentümerin der Wohnung im Grundbuch eingetragen.

Aus den Gründen:

II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. (…)

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

a) Die Auflassungsvormerkung, die gelöscht werden soll, sichert den Eigentumsverschaffungsanspruch der Beteiligten (vgl. § 883 BGB). Wegen der Abhängigkeit der Vormerkung vom gesicherten Anspruch erlischt die Vormerkung mit der Erfüllung des Eigentumsverschaffungsanspruchs, also mit der Eintragung der Auflassung im Grundbuch. Das Grundbuch wird unrichtig und ist durch Löschung der Auflassungsvormerkung zu berichtigen. Der Eigentumsverschaffungsanspruch erlischt aber nur dann, wenn keine vormerkungswidrigen Eintragungen vorliegen, weil sonst nicht vollständig erfüllt ist (BayObLG Z 1990, 318/321; *Demharter* GBO 24. Aufl. Anh. zu § 44 Rdnr. 89; vgl. OLG Hamm Rpfleger 1992, 474).

Der Antrag vom 15.11.2000, die Eigentumsumschreibung vorzunehmen und die Auflassungsvormerkung zu löschen, stellt sich hinsichtlich der Auflassungsvormerkung als Antrag auf Grundbuchberichtigung dar. Der Antrag wurde von dem Notar gemäß § 15 GBO und der ihm erteilten Vollzugsvollmacht ohne Einschränkung gestellt. Es braucht daher nicht näher darauf eingegangen zu werden, ob der von der Beteiligten anlässlich des Kaufvertragsabschlusses am 3.12.1999 mit der Einschränkung gestellte Löschungsantrag, dass keine Zwischenrechte ohne ihre Zustimmung eingetragen sind, einen unzulässigen Vorbehalt im Sinn des § 16 Abs.1 GBO enthält (verneinend OLG Hamm Rpfleger 1992, 474; *Demharter* § 16 Rdnr. 3).

b) Die Löschung der Auflassungsvormerkung hat als Grundbuchberichtigung zur Voraussetzung, dass mit der Eintragung der Auflassung der gesicherte Eigentumsverschaffungsanspruch vollständig erfüllt wurde. Liegen wie hier in Form der beiden Dienstbarkeiten Zwischenrechte vor, kann von einer vollständigen Erfüllung nur ausgegangen werden, wenn diese Rechte mit Zustimmung des Vormerkungsberechtigten eingetragen wurden (OLG Hamm Rpfleger 1992, 474; *Demharter* § 16 Rdnr. 3). Das Landgericht hat im Ergebnis ohne Rechtsfehler ein Einverständnis der Beteiligten als der Berechtigten der Auflassungsvormerkung mit der Eintragung jedenfalls der beschränkten, persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Stadt verneint.

(1) Nicht folgen kann der *Senat* dem Landgericht und dem Grundbuchamt insoweit, als diese die Ermächtigung des Veräußerers, „Nutzungsrechte“ zu bestellen, dahin ausgelegt haben, dass darunter nur Nutzungsrechte gemäß § 15 WEG zu verstehen sind. § 15 WEG hat Gebrauchsregelungen der Wohnungseigentümer hinsichtlich des Sondereigentums oder des gemeinschaftlichen Eigentums zum Gegenstand. Nach § 15 Abs. 1 WEG können die Wohnungseigentümer durch Vereinbarung über ihr Verhältnis untereinander im Sinn des § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG in Ergänzung oder Abweichung von der Regelung des § 13 WEG den Gebrauch des Sondereigentums oder des gemeinschaftlichen Eigentums regeln. In Betracht kommt dabei insbesondere, dass einem Wohnungseigentümer unter Ausschluss der übrigen von ihrem Recht zum Mitgebrauch gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG hinsichtlich eines Teils des gemeinschaftlichen Eigentums das alleinige Nutzungsrecht eingeräumt wird. Insoweit wird von einem Sondernutzungsrecht gesprochen. Ein solches kann nur einem Wohnungseigentümer und nicht einem Außenstehenden eingeräumt werden (OLG Zweibrücken NJW-RR 1986, 1338; *Weitnauer/Lüke* WEG 8. Aufl. § 15 Rdnr. 25; *Staudinger/Kreuzer* WEG § 15 Rdnr. 84). Zugunsten eines Außenste-

henden kann die Nutzung oder der Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums in dinglich wirkender Weise grundsätzlich nur durch Bestellung einer Dienstbarkeit im Sinn der §§ 1018, 1090 BGB eingeräumt werden. Die Ermächtigung vom 2.8.2000 hat die Bestellung von Nutzungsrechten zugunsten des jeweiligen Eigentümers der wegzumessenden Fläche zum Gegenstand. Der Begünstigte der Nutzungsrechte soll damit gerade kein Wohnungseigentümer sein. Dies lässt die von den Vorinstanzen vorgenommene Auslegung der Ermächtigung als eine solche zur Bestellung von Nutzungsrechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz nicht zu; in Betracht kommt vielmehr nur die Bestellung von Dienstbarkeiten. Bei der unter Bezugnahme auf die Ermächtigung vom 2.8.2000 vom Veräußerer bestellten Grunddienstbarkeit handelt es sich damit um ein mit Zustimmung der Beteiligten bestelltes Recht, das dem Erlöschen der Auflassungsvormerkung mit Eintragung der Auflassung nicht entgegensteht.

(2) Dies gilt aber nicht für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Stadt. Die Ermächtigung lässt nur die Bestellung von Nutzungsrechten zugunsten des jeweiligen Eigentümers des aus der abzuschreibenden Fläche bestehenden Grundstücks zu, also nur eine Grunddienstbarkeit. Berechtigter der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist nicht der Eigentümer des abgeschriebenen Grundstücks. Diese Dienstbarkeit ist auch nicht im weiteren Sinn zu dessen Gunsten bestellt. Berechtigt ist vielmehr die Stadt, die damit andere Interessen verfolgt als der Eigentümer des abgeschriebenen Grundstücks. Es geht nämlich um das öffentliche Interesse daran, dass die Stellplätze auf Dauer für das abgeschriebene Grundstück zur Verfügung stehen und nicht anderweitig genutzt werden, damit die öffentlichen Verkehrsflächen für den fließenden Verkehr frei bleiben (BayObLGZ 1965, 180/182; vgl. Art. 52 Abs. 4 BayBO). Die Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Stadt ist damit nicht von der von der Beteiligten als der Auflassungsvormerkungsberechtigen am 2.8.2000 erteilten Ermächtigung gedeckt.

(…)

---

5. BGB § 873; GBV § 9 d *(Klarstellungsvermerk bei wiederholter Auflassung)*

Ein Klarstellungsvermerk im Grundbuch kommt nicht in Betracht, wenn er lediglich dazu dient, wegen Zweifeln an einer rechtswirksamen Auflassung alternativ den Erwerb des Eigentums auf der Grundlage einer vorsorglich wiederholten zweiten Auflassung zusätzlich im Grundbuch zu verlautbaren.

BayObLG, Beschluss vom 14.2.2002 – 2Z BR 172/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte zu 1 verkaufte am 15.1.2001 ein Betriebsgrundstück an die Beteiligten zu 2. Die zur notariellen Urkunde vom 20.2.2001 erklärte Auflassung wurde auf Bewilligung der Veräußerin und Antrag der Erwerber am 15.3.2001 im Grundbuch eingetragen.

Zu notarieller Urkunde vom 22.5.2001 wiederholten die Beteiligten die Auflassung. Anlass hierfür war, dass der beurkundende Notar Zweifel hat, ob die seitens der Veräußerin durch eine Unterbevollmächtigte abgegebene Auflassungserklärung vom 20.2.2001 wirksam ist.

Die Beteiligten haben beantragt, im Grundbuch, erste Abteilung, Spalte 4, zusätzlich zur bereits vermerkten Erwerbsgrundlage einzutragen, dass die Auflassung vorsorglich am 22.5.2001 wiederholt worden sei. Das Grundbuchamt hat am 24.7.2001 die beantragte Eintragung abgelehnt; das Landgericht hat nach unterbliebener Abhilfe die Beschwerde mit Beschluss vom 13.9.2001 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten vom 9.11.2001.

Aus den Grüden:

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Die weitere Beschwerde mit dem Ziel, einen klarstellenden Vermerk über die Grundlage der Eintragung in Spalte 4 der ersten Abteilung des Grundbuchs einzutragen, ist zulässig. Ein solcher Vermerk kann von Amts wegen oder auf Antrag eingetragen werden, wenn der vorhandene Grundbucheintrag Umfang und Inhalt eines eingetragenen Rechts nicht in einer Weise verlautbart, die Zweifel ausschließt. Gegenstand eines Klarstellungsvermerks kann deshalb nie eine sachliche Änderung oder Berichtigung der Eintragung sein. Folglich gelten die Beschränkungen des § 71 Abs. 2 GBO nicht (BayObLGZ 1988, 124/126 m.w.N.; *Demharter* GBO 24. Aufl. 53 Rdnr. 7).

2. Das Rechtsmittel ist jedoch unbegründet. Eine Anweisung, den beantragten Zusatz einzutragen, kommt nicht in Betracht.

a) Das Landgericht hat ausgeführt: Es fehle ein Grund für die beantragte Eintragung. Würde sie vorgenommen, hätte dies nur den Charakter eines informativen Hinweises. Dieser Zweck könne ebenso gut durch Beifügung der Auflassungsurkunde zur Grundakte erfüllt werden. Bei Zweifeln an der Wirksamkeit der Auflassung vom 20.2.2001 lasse sich der Nachweis anhand der Grundakte führen. Solange die Unwirksamkeit der Auflassung vom 20.2.2001 nicht nachgewiesen sei, bilde diese die alleinige Grundlage für den Eigentumsübergang. Zusätzliche Nachweise wie die Auflassung vom 22.5.2001 seien nicht einzutragen, um eine unnötige Überfüllung des Grundbuchs zu vermeiden.

b) Die Entscheidung des Landgerichts hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

(1) Das eingetragene Eigentum der Beteiligten zu 2 besteht (§§ 873, 925 Abs. 1 BGB). Die Einigung der Veräußerin und der Erwerber (Auflassung) liegt ebenso vor wie die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Einigung der Eintragung vorausgeht oder ihr nachfolgt (siehe § 879 Abs. 2, 892 Abs. 2 BGB; BGH NJW 1973, 613; auch NJW 2000, 805/806; KG KGJ 4, 329/332 f.; JW 1925, 2617/2618; *Staudinger/Gursky* BGB 13. Bearb. § 873 Rdnr. 9; *Palandt/Bassenge* BGB 61. Aufl. § 873 Rdnr. 2). Demnach ist es unerheblich, ob der Eigentumswechsel auf der am 20.2.2001 oder auf der am 22.5.2001 erklärten Auflassung, jeweils in Verbindung mit der Eintragung am 15.3.2001, beruht. Offen ist lediglich der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, nämlich entweder am 15.3.2001 mit Eintragung nach vorausgegangener Einigung oder aber am 22.5.2001 mit Einigung nach vorausgegangener Eintragung. Einer erneuten Eintragung im Grundbuch bedarf es auch dann nicht, wenn erst die nachfolgende Einigung wirksam ist und den Rechtswechsel herbeiführt (BGH NJW 2000, 805/807; KG JW 1925, 2617/2618; *Staudinger/Gursky* § 873 Rdnr. 208; § 894 Rdnr. 52 f.; *Kohler* in *Bauer/von Oefele* GBO § 22 Rdnr. 145 f.; *Meikel/Böttcher* GBR 8. Aufl. § 22 Rdnr. 57).

(2) Weil die Einigung der Beteiligten nicht Teil der Eintragung, sondern neben dieser ein weiteres Element des Verfügungstatbestandes ist, nimmt die in der ersten Abteilung, Spalte 4, einzutragende Grundlage der Eintragung, also bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Eigentum der Tag der Auflassung, nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Es handelt sich lediglich um einen informativen Hinweis, dessen Aufnahme ins Grundbuch auf der Ordnungsvorschrift von § 9 Buchst. d GBV beruht (BGHZ 7, 64/68; *Meikel/Ebeling* § 9 GBV Rdnr. 2). Aus dem Inhalt der Eintragung über den Erwerbsgrund lassen sich deshalb keine Schlüsse auf die inhaltliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Eintragung des Eigentümers in Spalte 2 ziehen (BGH

a.a.O.). Demgemäß käme dem begehrten Hinweis auf die zweite Auflassung im Grundbuch keine über die bestehende Wirkung der Eintragung hinausgehende Bedeutung zu: Der eingetragene Berechtigte gilt nach § 891 BGB als gegenwärtiger Rechtsinhaber, ohne dass es auf den Zeitpunkt des Rechtserwerbs ankommt. Auch für den Zeitraum zwischen der ersten Eintragung und der begehrten klarstellenden Eintragung ergäbe sich nichts anderes.

(3) Rechtsprechung und Literatur beurteilen die Zulässigkeit gesetzlich nicht vorgeschriebener klarstellender Vermerke nach der Funktion des Grundbuchs und den Bedürfnissen der Praxis. Einerseits soll eine dem Rechtsverkehr hinderliche Überfüllung des Grundbuchs vermieden werden (siehe etwa BayObLGZ 1995, 153/155; KG KGJ 47 A 198/201; 37 A 3,13); andererseits findet der Grundsatz, das Grundbuch von überflüssigen Vermerken freizuhalten, dort keine Anwendung, wo es sich nur um einen kurzen Zusatz handelt, der, wenn auch nicht nötig, so doch geeignet ist, Zweifel zu verhüten (RGZ 132, 106/112 f.). Der begehrte Vermerk muss jedoch geeignet sein, eine Klarstellung herbeizuführen (BayObLGZ 1988, 124/126; *Demharter* § 53 Rdnr. 7). Geht es um das Rangverhälthis von Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, so dient der klarstellende Rangvermerk im Interesse der Grundbuchklarheit dazu, das feststehende Verhältnis dieser Rechte zueinander im Grundbuch deutlich zum Ausdruck zu bringen (BGH NJW 2000, 805/807; *Palandt/Bassenge* BGB § 873 2; *Wacke* DNotZ 2000, 643/646). Geht es, wie hier, um das im Grundbuch zutreffend verlautbarte Eigentum, so kann es zweckmäßig sein, dort auch ersichtlich zu machen, dass die Eintragung des Eigentumswechsels auf einer anderen – erneuten – Auflassung beruht (BayObLG MittBayNot 1979, 74/75 [rechte Spalte] = Rpfleger 1979, 123 [Leitsatz]; KG KGJ 4, 329/334 f.; ebenso KEHE-*Munzig* GBR 5. Aufl. Einl J 25; *Staudinger/Gursky* § 873 Rdnr. 208). Dies kommt in Betracht, wenn die Unwirksamkeit der ersten Auflassung feststeht (BayObLG MittBayNot 1979, 75: „zur Überzeugung des Grundbuchamts dargetan"; KG KGJ 4, 329) oder wenn die Beteiligten den Erwerbsgrund im Grundbuch durch eine rechtsfeststellend wirkende zweite Auflassung richtig stellen lassen (KG OLGZ 15, 344). Der Klarstellungsvermerk beinhaltet dann aber als Erwerbsgrund nur die zweite Auflassung. Demgegenüber würde die hier begehrte Eintragung einer zweiten Erwerbsgrundlage zu keiner Klarstellung führen, sondern ohne rechtliche Notwendigkeit Unsicherheiten über die Grundlage und den Zeitpunkt des Erwerbsvorgangs ins Grundbuch bringen. Grundlage der Eintragung wäre nämlich alternativ und sich gegenseitig ausschließend entweder die erste oder die zweite Auflassung.

---

6. BGB § 883, WEG § 8 *(Bestimmtheitserfordernis bei Vormerkung hinsichtlich Begründung und Übertragung von Teileigentumseinheiten)*

1. **Die Begründung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Aufteilung und Übertragung einer noch zu begründenden Teileigentumseinheit unterliegt nicht dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.**
2. **Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines solchen Anspruchs ist daher möglich, wenn das Sondereigentum so beschrieben ist, dass es in der Örtlichkeit zweifelsfrei festgestellt ist oder wenn ein Bestimmungsrecht eines Vertragspartners besteht.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

LG Dresden, Beschluss vom 1.10.2001 – 2-T-0715/99 –, mitgeteilt von Notar *Christian Leupold*, Werneck

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind als Gesellschafter bürgerlichen Rechts als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen.

Die Beteiligten zu 1 und 2 vermieteten an den Beteiligten zu 3 Räumlichkeiten in dem auf dem Grundstück aufstehenden Gebäude. Der Mietvertrag enthält eine Kaufoption für den Beteiligten zu 3. Darin heißt es wie folgt:

> „§ 16 Kaufoption
>
> 1. Der Vermieter räumt hiermit dem Mieter eine Kaufoption mit folgendem Inhalt ein:
>
> Der Mieter kann, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen oder unter zumutbaren Bedingungen geschaffen werden können, verlangen
>
> a) die Aufteilung dieses Grundstücks nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) in (Wohnungs- und) Teileigentum nach näherer Maßgabe von nachstehend 2., wobei vom Mieter im Zeitpunkt der Optionsausübung vollständig genutzte Etagen samt gemieteter Archivfläche im Tiefgeschoss, höchstens jedoch 2.600 qm Bürofläche, eine oder mehrere Teileigentumseinheiten bilden müssen,
>
> b) die Übereignung der danach gebildeten Teileigentumseinheit(en) zu den nachstehend in 3. geregelten Vertragsbedingungen.
>
> Klargestellt wird, dass die Option im Falle des Austauschs des Mietgegenstands sich auf die im Zeitpunkt der Optionsausübung gemietete Fläche bezieht. Hat der Mieter ganze Etagen mit einer Gesamtfläche von mehr als 2.600 qm gemietet, hat er bei der Optionsausübung nach seinem Ermessen diejenigen Flächen, die er erwerben will, zu bestimmen. Eine Option hinsichtlich nicht vollständig vom Mieter genutzter Etagen besteht nicht.
>
> Das Verlangen nach Aufteilung und Übereignung kann frühestens zum Ende der Festlaufzeit dieses Vertrags, also zum 1.10.2005, geltend gemacht werden und nur dann, wenn das Mietverhältnis nicht bereits vorher beendet wurde; es muss bis spätestens 1.10.2004 gestellt sein. Wird das Mietverhältnis über die 11-jährige Festlaufzeit hinaus aufgrund der dem Mieter in § 2 Nr. 3 eingeräumten Option fortgesetzt, ist das Verlangen nach Aufteilung und Übereignung mit einer Frist von zwölf Monaten zum Ende der sich daraus ergebenden Mietzeit zu stellen. …
>
> 4. Zur Sicherung des Anspruchs des Mieters auf Aufteilung nach dem WEG und auf Übertragung des Eigentums an der der Option unterliegenden Flächen bewilligen und beantragen die Beteiligten die Eintragung einer Vormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch (…)"

Dieser Mietvertrag wurde als Anlage II mit der notariellen Urkunde verbunden.

Mit Schreiben vom 9.1.1997 beantragte der beurkundende Notar, die in den oben genannten Urkunden enthaltene Auflassungsvormerkung im Grundbuch zu vollziehen.

Mit Zwischenverfügung vom 13.5.1997 gab das Amtsgericht – Grundbuchamt – als der Eintragung der Vormerkung entgegenstehenden Hinderungsgrund an, dass der zu bildende und zu übertragende Miteigentumsanteil nicht genügend bestimmt sei und die ggf. mögliche Änderung des Kaufgegenstandes nicht durch eine Vormerkung gesichert werden könne.

Insoweit sei eine Nachtragserklärung der Eigentümer notwendig.

Hiergegen richtet sich die Erinnerung des beurkundenden Notars. Er ist der Ansicht, der zu sichernde Anspruch sei genügend bestimmt.

Die Rechtspflegerin hat der Erinnerung nicht abgeholfen und sie dem Grundbuchrichter vorgelegt.

Der Grundbuchrichter hat der Erinnerung/Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die nach § 39 RPflG n.F. i.V.m. § 11 RPflG a.F. durch Nichtabhilfe in Vorlage an das Beschwerdegericht als Beschwerde geltende Erinnerung ist nach § 71 GBO zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung zur Zurückverweisung der Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung durch das Grundbuchamt.

Das vom Grundbuchamt in der Zwischenverfügung vom 13.5.1997 benannte Vollzugshindernis besteht nicht.

Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Grundbuchamt angenommen, dass sowohl für die Wirksamkeit einer Kaufoption als auch für die Zulässigkeit der Eintragung einer Vormerkung erforderlich ist, das Wohnungseigentum bestimmt oder zumindest bestimmbar festzulegen, und zwar hinsichtlich aller drei Elemente des Sonder- und Miteigentums und der Gemeinschaftsordnung (*Baur/von Oefele*, GBR, 1999, AT V Rdnr. 296; BayObLGZ 1977, 155, 157 m.w.N.).

Das Grundbuchamt hat jedoch die Anforderungen an die Bestimmbarkeit zu hoch angesetzt.

Die beantragte Vormerkung sichert lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch des Beteiligten zu 3 auf Aufteilung und Übertragung eines Miteigentumsanteils, verbunden mit dem Teileigentum. Die Begründung eines solchen schuldrechtlichen Anspruchs, der auch zukünftig und bedingt sein kann (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB), unterliegt nicht dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Die Notwendigkeit der Bestimmbarkeit der Leistungspflichten ergibt sich vielmehr aus § 241 BGB (OLG Düsseldorf, Rpfleger 1996, 503) und dem Formerfordernis des § 313 BGB (BGH NJW 1986, 845). Wenn wie vorliegend – das Gebäude bereits errichtet ist, bedarf es nicht der Vorlage eines Bauplans oder Aufteilungsplanes. Es reicht aus, wenn das Sondereigentum so beschrieben ist, dass es in der Örtlichkeit zweifelsfrei festgestellt werden kann. Für die Bestimmbarkeit reicht auch die Einräumung eines Bestimmungsrecht für einen Vertragspartner aus (BGH WM 1979, 861; BGH NJW 1986, 845; BayObLGZ 1977, 155, 158; OLG Düsseldorf; Rpfleger 1996, 503; KG DNotZ 1985, 305, 308; *Schöner/Stöber*, GbR, 12. Auflage, Rdnr. 2943; *Baur/von Oefele*, a.a.O., Rdnrn. 177, 296).

