6 MittBayNot
Begründet 1864
Nov./Dez. 2007
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: Notar a. D. Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank, Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer, Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer, Dr. Markus Vierling
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München

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

AUFSÄTZE

Aufhebung der Genehmigungspflicht bei Wertsicherungsklauseln – Das neue Preisklauselgesetz (PreisklauselG)

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

Durch das neue PreisklauselG wird die Genehmigungsbedürftigkeit von Wertsicherungsklauseln aufgehoben. Am geltenden Verbot von automatisch wirkenden Wertsicherungsklauseln hat der Gesetzgeber allerdings festgehalten. An die Stelle des behördlichen Genehmigungssystems ist ein System der Legalausnahme getreten. Der nachfolgende Beitrag erläutert das neue PreisklauselG und gibt erste Hinweise für die Praxis der Vertragsgestaltung und für den Grundbuchvollzug.

I. Indexierungsverbot nach § 3 Satz 2 WährG und § 2 PaPkG

Nicht zuletzt der Misserfolg der Reichsmark, die in den 20er-Jahren eine Abwertung erlebte, die ihresgleichen suchte, führte in der Kautelarpraxis dazu, mittels Wertsicherungsklauseln Geldwertverluste bei langfristigen Zahlungen auszugleichen. Geldschulden wurden vom Nennwertprinzip gelöst. Ihre summenmäßige Bestimmbarkeit wurde sichergestellt durch die Bezugnahme auf eine in der Wertsicherungsklausel niedergelegte Bemessungsgrundlage.[1]

Bei Schaffung der neuen Währung nach dem Zweiten Weltkrieg war man deshalb der Ansicht, dass die unbeschränkte Verwendung automatisch wirkender Wertsicherungsklauseln inflationäre Tendenzen fördern könne. Zur Stabilisierung der neuen Währung, der Deutschen Mark, wurde 1948 von den Alliierten ein Indexierungsverbot in § 3 Satz 2 WährG geschaffen. Automatisch wirkende Wertsicherungsklauseln waren danach grundsätzlich verboten. Wie sich zeigte, brauchte die DM für ihren Erfolg aber nicht diesen Schutz. Im Laufe der Zeit wurde das Indexierungsverbot daher mehr als ein Instrument der Preisstabilität verstanden. Da es ein Indexierungsverbot nach deutschem Vorbild aber in keinem anderen Teilnehmerstaat der Europäischen Währungsunion gab, sollte das Indexierungsverbot nach den ursprünglichen Plänen der Bundesregierung im Rahmen der Einführung des Euro vollständig gestrichen werden.[2] Von fast allen Verbänden und über die Parteigrenzen hinweg wurde jedoch die Ansicht vertreten, dass die Aufhebung des Indexierungsverbots als Signal der Unsicherheit, der Schwäche des Euro verstanden werden könnte, was tiefe Ängste der Bevölkerung wecken würde und deshalb vermieden werden sollte.[3] Der Gesetzgeber hat daraufhin am Indexierungsverbot in § 2 PaPkG festgehalten.[4]

Nach § 2 PaPkG darf der Betrag von Geldschulden nicht „unmittelbar und selbsttätig“ durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder anderen Leistungen bestimmt werden, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht ver-

1 Siehe zu Wertsicherungsklauseln in der notariellen Praxis: *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992; *v. Heynitz*, MittBayNot 1998, 398; *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11; *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409; *Limmer*, ZNotP 1999, 148; *v. Oertzen*, ZEV 1994, 160; *Rasch*, DNotZ 2003, 730; *Reul*, DNotZ 2003, 92; *ders.*, MittBayNot 2005, 265.

2 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9347, S. 55.

3 *Schmidt-Räntsch*, NJW 1998, 3166.

4 Siehe zum Streit um die Fortgeltung des Indexierungsverbots in diesem Zusammenhang: *Schmidt-Räntsch*, NJW 1998, 3166.

gleichbar sind. Automatisch wirkende Wertsicherungsklauseln sind also verboten. Sowohl § 2 PaPkG als auch die hierzu ergangene Preisklauselverordnung (PrKV)[5] enthalten jedoch eine Vielzahl von Ausnahmen von diesem Verbot.[6] Für diese Ausnahmen gilt das Verbot von Wertsicherungsklauseln zum Teil von vornherein nicht (sog. Bereichsausnahmen, § 2 Abs. 1 Satz 3 und 4 PaPkG und § 1 Abs. 4 PrKV).[7] In den ganz überwiegenden Fällen aber können bei Vorliegen der jeweiligen Ausnahmetatbestände Wertsicherungsklauseln durch das insoweit zuständige Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle genehmigt werden (§ 2 Abs. 1 Satz 2 PaPkG, §§ 2 ff. PrKV). Es gilt also ein System des Verbots mit Genehmigungsvorbehalt. Genehmigungsfähig sind danach vor allem Wertsicherungsklauseln in langfristigen Verträgen, wenn diese als Bezugsgröße auf eine Änderung eines vom Statistischen Bundesamt oder einem Statistischen Landesamt ermittelten Preisindex für die Gesamtlebenshaltung oder eines vom Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft ermittelten Verbraucherpreisindex abstellen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 PaPkG, § 3 PrKV).

II. Aufhebung des PaPkG und der PrKV

Weitgehend unbemerkt von der Öffentlichkeit hat der Gesetzgeber nunmehr im Rahmen eines zweiten Gesetzes zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft am 13.6.2007 § 2 PaPkG sowie die dazugehörige PrKV aufgehoben.[8] Dabei ist er allerdings nicht der schon früher geltend gemachten Kritik an der Effektivität dieser „deutschen Insellösung“ und dem damit verbundenen Verwaltungsaufwand gefolgt,[9] sich für eine vollständige Streichung des Indexierungsverbots zu entscheiden. An die Stelle der aufgehobenen Vorschriften ist vielmehr ein neues Preisklauselgesetz (PreisklauselG) getreten.[10] Darin hat der Gesetzgeber aus Stabilitäts-, Preis- und verbraucherpolitischen Gründen auch weiterhin am bisher geltenden Verbot von automatisch wirkenden Wertsicherungsklauseln festgehalten, andererseits aber dem Wunsch nach mehr Vertragsfreiheit Rechnung getragen.[11] Abgeschafft wurde das behördliche Genehmigungssystem. An dessen Stelle getreten ist ein System der Legalausnahme, in welches das Indexierungsverbot einschließlich der bestehenden Ausnahmeregelungen überführt wurde. Die Betroffenen haben danach selbst zu prüfen, ob die vereinbarten Preisklauseln rechtmäßig sind.[12] Die bisher in der PrKV enthaltenen Ausnahmeregelungen wurden dabei weitgehend unverändert in das PreisklauselG überführt.[13] Gleiches gilt für die schon bisher geltenden Bereichsausnahmen des § 2 Abs. 1 Satz 3 und 4 PaPkG und des § 1 Abs. 4 PrKV.

III. Die Neuregelungen des PreisklauselG im Einzelnen

1. Preisklauselverbot, § 1 PreisklauselG

§ 1 PreisklauselG entspricht der bisherigen Regelung des § 2 PaPkG und schreibt das geltende Verbot von Wertsicherungsklauseln fort. § 1 Abs. 2 PreisklauselG erläutert den Regelungsgehalt des Verbots von Wertsicherungsklauseln und übernimmt dabei die schon bisher geltenden Ausnahmen des § 1 PrKV, wonach das Verbot von Wertsicherungsklauseln von vornherein nicht gilt für Leistungsvorbehaltsklauseln, für Spannungsklauseln bzw. für Kostenelementeklauseln.

a) Leistungsvorbehaltsklausel

Nach der gesetzlichen Definition in § 1 Abs. 2 Ziff. 1 PreisklauselG liegt eine Leistungsvorbehaltsklausel vor, wenn diese hinsichtlich des Ausmaßes der Änderung des geschuldeten Betrages einen Ermessensspielraum lässt, die neue Höhe der Geldschuld nach Billigkeitsgrundsätzen zu bestimmen. Die Änderung der Vergleichsgröße wirkt sich hier also nur mittelbar auf die Geldschuld aus. Sie ist nur Voraussetzung für eine mögliche Änderung des geschuldeten Geldbetrages, aufgrund dessen eine Neufestsetzung dem Grunde nach, nicht aber einem festen Ausmaß nach durch die Vertragspartner oder Dritte erfolgen soll.[14]

Wie bisher zulässig ist daher etwa folgende Klausel:[15]

> „Steigt oder sinkt der Vergleichsmaßstab (z. B. Verbraucherpreisindex) um mindestens 10 %, sind die Beteiligten verpflichtet, die monatliche Zahlungsverpflichtung angemessen anzupassen.“

Unklar ist indes auch nach der neuen gesetzlichen Regelung weiterhin, ob eine zulässige (früher genehmigungsfreie) Leistungsvorbehaltsklausel auch dann vorliegt, wenn eine Anpassung der Geldschuld zwar nicht automatisch eintritt, sondern die Anpassung erst noch geltend gemacht werden muss, ein Ermessensspielraum für die Anpassung bei Veränderung der Bezugsgröße jedoch nicht besteht.[16] § 2 Abs. 1 Satz 1 PaPkG wie auch § 1 Abs. 1 PreisklauselG erwähnen einen etwaigen Ermessensspielraum nicht, § 1 Abs. 2 Ziff. 1 PreisklauselG setzt einen solchen aber wie schon zuvor § 1 Nr. 4 PrKV voraus. Da eine Wertsicherungsklausel aber bereits zulässig ist, wenn sie nicht zu einer „unmittelbar und selbsttätigen“, also automatischen Preisanpassung i. S. d. § 1 Abs. 1 PreisklauselG führt,[17] stellt sich die Frage, ob es bei einer Leistungsvorbehaltsklausel, bei der die Anpassung der Geldschuld erst noch geltend gemacht werden muss, auf das Vorliegen eines Ermessenspielraums künftig überhaupt nicht mehr ankommt, sie also unabhängig von den Regelungen des PreisklauselG

---

5 BGBl 1998 I, S. 3043.

6 Der Gesetzgeber hat in der PrKV weitgehend die früheren Genehmigungsgrundsätze der Deutschen Bundesbank übernommen. Diese sind abgedruckt bei *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, Anhang I.

7 *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 411 f.

8 Art. 11 Ziff. 2 und Art. 30 Abs. 2 Ziff. 3 des Gesetzes vom 13.6.2007, BR-Drucks. 392/07.

9 *Von Poser*, IWB Deutschland Gruppe 6, 1999, 303, 305; *Wilkens*, NWB Fach 21, 1365, 1366; *Schmidt-Räntsch*, NJW 1998, 3166, 3171.

10 Art. 2 des Gesetzes vom 13.6.2007, BR-Drucks. 392/07.

11 BR-Drucks. 68/07 vom 26.1.2007, S. 68.

12 Soviel der Beitrag zur „Entlastung“ des Mittelstandes!

13 BR-Drucks. 68/07, S. 67 f.

14 BGH, BB 1968, 930; DNotZ 1969, 96; NJW 1979, 1545; *Limmer*, ZNotP 1999, 148, 149; *v. Heynitz*, MittBayNot 1998, 398, 399; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 3257; *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11, 15 f.

15 Musterformulierung nach *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rdnr. 1208; ähnlich *Limmer*, ZNotP 1999, 148, 160; *Carlé*, ErbStB 2005, 195, 197.

16 Siehe zur alten Rechtslage *v. Heynitz*, MittBayNot 1998, 398, 400; *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 413; *Limmer*, ZNotP 1999, 148, 150; *Schmidt-Räntsch*, NJW 1998, 3166, 3167; *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11, 16.

17 Siehe dazu die Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 1 PaPkG: BT-Drucks. 13/10334, S. 41.

zulässig ist,[18] oder ob dies nur für solche Leistungsvorbehaltsklauseln mit Ermessensspielraum gilt[19] und Leistungsvorbehaltsklauseln ohne Ermessensspielraum nur unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 2 ff. PreisklauselG zulässig sind. Geht man von den Begriffen „unmittelbar und selbsttätig" in § 1 Abs. 1 PreisklauselG aus, dürften Leistungsvorbehaltsklauseln, bei denen eine Anpassung nicht automatisch erfolgt, sondern erst noch ausdrücklich geltend gemacht werden muss, immer zulässig sein; die §§ 2 ff. PreisklauselG sind dann nicht zu beachten. Anders ist es dagegen, wenn man in § 1 Abs. 1 PreisklauselG darauf abstellt, dass der Betrag von Geldschulden „nicht … durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden darf". Auch bei einer Klausel, die für eine Anpassung einer Geldschuld bei einer Veränderung der Bezugsgröße keinerlei Ermessenspielraum lässt, sondern die Anpassung nur davon abhängig macht, dass die Anpassung ausdrücklich noch geltend gemacht werden muss, wird der Betrag der Geldschuld letztlich durch eine andere Bezugsgröße i. S. d. § 1 Abs. 1 PreisklauselG genau „bestimmt". Bei dieser Sichtweise würde die Klausel also unter die Verbotsnorm fallen.

Bis zur Klärung dieser Rechtsfrage durch die Rechtsprechung sollten daher entweder nur solche Leistungsvorbehaltsklauseln vereinbart werden, die ausdrücklich einen – wenn auch geringen – Ermessenspielraum offenlassen. Zulässig sind aber auch Klauseln ohne einen solchen Ermessenspielraum, vorausgesetzt, es werden dabei die weiteren Vorgaben der §§ 2 ff. PreisklauselG beachtet.

b) Spannungsklausel

Eine Spannungsklausel gemäß § 2 Abs. 1 Ziff. 2 PreisklauselG ist gegeben, wenn darin die in ein Verhältnis zueinander gesetzten Güter oder Leistungen im Wesentlichen gleichartig oder zumindest vergleichbar sind. Spannungsklauseln sind also Vereinbarungen, nach denen sich der für ein bestimmtes Gut oder eine bestimmte Leistung geschuldete Eurobetrag in demselben Verhältnis ändern soll, wie der Preis oder der Wert gleichartiger oder vergleichbarer Güter oder Leistungen.[20] In Betracht kommen Spannungsklauseln etwa, wenn familienrechtliche Ausgleichszahlungen an die Altersrentenentwicklung[21] oder der Mietzins an den Grundstücksertrag oder an die „vergleichbare Gewerberaummiete für Räume gleicher Art, Lage und Ausstattung" angepasst werden.[22]

c) Kostenelementeklausel

Eine nach § 2 Abs. 1 Ziff. 3 PreisklauselG unbedenklich zulässige Kostenelementeklausel liegt schließlich vor, wenn darin der geschuldete Betrag insoweit von der Entwicklung der Preise oder Werte für Güter oder Leistungen abhängig gemacht wird, als diese die Selbstkosten des Schuldners bei der Erbringung der Sachleistung unmittelbar beeinflussen.[23] Verträge über die Errichtung von Bauwerken oder technischen Anlagen, langfristige Miet- und Wartungsverträge über Telefon- oder EDV-Anlagen sowie Lieferungsverträge über Fernwärme oder Stromlieferung enthalten fast ausnahmslos derartige Kostenelementeklauseln.[24] Ihrem Inhalt zufolge ändert sich der vereinbarte Ausgangspreis entsprechend, wenn sich die Kostenfaktoren für die Herstellung oder Lieferung der Sachleistung ändern. Schon bisher setzte diese Ausnahme allerdings voraus, dass die Verteuerung eines Kostenelements nicht auf den gesamten Kaufpreis übertragen wird, sondern nur, soweit dies dem Anteil des Kostenelements am Gesamtpreis entspricht.[25] Gleiches dürfte auch nach Inkrafttreten des PreisklauselG für Kostenelementeklauseln gelten.

d) Lediglich Ermäßigung

Eine neue Bestimmung enthält § 1 Abs. 2 Ziff. 4 PreisklauselG. Danach gilt das Verbot von Preisklauseln nicht für eine Regelung, die lediglich zu einer Ermäßigung der Geldschuld führen kann. Nach Auffassung des Gesetzgebers waren schon nach bisheriger Ansicht solche Indexklauseln genehmigungsfrei möglich, wenn diese lediglich zu einer Ermäßigung der Geldschuld führen konnten, während eine Erhöhung der Geldschuld infolge einer Erhöhung des Preisindexes ausgeschlossen war. Durch eine derartige Vereinbarung wird das Ziel der Bekämpfung der Inflation nicht gefährdet. Diese Rechtsauffassung wird beibehalten und durch die neue Regelung klargestellt.[26]

e) Indexmiete, Wärmelieferungsverträge

§ 1 Abs. 3 PreisklauselG entspricht zum einen dem alten § 4 Abs. 2 PrKV. Die besonderen Vorschriften über die Indexmiete sollen den Regeln des PreisklauselG vorgehen. Ebenso unanwendbar ist das PreisklauselG nach § 1 Abs. 3 PreisklauselG in Wärmelieferungsverträgen, die nach § 24 Abs. 3 der Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVB FernwärmeV) zulässig sind. Die Regelung soll nach Wegfall des bisherigen § 5 PrKV sicherstellen, dass die Rechtmäßigkeit solcher Klauseln allein nach den Vorgaben des Rechts allgemeiner Geschäftsbedingungen in Wärmelieferungsverträgen beurteilt wird, das eine spezielle Regelung in § 24 Abs. 3 AVB FernwärmeV enthält. Diese Verträge waren bisher ein wichtiger Anwendungsfall des § 5 PrKV, wonach Preisklauseln genehmigt werden konnten, wenn besondere Gründe des nationalen oder internationalen Wettbewerbs sie rechtfertigen. Diese Regelung ist aus Gründen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots nicht mehr in das neue PreisklauselG übernommen worden.[27]

2. Verbotsausnahmen, § 2 PreisklauselG

§ 2 PreisklauselG entspricht materiellrechtlich den bisherigen §§ 2 und 6 PrKV. Danach gilt das Verbot von Wertsicherungsklauseln nicht in den in §§ 3 ff. PreisklauselG selbst genannten Ausnahmefällen.

---

18 So bereits die h. M. zu § 2 Abs. 1 Satz 1 PaPkG: *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 413; *Limmer*, ZNotP 1999, 148, 150; *Schmidt-Räntsch*, NJW 1998, 3166, 3167.

19 So zur alten Rechtslage *v. Heynitz*, MittBayNot 1998, 398, 400; *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11, 16.

20 BGHZ 14, 306 = DNotZ 1954, 661; BGH, BB 1970, 638; *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, D Rdnr. 5 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3258 und 3269; *Limmer*, ZNotP 1999, 148, 149; *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 413.

21 *Limmer*, ZNotP 1999, 148, 159.

22 BGH, BB 1983, 601; OLG Düsseldorf, BB 1973, 913; OLG München, NJW-RR 1994, 469; OLG Hamm, NZG 2000, 929; *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, D Rdnr. 541; *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11, 16 f.; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1209 f.; vgl. zur Wohnraummiete die Sondervorschriften der §§ 557 b, 558 BGB, die nach § 1 Abs. 3 PreisklauselG unberührt bleiben.

23 *Limmer*, ZNotP 1999, 148, 149; *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11, 17 f.; *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 413.

24 Vgl. dazu *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, D Rdnr. 62 ff.

25 BGH, NJW 1973, 1498, 1499; *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, D Rdnr. 169; *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 413.

26 BGH, WM 1973, 398, 402; *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11, 18; BR-Drucks. 68/07, S. 68 f.

27 BR-Drucks. 68/07, S. 70.

a) Hinreichende Bestimmtheit

Ebenso wie nach der bisherigen Regelung des § 2 PrKV ist Grundvoraussetzung für die Wirksamkeit (früher für die Genehmigungsfähigkeit) einer Wertsicherungsklausel, dass diese im Einzelfall hinreichend bestimmt ist und keine Vertragspartei unangemessen benachteiligt (§ 2 Abs. 1 PreisklauselG).

An der hinreichenden Bestimmtheit fehlt es, wenn ein geschuldeter Geldbetrag allgemein von der künftigen Preisentwicklung oder von einem anderen Maßstab abhängen soll, der nicht erkennen lässt, welche Preise oder Werte bestimmend sein sollen. Schon bisher wurde deshalb für die notarielle Praxis empfohlen, die Bezugsgrößen möglichst genau zu bezeichnen.[28]

b) Unangemessene Benachteiligung

§ 2 Abs. 3 Ziff. 1 und Ziff. 3 PreisklauselG wiederholen zunächst die bereits in § 2 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 PrKV genannten Beispielsfälle einer unangemessenen Benachteiligung (wenn nur einseitig ein Preis- oder Wertanstieg eine Erhöhung, nicht aber umgekehrt ein Preis- oder Wertrückgang eine entsprechende Ermäßigung des Zahlungsanspruchs bewirkt oder wenn der geschuldete Betrag sich gegenüber der Entwicklung der Bezugsgröße überproportional ändern kann). Daneben ist in § 2 Abs. 3 Nr. 2 PreisklauselG ein weiterer, neuer Tatbestand einer unangemessenen Benachteiligung hinzugefügt. Eine unangemessene Benachteiligung liegt danach vor, wenn nur eine Vertragspartei das Recht hat, eine Anpassung zu verlangen. Das Gesetz wiederholt insoweit die bisher geltende Praxis. Wertsicherungsklauseln, in denen das Recht zur Anpassung der Höhe der Geldschuld nur einer Vertragspartei eingeräumt wird, waren schon immer wegen unangemessener Benachteiligung nicht genehmigungsfähig. Diese Verwaltungspraxis hatte auch unter Geltung der PrKV Bestand, obgleich die PrKV eine derartige Einseitigkeitsklausel im Gegensatz zu den Grundsätzen über die Genehmigungsfähigkeit von Wertsicherungsklauseln der Deutschen Bundesbank nicht mehr explizit erfasste.[29]

3. Langfristige Verträge, § 3 PreisklauselG

§ 3 PreisklauselG entspricht materiell dem § 3 Abs. 1–4 PrKV. Er enthält die maßgeblichen Vorschriften für die in der Praxis wichtigsten Fälle automatisch wirkender Wertsicherungsklauseln. Preisklauseln sind danach zunächst nur zulässig in langfristigen Verträgen.

Ebenso wie die bisherige Regelung unterscheidet das Gesetz zwischen wiederkehrenden Zahlungen und Einmalzahlungen. Zulässig sind wiederkehrende Zahlungen, die entweder auf die Lebenszeit eines Beteiligten, bis zum Erreichen der Erwerbsfähigkeit oder eines bestimmten Ausbildungszieles des Empfängers, bis zum Beginn der Altersversorgung des Empfängers oder auf die Dauer von mindestens zehn Jahren zu erbringen sind (§ 3 Abs. 1 Ziff. 1 PreisklauselG). Einmalzahlungen sind nach § 3 Abs. 1 Ziff. 2 PreisklauselG zulässig

a) aufgrund einer Verbindlichkeit aus der Auseinandersetzung zwischen Miterben, Ehegatten, Eltern und Kindern oder

b) aufgrund einer Verfügung von Todes wegen infolge der Übernahme eines Betriebes oder sonstigen Sachvermögens zur Abfindung eines Dritten, wenn jeweils zwischen der Begründung der Verbindlichkeit und der Fälligkeit mindestens zehn Jahre liegen oder die Zahlungen nach dem Tode eines Beteiligten zu erfolgen haben.

§ 3 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a) PrKV schränkte die Genehmigungsfähigkeit von Wertsicherungsklauseln bei wiederkehrenden Zahlungen bislang auf die Fälle ein, in denen die Zahlungen auf die Lebenszeit des Gläubigers oder des Schuldners zu erbringen sind. In der Praxis hat es sich jedoch als notwendig gezeigt, Zahlungspflichten häufig auch an die Lebenszeit eines Dritten zu binden, der also weder Gläubiger noch Schuldner ist. Als Beispiel nennt die Gesetzesbegründung den Fall, dass der Vater seinen landwirtschaftlichen Hof auf den Sohn überträgt und die (weichende) Tochter/Schwester vom Bruder für die Pflege des Vaters eine wertgesicherte Entschädigung bis zum Tode des Vaters erhalten soll. Bislang musste die Genehmigungsbehörde solche Preisklauseln wegen fehlender gesetzlicher Regelung ablehnen. Diesen Missstand ändert § 3 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a) PreisklauselG.[30]

Klarstellend ist in § 3 Abs. 1 Ziff. 2 lit. a) PreisklauselG das bisher in § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a PrKV genannte Tatbestandsmerkmal „letztwillige Verfügung“ durch den Oberbegriff „Verfügung von Todes wegen“ ersetzt worden. Es soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass Wertsicherungsklauseln nicht nur bei Zahlungen aufgrund eines Testaments, sondern auch aufgrund eines Erbvertrages gleichermaßen zulässig sind. Dies entspricht der bisherigen Genehmigungspraxis.[31]

Wesentliche Voraussetzung ist bei diesen wiederkehrenden Zahlungen und Einmalzahlungen, dass als Bezugsgröße auf die Änderung eines vom Statistischen Bundesamt oder Statistischen Landesamt ermittelten Preisindexes für die Gesamtlebenshaltung oder eines vom Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft ermittelten Verbraucherpreisindexes bestimmt werden soll (§ 3 Abs. 1 PreisklauselG). Dem genügt eine Gleitklausel, wenn diese – wie bisher – auf den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Verbraucherpreisindex VPI Bezug nimmt. Der VPI ist nach der Diktion des Statistischen Bundesamtes nichts anderes als der im PreisklauselG genannte Gesamtlebenshaltungskostenindex, nämlich der „Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland insgesamt“.[32]

Eine danach zulässige Indexklausel könnte etwa wie folgt lauten:[33]

> „Ändert sich der vom Statistischen Bundesamt festgestellte Verbraucherpreisindex für Deutschland (VPI) gegenüber dem VPI für den Monat der Beurkundung dieses Vertrages

---

28 *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 414; *Limmer*, ZNotP 1999, 148, 154; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3274.

29 Abgedruckt bei *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, Anhang I, dort Ziff. 2 lit. a); siehe dazu auch die Erläuterungen bei *Dürkes*, ebenda, Rdnr. C 73 ff.

30 BR-Drucks. 68/07, S. 72 f.

31 BR-Drucks. 68/07, S. 72. Widersprüchlich bleibt jedoch die Anknüpfung von § 3 PreisklauselG an *Verträge*, wenn die Wertsicherung in ein (einseitiges) Testament aufgenommen werden soll. Vgl. dazu *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11, 15.

32 Vgl. zur Einführung des VPI und zum Auslaufen der Feststellung der Preisindizes für verschiedene Haushaltstypen: *Reul*, DNotZ 2003, 92; Rundschreiben Nr. 31/2002 der Bundesnotarkammer vom 29.11.2002; *Rasch*, DNotZ 1999, 467, 473.

33 Musterformulierung nach *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3276; weitere Musterformulierungen bei *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1208; *Limmer*, ZNotP 1999, 148, 160; *Carlé*, ErbStB 2005, 195; *Römermann* in Wurm/Wagner/Zartmann, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2007, Kap. 10.

um mehr als 10 %,[34] so ändert sich die zu zahlende Rente von dem auf die Änderung des VPI folgenden Monatsersten an prozentual im gleichen Verhältnis. Ändert sich der VPI erneut um mehr als 10 % gegenüber dem Stand der letzten Anpassung, so ändert sich die Rente wiederum im selben prozentualen Verhältnis beginnend ab dem auf die Änderung des VPI folgenden Monatsersten."

Wenn es um wiederkehrende Zahlungen geht, die für die Lebenszeit, bis zum Erreichen der Erwerbsfähigkeit oder eines bestimmten Ausbildungszieles oder bis zum Beginn der Altersversorgung des Empfängers zu erbringen sind, kann alternativ zur Bezugnahme auf einen Preisindex nach § 3 Abs. 1 PreisklauselG gemäß Abs. 2 dieser Vorschrift – ausnahmsweise – auch auf die künftige Einzel- oder Durchschnittsentwicklung von Löhnen, Gehältern, Ruhegehältern oder Renten abgestellt werden. Gleiches gilt gemäß § 3 Abs. 3 PreisklauselG für wiederkehrende Zahlungen aus Verträgen, wenn diese für die Dauer von mindestens zehn Jahren zu erbringen sind, gerechnet vom Vertragsabschluss bis zur Fälligkeit der letzten Zahlung, wenn in den Verträgen der Gläubiger auf die Dauer von mindestens zehn Jahren auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet oder wenn der Schuldner das Recht hat, die Vertragsdauer auf mindestens zehn Jahre zu verlängern. In diesen Fällen kann zulässigerweise auch auf zukünftige Einzel- oder Durchschnittsentwicklung von Preisen oder Werten für Güter oder Leistungen Bezug genommen werden, die der Schuldner in seinem Betrieb erzeugt, veräußert oder erbringt. Ist das Schuldverhältnis auf die land- oder forstwirtschaftliche Nutzung beschränkt, kann ebenso auf die künftige Einzel- oder Durchschnittsentwicklung von Preisen oder Werten von Grundstücken abgestellt werden (§ 3 Abs. 3 PreisklauselG).

Weggefallen ist die in § 4 PrKV enthaltene Genehmigungsfiktion für Wertsicherungsklauseln in Miet- und Pachtverträgen über nicht zu Wohnzwecken genutzte Gebäude oder Räume. Die Regelung wurde in § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. e) und Abs. 3 PreisklauselG unter dem Stichwort „Verträge über wiederkehrende Zahlungen" integriert. Ein Unterschied zwischen Miet- und Pachtverträgen über Wohnraum einerseits und nicht zu Wohnzwecken genutzten Räume andererseits macht das Gesetz nicht mehr.

Ersatzlos gestrichen wurde die „Generalklausel" des § 3 Abs. 5 PrKV. Bislang konnten Wertsicherungsklauseln außerhalb des Katalogs genehmigungsbedürftiger Preisklauseln in §§ 3 ff. PrKV genehmigt werden, „wenn schutzwürdige Interessen eines Beteiligten dies erfordern". Für die Praxis spielte diese Vorschrift schon bislang keine Rolle. Anwendungsbeispiele dieser Vorschrift sind nicht bekannt.[35]

4. Erbbaurechtsverträge, § 4 PreisklauselG

Die Regelung entspricht materiell dem § 1 Nr. 4 PrKV. Danach sind Wertsicherungsklauseln zulässig in Erbbaurechtsbestellungsverträgen und Erbbauzinsreallasten mit einer Laufzeit von mindestens 30 Jahren. Wie bisher bleiben die Sondervorschriften des § 9 a ErbbauVO, § 46 SachenRBerG und § 4 Erholungsnutzungsrechtsgesetz unberührt.

5. Bereichsausnahmen, §§ 5, 6 PreisklauselG

Die Regelungen in den §§ 5 und 6 PreisklauselG entsprechen materiell dem § 2 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 PaPkG. Es gelten also weiterhin die Bereichsausnahmen für den gesamten Geld- und Kapitalverkehr einschließlich der Finanzinstrumente i. S. d. § 1 Abs. 11 KWG sowie die hierauf bezogenen Pensions- und Darlehensgeschäfte. Verbraucherkreditverträge fallen nicht unter diese Bereichsausnahme. Vielmehr sind diese gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 2 PreisklauselG nur zulässig, wenn sie die allgemeinen Vorgaben des § 2 PreisklauselG für die Ausnahmen vom Verbot von Wertsicherungsklauseln erfüllen.

Für die notarielle Praxis hat diese Bereichsausnahme des § 5 PreisklauselG Bedeutung vor allem für Wertsicherungsklauseln in Darlehensverträgen und Abtretungen von Darlehensverträgen, aber ebenso für Geldschulden in Geschäften des Kapitalverkehrs. In Betracht kommen hier beispielsweise Veräußerungen von Beteiligungen an Unternehmen. Wertsicherungsklauseln für gestundete Kaufpreisraten, Leibrenten usw. in diesen Verträgen sind vom Indexierungsverbot befreit.[36]

Die zweite Bereichsausnahme in § 6 PreisklauselG erfasst Wertsicherungsklauseln in Verträgen von gebietsansässigen Unternehmen mit Gebietsfremden. Der in § 2 Abs. 1 Satz 4 PaPkG genannte Begriff „Kaufleute" wird durch den Begriff des „Unternehmers" i. S. d. § 14 BGB ersetzt. Die bislang streitige Rechtsfrage, ob gewerblich tätige Nichtkaufleute und Freiberufler von der allein auf Kaufleute zugeschnittenen Bereichsausnahmen profitieren können oder nicht, hat sich damit erledigt.[37] Die in § 6 verwendeten Begriffe „Gebietsansässiger" und „Gebietsfremder" rekurrieren auf § 4 Abs. 1 Nr. 5 und 7 Außenwirtschaftsgesetz. Abgestellt wird also darauf, ob der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt bzw. bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften deren Sitz oder der Ort der Leitung innerhalb der Bundesrepublik Deutschland belegen ist. Auch Zweigniederlassungen oder Betriebsstätten von Gebietsfremden innerhalb der Bundesrepublik Deutschland erfüllen die Voraussetzungen eines „Gebietsansässigen". Bezieht sich das Rechtsverhältnis des gebietsansässigen Schuldners ausschließlich auf dessen Privatbereich, kommt § 6 PreisklauselG – wie bisher – nicht zur Anwendung. Der Schuldner handelt in diesem Fall nicht als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB.

6. Bereichsausnahme: Bedarf der Streitkräfte, § 7 PreisklauselG

In § 7 PreisklauselG ist eine neue Bereichsausnahme geschaffen worden für Wertsicherungsklauseln in Verträgen, die der Deckung des Bedarfs der Streitkräfte dienen und in denen auf einen vom Statistischen Bundesamt, einem Statistischen Landesamt oder dem Statistischen Amt der europäischen Gemeinschaften ermittelten Preisindex Bezug genommen wird. Diese Verträge waren bisher nach der – nunmehr weggefallenen – Generalklausel des § 3 Abs. 5 PrKV genehmigungsfähig.[38]

---

34 Wenn auf eine %-Veränderung des VPI (im Gegensatz zu einer Punkte-Veränderung) abgestellt wird, kommt es auf die Nennung eines bestimmten Basisjahres in der Wertsicherungsklausel nicht an. Auch „Umbasierungen" bei Einführung eines neuen Basisjahres sind dann nicht erforderlich. Vgl. dazu *Reul*, DNotZ 2003, 92, 94; *Rasch*, DNotZ 1999, 467, 472; *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 416.

35 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3267.

36 *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 411; *v. Heynitz*, MittBayNot 1998, 398, 402.

37 Siehe zur bisherigen Rechtslage *Schmidt-Räntsch*, NJW 1998, 3166, 3168; *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 411; *v. Heynitz*, MittBayNot 1998, 398, 403; *Limmer*, ZNotP 1999, 148, 154.