Vorliegend ist das Sondereigentum ausreichend bestimmbar dargelegt. Die Bewilligung der Eintragung der Vormerkung in § 16 Abs. 4 des Mietvertrags als Anlage II zur notariellen Urkunde vom 22.10.1996 nahm Bezug auf die Regelungen über die Kaufoption in § 16 Abs. 1 bis 3 des Mietvertrags. Danach kann der Beteiligte zu 3 frühestens zum 1.10.2005 die Aufteilung nach dem WEG verlangen, wobei Sondereigentum nach seiner Wahl an einer oder mehrerer von ihm zum Zeitpunkt der Ausübung der Kaufoption vollständig angemieteter Büroetagen zuzüglich der Archivflächen im Tiefgeschoss bis zu einer Gesamtbürofläche von 2.600 qm gebildet wird. Die Klarstellung, dass die Option im Falle des Austauschs des Mietgegenstandes sich auf die im Zeitpunkt der Optionsausübung gemietete Fläche bezieht, trägt der Regelung nach § 1 Abs. 2 des Mietvertrags Rechnung, wonach unter bestimmten Voraussetzungen die Beteiligten zu 1 und 2 vom Beteiligten zu 3 die Räumung der Bürofächen im 1. Obergeschoss und die Anmietung der Büroflächen im 2. Obergeschoss verlangen können.

Die Beschreibung der Mieträume in § 1 des Mietvertrags, auf die § 16 des Mietvertrags Bezug nimmt, stützt sich ihrerseits wiederum auf Ziff. II Abs. 1 der Urkunde vom 22.10.1996 und damit auf die in den zur Urkunde gehörigen Bauplänen markierten Flächen.

Durch diese Bestimmungen und die in Bezug genommenen Pläne ist der Rahmen für das Bestimmungsrecht des Beteiligten zu 3 hinsichtlich der Entstehung von Sondereigentum hinreichend bestimmt.

Auch der Miteigentumsanteil, mit dem das Sondereigentum im Falle der Optionsausübung verbunden wird, ist ausreichend bestimmbar. Nach § 16 Ziff. 2 Abs. 2 des Mietvertrags sind die auf Teileigentumseinheiten entfallenden Miteigentumsanteile nach dem Verhältnis der Büro- und Nutzflächen zu bestimmen. Das ist ausreichend bestimmbar (BGH NJW 1986, 845; KG a.a.O.; *Schöner/Stöber* a.a.O.). Schließlich ist auch die Übertragung des Bestimmungsrechtes hinsichtlich des Inhalts der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung auf die Beteiligten zu 1 und 2 nach § 16 Ziff. 2 Abs. 2 Satz 1 des Mietvertrages nicht als zu unbestimmt zu beanstanden (BGH a.a.O.)

———

7. ZPO § 323 *(Anpassung eines Unterhaltsvergleichs)*

1. (…)

2. Lässt sich die Berechnung des in einem Prozessvergleich titulierten Unterhalts unter Zugrundelegung der verschiedenen Faktoren nicht nachvollziehen und ist deshalb eine Anpassung des Vergleichs an zwischenzeitlich geänderte Verhältnisse nicht möglich, so ist der geschuldete Unterhalt nach den gesetzlichen Vorschriften neu zu berechnen.

BGH, Urteil vom 3.5.2001 – XII ZR 62/99 –

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt. Ihre 1971 geschlossene Ehe ist seit 4.1.1994 rechtskräftig geschieden.

Beide Parteien sind Diplom-Chemiker. Der Beklagte ist Universitätsbeamter und dienstunfähig erkrankt; er erhielt jedoch 1997/1998 seine Dienstbezüge in Höhe von monatlich rund 5.830 DM netto weiter. Nach der Geburt der beiden 1973 (Regina) und 1977 (Gabriele) aus der Ehe hervorgegangenen Kinder war die Klägerin zunächst nicht erwerbstätig. In den Jahren 1990 und 1991 bereitete sie durch den Besuch eines Seminars und durch ein Praktikum den beruflichen Wiedereinstieg vor. Von September 1991 bis September 1997 arbeitete die Klägerin – mit kurzfristigen Unterbrechungen durch Arbeitslosigkeit und eine Tätigkeit bei der P. – zum Teil aufgrund eines Stipendiums, zum Teil im Rahmen befristeter Arbeitsverhältnisse als Diplom--Chemikerin und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität.

Im Sommer 1992 trennten sich die Parteien zunächst innerhalb des in ihrem hälftigen Miteigentum stehenden Einfamilienhauses. Während dieser Zeit zahlte der Beklagte weiterhin die Restkredite und sämtliche Hausnebenkosten.

In einem vorausgegangenen Verfahren unter anderem über den Trennungsunterhalt schlossen die Parteien am 5.10.1993 einen Prozessvergleich mit folgendem Wortlaut:

> „Der Beklagte zahlt ab 1.9.1993 für die Klägerin eine monatliche Unterhaltsrente von 500 DM und für die Tochter Gabriele ... zu Händen der Klägerin ebenfalls eine monatliche Unterhaltsrente von 500 DM. Auf den Unterhalt für die Klägerin lässt diese sich einen Anteil von 180 DM monatlich auf die vom Beklagten monatlich zu erbringenden Haus-Nebenkosten von zur Zeit 545 DM anrechnen, so dass der Beklagte monatlich einen Gesamt-Unterhaltsbetrag von 820 DM für die Klägerin und die Tochter Gabriele an die Klägerin auszuzahlen hat.
>
> Diese Unterhaltsregelung gilt auch für die Zeit nach der Scheidung der Ehe der Parteien.
>
> Bei der Bezifferung des Unterhaltsbetrags gehen die Parteien übereinstimmend von einem bereinigten Nettoeinkommen der Klägerin von monatlich 2.400 DM, bei dem Beklagten von monatlich 4.800 DM aus. …“

Später kamen die Parteien im Hinblick auf das von der Klägerin zwischenzeitlich erzielte Einkommen in Höhe von rund 3.600 DM außergerichtlich überein, dass der Beklagte ab dem 1.10.1995 keine Unterhaltsleistungen mehr an die Klägerin erbringen müsse.

Ihr hälftiges Miteigentum am Haus der Parteien übertrug die Klägerin dem Beklagten. Als Entgelt erhielt sie im Juni 1997 vom Beklagten rund 154.000 DM, mit denen sie – unter Inanspruchnahme eines Darlehens in Höhe von 181.500 DM – ein Einfamilienhaus erwarb, in dem sie mit der jüngeren Tochter Gabriele wohnt. Die ältere Tochter Regina verblieb bis Mitte April 1998 bei dem Beklagten in dem ehemaligen Familienheim und wurde von ihm allein unterhalten. Für die Tochter Gabriele zahlte der Beklagte an die Klägerin zuletzt monatlich 600 DM. Beide Parteien bezogen das jeweilige Kindergeld für die jeweils bei ihnen lebende Tochter.

Vom 1.10.1997 bis 30.4.1998 war die Klägerin arbeitslos und bezog ein Arbeitslosengeld in Höhe von monatlich rund 2621 DM bis Dezember 1997 und ab Januar 1998 in Höhe von wöchentlich rund 608 DM. Der Beklagte zahlte in dieser Zeit an die Klägerin einen monatlichen Unterhalt von 327,50 DM. Seit dem 1.5.1998 ist die Klägerin im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme am Institut für technische Chemie beschäftigt und verdiente 1998 durchschnittlich monatlich netto 3.115 DM und 1999 3.126 DM.

Die Klägerin hat in erster Instanz zunächst im Wege einer Leistungsklage und – auf entsprechenden gerichtlichen Hinweis – in einem nachgelassenen Schriftsatz hilfsweise im Wege der Abänderungsklage die Zahlung von Unterhalt für die Zeit ab 1.10.1997 begehrt. Das Amtsgericht hat die Klage ohne Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgewiesen, weil eine Leistungsklage im Hinblick auf den von den Parteien geschlossenen Prozessvergleich unzulässig sei. Mit ihrer Berufung hat die Klägerin beantragt, den Beklagten in Abänderung des Vergleichs zu verurteilen, an sie ab dem 1. Oktober 1997 über die vereinbarten 500 DM monatlich hinaus weitere 529,43 DM monatlich, insgesamt also 1.029,43 DM monatlich, abzüglich der für die Zeit vom 1.10.1997 bis 30.4.1998 bereits erbrachten Unterhaltsleistungen von 327,50 DM monatlich zu zahlen.

Der Beklagte hat Anschlussberufung eingelegt und widerklagend beantragt, den Vergleich dahin abzuändern, dass er der Klägerin für die Zeit vom 1. Oktober 1997 bis 30. April 1998 keinen höheren als den von ihm bereits gezahlten Unterhalt und ab dem 1. Mai 1998 keinen Unterhalt mehr schulde.

Das Oberlandesgericht hat dem Antrag der Klägerin – unter Zurückweisung ihrer Berufung im Übrigen – teilweise entsprochen; die Anschlussberufung des Beklagten hat es zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der Revision, die das Oberlandesgericht – beschränkt auf die Frage der Zulässigkeit der Berufung – zugelassen hat.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Revision führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. (...)

2. Die erstrebte Abänderung des von den Parteien geschlossenen gerichtlichen Vergleichs ist auch ihrerseits zulässig. Dabei kann offen bleiben, ob, wie die Revision meint, eine außergerichtliche Aufhebung der materiell-rechtlichen Wirkungen des Prozessvergleichs durch die Parteien einer gerichtlichen Abänderung nach § 323 Abs. 4 i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO entgegenstünde. Die Parteien haben, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, diesen Vergleich nämlich nicht einvernehmlich aufgehoben. Zwar sind die Parteien nach den Feststellungen des Berufungsgerichts übereingekommen, dass der Beklagte ab dem 1.10.1995 keine Unterhaltsleistung für die Klägerin mehr erbringen müsse. Diese Abrede bezog sich aber nur auf die damalige Einkommenssituation der Klägerin, die aus einer auf den 30.9.1997 befristeten Anstellung als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Technischen Universität C. ein Nettoeinkommen von 3.600 DM bezog. Dass mit dem situationsbezogenen Verzicht auf die gegenwärtige Geltendmachung weitergehender Unterhaltsansprüche ein dauerhafter Erlass künftiger Unterhaltsforderungen und damit zugleich eine endgültige Aufhebung des früheren Unterhaltsvergleichs einhergehen sollte, hat das Oberlandesgericht nicht festgestellt; eine solche Abrede wäre nach den Lebensumständen der Klägerin auch nicht interessengerecht und im Übrigen mit den im Oktober 1997 – also nach Beendigung der befristeten Anstellung der Klägerin – wiederaufgenommenen Unterhaltszahlungen des Beklagten auch nicht vereinbar.

3. Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist auch, dass das Oberlandesgericht keine Anpassung, sondern eine Neuberechnung des Unterhalts vorgenommen hat.

Bei einem Prozessvergleich erfolgt eine Abänderung nicht nach Maßgabe des § 323 Abs. 1 ZPO, sondern nach den aus § 242 BGB abgeleiteten Grundsätzen über die Veränderung oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage (BGHZ – GS – 85, 64, 73; Senatsurteil vom 23.4.1986 – IVb ZR 30/85 – FamRZ 1986, 790). Ob eine solche Änderung eingetreten ist, richtet sich nach dem Parteiwillen als dem Geltungsgrund des Vergleichs. Ist in den danach maßgeblichen Verhältnissen seit Abschluss des Vergleichs eine Änderung eingetreten, so muss die gebotene Anpassung der getroffenen Regelung an die veränderten Verhältnisse nach Möglichkeit unter Wahrung des Parteiwillens und der ihm entsprechenden Grundlagen erfolgen. Haben sich diese Grundlagen allerdings so tiefgreifend geändert, dass dem Parteiwillen für die vorzunehmende Änderung kein hinreichender Anhaltspunkt mehr zu entnehmen ist, kann in Betracht kommen, die Abänderung ausnahmsweise ohne fortwirkende Bindung an die (unbrauchbar gewordenen) Grundlagen des abzuändernden Vergleichs vorzunehmen und – im Falle einer Unterhaltsregelung – den Unterhalt wie bei einer Erstfestsetzung nach den gesetzlichen Vorschriften zu bemessen (Senatsurteil vom 2. März 1994 – XII ZR 215/92 – FamRZ 1994, 696, 697 ff.).

Diese Voraussetzungen sind zwar nicht, wie das Oberlandesgericht meint, schon deshalb erfüllt, weil alle im Vergleich genannten Berechnungsfaktoren – nämlich die beiderseitigen Einkünfte sowie die vom Beklagten für die Klägerin mitgezahlten Hausnebenkosten und der für die Tochter Gabriele gezahlte Unterhalt – sich geändert hätten. Verschiebungen in den Einkommensverhältnissen der Ehegatten stellen sich grundsätzlich nicht als solche tiefgreifenden Änderungen dar, die es rechtfertigen könnten, den vom einen Ehegatten dem anderen Ehegatten geschuldeten Unterhalt losgelöst von den Grundlagen des von den Ehegatten zuvor geschlossenen Unterhaltsvergleichs neu zu berechnen. Die Veränderung der beiderseitigen Einkünfte erlaubt es vielmehr typischerweise, den abzuändernden Vergleich unter Wahrung seiner Grundlagen an die neue Einkommenssituation anzupassen. Dies gilt auch für einen Wandel in den Einkommensverhältnissen, der sich – wie unter anderem auch hier – aus dem Wegfall oder der Änderung der Unterhaltslast für ein unterhaltsberechtigtes Kind ergibt. Auch der Auszug eines Ehegatten aus dem nach der Trennung noch weiterhin gemeinsam bewohnten Familienheim stellt sich regelmäßig nicht als eine derart einschneidende Veränderung dar, dass sie nach dem im Unterhaltsvergleich zum Ausdruck kommenden Parteiwillen eine von den Vergleichsgrundlagen losgelöste Neuberechnung des Unterhalts erlaubt.

Eine andere Beurteilung könnte sich möglicherweise bei einer völligen Umgestaltung der im Vergleich zugrunde gelegten Wohnsituation beider Ehegatten ergeben. Eine solche tiefgreifende Veränderung könnte im vorliegenden Fall im Erwerb und Bezug eines Einfamilienhauses durch die Klägerin, im Auszug der Tochter Regina aus dem bislang mit dem Beklagten gemeinsam bewohnten und früher im Miteigentum der Parteien stehenden Haus sowie aus dem von der Klägerin behaupteten Verkauf dieses Hauses durch den Beklagten gefunden werden. Diese Frage kann indes dahin stehen. Eine unter Wahrung des Parteiwillens und der ihm entsprechenden Grundlagen erfolgende Anpassung eines Unterhaltsvergleichs ist nämlich naturgemäß immer dann nicht möglich, wenn sich dem Vergleich nicht verlässlich entnehmen lässt, auf welcher Geschäftsgrundlage er abgeschlossen worden ist (vgl. *Wendl/Thalmann*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 5. Aufl., § 8 Rdnr. 171; vgl. auch Senatsurteil vom 6.11.1985 – IVb ZR 69/84 – FamRZ 1986, 153). Dies gilt namentlich dann, wenn sich die Berechnung des im Vergleich

titulierten Unterhalts unter Zugrundelegung der verschiedenen Faktoren nicht (mehr) nachvollziehen lässt (vgl. *Wendl/Thalmann* a.a.O.). In einem solchen Fall bleibt nur die Möglichkeit, den nunmehr geschuldeten Unterhalt – wie bei einer Erstfestsetzung – nach den gesetzlichen Vorschriften neu zu bemessen; eine Bindung durch oder an den Prozessvergleich kommt dann nicht in Betracht. So liegen die Dinge hier: Der von den Parteien geschlossene Vergleich geht – ausweislich des Protokolls über die ihm vorausgegangene Besprechung der Parteien vom 31. August 1993 – davon aus, dass das damals gemeinsame Haus weiterhin gemeinsam genutzt und das gemeinschaftliche Eigentum daran nicht vor Beendigung des Studiums der Tochter Regina und vor dem Abitur der Tochter Gabriele aufgehoben wird. Ob und wie der Wert des von beiden Parteien genutzten Hauses als Wohnwert bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigt worden ist, wird weder aus dem Vergleich noch aus dem Protokoll erkennbar. Ebenso ist nicht ersichtlich, ob und in welcher Weise die Unterhaltslast für die Tochter Regina in die Bemessung des Ehegattenunterhalts Eingang gefunden hat. Schließlich lassen sich auch in den übrigen Regelungen des Vergleichs keine nachvollziehbaren Berechnungsmaßstäbe für die Höhe des der Klägerin zuerkannten Unterhalts auffinden. Das Oberlandesgericht weist zu Recht darauf hin, dass die Parteien einen bestimmten Prozentsatz der Einkommensdifferenz, nach dem sich der vom Beklagten auf Dauer zu zahlende Unterhalt errechnen soll, in dem Vergleich nicht festgeschrieben haben. Auch mittelbar lässt sich – wie eine Gegenüberstellung des für eine Einkommensdifferenz von 2.400 DM ermittelten Unterhalts von 500 DM (= 20,83 %) und des im Protokoll für eine künftige Einkommensdifferenz von 3.000 DM errechneten Unterhalts von 700 DM (= 23,33 %) zeigt – ein bestimmter Schlüssel, den die Parteien der Verteilung ihrer Einkommen zugrunde gelegt haben könnten, aus den getroffenen Abreden nicht herleiten.

4. Bedenken bestehen allerdings gegen die Art, wie das Oberlandesgericht die Einkünfte der Klägerin ermittelt und bei der Neufestsetzung des Unterhalts berücksichtigt hat.

Der Vorteil, der einem Ehegatten aus dem mietfreien Wohnen im eigenen Haus zuwächst und der deshalb bei der Ermittlung des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens dieses Ehegatten zu berücksichtigen ist, bemisst sich grundsätzlich nach den tatsächlichen Verhältnissen (Senatsurteil vom 5.4.2000 – XII ZR 96/98 – FamRZ 2000, 950, 951). Für die Ermittlung der der Klägerin zufließenden Einkünfte ist deshalb grundsätzlich von deren tatsächlichem, um ihren Zinsaufwand geminderten Wohnvorteil auszugehen (Senatsurteil vom 22.10.1997 – XII ZR 12/96 – FamRZ 1998, 87, 88). Zwar kann einen Ehegatten die Obliegenheit treffen, sein in einem Eigenheim gebundenes Vermögen zur Erzielung höherer Erträge umzuschichten. Ob eine solche Obliegenheit zur Vermögensumschichtung besteht, bestimmt sich jedoch nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten, wobei unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, auch der beiderseitigen früheren wie jetzigen Wohnverhältnisse, die Belange des Unterhaltsberechtigten und die des Unterhaltspflichtigen gegeneinander abzuwägen sind. Es kommt darauf an, ob den Unterhaltsverpflichteten die Unterhaltslast besonders hart trifft; andererseits muss dem Vermögensinhaber ein gewisser Entscheidungsspielraum belassen werden. Die tatsächliche Anlage des Vermögens muss sich als eindeutig unwirtschaftlich darstellen, ehe der Unterhaltsberechtigte auf eine andere Anlageform und daraus erzielbare Beträge verwiesen werden kann (Senatsurteile vom 18.12.1991 – XII ZR 2/91 – FamRZ 1992, 423 ff. und vom 22.10.1997 – XII ZR 12/96 – a.a.O. S. 89). Das hat das Oberlandesgericht bisher nicht festgestellt. Soweit danach ein etwaiger Vorteil, welcher der Klägerin aus dem mietfreien Wohnen im eigenen Haus zuwächst, oder der Zinsgewinn, den die Klägerin – im Falle einer Obliegenheit zur Vermögensumschichtung – aus dem in ihrem Eigenheim gebundenen Kapital erzielen könnte, einkommenssteigernd zu berücksichtigen ist, handelt es sich um eheprägendes Einkommen der Klägerin, das nach der Differenzmethode zu berücksichtigen ist und nicht nach der Anrechnungsmethode vom Bedarf der Klägerin in Abzug gebracht werden darf. Das hat das Oberlandesgericht verkannt. Die Parteien haben bereits während der Ehe mietfrei im eigenen Haus gewohnt. Mit dem Auszug der Klägerin und der Veräußerung ihres Miteigentumsanteils an den Beklagten ist der Wohnvorteil, den die Klägerin aus der mietfreien Mitbenutzung des bis dahin gemeinsamen Hauses der Parteien gezogen hat, nicht ersatzlos entfallen. Er findet sein Surrogat in den Nutzungen, welche die Klägerin aus dem Erlös ihres Miteigentumsanteils am ursprünglich gemeinsamen Haus zieht. Soweit die Klägerin mit diesem Erlös ihr neues Eigenheim finanziert hat, setzt sich der eheprägende Wohnvorteil an dem ursprünglich gemeinsamen Haus der Parteien gegebenenfalls in dem Vorteil fort, welcher der Klägerin aus mietfreiem Wohnen in ihrem neuen Eigenheim zuwächst. Für den Zinsgewinn, den die Klägerin – im Falle einer Obliegenheit zur Vermögensumschichtung – aus dem in ihrem Eigenheim gebundenen Eigenkapital ziehen könnte, gilt, soweit dieses Kapital aus dem Erlös des früheren Miteigentumsanteils stammt, nichts anderes (vgl. Senatsurteil vom 19.12.1989 – IVb ZR 9/89 – FamRZ 1990, 269, 272 unter 3 b) cc) am Ende).

Das angefochtene Urteil konnte danach nicht bestehen bleiben. Der *Senat* ist nicht in der Lage, selbst abschließend zu entscheiden (§ 565 Abs. 3 ZPO). Das Oberlandesgericht hat, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, keine Feststellungen zum Wohnvorteil der Klägerin getroffen. Die vom Oberlandesgericht angenommene Obliegenheit der Klägerin zur Vermögensumschichtung verlangt, wie gezeigt, zudem eine Abwägung, für welche die erforderlichen Tatsachenfeststellungen (vgl. dazu insbesondere Senatsurteil vom 22.10.1997 – XII ZR 12/96 – a.a.O.) fehlen. Die Sache muss deshalb an das Oberlandesgericht zurückverwiesen werden, damit das Oberlandesgericht die erforderlichen Feststellungen nachholen und die gebotene Abwägung vornehmen kann.

III.

Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat noch auf Folgendes hin:

1. Das Oberlandesgericht hat dem Einkommen des Beklagten den objektiven Nutzungswert des nach dem Auszug der Klägerin und nunmehr beider Töchter von ihm allein bewohnten Hauses als Einkommen zugerechnet. Dieser Wohnwert mindert sich jedoch um Zinsen, die der Beklagte zur Finanzierung des Erwerbs des früheren Miteigentumsanteils der Klägerin aufwenden muss (Senatsurteil vom 5.4.2000 – XII ZR 96/98 – a.a.O. S. 952 m.w.N.). Die erneute Verhandlung gibt dem Beklagten Gelegenheit, seinen Zinsaufwand, dessen Nichtberücksichtigung er mit der Revision gerügt hat, im einzelnen vorzutragen. Zugleich erhält die Klägerin die Möglichkeit, auf ihre Behauptung, das Haus sei zwischenzeitlich veräußert, zurückzukommen.

2. Berufsbedingte Aufwendungen des Beklagten, die das Oberlandesgericht mit pauschal 260 DM vom Erwerbseinkommen des Beklagten in Abzug bringen will, müssen auch bei der rechnerischen Ermittlung des der Klägerin geschuldeten Unterhalts einkommensmindernd berücksichtigt werden; das Oberlandesgericht hat dies – versehentlich – unterlassen.