38 BR-Drucks. 68/07, S. 74.

7. Unwirksamkeit einer Preisklausel, § 8 PreisklauselG

§ 8 PreisklauselG regelt die Unwirksamkeit einer Preisklausel. Die Unwirksamkeit der Preisklausel wirkt danach prinzipiell (erst) vom Zeitpunkt des durch ein Gericht rechtskräftig festgestellten Verstoßes gegen die Regelungen des PreisklauselG, also nur für die Zukunft. Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien, die eine frühere Unwirksamkeit der Preisklausel vorsehen, gehen dieser Regelung allerdings vor. Zahlungen, Forderungen oder andere Rechtswirkungen, die aus der vereinbarten Klausel resultieren und bis zum Zeitpunkt der Feststellung der Unwirksamkeit der relevanten Preisklausel geleistet wurden bzw. bestanden haben, bleiben unangetastet.[39]

Gerade die letztgenannte Rechtsfolge des neuen § 8 Satz 2 PreisklauselG war im Gesetzgebungsverfahren umstritten. Der Bundesrat kritisierte an dieser Vorschrift, dass ein Verstoß gegen das Preisklauselverbot danach wirtschaftlich ohne Sanktionen bliebe. Es bestünde die Gefahr, dass die Grenzen zulässiger Preisklauseln – unter Ausnutzung einer stärkeren Verhandlungsposition – bewusst überschritten werden.[40]

Die Bundesregierung lehnte diese Auffassung ab.[41] Nach ihrer Ansicht sei hier auf die Eigenverantwortung der Vertragsbeteiligten im Rahmen der Vertragsfreiheit abzustellen. Jedem Vertragspartner sei jederzeit eine gerichtliche Überprüfung der Zulässigkeit der vereinbarten Preisklausel möglich. Aufgrund der längerfristigen Verträge und des u. U. fortgeschrittenen Vertragsablaufs habe man sich bewusst dafür entschieden, die vereinbarten Rechtswirkungen einer Preisklausel bis zur Feststellung der Unwirksamkeit beizubehalten und die Feststellung der Unwirksamkeit ausschließlich mit Wirkung für die Zukunft gelten zu lassen. Es sei vertretbar, die Rechtswirkungen der vereinbarten Preisklausel bis zum Zeitpunkt der Unwirksamkeit hinzunehmen. Würde die Unwirksamkeit einer vereinbarten Preisklausel stattdessen rückwirken, also bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gelten, würde sich in jedem Einzelfall die Frage stellen, ob statt der dann grundsätzlich eintretenden Geltung des zulässigen bzw. des Nominalpreises dem Vertrag durch Auslegung eine andere wirksame Preisklauselregelung zu entnehmen sei oder eine Preisanpassung aus einem anderen rechtlichen Grund zu erfolgen habe (§ 242 BGB). Dies würde angesichts der sich dann stellenden Rückabwicklungsfragen, die u. U. lange Zeiträume erfassen können, zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen und zu einer übermäßigen Belastung der Gerichte beitragen. § 8 Satz 2 PrkG soll diese Folgeprobleme vermeiden.[42]

8. Übergangsvorschrift, § 9 PreisklauselG

Das neue PreisklauselG soll nahtlos an das bisherige Genehmigungsverfahren nach § 2 PaPkG und PrKV anknüpfen. Stichtag für die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit einer Wertsicherungsklausel ist der Eingang des Genehmigungsantrages bei der Genehmigungsbehörde (Bundesamt für Wirtschaft, Eschborn, § 7 PrKV). Wird für eine Preisklausel bis zum Tag der Verkündung des neuen PreisklauselG kein Genehmigungsantrag gestellt, gilt das neue PreisklauselG, auch wenn die Preisklausel während der Geltung der alten Regelungen vereinbart worden ist (§ 2 Abs. 2 PreisklauselG). Dagegen sind die bisherigen Vorschriften des § 2 PaPkG sowie der PrKV weiter anzuwenden, wenn eine Preisklausel bis zum Tag der Verkündung des neuen Gesetzes vereinbart und ein entsprechender Genehmigungsantrag gestellt wurde. Bislang bereits erteilte Genehmigungen gelten nach § 9 Abs. 1 PreisklauselG (selbstverständlich) fort.

9. Inkrafttreten

Nach Art. 30 Abs. 1 des Gesetzes vom 13.6.2007 tritt das neue PreisklauselG am Tag nach seiner Verkündung in Kraft. Das Gesetz ist am 13.9.2007 im Bundesgesetzblatt verkündet worden.

IV. Stellungnahme

1. Rechtsfolgen für den Notar

Auf den ersten Blick ist die neue Regelung zur Wirksamkeit von Wertsicherungsklauseln zu begrüßen. Das bisweilen als lästig empfundene Genehmigungsverfahren fällt künftig weg. Da das neue PreisklauselG im Übrigen aus materiellrechtlicher Sicht die bisherigen Regelungen praktisch wortgleich übernimmt, ergeben sich für den Rechtsanwender a priori jedenfalls keine besonderen Probleme. Ähnlich wie bisher bei der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit und Genehmigungsfähigkeit von Wertsicherungsklauseln ist nunmehr zu prüfen, ob die Klausel unter die Ausnahmen vom Indexierungsverbot fällt. War früher dann zusätzlich meist noch die Genehmigung des Bundesamtes für Wirtschaft erforderlich, ist eine Wertsicherungsklausel künftig sofort wirksam. Nach der neuen Vorschrift des § 8 PreisklauselG gilt dies nicht nur für solche Wertsicherungsklauseln, die die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Verbot von Wertsicherungsklauseln nach dem neuen PreisklauselG erfüllen, sondern auch für diejenigen Klauseln, die an sich unwirksam sind. § 8 Satz 2 PrkG bestimmt, dass auch unwirksame Wertsicherungsklauseln mangels anderweitiger Vereinbarungen zunächst einmal wirksam sind und bleiben, bis die Unwirksamkeit der Preisklausel rechtskräftig durch ein Gericht festgestellt wurde.

Die neue Vorschrift des § 8 Satz 2 PreisklauselG schafft damit Rechtssicherheit – allerdings nur zum Teil. Ein wesentlicher Nachteil der neuen Rechtslage bleibt: War es bislang allgemein üblich und wurde es so auch von der Literatur empfohlen, bei Wertsicherungsklauseln eine Genehmigung bzw. ein Negativzeugnis zu beantragen, wenn man sich nicht sicher war, ob die vereinbarte Wertsicherungsklausel überhaupt genehmigungspflichtig und wenn ja auch genehmigungsfähig ist,[43] so fällt diese Möglichkeit künftig weg. Konnten die Beteiligten mithin bereits vor Vertragsschluss Rechtssicherheit (auch für ein späteres Gerichtsverfahren)[44] durch Einholung eines solchen Negativattestes erlangen, bleibt ihnen diese Möglichkeit nach Inkrafttreten des neuen PreisklauselG versagt. Stattdessen können sie die Frage der Zulässigkeit der Wertsicherungsklausel nur noch im Rahmen einer gerichtlichen Feststellungsklage klären lassen.[45] Bedenkt man, dass

---

39 BR-Drucks. 68/07, S. 74 f.

40 BR-Drucks. 68/07 (Beschluss), S. 5; BR-Drucks. 68/1/07, S. 6.

41 BT-Drucks. 16/4764, S. 16.

42 BT-Drucks. 16/4764, S. 16.

43 Vgl. etwa die Empfehlungen in der Literatur: *Görk*, DNotI-Report 1998, 195, 196; *Göppinger/Kilger/Pfeil*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 8. Aufl. 2005, S. 311; *Kanzleiter/Wegmann*, Vereinbarungen unter Ehegatten, 6. Aufl. 2001, Rdnr. 348; *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 418; *Limmer*, ZNotP 1998, 148, 155; *J. Mayer*, Der Übergabevertrag, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 356; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3271.

44 OLG Rostock, NZM 2006, 742 = NotBZ 2007, 144.

45 In diesem Sinne die Entgegnung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 16/4764, S. 16.

ein solches Gerichtsverfahren regelmäßig erheblich mehr Kosten verursachen wird als die Bearbeitung eines Genehmigungsantrages bzw. eines Negativzeugnisses für eine Wertsicherungsklausel, stellt sich die Frage, ob den Beteiligten mit dem neuen Gesetz zum „Abbau bürokratischer Hemmnisse" nicht „Steine statt Brot" gegeben wird. Diese Bedenken bestehen erst recht, wenn man neben dem Kostenfaktor auch noch die regelmäßig erheblich längere Verfahrensdauer einer gerichtlichen Feststellungsklage berücksichtigt.

Unklar bleibt zudem die Auswirkung des § 8 PreisklauselG auf den Vertrag im Übrigen. § 139 BGB würde hier im Zweifel für eine Gesamtnichtigkeit sprechen. Auch dieses Risiko konnte bisher durch vorherige Einholung eines Negativattestes ausgeschlossen werden.

Per Saldo ist diese Kritik jedoch aus Sicht des Notars nicht gerechtfertigt. Waren bislang auch im Bereich der Legalausnahmen vom Indexierungsverbot des § 2 Abs. 1 PaPkG sämtliche Wertsicherungsklauseln genehmigungsbedürftig, so fällt dieses Genehmigungserfordernis nunmehr weg. Problematisch bleiben diejenigen Fälle, in denen unklar ist, ob letztlich eine Ausnahme vom Verbot der Wertsicherungsklauseln besteht oder nicht. Bei der Vielzahl der vereinbarten Wertsicherungsklauseln[46] dürften diese strittigen Fälle jedoch nicht merklich ins Gewicht fallen. Zum anderen ist hier die Rechtslage nicht anders zu beurteilen als bei allen anderen Vertragsgestaltungen. Auch hier muss der Vertragsjurist in eigener Verantwortung prüfen, ob die von ihm gewählte Vertragsgestaltung wirksam ist oder nicht. Auch hier haben die Beteiligten nicht die Möglichkeit, gleichsam vorab im Rahmen eines besonderen Verfahrens verbindlich feststellen zu lassen, ob die gewählte Vertragsgestaltung wirksam ist oder nicht. Für den Notar als geborenen Vertragsjuristen ist dies nichts Neues. Der Wegfall der Möglichkeit, bei Wertsicherungsklauseln ein Negativattest zu erlangen, sollte den Notar also nicht schrecken. Ebenso wie bei anderen Vertragsklauseln wird er daher auch bei der Vereinbarung von Wertsicherungsklauseln den „sichersten Weg" vorschlagen.[47] Dieser besteht darin, zunächst solche Wertsicherungsklauseln zu vereinbaren, die den im neuen PreisklauselG ausdrücklich geregelten Legalausnahmen vom Indexierungsverbot entsprechen.[48] Insoweit kann der Notar weiterhin auf seine „bewährten" Musterformulierungen zurückgreifen, nach denen schon bisher Wertsicherungsklauseln genehmigungsfrei waren bzw. genehmigt wurden.[49] Alles darüber hinausgehende liegt – bei entsprechender Belehrung[50] – in der Eigenverantwortung der Vertragsbeteiligten.

Gefordert ist die Kautalarpraxis aufgrund des neuen PreisklauselG aber wegen der Unwirksamkeitsregelung des § 8 Satz 2 PreisklauselG. Soweit eine im Vertrag vereinbarte Wertsicherungsklausel unwirksam ist, bleibt diese zunächst einmal wirksam, solange nicht deren Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt wurde. Da § 8 PreisklauselG eine anderweitige vertragliche Regelung jedoch ausdrücklich zulässt, wird man künftig bei der Vereinbarung von Wertsicherungsklauseln nicht umhinkommen, auch diese Frage anzusprechen. Dies gilt zum einen schon im Hinblick auf die übrigen Vereinbarungen im Vertrag und das unklare Verhältnis des § 8 PreisklauselG zu § 139 BGB. Eine salvatorische Klausel erscheint hier sinnvoll. Unabhängig davon kommt in Betracht, den Zeitpunkt für die Unwirksamkeit einer solchen gegen das PreisklauselG verstoßenden Wertsicherungsklausel vorzuverlegen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Eine solche Regelung dürfte regelmäßig aber wohl wenig interessengerecht sein und wäre auch für den Grundbuchvollzug schädlich.[51] Näher liegt es, für diesen Fall etwaige Ersatzregelungen vorzuschlagen, was also gelten soll, wenn die zunächst vereinbarte Wertsicherungsklausel unwirksam ist. Dabei sind zwei Zeiträume zu betrachten, nämlich die Rechtsfolgen für die Vergangenheit sowie die Rechtsfolgen für die Zukunft. Als Beispiel einer solchen Ersatzlösung könnte etwa vereinbart werden, dass die unwirksame Wertsicherungsklausel künftig als Leistungsvorbehaltsklausel weiter gelten soll. Eine Veränderung des in der Wertsicherungsklausel vereinbarten Vergleichsmaßstabes führt danach also nicht mehr zu einer automatischen Preisanpassung, sondern nur noch zu einer Verpflichtung zur „angemessenen" Anpassung der Geldschuld. Flankierend könnte hier für eine Partei ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB oder ein Leistungsbestimmungsrecht eines Dritten (Sachverständigen) gemäß § 317 BGB vereinbart werden. Auch könnte vereinbart werden, dass die Ersatzlösung nicht nur für die Zukunft gilt, sondern rückwirkende Wirkung hat.

Fehlt dagegen eine solche Ersatzlösung für die Zukunft, sind die Beteiligten nicht schutzlos. Schon bisher hat die Rechtsprechung anerkannt, dass in den Grenzen des § 242 BGB ein Anspruch auf Ersetzung einer unwirksamen Wertsicherungsklausel durch eine wirksame Klausel besteht.[52]

2. Rechtsfolgen für das Grundbuchamt und den Grundbuchverkehr

Fraglich ist jedoch der Mehrwert der neuen Regelung im Hinblick auf das Grundbuchverfahren. Das Grundbuchamt musste die Frage der Wirksamkeit von Wertsicherungsklauseln bisher regelmäßig nur im Zusammenhang mit der Eintragung wertgesicherter Reallasten und Erbbauzinsreallasten prüfen, wenn also die Wertsicherungsklausel zum dinglichen Inhalt der Reallast gemacht werden soll.[53] In der Praxis konnte sich das Grundbuchamt dabei mit der Vorlage einer Genehmigung oder eines Negativattestes des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle begnügen. Diese Verfahrenserleichterung fällt nunmehr weg. Zukünftig wäre das Grundbuchamt in diesen Fällen an sich zu einer eigenen Prüfung der Wirksamkeit von Wertsicherungsklauseln verpflichtet.

Eine „vollständige" Prüfung der Wirksamkeit einer Wertsicherungsklausel nach dem PreisklauselG durch das Grundbuchamt ist jedoch nicht in allen Fällen veranlasst. Aus § 8 PreisklauselG folgt vielmehr, dass die Grundbuchämter im

---

46 Im Jahr 2005 sind insgesamt 17 064 Anträge auf Genehmigung von Wertsicherungsklauseln gestellt worden, BR-Drucks. 68/07, S. 53.

47 BGH, DNotZ 1974, 296; DNotZ 1976, 629; DNotZ 1978, 177; *Schlee* in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. 2006, J Rdnr. 19; *Zugehör* in Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2003, Rdnr. 473.

48 Zur alten Rechtslage formulierte *v. Heynitz*: „Wer eine der in § 3 PrKV zugelassenen Wertsicherungskombinationen wählt, wird … mit der Genehmigung rechnen können.", MittBayNot 1998, 398, 405.

49 Formulierungsmuster finden sich etwa bei *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1206 ff.; *Limmer*, ZNotP 1999, 148, 158 f.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3276 ff.

50 *Zugehör* in Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 473.

51 Siehe dazu unten Ziff. 2.

52 BGHZ 63, 132, 135; BGH, NJW 1979, 1545; NJW 1986, 932; OLG Köln, ZMR 1999, 633; OLG Rostock, NZM 2006, 742 = NotBZ 2007, 144; *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, E Rdnr. 1 ff.

53 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3273.

Grundsatz die Wirksamkeit einer Wertsicherungsklausel im Rahmen des Eintragungsverfahrens gar nicht prüfen dürfen. Nach § 8 PreisklauselG tritt die Unwirksamkeit einer Wertsicherungsklausel erst dann ein, wenn dies rechtskräftig festgestellt wurde. Bis dahin bleiben nach § 8 Satz 2 PreisklauselG die Rechtswirkungen der Preisklausel unberührt. § 8 PreisklauselG gilt auch im Grundbuchverfahren. Eine Feststellung über die Unwirksamkeit einer Wertsicherungsklausel ist den ordentlichen Gerichten vorbehalten. Die Grundbuchämter können eine solche Feststellung nicht treffen. Zwar sind die Grundbuchämter nach dem Legalitätsprinzip zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit einer beantragten Eintragung verpflichtet. Das Grundbuchamt darf nicht bewusst daran mitwirken, das Grundbuch unrichtig zu machen.[54] Wegen der gesetzlichen Wertung des § 8 Satz 2 PreisklauselG wird aber das Grundbuch durch die Eintragung einer gegen das PreisklauselG verstoßenden Wertsicherungsklausel nicht unrichtig. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung ist von der Wirksamkeit der vereinbarten Wertsicherungsklausel auszugehen.

Was im Grundbuchverfahren allerdings zunächst immer zu prüfen ist, ist die Frage, ob die Beteiligten den Zeitpunkt der Unwirksamkeit der Wertsicherungsklausel nach § 8 Satz 1 PreisklauselG auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorverlegt oder es bei der gesetzlichen Regelung belassen haben. Eine solche Vereinbarung ist im Rahmen der Vertragsfreiheit ohne Weiteres zulässig und wirkt dann auch im Grundbuchverfahren. Haben die Beteiligten die „ex-nunc-Wirkung" des § 8 PreisklauselG durch eine „ex-tunc-Wirkung" ersetzt und ist die vereinbarte Wertsicherungsklausel von Anfang an unwirksam, würde das Grundbuch durch die Eintragung dieser Wertsicherungsklausel unrichtig werden. An einer solchen Eintragung darf aber das Grundbuchamt nach dem Legalitätsprinzip nicht mitwirken. Damit ist der Weg frei für eine vollständige Prüfung der Wertsicherungsklausel durch das Grundbuchamt. Das Grundbuchamt ist in diesem Fall zu einer solchen Prüfung verpflichtet. § 8 Satz 2 PreisklauselG gilt nicht.

Für die Praxis kann hieraus nur die Empfehlung abgeleitet werden, zur Vermeidung von Vollzugsproblemen tunlichst auf eine Abänderung der „ex-nunc-Wirkung" des § 8 PreisklauselG zu verzichten.

3. Rechtsfolgen für den Mittelstand

Auch wenn das neue PreisklauselG somit weder für den Vertragsjuristen noch für den Grundbuchverkehr gravierende Auswirkungen hat, stellt sich doch die Frage, ob mit diesem Gesetz tatsächlich eine „Entlastung des Mittelstandes" wie vom Gesetzgeber bezweckt erreicht wird. Das Genehmigungserfordernis für Wertsicherungsklauseln fällt zwar weg. Für die Beteiligten bleibt trotz der Regelung des § 8 PreisklauselG im Gegensatz zur früheren Rechtslage Rechtsunsicherheit. Dies gilt vor allem bei Verträgen ohne zwangsläufigen Rechtsrat (wie er etwa im Rahmen einer notariellen Beurkundung gewährleistet wird). Es besteht künftig keine Möglichkeit mehr, ohne eine Feststellungsklage frühzeitig Rechtssicherheit zu erlangen. Der mit Wegfall des Genehmigungserfordernisses bei Wertsicherungsklauseln eingesparte Verwaltungsaufwand geht damit zu Lasten der Beteiligten. Für diese entstehen Folgekosten entweder durch Einholung frühzeitigen Rechtsrats bei Abfassung der Wertsicherungsklausel oder wenn sich die Klausel nachträglich als unwirksam herausstellt. Will man in diesem Bereich wirklich eine Entlastung, muss man das Verbot von automatisch wirkenden Wertsicherungsklauseln ersatzlos aufgeben. Alternativ bliebe nur die Möglichkeit, im Rahmen eines präventiven Verwaltungsverfahrens die Rechtmäßigkeit einer Wertsicherungsklausel feststellen zu lassen. Aus Kostengründen wird dies aber wohl von vornherein ausscheiden.

4. Wunsch der Praxis

Um gleichwohl schon jetzt ein Mehr an Rechtssicherheit zu erreichen, wäre es wünschenswert, wenn das bislang für die Genehmigung von Wertsicherungsklauseln zuständige Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle Richtlinien oder Ähnliches herausgäbe, in denen die Frage der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Wertsicherungsklauseln anhand des neuen PreisklauselG und der bisherigen Genehmigungspraxis näher erläutert wird.[55] Ein derartiges Merkblatt hat das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle bereits für Wertsicherungsklauseln in Miet- und Pachtverträgen zur Verfügung gestellt (Stand: 09/2005). In diesem Merkblatt wird näher erläutert, unter welchen Voraussetzungen Wertsicherungsklauseln in Miet- und Pachtverträgen genehmigungspflichtig und genehmigungsfähig sind oder waren bzw. wann sie einer Genehmigungsfiktion unterfallen.

---

54 BGHZ 35, 135; BayObLG, DNotZ 1967, 429; MittBayNot 1981, 200, 201; *Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005, Anhang § 13 Rdnr. 41; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 209.

55 In der Praxis stellt sich z. B. häufig die Frage nach der Wertsicherung künftiger Forderungen: Nach Ansicht der Deutschen Bundesbank und des Bundesamtes für Wirtschaft waren bislang genehmigungsfrei Wertsicherungsklauseln bei künftigen Forderungen, wenn die Indexierung bis zum Entstehen der Geldschuld vereinbart wird. Genehmigungsbedürftig war dagegen die Indexierung einer bereits entstandenen Forderung bis zum Eintritt der Fälligkeit. Vgl. dazu *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, D Rdnr. 340 ff. und Rdnr. 589 ff.

§ 14 HeimG – Gut gemeinter Schutz für Heimbewohner und -bewerber, Fallstrick für den Testamentsgestalter

Von Notarassessor Dr. *Florian M. Dietz*, Kitzingen

Mit § 14 HeimG versucht der Gesetzgeber, das heikle Thema der Verfügungen von Todes wegen zugunsten von Heimträgern durch ein Verbot solcher Verfügungen gleichsam zu eliminieren. Durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs auch auf Heimbewerber und eine weite Auslegung durch die Rechtsprechung hat sich die Vorschrift zu einer leicht unterschätzten Fußangel bei der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen entwickelt. Der Wunsch, dem Heimbetreiber oder ihm nahestehenden Personen durch Verfügung von Todes wegen etwas zuzuwenden, ist vor allem bei alleinstehenden Senioren und bei der Beurkundung eines sog. „Behindertentestaments" nicht selten anzutreffen, wenn neben dem Kind mit Behinderung keine weiteren Abkömmlinge vorhanden sind. Der folgende Beitrag versucht, den Blick für die oftmals versteckten Fallstricke des § 14 HeimG zu sensibilisieren und hinterfragt den weiten Anwendungsbereich dieser Vorschrift.

A. Zweck, Anwendungsbereich und Rechtsfolge

1. Zweck

Der für den Gestalter erbrechtlicher Verfügungen etwas versteckt liegende § 14 HeimG verfolgt mit dem strikten Verbot für den Heimträger, sich von (oder zugunsten von) Heimbewohnern oder -bewerbern Geld oder geldwerte Leistungen über das für die vertraglichen Leistungen hinaus geschuldete Entgelt gemäß § 5 Abs. 3 HeimG versprechen zu lassen vor allem drei Ziele: Erstens soll eine überhöhte finanzielle Abgeltung der Heimleistungen angesichts der häufig vorliegenden Hilf- und Arglosigkeit der Heimbewohner nicht zuletzt in finanziellen Fragen vermieden werden.[1] Zweitens soll eine privilegierende Behandlung einzelner Heimbewohner – sei sie nun zu deren Vor- oder Nachteil – aufgrund zusätzlicher finanzieller Zuwendungen oder des Unterbleibens solcher zum Schutz des Heimfriedens verhindert werden.[2] Drittens soll die Testierfreiheit der Heimbewohner vor offenem oder verstecktem Druck, in bestimmter Weise zu verfügen, geschützt werden.[3] Die Vorschrift bezweckt hingegen keinen Erbenschutz: diese sind vor allem auf das Pflichtteilsrecht verwiesen.

2. Anwendungsbereich

a) Geld oder geldwerte Leistungen

Dass die Zuwendung von Geld in jeglicher Form – also auch in Fremdwährungen oder durch unbare Zahlung – sowie geldwerte Leistungen, also alles, was in Geld ausgedrückt werden kann, wie z. B. bewegliche Sachen, aber auch Immobilien, vom Verbot erfasst wird, erschließt sich dem Leser der Vorschrift ohne Weiteres. Die ständige Rechtsprechung[4] fasst aber auch sämtliche Zuwendungen dieser Art in Verfügungen von Todes wegen darunter – gleichviel ob es sich um ein Vermächtnis oder eine Erbeinsetzung handelt.[5] Ebenfalls erfasst ist die Einsetzung zum Testamentsvollstrecker – jedenfalls dann, wenn eine Vergütung für diese Tätigkeit vorgesehen ist oder sich eine solche aus § 2221 BGB ergibt.[6] Der Gesetzgeber hatte von Anfang an Schwierigkeiten, den „Vorteil", an den das Verbot anknüpfen soll, begrifflich präzise zu fassen: Der Bundesratsentwurf stellte auf „Zuwendungen" ab, was von der Bundesregierung in deren Stellungnahme als zu eng angesehen und in Anlehnung an § 138 Abs. 2 BGB durch „Vermögensvorteil" ersetzt wurde.[7] Auch dies konnte Auslegungsschwierigkeiten nicht vermeiden und wurde daher bei der Reform des Heimgesetzes im Jahre 1990 durch den (vermeintlich) schärfer konturierten Begriff „Geld- oder geldwerte Leistungen" ersetzt.[8]

b) Heimträger

Das Gesetz versteht gemäß § 1 Abs. 1 HeimG unter Heimen solche Einrichtungen, die dem Zweck dienen, ältere oder pflegebedürftige Menschen oder behinderte Volljährige aufzunehmen, ihnen Wohnraum zu überlassen sowie Betreuung und Verpflegung zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten, die in ihrem Bestand von Wechsel und Zahl der Bewohnerinnen und Bewohner unabhängig sind und entgeltlich betrieben werden. Auch Einrichtungen der Kurzzeitpflege sowie der Tages- und der Nachtpflege sind gemäß § 14 Abs. 3 und 5 HeimG in den Anwendungsbereich einbezogen. Ausdrücklich ausgenommen sind gemäß § 1 Abs. 2 HeimG hingegen Einrichtungen des bloßen sog. „betreuten Wohnens".[9] Ein Heim im Sinne dieser Vorschrift soll nach der Rechtsprechung[10] fer-

---

1 BT-Drucks. 7/180, S. 12, 15; BVerfG, NJW 1998, 2964; OLG München, DNotZ 2006, 933, 934; *Gitter/Schmitt*, Heimgesetz, Loseblatt, Stand: 15.12.2006, Band 2, § 14, S. 3.

2 BT-Drucks. 7/180, S. 12; BT-Drucks. 11/5120, S. 17 f.; BVerfG, NJW 1998, 2964; OLG München, DNotZ 2006, 933, 934.

3 BT-Drucks. 11/5120, S. 17; BVerfG, NJW 1998, 2964; OLG München, DNotZ 2006, 933, 934.

4 BVerwG, NJW 1990, 2268 (Testament „ohne weiteres" erfasst); BayObLG, NJW 1993, 1143, 1144 („ergibt sich ohne weiteres aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift"); KG, NJW-RR 1999, 2, 3; VGH Mannheim, MittBayNot 2005, 317, 318.

5 *G. Müller*, Zur Anwendung des § 14 HeimG auf Verfügungen von Todes wegen, insbesondere im Rahmen des sog. Behindertentestaments in Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, 2003, S. 153, 158 f.; ausdrücklich entschieden für eine Einsetzung zum Nacherben: OLG Düsseldorf, MittBayNot 1998, 264.

6 *Rossak*, MittBayNot 1998, 407; sogar für Unentgeltlichkeit bejahend: *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 159 f.; dagegen *Everts*, ZEV 2006, 544, 545, der die Zulässigkeit bei Unentgeltlichkeit sogar bei Aufwendungsersatz mit beachtlichen Argumenten bejaht.

7 Vgl. zur Genese BT-Drucks. 7/180, S. 4, 15.

8 BT-Drucks. 11/5120, S. 18 und 22.

9 Nach *G. Müller* in Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 4 Rdnr. 59, jedenfalls dann, wenn die Mieter nicht Verpflegung und weitergehende Betreuungsleistungen abnehmen müssen; a. A. *Suyter*, ZEV 2003, 104, der das betreute Wohnen ohne Begründung als vom Anwendungsbereich umfasst sieht.

10 BayObLG, NJW-RR 1999, 1454; in diese Richtung auch BayObLG, NJW-RR 1998, 729, 731, für die Aufnahme von Pflegebedürftigen in die Privatwohnung eines Heimleiters.

ner bereits dann vorliegen, wenn eine familienfremde Person in einer Privatwohnung gegen Entgelt Unterkunft und Pflegeleistungen erhält und der Erbringer der Leistungen immer wieder Personen in dieser Art und Weise aufnehmen will. Auf die konkrete Zahl der aufgenommenen Personen kommt es nicht an. Hingegen ist das Heimgesetz weder auf die (auch dauerhafte) Pflege in der Wohnung des Pflegebedürftigen[11] noch auf die Pflege des Pflegebedürftigen in der Familie oder aufgrund sonstiger persönlicher Beziehung[12] anwendbar. Nicht erfasst werden schließlich Verfügungen deutscher Staatsangehöriger zugunsten ausländischer Heimträger, da auf diese das HeimG nicht anwendbar ist.[13] Ebenfalls nicht erfasst sind Personen, die einen Pflegebedürftigen in seiner Wohnung ambulant betreuen. Die Problematik mag zwar ähnlich gelagert sein, es fehlt aber schon an einem Heim i. S. d. § 14 HeimG.[14] Träger eines Heimes ist derjenige, in dessen Namen und auf dessen Rechnung die Einrichtung betrieben wird und den somit auch die Verantwortung für Unterhalt und Betrieb der Einrichtung trifft (vgl. auch § 5 HeimG sowie § 2 HeimsicherungsV).[15]

c) Weitere Verbotsadressaten

§ 14 Abs. 5 HeimG sieht ein Verbot auch für Zuwendungen an die Leitung, Beschäftigte oder sonstige Mitarbeiter des Heimes vor. Auf die Art der Beschäftigung[16] – sei es nun hauptberuflich, nebenberuflich, ehrenamtlich oder in Teilzeit – kommt es ebenso wenig an wie auf die Art der Tätigkeit. Der Begünstigte muss also nicht im pflegerischen Bereich eingesetzt sein. Ausreichend ist vielmehr, dass die von ihm erbrachte Leistung bereits im Entgelt gemäß § 5 Abs. 3 HeimG enthalten ist, wie sich aus der Formulierung „neben der Vergütung des Trägers“ ergibt.[17]

Unter diesen Voraussetzungen soll sogar ein Selbständiger, der regelmäßig auf eigene Rechung und in eigenem Namen Leistungen im Heim erbringt, als Mitarbeiter gelten, soweit die erbrachte Leistung zu den bereits mit dem Entgelt vergüteten gehört.[18] Diese Analogie erscheint indes fragwürdig, da die Grenzen dieser Erweiterung nur schwer zu ziehen sind. Außerdem fehlt es schon an der für die Analogie erforderlichen Regelungslücke, da Leistungen an Selbständige einen gänzlich anderen Sachverhalt betreffen. Allein die Sorge vor einer „Umgehung durch Outsourcing“ vermag diese Erweiterung jedenfalls nicht zu rechtfertigen.

Nicht erfasst wird von § 14 HeimG der Betreuer des Testators. Insoweit scheidet eine analoge Anwendung – mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte – aus.[19]

Allerdings ist bei § 14 Abs. 5 HeimG nur von Leistungen der Bewohner die Rede. Bewerber sind ausdrücklich nicht genannt. Dies erscheint sinnvoll, da für Bewerber das für das Verbot wesentliche Abhängigkeitsverhältnis zu dem genannten Personenkreis noch nicht besteht.

d) Von oder zugunsten eines Bewohners oder Bewerbers

Während § 14 HeimG ursprünglich nur für Heimbewohner, also solche Personen, die bereits die Einrichtung des Heimes nutzen, anwendbar war, wurde durch das Dritte Änderungsgesetz zum Heimgesetz vom 5.11.2001[20] die Vorschrift mit Wirkung zum 1.1.2002 auch auf Bewerber ausgedehnt. Dieser Begriff ist im Gesetz nicht näher definiert, was hinsichtlich des Anwendungsbereichs zu erheblichen Unsicherheiten führt. Rechtsprechung zu Anforderungen an den Bewerberstatus fehlt – soweit ersichtlich – bisher. Die Literatur[21] fordert zu Recht, dass der Bewerberstatus voraussetzt, dass sich der Wille, in ein bestimmtes Heim aufgenommen zu werden und sich dadurch der Heimleitung anvertrauen zu wollen, nach außen manifestiert haben muss. Dies könnte z. B. eine Besichtigung des entsprechenden Heimes oder das Ausfüllen eines Anmeldeformulars sein.

Hintergrund[22] der Erweiterung des Anwendungsbereiches war vor allem der vom Gesetzgeber missbilligte Trend zu Aufnahme- und Vormerkgebühren, die Heimbewerber vor der Zuteilung eines Platzes abverlangt wurden. Die Heimplatzvergabe wollte der Gesetzgeber aber unabhängig von der finanziellen Situation künftiger Heimbewohner entschieden wissen.[23] Dieses Ziel konnte schon deshalb nicht erreicht werden, da § 14 Abs. 2 Nr. 1 HeimG gerade Raum für Sonderleistungen lässt, soweit sie nicht mit dem allgemeinen Entgelt abgedeckt sind.[24] Unabhängig von der Aufnahme der Bewerber in den Tatbestand ging die Rechtsprechung[25] auch schon früher davon aus, dass eine kurz vor Aufnahme in das Heim getroffene Verfügung von Todes wegen mit dem späteren Eintritt in das Heim – ein Versprechen bzw. Gewähren der Leistung vorausgesetzt – unwirksam wird.

Im Zusammenhang mit der Bewerbereigenschaft ist ferner unklar, ob die Vorschrift auf eine Verfügung anzuwenden ist, die noch vor Begründung des Bewerberstatus getroffen wurde, wenn dann später tatsächlich die Bewerbung bzw. der Eintritt in das begünstigte Heim erfolgt. Zum Zeitpunkt der Errichtung war § 14 HeimG auf die Verfügung unzweifelhaft nicht anwendbar. Die wünschenswerte Klarheit, dass eine einmal wirksam errichtete Verfügung auch wirksam bleiben muss, steht in offensichtlichem Konflikt mit der Zielsetzung des § 14 HeimG: Eine Ungleichbehandlung der Bewohner bzw. eine Beschränkung der Testierfreiheit bezogen auf spätere Änderungswünsche wären in diesem Falle nach Eintritt in das Heim ebenso zu befürchten, wie bei Verfügungen, die erst nach Eintritt erfolgen. Jedenfalls mit Erlangen des Bewerber-/Bewohnerstatus – wiederum ein Sich-versprechen- bzw. Sich-gewähren-lassen der Leistung seitens des Verbots-

---

11 OLG Düsseldorf, NJW 2001, 2338; LG Bonn, NJW 1999, 2977.

12 BayObLG, NJW-RR 1998, 729, 731.

13 OLG Oldenburg, NJW 1999, 2448; *Gitter/Schmitt*, Heimgesetz, Band 2, § 14, S. 17.

14 LG Bonn, NJW 1999, 2977.

15 BayObLG, NJW 2000, 1875, 1876; *Lingenfelser*, BWNotZ 2001, 118, 119.

16 *Gitter/Schmitt*, Heimgesetz, Band 2, § 14, S. 22.

17 OLG Frankfurt am Main, NJW 2001, 1504; *Krahmer/Richter/Plantholz*, Heimgesetz, 2. Aufl. 2005, § 14 Rdnr. 20.

18 So recht weit gehend *Rossak*, ZEV 1996, 41, 42.

19 BayObLG, NJW 1998, 2369, 2370; ebenso *G. Müller*, ZEV 1998, 219, 221 f.

20 BGBl I, S. 2960.

21 *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 163; ähnlich *Kunz/Butz/Wiedemann*, Heimgesetz, 10. Aufl. 2004, § 14 Rdnr. 4.

22 Siehe BT-Drucks. 11/5120, S. 18.

23 BT-Drucks. 14/6366, S. 32.

24 *Krahmer/Richter/Plantholz*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 7.

25 BGH, NJW-RR 1995, 1272; KG, NJW-RR 1999, 2; VGH Mannheim, MittBayNot 2005, 317, 318 m. zust. Anm. *Everts*; a. A. zur alten Rechtslage mit beachtlichen Argumenten: OLG Frankfurt, NJW-RR 1994, 312, demzufolge eine Ausdehnung der Vorschrift auf Bewerber – vor deren ausdrücklicher Aufnahme in den Tatbestand – nicht in Betracht kommen sollte.

adressaten vorausgesetzt – wird eine solche Verfügung also unwirksam[26] und damit das Einholen einer Genehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG daher grundsätzlich unmöglich (siehe unten B. 2. b). Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Erblasser in diesen Konstellationen noch vor der Anwendbarkeit des § 14 HeimG als Verbotsgesetz vorsorglich eine Genehmigung für seine Verfügungen von Todes wegen einholen muss.

Besonders tückisch ist die nachträglich eintretende Nichtigkeit der Verfügung, wenn nicht der Bewerber oder Bewohner selbst verfügt, sondern ein Dritter zugunsten[27] des Bewohners oder Bewerbers an einen Verbotsadressaten: In dieser Konstellation wird es für den erbrechtlichen Berater oftmals schwierig, die mit Bewerbung des – in der Verfügung von Todes wegen nicht notwendig erwähnten – späteren Heimbewohners um den Heimplatz eintretende Nichtigkeit der Verfügung zu erkennen. Schließlich könnte nach diesem weiten Verständnis im Extremfall für die Zuwendung eines heute 30-jährigen Erblassers an einen Heimträger durch das spätere Eintreten z. B. der Großmutter oder der Ehefrau des Erblassers in ein Heim des Begünstigten plötzlich (auch Jahre später) der Anwendungsbereich des § 14 HeimG eröffnet werden. Es bedarf daher einer äußerst sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung, was die Motive für die betreffende Verfügung zugunsten eines möglichen Verbotsadressaten angeht.

Ob die Vorschrift im Hinblick auf Verfügungen von Todes wegen nur für deutsche Staatsangehörige oder auch für Ausländer gilt, ist – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden. Nachdem es sich allerdings bei der Frage, wer zum Erben wirksam eingesetzt werden kann, um eine Kernfrage des Erbrechts handelt, dürfte sich die Anwendbarkeit der Vorschrift für Ausländer nach deren Erbstatut richten.[28]

e) Sich-versprechen- oder Sich-gewähren-lassen

Unter Versprechen ist jede Art der Vereinbarung einer Hingabe zu verstehen.[29] Es kommt also auf ein Einvernehmen bzgl. der Zuwendung an.[30] Zumindest Kenntnis des Begünstigten von der beabsichtigten Zuwendung ist damit zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift. Regelmäßig wird zusätzlich zur Kenntnis auch ein Verhalten, das nach den Umständen ein Einverständnis erkennen lässt, verlangt, aber auch als ausreichend bezeichnet.[31] Dabei soll die Kenntnis von Personen, die den Heimträger gegenüber den Heimbewohnern repräsentieren, genügen.[32] Kenntnis liegt sicher dann vor, wenn eine entsprechende Verfügung von Todes wegen im Beisein der Heimleitung notariell beurkundet wird.[33] Dass ein solches Vorgehen nicht nur unter dem Aspekt des § 14 HeimG untunlich ist, bedarf wohl keiner weiteren Ausführungen. Hingegen setzt das Sich-gewähren-lassen voraus, dass der Vorteil bereits ausdrücklich oder stillschweigend angenommen[34] wird und der eigenen Verfügung unterliegt. Diese Variante ist bei einseitigen Verfügungen folglich nicht denkbar – bei einer vertraglichen Verfügung, insbesondere bei vertragsmäßigen Verfügungen in einem Erbvertrag[35] mit einem Verbotsadressaten hingegen schon.

Freilich lässt sich im Nachhinein regelmäßig schwer feststellen, ob der Zuwendung ein entsprechendes Versprechen zugrunde lag oder nicht. Dennoch darf dies keinesfalls zum Anlass genommen werden, eine Vermutung[36] dahingehend aufzustellen, dass die entsprechenden Vermögensvorteile versprochen waren oder gewährt wurden. Denn der dann erforderliche Beweis der Nichtkenntnis durch den Begünstigten dürfte regelmäßig unmöglich sein, so dass von der durch Art. 14 GG geschützten Testierfreiheit insoweit nichts übrig bliebe. Für Verfügungen von Todes wegen gilt daher: Wusste der Bedachte von der Zuwendung zu Lebzeiten des Verfügenden nichts, so hat er sie sich auch nicht versprechen lassen.[37] In der bloßen Annahme der Erbschaft liegt dann später weder ein Sich-gewähren-lassen i. S. d. § 14 HeimG noch besteht eine Verpflichtung zur Ausschlagung.[38] Die Verfügung unterfällt daher nicht dem Verdikt der Nichtigkeit gemäß § 14 HeimG, § 134 BGB. Für den Gestalter von Verfügungen von Todes wegen, der niemals sicher sein kann, dass der Heimträger (ein Mitarbeiter oder ein anderer Verbotsadressat) nicht doch zu Lebzeiten des Testators etwas erfährt, hängt die Verfügung allerdings an einem seidenen Faden.

Die Variante des Versprechens *von* einem Bewerber oder Bewohner ist unschwer zu fassen: Hier ist der Zuwendende bzw. Verfügende der Bewohner oder Bewerber selbst. Für das Versprechen- oder Sich-gewähren-lassen kommt es auf den Zeitpunkt bis zum Tod des Bewerbers oder Bewohners selbst an.

Problematisch ist die ebenfalls erfasste Verfügung dritter Personen *zugunsten* (gemeint ist im Interesse) eines Bewerbers oder Bewohners an einen Verbotsadressaten: Insoweit könnte für das Versprechen- oder Sich-gewähren-lassen auf den Zeitpunkt des Todes des Verfügenden aber auch auf den des Heimbewohners abgestellt werden. Der relevante Zeitpunkt kann nur nach den Schutzzwecken des Gesetzes bestimmt werden: Für die erste Variante spricht, dass es bei der Verfügung des Dritten um die Testierfreiheit des Heimbewohners gar nicht gehen kann. Andererseits ist mit Blick auf die Gefahren der Ungleichbehandlung nicht der Testierende ausschlaggebend, sondern wiederum der Heimbewohner. Man wird daher auch in dieser Konstellation auf die Kenntnis zu Lebzeiten des Bewohners abzustellen haben.[39]

---

26 KG, NJW-RR 1992, 2, 3; *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 164; *Lingenfelser*, BWNotZ 2001, 118, 122.

27 Vgl. zu dieser Variante OLG München, DNotZ 2006, 933.

28 So MünchKommBGB/*Birk*, 4. Aufl. 2006, Art. 25 EGBGB Rdnr. 208; dagegen *Staudinger/Dörner*, BGB, 2000, Art. 25 EGBGB Rdnr. 197, der die Vorschrift selbständig anknüpfen und auf alle Sachverhalte mit Bezug zu in der Bundesrepublik Deutschland belegenen Heimen anwenden will.

29 *Kunz/Butz/Wiedemann*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 8.

30 *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 157.

31 VGH Mannheim, MittBayNot 2005, 317, 318 m. w. N.

32 BayObLG, NJW 1993, 1143, 1144; diesem folgend KG, NJW-RR 1999, 2, 3 f.

33 BayObLG, NJW 1993, 1143.

34 BayObLG, NJW 1992, 55, 56 f.; zweifelhaft hingegen: BayObLG, NJW 1993, 1143, 1144, wonach bei einseitigen Verfügungen für das Sich-gewähren-lassen bereits die Kenntnis von der Verfügung genügen solle.

35 So auch *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 157.

36 Insoweit ist die Entscheidung BGH, NJW 1990, 1603, 1604, leicht missverständlich, wenn es dort heißt: „… muss für alle diese Verträge bis zum Beweis des Gegenteils vermutet werden, dass sich das Heimpersonal die entsprechenden Vermögensvorteile hat versprechen oder gewähren lassen unter Ausnutzung des durch den Heimaufenthalt begründeten Vertrauensverhältnisses im Zusammenhang mit den im Heim erbrachten oder zu erbringenden Leistungen." Vermutet wird nach richtigem Verständnis dieser Passage ausschließlich der *Zusammenhang* mit den Leistungen, nicht aber schon das Versprechen- oder Gewähren-lassen selbst. *Gitter/Schmitt*, Heimgesetz, Band 2, § 14, S. 15, weist insoweit ebenfalls ausdrücklich auf die Beweislast der Heimaufsichtsbehörde hin.

37 BayObLG, NJW 1992, 55, 57; NJW 1993, 1143, 1144 f.

38 BayObLG, NJW 1992, 55, 57.

39 So auch OLG München, DNotZ 2006, 933, 934.

f) Tatbestandliche Ausnahmen

§ 14 Abs. 2 HeimG lässt an den *Heimträger* folgende enumerativ aufgezählte Leistungen ausdrücklich zu: Die Abgeltung von Sonderleistungen, die – korrespondierend mit der Formulierung „über das Entgelt hinaus" – durch das Entgelt gemäß § 5 HeimG nicht abgedeckt werden,[40] z. B. kulturelle Veranstaltungen, Inanspruchnahme hauseigener Wäscherei o. ä. (Nr. 1), geringwertige Aufmerksamkeiten, deren Grenze bei einem Wert von ca. 25 Euro[41], teilweise 30 bis 50 Euro[42] im Einzelfall und 100 Euro pro Jahr[43] gesehen wird (Nr. 2), Leistungen, die für den Bau, den Erwerb, die Instandsetzung, die Ausstattung oder den Betrieb des Heimes anlässlich der Überlassung gewährt werden (Nr. 3)[44] sowie Sicherheitsleistungen – vor allem Kautionen (Nr. 4)[45].

In diesen Fällen greift das Verbot schon tatbestandlich nicht ein, so dass auch keine Ausnahmegenehmigung nach Abs. 6 benötigt wird. Vor allem die Ausnahme nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 HeimG böte theoretisch ein großes Einfallstor für Leistungen, wenn nur behauptet werden kann, diese seien gar nicht zur Abgeltung der bereits mit dem Entgelt gemäß § 5 HeimG vergüteten Leistungen erbracht worden, sondern beträfen Sonderleistungen. Daher geht die Rechtsprechung[46] von der widerleglichen Vermutung[47] aus, dass sämtliche Zuwendungen in Zusammenhang mit den Heimleistungen stehen.

Für die weiteren Verbotsadressaten nach § 14 Abs. 5 HeimG gilt lediglich die Ausnahme der geringwertigen Aufmerksamkeiten. Die übrigen Ausnahmen dürften für diesen Personenkreis auch ohne praktische Bedeutung sein.

Interessant ist ein Blick auf den Entwurf des Bundesrates[48] für die ursprünglich in § 12 HeimG angesiedelte Vorschrift, die zunächst eine generelle Ausnahme bei Zuwendungen zu gemeinnützigen Zwecken vorsah: Schon die Stellungnahme der Bundesregierung[49] ersetzte diese generelle Ausnahme durch eine behördliche Ausnahmegenehmigung für derartige Fälle. Dies geschah mit dem Hinweis darauf, dass auch eine Verfügung zu gemeinnützigen Zwecken unter Druck zustande kommen könne. Der Reformgesetzgeber von 1990 beseitigte daher die Gemeinnützigkeit als ausdrückliches Beispiel für eine mögliche Ausnahmegenehmigung, da diese insoweit ein untaugliches Kriterium sei.[50] Vielmehr sei entscheidend, dass mit der Genehmigungsbehörde eine „neutrale Stelle" prüfe, ob der Heimbewohner „freiwillig oder unfreiwillig" verfüge.[51] Etwas erweitert wurde dieser Ansatz in der Begründung zur Reform des Heimgesetzes von 1990, wonach die Behörde zu prüfen habe, ob der Heimbewohner freiwillig und ohne die Absicht, sich eine bessere Behandlung zu erkaufen, verfüge.[52] – Auf diesen Aspekt wird noch im Rahmen der Kriterien für die Ausnahmegenehmigung zurück zu kommen sein.

3. Rechtsfolge

Die Vorschrift des § 14 HeimG richtet sich ihrem Wesen nach nicht nur gegen die Art und Weise des Zustandekommens der entsprechenden Zuwendung, sondern inhaltlich gegen das Rechtsgeschäft als solches. Es handelt sich daher nicht um eine bloße Ordnungsvorschrift, sondern um ein echtes gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB.[53] Obwohl § 14 HeimG ein sog. einseitiges Verbot ist, das sich zum Schutz des Bewohners oder Bewerbers zunächst nur gegen den Heimträger (und die dem Verbot unterliegenden weiteren Personen gemäß § 14 Abs. 5 HeimG) richtet, führt ein Verstoß gemäß § 134 BGB zur Nichtigkeit der Verfügung, da nur so die effektive Wirksamkeit des Verbots sicher gestellt werden kann.[54]

B. Fragen der praktischen Anwendung

1. Weite Auslegung in der Rechtsprechung

Anstelle von Verfügungen zugunsten der Verbotsadressaten gemäß § 14 Abs. 5 HeimG wurde teilweise versucht, durch Zuwendungen an deren Angehörige dem Verdikt der Nichtigkeit gemäß § 14 Abs. 5 HeimG zu entgehen. Dem hat die Rechtsprechung[55] frühzeitig einen Riegel vorgeschoben, indem sie in Zuwendungen an Angehörige des Verbotsadressatenkreises eine „Umgehung" des § 14 HeimG erblickt und die Nichtigkeitswirkung gemäß § 134 BGB auf diese Fälle durch analoge Anwendung von § 14 HeimG erstreckt. Gleiches gilt für Inhaber und Organe der das Heim betreibenden juristischen Person, z. B. Gesellschafter oder Geschäftsführer[56] der Heimträger GmbH. Andererseits findet § 14 HeimG keine Anwendung, wenn der Heimträger nur mittelbar begünstigt wird, also z. B. eine Körperschaft eingesetzt wird, die nicht Träger des Heimes ist, selbst wenn dieser die Verwendung des Nachlasses zugunsten von Altenheimbetrieben zur Auflage

---

40 BGH, NJW 1990, 1603.

41 *Kunz/Butz/Wiedemann*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 12.

42 *Krahmer/Richter/Plantholz*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 13, weist sogar auf Verwaltungsrichtlinien hin, die bis zu 250 Euro im Einzelfall zulassen. Dass demnach eine ganze Kiste Champagner noch eine *geringwertige* Aufmerksamkeit sein könnte, erscheint äußerst zweifelhaft.

43 *Gitter/Schmitt*, Heimgesetz, Band 2, § 14, S. 18.

44 Diese Investitionsbeiträge sind grundsätzlich mit 4 % p. a. zu verzinsen und – soweit sie nicht mit dem Entgelt nach § 5 HeimG verrechnet wurden – zurückzugewähren, § 14 Abs. 3 HeimG.

45 § 14 Abs. 4 HeimG sieht für derartige Sicherheitsleistungen ähnliche Regelungen wie für Mietkautionen vor, insbesondere das Recht des Bewohners, die Zahlung in bis zu drei monatlichen Teilleistungen zu erbringen.

46 BGH, NJW 1990, 1603.

47 *Ziegert*, ZErb 2003, 166, 174, weist zu Recht darauf hin, dass es sich um eine echte Beweislastumkehr handelt, also der volle Beweis des Gegenteils zu erbringen und nicht – wie bei einem Anscheinsbeweis – eine Erschütterung der Tatsachengrundlage ausreichend ist.

48 BT-Drucks. 7/180, S. 4; dazu auch *Gitter/Schmitt*, Heimgesetz, Band 2, § 14, S. 5 f.

49 BT-Drucks. 7/180, S. 15.

50 BT-Drucks. 11/5120, S. 18.

51 BT-Drucks. 7/180, S. 15.

52 BT-Drucks. 11/5120, S. 18.

53 Zu den Voraussetzungen eines Verbotsgesetzes vgl. MünchKommBGB/*Armbrüster*, 5. Aufl. 2006, § 134 Rdnr. 41 ff.

54 BGH, NJW 1990, 1603; BayObLG, NJW 1992, 55, 56; siehe auch *Rossak*, ZEV 1996, 41, 42, mit Ausführungen und Nachweisen zu der anfangs vertretenen These, die Vorschrift habe überhaupt keine zivilrechtlichen Auswirkungen.

55 OLG Düsseldorf, MittBayNot 1998, 264 – Kinder des Heimleiters; BayObLG, NJW 2000, 1875 – Gesellschafter-Geschäftsführer der Betreiber-GmbH; BayObLG, NJW-RR 2001, 295, 296 f. – Vater des Heimleiters, der selbst – allerdings mehrere Jahre vor Eintritt der Erblasserin in das Heim – Heimleiter gewesen war; OLG Frankfurt am Main, NJW 2001, 1504 – Ehefrau eines Heimbediensteten (Pförtner); LG Kempten, NJOZ 2005, 1088 – Alleinvorstand einer Betreiber-AG. Einen guten Überblick zur Umgehungsproblematik liefert *Ziegert*, ZErb 2003, 166, die zu Recht darauf hinweist, dass es keines eigenen Rechtsinstituts der Umgehung bedürfe, da die Umgehungsfälle im Rahmen der (analogen) Anwendung der Vorschrift selbst einzuordnen seien.

56 BayObLG, NJW 2000, 1875.

gemacht wird.[57] Eine Auflage, die Erbschaft ausschließlich für den eigenen Heimträger zu verwenden, wird hingegen als problematisch eingestuft.[58] Ebenfalls nicht anwendbar ist die Vorschrift, wenn die die Heimimmobilie an die Betreiberin verpachtende juristische Person an der das Heim betreibenden Gesellschaft nicht beteiligt ist, selbst wenn der Erblasser irrtümlich davon ausging die Verpächterin sei auch die Betreiberin.[59] In diesem Fall kommt die Zuwendung auch nicht mittelbar dem Heimträger zugute, so dass die Schutzzwecke des § 14 HeimG nicht berührt werden.

Eine analoge Anwendung kommt demnach nur dann in Betracht, wenn sich die Zuwendung – wenn auch über den Umweg über einen Dritten – im Ergebnis als Zuwendung an den Verbotsadressaten darstellt. Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn der Dritte über die Verwendung der Zuwendung im Rahmen eines allgemeinen Zweckes frei entscheiden kann.[60] Auf eine beim Testator vorliegende Umgehungsabsicht kommt es hingegen nicht an.[61]

Zweifelhaft ist, ob eine Zuwendung an den Heimbetreiber, die nicht eine bestimmte, abgrenzbare Gruppe von Heimbewohnern begünstigen soll, sondern alle gleichermaßen, vom Verbot auszunehmen ist, da diese Spende außerhalb des Zwecks der Vorschrift steht.[62] Nachdem sich der Gesetzgeber ausdrücklich gegen die Gemeinnützigkeit als Ausnahmekriterium entschieden hat, spricht alles dafür, dass es bei Verfügung direkt an einen Verbotsadressaten auf die Frage der Gruppen- oder Gemeinnützigkeit nicht ankommen kann.[63]

Während „Umgehungsfälle“ bei Angehörigen natürlicher Personen als Verbotsadressaten bereits in Rechtsprechung und Literatur diskutiert wurden, ist die Situation bei mit dem Heimbetreiber verbundenen juristischen Personen unklar.[64] Dabei kommen Betreibergesellschaften (vor allem als GmbH oder e. V.) nicht selten vor. Ihnen nahestehende juristische Personen (insbesondere Stiftungen) werden in der Praxis – vor allem bei Verfügungen in sog. Behindertentestamenten oder durch alte Menschen – häufig als „Rettung“ vor dem bei Einsetzung der Betreibergesellschaft drohenden § 14 HeimG gesehen.[65] Insoweit wird man differenzieren müssen: Wenn die Betreibergesellschaft durch Mehrheitsbeteiligung an der begünstigten juristischen Person letztendlich selbst über die Verwendung der Zuwendung entscheiden kann, wird man eine analoge Anwendung des § 14 HeimG annehmen müssen. Gleiches dürfte gelten, wenn die natürlichen Personen „hinter“ der Betreibergesellschaft – vor allem die Vertretungsorgane und/oder die Inhaber – ggf. gemeinschaftlich in der begünstigten juristischen Person über die Zuwendung entscheiden können. Eine analoge Anwendung des § 14 HeimG kommt allerdings dann nicht mehr in Betracht, wenn die Betreibergesellschaft zwar an der begünstigten juristischen Person beteiligt ist, ihr aber die Entscheidung über die Verwendung mangels Mehrheit bei der Entscheidungsfindung nicht zusteht. Erst recht genügt nicht eine rein „ideelle“ Nähe, wie sie bei Stiftungen im Umfeld von Betreibergesellschaften häufig anzutreffen ist. Dass insoweit häufig Interessenskonflikte entstehen können, die in den Schutzbereich des § 14 HeimG fallen, reicht allein – insbesondere mit Blick auf die verfassungsrechtliche Dimension der Vorschrift (dazu sogleich) – nicht für die Anwendung der Vorschrift aus.

2. Ausnahmegenehmigung

§ 14 Abs. 6 HeimG sieht vor, dass die zuständige Behörde Ausnahmen von dem Verbot zulassen kann.

a) Zuständigkeit

Die für die Genehmigung zuständige Behörde ergibt sich nach § 23 Abs. 1 HeimG aus landesrechtlichen Bestimmungen. Für Bayern ist dies gemäß § 1 Abs. 1 BayZustVHeimG[66] die Kreisverwaltungsbehörde.

b) Leistungen noch nicht versprochen oder gewährt

Entgegen der zivilrechtlichen Terminologie steht der Begriff „Genehmigung“ anders als bei § 184 BGB nicht für eine Zustimmung im Nachhinein, sondern bezeichnet hier eine öffentlich-rechtliche Gestattung in Gestalt eines privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts, die *vor* dem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 14 HeimG einzuholen ist:[67] Dies ergibt sich seit der letzten Änderung nun auch aus dem Wortlaut der Vorschrift, die die Genehmigung nur zulässt soweit „die Leistungen noch nicht versprochen oder gewährt worden sind“. Sind durch die Zuwendung bereits vollendete Tatsachen geschaffen worden, kommt keine Gestattungswirkung mehr in Betracht – die konkrete Verfügung ist grundsätzlich nichtig.

Zur Begründung wird auf den Zweck der Vorschrift verwiesen: Ob die Verfügung die Freiheit des Verfügenden negativ beeinflusst oder zu Ungleichbehandlungen zwischen den Heimbewohnern führt, ist ex ante zu entscheiden. Die allgemeine Ansicht[68] ging daher schon bisher davon aus, dass die Genehmigung vor der jeweiligen Verfügung einzuholen ist.

Vor der Leistung bedeutet bei vertraglich gewährten Zuwendungen (einschließlich eines begünstigenden Erbvertrages mit einem Verbotsadressaten) die Einholung der Genehmigung vor Vertragsschluss. Bei einseitigen Verfügungen (insbesondere bei Testamenten oder Erbverträgen mit Personen, die nicht zu den Verbotsadressaten gehören) wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass die Genehmigung bis zum Herstellen des Einvernehmens möglich sei.[69] Das gilt auch für

---

57 BayObLG, NJW 2000, 1959, 1961 – Zuwendung an die Stadt mit der Auflage, den Nachlass für soziale und karitative Zwecke, insbesondere Altenheime, einzusetzen.

58 *Everts*, ZEV 2006, 544.

59 BayObLG, DNotZ 2003, 873, in einer sehr differenzierten Entscheidung, der auch im Ergebnis voll zuzustimmen ist.

60 BayObLG, NJW 2000, 1959, 1961; *Gitter/Schmitt*, Heimgesetz, Band 2, § 14, S. 5.

61 *Ziegert*, ZErb 2003, 166, 170.

62 In diese Richtung *Gitter/Schmitt*, Heimgesetz, Band 2, § 14, S. 15.

63 Kritisch insoweit auch *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 165.

64 *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 167 f., weist auf die Problematik hin. Siehe auch *Lingenfelser*, BWNotZ 2001, 118, 125.

65 *Limmer*, Testamentsgestaltung bei behinderten und überschuldeten Erben in K. Tiedke/Kanzleiter (Hrsg.), Erbrechtsberatung 2007 – Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht, 2007, S. 43, 76, der die Einsetzung nahestehender Stiftungen für „unproblematisch“ hält.

66 Verordnung über Zuständigkeiten nach dem Heimgesetz (ZustVHeimG) von 2001, BayRS 2170-5-2-A.

67 BVerwG, NJW 1988, 984, 985; VGH Mannheim, MittBayNot 2005, 317, 318.

68 BT-Drucks. 11/5120, S. 18; *Kunz/Butz/Wiedemann*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 26 und 29.

69 *Krahmer/Richter/Plantholz*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 26; *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 169.

den Heimbewerber[70], so dass es bei diesem nicht nur auf den Zeitpunkt des Einzuges in das Heim oder das Erreichen des Bewerberstatus ankommt, sondern auch auf den Zeitpunkt der Herstellung des Einvernehmens. Diese Ansicht ist jedenfalls insoweit überzeugend, als bis zum Herstellen des Einvernehmens die Schutzgüter des § 14 HeimG noch nicht berührt sind und eine Sachaufklärung hinsichtlich der Frage, ob die Verfügung freiwillig erfolgt, noch möglich ist.

Für den Fall, dass eine Genehmigung fälschlicher Weise erst im Nachhinein beantragt wurde und die Verfügung von Todes wegen daher trotz des Erlasses der beantragten Genehmigung nichtig ist,[71] besteht allerdings noch eine „Heilungsmöglichkeit“: Denn eine erneute inhaltsgleiche Errichtung der – zunächst unwirksam errichteten – Verfügung ist durch § 14 HeimG nicht ausgeschlossen.[72] Es empfiehlt sich aus Sicht des Verfassers dann, für die neue Verfügung sicherheitshalber eine weitere, inhaltsgleiche Genehmigung unter Offenlegung der Problematik einzuholen und nach deren Erteilung bei Beurkundung der neuen Verfügung die alte Verfügung deklaratorisch aufzuheben.

c) Prüfungsmaßstab

§ 14 HeimG gibt der Heimaufsichtsbehörde als konkrete Tatbestandvoraussetzung für die Erteilung der Genehmigung nur das Schutzbedürfnis der Bewohner des Heimes an die Hand: Prüfungsmaßstab ist also letztlich der Schutzzweck der Vorschrift.[73] Insbesondere dürfte auch darauf abzustellen sein, ob der Verfügende sein Vermögen freiwillig und ohne Druck weggibt.[74] Um dies festzustellen, wird ein Mitarbeiter der Behörde den Testator zu seinen Motiven befragen müssen[75], was *in praxi* eher selten geschieht. Dabei wird insbesondere zu berücksichtigen sein, dass in vielen Fällen Heimmitarbeiter, die den Testator über Jahre mit Hingabe gepflegt haben, die einzigen verbliebenen Bezugspersonen sind,[76] so dass für den Erblasser eine anderweitige Verfügung nicht in Betracht kommt. Auch eine langjährige Verbundenheit des Erblassers mit dem Bedachten könnte dabei Berücksichtigung finden.

Sind die Schutzgüter im Einzelfall nicht gefährdet, *kann* die Genehmigung erteilt werden. Dem Wortlaut der Vorschrift nach handelt es sich um eine Ermessenentscheidung der Genehmigungsbehörde. Bei Verfügungen von Todes wegen ist wegen des engen Bezugs zur Testierfreiheit, bei sonstigen Zuwendungen mit Blick auf die allgemeine Handlungsfreiheit davon auszugehen, dass dieses Ermessen jedenfalls dann auf Null reduziert ist, wenn ein Verstoß gegen die Schutzgüter der Vorschrift ausscheidet. In diesen Fällen besteht dann – in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift – ein Anspruch auf Genehmigung.[77] Wann ein solcher Anspruch tatsächlich besteht ist schwer vorherzusagen. Jedenfalls finden sich kaum veröffentlichte Entscheidungen zu entsprechenden Fällen.

d) Adressat der Genehmigung

Die Genehmigung richtet sich grundsätzlich an den Verbotsadressaten als Betroffenen. Dies ist der Heimträger bzw. der Heimmitarbeiter.[78]

e) Antragsberechtigung

Aus der Tatsache, dass sich das Verbot des § 14 HeimG an den Heimträger bzw. Heimmitarbeiter richtet und daher sich auch die Genehmigung an diese richtet, folgt, dass diese auch die Beteiligten i. S. d. Art. 13 VwVfG sind.[79] Selbst nach dieser – eher engen Auffassung – ist aber dem Erblasser – schon mit Blick auf Art. 14 GG – zumindest ein Antragsrecht für die Genehmigung zuzugestehen.[80] Allerdings hat dies die missliche Folge, dass der Begünstigte als Adressat der beantragten Genehmigung im Verwaltungsverfahren zu beteiligen ist und auf diese Weise spätestens hierdurch Kenntnis von der beabsichtigten Zuwendung erhalten wird. Damit wird der – zwar unsichere, aber dennoch nicht unmögliche Weg – der wirksamen „geheimen“ Verfügung endgültig zerstört.[81]

3. Handlungsalternativen

Nach den beiden aufgezeigten Varianten, eine wirksame Verfügung von Todes wegen zu errichten, also Diskretion oder vorherige Genehmigung, stellt sich schließlich die Frage, welcher Weg sich aus der Sicht des rechtlichen Beraters empfiehlt:

Zunächst ist der Sachverhalt genau auf den weiten Anwendungsbereich des § 14 HeimG hin zu analysieren. Soweit dieser eröffnet ist, ist der Erblasser über die Vorschrift und ihre einschneidende Folge (Nichtigkeit der Verfügung) umfassend aufzuklären. Ihm sind die beiden, sich gegenseitig ausschließenden Handlungsalternativen (diskretes Schweigen oder Antrag auf Genehmigung) aufzuzeigen. Dabei ist zu prüfen, ob der Weg des Schweigens überhaupt noch gangbar ist oder – wie häufig – der Verbotsadressat bereits in die Pläne des Erblassers eingeweiht ist, so dass diese Alternative von vornherein ausscheidet. Sind noch beide Wege offen, kann letztlich nur der Erblasser selbst entscheiden, ob der häufig aussichtslose Antrag auf eine Ausnahmegenehmigung gestellt und damit in Kauf genommen werden soll, dass spätestens durch die Beteiligung im Verwaltungsverfahren der Verbotsadressat von der Verfügung erfährt, oder ob der an seidenem Faden hängende Versuch der Wirksamkeit durch „eisernes Schweigen“ gewählt werden soll. In jedem Falle sollte mit dem Erblasser auch eine „Auffanglösung“ erörtert werden, also eine Ersatzerbeneinsetzung, die (nur) für den Fall des Eingreifens von § 14 HeimG gelten soll. Dabei kann es ein Ausweg sein, die Einsetzung einer ihrem Zweck nach ähnlichen, aber bundesweit und nicht in Nähe des konkreten Heimträgers operierenden Wohlfahrtsorganisation in Erwä-

---

70 Auf diese ist der Genehmigungstatbestand selbstverständlich erst recht anzuwenden, auch wenn der Gesetzgeber bei Ausdehnung der Vorschrift auf Heimbewerber es offensichtlich versäumt hat, diese auch in Abs. 6 zu berücksichtigen, vgl. *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 171.

71 Manchen Genehmigungsbehörden ist diese Problematik nicht bekannt. Sie weisen daher auf die fehlende Genehmigungswirkung nicht hin, so dass der trügerische Eindruck entstehen kann, die Verfügung sei wirksam geworden.

72 BVerfG, NJW 1998, 2964, 2965.

73 So auch *Krahmer/Richter/Plantholz*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 26.

74 *Kunz/Butz/Wiedemann*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 27; *Dubischar*, DNotZ 1993, 419, 423.

75 So auch *Petersen*, DNotZ 2000, 739, 749.

76 *Lingenfelser*, BWNotZ 2001, 118, 124.

77 *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 170; *Petersen*, DNotZ 2000, 739, 749. In diese Richtung auch *Kunz/Butz/Wiedemann*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 27; *Gitter/Schmitt*, Heimgesetz, Band 2, § 14, S. 27; *Krahmer/Richter/Plantholz*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 27, hält dies sogar für den Regelfall.

78 *Rossak*, ZEV 1991, 41, 42.

79 So *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 172.

80 So auch BVerfG, NJW 1998, 2964, 2965.

81 Darauf weist zu Recht *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 172, hin.

gung zu ziehen. Deren Einsetzung könnte dann mit der Auflage, die Zuwendung z. B. für alte Menschen/Menschen mit Behinderung im Landkreis/Regierungsbezirk X zu verwenden, verbunden werden. Um die Nähe zu einer Umgehungskonstruktion zu meiden, sollte dabei aber keinesfalls eine bestimmte (juristische) Person Begünstigter der Auflage sein. Auch die lokale Begrenzung sollte nicht zu eng gewählt werden, damit nicht faktisch nur eine Einrichtung als Begünstigter in Betracht kommt.

Formulierungsvorschlag:

Nur für den Fall, dass meine vorstehend getroffenen Verfügungen wegen Verstoßes gegen § 14 HeimG oder eine vergleichbare Nachfolgeregelung unwirksam sein sollten, treffe ich nachfolgende Ersatzregelung, die dann unbeschadet der Unwirksamkeit meiner vorstehenden Verfügungen gelten soll:

Ersatzweiser Miterbe und ersatzweiser Nacherbe soll anstelle von A dann B sein.

Im Wege der Auflage ordne ich an, dass B das ihm zugewendete Vermögen für Menschen mit Behinderung im Landkreis X einzusetzen hat.

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das in § 14 HeimG enthaltene Zuwendungsverbot muss sich in verfassungsrechtlicher Hinsicht an den Grundrechten messen lassen und darf diese nur in verhältnismäßiger Weise einschränken. Die Vorschrift greift vor allem in die allgemeine Handlungsfreiheit des Heimträgers und Heimbewohners/-bewerbers aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie in die Testierfreiheit des Heimbewohners/-bewerbers aus Art. 14 Abs. 1 GG ein.

Unstreitig verfolgt der Gesetzgeber mit den oben benannten Zwecken der Vorschrift einen angesichts der besonderen Schutzbedürftigkeit der Betroffenen anerkennenswerten, legitimen Zweck.[82] Das generelle Verbot der als problematisch eingestuften Verfügungen ist zur Erreichung des Zweckes auch ohne Weiteres geeignet.

Hinsichtlich der Erforderlichkeit könnte man an mildere Eingriffe wie z. B. Formvorschriften (notarielle Beurkundung, zwingende Abwesenheit des Begünstigten bei der Errichtung der Verfügung, zeitlicher Abstand zwischen Errichtung der Verfügung und Aufnahme in das Heim) denken. Diese sind aber dann nicht vorrangig, wenn sie nicht gleich effektiv sind, was schwer zu beurteilen ist.

Zweifelhaft ist jedenfalls das Ausmaß des Eingriffes und damit die Angemessenheit des Verbots: Wie gezeigt, erfasst die Vorschrift auch Zuwendungen (z. B. von Angehörigen an den Heimträger mit dem Motiv, einen bestimmten Bewohner zusätzlich fördern zu lassen), ohne dass diese regelmäßig ein sozialschädliches oder anderweitig zu missbilligendes Motiv enthalten. Der Testator entkommt der Nichtigkeitswirkung auch nicht, wenn er die Freiheit seiner Willensentscheidung dokumentiert.[83] Spätestens durch diese weite Auslegung seitens der Rechtsprechung verkommt der (angebliche) Schutz der Testierfreiheit zu einer Bevormundung,[84] die von der durch Art. 14 GG geschützten Testierfreiheit faktisch nichts mehr übrig lässt und jedenfalls insoweit die Testierfreiheit in unverhältnismäßiger Weise einschränkt,[85] zumal auch in diesen Fällen ein im Wortlaut der Vorschrift verankerter Anspruch auf Genehmigung fehlt.

Die Vorschrift müsste daher richtig zumindest nicht als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt, sondern als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, also einem Anspruch auf Ausnahmegenehmigung bei Erfüllen bestimmter Mindestvoraussetzungen ausgestaltet werden.[86] Bei diesen Mindestvoraussetzungen könnten dann die vorgeschlagenen verfahrensrechtlichen Anforderungen an das Zustandekommen der Verfügung Berücksichtigung finden.

Mit Blick auf den tiefen Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Testierfreiheit, ist § 14 HeimG eng auszulegen.[87] Denn Inhalt und Schranken der Testierfreiheit kann nur der Gesetzgeber selbst festlegen.[88] Dieser Grundsatz wird – wie gezeigt – durch die extensive Auslegung in Umgehungsfällen nicht immer gewahrt. Der Vorbehalt des Gesetzes wird insoweit leicht aus den Augen verloren. Zwar lag § 14 HeimG dem BVerfG bereits zur Prüfung vor. Aus dem Nichtannahmebeschluss[89] zu der damaligen Fassung, die z. B. die Verfügungen von Bewerbern noch gar nicht einbezog, auf die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit[90] der heutigen Fassung der Vorschrift schließen zu wollen[91] erscheint allerdings fragwürdig.[92] Es wäre vielmehr spannend, ob das BVerfG angesichts der unscharfen Grenzen und wuchernden Ausweitung der Vorschrift, die inzwischen gemäß § 1 Abs. 3 und 5 HeimG mittlerweile auch Kurzzeitheime und Einrichtungen der Tages- und der Nachtpflege umfasst, nunmehr nicht doch eine – zumindest in Teilen – unverhältnismäßige Beschränkung der Handlungs- und Testierfreiheit annehmen würde. Willkürlich erscheint vor allem die Aufnahme von Einrichtungen der zeitlich begrenzten Pflege, wenn andererseits ambulante Pflegedienste den Verboten nicht unterliegen, obwohl sich aufgrund der oft jahrelangen Inanspruchnahme dieser Leistungsträger in diesen Fällen eine eher größere Abhängigkeit ergeben dürfte.[93]

Vor allem aber die Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Verfügungen zugunsten von Heimbewerbern lässt die Vorschrift unverhältnismäßig erscheinen: Bei den Erwägungen zur Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift stellte das BVerfG[94] nämlich wesentlich darauf ab, dass dem Testator neben der – häufig rein theoretischen – Möglichkeit einer Ausnahmege-

---

82 So auch *Bischoff*, DÖV 1978, 201, 203.

83 Vgl. den Fall von BayObLG, NJW 2000, 1875, 1877; dazu *Petersen*, DNotZ 2000, 739, 740.

84 Vgl. auch *Dubischar*, DNotZ 1993, 419, 421.

85 Im Ergebnis auch *Bischoff*, DÖV 1978, 201, 203 f.; *Münzel*, NJW 1997, 12, nimmt sogar einen noch weiter gehenden Verstoß gegen Grundrechte und Verfassungsprinzipien an.