Anmerkung:

Für die Vertragsgestaltung ist das Urteil des BGH, das im Ergebnis gleichermaßen für Prozessvergleiche, notarielle Verträge, privatschriftliche und mündliche Vereinbarungen auf dem Gebiet des Unterhalts gilt, in zwei Punkten bedeutsam:

1. Der BGH prüft zunächst (Ziffer II.2. der Entscheidungsgründe), ob die Übereinkunft, wonach der Ehemann für die Zeit ab 1.10.1995 keine Unterhaltsleistungen mehr an die Ehefrau zu erbringen habe, als einvernehmliche Aufhebung oder als Abänderung des Prozessvergleichs vom 5.10.1993 auszulegen sei. Die einvernehmliche Aufhebung des Prozessvergleichs, also die Novation[1], würde bedeuten, dass die Grundlagen des Prozessvergleichs ihre fortwirkende Bedeutung verloren hätten. Hingegen würde ein Änderungsvertrag die Grundlagen des Prozessvergleichs fortdauern lassen und sie gegebenenfalls wieder aktivieren, wenn es zu einer neuerlichen Änderung kommt. Bei der Novation wäre also Grundlage der novierende Vertrag, bei einem Änderungsvertrag der ursprüngliche Prozessvergleich.

Im vorliegenden Fall legt der BGH die Vereinbarung zum 1.10.1995 als Abänderungsvertrag aus, wie dies auch regelmäßig der Praxis der Instanzgerichte entspricht. Novationen werden in der Unterhaltsrechtsprechung äußerst selten angenommen.

Dennoch der Rat: Zur Vermeidung unsicherer Auslegungsergebnisse sollte bei einer Vereinbarung, welche die Änderung eines Unterhaltsvertrages zum Inhalt hat, klargestellt werden, ob es im Falle einer neuerlichen Änderung bei der Grundlage des ursprünglichen Vertrags verbleibt oder ob eine neue Grundlage geschaffen wird.

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH muss bei einer Abänderung die Grundlage des ursprünglichen (bzw. novierenden) Vergleichs gewahrt bleiben[2]. So heißt es denn auch im obigen Urteil (Ziffer II.3 der Entscheidungsgründe), die gebotene Anpassung habe grundsätzlich unter Wahrung des Parteiwillens und der ihm entsprechenden Grundlagen des Prozessvergleichs vom 5.10.1995 zu erfolgen. Sind diese Grundlagen jedoch im Vertrag nicht angegeben, läst sich der Parteiwille, der Geltungsgrund für den Vergleich ist, möglicherweise nicht mehr ermitteln. Eine Änderung des Vertrages ist dann nicht mehr möglich. Es muss dann – losgelöst und möglicherweise unter Missachtung des ursprünglichen Parteiwillens – der Unterhalt neu berechnet werden. Dies ist die Konsequenz, die der BGH in seiner Entscheidung zieht – und in der gegebenen Situation ziehen musste. Wenn man so will: Schließen die Parteien einen Unterhaltsvertrag ohne Angaben seiner Grundlagen, dann kann man oft nicht mehr feststellen, was die Parteien wollten und die Änderung führt dann zu einer Änderung, die sie nicht wollten.

Für die Vertragsgestaltung ist es deshalb wichtig, die dem Parteiwillen entsprechenden Grundlagen im Vertrag festzulegen. Das bedeutet: Gleich, ob erstmaliger Vertrag, ob Änderungsvertrag oder Novation, in jedem Fall ist die Grundlage des Vertrages in Form des Anspruchsgrundes und der die Anspruchshöhe bestimmenden Faktoren im Vertrag anzugeben. Beispielhaft nennt der BGH im obigen Urteil die beiderseitigen Einkünfte der Eheleute, die Unterhaltslast für ein unterhaltsberechtigtes Kind, die Wohnsituation[3].

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
Dr. Ludwig Bergschneider, München

---

[1] Vgl. *Palandt*/*Heinrichs* § 305 BGB Rdnr. 8.

[2] Vgl. z.B. BGH NJW 1986, 2054.

[3] Vgl. BGH FamRZ 1984, 374 und den Katalog und die Vertragsmuster bei *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 2. Auflage, Rdnrn. 327 ff.

8. BGB §§ 133, 2069, 2269, 2270; FGG § 12, § 28 Abs. 2 *(Vermutung des § 2270 II BGB)*

Die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB kann nur gelten, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf die Ersatzerbeinsetzung gerichteten Willen der testierenden Eheleute feststellen lassen, die Ersatzerbeinsetzung also nicht allein auf der Auslegungsregel des § 2069 BGB beruht (Vorlage an den Bundesgerichtshof wegen Abweichung von OLG Frankfurt, Beschluss vom 9.1.1998 FamRZ 1998, 772).

BayObLG, 1. Zivilsenat, Beschluss vom 28.9.2001 – 1Z BR 6/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die 1998 im Alter von 91 Jahren verstorbene Erblasserin war verwitwet. Ihr Ehemann ist 1957 vorverstorben. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, der 1951 ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vorverstorbene A und der 1998 vorverstorbene B. Dieser hatte zwei Kinder: eine 1963 geborene nichteheliche Tochter (Beteiligte zu 1) und eine 1965 geborene eheliche Tochter (Beteiligte zu 2).

Der vorverstorbene Ehemann der Erblasserin errichtete am 1.9.1953 ein handschriftliches Testament mit im Wesentlichen folgendem Inhalt: Er vermachte seiner Ehefrau seine Firma (Obst- und Gemüsegroßhandel), Lieferwagen, Personenwagen, die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände und Wohnungseinrichtungen. vom Rest des Nachlasses, nach Ausgleich der Verbindlichkeiten, sollten seine Ehefrau und sein Sohn B je zur Hälfte Erbe sein. Er verfügte ferner, dass er seinen Sohn B als Universalerben einsetzt, wenn seine Frau vor ihm verstirbt. Sollte sein Sohn vor ihm versterben, so war seine Ehefrau als Alleinerbin eingesetzt. Für den Fall, dass beide vorversterben oder einer von ihnen mit ihm, setzte er einen Ersatzerben ein.

Am 8.1.1954 errichteten die Erblasserin und ihr Ehemann ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament wie folgt:

> „Testament
>
> 1. Wir setzen uns gegenseitig als Erben ein. Nach dem Tode des Überlebenden soll der beiderseitige Nachlass an unseren Sohn B fallen. Demgemäß ist der Überlebende von uns alleiniger Erbe des zuerst Versterbenden, während unser Sohn B für den gesamten Nachlass als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist.
>
> 2. Heiratet der Überlebende wieder, so ist er verpflichtet, von demjenigen, was zur Zeit der Wiederverheiratung von der Erbschaft des zuerst verstorbenen Ehegatten noch übrig ist die Hälfte an unseren Sohn B herauszugeben. Er soll in diesem Fall auch an seine in diesem Testament enthaltenen Verfügungen nicht gebunden sein, sondern berechtigt, das Testament zu widerrufen und andere Verfügungen zu treffen."

Am 20.8.1994 errichtete die Erblasserin ein notarielles Testament mit u.a. folgenden Verfügungen:

> „Ich widerrufe meine sämtlichen, bisher errichteten Verfügungen von Todes wegen. …
>
> Zu meiner Alleinerbin setze ich ein: meine Enkelin … (Beteiligte zu 2)
>
> Ersatzerben der Bedachten sind deren Abkömmlinge, unter sich zu gleichen Teilen, der gesetzlichen Erbfolge entsprechend (Erbfolge nach Stämmen); letztlich tritt Anwachsung ein. …
>
> Meinen Sohn B, nebst dessen etwaigen weiteren Abkömmlingen – sämtliche Abkömmlinge mit Ausnahme des Stammes … (Beteiligte zu 2) – schließe ich von jeglicher Erbfolge nach mir aus."

Das Testament enthält ferner die vermächtnisweise Zuwendung eines lebenslänglichen, unentgeltlichen Nießbrauchs an dem Gebäudegrundstück der Erblasserin zugunsten ihres Sohnes. Am selben Tag schlossen die Erblasserin und ihr Sohn unter Bezugnahme auf das notarielle Testament einen notariellen Vertrag, in dem der Sohn auf seinen Pflichtteil am Nachlass der Erblasserin verzichtet; in diesem Vertrag ist auch bestimmt, dass sich der Verzicht gemäß § 2349 BGB auf die jetzigen und künftigen Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt.

Die Beteiligte zu 1 hat einen Erbschein beantragt, wonach die Beteiligten zu 1 und 2 je zur Hälfte Erben aufgrund des handschriftlichen gemeinschaftlichen Testaments vom 8.1.1954 geworden sind. Sie beruft sich auf die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 2069, 2270 Abs. 2 BGB und ist der Auffassung, dass die Beteiligten zu 1 und 2 als Ersatzerben ihres vorverstorbenen Vaters Schlusserben des gemeinschaftlichen Testaments sind, dass die Einsetzung zum Schlusserben wechselbezüglich ist und diese Wechselbezüglichkeit auch die Einsetzung der Ersatzerben umfasst und das Testament vom 20.8.1994 daher insoweit unwirksam ist, als es der Schluss und Ersatzerbeneinsetzung im Testament vom 8.1.1954 widerspricht.

Die Beteiligte zu 2 hat einen Erbschein beantragt, der sie als Alleinerbin ausweisen soll. Sie leitet ihr alleiniges Erbrecht aus dem Testament vom 20.8.1994 her.

Mit Beschluss vom 2.11.1999 kündigte das Amtsgericht die Erteilung eines Erbscheins gemäß Antrag der Beteiligten zu 2 an. Die gegen diesen Vorbescheid gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 wies das Landgericht am 21.11.2000 zurück. Daraufhin erteilte das Amtsgericht am 14.12.2000 den angekündigten Erbschein, der die Beteiligte zu 2 als Alleinerbin ausweist. Mit der weiteren Beschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 ihren Erbscheinsantrag weiter, nunmehr verbunden mit dem Antrag auf Einziehung des erteilten Erbscheins.

Aus den Gründen:

Die nicht fristgebundene und formgerecht eingelegte weitere Beschwerde ist zulässig (§ 27 Abs. 1 Satz 1, 29 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 4, § 20 FGG). Zwar ist der Vorbescheid vom 2.11.1999 mit der Erteilung des Erbscheins überholt und das auf seine Aufhebung gerichtete Verfahren damit gegenstandslos geworden. Gleichwohl kann die weitere Beschwerde mit dem Ziel der Einziehung des erteilten Erbscheins (§ 2361 BGB) fortgeführt werden (vgl. BayObLGZ 1982, 236/239 m.w.N.).

In der Sache hält der *Senat* die weitere Beschwerde im Ergebnis für unbegründet. An der Zurückweisung des Rechtsmittels sieht er sich jedoch durch die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 9.1.1998 (NJWE-FER 1998, 87 = FamRZ 1998, 772) gehindert. Die weitere Beschwerde wird daher gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Diese hängt von der Beantwortung der Rechtsfrage ab, ob die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB auch für allein gemäß § 2069 BGB berufene Ersatzschlusserben gilt. Im Gegensatz zum OLG Frankfurt möchte der *Senat* – in Modifikation seiner im Beschluss vom 12.8.1994 (FamRZ 1995, 251) vertretenen Auffassung – die Frage verneinen.

1. Das Landgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass nach der von ihm vorgenommenen Auslegung des Testaments vom 8.1.1954 zwar die gegenseitige Alleinerbeneinsetzung der Ehegatten, nicht aber die Einsetzung des Sohnes als Schlusserbe wechselbezüglich sei. Bereits die allgemeine Lebenserfahrung spreche dagegen, dass ein Elternteil das gemeinsame Kind nur deshalb im Testament bedenkt, weil dies auch der andere tut. Vielmehr liege nahe, dass jeder Elternteil auf jeden Fall und unabhängig von der Verfügung des anderen will, dass sein einziges Kind Erbe wird. Dass dies hier der Fall sei, ergebe sich zum einen aus der letztwilligen Verfügung des Ehemannes der Erblasserin vom 1.9.1953. Dort habe er verfügt, dass er seinen Sohn als Universalerben einsetzt, wenn seine Ehefrau vor ihm verstirbt. Daraus ergebe sich sein Wille, dass er unabhängig vom Willen seiner Ehefrau wollte, dass sein Kind Erbe wird. Auch die Auslegung des Berliner Testaments ergebe, dass die Eheleute nicht den Willen gehabt hätten, dass nach dem Vorversterben eines Ehegatten ihre Verfügungen nicht mehr sollten widerrufen werden können. Dies ergebe sich schon aus der Wiederverheiratungsklausel in Ziff. 2 des Testaments. Dort hätten die Eheleute verfügt, dass im Falle der Wiederverheiratung die Hälfte des vom zuerst verstorbenen Ehegatten noch übrig gebliebenen Nachlasses an den Sohn herauszugeben sei. Diese Formulierung mache deutlich, dass die Ehegatten beide Nachlasswerte hätten trennen wollen und damit jeder unabhängig von der Verfügung des anderen den Willen gehabt habe, dass sein Kind Erbe wird. Nach dieser Auslegung stehe gemäß § 2270 Abs. 1 BGB fest, dass es sich bei den letztwilligen Verfügungen der Eheleute zugunsten ihres einzigen Sohnes nicht um wechselbezügliche Verfügungen handelt. Damit scheide die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB aus. Die Erblasserin habe ihre letztwillige Verfügung gemäß §§ 2253, 2254 BGB widerrufen können und dies durch das notarielle Testament vom 20.8.1994 getan. Gemäß der in diesem Testament verfügten Einsetzung der Beteiligten zu 2 als Alleinerbin sei die Erblasserin von der Beteiligten zu 2 allein beerbt worden.

2. Nach Auffassung des Senats kann die Entscheidung mit dieser Begründung nicht bestehen bleiben (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

a) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass es sich bei dem Testament der Eheleute vom 8.1.1954 um ein gemäß §§ 2265, 22671 2247 BGB formgültig errichtetes gemeinschaftliches Testament im Sinne des § 2269 Abs. 1 BGB handelt. Die Eheleute haben sich gegenseitig als Erben eingesetzt und den gemeinschaftlichen Sohn zum Schlusserben nach dem Tod des Letztversterbenden bestimmt.

b) Eine abweichende letztwillige Verfügung des überlebenden Ehegatten ist grundsätzlich unwirksam (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB), wenn die Ehegatten wechselbezüglich im Sinne von § 2270 Abs. 1 BGB verfügt haben. Das Landgericht hat eine solche Abweichung, d.h. einen inhaltlichen Widerspruch zwischen Verfügungen der Erblasserin im Testament vom 20.8.1994. und der Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament vom 8.1.1954 angenommen. Denn nur in diesem Fall musste das Landgericht die von ihm im Ergebnis bejahte Frage behandeln, ob die Erblasserin die frühere Verfügung durch die spätere wirksam widerrufen konnte. Nun ist hier aber mit dem Vorversterben des Sohnes dessen Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament vom 8.1.1954 jedenfalls in seiner Person gegenstandslos geworden (§ 1923 BGB); die Frage eines inhaltlichen Widerspruchs zwischen beiden Testamenten stellt sich nur dann, wenn für den vorverstorbenen Sohn Ersatzerben eingesetzt sind und gegebenenfalls die im Testament vom 20.8.1994 zur Alleinerbin bestimmte Beteiligte zu 2 nicht alleinige Ersatzerbin ist. Zu diesem Punkt, der unten noch zu erörtern sein wird, enthält der landgerichtliche Beschluss keine Ausführungen.

c) Auch die Frage der Wechselbezüglichkeit stellt sich demzufolge nicht hinsichtlich des vorverstorbenen Schlusserben, sondern in Bezug auf etwaige Ersatzerben. Das Landgericht ist offenbar davon ausgegangen, dass auch die Einsetzung etwaiger Ersatzschlusserben nicht wechselbezüglich sein könne, wenn schon die Schlusserbeneinsetzung als solche nicht wechselbezüglich ist. Der Begründung des Landgerichts für seine Annahme, die Schlusserbeneinsetzung sei nicht wechselbezüglich, könnte der Senat aber nicht folgen.

aa) Das Landgericht hat nur die Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenverfügung der Erblasserin zur Schlusserbenverfügung des Ehemannes geprüft und verneint; es hat versäumt, die Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenverfügung der Erblasserin zu ihrer Alleinerbeinsetzung durch den Ehemann zu prüfen. In diesem Verhältnis stellt sich die Frage der Wechselbezüglichkeit auch in anderem Licht. Denn die vom Landgericht herangezogene Rechtsprechung des *Senats*, es gebe keine tatsächliche Vermutung für die Wechselbezüglichkeit

der Berufung eines Kindes durch einen Ehegatten zur Berufung des Kindes durch den anderen, da nicht anzunehmen sei, dass jeder Elternteil seine Kinder nur deshalb zu Erben eingesetzt hat, weil der andere dies tat (vgl. BayObLG FamRZ 1985, 1281/1289; 1986, 392/3941 1996, 1040; MünchKomm/*Musielak* § 2270 Rdnr. 12), lässt sich auf das hier in Frage stehende Verhältnis nicht übertragen. Dieses Verhältnis ist nämlich unter dem ganz anderen Gesichtspunkt zu prüfen, ob nicht die Ehegatten die Einsetzung des jeweils anderen Ehegatten zum Alleinerben mit dessen Schlusserbeinsetzung des gemeinsamen Kindes bindend verknüpfen wollten, um so die spätere Teilhabe ihres zunächst übergangenen Kindes an dem von ihnen hinterlassenen Vermögen zu sichern (vgl. auch die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2, 2. Alt. BGB; zu den möglichen Wechselbezüglichkeiten beim Berliner Testament *J. Mayer* in *Dittmann/Reimann/Bengel* Testament und Erbvertrag 3. Aufl. § 2270 Rdnr. 57; *Staudinger/Kanzleiter* BGB 1998 § 2270 Rdnr. 28).

bb) Das Landgericht hat ferner nicht gewürdigt, dass nach ausdrücklicher Anordnung im gemeinschaftlichen Testament vom 8.1.1954 der Überlebende im Falle der Wiederverheiratung an seine in dem Testament enthaltenen Verfügungen nicht gebunden sein soll. Die Klausel belegt zum einen, dass sich die testierenden Eheleute über die Frage der Bindungswirkung, also der Wechselbezüglichkeit, Gedanken gemacht haben. Sie legt darüber hinaus den Schluss nahe, dass die Bindungswirkung bis zu einer eventuellen Wiederverheiratung bestehen sollte.

3. Der Senat hält jedoch die Entscheidung des Landgerichts aus anderen Gründen im Ergebnis für zutreffend. Er geht dabei davon aus, dass das Rechtsbeschwerdegericht die erforderliche Auslegung des Testaments vom 8.1.1954 selbst vornehmen kann, da weitere Ermittlungen zum Sachverhalt nicht erfolgversprechend sind. Diese Auslegung führt nach Auffassung des *Senats* zu folgendem Ergebnis:

a) Für den als Schlusserbe genannten Sohn der Eheleute sind dessen Töchter als Ersatzschlusserben eingesetzt. Das ergibt die Auslegungsregel des § 2069 BGB, wonach bei Wegfall eines bedachten Abkömmlings im Zweifel dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden. § 2069 BGB gilt auch bei Einsetzung eines Schlusserben im gemeinschaftlichen Testament (BGH ZErb 2001, 14; BayObLG FamRZ 1995, 251).

Die Auslegungsregel kommt hier zur Anwendung, da sich nach der vorrangigen individuellen Auslegung des Testaments vom 8.1.1954 kein eindeutiger Wille der Testierenden zur Einsetzung von Ersatzschlusserben ermitteln lässt. Eine ausdrückliche Willensbekundung in der einen oder anderen Richtung fehlt. Auch aus dem gesamten Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände lässt sich kein zweifelsfreies Auslegungsergebnis gewinnen. Dies gilt auch unter Einbeziehung der Verfügungen des Ehemannes der Erblasserin in seinem einseitigen Testament vom 1.9.1953. Denn auch im Testament vom 1.9.1953 hat der Ehemann etwaige künftige Abkömmlinge seines Sohnes weder bedacht noch ausdrücklich ausgeschlossen; den hier eingetretenen Fall, dass sein – damals noch kinderloser – Sohn unter Hinterlassung von Abkömmlingen vorverstirbt, hat er gerade nicht vorausbedacht. Insgesamt lässt sich ein von § 2069 BGB abweichender tatsächlicher oder hypothetischer Wille der Erblasserin und ihres Ehemannes im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments von 1954 nicht feststellen.

b) Der *Senat* hält aber die gemäß § 2069 BGB ermittelte Ersatzerbfolge nicht für wechselbezüglich. Weder ergibt sich dies durch individuelle Auslegung, noch kann insoweit die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB hier herangezogen werden.

Allerdings ist die von der Erblasserin vorgenommene Einsetzung des gemeinsamen Sohnes zum Schlusserben wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB zur Alleinerbeinsetzung der Erblasserin durch ihren Ehemann. Es kann hier dahinstehen, ob sich dieses Ergebnis schon aus der individuellen Auslegung ergibt, wie die Ausführungen oben unter 2 c) nahe legen; denn jedenfalls lässt sich ein gegen die innere Abhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen gerichteter Wille der Eheleute nicht ermitteln, sodass die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB nicht widerlegt ist.

Anders verhält es sich mit der Wechselbezüglichkeit der Ersatzerbeinsetzung.

aa) Die individuelle Auslegung führt hier zu keinem zweifelsfreien Ergebnis. Insoweit bietet der Wortlaut des Testaments, das zur Frage der Ersatzerbfolge nichts enthält, auch unter Berücksichtigung sonstiger Umstände keine hinreichenden Anhaltspunkte für oder gegen einen entsprechenden Erblasserwillen. Für eine Auslegung, wie sie der *Senat* in einem anderen Fall gebilligt hat (FamRZ 1998, 388: Wechselbezüglichkeit allenfalls in Bezug auf die Einsetzung der Abkömmlinge, nicht aber auf deren Auswahl), fehlt hier eine hinreichende tatsächliche Basis. Der *Senat* hat auch bedacht, dass ein nichteheliches Kind zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung im Jahre 1954 und zum Zeitpunkt des Vorversterbens des Ehemannes im Jahre 1957 im Rechtssinne nicht mit seinem Vater verwandt war und kein gesetzliches Erbrecht nach seinem Vater hatte; auch insoweit fehlt aber jeder Anknüpfungspunkt im Testament, der es rechtfertigen würde, im Hinblick auf die damalige Rechtslage etwa einen Bindungswillen der Ehegatten in Bezug auf nicht eheliche Abkömmlinge ihres Sohnes positiv auszuschließen.

bb) Die Anwendung des § 2270 Abs. 2 BGB ist nach Auffassung des Senats hinsichtlich der hier allein gemäß § 2069 BGB berufenen Ersatzschlusserben nicht möglich.

Der *Senat* hat in seinem Beschluss vom 12.8.1994 (FamRZ 1995, 251) ausgeführt, die nach dem Tod eines Ehegatten eintretende Bindungswirkung der wechselbezüglichen Verfügung erstrecke sich auf die mit der Auslegungsregel des § 2069 BGB ermittelten Ersatzerben, wenn das durch wechselbezügliche Verfügung als Schlusserbe eingesetzte gemeinsame Kind der Ehegatten vor Eintritt des Schlusserbfalls verstirbt. Diese Rechtsprechung ist auf Zustimmung (OLG Frankfurt FamRZ 1998, 772/774; *Staudinger/Otte* BGB § 2069 Rdnr. 19; vgl. auch MünchKomm/*Musielak* BGB 3. Aufl. § 2271 Rdnr. 20 Fn. 55), aber auch auf Kritik gestoßen (*Staudinger/Kanz1eiter* § 2270 Rdnr. 31; *J. Mayer* in *Dittmann/Reimann/Bengel* Testament und Erbvertrag 3. Aufl. § 2270 Rdnr. 36; *Lange/Kuchinke* Erbrecht 4. Aufl. 1995 § 24 V 2; *Baumann* ZEV 1994, 351). Der *Senat* möchte an dieser Rechtsprechung nicht festhalten; die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB kann nur gelten, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf die Ersatzerbeinsetzung gerichteten Willen der testierenden Eheleute feststellen lassen, die Ersatzerbeinsetzung also nicht allein auf der Auslegungsregel des § 2069 BGB beruht.

Für diese Auffassung spricht schon der Wortlaut, dass die Verfügung zugunsten der Verwandten „getroffen“ sein muss (ebenso *Staudinger/Kanzleiter* a.a.O.). Die Wechselbezüglichkeit kann sich immer nur auf bestimmte vom Willen der Ehegatten getragene „Verfügungen“ beziehen. Dann macht die Auslegungsregel nach der ihr zugrunde liegenden Lebens-

erfahrung Sinn: Erscheint die Verfügung des einen als Gegenleistung für die Verfügung des anderen, wie dies bei den in § 2270 Abs. 2 BGB genannten Fallgruppen typischerweise angenommen werden kann, so entspricht die Bindungswirkung regelmäßig dem Interesse der testierenden Ehegatten. Dies rechtfertigt es, den Verfügungen der Ehegatten im Wege der Auslegungsregel eine Wechselbezüglichkeit auch dann beizulegen, wenn sich ein entsprechender Wille durch individuelle Auslegung nicht feststellen lässt.

Bei einer allein aus § 2069 BGB hergeleiteten Ersatzerbeinsetzung trifft dieser innere Rechtfertigungsgrund des § 2270 Abs. 2 BGB nicht zu. Zwar beruht auch die Auslegungsregel des § 2069 BGB auf einer Lebenserfahrung. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass § 2069 BGB für sich genommen nichts zum Umfang der Bindung in gemeinschaftlichen Testamenten besagt und die Vorschrift als solche eine Änderung der nach dieser Vorschrift berufenen Ersatzerbfolge durch den überlebenden Ehegatten nicht hindert. Eine Kumulation der Auslegungsregel des § 2069 BGB mit derjenigen des § 2270 Abs. 2 BGB würde dazu führen, dass ein – durch individuelle Auslegung nicht feststellbarer – Wille zur Bindung bezüglich einer – durch individuelle Auslegung nicht ermittelbaren – Verfügung angenommen wird. Eine dahingehende Gesetzesanwendung lässt sich nicht mehr mit einem allgemeinen Erfahrungssatz rechtfertigen (vgl. auch *Baumann* a.a.O.). Für die Anwendung des § 2270 Abs. 2 BGB ist daher zu fordern, dass die dort tatbestandsmäßig vorausgesetzte „getroffene Verfügung“ auf einen Erblasserwillen gestützt werden kann, für den sich im Wege individueller Auslegung des Testaments ein konkreter Anhalt finden lässt. Die allein mit der Auslegungsregel des § 2069 BGB ermittelte Ersatzerbeinsetzung erfüllt den Tatbestand des § 2270 Abs. 2, BGB jedoch nicht.

Hier ergibt die individuelle Auslegung keinen Anhaltspunkt für einen auf die Ersatzerbfolge gerichteten Erblasserwillen; die Ersatzerbeinsetzung der Töchter des als Schlusserben eingesetzten Sohnes beruht allein auf der Auslegungsregel des § 2069 BGB.

4. An einer Entscheidung gemäß der vorstehend präzisierten Rechtsauffassung sieht sich der *Senat* durch die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 9.1.1998 (FamRZ 1998, 772) gehindert. Denn diese beruht auf einer abweichenden Beurteilung der gleichen Rechtsfrage, von der auch im vorliegenden Fall die Entscheidung abhängt, nämlich der Frage, ob § 2270 Abs. 2 BGB auf allein mit der Auslegungsregel des § 2069 BGB ermittelte Ersatzerben Anwendung findet. Wäre dies mit dem OLG Frankfurt zu bejahen, wäre die Ersatzerbeinsetzung auch der Beteiligten zu 1 bindend mit der Folge, dass die entgegenstehende spätere Verfügung der Erblasserin insoweit unwirksam wäre (§ 2271 Abs. 2 Satz 1, BGB) ; in diesem Fall hätte die weitere Beschwerde Erfolg. Der Senat möchte die weitere Beschwerde dagegen zurückweisen, da sich bei Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung die Wechselbezüglichkeit auf die sich die Beteiligte zu 1 für ihr Erbrecht beruft, nicht feststellen lässt und sich die Entscheidung des Landgerichts somit im Ergebnis als zutreffend erweist. Das Rechtsmittel wird daher dem Bundesgerichtshof gemäß 28 Abs. 2 FGG zur Entscheidung vorgelegt.

(…)

Anmerkung der Schriftleitung:

Der BGH hat sich mit Beschluss vom 16.1.2002 – IV ZB 20/01 – der Auffassung des BayObLG angeschlossen (vgl. MittBayNot AKTUELL in diesem Heft).

Vgl. hierzu bereits *Schmucker,* MittBayNot 2001, 526 (531).

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. GmbH § 16, § 39 *(Prüfung der Gesellschafterstellung durch Registergericht)*

Das Registergericht hat sowohl bei deklaratorischen Änderung in der Person des Geschäftsführers einer GmbH als auch bei konstitutiven Eintragungen (z.B. Sitzverlegung der Gesellschaft) eine Prüfungspflicht, ob der entsprechende Gesellschafterbeschluss ordnungsgemäß zustande gekommen ist, insbesondere ob die beschlussfassende Person GmbH-Gesellschafter oder zur Ausübung des Stimmrechts des Gesellschafters befugt war.

Ist allerdings ein Erwerb des Geschäftsanteils i.S.d. § 16 GmbHG ordnungsgemäß bei der Gesellschaft angemeldet, sodass der Anmeldende gegenüber der Gesellschaft als Gesellschafter gilt, ist hieran auch das Registergericht gebunden. Die Fiktion des § 16 GmbHG hat insoweit materielle Wirkung.

OLG Hamm, Beschluss vom 10.7.2001 – 15 W 81/01 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt,* Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die mit Gesellschaftsvertrag vom 17.6.1994 gegründete Beteiligte, die ursprünglich ihren Sitz in V hatte, wurde am 24.8.1994 in das Handelsregister eingetragen. Gesellschafter waren zu diesem Zeitpunkt ausweislich der zu den Registerakten gereichten Gesellschafterliste mit einem Gesellschaftsanteil von je 100.000,00 DM eine Firma B GmbH in V und eine Firma K Holding BV mit Sitz in Rotterdam.

Mit notariellem Vertrag vom 16.4.1997 übertrug die Gesellschafterin B GmbH ihren Geschäftsanteil auf einen Herrn G.

In der Gesellschafterversammlung vom 19.1.1999 beschloss die Firma K Holding BV, die sich nunmehr als alleinige Gesellschafterin der Beteiligten bezeichnete, die Verlegung des Sitzes von V nach E. Unter dem 1.7.1999 zeigte der Notar die Übertragung der Geschäftsanteile vom gleichen Tag an. In der daraufhin auf Verlangen des Registergerichtes zu den Registerakten gereichten Gesellschafterliste vom 6.10.1999 wurde nunmehr als alleinige Gesellschafterin die Firma K Belgium N.V. mit Sitz T (Antwerpen), Belgien, genannt.

Am 8.3.2000 fand eine Gesellschafterversammlung der Beteiligten statt, die ein Herr W als vollmachtloser Vertreter für die K Belgium N.V. abhielt. In dieser Gesellschafterversammlung wurde beschlossen, den Sitz der Gesellschaft von E nach Rh zu verlegen. Der Geschäftsführer wurde abberufen. Der Kaufmann W wurde zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Am 9.5.2000 genehmigte ein Herr R als Geschäftsführer der Firma K Belgium N.V. die vorgenannten Erklärungen des Herrn W. Unter dem 17.5.2000 beantragte die Beteiligte bei dem Amtsgericht F die Eintragung der Sitzverlegung. Das Amtsgericht F leitete daraufhin die Registerakten zur weiteren Veranlassung an das Amtsgericht Rh weiter.

Mit Verfügung vom 21.7.2000 wies das Registergericht daraufhin, dass weder aus der Genehmigungserklärung noch aus sonstigen Unterlagen hervorgehe, dass Herr R Vertretungsmacht hinsichtlich der Firma K Belgium N.V. hatte. Die Beteiligte reichte daraufhin über den Notar eine beglaubigte Ablichtung des Handelsregisterauszugs betreffend die Firma K Belgium N.V. zu den Akten. Mit Verfügung vom 4.10.2000 wies das Registergericht darauf hin, dass nach Aktenlage alleinige Gesellschafterin der Firma K (Deutschland) GmbH die Firma K Holding BV mit Sitz in Amsterdam, nicht aber die Firma K Belgium N.V. mit Sitz in Antwerpen sei. Es sei daher entweder die Übertragung der Geschäftsanteile oder aber die Gesamtrechtsnachfolge in der gesetzlich vorgeschriebenen Form nachzuweisen. Außerdem sei nach § 39 GmbHG der Wechsel in der Geschäftsführung anzumelden. Letzteres holte die Beteiligte unter dem 5.10.2000 nach. Außerdem legte sie die Erklärung ihres Geschäftsführers vom 11.10.2000 vor, wonach er anzeigte, dass die Firma K Belgium N.V. alleinige Gesellschafterin sei. Die Übertragung der Geschäftsanteile sei mit Urkunde vom 1.7.1999 erfolgt. Der Erklärung war eine Ab-

lichtung der Urkunde sowie eine aktuelle Gesellschafterliste beigefügt. Mit Verfügung vom 25.10.2000 teilte das Registergericht mit, dass eine endgültige Überprüfung der formellen Gesellschafterstellung der Firma K Belgium N.V. noch nicht möglich sei, vielmehr um weitere Mitteilumg gebeten werde, von wann die überreichten Vollmachten datierten. Außerdem wurde die Beteiligte zur Vorlage eines beglaubigten Registerauszuges betreffend die Firma K Holding BV aufgefordert, aus dem sich die Vertretungsverhältnisse bezogen auf den Stichtag 1.7.1999 ergeben sollten. Schließlich wies das Registergericht darauf hin, dass die Vollmacht der Firma K Belgium N.V. durch einen weiteren „Managing Direktor namens Mr. I. A." unterzeichnet sei und es insoweit der Klarstellung bedürfe, was es hiermit für eine Bewandtnis habe. Mit Schreiben vom 30.10.2000 lehnte die Beschwerdeführerin über den verfahrensbevollmächtigten Notar die Erledigung der Zwischenverfügung ab.

Das Registergericht wies daraufhin mit Beschluss vom 8.11.2000 die Anmeldungen vom 17.5. und 5.10.2000 zurück. Zur Begründung hat es unter anderem ausgeführt, dass dem Gericht ohne Erledigung der Zwischenverfügung vom 25.10.2000 eine Prüfungt, ob die Firma K Belgium N.V. alleinige Gesellschafterin der Beteiligten sei, nicht möglich sei. Eine solche Prüfung sei jedoch erforderlich, da das Registergericht jedenfalls bei Satzungsänderungen und ähnlichen Beschlüssen das formell ordnungsgemäße Zustandekommen derartiger Beschlüsse zu prüfen habe. Eine solche Prüfung verlange aber auch den Nachweis, dass der beschlussfassenden Gesellschafterin die Geschäftsanteile formell ordnungsgemäß übertragen worden seien.

Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 15.11.2000.Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat die Beschwerde durch Beschluss vom 1.2.2001 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nach §§ 27, 29 FGG statthaft sowie formgerecht eingelegt. In Verfahren betreffend die Eintragung der Abberufung eines Geschäftsführers als deklaratorische Eintragung auf der Grundlage des § 39 GmbHG und der Änderung des Firmensitzes als konstitutive Eintragung gemäß § 54 Abs. 3 GmbHG ist anmelde- und beschwerdebefugt die betroffene Gesellschaft selbst, die durch ihren Geschäftsführer gesetzlich vertreten wird.

In der Sache ist das Rechtsmittel begründet, weil die Entscheidung des Landgericht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 Abs. 1 Satz 1 FGG). Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Entscheidungen beider Vorinstanzen und zur Zurückweisung der Sache an das Amtsgericht.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer zulässigen Erstbeschwerde ausgegangen.

In der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts, das sich die Rechtsauffassung des Amtsgerichts zu Eigen gemacht hat, rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Nach § 39 GmbHG ist jede Änderung in der Person der Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Es handelt sich hier um eine deklaratorische Eintragung im Handelsregister. Diese Eintragung dient der Kundbarmachung von Tatsachen oder Rechtsverhältnissen, die unabhängig von der Eintragung in Wirklichkeit bestehen. Hier ist es Aufgabe des Handelsregisters, die Eintragung unrichtiger oder tatsächlich nicht bestehender Rechtsverhältnisse zu verhindern (vgl. KG Rpfleger 1997, 440). Die Prüfungspflicht des Registergerichts erstreckt sich in diesen Fällen auf das ordnungsgemäße Zustandekommen des Gesellschafterbeschlusses, insbesondere darauf, ob die beschlussfassende Person GmbH-Gesellschafter oder zur Ausübung des Stimmrechts des Gesellschafters befugt ist (OLG Köln WM 1988, 1749; GmbHRdsch. 1990, 82; BayObLG GmbHR 1992, 304, 305 f; *Senat* Beschluss vom 26.5.1998 15 W 49/98). Bei der Anmeldung betreffend die Sitzverlegung handelt es sich um eine Änderung des Gesellschaftsvertrages im Sinne von § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, die gemäß § 54 Abs. 3 GmbHG erst mit ihrer Eintragung ins Händelsregister wirksam wird, also konstitutiv ist. Insoweit hat das Gericht die Pflicht, die Rechtswirksamkeit des satzungsändernden Beschlusses zu prüfen (KG a.a.O.; *Senat* FG Prax 1996, 71, 72). Hiervon gehen die Vorinstanzen unter Bezug auf Lehre und Rechtsprechung in zutreffender Weise aus.

Auf dieser Grundlage mussten die Tatsacheninstanzen in eine nähere Prüfung eintreten, ob die Beschlüsse auf der Gesellschafterversammlung vom 8.3.2000, die Herr W als vollmachtloser Vertreter der Firma K Belgium N.V. gefasst hatte, wirksam waren. An dieser Prüfung sahen sie sich jedoch gehindert, weil sie schon Zweifel an der Alleingesellschafterstellung der Firma K Belgium N.V. hatten. Nach Auffassung der Vorinstanzen sei ein lückenloser Nachweis der Wirksamkeit der formalen Gesellschafterstellung der Firma K Belgium N.V. als Alleingesellschafterin zu fordern. Nur dann könne geprüft werden, ob der Gesellschafterbeschluss vom 8.3.2000 ordnungsgemäß zustande gekommen sei.

Diese Auffassung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Das Registergericht hat die Wirksamkeit der Geschäftsanteilsübertragung von der Firma K Holding N.V. auf die Firma K Belgium N.V. nicht näher zu überprüfen. Für die Frage, ob die Firma K Belgium N.V. berechtigt war, in der Gesellschafterversammlung vom 8.3.2000 das Stimmrecht auszuüben, kommt es nur darauf an, ob die Firma im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafterin anzusehen ist. In diesem Zusammenhang ist die Sondervorschrift des § 16 GmbHG zu beachten. Nach Absatz 1 der Vorschrift gilt im Falle der Veräußerung eines Geschäftsanteils gegenüber der Gesellschaft nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet ist. Diese Vorschrift knüpft den Übergang der Gesellschafterstellung im Verhältnis zur Gesellschaft an einen besonderen Gestaltungsakt der Anmeldung an. Erst mit der Anmeldung erlangt der Erwerber gegenüber der Gesellschaft die Rechtsstellung als Gesellschafter. Wesentlicher Zweck der Vorschrift ist der Schutz der Gesellschaft vor den Folgen einer Ungewissheit über die Wirksamkeit des Übertragungsvorgangs. Die gesetzliche Vorschrift knüpft deshalb an die ordnungsgemäße Anmeldung eine gesetzliche Fiktion; auf die Wirksamkeit der Übertragung kommt es nicht an (BGHZ 84, 47, 49; 112, 103, 113; GmbHR 1991, 311; *Senat* Beschluß vom 26.5.1998 – 15 W 49/98 –). Die Gesellschaft darf also eine ordnungsgemäße Anmeldung, solange sie besteht, ohne Rücksicht darauf als maßgeblich betrachten, ob sie die materielle Rechtslage richtig wiedergibt. Daraus folgt, dass z.B. auch die Anfechtung einer Anteilsübertragung die Wirksamkeit vorausgegangener Rechtsakte des angemeldeten Erwerbers, z.B. seiner Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung, nicht beeinträchtigt (vgl. BGHZ 84, 47, 49). Hieran ist auch das Registergericht gebunden. Die Fiktion des § 16 GmbHG hat insoweit materielle Wirkung. Für die Feststellung der Befugnis der Firma K Belgium N.V., in der Gesellschafterversammlung vom 8.3.2000 das Stimmrecht als Gesellschafterin auszuüben, ist deshalb von alleiniger Bedeutung, ob die Übertragungsvorgänge gegenüber der Gesellschaft wirksam angemeldet worden sind.

Aus dem Akteninhalt ergibt sich, dass von einer wirksamen Anmeldung des Übertragungsvorganges von der Firma K Holding BV auf die Firma K Belgium N.V. auszugehen ist. Zwar liegen keine Schreiben bei den Gerichtsakten vor, die die Abtretung der Geschäftsanteile der Gesellschaft anzeigen. Von einer ordnungsgemäßen Anmeldung ist jedoch grundsätzlich ohne weiteres dann auszugehen, wenn die Gesellschaft den Erwerber als neuen Gesellschafter anerkennt und

behandelt (BGH GmbHR 1991, 311, 312). Hier hat die Beteiligte, vertreten durch ihren im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführer, mit Schreiben vom 11.10.2000 gegenüber dem Registergericht die Übertragung der Geschäftsanteile angezeigt. Beigefügt war der Übertragungsvertrag vom 1.7.1999 nebst den dazu gehörenden Vollmachten. Hieraus ergibt sich, dass die Gesellschaft den Erwerber als neuen Gesellschafter anerkennt und behandelt. Es ist daher von einer ordnungsgemäßen Anmeldung im Sinne des § 16 GmbHG auszugehen. Die Firma K Belgium N.V. ist somit als alleinige Gesellschafterin der Beteiligten anzusehen.

Die von den Vorinstanzen zitierte Literatur und Rechtsprechung, inbesondere OLG Köln Rpfleger 1990, 170 stehen dieser Auffassung nicht entgegen, da sie sich nicht mit der ordnungsgemäßen Anmeldung einer Geschäftsanteilsübertragung im Sinne des § 16 GmbHG befassen. Die Vorlagepflicht nach § 28 FGG greift nicht ein.

Die Anmeldungen dürfen daher nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, es bestünden Zweifel, ob die Firma K Belgium N.V. als Gesellschafterin der Beteiligten anzusehen ist.

Da die Entscheidungen beider Vorinstanzen somit sachlich nicht aufrechterhalten werden können, hat der Senat die Sache zur erneuten Entscheidung über die Anmeldungen der Beteiligten an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht

10. BGB §§ 1113, 1115; ZPO §§ 866 Abs. 3 Satz 2; 867 Abs. 2 Satz 1; BGO § 53 Abs. 1 Satz 2 *(Bestimmtheit von Zwangssicherungshypotheken)*

Sollen für zwei Geldforderungen, die in zwei notariellen Urkunden tituliert sind, Zwangshypotheken auf vier Grundstücken des Schuldners eingetragen werden, so muss bei jeder Eintragung zum Ausdruck gebracht werden, welcher Teil der Forderung aus dem einen und welcher Teil der Forderung aus dem anderen Vollstreckungstitel gesichert werden soll. Anderenfalls kann die Eintragung inhaltlich unzulässig sein.

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 13.7.2001 – 3W 62/01 –, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 2) und 3) betreiben die Zwangsvollstreckung gegen den Beteiligten zu 1) aus zwei Urkunden des Notars S., zum Ersten vom 17.10.1983 (UR-Nr. 1885/93) wegen einer Hauptforderung von 15.000 DM, zum Zweiten vom 7.7.1983 (UR-Nr. 1357/83) wegen einer Hauptforderung von 85.000 DM, zuzüglich 859,50 DM Kosten der Zwangsvollstreckung und 35 DM Gebühren für einen Grundbuchauszug.

Das Amtsgericht hat auf Antrag der Beteiligten zu 2) und 3) zulasten der eingangs näher bezeichneten Grundstücke in Abteilung III des Grundbuchs für eine zugrunde gelegte Hauptforderung von 100.894,50 DM drei Zwangssicherungshypotheken über je 25.223,63 DM in Blatt 1722, 5249 und 5250 sowie eine Sicherungshypothek über 25.223,61 DM in Blatt 2280 jeweils „aufgrund vollsteckbarer notarieller Urkunden des Notars S. vom 17.10.1983 (UR-Nr. 1885/93) und vom 7.7.1983 (UR-Nr. 1357/83) im Wege der Zwangsvollsteckung“, eingetragen.

Dagegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1) mit den Anträgen, die vorerwähnten Zwangssicherungshypotheken von Amts wegen zu löschen, hilfsweise einen Amtswiderspruch einzutragen.

Die Rechtspflegerin hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie der Kammer zur Entscheidung vorgelegt. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit seiner weiteren Beschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1) sein Begehren weiter.

Aus den Gründen:

(…)

b) Grundbuchamt und Beschwerdekammer hätten der Anregung, die genannten vier Zwangshypotheken von Amts wegen gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu löschen, nachkommen müssen. Denn es handelt sich um inhaltlich unzulässige Eintragungen. Inhaltlich unzulässig i.S.d. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO sind solche Eintragungen, die mit dem eingetragenen Inhalt aus Rechtsgründen nicht bestehen können (BGHZ 136, 283, 287 m.w.N.). Die inhaltliche Unzulässigkeit muss feststehen und sich aus der Grundbucheintragung und den zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen selbst ergeben; andere Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (*Senat*, Beschluss vom 23.5.2001 – 3 W 32/01 BayObLGZ 1987, 390, 393; BayObLG MittBayNot 1980, 203; 1991, 255, 256).