86 Vgl. *Bischoff*, DÖV 1978, 201, 204.

87 BGH, NJW 2000, 1959, 1961; BayObLG, NJW 1992, 55, 56; NJW 2000, 1959, 1961; LG Bonn, NJW 1999, 2977; *Kunz/Butz/Wiedemann*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 3; *Lingenfelser*, BWNotZ 2001, 118, 125.

88 BayObLG, NJW 1998, 2369, 2370; darauf weist zu Recht auch *Everts*, ZEV 2006, 544, 545, hin.

89 BVerfG, NJW 1998, 2964.

90 So auch schon BVerwG, NJW 1988, 984, 985; NJW 1990, 2268.

91 So aber *Gitter/Schmitt*, Heimgesetz, Band 2, § 14, S. 13, in einem äußerst abenteuerlichen „erst-recht-Schluss"; ähnlich jurisPK-BGB/*M. Schmidt*, 3. Aufl. 2006, § 1937 Rdnr. 28; *Limmer* in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, Rdnr. 195. Differenzierend hingegen: *G. Müller* (Fn. 5), S. 153, 157; *Everts*, ZEV 2006, 544; *Weiler*, MittBayNot 2006, 296, 300, Fn. 63.

92 Kritisch zu Recht auch *Krahmer/Richter/Plantholz*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 10.

93 *Krahmer/Richter/Plantholz*, Heimgesetz, § 14 Rdnr. 10, hält daher die Dauer der Erbringung der Pflegeleistungen für ein entscheidendes Kriterium, ob das Verbot greifen soll oder nicht.

94 NJW 1998, 2964, 2965.

nehmigung auch die Erhaltung der Testierfreiheit durch bloße Diskretion bleibt. Diese Variante steht dem Testator, der zugunsten eines Heimbewerbers verfügen möchte, aber gerade nicht offen, da nach dem Ableben des Testators das Testament eröffnet werden wird und spätestens dann der Verbotsadressat Kenntnis erhält. Ist zu diesem Zeitpunkt die Person, zu deren Gunsten verfügt wurde, noch Heimbewohner oder -bewerber, ist die Verfügung von § 14 HeimG erfasst und somit nichtig. Die Testierfreiheit ist in diesen Fällen ausschließlich durch eine – in praxi nahezu nicht zu erlangende – Ausnahmegenehmigung aufrechtzuerhalten, der letzte Wille des Erblassers verkommt zur Makulatur.[95]

D. Ausblick

Mit der Föderalismusreform ist die Gesetzgebungskompetenz für das Heimwesen durch den ausdrücklichen Ausschluss in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG („ohne das Heimrecht“) auf die Länder übergegangen. Das Bayerische Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen arbeitet bereits an einem Entwurf für ein bayerisches Heimgesetz.[96] Wie dabei mit der Vorschrift des § 14 HeimG und ihrem Regelungsbereich umgegangen werden soll, ist derzeit noch nicht absehbar, zumal sich die Diskussion bisher auf andere Themenkomplexe, vor allem die der Qualitätskontrolle, konzentriert. Vorgesehen ist z. B. die Herausnahme der Einrichtungen der Tages- und Nachtpflege aus dem Anwendungsbereich des neuen Gesetzes.

Dass § 14 HeimG nicht nur Teil des öffentlichrechtlichen Gewerberechts ist, sondern auch eine bürgerlichrechtliche Dimension hat, lässt wegen der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für das Bürgerliche Recht vorgesehenen konkurrierenden Gesetzgebung Zweifel aufkommen, ob insoweit nicht trotz der Kompetenzverlagerung für das Heimrecht dieser Bereich dem Bund zur Regelung verbleibt. Dass allein wegen des engen Sachzusammenhangs eine Kompetenz des Landesgesetzgebers kraft Sachzusammenhangs anzunehmen sein könnte, erscheint fraglich,[97] da dann die Testierfreiheit in diesem Bereich von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich geregelt werden könnte. Sollte dies tatsächlich die Intention des Gesetzgebers der Föderalismusreform gewesen sein, wäre es in jedem Falle wünschenswert, dass anlässlich einer Neuregelung der konturenarme Bewerberbegriff präzisiert, ein Anspruch auf Genehmigung geschaffen sowie die Genehmigungsvoraussetzungen präzise formuliert würden.

E. Zusammenfassung

Der Anwendungsbereich des § 14 HeimG ist aus Sicht des Gestalters von Verfügungen von Todes wegen erschreckend weit. Dabei liegt die Gefahr weniger in der fehlenden Kenntnis der Vorschrift als vielmehr in der Unterschätzung ihres (weiten) Anwendungsbereichs. Zahlreiche ungeklärte Rechtsfragen im Zusammenhang mit Verfügungen zugunsten von Bewerbern und bei sog. Umgehungsfällen, insbesondere bei Beteiligung juristischer Personen, erschweren die Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen im Umfeld von (künftigen) Heimbewohnern erheblich. Insofern bleibt richtig: „Von einigen krassen Fällen der Übervorteilung, Ausnutzung und Vernachlässigung von Heimbewohnern geleitet, verabschiedete der Gesetzgeber schnell und einmütig ein vom Misstrauen gegenüber dem Heimträger geprägtes, in der Systematik unübersichtliches und in vielen Einzelfragen unklares und lückenhaftes Gesetz.“[98]

---

95 So treffend schon *Dubischar*, DNotZ 1993, 419, 422.

96 Vgl. „Konzept zur Umsetzung der Föderalismusreform im Bereich des Heimrechts“, abrufbar unter http://www.stmas.bayern.de/pflege/heimges-pflegestammtisch.pdf (11.6.2007).

97 Gegen eine Länderkompetenz auch die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 16/4847

98 So schon *Bischoff*, DÖV 1978, 201.

Aktuelle Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht in den Jahren 2006/2007*

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

Nachdem sich die Grunderwerbsteuer in den Vorjahren aufgrund einiger innovativer Entscheidungen des BFH und zahlreicher Verwaltungserlasse als erstaunlich dynamisches Rechtsgebiet erwiesen hat, ist im Betrachtungszeitraum 2006/2007 eine gewisse Beruhigung im Bereich der Rechtsfortbildung zu verzeichnen. Gleichwohl ist auf einige wichtige BFH-Entscheidungen und Gesetzesänderungen hinzuweisen, die für die notarielle Tätigkeit von Bedeutung sind.[1]

I. Unentgeltliche Gesellschaftsanteilsübertragungen

Der BFH hat mit Hilfe einer teleologischen Interpretation den Anwendungsbereich der Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG auf unentgeltliche Anteilsübertragungen i. S. d. § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG und auf unentgeltliche Anwachsungsvorgänge i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG erstreckt.[2] Die Entscheidungen stehen im Widerspruch zur bisherigen Auf-

---

* Der Aufsatz gibt im Wesentlichen den Vortrag wieder, den der Verfasser anlässlich der 5. Jahresarbeitstagung des Notariats, einer Veranstaltung des Deutschen Anwaltsinstitutes, im September 2007 in Würzburg gehalten hat.

1 Nicht eingegangen wird in diesem Zusammenhang auf die gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 3 i. V. m. Abs. 4 GrEStG auf Organschaftsfälle vom 21.3.2007, DStR 2007, 900, da sich dieser Erlass auf sehr spezielle Gestaltungen bezieht.

2 Vgl. BFH, ZEV 2007, 43 m. Anm. *Gottwald* und BFH, ZEV 2007, 140 m. Anm. *Gottwald* = MittBayNot 2007, 435 m. Anm. *Everts*.

fassung der Finanzverwaltung, nach welcher die Befreiungsvorschrift nicht auf den Erwerb von Gesellschaftsanteilen anwendbar sein sollte.[3]

Beispiel 1 (Anwachsungsvorgang):

Onkel O und Neffe N sind zu je 50 % an einer grundbesitzhaltenden Personengesellschaft (GbR) beteiligt. O überträgt seine Anteile unentgeltlich an N.

Lösung:

Da eine Personengesellschaft mindestens aus zwei Gesellschaftern bestehen muss, kommt es durch den Erwerb sämtlicher Anteile durch N zu einem liquidationslosen Erlöschen der bisherigen GbR. Das Gesellschaftsvermögen wächst N als künftigem Alleineigentümer gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG an. Nach Ansicht der Finanzverwaltung sollte in einem derartigen Anwachsungsfall § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nicht anwendbar sein; es hätte nur eine Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 6 Abs. 2 GrEStG in Anspruch genommen werden können, so dass der Anwachsungsvorgang bei N lediglich in Höhe von 50 % (in Höhe der bisherigen Beteiligungsquote des N an der Personengesellschaft) von der Grunderwerbsteuer befreit gewesen wäre.[4] Nach der neuen Entscheidung des BFH[5] führt die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG jedoch dazu, dass die unentgeltliche Anwachsung vollständig grunderwerbsteuerbefreit ist und es somit auch nicht mehr zu einer Doppelbelastung mit Grunderwerbsteuer einerseits und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer andererseits kommt.[6]

Erfreulicherweise hatte der BFH bereits vier Wochen nach dem Anwachsungsurteil auch noch die Gelegenheit, zu unentgeltlichen Änderungen des Gesellschafterbestandes i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG Stellung zu nehmen. Das Gericht hat auch hier entgegen der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG für anwendbar erklärt, so dass es künftig bei wesentlichen Gesellschafterwechseln i. S. d. § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG ebenfalls nicht mehr zu einer Doppelbelastung mit Erbschaft- und Grunderwerbsteuer kommen wird.

Beispiel 2 (Gesellschafterwechsel):

An der grundbesitzhaltenden O-GmbH & Co. KG sind seit mehr als fünf Jahren O als alleiniger Kommanditist und die O-GmbH als Komplementärin (ohne wertmäßigen Anteil am Gesellschaftsvermögen der KG) beteiligt. Die Anteile an der Komplementär-GmbH hält O ebenfalls zu 100 %. O überträgt seinen Kommanditanteil und seinen Anteil an der Komplementär-GmbH unentgeltlich im Weg der vorweggenommenen Erbfolge auf seinen Neffen N.

Lösung:

Die Anteilsübertragung auf N stellt einen Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG dar, weil innerhalb von fünf Jahren (hier: durch eine einzige Abtretung) mindestens 95 % der Gesellschaftsanteile (hier: 100 %) übertragen werden. Während nach Auffassung der Finanzverwaltung die Steuerbefreiung aus § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nicht eingreifen sollte und der Vorgang deshalb ungemindert der Grunderwerbsteuer (und der Schenkungsteuer) unterlegen hätte,[7] kommt der BFH zu Recht zu einer vollständigen Grunderwerbsteuerbefreiung dieses Vorgangs.[8] Das Gericht begründet seine Auffassung damit, dass § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG dem Wortlaut nach zwar nur „Grundstückserwerbe“ von Todes wegen oder durch Schenkung privilegiere, nicht aber die unentgeltliche Abtretung von Gesellschaftsanteilen; da aber das Grunderwerbsteuergesetz in Folge der Gesellschaftsanteilsabtretung einen „Grundstückserwerb“ fingiere und diese Fiktion besteuere, hält es der BFH für sachgerecht, diese Wertung des Gesetzgebers auch auf die Befreiungsvorschriften zu übertragen.

Indem der BFH binnen kurzer Zeit mit zwei Entscheidungen sich dafür ausgesprochen hat, im Bereich der Personengesellschaften unentgeltliche Anteilsübertragungen zu befreien, ergibt sich für den Steuerpflichtigen im Vergleich zur bisher strengen Auffassung der Finanzverwaltung eine erhebliche Verbesserung der Rechtslage. Dies gilt sowohl bei unentgeltlichen Anwachsungsvorgängen i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG als auch bei unentgeltlichen Gesellschafterwechseln i.S.d. § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass sich diese Rechtsprechung nur bei unentgeltlichen Übertragungen auf Personen auswirkt, die mit dem Veräußerer der Anteile nicht verheiratet oder in gerader Linie verwandt sind; für Abkömmlinge und Ehegatten waren schon nach bisheriger Verwaltungs- und Rechtsprechungsmeinung die persönlichen Befreiungsvorschriften aus § 3 Nr. 4 bis 6 GrEStG anwendbar[9]. Hervorzuheben ist außerdem, dass bisher noch keine entsprechende BFH-Entscheidung zu unentgeltlichen Geschäftsanteilsabtretungen im Bereich der Kapitalgesellschaften ergangen ist. Dies bedeutet, dass beispielsweise bei unentgeltlichen Anteilsvereinigungen oder Anteilsübertragungen i. S. d. § 1 Abs. 3 GrEStG nicht geklärt ist, ob hier die Befreiungsvorschrift aus § 3 Nr. 2 GrEStG ebenfalls Anwendung findet. Die Finanzverwaltung lehnt die Anwendbarkeit bisher ab.[10] In der Literatur wird allerdings teilweise danach differenziert, ob es sich um eine Übertragung bereits vereinigter Anteile i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG oder um eine erstmalige Anteilsvereinigung, § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG, handelt.[11] Bei entsprechenden Gestaltungen im Bereich der Kapitalgesellschaften ist daher nach derzeitiger Verwaltungsansicht noch mit einer Besteuerung zu rechnen, selbst wenn die Tatbestandsverwirklichung auf einer unentgeltlichen Anteilsübertragung bzw. -vereinigung beruht.

II. Unentgeltliche Vermögensübertragungen zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung

Nach neuerer Rechtsprechung sind unentgeltliche Vermögensübertragungen zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung regelmäßig keine freigebigen Zuwendungen i. S. v. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Diese vom BFH zunächst in Rechtstreitigkeiten über Schenkungsteuerbescheide vertretene Betrachtungsweise wurde mittlerweile auch in den Entscheidungen zur Grunderwerbsteuer übernommen und weiterentwickelt.[12] Derartige

---

3 Vgl. FinMin. Baden-Württemberg vom 28.4.2005, ZEV 2005, 254; DStR 2005, 1012; kritisch hierzu *Teiche*, UVR 2005, 306.

4 Außerdem hätten zusätzlich die Voraussetzungen des § 6 Abs. 4 GrEStG erfüllt sein müssen.

5 ZEV 2007, 43.

6 Vgl. hierzu *Gottwald*, ZEV 2007, 44.

7 Vgl. FinMin. Baden-Württemberg vom 28.4.2005, ZEV 2005 254.

8 § 1 Abs. 3 GrEStG ist subsidiär zu § 1 Abs. 2 a GrEStG; dies gilt auch dann, wenn eine Steuer nach § 1 Abs. 2 a GrEStG nur in Folge einer Befreiungsvorschrift nicht erhoben wird.

9 Vgl. *Pahlke/Franz*, GrEStG, 3. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 234 m. w. N.

10 Vgl. FinMin. Baden-Württemberg vom 28.4.2005, ZEV 2005 254.

11 Vgl. *Boruttau/Sack*, Grunderwerbsteuergesetz, 16. Aufl. 2007, § 3 Rdnr. 91 b.

12 Vgl. BFH, BStBl II 2006, S. 632.

unentgeltliche Vermögensübertragungen sind daher nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Für unentgeltliche Übertragungen zwischen nichtstaatlichen (z. B. kirchlichen) Körperschaften gilt diese Rechtsprechung allerdings nicht. Dort kann es sich auch künftig um freigebige Zuwendungen handeln. Der BFH begründet seine Rechtsauffassung damit, dass aufgrund der Bindung der vollziehenden Gewalt an Recht und Gesetz, d. h. auch an die jeweils maßgeblichen haushaltsrechtlichen Vorschriften, im Regelfall anzunehmen ist, dass der Träger öffentlicher Verwaltung in Wahrnehmung der ihm obliegenden öffentlichen Aufgaben und somit nicht freigebig handelt. Nur wenn die übertragende juristische Person des öffentlichen Rechts den Rahmen ihrer Aufgaben eindeutig überschreitet, kommt eine freigebige Zuwendung in Betracht.

Beispiele:

Demgemäß ist eine unentgeltliche Grundstücksübertragung von einem Landkreis auf eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter der Landkreis ist, objektiv dann nicht freigebig, wenn der Landkreis mit der Zuwendung der Immobilie in Wahrnehmung der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben, beispielsweise der Krankenversorgung in Krankenhäusern, handelt und diese Zweckbindung der Zuwendung vertraglich absichert.[13]

In einem Urteil des BFH vom 29.3.2006[14] wurde die Freigebigkeit der Zuwendung trotz einer unentgeltlichen Vermögensübertragung durch einen Landkreis auf eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter der Landkreis war, abgelehnt. Der Landkreis als Mehrheitsgesellschafter einer gemeinnützigen Krankenhausbetreiberin hatte dieser den mit einem Krankenhausgebäude bebauten Grundbesitz unentgeltlich zugewendet. Nach Auffassung des Gerichts handelte der Kreis in Wahrnehmung der ihm obliegenden Aufgaben, denn die Sicherstellung der Krankenversorgung in Krankenhäusern stelle eine öffentliche Aufgabe dar.[15]

Diese Grundsätze erfassen auch den Fall, dass ein Grundstück unentgeltlich von einer Handwerkskammer auf eine Kreishandwerkerschaft im Beitrittsgebiet übertragen wird, da es sich bei beiden Vertragsbeteiligten um Körperschaften des öffentlichen Rechts und damit um Träger staatlicher Verwaltung handelt.[16] Die Eigentumsübertragung erfolgt im Rahmen der gesetzlich angeordneten Neuorganisation der Berufskammern im Beitrittsgebiet und damit innerhalb des Rahmens der diesen obliegenden Aufgaben.[17] Es liegt auch dann keine freigebige Grundstücksübertragung vor, wenn die öffentliche Hand eine ansonsten ihr obliegende Aufgabe auf den Grundstücksübernehmer abwälzt, also beispielsweise die Gemeinde eine Immobilie einem Träger der freien Wohlfahrtspflege überträgt mit der Verpflichtung, den bereits bisher auf dem Grundstück von der Kommune verfolgten Zweck (Kindertagesstätte) weiter zu verfolgen.[18] Ebenso ist eine freigebige Zuwendung dann auszuschließen, wenn eine Gemeinde einem freien Träger der Wohlfahrtspflege zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben unentgeltlich ein Erbbaurecht an einem Grundstück mit darauf befindlichem Senioren- und Pflegeheim bestellt.[19] In dem der Entscheidung des BFH vom 29.3.2006[20] zugrundeliegenden Fall hatte eine kreisfreie Stadt einem Träger der Wohlfahrtspflege ein Erbbaurecht an einem Grundstück mit aufstehendem Senioren- und Pflegeheim unentgeltlich bestellt; die Erwerberin hatte sich verpflichtet, das Grundstück ausschließlich für Zwecke des Senioren- und Pflegeheims zu nutzen. Das Betreiben von Alten- und Pflegeheimen zur Daseinsvorsorge gehört nach Art. 28 Abs. 2 GG zu den freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden. Die Übertragung des Grundstücks und der Sicherung der entsprechenden Zweckbindung erfolgte daher nach Auffassung des Gerichts nicht freigebig, sondern in Erfüllung der öffentlichen Aufgaben der Kommune. In allen diesen Fällen ist somit die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nicht anwendbar, so dass für den Übertragungsvorgang Grunderwerbsteuer anfällt. Sollte eine Gegenleistung nicht vorhanden oder nicht zu ermitteln sein, richtet sich die Bewertung gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrEStG nach den Werten i. S. d. § 138 Abs. 2 oder 3 BewG. Dies soll selbst dann gelten, wenn in der notariellen Grundstücksüberlassungsurkunde der Vorgang ausdrücklich als Schenkung bezeichnet worden war.

Die vorstehenden Grundsätze lassen sich demgegenüber *nicht* auf Vermögensübertragungen zwischen *nichtstaatlichen* Körperschaften untereinander anwenden.

Beispiel:

Bestellt eine Kirchengemeinde einer kirchlichen Einrichtung mit karitativer Zielsetzung – zumindest zunächst – unentgeltlich ein Erbbaurecht an einem Grundstück mit aufstehendem Alten- und Pflegeheim, so kann dies eine freigebige Zuwendung i. S. d. § 3 Nr. 2 Abs. 1 GrEStG sein.[21] Dies folgt daraus, dass die Kirchen und ihre Untergliederungen nicht dem staatlichen Haushaltsrecht unterworfen sind, sondern ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken der für alle geltenden Gesetze (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 Weimarer Reichsverfassung) ordnen und verwalten und anders als Träger öffentlicher Verwaltung nicht durch staatliches Recht gehindert sind, freigebige Zuwendungen vorzunehmen.

Unter Abkehr von ihrer bisherigen Auffassung sieht die Finanzverwaltung nunmehr die unentgeltliche Übertragung von Grundstücken durch die öffentliche Hand auf eine steuerbegünstigten Zwecken dienende Stiftung des privaten Rechts nicht mehr als freigebige Zuwendung an, so dass auch auf einen derartigen Übertragungsvorgang Grunderwerbsteuer erhoben wird.[22]

III. Grunderwerbsteuer und Immobilienleasing

Mit vier Urteilen zum Immobilienleasing hat der BFH die in der Literatur bisher überwiegend vertretene Rechtsauffassung bestätigt und die Trennungslinie zwischen grunderwerbsteuerfreier und grunderwerbsteuerbarer Vertragsgestaltung aufgezeigt.[23] Der Abschluss eines Leasingvertrages begründet nur dann eine grunderwerbsteuerlich relevante Verwertungsbefugnis des Leasingnehmers i. S. d. § 1 Abs. 2 GrEStG, wenn der Leasingnehmer nach den Vertragsbestimmungen

---

13 Vgl. BFH, BStBl II 2006, S. 557.

14 BStBl II 2006, S. 557.

15 Dies folgte im konkreten Fall aus § 1 Abs. 2 des Krankenhausgesetzes des Landes Brandenburg vom 11.5.1994, GVBl Brandenburg 2006 I, S. 106.

16 Vgl. *Boruttau/Sack*, § 3 GrEStG Rdnr. 218.

17 Vgl. bereits BFH, BStBl II 2005, S. 311 = ZEV 2005, 217.

18 Vgl. BFH/NV 2005, 57.

19 Vgl. BFH, BStBl II 2006, S. 632.

20 BStBl II 2006, S. 632.

21 Vgl. BFH, BStBl II 2006, 720.

22 Vgl. koordinierter Ländererlass vom 28.4.2004, DStR 2005, 196; zur aktuellen Rechtsprechung zu unentgeltlichen Grundstücksübertragungen vgl. ausführlich *Mack*, UVR 2006, 281.

23 Vgl. hierzu ausführlich *Gottwald*, MittBayNot 2007, 103 – zugleich Anm. zu den BFH-Urteilen vom 11.4.2006, II R 28/05 und vom 15.3.2006, II R 29/04, II R 11/05 und II R 28/04.

letztlich uneingeschränkt und beliebig über das Grundstück verfügen, also insbesondere jederzeit die Übereignung des Grundstücks herbeiführen kann. Hierdurch ist es ihm möglich, sich den etwaigen Wertzuwachs des Grundstücks zu verschaffen. Ein lediglich außerordentliches Ankaufsrecht für bestimmte Fälle reicht dagegen nicht zur Erlangung der Verwertungsbefugnis an der Substanz des Grundstücks aus. Vielmehr wird dann erst durch die Ausübung eines etwaigen Ankaufsrechts der Grunderwerbsteuertatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG verwirklicht. Allerdings ist bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den durch die Ausübung des Ankaufsrechts ausgelösten Erwerbstatbestand neben dem vereinbarten Kaufpreis unter Umständen auch der Teil des Nutzungsentgeltes (Leasingraten) als sonstige Leistung i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG zu berücksichtigen, sofern dieses Nutzungsentgelt den Rahmen der Angemessenheit und Verkehrsüblichkeit übersteigt und als Vorauszahlung auf den Kaufpreis im Zusammenhang mit dem Erwerb des Grundstücks anzusehen ist; denn für die Annahme, dass die Leasingraten auch Vorauszahlungen auf die Substanz des Leasingobjektes enthalten, spricht der Umstand, dass die Höhe des vereinbarten Nutzungsentgeltes von der Höhe der Gesamtherstellungskosten abhängig ist.[24]

IV. Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage bei Erschließungsverträgen

Überträgt eine Gemeinde die Erschließung durch öffentlichrechtlichen Vertrag gemäß § 124 Abs. 1 BauGB (Erschließungsvertrag) auf einen Dritten, darf sie bei ordnungsgemäßer Durchführung der Erschließung mangels eigener Kostentragung keinen Erschließungsbeitrag erheben. Natürlich kann auch der Erschließungsunternehmer die Kosten der von ihm aufgrund des Erschließungsvertrages zu tragenden und durchzuführenden Erschließungsmaßnahmen nicht kraft öffentlichen Abgaben- und Beitragsrechtes nach BauGB oder KAG bei den Grundstückseigentümern einfordern.

Nur wenn der *Erschließungsunternehmer zugleich auch der Eigentümer* und somit Verkäufer der erschlossenen Grundstücke ist, kann er die ihm entstandenen Kosten im Rahmen des Verkaufs der Grundstücke auf die Erwerber vertraglich abwälzen. Verpflichtet sich also der Grundstücksveräußerer gegenüber dem Erwerber im Kaufvertrag zur Grundstückserschließung, so ist bei entsprechender Auslegung des Vertrages grundsätzlich das *erschlossene* Grundstück Gegenstand des Erwerbsvorgangs. Damit gehört das vom Erwerber insoweit zu zahlende „Erschließungsentgelt“ zur Gegenleistung im grunderwerbsteuerlichen Sinne.[25] Nach einem Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 30.10.2002, welches im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangen ist, wird allerdings zusätzlich danach differenziert, ob es sich bei der vom Verkäufer übernommenen Verpflichtung, das Grundstück zu erschließen, um eine rechtlich selbständige Vereinbarung handelt oder nicht. Hat demnach der Verkäufer die Verpflichtung übernommen, das Grundstück im erschlossenen Zustand zu verschaffen, wird das Grundstück in diesem Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs mit der Folge, dass der auf die Erschließung entfallende Teil des Kaufpreises Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks ist. Hat sich dagegen der Verkäufer durch eine *weitere, rechtlich selbständige Vereinbarung* (Werkvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) neben der Grundstücksübertragung auch selbst zur Durchführung der Erschließung verpflichtet, so ist das Entgelt hierfür nicht als Gegenleistung für die Grundstücksübertragung zu behandeln, selbst wenn beide Verpflichtungen zusammen beurkundet werden. Für die rechtliche Selbständigkeit beider Verpflichtungen sprechen folgende Indizien:

- zwei selbständige Geldforderungen,
- unterschiedliche Leistungspflichten des Veräußerers,
- selbständige Fälligkeiten beider Forderungen,
- rechtliche Unabhängigkeit des Kaufvertrages von der Durchführung der Erschließung.[26]

Der letztgenannten Auffassung hat sich inzwischen auch der BFH angeschlossen. Soweit der private Erschließungsunternehmer und der verkaufende Grundstückseigentümer *nicht identisch* sind, zählen die Erschließungskosten selbst dann *nicht* zur grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage, wenn der Kaufvertrag und die Vereinbarungen zur Grundstückserschließung eine rechtliche oder tatsächliche Einheit bilden.[27] Der BFH wendet nämlich die Grundsätze zum einheitlichen Vertragswerk bzw. einheitlichen Leistungsgegenstand auf die vorliegende Fallgestaltung wegen des besonderen hoheitlichen Charakters der Erschließung nicht an. Diese Grundsätze führen in anderen Konstellationen, z. B. bei der getrennten Beurkundung von Kaufvertrag und Werkvertrag dazu, dass auch die werkvertraglichen Leistungen der Grunderwerbsteuer unterliegen.[28]

In einem weiteren vom BFH unlängst entschiedenen Fall waren der private Erschließungsunternehmer und der verkaufende Grundstückseigentümer *dieselben Personen*.[29] Im Zeit-

---

24 Vgl. auch *Bruschke*, UVR 2002, 122 zur Bemessung der Gegenleistung.

25 Nach dem Erlass vom 25.7.2002 des Finanzministeriums Baden-Württemberg, welcher im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangen ist und an die Stelle des Erlasses vom 4.9.1989 in der zuletzt durch Erlass vom 27.6.2001 geänderten Fassung tritt, wird allerdings danach differenziert, ob der Verkäufer die Verpflichtung übernommen hat, das Grundstück im erschlossenen Zustand zu verschaffen (dann zählt der auf die Erschließung entfallene Teil des Kaufpreises zur Gegenleistung) oder ob sich der Verkäufer durch eine weitere rechtlich selbständige Vereinbarung (Werkvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) neben der Grundstücksübertragung in unerschlossenem Zustand zur Durchführung der Erschließung verpflichtet hat. In letzterem Fall soll das Entgelt hierfür nicht als Gegenleistung für die Grundstücksübertragung zu behandeln sein, selbst wenn beide Verpflichtungen zusammen beurkundet werden. Vgl. DStR 2002, 1536.

26 Vgl. Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 30.10.2002, GZ 36 – S 4521–006–46222/02. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird jedoch in ihrer Pauschalität bestritten von *Grziwotz*, MittBayNot 2003, 204, der darauf hinweist, dass dann auch andere in städtebaulichen Verträgen getroffene Vereinbarungen über Kostenerstattungen, wie z. B. für die Freilegung, die Beseitigung von Bodenverunreinigungen und Altlasten, sowie die Vermessung, als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer ausscheiden müssten.

27 Vgl. BFH, DStR 2001, 1247; *Boruttau/Sack*, § 9 GrEStG Rdnr. 290, 290 a zu den Folgekosten einer Erschließung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2, Nr. 3 BauGB.

28 Über die rein zivilrechtliche Betrachtung hinaus wird der Gegenstand des Erwerbvorgangs hier um solche Vereinbarungen erweitert, welche rechtlich oder wirtschaftlich in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem eigentlichen Grundstückserwerb stehen. Zielen die Vereinbarungen auf einen einheitlichen Leistungsgegenstand, so sind sie auch dann als Einheit zu behandeln, wenn es sich um formal getrennte Verträge handelt. Die Baukosten unterliegen dann ebenfalls der Grunderwerbsteuerpflicht, vgl. BFH, BStBl II 1990, S. 181; *Pahlke/Franz*, § 9 Rdnr. 16.

29 Vgl. BFH/NV 2007, 1425.

punkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages war das Vertragsobjekt noch nicht erschlossen. Nach den vertraglichen Vereinbarungen sollte das Grundstück im vorhandenen (unerschlossenen) Zustand verkauft werden. Der Verkäufer verpflichtete sich jedoch gegenüber den Erwerbern, die Erschließung des Kaufgrundstücks nach Maßgabe eines noch zwischen ihm und der Gemeinde für das gesamte Baugebiet abzuschließenden Erschließungsvertrages durchzuführen. Im Kaufvertrag waren gesonderte Preise für das Grundstück und die künftige Erschließung ausgewiesen. Außerdem war der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt, falls der Erschließungsvertrag nach § 124 Abs. 1 BauGB mit der Stadt nicht bis zu einem bestimmten Termin rechtsverbindlich abgeschlossen wurde. In derartigen Konstellationen ist durch *Auslegung* zu ermitteln, ob das erschlossene Grundstück Gegenstand der Übereignungsverpflichtung ist oder ein unerschlossenes Grundstück. Im Hinblick darauf, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum grunderwerbsteuerrechtlich einheitlichen Erwerbsgegenstand beim Erwerb eines Grundstücks im zukünftig bebauten Zustand wegen des sich aus der öffentlich-rechtlichen Erschließungslast der Gemeinde (vgl. § 123 BauGB) ergebenden besonderen Charakters der Grundstückserschließung nicht anwendbar sind, war entscheidend, dass es sich bei der vom Verkäufer eingegangenen Verpflichtung zur Erschließung des Grundstücks um eine *eigenständige* vertragliche Verpflichtung handelte, für die eine gegenüber der Kaufpreisforderung verselbständigte Entgeltvereinbarung getroffen wurde. Auch war die Wirksamkeit des Grundstücksvertrags nicht von der vollständigen Durchführung der Erschließungsmaßnahmen abhängig; andernfalls hätte es nicht des dem Verkäufer eingeräumten Rücktrittsrechtes für den Fall bedurft, dass es nicht zum rechtsverbindlichen Abschluss des Erschließungsvertrags mit der Gemeinde bis zu einem bestimmten Zeitpunkt kommen würde. Folglich ergibt die Auslegung, dass die Erwerber ein unerschlossenes Grundstück gekauft haben.

Nach dieser BFH-Rechtsprechung ist somit in Zukunft stets zu empfehlen, dass bei Grundstückskaufverträgen in Verbindung mit Erschließungsverträgen gemäß § 124 Abs. 1 BauGB das Erschließungsentgelt stets gesondert zum Grundstückskaufpreis in der Urkunde ausgewiesen wird.

V. Grunderwerbsteuererhöhung in Berlin auf 4,5 %

Mit der Föderalismusreform wurde den Bundesländern auch die Befugnis zur Bestimmung des Steuersatzes bei der Grunderwerbsteuer übertragen. Als erstes Bundesland hat Berlin die Grunderwerbsteuer mit Wirkung zum 1.1.2007 von bisher 3,5 % auf 4,5 % erhöht.[30] Der neue Steuersatz ist auf Rechtsvorgänge anzuwenden, die ab dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes (1.1.2007) verwirklicht werden. Entscheidend ist demnach, ob im Jahr 2006 die Bindungswirkung zwischen den Vertragsparteien eintrat (dann 3,5 % Steuersatz), selbst wenn eine für die Wirksamkeit erforderliche behördliche Genehmigung erst im neuen Jahr erteilt wird. Sofern dagegen eine Nachgenehmigung bei vollmachtsloser Vertretung oder die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erst im Jahr 2007 erteilt wird, ist der Vorgang schon dem neuen Steuersatz von 4,5 % unterworfen.[31]

VI. Privilegierte Erwerbe im Rahmen einer Öffentlich Privaten Partnerschaft

In Zeiten akuter Finanznot und einer großen Zahl offener Infrastrukturprojekte steigt das Interesse der öffentlichen Hand an alternativen Finanzierungskonzepten. Vor diesem Hintergrund wird die Durchführung sog. Public Private Partnerships (PPP) bzw. Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP) verstärkt auch in Deutschland eingesetzt. Im Rahmen einer ÖPP verpflichtet sich ein privater Unternehmer – in der Regel eine Projektgesellschaft, möglicherweise künftig auch ein REIT (Real Estate Investment Trust) – gegenüber der öffentlichen Hand typischerweise dazu, eine bestimmte Investition durchzuführen und das Investitionsobjekt über einen gewissen Zeitraum zu betreiben und zu erhalten.[32]

Mit § 4 Nr. 9 GrEStG wurde deshalb eine neue Befreiungsvorschrift geschaffen, die jedoch keine generelle Freistellung von Grundstückserwerben im Rahmen von ÖPPs und keine Begünstigung gegenüber herkömmlichen Beschaffungsformen (Erwerb von Grundstücken für die Verwaltung) vorsieht. Demgemäß unterliegt der Grundstückserwerb durch den privaten Auftragnehmer auf dem Grundstücksmarkt für Zwecke von ÖPPs weiterhin der Grunderwerbsteuer. Die Befreiungsvorschrift gilt nur für Fallkonstellationen, in denen die öffentliche Hand Eigentümerin von Grundstücken ist und diese privaten Auftragnehmern im Rahmen einer ÖPP überträgt. Die Grundstücke sollen nach der Herrichtung bzw. nach der Errichtung von Gebäuden von der öffentlichen Hand für Verwaltungszwecke genutzt werden. Wesentliches Kriterium für die Befreiung ist, dass das Grundstück nach den vertraglichen Vereinbarungen am Ende der Vertragslaufzeit auf die öffentliche Hand zurückübertragen wird. Durch die Befreiungsvorschrift soll die ansonsten anfallende doppelte Grunderwerbsteuerbelastung verhindert werden. Dem Gesetzesentwurf liegt der Gedanke zugrunde, dass das Eigentum an dem Grundstück nur temporär nicht bei der öffentlichen Hand liegt. Um sicherzustellen, dass nur förderungswürdige ÖPP-Projekte von der Steuerbefreiung profitieren können, ist diese an folgende Voraussetzungen gebunden:

- das Grundstück wird dem privaten Unternehmer von der öffentlichen Hand zu Beginn des Vertragszeitraums übertragen;
- der private Übernehmer überlässt der öffentlichen Hand das Grundstück während des Vertragszeitraums zur Nutzung für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch;
- die Rückübertragung des Grundstücks an die öffentliche Hand am Ende des Vertragszeitraums ist vereinbart.