Die Eintragung der Zwangshypotheken erweist sich als inhaltlich unzulässig, weil die den dinglichen Rechten zugrunde liegenden Forderungen nicht so bestimmt bezeichnet sind, wie es aufgrund der §§ 1113, 1115 BGB erforderlich ist. Das Grundbuchamt hat bei der Eintragung einer Zwangshypothek sowohl die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung als auch die Erfordernisse der Grundbucheintragung zu prüfen; einzutragen ist die Zwangshypothek mit dem nach §§ 1113, 1115 BGB notwendigen Eintragungsinhalt (*Senat*, Beschluss vom 23.9.1994 – 3 W 149/94 –; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 2168 ff., 2186). Gemäß §§ 1113 Abs. 1, 1115 Abs. 1, 1184 BGB ist eine Hypothek die Belastung eines Grundstücks mit dem Inhalt, dass eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist. Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, dass Gläubiger, Schuldner und Schuldgrund so bestimmt bezeichnet sind, dass die Individualisierung der gesicherten Forderung unverwechselbar gewährleistet ist, mithin auch die sich aus ihrer etwaigen Veränderung ergebenden Folgen für die Hypothek festgestellt werden können. Die Eintragung der Hypothek muss also, wenn sie den gesetzlichen Inhalt haben soll, ergeben, für welche bestimmte Forderung das Grundstück haftet (BGH WM 1972, 786, 787; NJW 1994, 460 f.; KG JFG 3, 424, 426; *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB 13. Aufl. § 1113 Rdnr. 23; RGRK/*Mattern*, BGB 12. Aufl. § 1113 Rdnr. 24, 30; *Erman/Wenzel*, BGB 10. Aufl. § 1113 Rdnrn. 5, 8, 18; *Palandt/Bassenge*, BGB 60. Aufl. § 1113 Rdnr. 8; *Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnrn. 1925, 1935, 1943). Zwar kann im Gegensatz zu dem vom Gesetz vorgesehenen Regelfall, dass jede Hypothek nur eine einzelne bestimmte Forderung sichern soll (vgl. RGZ 126,. 272, 279; KG OLG Bd. 45 S. 238; RGRK/*Mattern* a.a.O. § 1113 Rdnrn. 34, 38), eine Hypothek auch für mehrere Forderungen desselben Gläubigers bestellt bzw. im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragen werden (RGZ 75, 245, 247; 126, 272, 278 f.; BayObLGZ 1964, 32, 35). Im Falle einer Zwangshypothek treffen insoweit die vollstreckungsrechtlichen Vorschriften der §§ 866, 867 ZPO nähere Bestimmungen: Gemäß § 866 Abs. 3 Satz 2 ZPO kann aufgrund mehrerer demselben Gläubiger – auch derselben Gläubigermehrheit – zustehender Schuldtitel gegen denselben Schuldner eine einheitliche Sicherungshypothek eingetragen werden (vgl. *Zöller/Stöber*, ZPO 22. Aufl. § 866 Rdnr. 5). Sollen mehrere Grundstücke desselben Schuldners mit der Hypothek belastet werden, ist

gemäß § 867 Abs. 2 Satz 1 ZPO der Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen (vgl. BGH NJW 1991, 2022 für den Fall einer zu vollstreckenden Forderung). Das gilt auch, wenn der Gläubiger aus mehreren Schuldtiteln vollstreckt (vgl. BT.-Drucks. 13/341 S. 36; *Zeller/Stöber*, ZVG 16. Aufl. Einl. 68.9) In einem solchen Fall muss aber völlig zweifelsfrei sein, welche Forderung aus welchem Titel auf welchem Grundstück gesichert werden soll; bei jeder der Eintragungen muss zum Ausdruck gebracht werden, welcher Teil der Forderung aus dem einen und welcher Teil der Forderung aus dem anderen Vollstreckungstitel durch die jeweilige Zwangshypothek gesichert werden soll. Nur so lässt sich später feststellen, welche Zahlung welche Hypothek tilgt. Diese Anforderungen an die Eintragung von Zwangshypotheken im Grundbuch sind in Rechtsprechung und Literatur unbestritten (LG Lübeck SchlHA 1962, 199; *Zeller/Stöber* a.a.O.; *Stein/Jonas/Münzberg* a.a.O. § 867 Rdnr. 39; *Löscher* JurBüro 1962, 69, 70 f.; 1982, 1791, 1801 m.w.N.; vgl. auch MünchKomm/*Eickmann* a.a.O. § 867 Rdnr. 60). Lässt die Eintragung hingegen wegen eines Verstoßes gegen die genannten Grundsätze Zweifel darüber offen, inwieweit die eine oder die andere Forderung durch die jeweilige Zwangshypothek gesichert sein soll, so ist die Eintragung als inhaltlich unzulässig zu löschen (KG JFG 3, 424, 427 f.; OLG Band 45, S. 238; LG Lübeck a.a.O.; *Löscher* JurBüro 1982, 1791, 1801; RGRK/*Mattern* a.a.O. § 1113 Rdnr. 47, § 1115 Rdnr. 3; vgl. auch RGZ 126, 272, 278; *Meikel/Streck*, Grundbuchrecht 7. Aufl. § 53 GBO Rdnr. 105; *Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnr. 2200). So liegt es hier:

Die Beteiligten zu 2) und 3) erstreben ihre dingliche Sicherung für zwei titulierte Geldforderungen. Sie betreiben die Zwangsvollstreckung aufgrund der vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 7.7.1983 hinsichtlich eines Teilbetrags von 15.000,– DM und aus der vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 17.10.1983 über 85.000,– DM. Da die Eintragung einer Gesamthypothek auf den vier in Anspruch genommenen Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung nicht zulässig ist (BGH a.a.O.; BayObLG Rpfleger 1986, 372; OLG Oldenburg Rpfleger 1996, 242 f.), haben die Beteiligten zu 2) und 3) ihre Forderungen aus den beiden notariellen Urkunden zusammengerechnet und sodann in der Weise verteilt, dass auf den vier Grundstücken des Beteiligten zu 1) jeweils ein Viertel der Gesamtsumme gesichert werden soll. Es genügt aber nicht, den einzelnen Grundstücken einfach einen bestimmten Teilbetrag des sich aus zwei getrennten Forderungen zusammensetzenden „Gesamtanspruchs“ zuzuteilen; insoweit ist der hier gegebene Fall von dem Fall zu unterscheiden, in dem Einzelhypotheken zugunsten desselben Gläubigers auf verschiedenen Grundstücken für verschiedene Teilbeträge ein und derselben Forderung begründet werden sollen (vgl. RGZ 113, 223, 233; *Erman/Wenzel* a.a.O. § 1113 Rdnr. 7). Bei mehreren Forderungen ist es vielmehr nach allgemeiner Meinung (s.o.) sowohl aus vollstreckungsrechtlichen Gründen als auch mit Rücksicht auf den Bestimmtheitsgrundsatz der Grundbuchführung erforderlich, dass in der Verteilung genau aufgeführt wird, welcher Betrag aus welcher Forderung (nach Schuldgrund gesondert) dem einzelnen Grundstück zugeordnet werden soll. Das Grundbuchamt durfte daher dem Antrag der Beteiligten zu 2) und 3) nicht stattgeben. Denn wie sich das jeweils eingetragene Viertel des „Gesamtanspruchs“ zusammensetzt, d.h. zu welchen Teilen die jeweilige Zwangshypothek die beiden titulierten Geldansprüche aus den notariellen Urkunden sichert, lassen die Eintragungen nicht erkennen. Kommt es etwa zu einer Teilzahlung oder soll eine der gesicherten Forderungen teilweise abgetreten oder gepfändet werden, kann der hiervon betroffene Teil der Zwangshypothek nicht bestimmt werden.

Entgegen der Auffassung des Grundbuchamts in der Nichtabhilfeentscheidung vom 9.1.2001 kann in dem hier gegebenen Fall nicht festgestellt werden, dass „sämtliche Forderungsteile zu je einem Viertel auf den einzelnen Grundstücken abgesichert sind“. Dies ist aus dem Grundbuch – und allein darauf kommt es für eine Amtslöschung nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO an – gerade nicht ersichtlich (vgl. KG JFG 3, 424, 428). Insoweit ist klarzustellen, dass etwaige Vermerke gemäß § 867 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 ZPO auf den vollstreckbaren Titeln über die Eintragung der Zwangshypotheken auch durch die Bezugnahmen auf die notariellen Urkunden in den Eintragungsvermerken nicht zum Inhalt des Grundbuchs geworden sind (BayObLG a.a.O.; *Hintzen* ZIP 1991, 474, 480). Durch die Bezugnahme auf die notariellen Urkunden steht lediglich fest, dass zwei titulierte Geldforderungen gesichert werden sollen und diese in der Summe höher sind als der im Grundbuch jeweils eingetragene Geldbetrag. Ob überhaupt weitere Zwangshypotheken für die Forderungen eingetragen wurden, lässt sich dem jeweiligen Eintragungsvermerk – auch im Wege der Auslegung (vgl. RGZ 113, 223, 231; BGHZ 90, 181, 184) – nicht entnehmen. Denn jedes Grundbuchblatt ist isoliert zu betrachten; für die Frage, ob die Eintragung einer Zwangshypothek inhaltlich unzulässig ist, darf nicht auf die Blätter der belasteten Grundstücke in ihrer Gesamtheit abgestellt werden (BayObLG a.a.O. S. 373). Erst recht kann der einzelnen Eintragung – für sich gesehen – keine Aufteilung „sämtliche(r) Forderungsteile zu je einem Viertel“ entnommen werden. Auch die – nicht weiter begründete – Erwägung des Landgerichts, eine der gesicherten Teilforderungen erstrecke sich „auf die gesamte Forderung über 15.000,– DM“, findet in den Eintragungsvermerken keine Grundlage.

Damit geht – anders als in der zitierten Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 27.3.1986 (Rpfleger 1986, 372) – aus den Eintragungen und den zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen selbst hervor, dass die Zwangshypotheken nicht mit dem gesetzlich gebotenen Inhalt eingetragen wurden; daher sind die Eintragungen inhaltlich unzulässig. Es sind nicht etwa Eigentümergrundschulden entstanden (vgl. BayObLG a.a.O. S. 373; RGRK/*Mattern* a.a.O.; *Löscher* a.a.O. S. 1799). Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18.11.1993 – IX ZR 244/92 (NJW 1994, 461) steht dem nicht entgegen; denn es betrifft einen anderen Fall. Die im Tenor näher bezeichneten vier Zwangshypotheken müssen daher gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen gelöscht werden (vgl. *Demharter* a.a.O. § 53 Rdnr. 45 und die Zitate auf S. 6 a.E. des 1. Abs.). Da die Sache entscheidungsreif ist, hat der Senat das Grundbuchamt hierzu angewiesen.

Auf die Frage, ob sich die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragungen außerdem aus dem Umstand ergibt, dass die vorgenommene Verteilung auch nicht erkennbar macht, welcher Betrag aus welcher Nebenleistung (Kosten) dem einzelnen Grundstück zugeteilt ist (so *Löscher* a.a.O. S. 1801; JurBüro 1962, 69, 70), kommt es für die zu treffende Entscheidung nicht an.

Da der ursprüngliche Antrag der Beteiligten zu 2) und 3) durch die inhaltlich unzulässigen Eintragungen nicht erledigt worden ist, wird das Grundbuchamt nach der von Amts wegen vorzunehmenden Löschung erneut über ihn zu entscheiden haben (BayObLG Rpfleger 1998, 334; *Demharter* a.a.O. § 53 Rdnr. 53).

2. Der Senat hat den Beschluss des Landgerichts vom 7.3.2001 aufgehoben, weil das Gesetz eine solche Nichtabhilfeentscheidung ausschließt (§ 80 Abs. 2 GBO).

(…)

Beurkundungs- und Notarrecht

11. BGB § 177 Abs. 2; BNotO § 15 Abs. 2; BeurkG § 53 *(Ablehnung des Vollzugs einer Urkunde bei Beteiligung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht)*

Den Voraussetzungen einer Aufforderung gemäß § 177 Abs. 2 Satz 1 BGB ist genügt, wenn unter Hinweis auf den notariellen Vertrag gefordert wird, die Genehmigung für die Vertretung (ohne Vertretungsmacht) zu erteilen. Eine weitergehende Hinweispflicht auf die Folgen nach Ablauf von zwei Wochen sieht das Gesetz nicht vor.

Der Notar kann den Vollzug einer Urkunde verweigern, wenn eine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass mangels fristgerechter Erklärung gemäß § 177 Abs. 2 Satz 2 BGB der Schwebezustand beendet war, der beurkundete Kaufvertrag mithin unwirksam geworden ist.

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 21.12.2001 – 3 W 301/01 –, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1) bis 7) sind in ungeteilter Erbengemeinschaft Eigentümer eines Grundbesitzes, den sie mit notariellem Kaufvertrag vom 11.5.2001 an die Beteiligten zu 8) und 9) veräußert haben. Bei der Vertragsbeurkundung trat die Beteiligte zu 4) gleichzeitig auch als Vertreterin ohne Vertretungsmacht für weitere Beteiligte auf Verkäuferseite auf, darunter die nicht anwesende Beteiligte zu 1). Gemäß Ziffer VII. 10. des Vertrages wurde der Notar mit dem Vollzug der Urkunde beauftragt.

Mit Schriftsatz ihres Rechtsanwalts vom 24.7.2001 haben die Käufer unter Hinweis auf den notariellen Vertrag die Beteiligte zu 1) aufgefordert, gemäß § 177 Abs. 2 BGB die Genehmigung für ihre Vertretung durch die Beteiligte zu 4) zu erteilen. Nach Zugang dieses Schreibens (25.7.2001) haben die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1) mit Schriftsatz vom 30.7.2001 u.a. mitgeteilt, im Vertrag seien ihre Vorstellungen nicht genügend berücksichtigt. Zudem habe sie keiner dritten Person eingeräumt, für sie – die Beteiligte zu 1) – irgendwelche Erklärungen abzugeben. Auf einen Schriftsatz der von der Beteiligten zu 4) – ebenfalls Mitglied der Erbengemeinschaft – beauftragten Rechtsanwälte vom 2.8.2001 haben die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1) innerhalb der darin gesetzten Frist bis 10.8.2001 diesen gegenüber erklärt, ihre Mandantin – die Beteiligte zu 1) – sei bereit, an der Veräußerung mitzuwirken.

Der Notar vertritt die Auffassung, dass die Genehmigung der notariellen Urkunde vom 11.5.2001 nicht rechtzeitig erfolgt sei. Die Erklärungsfrist nach Aufforderung durch die Käufer sei bereits am 8.8.2001 abgelaufen. Der Notar hat deshalb mit Schreiben vom 13.8.2001 den Vollzug des Vertrages abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben.

Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1) ihr Ziel, den Notar zum Vollzug des notariellen Vertrages anzuweisen, weiter und macht geltend, bereits die Aufforderung zur Genehmigung sei nicht klar und eindeutig gewesen, vor allem habe auf die Frist von zwei Wochen hingewiesen werden müssen. Zudem enthalte das Schreiben der Rechtsanwälte der Beteiligten zu 4) eine Fristverlängerung bis zum 10.8.2001. Dieses müssten sich die Käufer zurechnen lassen. Entsprechendes gelte für ihr Antwortschreiben vom 10.8.2001 an die Rechtsanwälte der Beteiligten zu 4).

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden (§ 15 Abs. 2 BNotO, 27 Abs. 1, 29 Abs. 1 FGG). Gegen die Entscheidung des Landgerichts als Beschwerdegericht ist die Rechtsbeschwerde nach Maßgabe der §§ 27 bis 29, 199 FGG eröffnet (vgl. dazu *Schippel/Reithmann*, BNotO 7. Aufl. § 15 Rdnr. 91 m.w.N.).

2. In der Sache bleibt das Rechtsmittel jedoch ohne Erfolg. Denn die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 15 Abs. 2 Satz 2 BNotO, 27 Abs. 1 FGG, 550 ZPO).

a) Zunächst hat das Landgericht die Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) vom 21.8.2001 zu Recht als Beschwerde gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO behandelt. § 15 Abs. 2 BNotO erfasst nämlich alle Fälle der Amtsverweigerung, also auch die Ablehnung einer Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG (vgl. OLG Köln JurBüro 2000, 212; OLG Hamm FG-Prax 1998, 1941 195 sowie OLGZ 1994, 495, 497; OLG Frankfurt FG-Prax 1997, 238, 239).

b) Durch die Weigerung des Notars, den geschlossenen Vertrag zu vollziehen, also beim Grundbuchamt einzureichen, ist die Beteiligte zu 1) auch in ihren Rechten beeinträchtigt, § 20 Abs. 1 FGG. Der Notar nimmt in dem Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO die Stelle einer ersten Instanz nach Maßgabe der Vorschriften des FGG und nicht die eines Beschwerdegegners bzw. die eines Verfahrensbeteiligten ein (vgl. OLG Frankfurt FG-Prax 1997, 238, 239; *Schippel/Reithmann* a.a.O. § 15 Rdnrn. 72 und 80 jew. m.w.N.).

c) Auch in der Sache selbst hält die angefochtene Entscheidung der rechtlichen Überprüfung durch den Senat stand.

aa) Nach § 53 BeurkG soll der Notar die Einreichung beim Grundbuchamt oder Registergericht veranlassen, sobald die Urkunden vollzogen werden können. Hierbei handelt es sich um eine Amtspflicht, die nur entfällt, wenn die Beteiligten etwas anderes verlangen. Ist Vollzugsreife gegeben, darf der Notar die Einreichung nicht schon dann unterlassen, wenn nur einer der Beteiligten den Vollzugsantrag widerruft oder sonst Weisungen zur Nichteinreichung gibt (vgl. BayObLG NJW-RR 200 b, 1231, 1232; DNotZ 1998, 646, 648; OLG Hamm OLGZ 1994, 495, 497; *Keidel/Winkler*, BeurkG 14. Aufl. § 53 Rdnr. 25).

Etwas anderes gilt indes dann, wenn es für den Notar ausnahmsweise im hohen Maße wahrscheinlich ist, dass durch seine Mitwirkung das Grundbuch unrichtig würde (vgl. BayObLG NJW-RR 2000, 1231, 1232; DNotZ 1998, 646, 648; OLG Hamm OLGZ 1994, 495, 497; OLG Köln JurBüro 2000, 212, 213; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO 4. Aufl. § 15 Rdnr. 36). § 53 BeurkG will jedoch den Notar grundsätzlich von schwierigen, im Ergebnis oft zweifelhaften und für ihn mit erheblichem Risiko verbundenen Prüfungen entheben (vgl. OLG Hamm OLGZ 1994, 495, 498; BayObLG NJW-RR 2000 1231, 1232; *Keidel/Winkler* a.a.O. § 53 Rdnr. 37). Bloße Zweifel an der Wirksamkeit eines Vertrages sind deshalb kein ausreichender Grund, von der Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt abzusehen (vgl. BayObLG DNotZ 1998, 648, 650; OLG Frankfurt FG-Prax 19,97, 238, 239; *Keidel/Winkler* a.a.O. § 53 Rdnr. 37).

bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen unterliegt die Entscheidung des Landgerichts keinen rechtlichen Bedenken. Das gilt zunächst, soweit die Kammer in Übereinstimmung mit dem Notar die Auffassung vertritt, dass das Aufforderungsschreiben vom 24.7.2001 den Anforderungen des § 177 Abs. 2 BGB genügt. Das Aufforderungsschreiben stammt nicht etwa vom Notar (vgl. dazu OLG Naumburg MittRhNotK 1994, 315; OLG Frankfurt NJW-RR 2000, 751 einerseits sowie OLG Köln NJW 1995, 1499 andererseits), sondern ist von den Rechtsanwälten der Käufer verfasst. Darin wird die Beteiligte zu 1) unter Hinweis auf den notariellen Vertrag aufgefordert, die Genehmigung für ihre Vertretung durch die Beteiligte zu 4) zu erteilen. Den Voraussetzungen des § 177 Abs. 2 Satz 1 BGB ist somit genügt (vgl. dazu BGH NJW 2000, 3128, 3129). Eine weitergehende Hinweispflicht auf die Folgen nach Ablauf von zwei Wochen sieht das Gesetz

nicht vor. Mithin konnte nach den unangefochtenen Feststellungen zum Zugang des Aufforderungsschreibens gemäß § 177 Abs. 2 Satz 2 BGB bereits am 9.8.2001 von einer Verweigerung der Genehmigung ausgegangen werden.

Mit zutreffender Begründung ist das Landgericht des Weiteren zu dem Ergebnis gelangt, dass die von den Rechtsanwälten der Beteiligten zu 4) (ebenfalls Verkäuferin) mit Schriftsatz vom 2.8.2001 bis zum 10.8.2001 gesetzte Frist keine Verlängerung der Ausschlussfrist darstellt, sodass die Erklärung der Beteiligten zu 1) vom 10.8.2001 verspätet war. Schon inhaltlich bestehen Bedenken, ob sich die Aufforderung der Rechtsanwälte der Beteiligten zu 4), zu erklären, dass sie – die Beteiligte zu 1) – bei der Veräußerung mitwirkt, mit der vorausgegangenen Aufforderung der Käufer, die Genehmigung für ihre Vertretung zu erteilen, überhaupt deckt. Ungeachtet dessen ist jedoch entscheidend, dass es keinerlei konkrete Hinweise dafür gibt, dass die von der Beteiligten zu 4) auf Verkäuferseite beauftragten Rechtsanwälte (auch) im Auftrag der Beteiligten zu 8) und 9) als Käufer tätig geworden sind. Denn die – grundsätzlich mögliche – Vereinbarung einer Verlängerung ist zwischen dem Vertretenen und dem Dritten zu treffen (vgl. MünchKomm/*Schramm*, BGB 4. Aufl. § 177 Rdnr. 22). Die vom Landgericht in diesem Zusammenhang aus den vorgelegten Unterlagen gezogenen Schlussfolgerungen verstoßen weder gegen Denkgesetze noch gegen allgemeine Erfahrungssätze und halten den Anforderungen stand, die an die tatrichterliche Überzeugungsbildung zu stellen sind (vgl. zur eingeschränkten Überprüfung der Tatsachenwürdigung durch das Rechtsbeschwerdegericht etwa OLG Köln JurBüro 2000 212, 213). Mit ihren dagegen gerichteten Angriffen versucht die Beteiligte zu 1) lediglich die Wertung des Tatrichters durch ihre eigene zu ersetzen. Dies muss für das Verfahren der weiteren Beschwerde jedoch unbehelflich bleiben. Demnach bestand aus Sicht des Notars jedenfalls eine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass mangels fristgerechter Erklärung gemäß § 177 Abs. 2 Satz 2 BGB der Schwebezustand beendet war, der beurkundete Kaufvertrag mithin unwirksam geworden ist. (…)

---

12. BeurkG § 54 c Abs. 2 *(Bindungswirkung einer Verwahrungsanweisung)*

1. **Die Auslegung einer Verwahrungsanweisung muss maßgebend an den Wortlaut der notariellen Urkunde anknüpfen, in der sie erteilt ist.**

2. **Die das mehrseitige Treuhandverhältnis prägende Bindungswirkung schließt es aus, dass der Notar selbst eine (ergänzende) Auslegung der Verwahrungsanweisung vornimmt, die über die durch den Wortlaut gezogenen Grenzen hinausgreift.**

3. **Ist nach der Verwahrungsanweisung die Auszahlung des hinterlegten Kaufpreises allein von der Sicherstellung der lastenfreien Eigentumsumschreibung des verkauften Grundstücks abhängig, darf der Notar diese Auszahlung nicht im Hinblick auf die noch nicht sichergestellte Erschließung des Grundstücks verweigern, selbst wenn der Verkäufer sich zur Herstellung dieser Erschließung verpflichtet hat.**

OLG Hamm, Beschluss vom 26.11.2001 – 15 W 329/01 –, mitgeteilt von RiOLG *Helmut Engelhardt*

Kostenrecht

13. KostO § 19 Abs. 4 *(Keine Hofstelle ohne Wohnung)*

Eine Hofstelle setzt eine für die bäuerliche Familie geeignete Wohnung voraus.