Die Vergünstigung hängt somit davon ab, dass das Grundstück für einen *öffentlichen Dienst oder Gebrauch* genutzt wird. Nach § 3 Abs. 2 GrStG ist öffentlicher Dienst oder Gebrauch die hoheitliche Tätigkeit oder der bestimmungsgemäße Gebrauch durch die Allgemeinheit. Hoheitliche Tätigkeit bedeutet die Erfüllung von Hoheitsaufgaben. Es muss sich also um Aufgaben handeln, die den juristischen Personen des öffentlichen Rechts eigentümlich und ihnen vorbehalten sind. Ein Hoheitsbetrieb liegt etwa dann vor, wenn er Leistungen erbringt, zu deren Annahme der Leistungsempfänger aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Anordnung verpflichtet ist. Keine Hoheitsbetriebe sind jedoch Kreditinstitute, Versorgungsbetriebe und Verkehrsbetriebe der öffent-

---

30 Vgl. Gesetz über die Festsetzung der Hebesätze für Realsteuern für die Kalenderjahre 2007 bis 2011 und des Steuersatzes für die Grunderwerbsteuer, GVBl Berlin 2007, S. 1172.

31 Vgl. DNotI-Gutachten, Faxabruf Nr. 13195.

32 Vgl. *Drosdzol*, KVR 2006, 21; *Boruttau/Viskorf*, § 4 GrEStG Rdnr. 75.

lichen Hand sowie andere Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.[33] Grundbesitz, der für Zwecke von Gebietskörperschaften, Personalkörperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts, für Zwecke der Bundeswehr, des polizeilichen und sonstigen Schutzdienstes oder für Zwecke eines Hoheitsbetriebs genutzt wird, dient der Erfüllung von Hoheitsaufgaben.[34] Ein bestimmungsgemäßer Gebrauch durch die Allgemeinheit liegt vor, wenn der Personenkreis, dem die Benutzung vorbehalten ist, als Öffentlichkeit angesehen werden kann. Er darf deshalb weder fest umgrenzt noch dauerhaft klein sein. Die Benutzung des Grundstücks durch die Öffentlichkeit muss grundsätzlich durch die Satzung, Widmung oder Ähnliches festgelegt sein. Für einen öffentlichen Gebrauch werden sowohl Grundstücke benutzt, die der Öffentlichkeit ohne besondere Zulassung zur bestimmungsgemäßen Nutzung zur Verfügung stehen (z. B. Straßen, Anlagen usw.), als auch Grundstücke mit Anstalten, Einrichtungen oder Ähnlichem, die der Öffentlichkeit nur nach besonderer Zulassung zur Verfügung stehen (z. B. Schulen, Sportplätze, Krankenhäuser usw.).[35]

Wurden ÖPP-Projekte bereits vor dem 8.9.2005 begonnen und Grundstücke von der öffentlichen Hand auf den privaten Partner übertragen, verbleibt es bei der Steuerpflicht für die Grundstücksübertragung zu Beginn des Projektes. Die spätere Rückübertragung des Grundstücks auf die juristische Person des öffentlichen Rechts ist jedoch bereits von der Steuer befreit. Der Steuerbefreiung steht es auch nicht entgegen, wenn an dem privaten, in der Rechtsform einer Personen- oder Kapitalgesellschaft organisierten Partner eine juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligt ist. Fraglich ist allerdings, ob mit dem in § 4 Nr. 9 GrEStG verwendeten Grundstücksbegriff nur Grundstücke i. S. d. bürgerlichen Rechts (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG) oder auch diesen grunderwerbsteuerlich gleichgestellte Rechte (§ 2 Abs. 2 GrEStG, Erbbaurechte, Gebäude auf fremdem Boden und dingliche Sondernutzungsrechte) erfasst sind. Nach herrschender Literaturauffassung ist der weite grunderwerbsteuerliche Grundstücksbegriff zugrunde zu legen, so dass die Befreiungsvorschrift auch für Erbbaurechte und Gebäude auf fremdem Boden gilt.[36]

Die Steuerbefreiung entfällt nach § 4 Nr. 9 Satz 2 GrEStG nachträglich, sofern die juristische Person des öffentlichen Rechts auf die Rückübertragung des Grundstücks verzichtet oder das Grundstück nicht mehr für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch benutzt wird.[37] Diese Regelung dient der Missbrauchsverhinderung und soll der Verschleierung „normaler", d. h. nicht befreiter Grundstücksgeschäfte der juristischen Person des öffentlichen Rechts entgegenwirken. § 4 Nr. 9 GrEStG wurde mit Wirkung vom 8.9.2005 durch Gesetz vom 1.9.2005 den bisherigen Befreiungsvorschriften angefügt.[38] Der Durchsetzung des Steueranspruchs dient die Anzeigepflicht der Beteiligten in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GrEStG.

VII. Zusammenfassung

Im Berichtszeitraum 2006 bis 2007 hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG auf unentgeltliche Anwachsungsvorgänge und unentgeltliche Gesellschafterwechsel bei Personengesellschaften ausgedehnt und sich damit – für den Steuerpflichten erfreulich – gegen die bisherige Verwaltungspraxis gestellt.

Weniger erfreulich ist die neue Rechtsprechung zu unentgeltlichen Vermögensübertragungen zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung, wonach regelmäßig keine freigebigen Zuwendungen vorliegen sollen und somit die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG ausscheidet. Anderes gilt allerdings bei nichtstaatlichen Körperschaften.

Bei Immobilienleasingfällen besteht nunmehr – in Übereinstimmung mit der bisher herrschenden Literaturansicht – eine klare Abgrenzungslinie im Hinblick auf § 1 Abs. 2 GrEStG. Auch die Rechtsprechung zur grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage bei Erschließungsverträgen hat für Rechtssicherheit gesorgt.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in Berlin den Steuersatz bei der Grunderwerbsteuer auf 4,5 % erhöht und der Bundesgesetzgeber mit § 4 Nr. 9 GrEStG eine zusätzliche Befreiungsvorschrift geschaffen, die möglicherweise bei künftigen Käufen durch REITs von Bedeutung sein könnte.[39]

---

33 Vgl. *Boruttau/Viskorf*, § 4 GrEStG Rdnr. 77.

34 Vgl. *Boruttau/Viskorf*, § 4 GrEStG Rdnr. 77.

35 Vgl. *Boruttau/Viskorf*, § 4 GrEStG Rdnr. 78.

36 Vgl. *Boruttau/Viskorf*, § 4 GrEStG Rdnr. 81.

37 Zur Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale vgl. ausführlich *Boruttau/Viskorf*, § 4 GrEStG Rdnr. 77 ff.

38 Vgl. BGBl I, S. 2676.

39 Darüber hinaus ist auf die gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zu Organschaftsfällen vom 21.3.2007 hinzuweisen, vgl. DStR 2007, 900.

Aufsätze

Neue Aufgaben für den Notar in der Schlichtung – 3. Abschnitt des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)

Von Notarassessor Dr. *Thomas Kilian*, Amberg

Nach zähem politischem Ringen ist am 18.8.2006 mit dem Gesetz zur Umsetzung der Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien ein Rechtsakt in Kraft getreten (BGBl I, S. 1897), der auf den ersten Blick keinen Bezug zur notariellen Praxis aufweist. Bedeutung für den Notar gewinnt dieses Gesetz jedoch durch die zum 1.7.2007 in Kraft getretene Änderung des Bayerischen Schlichtungsgesetzes (GVBl 2007, 343). Der Landtag hat dessen Anwendungsbereich auf Streitigkeiten über Ansprüche nach Abschnitt 3 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ausgedehnt. Der Notar kann daher seine Aufgabe als neutrale, dem Richter vorgelagerte Streitvermeidungs- und Streitschlichtungsinstanz künftig nur dann sachgerecht erfüllen, wenn er auch den Inhalt und die Auswirkungen des neuen Gleichbehandlungsrechtes kennt. Der folgende Beitrag unternimmt daher, nach einer kurzen Darstellung des Inhalts der Neuregelungen, den Versuch aufzuzeigen, mit welcher Art von Streitigkeiten der Notar künftig im Rahmen der gleichbehandlungsrechtlichen Schlichtung zu rechnen sowie welche materiell- und verfahrensrechtlichen Besonderheiten er dabei zu beachten hat.

I. Einführung

Mit dem am 18.8.2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (fortan: AGG[1]) wurden vier EG-Richtlinien umgesetzt.[2] Mit diesen Richtlinien sollen mehrere Benachteiligungsverbote mit unterschiedlichem sachlichen Anwendungsbereich etabliert werden. Damit einher geht eine nicht unerhebliche Einschränkung der Vertragsfreiheit.[3] Problematisch erscheint dies vor allem deshalb, weil es wohl infolge der unscharfen Formulierung zahlreicher Vorschriften des AGG Jahrzehnte dauern wird, bis das Ausmaß der Einschränkung verbindlich geklärt ist.[4] Dem neuen Gesetz wohnt somit ein immens hohes Streitpotenzial inne, weshalb anders als das Bayerische Staatsministerium der Justiz vorherzusehen glaubt, mit einer großen Zahl zusätzlicher Schlichtungsfälle zu rechnen ist.

1. Der Inhalt der vier Richtlinien

Den breitesten Anwendungsbereich der vier umgesetzten Richtlinien hat die Richtlinie 2000/78/EG. Sie normiert das Verbot der Benachteiligung aus sieben verschiedenen Gründen, nämlich der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung auf den Gebieten Beschäftigung, Beruf, Bildung, Sozialschutz und soziale Vergünstigungen (fortan: „Beschäftigungsrichtlinie"). Die Richtlinie 2000/43/EG knüpft dagegen nur an die Differenzierungsgründe[5] „Rasse" und „ethnische Herkunft" an. Sie gilt in den vorgenannten Gebieten und verbietet zusätzlich eine Benachteiligung bezüglich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum (fortan: „Antirassismusrichtlinie"). Die Richtlinie 2002/73/EG betrifft die Geschlechtergleichstellung im Bereich Beschäftigung und Ausbildung. Die Gleichbehandlungsrichtlinie[6] richtet sich schließlich an all diejenigen Rechtssubjekte (fortan: „Leistungsanbieter"), die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen. Anbieter solcher Leistungen müssen künftig grundsätzlich mit Mann und Frau zu denselben Bedingungen kontrahieren.

2. Die überschießende Umsetzung der Richtlinien im AGG

Der Gesetzgeber hat sich nach längeren politischen Kontroversen letztlich dagegen entschieden, die vorstehend genannten vier Richtlinien 1:1 in das deutsche Zivilrecht umzusetzen. Stattdessen hat er den breiten sachlichen Anwendungsbereich der Antirassismusrichtlinie mit dem weiten Katalog unzulässiger Anknüpfungspunkte der Beschäftigungsrichtlinie kombiniert. Zudem ist künftig eine Benachteiligung bei den der Öffentlichkeit zu Verfügung stehenden Leistungen nicht nur aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft, sondern auch aus einem anderen der in der Beschäftigungsrichtlinie genannten Gründe mit Ausnahme der Weltanschauung verboten.[7] Seine größten Auswirkungen wird das AGG im Arbeitsrecht haben; für die notarielle Tätigkeit bedeutsam und daher allein Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen ist jedoch der Einfluss des Gesetzes auf den übrigen Zivilrechtsverkehr. Nur die in diesem Bereich entstehenden Streitigkeiten wurden durch Art. 1 Nr. 4 BaySchlG der Schlichtungspflicht unterworfen.

---

1 Das AGG findet sich im Schönfelder unter der Ordnungsnummer 34 und ist auch in der soeben erschienenen 11. Aufl. (2007) des Handbuches für das Notariat unter der Ordnungsnummer 808 abgedruckt.

2 Dabei handelt es sich um die Richtlinien 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 („Antirassismusrichtlinie"), ABlEG Nr. L 180 vom 19.7.2000, S. 22; 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 („Beschäftigungsrichtlinie"), ABlEG Nr. L 303 vom 2.12.2000, S. 16; 2002/73/EG des Parlamentes und des Rates vom 23.9.2002 („Geränderungsrichtlinie"), ABlEG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S. 15 und 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 (Gleichbehandlung von Mann und Frau beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, „Gleichbehandlungsrichtlinie"), ABlEG Nr. L 373 vom 21.12.2004, S. 37. Da die Antirassismusrichtlinie bis zum 19.7.2003 und die Beschäftigungsrichtlinie bis zum 2.12.2003 umzusetzen waren, hat Deutschland seine Verpflichtung zur fristgemäßen Umsetzung verletzt, EuGH, EuZW 2005, 444; EuZW 2006, 216.

3 *Palandt/Heinrichs*, BGB, 66. Aufl., Einl. AGG Rdnr. 7; *Flohr/Ring*, Das neue Gleichbehandlungsgesetz, 2006, Rdnr. 38 ff., insb. Rdnr. 42; *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1494. Ausführlich analysiert das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gleichbehandlung *Neuner* in Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, S. 73 ff.

4 So *Palandt/Heinrichs*, Einl. AGG Rdnr. 8. Ähnlich *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577.

5 Diesen Terminus prägte, soweit ersichtlich, *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577.

6 Richtlinie 2004/113/EG des Rates.

7 *Palandt/Heinrichs*, Einl. AGG Rdnr. 4; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2578; *Flohr/Ring*, Das neue Gleichbehandlungsgesetz, Rdnr. 33 f.

II. Der potenzielle Inhalt gleichbehandlungsrechtlicher Schlichtungsverfahren

1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Frage, mit welcher Art von Streitigkeiten der Notar künftig im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens zu rechnen hat, sind daher die §§ 19 ff. AGG. Voranzustellen ist insoweit, dass das Gesetz dem Benachteiligten neben einem Anspruch auf Beseitigung (§ 21 Abs. 1 Satz 1 AGG) der Beeinträchtigung und einem Unterlassungsanspruch (§ 21 Abs. 1 Satz 2 AGG) auch einen Anspruch auf Ersatz des entstandenen materiellen und immateriellen Schadens gewährt (§ 21 Abs. 2 AGG).

2. Das „Massengeschäft" und gleichgestellte Schuldverhältnisse

Geltend machen kann diese Ansprüche zunächst gemäß § 19 Abs. 1 AGG, wer aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, wegen seines Geschlechtes, seiner Religion, seiner Behinderung, seines Alters oder seiner sexuellen Identität im Zusammenhang mit einem „Massengeschäft" (Nr. 1 Alt. 1.) oder einem Versicherungsvertrag[8] (Nr. 2) nachteilig behandelt worden ist. Den Massengeschäften gleichgestellt sind zudem Schuldverhältnisse, bei denen das Ansehen der Person zwar eine Rolle spielt, aber eine nachrangige Bedeutung hat (Nr. 1 Alt. 2).[9] Verboten ist dabei stets die Benachteiligung bei Begründung, Durchführung und Beendigung des jeweiligen Schuldverhältnisses. Als Beispiele des Massengeschäfts werden in der Literatur vor allem Verträge im Bereich der Konsumgüterwirtschaft und der standardisierten Dienstleistungen aufgeführt, wie etwa Angebote im Einzelhandel (Preisrabatt für Studenten[10]), in der Gastronomie (Seniorenteller), im Transportgewerbe, Freizeiteinrichtungen (Ladies Night[11]) und die Vermietung von Ferienwohnungen, Hotelzimmern oder Pkw per Telefon oder Internet.[12] Als dem Massengeschäft gleichgestellte Schuldverhältnisse i. S. d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AGG werden im Schrifttum Kaufverträge im Rahmen einer Internetauktion (Ebay) und verschiedene Bankgeschäfte wie z. B. Giro- und Überweisungsvertrag[13], teilweise auch der Kleinkreditvertrag[14], angesehen. Auch Wohnraummietverträge können von dieser Norm erfasst sein, gemäß § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG in der Regel allerdings nur dann, wenn der Vermieter mehr als 50 Wohnungen in seinem Bestand hat.[15]

3. Die sonstigen erfassten Schuldverhältnisse

Gemäß § 19 Abs. 2 i. V. m. § 21 AGG stehen der Beseitigungs-, der Unterlassungs- und der Schadensersatzanspruch auch demjenigen zu, der aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft im Rahmen eines Schuldverhältnisses der in § 2 Abs. 1 Nr. 5–8 AGG genannten Art benachteiligt wurde. Erfasst sind davon zunächst Verträge im Bereich des Sozialschutzes und des Gesundheitswesens (Frauenhaus-, Obdachlosenheim-, Arzt- und Krankenhausvertrag[16]) sowie Verträge über soziale Vergünstigungen und Bildungsleistungen (Volkshochschule[17]). Für das höchste Aufkommen an Schlichtungsfällen wird jedoch die Einbeziehung von Schuldverhältnissen i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG sorgen. Danach gilt das auf die Gründe der Rasse und ethnischen Herkunft beschränkte Benachteiligungsverbot auch bei Verträgen über Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, eingeschlossen Wohnraummietverträge. Nach einer in der Literatur weit verbreiteten Auffassung läuft deshalb jeder Vermieter einer Wohnung Gefahr, sich Ansprüchen nach dem AGG auszusetzen, wenn er sein Angebot öffentlich macht, d. h. wenn er in einer Tageszeitung oder im Internet inseriert.[18]

4. Die nicht erfassten Schuldverhältnisse

Ausdrücklich nicht erfasst von den neuen Benachteiligungsverboten sind gemäß § 19 Abs. 4 AGG die erb- und familienrechtlichen Schuldverhältnisse. Diese Bereichsausnahme ist nicht nur für die Bestimmung des potenziellen Inhalts künftiger Schlichtungsverfahren, sondern zugleich für die notarielle Gestaltungspraxis von größter Bedeutung. So kann in Erbverträgen, gemeinschaftlichen Testamenten und Rechtsgeschäften der vorweggenommenen Erbfolge der Begünstigte auch künftig stets ohne Bindung an das AGG frei ausgewählt und dabei auch willkürlich verfahren werden.[19] Obwohl die Bereichsausnahme anders als im AGB-Recht (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) nicht ausdrücklich das Gesellschaftsrecht einschließt, bleibt die Vertragsfreiheit auch in diesem Rechtsgebiet grundsätzlich unberührt. So wird der Eingehung eines gesellschaftsrechtlichen Schuldverhältnisses, wie z. B. dem Eintritt oder der Auswahl neuer Gesellschafter, in der Regel ein besonderes Vertrauensverhältnis im vorgenannten Sinne

---

8 Erfasst werden alle privatrechtlichen Versicherungsverträge, z. B. Schadens-, Lebens-, Kranken- und Unfallversicherung, *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 4. Insoweit ist der Anwendungsbereich des Gesetzes allerdings zeitlich beschränkt, § 33 Abs. 4 AGG. Ausführlich zum Verbot geschlechtsspezifischer Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht *Looschelders* in Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 141 ff.

9 *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 3; *Flohr/Ring*, Das neue Gleichbehandlungsgesetz, Rdnr. 348; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2579.

10 Hier kommt die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung wegen Alters in Betracht, da statistisch die weit überwiegende Zahl der Studenten jünger als 30 Jahre ist, siehe dazu auch Ziff. III.1. dieses Beitrags.

11 *Rath/Rütz*, NJW 2007, 1498, 1499.

12 *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 2, § 20 AGG Rdnr. 5; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2579.

13 *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 3. A. A. *Bauer/Göpfert/Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 19 Rdnr. 9.

14 *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 2; *Bachmann*, ZBB 2006, 257, 266. A. A. *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2579.

15 *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 3; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 19 AGG Rdnr. 10; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2579.

16 *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 2 AGG Rdnr. 37 ff.; *Flohr/Ring*, Das neue Gleichbehandlungsgesetz, Rdnr. 82; *Gaier/Wendtland*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG, § 2 Rdnr. 34.

17 *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 2 AGG Rdnr. 39; *Flohr/Ring*, Das neue Gleichbehandlungsgesetz, Rdnr. 85; *Gaier/Wendtland*, § 2 AGG Rdnr. 33.

18 *Palandt/Heinrichs*, § 2 AGG Rdnr. 9; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 2 AGG Rdnr. 42; *Gaier/Wendtland*, § 2 AGG Rdnr. 30; *Däubler/Bertzbach*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 2 Rdnr. 58; *Schrader/Schubert*, Das neue AGG – Das Gleichbehandlungsrecht in der anwaltlichen Praxis, 2006, Rdnr. 664. A. A. *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2580; *Thüsing*, NJW 2003, 3411, 3442; *Stork*, Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, 2006, S. 126, 265.

19 *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 7; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 19 AGG Rdnr. 15; *Gaier/Wendtland*, § 2 AGG Rdnr. 41.

zugrunde liegen, so dass schon deshalb kein Diskriminierungsverbot gilt.[20]

Gemäß § 19 Abs. 5 Satz 1 AGG dürfen (potenzielle) Vertragspartner darüber hinaus weiterhin willkürlich behandelt werden, wenn dem jeweiligen Schuldverhältnis ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen innewohnt. Ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis erfordert dabei eine Beziehung, die über das hinausgeht, was ohnehin jedem Schuldverhältnis an persönlichem Kontakt zugrunde liegt. Dies kann beispielsweise bei einem besonders bedeutsamen Geschäft oder bei besonders engen oder lang andauernden Vertragsverhältnissen der Fall sein.[21] Da bei Massengeschäften und Versicherungsverträgen i. S. d. § 19 Abs. 1 AGG ein solches Verhältnis schwerlich denkbar ist, ist § 19 Abs. 5 Satz 1 AGG nur Ausnahmevorschrift zu § 19 Abs. 2 AGG.[22]

5. Die Besonderheiten im Mietrecht

Besonderheiten gelten schließlich im Mietrecht. Um die Anwendbarkeit der Benachteiligungsverbote festzustellen, muss zunächst gefragt werden, ob dem Mietverhältnis ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis im vorbeschriebenen Sinne des § 19 Abs. 5 Satz 1 AGG zugrunde liegt. Dies ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen,[23] wobei § 19 Abs. 5 Satz 2 AGG beispielhaft den Fall nennt, dass sich der Wohnraum des Vermieters oder seiner Angehörigen auf demselben Grundstück befindet wie das Mietobjekt. Durch die Formulierung „kann“ stellt der Gesetzgeber klar, dass auch bei Nutzung desselben Grundstücks ein solches Näheverhältnis nicht stets bejaht werden muss, sondern nach den konkreten baulichen Umständen zu fragen ist.[24] Wird es bejaht, sind die Vorschriften des AGG auf das betroffene Mietverhältnis unanwendbar.

Weiterhin bleibt eine an das Geschlecht, die Religion, eine Behinderung, das Alter oder die sexuelle Identität anknüpfende unterschiedliche Behandlung gemäß § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG in der Regel zulässig, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen langfristig vermietet. Dasselbe gilt, wenn eine solche Differenzierung erfolgt, um eine sozial stabile Bewohnerstruktur, ausgewogene Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichene wirtschaftliche, soziale und kulturelle Verhältnisse zu schaffen oder zu erhalten, § 19 Abs. 3 AGG.[25] Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft und fehlt ein besonderes Näheverhältnis zwischen Mieter und Vermieter, ist der Anwendungsbereich des AGG jedoch stets eröffnet, da die Antirassismusrichtlinie keine entsprechenden Ausnahmen vorsieht. Dies ergibt sich aus dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung der zu weit gefassten Vorschriften des § 19 Abs. 3, 5 Satz 3 AGG.[26]

Beispiel:

V, der selbst ein Eigenheim bewohnt, sucht in einer Zeitungsannonce einen Mieter für eine von ihm als Anlageobjekt erworbene Eigentumswohnung. Über weitere Mietobjekte verfügt V nicht. In der Annonce gibt V seine E-MailAdresse an. Als ihm der Interessent T per E-Mail sein Interesse an der Wohnung bekundet, schreibt V, der nach der Namensunterschrift des T dessen türkische Abstammung zutreffender Weise vermutet, diesem zurück, er vermiete nur an Deutsche, weil er mit „Ausländern“ schlechte Erfahrungen gemacht habe.

V ist in diesem Fall zwar nicht gemäß § 19 Abs. 1 AGG gleichbehandlungsrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt, da er nur über eine Mietwohnung verfügt und es daher an einem Massengeschäft oder gleichgestelltem Schuldverhältnis mangelt. Dafür greift nach der herrschenden Meinung § 19 Abs. 2 AGG ein, weil V seinen Mieter per Annonce, d. h. öffentlich, gesucht hat und T Tatsachen darlegen und beweisen kann, die eine Benachteiligung bei der Wohnungsvergabe wegen seiner ethnischen Herkunft vermuten lassen. Dass V keine weiteren Wohnungen zur Miete anbieten kann, ist nach einer weit verbreiteten Auffassung im Schrifttum irrelevant. Da es an einem Nähe- oder Vertrauensverhältnis zwischen V und T fehlt, ist eine benachteiligende Entscheidung bei der Begründung des Mietverhältnisses nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unzulässig. V setzt sich mit seinem Verhalten daher dem gesamten Anspruchsspektrum des § 21 AGG aus. Verlangt T von V Ersatz immateriellen Schadens in Höhe von bis zu 5.000 Euro,[27] ist wegen der amtsgerichtlichen Zuständigkeit zunächst ein Schlichtungsverfahren durchzuführen.

6. Zwischenergebnis

Die vorstehende Analyse der neuen Vorschriften zeigt, dass in künftigen Schlichtungsverfahren grundsätzlich mit dem Aufkommen einer unüberschaubar weit gefächerten Art verschiedener Streitfragen zu rechnen ist. Überdies weist keine dieser Fragen einen inhaltlichen Bezug zur „herkömmlichen“ notariellen Tätigkeit auf. Die Erstreckung des Bayerischen Schlichtungsgesetzes auf gleichbehandlungsrechtliche Fragen sollte daher überdacht werden.[28]

III. Die materiellrechtlichen Besonderheiten des neuen Gleichbehandlungsrechtes

Im Rahmen des Schlichtungsverfahrens sieht sich der Notar häufig Fragen der Parteien zur materiellen Rechtslage im Hinblick auf den Streitgegenstand ausgesetzt. Im Folgenden wird überblicksartig auf die wichtigsten Besonderheiten des neuen Gleichbehandlungsrechts hingewiesen, um eine Beantwortung entsprechender Fragen zu ermöglichen.

---

20 *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 8. Für die Beteiligung an einer Publikums-Kapitalgesellschaft bejahend: *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 19 AGG Rdnr. 19.

21 *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 8; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 19 AGG Rdnr. 19; *Gaier/Wendtland*, § 2 AGG Rdnr. 45 ff.

22 *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 8.

23 *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 19 AGG Rdnr. 20; *Gaier/Wendtland*, § 2 AGG Rdnr. 45 ff. Ungenau *Flohr/Ring*, Das neue Gleichbehandlungsgesetz, Rdnr. 388.

24 *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 8; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 19 AGG Rdnr. 20; *Gaier/Wendtland*, § 2 AGG Rdnr. 48; *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1490.

25 *Riesenhuber* in Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 138, spricht in diesem Zusammenhang von „Ethnischer Durchmischung“ und „Anti-Ghettoisierung“.

26 *Palandt/Grüneberg*, § 19 AGG Rdnr. 3, 6; *Gaier/Wendtland*, § 3 AGG Rdnr. 127; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2580 f.

27 Das Bestehen eines Anspruchs auf Ersatz materiellen Schadens ist ebenfalls denkbar, wird jedoch in der Praxis in den seltensten Fällen gegeben sein.

28 Der Bayerische Landtag hat das Bayerische Staatsministerium der Jutiz um eine Evaluation der Ergänzung des Schlichtungsgesetzes gebeten. Zu diesem Zweck hat das Ministerium einen Fragebogen erstellt, der im Fachanwenderbereich von www.notare.bayern.de heruntergeladen werden kann. Er enthält auch ein Feld, in welchem sich der schlichtende Notar über die Schlichtungsgeeignetheit der AGG-Streitigkeiten äußern kann.

1. Das Verbot mittelbarer Benachteiligung

Zu betonen ist zunächst, dass im soeben beschriebenen Anwendungsbereich nicht allein die unmittelbare Benachteiligung, d. h. ein direktes Anknüpfen an die in § 19 Abs. 1 AGG genannten Differenzierungsgründe, untersagt ist. Erfasst ist vom Verbot vielmehr auch die mittelbare Diskriminierung i. S. d. § 3 Abs. 2 AGG. Daher dürfen im Vorfeld bzw. im Rahmen der geschützten Schuldverhältnisse auch keine ihrem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren angewandt werden, die Personen wegen eines der unzulässigen Differenzierungsgründe gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Um sich auf das Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung berufen zu können, muss der Anspruchsteller grundsätzlich durch statistisches Material nachweisen, dass die Regelung Personen, die durch die verbotenen Unterscheidungsmerkmale gekennzeichnet sind, stärker beeinträchtigt als andere.[29]

Beispiel:

Ein Kreditinstitut reicht Darlehen nur an solche Kunden aus, die bei Stellung des Darlehensantrags ein polizeiliches Führungszeugnis vorlegen können.[30]

Das Verfahren der Kreditvergabe scheint hier auf den ersten Blick neutral gestaltet zu sein. Tatsächlich scheiden jedoch durch das Erfordernis des Führungszeugnisses alle nicht in Deutschland ansässigen Antragsteller als Darlehensnehmer aus. Die Regelung wirkt somit mittelbar benachteiligend für Ausländer.[31]

2. Die Rechtfertigung unterschiedlicher Behandlungen wegen eines der in § 19 Abs. 1, 2 AGG genannten Gründe, § 20 AGG

Nicht jede an die in § 19 Abs. 1, 2 AGG genannten Merkmale anknüpfende Ungleichbehandlung ermöglicht die Geltendmachung von Ansprüchen i. S. d. § 21 AGG. Dies ist nur dann stets der Fall, wenn aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft benachteiligt wird und ein Nähe- oder Vertrauensverhältnis (§ 19 Abs. 5 Satz 1 AGG) fehlt. Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts lässt sich dagegen rechtfertigen, wenn für sie ein sachlicher Grund vorliegt, § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG. Eine beispielhafte Aufzählung solcher sachlicher Gründe enthält § 20 Abs. 1 Satz 2 AGG. Wie die Verwendung der Formulierung „insbesondere“ zeigt, ist dieser Katalog nicht abschließend. Bemerkenswert ist zudem, dass das Vorliegen eines der aufgezählten Gründe nicht per se zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung führt. Die Verwendung des Wortes „kann“ im Gesetzestext erfordert vielmehr eine wertende Betrachtung in jedem Einzelfall,[32] was zusätzliches Streitpotenzial in eine gleichbehandlungsrechtliche Auseinandersetzung hineinträgt.[33] Für eine unterschiedliche Behandlung im Versicherungsrecht hält § 20 Abs. 2 AGG spezielle Rechtfertigungsgründe bereit, wenn der Versicherer seine Kalkulation durch statistische Risikoerhebungen untermauern kann.[34]

3. Vertretenmüssen, Entschädigungshöhe, Kontrahierungszwang und Ausschlussfrist

Wie bereits erwähnt, gewährt § 21 Abs. 1, 2 AGG dem ungerechtfertigt Benachteiligten neben einem Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch auch einen Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens. Interessant ist in diesem Zusammenhang vor allem die in § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG geregelte Pflicht des Leistungsanbieters, eine angemessene Entschädigung wegen eines immateriellen Schadens (§ 253 Abs. 1 BGB) zu zahlen. Die herrschende Meinung in der Literatur geht wegen der Stellung der Anspruchsgrundlage in Absatz 2 Satz 3 der Norm davon aus, dass das Vertretenmüssen des Leistungsanbieters, anders als für den Anspruch auf Ersatz materiellen Schadens gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 AGG, keine Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch ist.[35] Der materielle Schadensersatz entfällt daher, wenn dem Beklagten der Entlastungsbeweis gemäß § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG gelingt, das „Schmerzensgeld wegen Benachteiligung“ ist dagegen verschuldensunabhängig zu gewähren.

Während für den arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich des neuen Gesetzes in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG zumindest eine Obergrenze („drei Monatsgehälter“) angegeben ist, enthält das Gesetz bezüglich des immateriellen Schadensersatzes für eine Benachteiligung im sonstigen Zivilrechtsverkehr keinerlei Vorgaben. Da die Entschädigung der Genugtuung des Opfers dient,[36] muss bei der Bemessung Bedeutung und Tragweite des Eingriffs sowie Anlass und Beweggrund des Leistungsanbieters eine entscheidende Rolle spielen. Bloß symbolische Geldentschädigungen werden in der Regel unzureichend sein, da die dem Gesetz zugrunde liegenden europäischen Richtlinien eine „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktion der Benachteiligung fordern.[37]

Häufig wird im Schlichtungsverfahren zudem die Frage aufkommen, ob als Beseitigung der Beeinträchtigung (§ 21 Abs. 1 Satz 1 AGG) oder als Schadensersatz (§ 21 Abs. 2 Satz 1 AGG) der Abschluss des gewünschten Vertrages verlangt werden kann, wenn die unzulässige Benachteiligung gerade in der Weigerung des Leistungsanbieters bestand, mit dem Anspruchsteller zu kontrahieren. Das AGG ordnet selbst keinen solchen Kontrahierungszwang an.[38] Damit kann ein An-

---

29 *Palandt/Heinrichs*, § 3 AGG Rdnr. 3; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 19 AGG Rdnr. 26; *Gaier/Wendtland*, § 2 AGG Rdnr. 83.

30 Beispiel aus *Gaier/Wendtland*, § 2 AGG Rdnr. 83.

31 So *Gaier/Wendtland*, § 2 AGG Rdnr. 83, die jedoch zugleich darauf hinweisen, dass die Forderung nach dem polizeilichen Führungszeugnis vom Diskriminierungsverbot ausgenommen sein kann, wenn sich das Kreditinstitut ausschließlich gegen Forderungsausfall absichern will, § 3 Abs. 2 AGG.

32 *Palandt/Grüneberg*, § 20 AGG Rdnr. 2; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2581; *Flohr/Ring*, Das neue Gleichbehandlungsgesetz, Rdnr. 403.

33 *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2581.

34 *Palandt/Grüneberg*, § 20 AGG Rdnr. 8 f.; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2581; *Armbrüster*, VersR 2006, 1297, 1300. Ausführlich zu den Hintergründen *Looschelders* in Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 141 ff.

35 *Däubler/Bertzbach*, § 21 AGG Rdnr. 57; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 21 AGG Rdnr. 12; *Busche* in Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 176; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2581. A. A. *Palandt/Grüneberg*, § 21 AGG Rdnr. 6; *Schrader/Schubert*, Das neue AGG – Das Gleichbehandlungsrecht in der anwaltlichen Praxis, Rdnr. 692; *Armbrüster*, VersR 2006, 1297, 1303.

36 BT-Drucks. 16/1780, S. 46.

37 *Palandt/Grüneberg*, § 21 AGG Rdnr. 6; *Gaier/Wendtland*, § 4 AGG Rdnr. 238; *Schrader/Schubert*, Das neue AGG – Das Gleichbehandlungsrecht in der anwaltlichen Praxis, Rdnr. 693.