BayObLG, Beschluss vom 5.9.2001 – 3Z BR 188/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Der beteiligte Notar beurkundete am 29.6.2000 die Übergabe zahlreicher landwirtschaftlicher Grundstücke von den Eltern (Beteiligte zu 2 und 3) an ihren Sohn (Beteiligter zu 1). Ausgenommen wurde „eine Teilfläche von ca. 1.786 m² … mit den darauf befindlichen Wohnhäusern H. Straße 16 und 18“. Als Gegenleistung versprach der Beteiligte zu 1 den Beteiligten zu 2 und 3 eine Leibrente von 1.000 DM monatlich, lebenslange Wart und Pflege, Tragung der Beerdigungskosten sowie dauernde Grabpflege. In der Urkunde wurde die Auflassung der Grundstücke an den Beteiligten zu 1 erklärt.

Der beteiligte Notar verlangte mit Kostenrechnung vom 29.6.2000 für die Beurkundung 11.597,45 DM vom Beteiligten zu 1. Er legte dabei einen Verkehrswert der Grundstücke von 2.541.742 DM zugrunde. Den Wert der Gegenleistungen von 196.000 DM ließ er, da niedriger als der Wert der Grundstücke, unberücksichtigt.

Hiergegen wandte sich der Beteiligte zu 1. Er meint, dass der übergebene Grundbesitz aufgrund des Landwirtschaftsprivilegs niedriger zu bewerten sei. Der Notar beantragte die Entscheidung des Landgerichts.

Das Landgericht hat die Einwendungen des Betroffenen durch Beschluss vom 11.4.2001 zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1 mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde wurde vom Landgericht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassen (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO). Sie ist auch im Übrigen zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 KostO).

2. Das Rechtsmittel hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO).

a) Gegenstand der weiteren Beschwerde ist lediglich die Frage, ob das Landwirtschaftsprivileg des § 19 Abs. 4 KostO bei der Bewertung des beurkundeten Rechtsgeschäfts anwendbar ist. Darüber hinausgehende Beanstandungen enthält die weitere Beschwerde nicht (vgl. BayObLGZ 1969, 20/22).

b) Die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO sieht für Geschäfte, welche die Fortführung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle betreffen, die Bewertung des land- oder forstwirtschaftlichen Vermögens nach dem Vierfachen des letzten Einheitswerts vor. Die mit dieser Bestimmung verfolgte agrarpolitische Zielsetzung besteht darin, eine frühzeitige Regelung der Hofnachfolge zu fördern und der Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe zu dienen, die vielfach seit Generationen in der Hand bäuerlicher Familien geführt werden (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates BT-Drucks. 11/2343 S. 6 rechte Spalte unten). Da die Vorschrift durch die mit ihr verbundene Gebührenermäßigung die Freiheit der Berufsausübung der Notare berühren kann, ist aus verfassungsrechtlichen Gründen eine eng an diesem Zweck orientierte Auslegung geboten (BayObLGZ 1992, 231/233 m.w.N.). Die Anwendung der Bestimmung verlangt daher, dass, auch wenn unter bestimmten Voraussetzungen eine zeitliche Aufspaltung

des Übertragungsvorgangs zulässig sein mag, jedenfalls zu Beginn der Übergabe bei dem übergebenden Teil ein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb einschließlich Hofstelle im Sinn von § 19 Abs. 4 KostO vorhanden ist und nach Abschluss der Übergabe dem übernehmenden Teil eine solche vollständige Wirtschaftseinheit auf Dauer zur Verfügung steht (vgl. BayObLG FGPrax 2000, 210/211). Nur dann kann von einer Erhaltung und Fortführung des Betriebes in der Person des Übernehmers gesprochen werden, wie sie der Zielsetzung des § 19 Abs. 4 KostO entspricht.

§ 19 Abs. 4 KostO ist nach seinem zur Klarstellung ausdrücklich so gefassten Wortlaut (vgl. BT-Drs. 11/2343 S. 7) nur anwendbar, wenn zu dem übergebenen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb eine Hofstelle gehört. Eine solche Hofstelle setzt neben Wirtschaftsgebäuden auch eine Wohnung für die bäuerliche Familie in dem Betrieb voraus (vgl. Beschluss des *Senats* vom 18.11.1998 – 3Z BR 50/98; BayObLGZ 1992, 231/234; BayObLG FGPrax 2000, 210/211). Die Begründung des Gesetzesentwurfs des Bundesrates (vgl. BT-Drucks. a.a.O.) belegt dies ebenso eindeutig wie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 1 Abs. 1 HöfeO (vgl. BGHZ 8, 109/115; BGH MDR 1951, 728/729) oder zu § 9 Abs. 2 NdsRVG, wonach das Wohnhaus bei natürlicher Betrachtung den Mittelpunkt der Hofstelle bildet (vgl. BGH NJW-RR 1998, 1627/1629).

c) Hier sind die ursprünglich zum Betrieb gehörenden Wohnräume, wie das Landgericht verfahrensfehlerfrei und im Einklang mit dem Akteninhalt festgestellt hat, nicht mit übergeben worden, ihre Übergabe an den Beteiligten zu 1 ist auch nicht beabsichtigt. Daher kommt das Landwirtschaftsprivileg des § 19 Abs. 4 KostO nicht zur Anwendung. Dass dem Beteiligten zu 1 ein lebenslanges Wohnrecht an dem bei den Übergebern verbliebenen Wohnhaus eingeräumt wurde, ändert hieran nichts, da diese Wohnräume nicht zu dem übergebenen Betrieb, d.h. dem auf den Beteiligten zu 1 übertragenen Grundbesitz gehören.

(…)

---

14. GG Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie vom 17.7.1969 (69/335/EWG) Art. 10, Art. 12; KostO § 60, § 18 Abs. 1 *(Anwendungsbereich der EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie vom 17.7.1969 [69/335/EWG] I)*

Die Erhebung der auf den Grundstückswert bezogenen Grundbuchgebühren, die bei der Einbringung eines Grundstücks als Einlage in eine Gesellschaft im Sinne von Art. 3 der Gesellschaftssteuerrichtlinie anfallen, verstößt weder gegen die Gesellschaftssteuerrichtlinie noch gegen deutsches Verfassungsrecht.

BayObLG, Beschluss vom 5.10.2001 – 3Z BR 272/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter,* Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 8.9.1998 wurde die Beteiligte, eine GmbH & Co. KG, gegründet und die Einbringung bebauter Grundstücke, die bis dahin im Eigentum einer aus den Kommanditisten der Beteiligten bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts standen, in die neue Gesellschaft als Sacheinlage vereinbart. Für die Eintragung als neue Eigentümerin stellte das Grundbuchamt der Beteiligten auf der Grundlage eines Grundstückswertes von 6.682.946 DM Gebühren in Höhe von 13.208 DM in Rechnung. Die von der Beteiligten erhobene Erinnerung hiergegen wies das Amtsgericht am 18.5.1999 zurück.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Beteiligten ist gemäß Beschluss des Landgerichts vom 4.8.2000 ohne Erfolg geblieben.

Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit ihrer weiteren Beschwerde vom 26.7.2001. Sie meint, die Erhebung einer am Grundstückswert orientierten Grundbuchgebühr verstoße sowohl gegen die EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie vom 17.7.1969 (69/335/EWG) als auch gegen deutsches Verfassungsrecht. Zulässig sei lediglich eine am Aufwand des Grundbuchamtes orientierte, erheblich niedrigere Gebühr.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde wurde vom Landgericht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassen (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO). Sie ist auch im Übrigen zulässig. Da ihre Einlegung keiner Frist unterliegt, ist es nicht zu beanstanden, dass sie erst fast ein Jahr nach Erlass der angefochtenen Entscheidung erhoben wurde. Das Beschwerderecht ist nicht verwirkt (vgl. BayObLGZ 1992, 171/172 f.):

Das Rechtsmittel der Beteiligten ist jedoch in der Sache nicht begründet. Der durch das Landgericht bestätigte Kostenansatz des Amtsgerichts ist aus Rechtsgründen (§ 14 Abs. 3 Satz 3 KostO, § 550 ZPO) nicht zu beanstanden.

1. Das Amtsgericht hat für die Eintragung der Beteiligten als Eigentümerin in das Grundbuch eine volle Gebühr (§ 60 Abs. 1 Satz 1 KostO) und für die Übernahme dieser Veränderung in das Liegenschaftskataster 30 % aus dieser Gebühr (Art. 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, Art. 3 des Gesetzes über Gebühren für die Fortführung des Liegenschaftskatasters, BayRS 2013-1-19-F) angesetzt und die Gebühren gemäß § 32 KostO nach dem Wert der bebauten Grundstücke als Geschäftswert berechnet (§ 18 Abs. 1, § 19 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 KostO; vgl. BayObLGZ 1972, 297/300 ff.). Dies entspricht den einschlägigen bundes- und landesrechtlichen Vorschriften. Auch die Beteiligte stellt dies nicht infrage. Ihrer Argumentation, die genannten Wertvorschriften seien vorliegend wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht nicht verbindlich, kann der Senat nicht folgen.

a) Die Berechnung der genannten Gebühren nach dem Wert des bebauten Grundstücks als Geschäftswert verstößt nicht gegen Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften, insbesondere nicht gegen die Gesellschaftssteuerrichtlinie.

aa) Die Gesellschaftssteuerrichtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 17.7.1969 (69/335/EWG) i.d.F. der Richtlinie vom 10.6.1985 (85/303/EWG; im Folgenden „RL“) soll die indirekten Steuern auf Ansammlung von Kapital harmonisieren. Sie ist nur auf Kapitalgesellschaften und vergleichbare Personenvereinigungen anzuwenden (Art. 3). Sie enthält Angaben zu den Vorgängen, die der Gesellschaftssteuer unterliegen (Art. 4) und zur Erhebung der Steuer (Art. 5 bis 9). Schließlich bestimmt Art. 10, dass neben der Gesellschaftssteuer grundsätzlich keine weiteren Steuern oder Abgaben aufgrund des steuerbaren Sachverhalts (Buchst. a), der Einlagen, Darlehen oder Leistungen im Rahmen dieses Sachverhalts (Buchst. b) oder der der Ausübung einer Tätigkeit vorangehenden Eintragung oder sonstigen Formalität, der die Gesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann (Buchst. c), erhoben werden dürfen, es sei denn, es liegt eine der in Art. 12 genannten Ausnahmen vor.

Das Verbot des Art. 10 RL ist hinreichend genau und unbedingt abgefasst. Es begründet daher für die Beteiligte Rechte, auf die sie sich auch vor den deutschen Gerichten berufen kann. Sie kann insbesondere geltend machen, dass die Richtlinie insoweit nicht oder unrichtig in deutsches Recht umgesetzt worden sei und dass die deutschen Gesetze (hier: die Bestimmungen der Kostenordnung) gegen das Verbot verstießen (EuGH WM 1998, 2193/2198 „*Fantask*“ Tz. 52 bis 55; ZIP

1999, 1681/1683 „*Modelo I*“ Tz. 33 bis 35; NZG 2000, 1115/1117 „*Modelo I*“ Tz. 36 bis 38; BayObLGZ 1998, 303/307). Die nationalen Gesetze sind nicht verbindlich, so weit sie der Richtlinie widersprechen (Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts; BayObLGZ a.a.O.; BayObLG JurBüro 1999, 205/206; *Gustavus* ZIP 1998, 502/503).

bb) Erwirbt eine Gesellschaft im Sinne von Art. 3 RL ein Grundstück, werden die hierbei anfallenden Grundbuchgebühren nicht vom Verbot des Art. 10 Buchst. c RL erfasst, weil die sie auslösende Eintragung im Grundbuch nicht Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit der Gesellschaft ist und die Gesellschaft der Gebührenpflicht nicht aufgrund ihrer Rechtsform, sondern aufgrund ihrer Teilnahme am Rechtsverkehr wie jede andere natürliche oder juristische Person unterworfen wird (vgl. BayObLGZ 2000, 350/352).

cc) Anderes gilt aber für Grundbuch- und Katasterfortführungsgebühren, die anlässlich der Einbringung eines Grundstücks als Einlage in eine Gesellschaft im Sinne von Art. 3 RL, sei es bei Gründung der Gesellschaft, sei es zur Kapitalerhöhung, wegen des sich hierbei ergebenden Eigentumswechsels anfallen. Sie sind in den Anwendungsbereich der Richtlinie einzubeziehen.

(1) Das Landgericht hat sich in diesem Zusammenhang mit Art. 10 Buchst. b RL auseinander gesetzt. Diese Vorschrift verbietet unter anderem die Erhebung von Abgaben auf die Einlagen oder Leistungen im Rahmen der Gründung der Gesellschaft oder der Erhöhung des Kapitals der Gesellschaft durch Einlagen jeder Art. Dem Landgericht ist zuzugeben, dass ihre Anwendung auf Grundbuchgebühren nicht zwingend ist, da diese nicht an die Erbringung einer Einlage, sondern an die Eigentumsumschreibung anknüpfen (vgl. auch OLG Hamm RNotZ 2001, 242; NJW-RR 2001, 379).

(2) Zu beachten ist jedoch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 11.12.1997 (EuGHE I 1997, 7106 „*SIF*“), auf das die Beteiligte zu Recht hinweist. Gegenstand dieser Entscheidung ist u.a. die italienische Katasterabgabe, die für die Eintragung des Eigentümerwechsels an einem Grundstück im Kataster erhoben wird und die sich nach dem Wert der Liegenschaft bemisst (EuGH a.a.O. Tz. 10 S. 7110). Sie wurde anlässlich der Einbringung von Grundstücken zur Kapitalerhöhung einer Gesellschaft im Sinne von Art. 3 RL erhoben (Tz. 14 S. 7111). Der Gerichtshof hat, ohne konkret auf Art. 10 Buchst. b RL einzugehen, ausgesprochen, dass die Gesellschaftssteuerrichtlinie auf die Katasterabgabe Anwendung finde (Tz. 26 S. 7114), weil sie bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück und damit auch bei der Einbringung eines Grundstücks in die Gesellschaft ausgelöst werde (Tz. 25 S. 7114). Sie stelle eine indirekte Steuer mit den gleichen Merkmalen wie die Gesellschaftssteuer dar und gefährde damit die mit der Gesellschaftssteuerrichtlinie verfolgten Zielsetzungen (Tz. 31 S. 7115).

Dieser Sachverhalt ist dem hier zu beurteilenden in allen wesentlichen Merkmalen vergleichbar. Da der Europäische Gerichtshof für die Katasterabgabe die Anwendbarkeit des Art. 10 RL bejaht hat, liegt es nahe, Gleiches auch für die bei der Einbringung anfallenden Grundbuchgebühren einschließlich der Gebühr für die Fortführung des Liegenschaftskatasters gelten zu lassen (zur Bindung der deutschen Gerichte vgl. BayObLGZ 1998, 303/307; BayObLG JurBüro 1999, 205/206).

dd) Auch wenn die Grundbuchgebühr (einschließlich der Katasterfortführungsgebühr) danach unter Art. 10 RL fällt, kommt allerdings nach Maßgabe der genannten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes, was die Beteiligte übersieht, die Ausnahmeregelung in Art. 12 Abs. 1 Buchst. b RL zum Tragen (EuGH a.a.O. Tz. 32 S. 7115). Danach kann ein Mitgliedstaat Besitzwechselsteuern einschließlich der Katasterssteuer auf die Einbringung von in ihrem Hoheitsgebiet gelegenen Liegenschaften in eine Gesellschaft im Sinne von Art. 3 RL erheben, sofern diese nicht höher sind als diejenigen, die auf alle anderen Eigentumsübertragungen von Privatpersonen oder Gesellschaften ohne Erwerbszweck erhoben werden (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 RL; EuGH a.a.O. Tz. 37 S. 7116). Die italienische Katasterabgabe erfüllt diese Voraussetzungen (EuGH a.a.O. Tz. 34 bis 36 S. 7116). Für die deutschen Grundbuch- und Katasterfortführungsgebühren, die von natürlichen wie juristischen Personen gleich und unabhängig davon, ob sie einen Erwerbszweck verfolgen, erhoben werden, gilt nichts anderes.

Da der Europäische Gerichtshof die entscheidungserhebliche Frage bereits beantwortet hat, bedarf es keiner Vorlage gemäß Art. 234 EGV.

ee) Die Gesellschaftssteuerrichtlinie enthält über Art. 10 hinaus kein generelles Verbot von Wertgebühren (vgl. BayObLG MittBayNot 2001, 95; Rpfleger 2000, 128; BayObLGZ 2000, 350/352).

b) Die Berechnung der Grundbuchgebühren nach dem durch den Kaufpreis bestimmten Geschäftswert ist auch mit dem deutschen Verfassungsrecht vereinbar. Der Senat nimmt auf die ausführliche Begründung in seiner Entscheidung vom 6.12.2000 (MittBayNot 2001, 95 ff.; BayObLGZ 2000, 350/352 ff.) Bezug.
(…)

---

15. GG Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3; KostO § 30 Abs. 1 EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie vom 17.7.1969 (69/335/EWG) Art. 10 *(Anwendungsbereich der EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie vom 17.7.1969 [69/335/EWG] II)*

1. **Gebühren in Nachlasssachen fallen auch dann nicht in den Geltungsbereich der EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie, wenn der Erbschein ausschließlich für die Anmeldung zum Handelsregister benötigt wird.**
2. **Die Wertgebühren in Nachlasssachen sind mit der Verfassung vereinbar.**
3. **Zur Bewertung eines zum Nachlass gehörenden Kommanditanteils, wenn in das Vermögen der Kommanditgesellschaft, deren Anteil zu bewerten ist, Grundstücke fallen.**

BayObLG, Beschluss vom 26.10.2001 – 3Z BR 95/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter,* Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Das Amtsgericht erteilte der Beteiligten am 5.8.1998 antragsgemäß einen Erbschein, der sie als Alleinerbin ihres am 24.8.1996 verstorbenen Ehemannes ausweist. Zum Nachlass gehören Kommanditanteile an zwei lediglich aus natürlichen Personen bestehenden Kommanditgesellschaften. Eine dieser Gesellschaften ist als Vermögensverwaltungsgesellschaft Eigentümerin zahlreicher bebauter Grundstücke.

Der Kostenbeamte erteilte der Beteiligten am 1.2.2000 eine Kostenrechnung über 43.649 DM für die Eröffnung des Testaments, die Erteilung des Erbscheins und die Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung im Nachlassverfahren, wobei er von einem Geschäftswert von 13.600.000 DM für die Eröffnung und von 13.550.000 DM für die beiden anderen Vorgänge ausging. Dabei bestimmte er den Wert des Kommanditanteils der Vermögensverwaltungsgesellschaft im Wesentlichen nach den Verkehrswerten der im Eigentum der Gesellschaft stehenden Grundstücke. Zur Ermittlung dieser Verkehrswerte ging er im Wesentlichen, da die Beteiligte trotz Aufforderung keine anderen Angaben übermittelte, von den im Erbschaftssteuerverfahren zugrunde gelegten Grundstücksbedarfswerten aus und verdoppelte diese.

Die Beteiligte legte gegen die Kostenrechnung Erinnerung ein. Sie brachte im Wesentlichen vor, die Wertgebühren verstießen gegen die EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie, weil der beantragte Erbschein ausschließlich zur Anmeldung der Rechtsnachfolge in die Kommanditanteile im Handelsregister benötigt worden sei. Im Übrigen verstoße der Kostenansatz nach Wertgebühren im vorliegenden Fall gegen den Gleichheitssatz und sei daher verfassungswidrig. Der Kommanditanteil der Vermögensverwaltungsgesellschaft sei falsch bewertet. Da er nur durch Kündigung der Gesellschaft verwertbar sei, dürfe nur das nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages nach den Buchwerten zu errechnende wesentlich geringere Auseinandersetzungsguthaben angesetzt werden. Selbst wenn man im Rahmen der Bewertung des Anteils von den Grundstückswerten ausgehe, dürfe für diese nur der einfache steuerliche Bedarfswert, nicht der doppelte eingestellt werden.

Das Amtsgericht gab der Erinnerung keine Folge. Hiergegen legte die Beteiligte Beschwerde ein, die das Landgericht durch Beschluss vom 16.2.2001 mit der Maßgabe zurückgewiesen hat, dass die Kostenrechnung lediglich 40.827,50 DM beträgt. Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das vom Landgericht zugelassene und auch im Übrigen zulässige Rechtsmittel (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO) hat in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Ausgehend von den Vorschriften der Kostenordnung hat das Landgericht die angefallenen Gebühren zutreffend berechnet.

a) Der Geschäftswert der Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen (§§ 102, 103 Abs. 1, 46 Abs. 4 KostO), der Erteilung eines Erbscheins 107 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 KostO) und der vorgängigen Beurkundung einer eidesstattlichen Versicherung (§ 49 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 107 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 KostO) bestimmt sich jeweils nach dem Wert des reinen Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalles, also unter Abzug der Nachverbindlichkeiten. Für die Eröffnung der Verfügung von Todes wegen ist allerdings § 46 Abs. 4 Satz 2 KostO zu beachten. Danach werden Vermächtnisse, Pflichtteilsrechte und Auflagen beim Geschäftswert der Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen nicht berücksichtigt (vgl. BayObLGZ 1969, 187/190). Von diesen Grundsätzen ist das Nachlassgericht und ihm folgend das Landgericht ausgegangen.

b) Fällt der Anteil an einer Kommanditgesellschaft in den Nachlass, ist er gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bewerten (BayObLG JurBüro 1990, 896/897; vgl. auch BayObLGZ 1954, 171). Auszugehen ist dabei vom Wert des Gesellschaftsvermögens (Substanzwert), da die Gesellschafter Gesamthandsinhaber dieses Vermögens sind (BayObLGZ a.a.O. S. 174). Aus ihm ergibt sich auf der Grundlage der Höhe der Beteiligung der Wert des Kommanditanteils (BayObLG JurBüro 1990, 896/897). Bei der Wertbestimmung ist das Aktivvermögen der Gesellschaft anzusetzen; die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bleiben gemäß § 18 Abs. 3 KostO außer Betracht (vgl. BayObLGZ 1969, 187/191; BayObLG JurBüro 1990, 89 6/897), soweit nicht das Gesetz wie in § 46 Abs. 4, § 107 Abs. 2 KostO anderes bestimmt (*Korintenberg/Bengel* KostO 14. Aufl. § 18 Rdnr. 27).

Entgegen der Auffassung der Beteiligten ist bei der Bewertung des Gesellschaftsanteils nicht die Höhe des Abfindungsanspruchs des Gesellschafters im Falle vorzeitigen Ausscheidens maßgebend. Dieser Anspruch hängt in weitem Umfang von den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag ab und gibt daher sehr häufig den wahren Wert der Beteiligung, der sich auch in ihrem Ertrag und der Höhe des Auseinandersetzungsguthabens bei Beendigung der Gesellschaft niederschlägt, nicht zutreffend wieder. Dies zeigt auch der vorliegende Fall, in dem (vgl. § 14 des Gesellschaftsvertrages), möglicherweise zur Verhinderung vorzeitigen Ausscheidens einzelner Gesellschafter, der (häufig sehr niedrige) Buchwert als Grundlage der Berechnung des Abfindungsanspruchs vereinbart wurde. Die Beteiligte übersieht, dass Anteilswerte nicht nur durch vorzeitiges Ausscheiden, sondern auch durch eine einvernehmliche Auflösung der Gesellschaft unter Verkauf des Unternehmens oder der einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens realisiert werden können, ebenso durch Veräußerung des Gesellschaftsanteils mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter (vgl. hier § 10 des Gesellschaftsvertrags). In einem solchen Fall wird aber regelmäßig der wahre Wert des Gesellschaftsvermögens zum Tragen kommen. Es erscheint daher durchaus gerechtfertigt, diesen Wert, bezogen auf den Bewertungszeitpunkt, auch schon bei der Vererbung des Gesellschaftsanteils zu berücksichtigen.

c) Ist die Kommanditgesellschaft Eigentümerin von Grundstücken, sind diese nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 KostO zu bewerten (vgl. BayObLGZ 1969, 187/192; 2000, 189/191). Nach dieser Vorschrift sind alle ausreichenden Anhaltspunkte für einen den Einheitswert übersteigenden Wert heranzuziehen, um dem Verkehrswert – als dem gemeinen Wert im Sinne von § 19 Abs. 1 Satz 1 KostO – möglichst nahe zu kommen (vgl. BayObLG JurBüro 1997, 437). Da die Beteiligte keine weiteren Unterlagen vorgelegt hat, durfte das Landgericht die Angaben der Beteiligten zur Bewertung der Grundstücke durch das Finanzamt im Erbschaftssteuerverfahren als Schätzgrundlage heranziehen und in Richtung auf den Verkehrswert korrigieren (vgl. BayObLG Rpfleger 1983, 128; JurBüro 1988, 1199/1200; BayObLGZ 1993, 173/176).

Vom Rechtsbeschwerdegericht kann diese Ermessensentscheidung nur auf ihre Gesetzmäßigkeit nachgeprüft werden, d.h. dahin ob der Tatsachenrichter den maßgebenden Sachverhalt ausreichend und ohne Gesetzesverletzung erforscht hat, ob die Ermessensausübung auf grundsätzlich fehlerhaften Erwägungen beruht, ob Rechtsvorschriften, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentliche Tatumstände außer Acht gelassen worden sind (*Jansen* FGG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 24). Die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit der Entscheidung unterliegt hingegen nicht der Nachprüfung des Rechtsbeschwerdegerichts (BayObLGZ 1976, 281/284; 1993, 173/176 f.).

Das Landgericht hat vorliegend das ihm eingeräumte Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt. Es hat bei der vorgenommenen freien Schätzung der Grundstückswerte die für die Erbschaftsteuer maßgeblichen Werte mit Ausnahme des durch Gutachten nachgewiesenen Wertes eines Grundstückes in B. nach Vornahme eines Sicherheitsabschlags von 5 % verdoppelt. Es durfte dabei davon ausgehen, dass die Grundstückswerte, welche die Beteiligte zur Ermittlung der Erbschaftssteuer auf der Grundlage der Mieterträge gemäß § 12 Abs. 3 ErbStG; § 138 Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 Satz 1, § 146 BewG im dort vorgegebenen Ertragswertverfahren errechnet und dem Finanzamt vorgelegt hatte, erheblich unter dem Verkehrswert der Grundstücke lagen. Das Ertragswertverfahren nach dem Bewertungsgesetz verwendet den Vervielfältiger 12,5, der sich an einer mit 5 % verzinslichen Kapitalanlage unter Berücksichtigung willkürlich gegriffener Abschläge orientiert, nicht aber empirische Untersuchungen des Grundstücksmarktes oder den Sachverstand von Grundstücksbewertern berücksichtigt (*Seer* GmbHR 1999, 64/67). Es soll daher im Durchschnitt nur Werte von rund 50 % des Verkehrswertes erbringen (*Wolf* DStR 1997, 349/351; *Thiel* DB 1997, 64/66; *Meincke* ErbStG 12. Aufl. § 12 Rdnr. 119; *Rössler/Troll* BewG 17. Aufl. § 76 a.F. Rdnr. 13). Von 80 % ist entgegen der vom Kostenbeamten des Amtsgerichts und im Anschluss

daran von der Beteiligten geäußerten irrigen Meinung in diesem Zusammenhang nirgends die Rede. In Ballungsgebieten mit hochwertigen Grundstücken bei im Vergleich dazu niedrigen Mieterträgen sind 80 % des Bodenwerts (vgl. § 146 Abs. 6 BewG) im Regelfall mehr als der Ertragswert, sodass in solchen Fällen der Gebäudewert unberücksichtigt bleibt (vgl. *Wolf* a.a.O. S. 350; *Meincke* a.a.O.). Die hier zu bewertenden Grundstücke liegen fast ausschließlich in Ballungsgebieten. Die Verdoppelung der von der Beteiligten für die Bewertung durch das Finanzamt angegebenen Grundstückswerte lag daher im Rahmen des dem Tatrichter eingeräumten Schätzungsermessens.

Der Senat hat zwar für bestimmte Fälle die Ertragswertmethode zur Ermittlung des Verkehrswertes eines Grundstückes zugelassen (vgl. BayObLGZ 2000, 189 m.w.N.). Die hierzu vom Senat aufgestellten Voraussetzungen waren hier jedoch nicht gegeben. Die Beteiligte hat Unterlagen, insbesondere für die Feststellung des Reinertrages, die ohne weiteres eine Berechnung nach den §§ 8 bis 12 WertV ermöglichen würden, nicht vorgelegt. Die bloßen Angaben der Nettomieten mögen für die Bestimmung des steuerlichen Bedarfswertes ausreichen, weil dort Vergleichsmieten aus Mietspiegeln u. Ä. herangezogen werden können. Sie genügen hier nicht, da für die Feststellung des Ertragswerts auch die Aufwendungen der Gesellschaft für die Immobilien zu berücksichtigen sind. Aus der von der Beteiligten vorgelegten Aufstellung geht außerdem hervor, dass unter den zu bewertenden Immobilien auch einige Hotels sind, deren Ertrag ganz wesentlich vom jeweiligen Management abhängt (vgl. BayObLGZ 1979, 69/78). Daneben enthält die Aufstellung ein Bürocenter, eine Industriehalle und ein Einkaufszentrum, für die Ähnliches gilt. Weiterhin müsste der erzielbare Ertrag im Vordergrund eines Erwerbsinteresses an den Grundstücken stehen. Hier sind jedoch Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass für einen Erwerbsinteressenten nicht nur der Ertrag, sondern auch andere Umstände ins Gewicht fallen. Insbesondere bei den Objekten mit sehr guter Stadtlage liegt eine Gewinn bringende Veräußerung nach eingetretener Wertsteigerung, gegebenenfalls auch nach Aufteilung in Wohnungseigentum, nahe (vgl. BayObLGZ 2000, 189/193). Auch trägt die Beteiligte selbst vor, es handle sich bei den Kommanditgesellschaften um Abschreibungsmodelle, bei denen seit Gründung noch keine Gewinne ausgeschüttet wurden.

d) Die Verbindlichkeiten der Gesellschaften hat das Landgericht in vollem Umfang wertmindernd und dadurch zugunsten der Beteiligten berücksichtigt. Der Senat sieht insoweit im Hinblick auf das nunmehr geltende Verbot der Schlechterstellung (vgl. *Korintenberg/Lappe* § 14 Rdnrn. 111 und 158, *Rohs/Wedewer/Waldner* KostO § 14 Rdnrn. 23 und 33) keinen Anlass zu einer näheren Überprüfung, auch soweit dadurch einer der Kommanditanteile wegen der das Aktivvermögen übersteigenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Ergebnis trotz fehlender Anhaltspunkte für eine persönliche Haftung der Beteiligten (vgl. § 171 HGB) nicht nur nicht werterhöhend, sondern sogar den Gesamtnachlasswert mindernd berücksichtigt worden ist.

2. Diese durch das einfache nationale Recht vorgegebene Art der Gebührenberechnung ist mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaften vereinbar. Insbesondere fallen Gebühren für die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen, die Erteilung eines Erbscheins sowie die eidesstattliche Versicherung nicht unter das Verbot der Abgabenerhebung gemäß Art. 10 der EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie, auch wenn im Einzelfall der Erbschein allein zum Nachweis der Rechtsnachfolge bezüglich eines Gesellschaftsanteils im Rahmen der Anmeldung zum Handelsregister benötigt wird.

a) Die Gesellschaftssteuerrichtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 17.7.1969 (69/335/EWG, i.d.F. der Richtlinie vom 10.6.1985, 85/303/EWG) soll die indirekten Steuern auf Ansammlung von Kapital harmonisieren. Sie ist nur auf Kapitalgesellschaften und vergleichbare Personenvereinigungen anzuwenden (Art. 3). Sie enthält Angaben zu den Vorgängen, die der Gesellschaftssteuer unterliegen, sowie zur Berechnung der Steuer. Art. 10 begründet für bestimmte Fallgestaltungen ein Verbot der Erhebung anderer Steuern oder Abgaben neben der Gesellschaftssteuer. Unter anderem bestimmt Art. 10 Buchst. c, dass, abgesehen von der Gesellschaftssteuer und den Abgaben mit Gebührencharakter für Eintragungen (Art. 12 Abs. 1 Buchst. e), die Mitgliedstaaten von Kapitalgesellschaften keine anderen Steuern oder Abgaben auf die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität erheben, denen die Gesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann (vgl. BayObLGZ 1998, 303/306; 2000, 350/352).

b) Die hier fraglichen Gebühren betreffen offensichtlich nicht die in Art. 10 Buchst. a oder b der Richtlinie genannten Vorgänge. Sie fallen auch nicht unter das Verbot des Art. 10 Buchst. c. Sie werden nicht von der Gesellschaft auf der Grundlage einer der Ausübung ihrer Tätigkeit vorangehenden Eintragung oder sonstigen Formalität, der die Gesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann, erhoben.

aa) Von der Gesellschaft erhoben im Sinne der Richtlinie werden Gebühren für die Gesellschaft betreffende Eintragungen im Handelsregister (vgl. auch § 79 KostO; BayObLGZ 1998, 303 JurBüro 1999, 205). Der *Senat* geht im Weiteren, unbeschadet der Frage, ob eine ausschließlich aus natürlichen Personen bestehende Vermögensverwaltungsgesellschaft überhaupt in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt (vgl. dazu Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie; *Gustavus* ZIP 1998, 502/503), davon aus, dass der Vorgang der Eintragung eines Gesellschafterwechsels, wie er hier von den Gesellschaftern zu veranlassen war, grundsätzlich von Art. 10 Buchst. c erfasst wird. Er stellt zwar formell kein der Tätigkeit der Gesellschaft vorangehendes Verfahren dar. Jedoch ist der Eintritt eines neuen Gesellschafters zwingend einzutragen (vgl. § 161 Abs. 2, § 107 HGB; zum Gesellschaftereintritt durch Erbgang *Baumbach/Hopt* HGB 30. Aufl. § 107 Rndr. 1) und damit eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Gesellschaftstätigkeit. Dies genügt (vgl. EuGH WM 1998, 2193/2195 f. „*Fantask*“; zuletzt ZIP 2001, 1145/1147 „*Sonae*“). Dieser Vorgang ist jedoch nicht die Grundlage der hier infrage stehenden Gebühren.

bb) Der Eintragung gleich stellt Art. 10 Buchst. c sonstige Formalitäten, denen die Gesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann. Die Geschäftsvorgänge, die hier die Grundlage der Gebührenerhebung bilden (Testamentseröffnung und Durchführung eines Erbscheinsverfahrens) sind keine solchen Formalitäten, auch wenn sie der Gesellschafter mit dem Ziel durchführt, im Registerverfahren für die Eintragung des Gesellschafterwechsels zum Nachweis des Übergangs eines Kommanditanteils durch Erbgang einen Erbschein vorlegen zu können.

Die Kosten für einen solchen Erbschein hat nach dem Gesetz niemals die (nicht antragsberechtigte, vgl. § 2353 BGB, *Palandt/Edenhofer* BGB 60. Aufl. § 2353 12 f.) Gesellschaft, sondern allein derjenige zu tragen, der den Erbschein beantragt hat (§ 2 Nr. 1 KostO). Dies kann, muss aber nicht der einzelne anmeldepflichtige Gesellschafter (vgl. BayObLG Rpfleger 1977, 321; DNotZ 1979, 109/111) sein. Die Gesellschaft kann von dem Gesellschafter lediglich bei Bedarf die

Vorlage des (möglicherweise bereits aus anderen Gründen vorhandenen) Erbscheins verlangen, damit die Anmeldung durchgeführt werden kann.

§ 12 Abs. 2 Satz 2 HGB verlangt für die Eintragung auch nicht zwingend die Vorlage eines Erbscheins. Vielmehr genügt der Nachweis der Rechtsnachfolge „soweit tunlich durch öffentliche Urkunden". Dies kann auch eine öffentlich beurkundete Verfügung von Todes wegen sein (*Baumbach/Hopt* § 12 Rdnr. 5). Es sind daher aus der Privatsphäre des Gesellschafters stammende Umstände dafür maßgebend, ob für die Eintragung überhaupt ein Erbschein benötigt wird und damit beschafft werden muss.

Die Gesellschaft ist der Formalität der Vorlage eines Erbscheins nicht aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen. § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB verlangt den Nachweis der Rechtsnachfolge „soweit tunlich durch öffentliche Urkunden" von jedem Rechtsnachfolger unabhängig von seiner Rechtsform. Auch wenn dies allein die Anwendung des Art. 10 Buchst. c der Richtlinie nicht ausschließen mag (vgl. OLG Köln BB 2000, 370/371), muss doch mindestens ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang zwischen der Formalität und der Rechtsform der Gesellschaft vorhanden sein, die Formalität muss an einen für die Betätigung der Gesellschaft und ihre Struktur typischen Vorgang anknüpfen (OLG Köln a.a.O.). Das Verfahren zur Beschaffung eines Erbscheins ist jedoch seiner Art nach der privaten Lebensführung des Gesellschafters, nicht der Sphäre der Gesellschaft zuzurechnen. Die durch einen Erbschein ausgewiesene Rechtsstellung bezieht sich regelmäßig auf den gesamten Nachlass, nicht auf einen einzelnen Gegenstand wie den Kommanditanteil, der unter Umständen nicht einmal in den Nachlass fällt (vgl. zum Streitstand *Baumbach/Hopt* § 139 Rdnr. 14). Das Landgericht zieht insoweit zu Recht eine Parallele zu der Senatsentscheidung vom 28.10.1999 (Rpfleger 2000, 128). Der Senat hat dort dargelegt, dass die Übergabe einer letztwilligen Verfügung in die besondere amtliche Verwahrung und die spätere Eröffnung des Testaments nicht dadurch zur Angelegenheit einer Gesellschaft werden, dass Anteile an Letzterer zum Nachlass gehören.

Der Umstand, dass nach dem Vorbringen der Beteiligten der Erbschein allein zum Zwecke des Nachweises der Rechtsnachfolge bezüglich des Gesellschaftsanteils gegenüber dem Registergericht beantragt wurde, führt zu keiner anderen Beurteilung. Das Landgericht hat diesen Umstand zwar als richtig unterstellt, obwohl ausweislich des Nachlassverzeichnisses außer dem Kommanditanteil Guthaben bei Sparkassen bzw. Banken, Wertpapiere und Lebensversicherungen von zum Teil erheblichem Wert zum Nachlass gehörten. Dies ändert aber nichts daran, dass der Erbschein eine Rechtsnachfolge in den gesamten Nachlass ausweist und auch von der Beteiligten in dieser Weise genutzt werden kann. Das Kostenrecht kennt zwar Privilegierungen für Erbscheine, die nur bestimmten Zwecken dienen (§ 107 Abs. 3 und 4, § 107a KostO). Eine solche besteht aber nicht für den Zweck des Nachweises einer Rechtsnachfolge gegenüber dem Registergericht. § 107 Abs. 3 und 4 KostO kann auf diesen Fall nicht entsprechend angewandt werden (vgl. OLG Düsseldorf Rpfleger 1991, 60/61; a.A. *Korintenberg/Lappe* § 107 Rdnr. 59, *Lappe* in der Anmerkung zu der genannten Entscheidung in Kostenrechtsprechung Nr. 36). Der Ausnahmecharakter der gesetzlich vorgesehenen Privilegierungsfälle verbietet eine Analogie. Es ist Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, in welchen Fällen eine Privilegierung vorgesehen oder davon abgesehen werden soll.

c) Der Europäische Gerichtshof hat in seinen Entscheidungen zur Anwendung der Gesellschaftssteuerrichtlinie (vgl. z.B. WM 1998, 2193 „*Fantask*"; zuletzt ZIP 2001, 1145 „*Sonae*") auch keinen allgemeinen Grundsatz dahin aufgestellt, dass die Mitgliedstaaten generell keine Gebühren für staatliche Leistungen erheben dürften, die über die Kosten für die jeweilige Leistung hinausgehen. Die Entscheidungen beschränken sich ebenso wie diejenigen vom 29.9.1999 (ZIP 1999, 1681/1683) und vom 26.9.2000 (GmbHR 2000, 1154), auf die Auslegung der Gesellschaftssteuerrichtlinie und die von dieser Richtlinie erfassten Abgabentatbestände. Auf andere Sachverhalte können sie nicht übertragen werden. Die Urteilsgründe enthalten keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Gerichtshof die Erhebung von Gebühren auch in Bereichen beschränken wollte, die in der Richtlinie nicht geregelt sind (vgl. BayObLG NJW-RR 2000, 736 = Rpfleger 2000, 128).

d) Eine Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (vgl. Art. 234 Abs. 3 EGV) besteht entgegen der Auffassung der Beteiligten nicht. Es bestehen keine Zweifel an der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, vielmehr geht es nur um die Subsumtion von Sachverhalten unter Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, deren Auslegung der Europäische Gerichtshof bereits vorgenommen hat. In den zahlreichen Entscheidungen des Gerichtshofs (vgl. neben den bereits genannten noch EuGH Urt. vom 11.12.1997 Slg. 1997, I-7116; Urt. vom 5.3.1998 NZG 1998, 277; Urt. vom 21.9.2000 NZG 2000, 1115) finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass Gebühren, die für ihrer Art nach der privaten Sphäre eines Gesellschafters, nicht der Sphäre der Gesellschaft zuzuordnende Vorgänge (hier: Testamentseröffnung, Erteilung eines Erbscheins und Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung in dem entsprechenden Verfahren) erhoben werden, allein deshalb in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, weil der Gesellschafter (nicht die Gesellschaft) gehalten ist, das Ergebnis dieses Vorgangs (hier: den Erbschein) auch im Zusammenhang mit einem die Gesellschaft betreffenden Vorgang (hier: die Eintragung der Rechtsnachfolge) zu verwenden.

3. Die Berechnung der Gebühren nach dem durch den Wert des Nachlasses bestimmten Geschäftswert ist mit dem nationalen Verfassungsrecht vereinbar. Die Verknüpfung der Höhe der Gebühr mit dem Wert des Geschäfts (§ 18 Abs. 1 KostO) verstößt weder gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) noch gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG). Der Senat hat sich in seiner Entscheidung vom 6.12.2000 (BayObLGZ 2000, 350, MittBayNot 2001, 95) bezogen auf die Gebühren für Grundbucheintragungen eingehend mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit von Wertgebühren auseinander gesetzt und diese bejaht. Zu Einzelheiten, insbesondere zur von der Beteiligten angesprochenen Frage der Gleichbehandlung der unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallenden Geschäfte mit anderen Geschäften, wird auf die Begründung dieser Entscheidung verwiesen. Die dort dargestellten Überlegungen gelten auch für die Wertgebühren in Nachlasssachen. In noch stärkerem Maße als in Grundbuchsachen korrespondiert hier die Leistungsfähigkeit der Beteiligten mit dem Geschäftswert. Während etwa der Erwerber eines Grundstücks auch den Kaufpreis aufzubringen hat und dadurch möglicherweise durch die daran orientierten hohen Gebühren für die Eintragung in besonderem Maß belastet ist, fällt dem Erben der Nachlass zu, ohne dass er mit einer aus dem eigenen Vermögen zu erbringenden Gegenleistung belastet würde.

(…)

Steuerrecht

16. EStG 1990 § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, § 22 Nr. 2, BGB § 184 Abs. 1 *(Keine Rückwirkung der Genehmigung eines Grundstücksverkaufs im Hinblick auf die Spekulationsfrist)*

Wirkt bei einem notariellen Kaufvertrag über ein Grundstück innerhalb der zweijährigen Spekulationsfrist auf der Käuferseite ein vollmachtloser Vertreter mit und genehmigt der Käufer das Rechtsgeschäft außerhalb der Spekulationsfrist, so ist das private Veräußerungsgeschäft nicht nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG steuerbar. Die Genehmigung wirkt steuerrechtlich nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück.