38 *Palandt/Grüneberg*, § 21 AGG Rdnr. 7; *Armbrüster*, NJW 2007, 1494, 1498; *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1493.

spruch auf Abschluss des gewünschten Vertrages nur aus den allgemeinen Grundsätzen der Naturalrestitution hergeleitet werden.[39] Denn das AGG schließt, anders als in seinem arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich (vgl. § 15 Abs. 6 AGG), bei Benachteiligungen im allgemeinen Zivilrechtsverkehr einen solchen Anspruch auch nicht ausdrücklich aus.[40] Zu beachten sind allerdings die engen Voraussetzungen eines aus dem Grundsatz der Naturalrestitution hergeleiteten Abschlussanspruchs. Er besteht nur dann, wenn der Benachteiligte die gewünschte Leistung nicht anderweitig erwerben kann, der Anbieter sie noch verfügbar hat und der Vertragsschluss ohne den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot zustande gekommen wäre.[41] Damit wird der Kontrahierungszwang im Bereich des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs auch bei einem Verstoß gegen das AGG die absolute Ausnahme bleiben.

Schließlich sei noch auf eine letzte materiellrechtliche Besonderheit des neuen Gleichbehandlungsrechts hingewiesen: Die Geltendmachung der Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz muss innerhalb einer zweimonatigen Ausschlussfrist erfolgen, deren Lauf mit der jeweiligen Anspruchsentstehung beginnt.[42] Anders als im arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich des Gesetzes (vgl. § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG) kann die Frist durch eine formlose[43] Erklärung des Anspruchsinhabers und daher auch durch die notarielle Übersendung des Schlichtungsantrags an den Leistungsanbieter gewahrt werden. Zur Vermeidung von Haftungsfällen empfiehlt es sich daher, den Zeitpunkt des Eingangs des Antrags und den seiner Übersendung an den Antragsgegner im Schlichtungsakt genau zu dokumentieren.[44]

IV. Die verfahrensrechtlichen Besonderheiten des neuen Gleichbehandlungsrechtes

Zu den Aufgaben des Notars gehört es zwar regelmäßig nicht, die Parteien über die Ausgestaltung des von ihnen in Aussicht genommenen Gerichtsverfahrens und die darin bestehenden Erfolgsaussichten aufzuklären. Der Schlichter sollte vielmehr, um die Chancen auf eine Einigung zu erhöhen, eher Fragen stellen, als seine eigene Einschätzung davon bekannt zu geben, wie ein Gericht oder er selbst entscheiden würde.[45] Seine eigene Auffassung über ein zu erwartendes Urteil sollte der Notar allenfalls in einem späten Stadium der Verhandlungen oder dann offenbaren, wenn die Schlichtung infolge einer evident falschen Rechtsansicht eines Beteiligten zu scheitern droht.[46] Eine solche Verhandlungsstrategie setzt jedoch zumindest ein Basiswissen um die verfahrensrechtlichen Besonderheiten der Geltendmachung gleichbehandlungsrechtlicher Ansprüche voraus. Diese Besonderheiten werden deshalb im nachfolgenden Abschnitt dieses Beitrags skizziert. Zudem wird auf die ggf. schon im Schlichtungsverfahren relevante Möglichkeit des Benachteiligten hingewiesen, sich eines Antidiskriminierungsverbandes als Prozessbeistand zu bedienen sowie die neu geschaffene Antidiskriminierungsstelle des Bundes um Hilfe zu ersuchen.

1. Die Beweislast bei Geltendmachung eines Anspruchs gemäß § 21 AGG

Eine erste Besonderheit enthält das AGG im Hinblick auf den Beweis der behaupteten Tatsachen im gerichtlichen Verfahren. Das Gesetz etabliert in seinem § 22 nämlich eine abgestufte Beweislast für die Geltendmachung gleichbehandlungsrechtlicher Ansprüche.[47] Der Anspruchsteller muss zwar nachweisen, dass er gegenüber einer anderen Person ungünstig behandelt worden ist. Im Übrigen genügt es jedoch, wenn er Indizien (d. h. Vermutungstatsachen) beweist, die eine Benachteiligung i. S. d. § 3 AGG aus einem der in § 19 Abs. 1, 2 AGG aufgeführten Gründe nahe legt. Hierfür soll wegen des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Wahrheit solcher Tatsachenbehauptungen genügen. Somit führt § 22 AGG zu einer partiellen Absenkung des Beweismaßes.[48]

Ist der Anspruchsteller den vorgenannten Voraussetzungen gerecht geworden, obliegt es dem beklagten Leistungsanbieter, entweder die Indizeignung der bewiesenen Tatsachen zu widerlegen,[49] die Einschlägigkeit einer Bereichsausnahme oder das Bestehen eines Rechtfertigungsgrundes für die Benachteiligung zu beweisen.[50] Man kann daher mit Recht davon sprechen, dass § 22 AGG die prozessuale Beweislast nach Verantwortungsbereichen aufteilt.[51]

2. Die Möglichkeit der Beistandschaft von Antidiskriminierungsverbänden

§ 23 Abs. 2 Satz 1 AGG erlaubt in Ausnahme zu § 157 ZPO auch nichtanwaltlichen Vertretern eines sog. Antidiskriminierungsverbandes i. S. d. § 23 Abs. 1 AGG[52] vor dem Amtsgericht als Beistand des Benachteiligten i. S. d. § 90 ZPO aufzutreten. Widerspricht bzw. berichtigt der Anspruchsteller nicht sofort, gilt der Vortrag des Beistandes als Vortrag der Partei. Ein Auftritt als Bevollmächtigter i. S. d. § 79 ZPO ist den Antidiskriminierungsverbänden dagegen nicht erlaubt.[53] Auch der schlichtende Notar muss damit rechnen, dass ein Vertreter eines Antidiskriminierungsverbandes die Teilnahme an der

---

39 *Palandt/Grüneberg*, § 21 AGG Rdnr. 7; *Gaier/Wendtland*, § 4 AGG Rdnr. 208; *Däubler/Bertzbach*, § 21 AGG Rdnr. 75; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582. A. A. *Armbrüster*, NJW 2007, 1494, 1497.

40 *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 21 AGG Rdnr. 6; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21, 22.

41 *Palandt/Grüneberg*, § 21 AGG Rdnr. 7, *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1494.

42 *Palandt/Grüneberg*, § 21 AGG Rdnr. 8; *Gaier/Wendtland*, § 4 AGG Rdnr. 247; *Däubler/Bertzbach*, § 21 AGG Rdnr. 102.

43 *Palandt/Grüneberg*, § 21 AGG Rdnr. 8; *Gaier/Wendtland*, § 4 AGG Rdnr. 250.

44 Dies gilt vor allem deshalb, weil das AGG einen dem § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB vergleichbaren Hemmungstatbestand nicht kennt. § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB gilt nur für Verjährungs-, nicht jedoch für Ausschlussfristen.

45 *Walz*, MittBayNot, Sonderheft zu Ausgabe 4/2000, 32, 35.

46 *Walz*, MittBayNot, Sonderheft zu Ausgabe 4/2000, 32, 35.

47 *Palandt/Grüneberg*, § 22 AGG Rdnr. 1, *Gaier/Wendtland*, § 3 AGG Rdnr. 133 ff.

48 *Palandt/Grüneberg*, § 22 AGG Rdnr. 2; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582; *Gaier/Wendtland*, § 3 AGG Rdnr. 149.

49 *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582.

50 *Palandt/Grüneberg*, § 22 AGG Rdnr. 3; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582.

51 So *Palandt/Grüneberg*, § 22 AGG Rdnr. 1.

52 Ein Antidiskriminierungsverband ist danach ein Zusammenschluss von mindestens 75 Personen, die dauerhaft und nicht gewerbsmäßig satzungsgemäß die Interessen benachteiligter Personen i. S. d. § 1 AGG wahrnehmen. Rechtsfähigkeit und Mindestdauer des Verbandsbestehens sind anders als in § 4 Abs. 2 Satz 1 UKlaG nicht erforderlich. Auch Dachverbände können selbst Antidiskriminierungsverbände sein. Vgl. dazu *Palandt/Weidenkaff*, § 23 AGG Rdnr. 2.

53 *Palandt/Weidenkaff*, § 23 AGG Rdnr. 2; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582.

Schlichtungsverhandlung wünscht. Fraglich ist, ob er diesem Begehren entsprechen muss. Soweit ersichtlich wurde dies in der bisher erschienenen Literatur noch nicht erörtert. Für eine Zulassungspflicht spricht § 278 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Nach dieser Norm ist das Schlichtungsverfahren nicht nur ein reines Vorverfahren, sondern integraler Bestandteil des Gerichtsverfahrens. Folgt man dieser Sichtweise, wird auch der Notar einen teilnahmewilligen Vertreter eines Antidiskriminierungsverbandes nicht von der Verhandlung am Beurkundungstisch ausschließen dürfen.[54]

3. Die neu geschaffene Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Die §§ 25 ff. AGG etablieren schließlich eine neue Behörde, die sog. Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Diese soll benachteiligte Personengruppen beraten und ihnen bei der Durchsetzung ihrer gleichbehandlungsrechtlichen Ansprüche behilflich sein. Scheitert eine Einigung der Streitparteien im Schlichtungsverfahren, sollte der Notar, bei Wahrung der gebotenen Neutralität, den Anspruchsteller auf die Existenz dieser Anlaufstelle und deren Hilfsangebote hinweisen.[55]

V. Zusammenfassung

Die vorstehende Abhandlung zeigt, dass mit der Einführung des AGG ein tiefer Eingriff in verschiedene Kernmaterien des Zivilrechts einhergeht. Der Notar muss daher mit seiner Inanspruchnahme als Schlichter künftig in einer rechtlich viel breiter gefächerten Art von Streitigkeiten als bisher rechnen. Erschwert wird das Schlichtungsverfahren durch zahlreiche materiell- und verfahrensrechtliche Besonderheiten des neuen Gleichbehandlungsrechts. Leider weist keines der vom AGG betroffenen Rechtsgebiete einen Bezug zur herkömmlichen notariellen Tätigkeit auf. Da eine Schlichtung aber vertiefte Kenntnisse in dem streitigen Rechtsgebiet voraussetzt, werden die Notare die ihnen nunmehr übertragenen Aufgaben nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erfüllen können. Die vom Bayerischen Landtag angeordnete Evaluation wird zeigen, ob unter Aufgabe der Erweiterung des Bayerischen Schlichtungsgesetzes wieder zum alten Rechtszustand im Schlichtungsrecht zurückgekehrt werden sollte.

54 Befürchtet wird ein Missbrauch dieser Regelung durch die Verbände, welche vermeintlichen Diskriminierungsopfern ein Gefühl der Diskriminierung vermitteln könnten, um mit Bündeln von Klagen aus ggf. abgetretenem Recht Druck auf Unternehmen ausüben zu können, *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582 f.

55 Ausführlich zu den Aufgaben und Befugnissen der Antidiskriminierungsstelle *Flohr/Ring*, Das neue Gleichbehandlungsgesetz, Rdnr. 517 ff.

Strukturmerkmale des Erbrechts – historisch betrachtet – zugleich eine Besprechung von Beckert: Unverdientes Vermögen. Soziologie des Erbrechts[1]

Von Notar Dr. *Michael Kleensang*, M. A., Pulheim

1. Einleitung

Die „Renaissance" des Erbrechts[2] hat mittlerweile auch eine Renaissance seiner Grundlagenfragen nach sich gezogen. Noch vor einigen Jahren standen diese Grundlagenfragen weitgehend außerhalb des Interesses, während das Erbrecht selbst – entgegen manch früheren Prognosen – schon aufgrund des Umfangs des zu vererbenden Vermögens nach allgemeinem Urteil stark an Relevanz gewonnen hat. Die jüngsten Entscheidungen des BVerfG zum Erbrecht[3] und zum Erbschaftsteuerrecht[4] und die durch sie angefachten Diskussionen[5], ferner die gegenwärtig vom Bundesjustizministerium vorbereitete Erbrechtsreform, die sich auf das Pflichtteilsrecht konzentriert[6] – und ihrerseits wiederum unter kritischer Beobachtung des BVerfG steht[7] –, schließlich die anstehende Reform der Erbschaftsteuer machen aber nunmehr die Bedeutung auch dieser Grundlagenfragen deutlich. Der Kautelarjurist kann sich diesen nicht entziehen – nicht nur deshalb, was selbstverständlich ist, weil durch Entscheidungen des BVerfG und des Gesetzgebers der Bereich strukturiert wird, in dem sich die Vertragsgestaltung zu bewegen hat. Es geht vielmehr vor allem um Wertungen, die diese Entscheidungen präjudizieren und die ihrerseits einer kritischen Reflexion, gerade auch aus der Sicht der Vertragspraxis, bedürfen, und zwar schon deswegen, weil der im Erbrecht gestaltende Jurist noch vor dem Richter diesen Rechtsstoff in erster Linie zu vermitteln hat.

Wie schnell Grundlagenfragen im Übrigen auch schon im Bereich der Rechtsprechung relevant werden und wie schnell der Bereich „bloßer" Gesetzesanwendung verlassen ist, haben nicht zuletzt die genannten Urteile des BVerfG gezeigt. So ist man beim Erbrecht als Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1

1 Campus Verlag, 2004. 423 S., 27,90 €.

2 *Schiemann*, ZEV 1995, 197.

3 DNotZ 2004, 798 („Hohenzollern") und MittBayNot 2006, 512 („Pflichtteilsrecht").

4 ZEV 2007, 76 = MittBayNot 2007, 161 m. Anm. *Wälzholz*.

5 Zum Hohenzollernurteil insb. *Gutmann*, NJW 2005, 2347; *Isensee*, DNotZ 2004, 754; *Otte*, ZEV 2004, 393; *Scheuren-Brandes*, ZEV 2005, 185. Zur Pflichtteilsentscheidung *Lange*, Zerb 2005, 205; *Kleensang*, DNotZ 2005, 509; *ders.* ZEV 2005, 277; *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441; *Otte*, JZ 2005, 1007; *Schöpflin*, FamRZ 2005, 2025; *Stüber*, NJW 2005, 2122. Zum Erbschaftsteuerurteil kritisch insbesondere *Wälzholz*, Zerb 2007, 111, der launig konstatiert, in der heutigen politischen Landschaft gehöre es „zur obersten Pflicht der Politik, jede Entscheidung des Bundespräsidenten und jede Entscheidung des BVerfG mit Beifall zu begrüßen".

6 Vgl. *Lange*, DNotZ 2007, 84; *Wiegand*, DNotZ 2007, 97.

7 Vgl. FAZ vom 16.3.2007.

Satz 1 GG umgehend bei den „Strukturmerkmalen“ bzw. den „tradierten Kernelementen“ des deutschen Erbrechts[8] und damit bei (rechts-)geschichtlichen Fragen.[9] Das von *J. Mayer* angesprochene Problem, inwieweit ein solcher historischer Rückgriff – wenn er denn korrekt vorgenommen wird – überhaupt legitim ist und seinerseits eine Rückbindung an Wertungen des Grundgesetzes bedarf, hat bisher noch keine nähere Diskussion, geschweige denn eine befriedigende Lösung gefunden.[10] Umso relevanter erscheint daher eine Untersuchung, die in vergleichender Perspektive analysiert, wie solche Strukturmerkmale in verschiedenen Rechtsordnungen zur Entstehung gelangen und die insbesondere auch Wertungen offenlegt, die diesen Strukturmerkmalen zugrundeliegen.

Der Soziologe *Beckert* hat für die Länder USA, Frankreich und Deutschland eine solche Arbeit vorgelegt, welche im Anschluss an *Max Weber* „verstehend erklären“ soll, wie sich das Erbrecht entwickelte und weshalb bis heute Differenzen zwischen den Rechtssystemen bestehen, und zwar unter der Prämisse, dass die in diesen diskursiven Feldern zum Ausdruck kommenden Begründungsordnungen die jeweiligen Erbrechtsentwicklungen nicht allein erklären, aber doch neben anderen Faktoren Einfluss auf die Erbrechtsentwicklung gehabt haben.[11] Im Bereich des Pflichtteilsrechts ist der Soziologe *Beckert* übrigens kürzlich mit dem radikalen Vorschlag einer grundsätzlichen Abschaffung hervorgetreten.[12]

Beckert macht zunächst deutlich, dass die Konfliktlinien der Erbrechtsdiskurse sich entlang der Frage strukturieren, welche Eingriffe in das Eigentum jeweils für legitim gehalten werden. Dieser Aspekt kommt in der gegenwärtigen Diskussion um das Erbrecht vielleicht etwas zu kurz, ist aber, blickt man nur auf die enge Verflechtung beider Bereiche allein im deutschen Diskurs des 19. Jahrhunderts, von grundlegender Bedeutung. Typologisch spricht *Beckert* von einem „individualistisch-meritokratischen“ (USA), einem „familiär-sozialen“ (Deutschland) und einem „egalitär-familiären“ (Frankreich) Eigentumsverständnis, das den jeweiligen Erbrechtsdiskurs inhaltlich determiniert. In ein „Rechts-Links-Schema“ lassen sich die jeweiligen Diskurse aber nicht ohne Weiteres einordnen, wird doch z. B. die Testierfreiheit sowohl (negativ) als Vordringen eines familienfeindlichen Individualismus (so vornehmlich in Deutschland) oder aber umgekehrt als Schutz der Familie (so vorwiegend in Frankreich) gedeutet. Da es sich um länderbezogene typologische Einordnungen handelt, finden sich etwa die genannten Argumente auch innerhalb der Diskurse in den einzelnen Ländern.[13] Nicht behandelt werden von *Beckert* „technische“ juristische Fragen, wie Formvorschriften oder der Umgang mit internationalen Erbfällen. Auch hier würde sich eine nähere Untersuchung – die allerdings eher Aufgabe des Rechtshistorikers wäre – sicherlich lohnen, werden diese Fragen in ihrer Relevanz für den erbrechtspolitischen Diskurs doch leicht unterschätzt.

2. Testierfreiheit versus Familienerbrecht

Hinsichtlich des in den drei genannten Ländern geführten Diskurses um die Testierfreiheit kommt *Beckert* zu dem überraschenden, aber überzeugend begründeten Ergebnis, dass die in den Schlüsselphasen des jeweiligen Erbrechtsdiskurses – in Frankreich und in Deutschland der jeweilige Kontext der Entstehung des Code civil bzw. des BGB, in den USA das Ende des 18. Jahrhunderts – ausgebildeten argumentativen Muster auch spätere Erbrechtsdiskurse in hohem Maße determinierten. Blickt man auf die Entscheidung des BVerfG zum Pflichtteilsrecht,[14] so kann man das Urteil *Beckerts* nur bestätigt finden, hat das Gericht darin doch mit einer – noch dazu lediglich gleichsam „formal-historischen“ – Begründung (weil eine nähere historische Betrachtung des Diskussionsstandes fehlte) sogar unter ausdrücklichem Hinweis auf den Meinungsstand des späten 19. Jahrhunderts das Pflichtteilsrecht als Ausprägung des für das deutsche Erbrecht grundlegenden Prinzips des Familienerbrechts nicht nur für verfassungsgemäß gehalten, sondern diesem – als Bestandteil der Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG – sogar Verfassungsrang zugebilligt.[15]

Verfolgt man den entsprechenden Diskurs in Frankreich wird deutlich, dass das Erbrecht in der Revolution als Mittel für die Schaffung sozialer Voraussetzungen für den Aufbau neuer politischer Strukturen betrachtet und auch eingesetzt wurde. Dies musste vor dem Hintergrund der Verhältnisse des Ancien Régime zunächst zu einer Wendung gegen die Testierfreiheit führen. Eine naturrechtliche Begründung der Testierfreiheit wurde von den meisten Vordenkern der Revolution und ihren Protagonisten abgelehnt; deren Einschränkung galt geradezu als Schutzwall gegen restaurative Tendenzen. In der Revolution wurde so das Prinzip der Gleichheit „zu einem quasi sakralen normativen Bezugspunkt der Erbrechtsgestaltung“.[16] Aber auch schon in den Debatten der Revolution regten sich Gegenargumente, die aus dem als Naturrecht verstandenen Eigentumsrecht die Forderung nach weitgehender Testierfreiheit herleiteten und diese wiederum als Stütze der väterlichen Ordnung und damit auch der Gesellschaft insgesamt reklamierten. Nachdem unter der Jakobinerherrschaft die egalitären Tendenzen zunächst obsiegt hatten und die Testierfreiheit 1793/94 sogar völlig abgeschafft worden war, wurde bis zum Erlass des Code civil (1804) die Testierfreiheit schrittweise wiederhergestellt, jedoch unter Aufrechterhaltung einer quotité réserve, die der Dispositionsfreiheit des Erblassers entzogen blieb und, jedenfalls nach Auffassung des einflussreichen Mitverfassers des Code civil, *Portalis*, ohne dass ihr naturrechtliche Qualität zuerkannt wurde. Intendiert war eine Stärkung der väterlichen Autorität und im Prinzip die Realteilung von Erbschaften, beides aber zum Zwecke der Durchsetzung eines etatistisch definierten Gemeinwohls, das noch unter *Napoleon* dahin verstanden wurde, die Macht des Großgrundbesitzes, der in jedem Erbgang geteilt würde, einzuschränken.

Verglichen mit dem amerikanischen und dem deutschen Recht zeigt der Code civil damit eine deutlich stärkere Restriktion der Testierfreiheit. Im Laufe des 19. Jahrhunderts wurden dann in Frankreich Argumente wieder aufgegriffen, die sich in der Schlüsselphase der französischen Erbrechtsentwicklung zwischen 1790 und 1804 nicht hatten durchsetzen können, vertreten insbesondere von dem Politiker und

---

8 BVerfG, ZEV 2005, 301, 303.

9 Vgl. nur *Bryde* in von Münch/Kunig, Grundgesetz, 5. Aufl. 2000, Art. 14 Rdnr. 47. Zur Relevanz historischer Fragen im Bereich des Erbrechts auch *Otte* in FS Horn 2006, S. 113, 114.

10 *J. Mayer* in Mayer/Süß/TanckBittler/Wälzholz, Handbuch des Pflichtteilsrechts 2003, Rdnr. 2 ff. sowie *ders*. in Bamberger/Roth, BGB, § 2303 Rdnr. 2 f.

11 *Beckert*, S. 11 u. 18.

12 Vgl. ZEV 2007, Heft 1, X.

13 Vgl. *Kleensang*, DNotZ 2005, 509, 521.

14 MittBayNot 2006, 512.

15 MittBayNot 2006, 512, 513.

16 *Beckert*, S. 43.

Sozialforscher *Le Play* in seiner Schrift „La réforme sociale en France“ (1864), der die naturrechtliche Begründung der Testierfreiheit wieder aufnahm und ihre Begrenzung in der Französischen Revolution als Ursache für eine familiäre und damit auch soziale und politische Instabilität Frankreichs benannte. Aber auch *Le Play*, dessen Position von *Beckert* als „sozialkonservativer Liberalismus“ gekennzeichnet wird,[17] konnte sich gegen den etatistischen und vom Gleichheitsprinzip als Kernbestand der Revolution von 1789 geprägten Grundzug des französischen Erbrechts letztlich nicht durchsetzen. Am Rande ist noch erwähnenswert, dass vor allem nach dem verlorenen Krieg von 1870/71 auch diskutiert wurde, ob das vorherrschende Prinzip der Realteilung nicht dazu führe, dass Frankreich hinter anderen Nationen bevölkerungspolitisch zurückfalle. Konnten *Le Play* und seine Anhänger auch hier nicht durchdringen, so wurde doch im Hinblick auf negative ökonomische Auswirkungen dann im Laufe des 19., besonders aber im frühen 20. Jahrhundert, das Prinzip der Realteilung durch einige gesetzgeberische Eingriffe abgeschwächt, charakteristischerweise aber ohne die symbolisch besonders aufgeladenen Gesetzesteile zu berühren. Damit macht *Beckert* deutlich, dass der Erbrechtsdiskurs in Frankreich keineswegs nur von rationaler Argumentationsabwägung, sondern sehr stark auch vom kulturellen Symbolgehalt der Regeln zur Beschränkung der Testierfreiheit im Code civil geprägt wurde.

Eine ähnlich langfristige Wirkung der im 19. Jahrhundert entstandenen Konfliktstrukturen zeigte der Diskurs über die Testierfreiheit in Deutschland. Im Gefolge der Naturrechtsklassiker *Hugo Grotius* und *Christian Wolff* – der Letztgenannte war in Deutschland außerordentlich einflussreich – wurde das Erbrecht zunächst aus einer individuellen Verfügungsfreiheit des Eigentümers abgeleitet, woraus *Kant* in seiner Rechtslehre (1797) eine vertragstheoretische Begründung des Erbrechts entwickelte.[18] Im Laufe des 19. Jahrhunderts gelangte dann aber eine stärker kollektivistisch und funktional geprägte Auffassung des Erbrechts zur Geltung. In der älteren Naturrechtslehre war eine solche von *Pufendorf* vertreten worden, später wurde sie von den Vordenkern der Französischen Revolution aufgegriffen, in Deutschland war ihr Hauptvertreter um 1800 *Fichte*, der allgemein dem Erbrecht und im besonderen der Testierfreiheit eine naturrechtliche Begründung absprach und Eigentum und Erbrecht zur weitgehenden Disposition des Staates stellte.[19] Die Besonderheit des deutschen Diskurses, worin sich dieser dann auch deutlich vom französischen unterschied, war jedoch die im Gefolge *Hegels* zur herrschenden Meinung gewordene Ableitung des Erbrechts aus dem Familienerbrecht.[20] Anders als in Frankreich wurde so nicht die natürliche Gleichheit, sondern der Schutz der Familie der Testierfreiheit entgegengesetzt und aus der Fiktion eines Familieneigentums die Folgerung gezogen, dass der Testierfreiheit nur eine lückenfüllende Funktion für den Fall zukomme, dass keine engen verwandtschaftlichen Verhältnisse des Erblassers bestünden.

Schon im Laufe des 19. Jahrhunderts war die Diskussion aber auch schon sehr stark ideologisch eingefärbt. So wurde dem als individualistisch gebrandmarkten römischen Recht das „soziale“ deutsche bzw. germanische Recht gegenübergestellt und wie bei der korrespondierenden Frage des Eigentumsbegriffes stand das Familienerbrecht als Chiffre für eine vorgeblich deutsche und zugleich soziale Rechtstradition, die den sittlichen Wert der Familie und diese wiederum als Keimzelle des Staates bzw. der Gesellschaft in den Mittelpunkt der Erbrechtsordnung stellte.[21] Vor diesem Hintergrund ist es umso erstaunlicher, dass nicht nur der BGB-Erbrechtsredaktor *von Schmitt*, sondern auch die ihn beauftragenden Kommissionen eindeutig von der Testierfreiheit als Grundlage des Erbrechts ausgingen, was sowohl in den Arbeiten *von Schmitts*, als auch in der systematischen Anordnung des ersten Entwurfs, der die Testierfreiheit an die Spitze des Erbrechts stellte, zum Ausdruck kam. Die sodann in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte Neutralität und das bewusste Bemühen um eine Entpolitisierung der Entwurfsarbeit war, wie *Beckert* zu Recht feststellt, nur eine Scheinbare, getragen auch von der Absicht, keine Einbruchstellen für sozialreformerische Diskussionen zu liefern, wie sie Kritiker des Entwurfes wie *von Gierke* und *Menger*, dann öffentlich artikulierten. In der Voranstellung der Testierfreiheit, die im Vergleich zum Code civil dem Erblasser weitergehende Freiheiten einräumte, konstatiert *Beckert* sogar einen Modernisierungsschub gegenüber einem Aufbau des Erbrechts vom Prinzip des Familieneigentums her.[22] Auch an dieser Stelle kann man sich fragen, ob das BVerfG in seiner Pflichtteilsentscheidung historisch nicht zu kurz gegriffen hat und, gleichsam noch geleitet von der unsichtbaren Hand *Hegels* und seiner Schüler, letztlich von einem germanischen Eigentumsbegriff ausgegangen ist, welcher schon im 19. Jahrhundert als ideologisch erkannt und von den Vätern des BGB bereits überwunden war.[23] Trotz aller rechtspolitischer Auseinandersetzungen blieb jedoch im Ergebnis das Verhältnis von Testierfreiheit und Familienerbrecht seit der frühen Neuzeit in Deutschland weitgehend konstant – weder die Erbrechtsdiskurse des 19. Jahrhunderts – wie in Frankreich sozialreformerisch motivierte Reaktionen gegen die als Bedrohung erlebten wirtschaftlichen und sozialen Transformationsprozesse – noch die im Testamentsgesetz von 1938 zum Ausdruck kommende nationalsozialistische Ideologie der Volksgemeinschaft, vermochten letztlich nachhaltigen Einfluss auf das bestehende Recht auszuüben.

---

17 *Beckert*, S. 58.

18 Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, § 34, ed. Vorländer, S. 111 f.; hierzu *Kleensang*, DNotZ 2005, 509, 518 f.

19 Vgl. *J. G. Fichte*, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre 1796, Nachdruck 1971, S. 257 ff. Immerhin konstruiert *Fichte* das Erbrecht, dessen Geltung allerdings allein von der „Disposition des allgemeinen Willens“ abhängt, auf der Grundlage des Testaments, wohingegen es dem Staat freistünde, auch ein Intestaterbrecht einzuführen und damit die freie Disposition über das Eigentumsrecht einzuschränken. In diesem Rahmen erkennt *Fichte* mit der Funktion einer Unterhaltssicherung auch ein Pflichtteilsrecht an (S. 259), da der Staat „für die Versorgung der Hinterlassenen Bürge seyn“ müsse.

20 Vgl. Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), § 178. Vgl. auch *E. Gans*, Das Erbrecht in seiner weltgeschichtlichen Entwicklung 1824 (Nachdruck 1963), Vorrede XXXII.

21 Vgl. hierzu *Kleensang*, DNotZ 2005, 509, 516 f., insb. zu *O. v. Gierke.*

22 *Beckert*, S. 81.

23 In der Tat führt z. B. über *G. Boehmer*, der sich in seiner Voranstellung des Familienerbrechts vor die Testierfreiheit seinerseits wiederum auf *O. v. Gierke* berief (z. B. AcP 144 (1938), 32, 39), eine Traditionslinie vom kollektivistischen Denken der 20er- und 30er-Jahre zurück auf entsprechende Positionen im 19. Jahrhundert. Dass dies im Gegensatz zum BGB stand und diese Position ausdrücklich und gerade das Erbrecht von „individualistischen und materialistischen Elementen“ befreien wollte (so ausdrücklich *Boehmer*, AcP 144 (1938), 32), darf hierbei selbstverständlich nicht unberücksichtigt bleiben.

Die USA folgten von Anfang an dem seit 1724 im Common law herrschenden Prinzip der Testierfreiheit, wenn es auch in der Frage einer naturrechtlichen Begründung des Erbrechts in der Amerikanischen Revolution durchaus Auffassungsunterschiede gab. Allerdings war die Amerikanische Revolution, trotz aller sozialer Konflikte[24] anders als die Französische nicht mit dem Ziel angetreten, soziale Ungleichheiten zu beseitigen, und so blieben die unterschiedlichen Positionen für den Erbrechtsdiskurs zunächst nur von latenter Bedeutung.[25] Das Vorhandensein quasi unbegrenzter Ressourcen besiedelbaren Landes bis zum Ende des 19. Jahrhunderts bot nämlich selbst aus der Sicht derjenigen, die eine bis zu einem gewissen Grad egalitäre Eigentumsverteilung als Grundlage einer demokratischen Entwicklung betrachteten (*Jefferson*), die Möglichkeit, diese auch ohne staatliche Eingriffe zu erreichen. Die ebenfalls aus der Amerikanischen Revolution herrührende Skepsis gegenüber staatlichen Eingriffen in private Eigentumsrechte führte letztlich dazu, dass regulative Eingriffe in das Erbrecht lediglich mit dem Ziel einer wirtschaftlichen Mobilisierung erfolgten. Neben der schon im 18. Jahrhundert erfolgten Abschaffung von Fideikommissen und Primogenituren, sind im Laufe des 19. Jahrhunderts verschiedene Maßnahmen zur Erleichterung des Handels mit Landeigentum zu registrieren, bis hin zur Erleichterung von Formvorschriften.

Beckert verifiziert die jeweils dargelegte *longue durée* des Erbrechts an weiteren Einzelfragen, nämlich der Erbrechte in der Familie, insbesondere dem Stellenwert des Gleichheitsprinzips, der Rechtsstellung des Ehegatten und der erbrechtlichen Integration nichtehelicher Kinder, sowie in einem weiteren Kapitel der Geschichte der Abschaffung der Familienfideikommisse. Auch in diesen Fragen kommen die in den drei Ländern unterschiedlichen Leitprinzipien in charakteristischer Weise zum Tragen. Die starke Orientierung des französischen Erbrechts am blutsverwandtschaftlichen System führte etwa dazu, dass erst 2001 dem überlebenden Ehegatten neben nahen Angehörigen Volleigentumsrechte am Nachlass eingeräumt wurden, während dies in Deutschland hinsichtlich einer Erbquote von ¼ – so etwa das ALR – unter Einfluss des Römischen Rechts auch schon vor dem Erlass des BGB der Fall war. Verwaltungsrechte des Ehemannes am Vermögen der Ehefrau wurden zurückgedrängt, in Deutschland endgültig durch das Gleichberechtigungsgesetz von 1958, in Frankreich 1965 und in den USA in den meisten Einzelstaaten weitgehend schon durch die in den 1840er-Jahren verabschiedeten „Married Women's Property Acts", wobei speziell in den USA auch die Transparenz des Grundstücksmarktes eine Rolle spielte, die durch Nießbrauchsrechte, sei es der Ehefrau als Erbin, sei es des Ehemannes, beeinträchtigt schien.[26]

3. Erbschaftsteuer

Am Anfang des Diskurses über die Erbschaftsteuer, dem nach den Fideikommissen letzten von *Beckert* behandelten Thema, steht eine liberale Aporie: Ist Eigentum wie beim Urvater der liberalen politischen Theorie *John Locke*, grundsätzlich Arbeitseigentum,[27] so steht vererbtes Eigentum von vornherein unter Legitimationszwang. Diese Sichtweise wurde von Altliberalen wie *John Stuart Mill* und *Jeremy Bentham*, aber auch von Politikern der frühen USA wie *Thomas Jefferson* und sogar von späteren Präsidenten wie *Theodor Roosevelt* zu Zeiten des Progressive Movement in den USA durchaus geteilt und führte tendenziell zu Forderungen nach einer konfiskatorischen Erbschaftsteuer oder einem bei Seitenverwandten ausgedehnten Staatserbrecht – ein Argument, das gerade im rechtspolitischen Diskurs der Gegenwart wieder Verwendung findet, allerdings wohl nur in taktischer Hinsicht, da die gedanklich korrespondierende Absenkung der Einkommensteuer keineswegs gefordert wird. Auf der anderen Seite erheben andere liberale Theoretiker eigentumsrechtliche und ökonomische Bedenken, etwa *Adam Smith*, der schon 1776 befürchtete, dass Erbschaftsteuern letztlich zugunsten unproduktiver Staatsausgaben auf Kosten privaten Kapitals gingen, das sonst für produktive Zwecke eingesetzt würde. Der Diskurs über die Erbschaftsteuer in den USA bewegte sich in der Tat zwischen diesen Polen, angereichert noch durch Vorschläge wie die des Industriellen *Carnegie*, der statt einer Verstaatlichung eine Übereignung des Vermögens an gemeinnützige Stiftungen ins Gespräch brachte. Im Hintergrund stand dabei, zunächst latent, dann aber zu Zeiten des entsprechenden fiskalischen Bedarfs durchaus mit rechtspolitischen Folgen, das individuell-meritokratische Eigentumsverständnis der Amerikanischen Revolution, welches eine nahezu konfiskatorische Erbschaftsteuer theoretisch durchaus zuließ und praktisch durch einen geringen und seit den 30er-Jahren konstanten Freibetrag von 60.000 Dollar, ferner durch die Konstruktion als Nachlasssteuer, die anders als die in Deutschland und Frankreich eingeführte Erbanfallsteuer, nicht beim Erben, sondern beim Nachlass ansetzte und damit die Höhe der Steuer allein von der Höhe des Nachlasses abhängig machte, zeitweise zu einem erheblichen Beitrag der Erbschaftsteuer am Gesamtsteueraufkommen führte (zu Zeiten des New Deal in den 30er- und 40er-Jahren über 5, teilweise über 10 %). Noch 1972 forderte der demokratische Präsidentschaftskandidat *Mc Govern* bei Erbschaften von über einer Million Dollar eine konfiskatorische Erbschaftsteuer von 100 %.[28] Dann aber wendete sich das Blatt und nach Zerfall des Keynesianischen Konsenses drangen im Gefolge ökonomischer Theoretiker wie *Robert Nozick* und *Milton Friedmann* Auffassungen in den Vordergrund, die staatlicher Redistribution generell eine Absage erteilten. Dies führte seit 1981 zu einer fortlaufenden Absenkung der Nachlasssteuer, nach einem vom gegenwärtigen Präsidenten 2001 unterzeichneten Gesetz soll diese 2010 sogar ganz auslaufen. Und selbst in der gegenwärtigen linksliberalen politischen Theorie, ist, so bei *John Rawls*, die Vorstellung einer egalitären Eigentümergesellschaft normativ verabschiedet, wenn auch Eingriffe in Erbschaften zugunsten der Freiheit und der Chancengleichheit weiterhin für legitim gehalten werden und insofern auch in den USA die Diskussion über die Erbschaftsteuer nicht abgeschlossen erscheint.[29]

Die im Deutschen Reich 1906 nach dem Vorbild des preußischen Erbschaftsteuergesetzes von 1873 als Erbanfallsteuer eingeführte Erbschaftsteuer hatte dagegen von vornherein die Aufgabe, als finanzielle Grundlage staatlicher Sozialpolitik

24 Hierzu *H. Dippel*, Die Amerikanische Revolution 1763–1787, 1985, S. 81 ff.

25 *Dippel*, S. 112 ff.

26 *Beckert*, S. 111 ff. und S. 117: „Anders als in Frankreich ist dieser Individualismus daher in den Vereinigten Staaten durch die Revolution zum Verfassungsgrundsatz geworden."

27 Zwei Abhandlungen über die Regierung, herausgegeben von *W. Euchner,* 1977, §§ 25 ff.

28 *Beckert*, S. 232.

29 *Beckert*, S. 245.

zu dienen. Es ging also nicht wie in den USA um die Frage, ob Vermögensakkumulationen gegen das Gebot gleicher Chancengleichheit verstießen und damit das republikanische Modell einer liberalen Eigentümergesellschaft gefährdeten, und auch nicht, wie in Frankreich, zeitweise um bevölkerungspolitische Ziele, sondern um einen speziellen, in den 1840er-Jahren begründeten Nexus zwischen Erbschaftsbesteuerung und Sozialpolitik, welcher die Erbschaftsteuerdebatte in Deutschland bis heute begleitet. Allerdings waren Ehegatten und Deszendenten von der Besteuerung zunächst ganz ausgenommen, weshalb die in ihren Steuersätzen zudem äußert moderat ausgestaltete Erbschaftsteuer vorerst auch nicht mit der in Deutschland überwiegend vertretenen Konstruktion eines Familienvermögens in Konflikt geriet. Das änderte sich, als 1919 im Zuge der Erzbergerschen Finanzreform auch die Kernfamilie in die Besteuerung einbezogen und die Steuersätze drastisch erhöht wurden. Seit 1922 einige Auswüchse der Reform von 1919 beseitigt waren, stand die Konstruktion des deutschen Erbschaftsteuerrechts im Wesentlichen fest, 1925 wurden die Ehegatten wieder in die Besteuerung einbezogen und seither wird im Wesentlichen über Steuersätze, Freibeträge und Bewertungsfragen sowie die Zuordnung von Verwandtschaftskategorien zu Steuerklassen gestritten. Die im familiären Eigentumsverständnis begründeten Widerstände gegen Eingriffe in das „Familienvermögen“ und die geringe Bedeutung der Steuer im Steueraufkommen lassen nach *Beckert* dabei nicht erwarten, dass Erbschaftsteuern in Deutschland eine bedeutende Rolle in Reformprozessen spielen werden.[30]

4. Schlussbemerkung

Aus den eingangs genannten Gründen, wird auch der Kautelarjurist die Entwicklung auf den genannten Feldern mit großem Interesse verfolgen. *Beckerts* Buch, vielleicht gerade weil es nicht aus der Perspektive des Juristen geschrieben ist, gibt einen faszinierenden Einblick nicht nur in die historische Bedingtheit mancher Argumente bzw. ganzer Diskurse im Bereich des Erbrechts, sondern, weit darüber hinaus, auch in den Prozess der Verwandlung von Geschichte in Verfassungsrecht. Es bietet für die rechtspolitische Einordnung der kommenden Reformen damit eine Fülle von Anregungen. Darüber hinaus gibt es Anlass, die Verwendung „historischer Argumente“, insbesondere in der Rechtsprechung des BVerfG im Einzelfall kritisch zu beleuchten und, in einem zweiten Schritt, über die historische Bedingtheit einzelner Argumente oder Diskurse hinaus, darüber nachzudenken, welcher Stellenwert dem historischen Argument bei Auslegung des (Verfassungs-)Gesetzes eigentlich zukommt.

---

30 *Beckert*, S. 281.

BUCHBESPRECHUNGEN

Dombek/Kroiß (Hrsg.): FormularBibliothek Vertragsgestaltung. Nomos, 2007. 8 Bände, 3 978 S., 169 € + CD-ROM

In insgesamt acht Bänden einschließlich einer CD-ROM mit Mustertexten ist Anfang 2007 die von *Dombek*, Rechtsanwalt und Notar sowie Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer, und dem Direktor des Amtsgerichts Traunstein *Kroiß* herausgegebene FormularBibliothek Vertragsgestaltung in erster Auflage erschienen. Vorausgeschickt sei aus „notarieller Perspektive", dass die FormularBibliothek in Anbetracht des behandelten Spektrums an Themengebieten zwar den Titel „Bibliothek" zu Recht trägt, jedoch nicht zu der Annahme verleiten darf, für die Tätigkeit notarieller Vertragsgestaltung einen hinreichenden Fundus an Vertragsmustern darzustellen.

Die im praktischen Schuber gelieferten acht Bände im Paperback-Format mit zusammen ca. 4 000 Seiten sind optisch ansprechend und benutzerfreundlich gestaltet. Jeder Band ist nach thematisch abgegrenzten Teilen aufgebaut, die sich ihrerseits nach einzelnen Paragraphen und diese nach Randziffern untergliedern. Auf der mitgelieferten CD-ROM sind 1 276, in Länge und Güte divergierende Mustertexte enthalten, die in die eigene Textverarbeitung eingebunden werden können. Die Installation und der Zugriff auf die Muster erfolgen problemlos.

Ausweislich der Informationen zum Buch auf der Verlagshomepage sind ein Vorteil des Werkes die Vertragsmuster „aus den Kerngebieten anwaltlicher Tätigkeit". Hierbei klingt bereits an, was die Betrachtung des überwiegend Rechtsanwälte umfassenden Bearbeiterkreises – 22 von insgesamt 27 Autoren sind ausschließlich als Anwälte tätig – sowie die inhaltliche Schwerpunktsetzung bestätigen: Als Zielgruppe ist wohl nicht primär der notarielle Vertragsgestalter vorgesehen, sondern eher der anwaltliche Berater, für den Rechtsgebiete wie das Franchiserecht, das IT-Recht oder das Arbeitsrecht zu den Kerngebieten zählen. Nur so ist auch zu erklären, dass das für die notarielle Vertragsgestaltung grundlegende Themengebiet des Grundstücksrechts, insbesondere des Kaufs von Immobilien, mit insgesamt 163 Seiten (ausschließlich des Wohnungseigentumsrechts) nur eine recht kursorische, Bauträgerkaufverträge sogar gänzlich aussparende Behandlung erfahren hat, wohingegen etwa dem Arbeitsrecht, dem privaten Baurecht oder dem Kauf beweglicher Sachen einschließlich des Auto-, Hardware- und Viehkaufs breiter Raum eingeräumt worden ist.

In das vorstehend beschriebene Zielgruppenbild fügt sich ferner ein, dass beispielsweise im Band Erbrecht innerhalb des § 11 den Rechtsanwaltsgebühren 84 Randnummern gewidmet sind, den Notarkosten jedoch nur eine Randnummer, ferner dass im Band Familienrecht in Teil 4 auf 182 Seiten Prozessvergleiche als „Vorschläge zur Formulierung von Vereinbarungen, die sich anlässlich eines Verhandlungstermins ergeben" abgehandelt werden, die notariellen Scheidungsvereinbarungen in Teil 3 sich aber mit 120 Seiten bescheiden müssen. Als weitere Beispiele der Ausrichtung können die ebenfalls im Band Familienrecht vorgeschlagenen Gestaltungsverträge für nichteheliche Lebensgemeinschaften angeführt werden, die zwar Regelungen zur Haftung und zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten, nicht jedoch hinsichtlich etwaigen in Miteigentum stehenden und bzw. oder nicht paritätisch finanzierten Grundbesitzes enthalten, sowie die Verträge des Rechtsanwalts, die im Band Gesellschaftsrecht II einen eigenen Teil darstellen.

Allerdings lassen sich auch in nicht für die Kautelarpraxis typischen Bereichen Vertragsmuster finden, die in der notariellen Vertragsgestaltung, so ausnahmsweise Gegenstand notarieller Beurkundung oder Vertragserstellung, mit Gewinn einzusetzen sind. Zu nennen wären etwa die zahlreichen Vertragsmuster zu Wohnraum- und Gewerbemietverträgen oder der gelegentlich im Zusammenhang mit Grundbesitzkaufverträgen mitbeurkundete Kauf einer Arztpraxis, der im Band Schuldrecht eine knappe, aber sehr informative Darstellung einschließlich einer Erläuterung diverser Bewertungsverfahren erfährt.

Generell steht am Anfang eines jeden Kapitels eine kurze, stets informative und auch auf Besonderheiten hinweisende Einführung – der Hinweis auf Anzeigepflichten gemäß § 21 AktG bei Übertragungen von GmbH-Geschäftsanteilen fehlt beispielsweise in einigen Standardwerken für die Kautelarpraxis. Danach folgen Vertragsformulare, die teilweise einen vollständigen Vertrag wiedergeben, teilweise aber auch nur einzelne Klauseln, und die ihrerseits gelegentlich von weiterführenden Schreiben für die weitere Abwicklung ergänzt werden. Die sich anschließenden Anmerkungen zu den einzelnen Mustertexten sind im Allgemeinen sehr knapp gehalten und beschränken sich auf punktuelle Vertiefungen.

Das Wohnungseigentumsrecht erfährt durch *Boeckh*, Richter am LG Landshut, eine mit Recht ausführlichen Erläuterungen versehene Darstellung mit mehreren, nach Objektgröße differenzierten Vertragsmustern für Teilungserklärungen und Gemeinschaftsordnungen. Des Weiteren wird die Umwandlung und die Aufhebung von Sondereigentum sowie der Verwaltervertrag thematisiert. Auch hier darf entgegen der Bezeichnung als FormularBibliothek aber nicht von einem umfassenden Vorrat an Musterformulierungen ausgegangen werden, da beispielsweise die Übertragung von Sondernutzungsrechten oder der Kellertausch unter Wohnungseigentümern nicht thematisiert werden.

Dem von dem Mitherausgeber *Kroiß* und *Eckert*, Notar in Marktredwitz, verfassten Band zum Erbrecht lassen sich die für die Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen grundlegenden Elemente entnehmen. So sind beispielsweise erbvertragliche Muster für ein Behindertentestament und für Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, für Erbauseinandersetzungen und Erbteilsveräußerungen sowie für diverse Vermächtnisse vorhanden. Auch für den eher seltenen Fall eines Verpfründungsvertrages im Sinne einer erbvertragsmäßigen Zuwendung im Hinblick auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Vertragspartners zu wiederkehrenden Pflegeleistungen ist ein Muster enthalten. Hervorzuheben ist ferner ein den immer zahlreicheren Fällen mit Auslandsberührung gewidmeter Teil mitsamt einem sehr informativen Überblick über ausländisches Erbrecht ausgewählter Länder (Österreich, Italien, Frankreich, Spanien, Schweiz). Erlaubt sei an dieser Stelle der Hinweis auf die Abschaffung des Art. 34 a BayAGGVG durch Gesetz vom 7.3.2007 (Inkrafttreten 1.4.2007), wodurch die Möglichkeit, Betreuungsverfügungen bei Amtsgerichten in Bayern in Aufbewahrung zu geben, entfallen ist.

Der durch die Rechtsanwältinnen *Heiß* und *Herrmann* bearbeitete Band Familienrecht enthält zahlreiche Musterformulierungen unterschiedlicher Länge über alle in einem Ehevertrag bzw. einer Scheidungsvereinbarung regelbaren Aspekte. Insbesondere bietet dieser Band der FormularBibliothek einen reichhaltigen Vorrat an Vertragsmustern für die Modifikation des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft sowie zahlreiche Vorschläge für Zahlungsvereinbarungen. Kritisch ist zu der Darstellung jedoch anzumerken, dass in den Teilen 2 (Eheverträge), 3 (Notarielle Scheidungsvereinbarungen) und 4 (Prozessvergleiche) insbesondere Fragen des Unterhaltsverzichts und des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs zum Teil parallele, zum Teil voneinander abweichende Darstellungen erfahren, ohne dass Unterschiede und Überlappungen stets klar herausgestellt werden. Aktualität beweist der Überblick über die geplante Unterhaltsrechtsreform mitsamt Formulierungsvorschlägen im Hinblick auf Übergangsregelungen im EGBGB.

Dem Gesellschaftsrecht schließlich ist mit zwei Bänden, aufgegliedert in den durch die Rechtsanwälte *Kollmorgen* und *Friedrichsen* bearbeiteten Band I (GmbH und AG) sowie den von den Rechtsanwälten *Teichmann*, *Rohde*, *Gschwandtner* und dem Mitherausgeber *Dombek* verfassten Band II (Einzelkaufmann, Personengesellschaften, Verein, Stiftung, Genossenschaft und die bereits erwähnten Verträge des Rechtsanwalts) verhältnismäßig breiter Raum gewidmet. Hervorzuheben sind hier die zahlreichen und gut verwendbaren Muster für Gesellschaftsverträge sowie die Vorlagen für diverse Abwicklungsschreiben (z. B. Einladungsschreiben, Einberufungsverlangen, Stimmrechtsvollmacht, Geschäftsordnung für die Geschäftsführung einer GmbH). Inhaltlich wird das gesamte Spektrum vertragsgestaltender Tätigkeit abgedeckt, von der Gründung über Kapitalmaßnahmen bis hin zu Unternehmensverträgen, Ausscheiden von Gesellschaftern sowie der Auflösung und Liquidation, jeweils einschließlich etwaiger Anmeldungen zum Handelsregister.

Insgesamt bietet die FormularBibliothek Vertragsgestaltung bei ausgezeichnetem Preis-Leistungs-Verhältnis für das Gesellschafts-, Wohnungseigentums-, Erb- und Familienrecht, nicht jedoch für das Grundstücksrecht, einen Fundus im Sinne einer „Formularbibliothek“ zur Behandlung der grundlegenden Fallgestaltungen notarieller Tätigkeit. Detaillierte Ausführungen zu den vorgeschlagenen Formularen und deren rechtlichen Problematik, wie sie in anderen Formularbüchern zum Teil zu finden sind, dürfen aber nicht erwartet werden. Deshalb und wegen der vorstehend beschriebenen Ausrichtung auf den anwaltlich tätigen Berater hin ist die FormularBibliothek Vertragsgestaltung für den notariell tätigen Vertragsgestalter nur mit Einschränkungen zu empfehlen und vermag keinen adäquaten Ersatz zu eingeführten Formularbüchern, sondern lediglich eine Grundausstattung bzw. Ergänzung darzustellen.

Notarassessor Dr. *Ingmar Wolf*, Memmingen

Hügel/Scheel: Rechtshandbuch Wohnungseigentum. 2. Aufl., ZAP, 2007. 648 S., 88 € + CD-ROM

Der zeitliche Abstand zur Erstauflage im Jahre 2002, insbesondere die mit einem Systemwechsel einhergehende Änderung des WEG zum 1.7.2007 machten es erforderlich, das anzuzeigende Werk weitgehend zu überarbeiten und neu zu gestalten. Dabei wird der Anspruch erhoben, eine Verbindung von „theoretischen Erörterungen mit praktischen Umsetzungshilfen“ (Vorwort) zu bieten. Diese Zielsetzung wird voll erfüllt. Mit der Einführung der (Teil-)Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft und der Schaffung von erleichterten Abänderungsmöglichkeiten bezüglich der vereinbarten Gemeinschaftsordnung hat der Gesetzgeber die Koordinaten für das Wohnungseigentum vom reinen Sachenrecht weg zu gesellschaftsrechtlichen Komponenten verschoben. Die Praxis der Rechtsanwendung kann sich immer nur auf dem Niveau bewegen, das vom Verständnis der dogmatischen Grundlagen des Gesetzes her geleistet werden kann. Das Verständnis des Wohnungseigentums nach dem WEG-ÄnderungsG erfordert deshalb die Rezeption der neuen gedanklichen Struktur des Gesetzes. Diese Leistung wird von *Hügel/Scheel* vorzüglich erbracht.

Das didaktische Prinzip des Werkes blieb dabei gegenüber der Erstauflage unverändert: Die Gliederung erfolgt nach den praxisrelevanten Themenkomplexen, z. B. Begründung und Veränderung von Wohnungseigentum, Erwerb von Wohnungseigentum, Wohnungseigentümergemeinschaft usw. Jedem dieser Teile wird dabei eine systematische Erläuterung vorangestellt, oft auch mit einleuchtenden Beispielen aus der Rechtsprechung unterlegt, die die gesetzliche Regelung verständlich darstellt und erläutert. Es folgt ein „Rechtsprechungslexikon“ mit Leitsätzen und Fundstellen. Bei den meisten Teilen des Buches schließt sich alsdann eine Sammlung einschlägiger Textmuster zur voranstehenden Thematik an, die auch über die mitgelieferte CD-ROM abrufbar ist. Sie behandeln die typischen Fallgestaltungen, was anhand der Muster zu Teil 2 (Begründung und Veränderung von Wohnungseigentum) gezeigt werden soll: Teilungserklärung nach § 8 WEG; Teilungsvertrag nach § 3 WEG; Nachtragsurkunde bei fehlender Identität zwischen vorläufigem und endgültigem Aufteilungsplan; Unterteilung eines Wohnungseigentums; Vereinigung von Wohnungseigentum; Tauschvertrag über zum Sondereigentum der Wohnungseigentümer gehörende Pkw-Stellplätze; Aufhebung von Wohnungseigentum; Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum; Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum.

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung ist der Erfahrungsschatz der Autoren und dessen Einbringung in das neue Gesetz durchgehend zu spüren. So wird in Teil 2 Rdnr. 25 ff. die abschnittsweise Begründung von Wohnungseigentum unter Darstellung der bestehenden Wege aufgezeigt. Die hierzu von *Hügel* (DNotZ 2003, 517) entwickelte Alternative, mit Hilfe einer vereinbarten Veräußerungszustimmung gemäß § 12 WEG dafür zu sorgen, dass Rechtsnachfolger des Ersterwerbers die zur Ausweisung von weiterem Sondereigentum erforderlichen Vollmachten an den Bauträger erteilen, bietet nach der Neufassung des § 12 Abs. 4 WEG – Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung durch Beschluss mit einfacher Mehrheit – nur noch eine geminderte Sicherheit.

Da die Wohnungseigentümer bisher für Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümergemeinschaft im Außenverhältnis als Gesamtschuldner hafteten war die Bemessung der Größe der Miteigentumsanteile hierfür ohne Belang. Mit der nunmehr geltenden teilschuldnerischen Haftung, die zwingend an die

Größe des Miteigentumsanteils anschließt, hat sich dies geändert mit der Folge, dass eine sachgerechte Bemessung der Miteigentumsbruchteile nunmehr dringend notwendig ist (Teil 2 Rdnr. 35). Die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft bringt auch für die Mehrhausanlage eine unerwartete Tücke: Konnte bisher die Außenhaftung auf die Wohnungseigentümer des betroffenen Gebäudes durch entsprechende Auftragserteilung beschränkt werden, ist dies nunmehr bei Arbeiten am zwingenden Gemeinschaftseigentum nicht mehr möglich, da es nur *eine einheitliche rechtsfähige Gemeinschaft* gibt, nicht jedoch eine rechtsfähige Untergemeinschaft. Im Außenverhältnis haften sonach zwingend auch Wohnungseigentümer in Gebäuden, die (faktisch) von dem vorgenommenen Rechtsgeschäft gar nicht betroffen sind (Teil 4 Rdnr. 10; Teil 6 Rdnr. 25 mit Lösungsvorschlag).

Ein Motiv für die Gesetzesänderung war der durch die BGH-Entscheidung vom 20.9.2000 (DNotZ 2000, 854) induzierte Wunsch, das Wohnungseigentum flexibler zu machen, insbesondere also auch Änderungen von Vereinbarungen auf dem Mehrheitswege herbeiführen zu können, auch wenn diese gemäß § 5 Abs. 4 WEG zum Inhalt des Sondereigentums geworden sind. Hierbei ist in erster Linie an die in der Gemeinschaftsordnung vereinbarte Öffnungsklausel zu denken, die zwar bisher vom Gesetz nicht vorgesehen war, jedoch im Rahmen der Autonomie der Wohnungseigentümer als zulässig anerkannt war (BGHZ 95, 137). Ob ein auf der Basis einer Öffnungsklausel gefasster Mehrheitsbeschluss zur Änderung der Gemeinschaftsordnung der Grundbucheintragung bedarf um gegenüber Rechtsnachfolgern wirksam zu sein, war lange umstritten. Vom sachenrechtlichen Standpunkt aus kann die Frage nur bejaht werden. Der Gesetzgeber hat nunmehr allerdings in § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG die Frage verneint und damit der Intransparenz des Grundbuchs Tür und Tor geöffnet. Dem aktuellen historischen Gesetzgeber tritt jedoch *Hügel* (Teil 5 Rdnr. 62 ff.) wirkungsvoll entgegen, indem er Mehrheitsentscheidungen auf Grundlage einer Öffnungsklausel als Vereinbarung und nicht als Beschluss versteht, womit diese vom Inhalt des § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG nicht erfasst werde. Daraus ergebe sich alsdann auch die Eintragungsbedürftigkeit. Dem Ergebnis ist uneingeschränkt beizutreten. Wird eine Vereinbarung von *allen Wohnungseigentümern* getroffen, muss diese, soll sie Wirkung gegen Sondernachfolger haben, im Grundbuch eingetragen werden. Es kann nichts anderes gelten, wenn das identische Ergebnis aufgrund einer Innenverhältnisregelung (Öffnungsklausel) auch nur von einer Mehrheit vereinbart werden kann. Für die Frage der Grundbucheintragungsfähigkeit ist ausschließlich auf den materiellen Inhalt des Einzutragenden abzustellen, nicht auf den formalen Weg des Zustandekommens desselben. Bleibt nur noch die Frage (die auch von *Hügel* nicht beantwortet wird): Welche Fälle unterfallen dann dem neuen § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG?

Auf die Abänderung des gesetzlichen (auch des vereinbarten?) Kostenverteilungsschlüssels durch Mehrheitsbeschluss nach § 16 Abs. 3 WEG geht das Werk in Teil 8 Rdnr. 17 ff. ein. Die neue Vorschrift eröffnet den Wohnungseigentümern eine Beschlusskompetenz. Wird von ihr Gebrauch gemacht, so ergibt sich eine Divergenz zwischen Grundbuchlage und Beschlusslage. Eine Grundbucheintragung kommt nach den Absichten des Gesetzgebers nicht in Frage, da Beschlüsse nicht eintragungsfähig sind (§ 10 Abs. 4 WEG). Hier will *Hügel* dadurch helfen, dass in das Grundbuch die eingetretene Unrichtigkeit der Kostenverteilungsregelung einzutragen sei (Widerspruch gemäß § 899 BGB?), nicht jedoch der Inhalt des neu gefassten Beschlusses. Der Informationsgehalt einer solchen Eintragung ist jedoch gering, muss doch jeder Erwerber eines Wohnungseigentums angesichts der Beschlusskompetenz gemäß § 16 Abs. 3 WEG mit einer solchen Rechtslage sowieso rechnen. Besser wäre es, den Inhalt der Änderung einzutragen, zumal der Aufwand auch nicht größer wäre als die Eintragung des Unrichtigkeitsvermerks, zumal Grundpfandrechtsgläubiger nach dem neuen § 5 Abs. 4 Satz 2 und 3 WEG nicht zustimmen müssen. Auch dogmatisch ließe sich dieser Weg erklären: § 16 Abs. 3 WEG ist eine gesetzliche Öffnungsklausel. Für sie gilt nichts anderes als für eine vereinbarte Öffnungsklausel: Der Beschluss ist materiell gesehen eine Mehrheitsvereinbarung, die deshalb einzutragen ist.

Etwa die Hälfte des Buches befasst sich mit dem Verwalter und seinen Aufgaben sowie mit der Verwaltung des Wohnungseigentums. Bei der Gestaltung der Gemeinschaftsordnung ist der Notar auch zu diesen Fragen gefordert. Der darstellende Teil schließt ab mit einem ca. 40 Seiten langen Kapitel über die Besteuerung von Wohnungs- und Teileigentum (*Wälzholz*).

Das Rechtshandbuch Wohnungseigentum von *Hügel/Scheel* ist das erste Werk nach dem WEG-Änderungsgesetz, das die Materie in der Verbindung von Theorie und Praxis komplett aufarbeitet. Notaren, die auf der Höhe der Zeit sein wollen, ist zu empfehlen, sich des Werkes zu bedienen.

Notar Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira: Adoptionsrecht in der Praxis. Beck, 2007. 200 S., 44 € + CD-ROM

Das zu besprechende Werk wendet sich an Notare, Richter und Rechtsanwälte, die mit Adoptionen befasst sind. Es will eine praxisnahe und gut verständliche Hilfestellung bieten, weshalb es zahlreiche Fallbeispiele, Schrifttumshinweise und Musterformulierungen enthält. Die beiden Autorinnen sind hauptberufliche Gutachter am Deutschen Notarinstitut. Der weitere Autor war Notar in Nürnberg und ist Lehrbeauftragter an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Im ersten Teil des Werkes wird das *deutsche Recht* behandelt. Er beginnt mit einer kurzen historischen Einführung, auf die eine Darstellung der Adoptionsvoraussetzungen und -wirkungen folgt. Während die Beteiligten einer Minderjährigenadoption oftmals schon anderweitig beraten sind, ist dies bei einer Erwachsenenadoption häufig nicht der Fall. Hilfreich zur Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Erwachsenenadoption ist daher ein Kriterienkatalog mit für bzw. gegen die sittliche Rechtfertigung einer Adoption sprechenden Umständen. Die Autoren stellen hierbei klar, dass eine Adoption zwar aus familienbezogenen Motiven angestrebt sein muss, als Nebenzwecke aber auch andere Vorteile verfolgt werden können, etwa die Verringerung der Steuerlast oder der Namenserwerb. Im Abschnitt über Aufhebungsmöglichkeiten folgen die Autoren der herrschenden Auffassung, wonach die Aufhebung einen *beiderseitigen* Antrag von Annehmenden und Angenommenen voraussetzt. Der erste Teil endet mit einem Abschnitt über Verfahrensfragen, welcher insbesondere auch

Ausführungen zu den vom Vormundschaftsgericht anzuhörenden Personen und zum Inhalt des Adoptionsbeschlusses enthält.

Aufgrund der quantitativen Bedeutung von Adoptionen ausländischer Kinder widmet sich der zweite Teil der Arbeit – ein Schwerpunkt des Werkes – den *Besonderheiten bei Auslandbezug*. Behandelt werden dabei zunächst Inlandsadoptionen unter Beteiligung von Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit. Da staatsvertragliche Regelungen hierzu weitgehend fehlen, geschieht dies primär anhand der Art. 22, 23 EGBGB und des § 43 b FGG, wobei zahlreiche diesbezügliche Streitfragen dargestellt werden. Sodann wendet sich das Werk der Anerkennung von im Ausland vorgenommenen Adoptionen zu. Hierbei wird zunächst in Erinnerung gerufen, dass sich die Anerkennung von Auslandsadoptionen vorrangig nach dem Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (HAÜ) richtet, während bei dessen Unanwendbarkeit im Fall einer Dekretadoption auf § 16 a FGG und im Falle einer Vertragsadoption auf Art. 22, 23 EGBGB zurückzugreifen ist. Eine besonders ausführliche Behandlung erfahren die in der Praxis immer wichtiger werdenden Verfahren nach dem Adoptionswirkungsgesetz, also die Anerkennungs- und Wirkungsfeststellungsverfahren einerseits und die Umwandlungsverfahren andererseits. Vor allem die zuletzt genannte Verfahrensart ist für den Notar besonders relevant, da der verfahrenseinleitende Antrag der notariellen Beurkundung bedarf. Der zweite Teil der Arbeit endet mit Ausführungen zur Nachadoption, für die seit Inkrafttreten des Adoptionswirkungsgesetzes nur noch in bestimmten Ausnahmefällen ein Rechtsschutzbedürfnis als gegeben erachtet wird.

Der *Sonderfragen des Adoptionsrechts* betreffende 3. Teil des Werkes stellt zunächst klar, dass eine Adoption nur dann zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit führt, wenn der Anzunehmende im Zeitpunkt des Annahmeantrags das 18. Lebensjahr vollendet hat, die Adoption nach den deutschen Gesetzen wirksam ist und einer Minderjährigenadoption gleichwertig ist. Weil die Anforderungen hierzu im Einzelnen umstritten sind, raten die Autoren, zur Erlangung der deutschen Staatsangehörigkeit noch vor Volljährigkeit des Anzunehmenden vorsorglich einen Umwandlungsantrag nach § 3 AdWirkG herbeizuführen. Von besonderem Interesse sind die detaillierten Ausführungen zum Namensrecht. Die Autoren zeigen, wie es bei verheirateten Angenommenen vermieden werden kann, dass die oftmals unerwünschte Änderung des Geburtsnamens in Erscheinung tritt. Ähnliche Praxisrelevanz besitzt der Abschnitt über erbrechtliche Folgen der Adoption. Hierbei werden nicht nur die Rechtslage bei Altadoptionen erörtert, sondern auch Auslegungsfragen, die im Zusammenhang mit der Einsetzung von „Abkömmlingen" auftreten können. Ferner erfahren die umstrittenen Grundsätze des Zusammenspiels zwischen Erbstatut und Adoptionsstatut bei Adoptionen mit Auslandsbezug eine ausführliche Darstellung.

Der vierte und letzte Teil des Werkes widmet sich den *Notar- und Gerichtskosten* einer Adoption. Das Werk endet mit einem *Anhang*, der nicht nur die für das Adoptionsrecht wichtigsten Gesetzestexte einschließlich internationaler Übereinkommen und Übergangsvorschriften enthält, sondern auch eine umfangreiche Sammlung von Formulierungsbeispielen. Hilfreich sind hierbei nicht zuletzt die zahlreichen Muster für Adoptionen mit Auslandsbezug sowie für Anträge nach dem Adoptionswirkungsgesetz. Die Formulierungsbeispiele können auch der beiliegenden CD-ROM entnommen werden.

Insgesamt bietet das zu besprechende Werk eine praxistaugliche und wissenschaftlich fundierte Darstellung sämtlicher notarrelevanter Probleme bei Adoptionen. Sein Erwerb kann daher uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. Dr. *Bernhard Seeger*, Uffenheim

Münch: Die Unternehmerehe. ZAP, 2007. 355 S., 38 € + CD-ROM

Gleichsam als „Ableger" seines umfassenden Werks „Unternehmensbezogene Rechtsgeschäfte" (die 2. Aufl. ist vom Verlag für August 2007 angekündigt) präsentiert *Münch* eine „Sonderedition" für den gestalterisch anspruchsvollen Bereich des Ehevertrages unter Beteiligung eines Unternehmers. Ausweislich des Vorwortes wendet sich das Buch nicht nur an Anwälte und Notare, sondern auch an den interessierten Steuerberater und Unternehmer selbst. Aus diesem Adressatenkreis folgt denn auch der Aufbau des Werkes, der zunächst einem Gesamtansatz in der Darstellung des Eherechts folgt und in diesem Rahmen dann unternehmerspezifische Probleme anspricht.

Abschnitt B. stellt die Zugewinngemeinschaft in Grundzügen dar. Dabei handelt es sich naturgemäß um eine gestraffte Version der entsprechenden Darstellung aus der 1. Aufl. der „Unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfte", die aber aktuelle Vorschläge bereits aufgreift (vgl. Rdnr. 19 f. und den dazugehörigen Formulierungsvorschlag zur erbschaftsteuerlichen Optimierung des Ausschlusses des Zugewinns im Scheidungsfalle). Kapitel B. III behandelt die Bewertung von Unternehmen im Zugewinnausgleich. Auch wenn dies wohl den Umfang sprengen würde, hätte man sich dennoch Ausführungen zur Bewertung von Gegenleistungen bei Übergabeverträgen als privilegiertes Anfangsvermögen i. S. v. § 1374 Abs. 2 BGB und die damit verbundene Rechtsprechungsänderung gewünscht (vgl. BGH, DNotZ 2006, 127; BGH, FamRZ 2007, 978); eine Frage, die gerade im ländlichen Bereich (Hofübergabe) eine erhebliche Rolle spielen kann.

Das Beratungsmandat des Notars im Regelfall übersteigend, nichtsdestotrotz sehr interessant zu lesen, sind die Darstellungen zu den Bewertungsmethoden, die einen nachvollziehbaren und gut lesbaren Überblick über die verschiedenen Bewertungsmethoden und deren Unterschiede vermitteln. Sehr instruktiv sind auch die ausführlichen Erläuterungen zum Doppelberücksichtigungsverbot von Vermögenspositionen im Zugewinnausgleich und Unterhaltsrecht (Rdnr. 118 ff.). Dem Ziel der umfassenden Behandlung entsprechend werden Ansprüche außerhalb des Güterrechts (Ehegatteninnengesellschaft, Rechtslage bei Bankkonten usw.) erläutert. Bei der anschließenden Behandlung der Vermögensverteilung unter Ehegatten (B. VII.) und der aktuellen Problematik der Pfändbarkeit von Rückübertragungsansprüchen plädiert *Münch* für die Abgabe eines Angebotes durch den Erwerberehegatten. Bei der Anwendung dieses sicherlich beachtenswerten Gedankens sollte allerdings die Kostenfolge bedacht werden,

wenn nach Wahl der Rückerwerb auch an gemeinschaftliche Kinder erfolgen soll (Rdnr. 300). Kapitel C. widmet sich der Unterhaltsberechnung und gelangt auch hier von einer einführenden Darstellung in Abschnitt I. zu den Spezifika des Unternehmereinkommens (Abschnitt II.–IV.), die umfassend dargestellt werden.

Die besonders interessierende Frage nach Gestaltungsvorschlägen des Unternehmerehevertrages beginnt (erst, ist man geneigt zu sagen) in Kapitel E. Der eindeutige Schwerpunkt des Kapitels liegt in der hervorragend aufbereiteten Darstellung der Inhaltskontrolle von Eheverträgen auf der Basis der Rechtsprechung der letzten Jahre. Einzelfallentscheidungen von Oberlandesgerichten (Rdnr. 492 ff.) können überblicksweise im selbst zu bearbeitenden Fall helfen, sollten aber selbstverständlich stets auf Aktualität überprüft werden (das in Rdnr. 524 zitierte Urteil des OLG Koblenz etwa wurde vom BGH, DNotZ 2007, 302 aufgehoben). Einen hervorragenden Leitfaden im Hinblick auf die vorstehende Rechtsprechung bei der Gestaltung von Ablauf und Inhalt der Beurkundung eines Ehevertrages bietet *Münch* ab Rdnr. 601 ff., wo detailliert auf die jeweiligen Gestaltungsmöglichkeiten insbesondere im Unterhaltsrecht auf der Basis der aktuellen Rechtsprechung eingegangen wird. Ein häufiges Problem des Unternehmerehevertrages – die gewünschte Herausnahme des Betriebsvermögens aus dem Zugewinn – wird umfassend mit Formulierungsvorschlägen in Rdnr. 785 ff. behandelt. Die Darstellung hier lässt für den Anwender im Bereich Güter- und Unterhaltsrecht praktisch keine Wünsche offen. Insofern ist es etwas zu bedauern, dass dem Versorgungsausgleich vergleichsweise wenig Raum eingeräumt wird. Doch gerade bei der Frage der Kompensation ehebedingter Nachteile „als Zentrum der Überlegungen des BGH“ (Rdnr. 543) wird es häufig für eine sichere Gestaltung nicht genügen, einen einseitigen Verzicht des Unternehmers auf den Versorgungsausgleich zu vereinbaren, wenn der Unternehmerehegatte etwa die Betreuung gemeinsamer Kinder übernimmt. Nur an einer Stelle (Rdnr. 693) findet sich ein Hinweis auf Kompensationsmöglichkeiten unter Verweis auf Formulierungsvorschläge anderer Autoren (Fn. 1323). Hier hätte man sich als Rechtsgestalter etwas mehr „Futter“ gewünscht, etwa im Hinblick auf die Frage, ob und wie – gerade bei der Konstellation der Herausnahme des Betriebsvermögens aus dem Zugewinn – private Altersvorsorge des Unternehmers berücksichtigt werden kann.