BFH, Urteil vom 2.10.2001 – IX R 45/99 –

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) erwarb am 2.7.1992 eine Eigentumswohnung für 105.000 DM. Mit notariellem Vertrag vom 7.6.1994 veräußerte sie ihre Wohnung für 165.000 DM. Die Erwerber traten in der Beurkundungsverhandlung nicht persönlich auf, sondern wurden vollmachtlos durch eine Notariatsangestellte vertreten. Sie genehmigten den Vertrag mit notariell beurkundeter Erklärung am 8.7.1994. An der Rückwirkung ihrer Genehmigungserklärung waren sie wegen der vereinbarten Übergabe der Wohnung, die erst am 15.7.1994 stattfinden sollte, nicht interessiert.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) erfuhr von dem Verkauf der Eigentumswohnung, nachdem die Kläger wegen anderer, hier nicht mehr streitiger Werbungskosten gegen den Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr (1994) Einspruch eingelegt hatten. Nach entsprechender Ankündigung erfasste das FA den aus dem Veräußerungsgeschäft entstandenen Gewinn von 51.870 DM in der Einspruchsentscheidung.

Die Klage hatte Erfolg. Das Finanzgericht (FG) stellte in seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2000, 126 veröffentlichten Urteil maßgeblich auf den Zeitpunkt der Genehmigung (8.7.1994) ab und folgte in seinen Ausführungen dem Urteil des FG Rheinland-Pfalz vom 17.7.1985 6 K 88/84 (Deutsche Steuer-Zeitung – DStZ – 1986, 126).

Hiergegen richtet sich die Revision, mit der das FA geltend macht, die zivilrechtliche Rückwirkung der Genehmigung sei im vorliegenden Fall einkommensteuerrechtlich zu berücksichtigen. Hierzu verweist es auf das Urteil des FG Berlin vom 16.10.1973 V 68/73 (EFG 1974, 203).

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückzuweisen. Zu Recht hat das FG ein Spekulationsgeschäft abgelehnt.

1. Nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a des Einkommensteuergesetzes (EStG) in der für das Streitjahr maßgeblichen Fassung liegen u.a. bei Grundstücken Spekulationsgeschäfte vor, die zu sonstigen Einkünften (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, § 22 Nr. 2 EStG) führen, wenn es sich um Veräußerungsgeschäfte handelt, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zwei Jahre beträgt.

a) Für die Berechnung des Zeitraums zwischen Anschaffung und Veräußerung sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) grundsätzlich die Zeitpunkte maßgebend, in denen die obligatorischen Verträge abgeschlossen wurden (vgl. BFH-Urteile vom 15.12.1993 X R 49/91, BFHE 173, 144, BStBl II 1994, 687, m.w.N., und vom 22.11.1963 VI 120/62, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung – HFR – 1964, 157). Ob allerdings nur ein zivilrechtlich wirksames Verpflichtungsgeschäft die Fristberechnung beeinflusst, hat die Rechtsprechung bislang noch nicht einheitlich entschieden (BFH-Urteil vom 19.10.1971 VIII R 84/71, BFHE 104, 513, BStBl II 1972, 452; vgl. *Crezelius*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 23 Rdnr. B 64). Dies gilt auch für die im Streitfall bedeutsame Frage, ob bei einem schwebend unwirksamen – genehmigungsbedürftigen – Rechtsgeschäft auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (so FG Berlin in EFG 1974, 203; *Crezelius*, a.a.O., § 23 Rdnr. 65; einschränkend *Jansen* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, 21. Aufl., § 23 EStG Anm. 44) oder auf den Zeitpunkt der (rückwirkenden) Genehmigung abzustellen ist (FG Rheinland-Pfalz in DStZ 1986, 126; *Warnke* in *Lademann*, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 4. Aufl., § 23 Anm. 284; offen *Blümich/Glenk*, Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Kommentar, 15. Aufl., § 23 EStG Rdnr. 136, m.w.N.; *Jacobs-Soyka* in *Littmann/Bitz/Pust*, Das Einkommensteuerrecht, 15. Aufl., § 23 EStG Rdnr. 106).

b) Der Senat hält die gemäß § 184 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) bestimmte Rückwirkung für die Berechnung der Spekulationsfrist für unbeachtlich; er stellt auf den Zeitpunkt der Genehmigung und nicht auf den Zeitpunkt der zivilrechtlichen Wirksamkeit ab.

aa) Bereits bürgerlich-rechtlich wirkt die Genehmigung nach § 184 Abs. 1 BGB nur dann auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Der Rückwirkung liegt damit der Gedanke zugrunde, dass die Geschäftspartner das von der Genehmigung abhängige Vertragsverhältnis regelmäßig in dieser Weise haben vereinbaren wollen (vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, § 51 Rdnr. 22). Steht damit die Rechtsfolge zur Disposition der Vertragsparteien, so kann sich – worauf die Kläger zutreffend hinweisen – eine abweichende Bestimmung aus der Sache ergeben und wie eine aufschiebende Bedingung wirken (vgl. Urteil des Bundesgerichtshofs – BGH – vom 29.9.1989 V ZR 1/88, BGHZ 108, 380, 384; *Schramm* in MünchKomm zum Bürgerlichen Gesetzbuch – MünchKommBGB –, 4. Aufl., § 184 Rdnr. 27). Es spricht vieles dafür, eine von der gesetzlich angeordneten Rechtsfolge abweichende Bestimmung in diesem Sinne bereits dann anzunehmen, wenn die Vertragspartner übereinstimmend und nicht zuletzt aus steuerlichen Erwägungen an einer Rückwirkung der Genehmigung nicht interessiert sind. Der Senat kann aber offen lassen, ob nach den vom FG festgestellten Tatsachen ein derartiger Fall hier vorliegt. Denn selbst dann, wenn sich die Parteien nicht in einer solchen Weise verständigt haben, tritt die Rückwirkung des § 184 Abs. 1 BGB auch bürgerlich-rechtlich nicht in allen Fällen ein. Durch die Rückwirkung gelten nur die Rechtsfolgen, die gelten würden, wenn das genehmigte Geschäft von Anfang an wirksam gewesen wäre. Diese Fiktion gestaltet aber keinen in die Vergangenheit wirkenden Kausalprozess, denn der Zeitablauf ist unumkehrbar. Vor der Genehmigung sind vertraglich begründete Ansprüche noch nicht als aktuelle Ansprüche entstanden und können deshalb noch nicht geltend gemacht werden. Aufgrund dieser Erwägung ist die Rückwirkung nach dem Normzweck einzuschränken: Sie hat z.B. keinen Einfluss auf den Beginn der Verjährungsfrist (einhellige Auffassung, vgl. *Palandt/Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl. 2001, § 184 Rdnr. 2, m.w.N.; vgl. auch BGH-Urteil vom 10.5.1995 VIII ZR 264/94, NJW 1995, 2290 f. zum Fristbeginn nach dem Verbraucherkreditgesetz).

bb) Mit dieser zivilrechtlichen Betrachtungsweise stimmt es überein, die Rückwirkung des § 184 Abs. 1 BGB steuerrechtlich nicht in die Spekulationsfristberechnung einzubeziehen, sodass diese Frist abgelaufen ist, wenn die Genehmigung erst nach Ablauf von zwei Jahren erteilt wird (vgl. zur Rückwirkung allgemein die Beschlüsse des Großen Senats des BFH

vom 19.7.1993 GrS 1/92, BFHE 172, 80, BStBl II 1993, 894, und GrS 2/92, BFHE 172, 66, BStBl II 1993, 897). Frühestens vom Zeitpunkt der Genehmigung an können tatsächlich und rechtlich alle Folgerungen aus dem bisher schwebend unwirksamen Vertrag gezogen werden. Zur Zeit des notariellen Vertrages liegt noch keine für die Übertragung des Grundstücks notwendige wirksame Willenserklärung des Käufers vor. Unter Veräußerung i.S. des § 23 EStG ist nach der Rechtsprechung des BFH die entgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsguts auf einen Dritten zu verstehen (BFH-Urteil vom 2.5.2000 IX R 73/98, BFHE 192, 435, BStBl II 2000, 614). Entsprechend dem Normzweck, innerhalb der Spekulationsfrist realisierte Werterhöhungen eines bestimmten Wirtschafts-gutes im Privatvermögen der Einkommensteuer zu unterwerfen (BFH-Urteile in BFHE 192, 435, BStBl II 2000, 614, und vom 27.8.1997 X R 26/95, BFHE 184, 385, BStBl II 1998, 135), kann von einer Verwirklichung des Grundstückswerts nur gesprochen werden, wenn jedenfalls beide Vertragserklärungen innerhalb der Spekulationsfrist abgegeben worden sind.

Zwar hat der BFH auch ein rechtlich bindendes Verkaufsangebot als Veräußerung i.S. des § 23 EStG gewertet. Dies geschah indes in Fällen, in denen mit dem Angebot der Verkauf durch den Übergang von Besitz, Gefahr sowie Nutzungen und Lasten wirtschaftlich bereits vollzogen war (vgl. BFH-Urteile vom 23.9.1966 VI 147/65, BFHE 87, 140, BStBl III 1967, 73; vom 7.8.1970 VI R 166/67, BFHE 100, 93, 97, BStBl II 1970, 806; in BFHE 104, 513, BStBl II 1972, 452). Ist aber – wie im Streitfall – bei Abgabe des Verkaufsangebots die Gefahr noch nicht übergegangen und hat der Verkäufer dem Käufer noch kein wirtschaftliches Eigentum verschafft, so müssen beide Vertragserklärungen innerhalb der Frist abgegeben werden. Steht eine Genehmigung des Käufers nach § 184 Abs. 1 BGB noch aus, so fehlt es hieran und es ist innerhalb der Spekulationsfrist noch offen, ob es überhaupt zu einer Veräußerung kommt. Der Senat kann unerörtert lassen, ob anders zu entscheiden wäre, wenn eine für den Eintritt der Wirksamkeit erforderliche Genehmigung eines Dritten, der am Vertrag selbst nicht beteiligt ist, noch fehlt (vgl. hierzu *Jansen*, a.a.O., § 23 EStG Anm. 44; *Blümich/Glenk*, a.a.O., § 23 EStG Rdnr. 137). Jedenfalls muss der Vertragsabschluss innerhalb der Spekulationsfrist für beide Parteien bindend sein. Dem entspricht der für das Steuerrecht im Vordergrund stehende Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit (Gesetzmäßigkeit) der Besteuerung: Nur ein verwirklichter Tatbestand darf nach bestimmten Zeitabschnitten zugrunde gelegt werden (ständige Rechtsprechung, vgl. im hier bedeutsamen Zusammenhang BFH-Beschluss vom 5.3.1981 IV R 150/76, BFHE 132, 563, BStBl II 1981, 435).

cc) Mit seiner Auffassung, die nach § 184 Abs. 1 BGB geregelte Rückwirkung nicht in die Berechnung der Spekulationsfrist einzubeziehen, steht der *Senat* nicht im Widerspruch zu anderen Entscheidungen des BFH. Mit der Frage der steuerlichen Anerkennung bürgerlich-rechtlich angeordneter Rückwirkungen hat sich der BFH vornehmlich im Zusammenhang mit Rechtsgeschäften unter nahen Angehörigen (minderjährigen Kindern; vgl. z.B. BFH-Urteile vom 23.4.1992 IV R 46/91, BFHE 168, 140, BStBl II 1992, 1024; vom 13.5.1980 VIII R 75/79, BFHE 131, 208, BStBl II 1981, 297; vom 31.10.1989 IX R 216/84, BFHE 159, 319, BStBl II 1992, 506) sowie mit beherrschenden Gesellschaftern (z.B. BFH-Urteil vom 23.10.1996 I R 71/95, BFHE 181, 328, BStBl II 1999, 35: rückwirkende Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot nach Abschluss von In-Sich-Geschäften) auseinandergesetzt und hat dort die zivilrechtliche Rückwirkungsfiktion der Genehmigung unter bestimmten Voraussetzungen akzeptiert. Abgesehen davon, dass es in diesen Entscheidungen regelmäßig um die Zustimmung dritter, am eigentlichen Vertrag nicht beteiligter Personen ging, fehlte in keinem Fall die eigentliche vertragliche Vereinbarung im Zuwendungszeitpunkt (so BFH in BFHE 181, 328, BStBl II 1999, 35). Der Streitfall betrifft die Problematik der tatbestandlichen Erfüllung des § 23 EStG und damit nicht –wie die Rechtsprechung zu den Anforderungen an Verträge zwischen nahestehenden Personen oder beherrschenden Gesellschaftern – die Frage der Abgrenzung der Einkünfteerzielung von der Einkünfteverwendung zu privaten oder gesellschaftlich veranlassten Zwecken.

2. Nach diesen Maßstäben ist die Vorentscheidung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das FG hat zutreffend auf den Zeitpunkt der Genehmigung abgestellt. Als die Erwerber den Kaufvertrag mit notarieller Erklärung vom 8.7.1994 genehmigten, war die zweijährige Spekulationsfrist, die mit dem Abschluss des Kaufvertrages vom 2.7.1992 begann, bereits abgelaufen. Ein Steueranspruch nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, § 22 Nr. 2 EStG konnte nicht mehr entstehen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

(Teil-)entgeltlicher Erwerb bei einer Vermögensübergabe gegen wiederkehrende Leistungen

(OFD München, Verfügung vom 27.11.2001, EZ 1200 – 1 St 41
OFD Nürnberg, Verfügung vom 27.11.2001, EZ 1200 – 1/St 32)

Nach Tz. 13 des BMF-Schreibens vom 23.12.1996 (EStH 2000 Anh. 13 IV, ESt-Kartei, Karte 2.1 zu § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) gehört zu den Erträgen des übergebenen Vermögens auch der Nutzungswert der vom Übernehmer eigengenutzten Wohnung, sodass eine ihrem Wesen nach ertragbringende Wirtschaftseinheit übertragen wird und eine Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen vorliegt. In diesen Fällen handelt es sich daher um einen unentgeltlichen Vorgang (vgl. Tz. 2 des o. g. BMF-Schreibens). Folglich kann auch keine Eigenheimzulage gewährt werden.

Allerdings hat der BFH in seinem Urteil vom 10.11.1999, X R 10/99 (BFH/NV 2000, 645) entgegen der vorstehenden Verwaltungsauffassung entschieden und den Nutzungswert der vom Übernehmer eigengenutzten Wohnung nicht zu den Erträgen des übergebenen Vermögens gerechnet. Damit liegt in den Fällen, in denen das gegen wiederkehrende Leistungen übertragene Vermögen vom Übernehmer zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird und im Übrigen keine Erträge abwirft, ein (teil-)entgeltlicher Erwerb vor, so dass ein nach dem EigZulG begünstigter Anschaffungsvorgang gegeben ist. Zwar ist das Urteil bisher noch nicht im BStBl. II veröffentlicht; jedoch haben die obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder entschieden, dieses Urteil grundsätzlich anzuwenden. Das BMF-Schreiben vom 23.12.1996 a.a.O. soll entsprechend angepasst werden.

Im Vorgriff auf die zu erwartende geänderte Verwaltungsregelung bestehen keine Bedenken, auf Antrag in vergleichbaren Fällen bereits jetzt Eigenheimzulage zu gewähren. Allerdings hat die Gewährung der Eigenheimzulage zur Folge, dass in solchen Fällen der Abzug der wiederkehrenden Leistungen als Sonderausgabe ausscheidet.

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Mit Wirkung vom 1.3.2002:

Notar Dr. Gerd Lintz, Landsberg a. Lech, Wiederberufung in den Senat für Notarsachen beim Bundesgerichtshof in Karlsruhe

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.9.2002:
Notar Dr. Helmut Gäbhard, Starnberg

Mit Wirkung vom 1.10.2002:

Notar Dieter Roedel, Fürth

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.4.2002:

Dachau	der Notarassessorin Dr. Monika Triller (bisher in München, Notarstellen Dr. Keidel/ Dr. Korte)
Donauwörth	dem Notarassessor Christian Auer (bisher in Augsburg, Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)
Immenstadt (in Sozietät mit Notar Kellner)	dem Notarassessor Dr. Lorenz Bülow (bisher in München, Landesnotarkammer Bayern)
Kulmbach (in Sozietät mit Notar Schwarzer)	dem Notarassessor Dr. Markus Allstadt (bisher in Würzburg Deutsches Notarinstitut)

Mit Wirkung vom 1.5.2002:

Bad Aibling (in Sozietät mit Notar Dr. Graßmann)	dem Notar Dr. Dieter Keidel (bisher in Dinkelsbühl)
Nördlingen	dem Notar Dr. Robert Lotter (bisher in Feuchtwangen)
Prien am Chiemsee (in Sozietät mit Notar Dr. v. Daumiller)	dem Notar a. D Dr. Gregor Rieger (bisher in Köln, Bundesnotarkammer)
Regensburg (in Sozietät mit Notar Ziegler)	dem Notar Dr. Norbert Mayer (bisher in Pfarrkirchen)

4. Neuernannte Notarassessoren:

Mit Wirkung vom 1.3.2002:

Sonja Killisperger, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/ Müller-Dohle)

Dr. Steffen Limpert, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/ Holzheu)

Heike Stiebitz, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/Thoma)

Mit Wirkung vom 1.4.2002:

Dr. Matthias Leistner, Landshut (Notarstelle Dr. Schervier)

Sebastian Ruhwinkel, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler)

Mit Wirkung vom 1.5.2002:

Peter Eckersberger, Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/ Dr. Kornexl)

5. Neueinstellungen von Inspektoren:

Inspektor Roland Anderle, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Inspektorin Meike Anstädt, Landstuhl (Notarstelle Landau)

Inspektorin Theresa Ballis, Rain am Lech (Notarstelle Olshausen)

Inspektor Josef Baumgartner, Neuburg/Donau (Notarstellen Leitenstern/Walter)

Inspektorin Doreen Birkfeld, Erlangen (Notarstelle Dr. Giehl)

Inspektor Martin Bosch, Augsburg (Notarstellen Füger/ Dr. Waibel)

Inspektorin Katja Breuer, Hof/Saale (Notarstelle Dr. Krauß)

Inspektorin Monika Buck, Augsburg (Notarstellen Dr. Wust/ Engelhardt)

Inspektor Martin Cornelius, Rockenhausen (Notarstellen Dr. Schönberger/Schneider)

Inspektor Jochen Dubau, Würzburg (Notarstellen Kirchner/Dr. Gutmann)

Inspektor Stefan Hautum, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/Thoma)

Inspektorin Brigitte Heidingsfelder, Mainburg (Notarstelle Dr. Reisnecker)

Inspektorin Alexandra Hofmann, München (Notarstelle von Heynitz)

Inspektor Markus Holy, Kaufbeuren (Notarstelle Lang)

Inspektorin Christiane Huhn, München (Notarstelle Dr. Karl)

Inspektorin Karin Kiermayer, Landshut (Notarstelle Dr. Schervier)

Inspektor Marcel Kloos, München (Notarstelle Dr. Schaub)

Inspektor Peter Klotz, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Dr. von Bary/Dr. Buchta)

Inspektorin Brigitte Knitl, Beilngries (Notarstelle Lindner)

Inspektorin Helga Mäckl, Hemau (Notarstelle Brödl)

Inspektorin Mandy Ott, Lindau (Notarstellen Weissenberger/Dr. Reibenspies)

Inspektorin Anna Pförtner, Wasserburg/Inn (Notarstellen Dr. Bartsch/Martin)

Inspektorin Nicole Pläge, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Inspektor Volker Reichert, Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfußer/Dr. Brückner)

Inspektor Martin Roedel, München (Notarstellen Singer/Dr. Anton)

Inspektor Michael Schilling, München (Notarstellen Dr. Keidel/Dr. Korte)

Inspektorin Tanja Schmidtmayer, München (Notarstelle Wurm)

Inspektor Steffen Schwarz, Nürnberg (Notarstellen Dr. Ehrhardt/Pilhofer)

Inspektor Werner Schwarz, Nabburg (Notarstelle Dr. Wiedemann)

Inspektorin Tanja Stöger, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Westermeier)

Inspektorin Miriam Vonbriel, Friedberg (Notarstelle Brandt)

Inspektorin Daniela Wagner, Regensburg (Notarstelle Huber)

Inspektorin Karin Wenzel, München (Notarstellen Höfling/Dr. Mayer)

Inspektor Peter-Josef Werner, Frankenthal (Notarstelle Oehm)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Christoph Hagspiel, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr. Aumüller/Dr. Reiner), ab 18.2.2002 in Augsburg (Notarstellen Füger/Dr. Waibel)

Notarassessorin Christine Oberhofer, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Haasen), ab 1.3.2002 in Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel)

Notarassessorin Eleonore Sedlmayer, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler), ab 1.3.2002 in München (Notarstelle Prof. Dr. Gantzer)

Notarassessor Martin Walter, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu), ab 6.3.2002 in Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Notarassessor Dr. Andreas Knapp, Sonderurlaub, ab 16.3.2002 in München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/Dr. Götte)

Notarassessor Dr. Ulrich Schmitz, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob), ab 1.4.2002 in Waldfischbach-Burgalben (Notarstelle Lechner)

Notarassessor Patrick Schneider, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Brandmüller), ab 1.4.2002 in München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Notarassessor Lorenz Gerhard Spall, Waldfischbach-Burgalben (Notarstelle Lechner), ab 1.4.2002 in Haßloch (Notarstelle Dr. Sefrin)

Oberinspektorin Marion Burger, Eltmann (Notarstelle Dr. Weinberger), ab 18.2.2002 in Marktheidenfeld (Notarstellen Dr. Haiduk/Dr. Hofstetter)

Oberinspektor i. N. Martin Kremhöller, Grafenau (Notarstelle Dr. Maurer), ab 1.4.2002 in Ebersberg (Notarstellen Zetzl/Griebel)

Oberinspektorin i. N. Maria Brunner, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Scheckenhofer/Sonderurlaub), ab 1.5.2002 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Ehrhardt/Pilhofer)

Oberinspektorin i. N. Karina Heuberger, Donauwörth (Notarstelle Auer), ab 1.4.2003 in Nördlingen (Notarstelle Dr. Lotter)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtmann i. N. Alfred Steinmetz, Hassfurt (Notarstelle Hartmann), ab 21.12.2000 Erwerbsunfähigkeitsrente

Amtmann i. N. Gerhard Gregor, Kirchenlamitz (Notarstelle Dr. Spanhel), ab 1.3.2002 im Ruhestand

Verwaltungsangestellte Annemarie Graetz, München (Notarkasse), ab 1.4.2002 Erwerbsunfähigkeitsrente

Oberamtsrat i. N. Josef Grepmair, Freising (Notarstellen Schmidl/Ruhland), ab 1.4.2002 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Michael Englert, München (Notarstellen Kelch/Dr. Keller), ab 1.5.2002 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Wolfgang Neie, Kirchheimbolanden (Notarstelle Dr. Schulte), ab 1.5.2002 im Ruhestand

Schriftleiterin: Notarassessorin Dr. Helene Förtig, Ottostraße 10, 80333 München ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 0 89/5 51 66-0, Telefax: 0 89/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46,– € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,– € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.