Abgesehen hiervon vermag jedoch das Werk – gerade auch durch die umfassende Darstellung trotz des handlichen Formats – vollständig zu überzeugen und kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar Dr. *Jürgen Schlögel*, Vilshofen

Rieck (Hrsg.): Ausländisches Familienrecht. 2. Erg., Beck 2007. 1 255 S., 198 € + CD-ROM

Die vorliegende Sammlung von Länderdarstellungen erschien erstmals im Jahr 2005 und hat nach Erscheinen der nunmehr 2. Ergänzungslieferung zum Beginn des Jahres 2007 ein beachtliches Ausmaß angenommen. Sie besteht derzeit aus 57 vereinheitlicht dargestellten Länderberichten. Beigegeben ist eine CD-ROM, die für die entsprechenden Rechtsordnungen eine Zusammenstellung der wesentlichen Gesetzesmaterialien enthält.

Das Werk wurde, so der Herausgeber, als Handbuch von Praktikern für Praktiker geschrieben und wendet sich in erster Linie an Anwälte, Notare, Richter und andere Juristen, die sich mit den praktischen Fragen des ausländischen Familienrechts befassen. Ziel des Werkes ist es, dem befassten Leser schnell Auskunft über alltägliche oder grundsätzliche Fragen im familienrechtlichen Bereich eines bestimmten Landes zu erteilen und ihm mit Hilfe der per CD-ROM mitgelieferten Gesetzestexte die Möglichkeit weiterer Vertiefung und Recherchen zu geben. Dogmatische, historische oder rechtspolitische Fragen bleiben daher außen vor, dementsprechend auch umfangreiche Fußnotenapparate oder weiterführende Literatur.

Ein großes Verdienst liegt in der mitgelieferten CD-ROM. Diese enthält zu den einzelnen Rechtsordnungen die im Familienrecht des betroffenen Landes einschlägigen Gesetzesmaterialien, zum Teil auch Vorschriften des entsprechenden Internationalen Privatrechts. Die Gesetze liegen in Originalsprache oder Englisch (so beispielsweise für die VR China) vor, daneben finden sich i. d. R. deutsche Übersetzungen oder Inhaltsangaben (soweit der Gesetzestext nicht auf Englisch ist). Der Herausgeber weist darauf hin, dass größtenteils keine wörtliche Übersetzung der Texte vorgenommen wurde, sondern lediglich inhaltliche Übersetzungen bzw. Zusammenfassungen. Auf den Zugriff der Originaltexte kann daher meist nicht verzichtet werden, doch ermöglicht die Übersetzung in jedem Fall die schnelle Übersicht der gesuchten Bestimmungen.

Die Auswahl der Rechtsordnungen für die einzelnen Länderberichte ist nach Aussage des Herausgebers noch nicht abgeschlossen. Sie wird für die 4. Ergänzungslieferung avisiert. Letztendliches Ziel ist allerdings keine Darstellung aller oder annähernd aller Länder der Welt, sondern eine Aufführung der europäischen Rechtsordnungen, daneben ausgewählter Nachbarstaaten sowie Länder des islamischen Rechtskreises, USA, Kanada, Südafrika und der großen Staaten Afrikas, die in der tatsächlichen Praxis des deutschen Rechtsanwenders erfahrungsgemäß öfters zum Tragen kommen. Jede Landesdarstellung ist in einer separaten Broschur enthalten. Das Fortsetzungswerk ist daher keine Loseblattsammlung im eigentlichen Sinne. Kleinere Änderungen innerhalb einzelner Länderberichte werden nicht jedes Mal zum Austausch des Berichts in Printform führen, sondern sind ggf. nur durch entsprechende Hinweise oder Berichtsergänzung auf der jeder Ergänzungslieferung beigelegten CD-ROM ersichtlich. Für den Praktiker bedeutet dies, sich in jedem Fall die entsprechende CD-ROM immer mit anzusehen!

Sehr erfreulich ist die Konzeption des Werkes, die Berichte inhaltlich einem einheitlichen Gliederungsschema folgen zu lassen. Dies ermöglicht eine schnelle und übersichtliche Suchweise, insbesondere auch, wenn mehrere Rechtsordnungen miteinander verglichen werden sollen. Freilich sind die Berichte selbst unterschiedlich lang und ausführlich (beispielsweise Äthiopien zwölf Seiten, Italien 46 Seiten), enthalten sind aber zumindest zu jedem der unten näher aufgeführten Teilbereiche grundsätzliche Darstellungen (sofern solche in dem entsprechenden Land existieren). Von einem Handbuch

im vorbezeichneten Umfang kann jedoch auch nicht erwartet werden, dass jedes Detail in einer monographischen Tiefe behandelt wird. Dies hebt der Herausgeber auch ausdrücklich hervor. Bedauerlich ist m. E. daher nur, dass der Eigeninitiative des Lesers, sich selbst tiefer in die angesprochene Materie einzuarbeiten nicht beispielsweise dadurch Rechnung getragen wird, ihm die Weitersuche durch Angaben weiterführender Literatur oder Internetlinks usw. zu erleichtern.

Die einzelnen Länderautoren sind nach Angabe des Herausgebers sämtlichst sowohl der deutschen als auch der Sprache des bearbeiteten Landes mächtig und besitzen über reiche Erfahrung im jeweils betroffenen Familienrecht.

Inhaltlich sind die Grundzüge des Familienrechts umfänglich abgedeckt: Nach Ausführungen zur Person (Rechtspersönlichkeit, Rechts- und Geschäftsfähigkeit und Wohnsitz) folgen schwerpunktmäßig große Abschnitte zum Thema Ehe (Ehefähigkeit, -hindernisse und Verfahren der Eheschließung) und deren Wirkungen (allgemeine Ehewirkungen, Name, Unterhalt, Güterrecht, Sorgerecht, Staatsangehörigkeit) sowie der Beendigung der Ehe durch Scheidung, Eheauflösung und -nichtigkeit und die Scheidungsfolgen (Sorge- und Umgangsrecht, Unterhalt, Vermögen, Rentenanwartschaften, Wohnung und Hausrat, Name und Staatsangehörigkeit). Es folgen Kapitel zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, den Fragen der Abstammung, Verwandtschaft und Vormundschaft sowie Adoption. Die letzten beiden Abschnitte sind schließlich dem internationalen Privatrecht und internationalem Prozessrecht gewidmet. Vorangestellt sind hierbei die jeweils geltenden multi- bzw. bilateralen Abkommen, bevor die nationalen Kollisionsregeln und Verfahrensnormen dargestellt werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das vorliegende Handbuch mit der doch mittlerweile umfangreichen Länderanzahl dem interessierten Leser eine guten Überblick und eine gute Vergleichsmöglichkeit zu den einzelnen Problemen des Familienrechts bietet, die für die Praxis des deutschen Juristen oftmals schon ausreichend ist. Aufgrund der stetig wachsenden Zahl binationaler Eheschließungen stellen sich grundsätzliche Fragen familienrechtlichen Bezugs daher mittlerweile eigentlich (fast) jedem Praktiker, der im Familienrecht tätig ist. Die Anschaffung des Werkes kann daher demjenigen, der schnell und übersichtlich einen Überblick über die ausländische Rechtsordnung erhalten will, in jedem Fall empfohlen werden.

Notarin Dr. *Susanne Frank*, München

Pettinger: Vermögenserhaltung und Sicherung der Unternehmensfortführung durch Verfügungen von Todes wegen – Eine Studie der frühen Augsburger Neuzeit. LIT Verlag 2007. 296 S., 29,90 €

In ihrer Arbeit widmet sich *Pettinger* den Testamenten Augsburger Unternehmer in der frühen Neuzeit, konkret zwischen 1500 und 1600. Zunächst gibt sie einen Überblick über die Entwicklung der Testierfreiheit im Germanischen Recht von der Antike (das Werk beginnt mit einem Zitat aus Tacitus' Germania) bis zum Beginn der Neuzeit (S. 3–136). Im zweiten Teil geht sie dann besonders auf die publizierten Unternehmertestamente der Fugger sowie auf die im Notararchiv Spreng (zu diesem bereits *Schmidt-Thomé*, DNotZ 1975, 709) erhaltenen Protokolle aus den Jahren 1568 bis 1601 ein (S. 137–251). Neben vielen Zitaten im laufenden Text runden drei im vollständigen Wortlaut abgedruckte Testamente und Kodizille das Werk ab (S. 253–270).

Es handelt sich um eine rechtsgeschichtliche Arbeit. Die vielen in der ursprünglichen Schreibung wiedergegebenen Zitate machen die Lektüre nicht eben einfach. Auch sind für die unmittelbare notarielle Tätigkeit Handreichungen oder Erkenntnisse naturgemäß nicht zu erwarten. In der Rückschau muten einzelne Regelungen eher humoristisch an, etwa wenn *Pettinger* aus der „Ars Notariae" (erschienen Augsburg 1537) zu den Anforderungen an die Notare zitiert (S. 118): „Guter vernunfft/nicht wahnsinnig/sonder bescheyden gegen iedem. Gesehend und gehoerend. Gutes geruchs. Und der da geschickt sei etwas in schrifften zu verfassen". Rechtskenntnisse waren demgegenüber von nur untergeordneter Bedeutung. Wären wir unter diesen Voraussetzungen Notar geworden?

Was mich an den Ergebnissen der Arbeit am meisten beeindruckt, ist ein Vergleich unserer heutigen Testamente mit den zitierten des 16. Jahrhunderts einerseits und der Vergleich der zitierten Testamente des 16. Jahrhunderts mit – beispielsweise – solchen Testamenten, die weitere 500 Jahre zuvor errichtet wurden und auf die *Pettinger* bei der geschichtlichen Entwicklung der Testierfreiheit eingeht. Dann zeigt sich nämlich: Im 16. Jahrhundert begann die Neuzeit; und wir leben immer noch in ihr. Denn die Probleme der Fugger sind unsere Probleme und die Lösungen der Fugger sind im rechtlichen Kerngehalt unsere Lösungen. Auch wenn die Rechtsgrundlage weniger klar, weniger dogmatisch ausstrukturiert war, als wir es heute kennen, so kannten sie doch vom Prinzip her sämtliche Rechtsinstitute, die uns heute beschäftigen: Gesellschaftsvertragliche Ausschluss- und Abfindungsregelungen, Anordnung von Testamentsvollstreckung, Vor- und Nacherbfolge, Verwaltungsanweisungen, Strafklauseln zu Lasten bloß kapitalistisch beteiligter Erben, Delegation der Auswahl des fortführungsberechtigten Erben, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch keine höchstpersönliche Auswahlentscheidung treffen kann; allgemein also: Sicherung der Unternehmensfortführung gegenüber einer auseinanderdriftenden Mehrheit von Erben. Demgegenüber haben wir mit den Testamenten, die nochmals 500 Jahre zurück beurkundet wurden, nun überhaupt nichts Übereinstimmendes; sie muten archaisch an in dem Bemühen, minimale Vermögensteile außerhalb der Familienerbfolge einsetzen zu können, konkret: zur Erlangung des Seelenheils.

Natürlich haben wir uns weiterentwickelt, sind unsere heutigen Testamente dogmatischer und damit weniger „geschwätzig". Es würde auch niemand einem Auskunftspflichtigen auferlegen, er möge Rechenschaft so ablegen, wie er es beim jüngsten Gericht vor Gott tun müsse (S. 153). Leider wird deswegen in 500 Jahren niemand eine solche rechtshistorische Abhandlung über unsere heutigen Testamente schreiben können, weil die Einbettung in den wirtschaftlichen und familiären Gesamtzusammenhang nicht aus der Urkunde heraus deutlich wird. So werden Kinder noch von der Unternehmensführung ausgeschlossen; es wird aber die Ausschließung nicht im Testament noch detailliert damit begründet, man habe ihre Geschäftstüchtigkeit jahrelang geprüft, halte sie aber letztlich für unfähig (vgl. demgegenüber S. 194).

Insoweit ist es für den rechtsgeschichtlich Interessierten eine lesenswerte Arbeit, die nur drei Desiderata offen lässt: Als Nicht-Augsburger hätte ich mir eine Genealogie der Fugger gewünscht, um mich in den verschiedenen zitierten Testamenten der einzelnen Familienangehörigen besser zurechtzufinden. Ferner fehlt leider eine Darstellung des seinerzeit maßgeblichen Pflichtteils- oder Noterbenrechts. *Pettinger* erwähnt lediglich, wann eine Enterbung berechtigterweise stattfinden durfte. Denn wenngleich nahezu alle erwähnten Gestaltungen auch bei uns auch rechtlich möglich wären, so wird von ihnen schon deswegen kein Gebrauch gemacht, weil der Begünstigte sofort ausschlagen und den Pflichtteil verlangen würde. Deswegen sind erbbeschränkende Testamente nur in ihrer Einbettung in das zwingende Pflichtteilsrecht verständlich. Und schließlich ist die Anzahl der überhaupt zitierten Testamente gering, so dass eine (vielleicht sogar bezifferte) Quote der Anwendung einer bestimmten Klausel in Bezug auf alle vorhandenen Testamente aus dem Archiv Spreng wünschenswert gewesen wäre. Zwar muss eine rechtsgeschichtliche Arbeit sich pars pro toto auf einzelne hervorstechende Ereignisse, hier: Urkunden, beschränken; sonst würde ja das gesamte Weltgeschehen immer wieder von Neuem beständig durchgekaut. Aber man hätte doch gerne gewusst, in welchem Anteilsverhältnis der zitierte *pars* eigentlich für das *toto* steht. Denn ein Fugger-Testament wäre auch nach heutigen Maßstäben kein Testament „von der Stange" – damit aber auch nicht für die Masse repräsentativ und nicht verallgemeinerungsfähig.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg a. Main

Hirte/Bücker: Grenzüberschreitende Gesellschaften. 2. Aufl., O. Schmidt, 2006. 772 S., 129 €; Just: Die englische Limited in der Praxis. 2. erw. und überarb. Aufl., Beck, 2006. 147 S., 32 €

Die Verwendung einer ausländischen Gesellschaft, insbesondere in der Form der englischen *private limited company* (Limited), als Alternative zur Gründung einer Kapitalgesellschaft nach deutschem Recht wird vielfach beworben und ist ausdrücklich auch Anlass für die derzeitige sich im Gesetzgebungsverfahren befindliche GmbH-Reform. Während die deutschsprachige Literatur zur Limited weiter zunimmt, ist in der notariellen Praxis zuletzt eher ein Rückgang der Anmeldungen von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften zu bemerken. Über die Ursachen hierfür ist an dieser Stelle nicht zu spekulieren, fest steht indes, dass sich in Zukunft vermehrt Fragen des täglichen Rechtsverkehrs mit Auslandsgesellschaften, wie bei Immobilienkäufen, Dienstleistungsverträgen oder gesellschaftsrechtlichen Strukturmaßnahmen, (neu) stellen werden. Unter diesem Gesichtspunkt sollen zwei Werke zu Auslandsgesellschaften näher vorgestellt werden, die kürzlich bereits in zweiter Auflage erschienen sind.

Der deutsche Rechtsanwalt und Solictor *Just* bietet in seiner Monographie „Englische Limited in der Praxis" eine prägnante Darstellung des englischen Gesellschaftsrechts der Limited. Ausgehend vom Gesetzestext des vor allem maßgeblichen Companies Act 1985 erläutert er Gründung, Satzung, Gesellschafter und Organe der Limited, einschließlich der Besteuerung, Rechnungslegung und Insolvenz. In der Darstellung berücksichtigt er bereits die geplanten gesetzlichen Reformen in Deutschland (MoMiG) und Großbritannien (zur Companies Law Reform siehe auch *Kadel*, MittBayNot 2006, 111). Das Werk bietet viele Anregungen und Empfehlungen für die Kautelarpraxis, wie z. B. die Möglichkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen in den *articles* einer Limited oder die Möglichkeit durch *elective resolutions* auf die ansonsten zwingend vorgeschriebene jährliche Gesellschafterversammlung zu verzichten.

Ein eigenständiger Abschnitt ist der Limited & Co. KG gewidmet. *Just* empfiehlt dort zutreffend die Eintragung einer Zweigniederlassung der Limited als Komplementärin, auch wenn diese im eigenen Namen keine Geschäftstätigkeit entfalte (ebenso *Wachter*, GmbHR 2006, 79, 80 f.; a. A. *Süß*, GmbHR 2005, 673; zur Eintragungspflicht der Vertretungsverhältnisse der Limited-Komplementärin im Handelsregister der Kommanditgesellschaft siehe LG Chemnitz, GmbHR 2007, 263). Besondere Probleme stellen sich, wenn eine Limited liquidationslos im englischen Gesellschaftsregister gelöscht wird, etwa infolge der fehlenden Abgabe des jährlichen Berichts, sog. *annual return*. Im deutschen Handelsregister bleibt in diesen Fällen – auch mangels einer europäischen Vernetzung der Register – eine Zweigniederlassung einer nicht mehr existenten englischen Limited eingetragen, die (vermeintlich) noch als Rechtsträgerin im Rechtsverkehr auftritt. Praxisnah erscheint daher der Hinweis von *Just*, im Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft Vorsorge für eine nicht insolvenzbedingte Auflösung der Limited zu treffen. Das Problem stellt sich freilich bei allen Rechtsverhältnissen unter Beteiligung einer Limited, so dass allgemein eine entsprechende kautelarjuristische Vorsorge anzuraten ist.

Das von *Hirte* und *Bücker* herausgegebene Praxishandbuch „Grenzüberschreitende Gesellschaften" verfolgt eine andere Zielsetzung; es möchte über die Wahlmöglichkeit zwischen einer deutschen oder ausländischen Rechtsform informieren. Über 20 Mitautoren stellen die europarechtlichen Vorgaben, einige ausgewählte ausländische Rechtsformen und die Behandlung von Auslandsgesellschaften im deutschen Rechtsverkehr dar. Anders als bei *Just* liegt der Fokus des „Praxishandbuchs" stärker auf den Auswirkungen der jüngeren EuGH-Rechtsprechung (Centros, Überseering und Inspire Art) und deren Folgen für handelsrechtliche Fragen, Mitbestimmung, Registeranmeldung, Gläubigerschutz, Insolvenz u. ä. Die Erläuterungen des ausländischen Gesellschaftsrechts sind hingegen knapper, schließen dafür aber – neben dem englischen Recht der Limited – das niederländische, luxemburgische und US-amerikanische Gesellschaftsrecht ein. Ausführlich mit dem Registerrecht und damit für die notarielle Praxis nach wie vor häufigen Fragen setzen sich *Mankowski/Knöfel* auseinander. Unklar erscheint dabei ihr Vorschlag, eine Vertretungsbescheinigung eines deutschen Notars nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO vorzulegen; die Vertretungsbefugnis eines *Limited-directors* ergibt sich nämlich gerade nicht aus dem beim *Companies House* geführten Register. Hervorzuheben ist schließlich ein eigener Abschnitt von *Kalss/Adensamer* zur Behandlung von Auslandsgesellschaften in Österreich, auch wenn das „Limited-Phänomen" dort nur eine geringe praktische Bedeutung haben soll.

In beiden Werken fehlen dem Leser leider Ausführungen zu häufigen Problemen in der Gestaltungspraxis: Beispiels-

weise sind die Ausführungen bei *Just* zur Vererblichkeit von Limited-Anteilen nur äußert knapp; die Bearbeiter des englischen Rechts im *Hirte/Bücker* schweigen sich hierzu völlig aus (ausführlich indes *von Oertzen/Cornelius*, ZEV 2006, 106). Auch zu anderen Problemstellungen, wie der Möglichkeit des Ausschlusses von Gesellschaftern, der Einräumung von Treuhandschaften oder der Umwandlung einer Limited mit deutscher Hauptniederlassung in eine GmbH finden sich in beiden Neuauflagen leider keine Ausführungen.

Die Bücher enthalten im Anhang jeweils u. a. die als Standardsatzung häufig verwendeten *Articles* nach Table A des Companies Act 1985, ein beispielhaftes *Memorandum of Association* sowie Formblätter zur Anmeldung von Änderungen beim *Companies House.* Sämtliche, ohnehin auch über das Internet verfügbare Texte, sind in englischer Sprache abgedruckt. Für Folgeauflagen sollte man hier an eine entsprechende Übersetzung denken, die insbesondere denjenigen Rechtsanwendern zugute käme, die über keine besonderen Kenntnisse der englischen (Rechts-)Sprache verfügen. Wohl aufgrund der Redaktionsschlüsse konnte in keinem der beiden Werke der im November 2006 verabschiedete Companies Act 2006 (der im Wesentlichen im Oktober 2008 in Kraft tritt) oder die Änderungen im Recht der Zweigniederlassung und der Namenszeichnung durch das EHUG (BGBl 2006 I, S. 2553) eingearbeitet werden.

Das Werk von *Just* liest sich flüssig und stellt die rechtlichen Grundlagen übersichtlich und an den Gesetzestext des Companies Act angelehnt dar. Es bietet damit einen schnellen, deutschsprachigen Einstieg in das englische Gesellschaftsrecht. Das Werk ist jedem zu empfehlen, der sich mit dem englischen Gesellschaftsrecht der Limited näher beschäftigen möchte. *Hirte/Bücker* bieten demgegenüber einen umfangreichen, vor allem international-privatrechtlichen Überblick, der sich mit zahllosen – nach wie vor von der Rechtsprechung ungeklärten – Streitfragen vertieft auseinandersetzt; die Darstellung der ausländischen Gesellschaftsrechte ist dagegen knapper. Für den Praktiker oder Limited-Gesellschafter ist der *Just* eher zu empfehlen; wer tiefer schürfende Argumente für die Diskussion mit Register- oder Insolvenzgerichten benötigt, kann hingegen im *Hirte/Bücker* fündig werden. Die nach wie vor bestehenden Rechtsunsicherheiten für Auslandsgesellschaften in Deutschland werden aber von keinem der Bücher ausgeräumt.

Notarassessor Dr. *Martin T. Schwab*, München

Gebauer/Widmann (Hrsg.): Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Boorberg, 2005. 1 675 S., 158 €

Das Europarecht hinterlässt sichtbare Spuren in den Zivilrechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Viele Regelungen des BGB und seiner Nebengesetze wurden aufgrund europarechtlicher Vorgaben geändert oder sind erst auf deren Basis entstanden. Die bislang einschneidenste Änderung führte die Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2001 herbei. Zum Teil werden die europarechtlichen Einflüsse verwischt, da die Mitgliedstaaten über das eigentlich vom europäischen Gesetzgeber geforderte Maß aus politischen Gründen oder systematischen Zwängen hinausgehen. Gerade dem deutschen Gesetzgeber wird diese Art der Überregulierung gerne nachgesagt. An anderer Stelle bleibt die Umsetzung unzureichend, was die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes gelegentlich aufdeckt (siehe nur die Heininger-Entscheidung des EuGH, MittBayNot 2002, 276). Der Vertragsgestalter kann sich insoweit nicht mehr auf den nationalen Gesetzgeber verlassen, sondern muss auch das Gemeinschaftsrecht und dessen Auslegungsmethoden im Blick haben.

In der Grundlagendarstellung des ersten Teils stellen die Herausgeber das europäische Zivilrecht, seine Rechtsgrundlagen, seine Anwendbarkeit und die Auslegungsmethodik dar. Gerade letztere spielt wegen der – schon angesprochenen – Tendenz der überschießenden Richtlinienumsetzung eine wichtige Rolle. Der BGH legt auch in diesem überschießenden Bereich die deutsche Norm nach der europäischen Richtlinie aus (BGH, DNotZ 2002, 862; vgl. S. 107 des Buches). Der zweite und Hauptteil stellt in zwölf Kapiteln die Teilgebiete des BGB vor, die von europäischen Richtlinien beeinflusst und geprägt sind. Hierzu gehören zum Beispiel das Recht des Verzugs (*Schmidt-Kessel*), das AGB-Recht (*Nassall*), die Haustürgeschäfte (*Wiedmann*), der Kaufvertrag (*Leible*), Teilzeit-Wohnrechte (*Staudinger*), Verbraucherkreditrecht (*Welter*) oder das Werkvertragsrecht (*Maifeld*). Alle Kapitel kennzeichnet der einheitliche Aufbau, der zunächst die einschlägige Richtlinie im Wortlaut wiedergibt, dann deren Anwendungsbereich, Inhalt und ihre Umsetzung ins nationale Recht darstellt und schließlich die konkrete deutsche Norm mit der Richtlinie vergleicht, quasi „subsumiert". Kaum Berücksichtigung finden allerdings die spezifischen Diskussionen über Fragen der Vertragsgestaltung, die die notarrechtliche Literatur in den vergangenen Jahren beschäftigt haben. Der „Bauträgervertrag" findet sich nicht einmal im Sachverzeichnis als Stichwort (vgl. hierzu *Sorge/Vollrath*, DNotZ 2001, 261). Die Entscheidung „Freiburger Kommunalbauten" zur EuGH-Vorlage des VII. Senats des BGH hinsichtlich der etwaigen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer MaBV-Bürgschaft wird nur unter systematischen Aspekten besprochen (S. 168). Das muss jedoch keine Schwäche des Buches sein. Vielleicht relativiert diese Art der Außenwahrnehmung auch nur die Gewichtigkeit der Diskussion.

Im dritten Teil (Nebengebiete des Privatrechts) bietet das Kapitel Handels- und Gesellschaftsrecht einen gewinnbringenden Überblick über die Kapitalgesellschaftsrichtlinien und die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit.

Der vierte Teil stellt in zehn Kapiteln das Zivilverfahrensrecht einschließlich der Verordnung über den Europäischen Vollstreckungstitel (EuVTVO) vor. Letzteres geht freilich nicht über die verfügbaren Darstellungen *Franzmanns* (MittBayNot 2004, 404 und 2005, 470) hinaus.

Das Buch ist – angesichts seines Umfangs nicht verwunderlich – in der Anschaffung nicht günstig. *Gebauer/Widmann* schließen mit ihrem Werk jedoch eine Lücke, indem sie für das ganze europäische Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht ein Kompendium anbieten, das zugleich dessen konkrete Auswirkungen auf das nationale Recht aufzeigt. Die Anschaffung ist deshalb uneingeschränkt zu empfehlen. Dem Werk und seinen Folgeauflagen dürfte eine erfolgreiche Zukunft gewiss sein.

Notar *Hans-Ulrich Sorge*, Würzburg

Reibold: Praxis des Notariats, Praxisleitfaden. 9. Aufl., Deubner, 2007. 521 S., 41,73 €

Das Buch „Praxis des Notariats“ ist nach Angabe des Autors aus dessen langjähriger Berufserfahrung entstanden und behandelt grundlegende Fragen des notariellen Alltags im Zusammenhang mit Notar- und Beurkundungsverfahrensrecht, Grundstücksrecht samt Kaufvertragswesen, Verwahrungstätigkeiten des Notars, in Auszügen auch Begründung von Wohnungseigentum und GmbH-Gründung, ferner Erbrecht und Hinweise zur Amtsführung. Das Werk ist in 16 Kapitel untergliedert, außerdem enthält es im Anhang den Gesetzestext des Beurkundungsgesetzes, die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer und den Wortlaut der Dienstordnung für Notarinnen und Notare.

In der 9. Auflage wurden nunmehr die Änderungen und Ergänzungen, die sich aus der Schuldrechtsmodernisierung für die Gestaltung von Notarverträgen ergeben, berücksichtigt. Daneben wurden die Änderungen zum Beurkundungsgesetz und der DONot behandelt. An den entsprechenden Stellen wurde jeweils auf aktuelle Entscheidungen des BGH zum Kostenrecht hingewiesen. Aufgrund der Aktualität des Themas hat der Autor ferner eine umfassende Neuformulierung der Generalvollmacht mit Betreuungs- und Patientenverfügung aufgenommen. Auch die Neuerungen im Zusammenhang mit dem elektronischen Rechtsverkehr wurden angeschnitten.

Nach Meinung des Autors soll das Buch vornehmlich Auszubildenden, Lehrern an Berufschulen, aber auch Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen, die sich nach Übernahme eines Notaramtes erst einarbeiten müssen, eine praktische Hilfestellung bei der Bewältigung der Aufgaben bieten, die in der notariellen Praxis regelmäßig anfallen. Dies ist dem Autor auch gut gelungen, wobei jedoch nochmals klarzustellen ist, dass sich wohl eher dem frischen Berufseinsteiger beim Lesen der Lektüre neue Erkenntnisse erschließen dürften, während bereits eingearbeitete Notariatsmitarbeiter größtenteils die behandelten Themenbereiche beherrschen sollten. Zur Begleitung während der Ausbildung ist das Buch dennoch gut geeignet, da gerade im Bereich des Grundstücksrechts sowohl der theoretische Sachverhalt samt entsprechenden gesetzlichen Grundlagen als auch praktische Beispiele und Formulierungsvorschläge anschaulich miteinander verbunden sind.

Gut dargestellt und besonders hilfreich sind die zur Verfügung gestellten Checklisten für verschiedenste Bereiche, die auch als Besprechungshilfen verwendet werden können sowie die Musterformulierungen von Urkunds- und Beglaubigungstexten jeweils mit entsprechender Kostenbewertung. Dennoch würde man sich in manchen Bereichen eine detailliertere Ausführung wünschen. So sind z. B. im Bereich des Wohnungseigentumsgesetzes keine grundlegenden Erklärungen, sondern lediglich ein beispielhafter Sachverhalt sowie eine Musterformulierung für eine Teilungserklärung nach § 8 WEG enthalten, ohne auch nur kurz darauf hinzuweisen, dass es ebenso eine Teilung nach § 3 WEG gibt; im Übrigen wird lediglich auf die bereits veraltete 12. Auflage des *Schöner/Stöber,* Grundbuchrecht, verwiesen. Auch zum Handels- und Gesellschaftsrecht sind, abgesehen von einer GmbH-Gründung mit entsprechender Handelsregisteranmeldung, kaum Informationen enthalten, obgleich es in der Praxis oft die Aufgabe von Auszubildenden ist, Anmeldungen zum Vereins- oder Genossenschaftsregister sowie einfache Handelsregisteranmeldungen vorzubereiten. Meines Erachtens könnte auch der gesamte Bereich Familien- und Erbrecht klarer strukturiert sein, vor allem, da man als Leser teilweise zunächst mit Formulierungsbeispielen von Urkundstexten konfrontiert wird, bevor man in theoretischer Hinsicht an den entsprechenden Sachverhalt herangeführt wird. Beispielsweise wird bereits in § 14 („Aus dem Bereich des Familien- und Erbrechts“) auf die Grundzüge des Güterstandes der Gütergemeinschaft eingegangen sowie einige Seiten später in kürzester Form der Güterstand der Gütertrennung erwähnt, wobei hierzu Formulierungsvorschläge zu Eheverträgen folgen, in denen Gütertrennung oder eine Modifizierung des gesetzlichen Güterstandes geboten werden. An jener Stelle fehlt jedoch eine Erklärung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft, die gemeinsam mit weiteren Informationen zu Gütergemeinschaft und Gütertrennung erst im Zusammenhang mit dem Erbrecht in § 15 folgt.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass das Buch als Einstiegshilfe in den notariellen Berufsalltag grundsätzlich geeignet ist und dem Leser in vielen Bereichen einen guten Dienst erweist. Den *Fassbender,* Notariatskunde, kann es jedoch nach meiner Auffassung nicht ersetzen, weil dieses Werk im Vergleich zum hier besprochenen aufgrund der umfangreicheren Palette von Anwendungsbereichen und der Behandlung sowohl einfacher als auch komplexerer Inhalte auch noch nach abgeschlossener Berufsausbildung zu Rate gezogen werden kann.

Inspektor i. N. *Markus Weber*, Trostberg

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. GG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1; BGB § 402 (*Wirksame Abtretung einer Darlehensforderung*)

Die Wertung des Gesetzes, dass die Abtretung einer Forderung ungeachtet einer persönlichkeitsrechtlichen Relevanz der nach § 402 BGB zu erteilenden Auskünfte wirksam ist, begegnet grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, da sie der Verkehrsfähigkeit von Forderungen und damit einem für die Privatrechtsordnung wesentlichen Allgemeinbelang dient. Für die Abtretung einer Darlehensforderung durch ein Kreditinstitut lässt sich bei typisierender Betrachtung nicht feststellen, dass dem Geheimhaltungsinteresse des Schuldners der Vorzug vor der Verkehrsfähigkeit der Forderung zu geben ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

BVerfG, Beschluss vom 11.7.2007, 1 BvR 1025/07

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in WM 2007, 1694.Vgl. hierzu auch die nachfolgende Entscheidung des BGH.

———

2. BGB §§ 134, 312 f, 399 Alt. 2; HWiG § 1 Abs. 1 Nr. 1 a. F., § 5 Abs. 1 (*Wirksame Abtretung einer Darlehensforderung*)

a) Der wirksamen Abtretung von Darlehensforderungen eines Kreditinstituts stehen weder das Bankgeheimnis noch das Bundesdatenschutzgesetz entgegen.

b) Arbeitsplatz i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a. F. (§ 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB) ist nur derjenige des Verbrauchers.

c) Zu den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 HWiG (§ 312 f Satz 2 BGB), wenn der Bürge seine Bürgschaftserklärung am Arbeitsplatz des persönlichen Schuldners abgibt.

BGH, Urteil vom 27.2.2007, XI ZR 195/05

Die Klägerin begehrt aus abgetretenem Recht der Zedentin von den Beklagten zu 1 und 2 im Rahmen einer Teilklage die Rückzahlung eines Darlehens; den Beklagten zu 3 nimmt sie als Bürgen in Anspruch.

Der Beklagte zu 1 schloss mit der Zedentin im Oktober 1998 einen Darlehensvertrag über 405.500 DM zur Zwischenfinanzierung des Kaufs einer Eigentumswohnung. Zur Abwicklung der Darlehensauszahlung eröffnete er zusammen mit seiner Ehefrau, der Beklagten zu 2, bei der Zedentin ein Gemeinschaftskontokorrentkonto, das im Jahr 1998 ein Soll von ca. 125.000 DM aufwies. Der Beklagte zu 3, der Vater der Beklagten zu 2, unterzeichnete eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft über 150.000 DM zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Zedentin gegen die Beklagten zu 1 und 2. Die Bürgschaftsurkunde enthielt keine Widerrufsbelehrung und bestimmte in Ziff. 9, dass jede Änderung oder Ergänzung des Bürgschaftsvertrages oder eine Vereinbarung über dessen Aufhebung, um Gültigkeit zu erlangen, der Schriftform bedürfe. Die weiteren Umstände des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages sind zwischen den Parteien streitig. Der Beklagte zu 3 behauptet, er habe seine Bürgschaftserklärung bei einem unbestellten Besuch einer Mitarbeiterin der Zedentin in der Zahnarztpraxis der Beklagten zu 2 abgegeben. Dabei sei ihm zugesagt worden, dass er aus der Bürgschaft entlassen werde, sobald eine vom Beklagten zu 1 erwartete, inzwischen erfolgte Steuerrückerstattung von ca. 50.000 DM eingegangen sei.

In der Folgezeit schlossen die Beklagten zu 1 und 2 mit der Zedentin einen Darlehensvertrag über 550.000 DM, der ein Altdarlehen von 424.000 DM und – zur Ablösung der Überziehung des Kontokorrentkontos – eine Kreditaufstockung von 126.000 DM umfasste. Die Beklagten zu 1 und 2 unterzeichneten eine gesonderte, der Vorschrift des § 7 VerbrKrG a. F. entsprechende „Information über das Recht zum Widerruf“. Der Darlehensvertrag enthielt ferner „Allgemeine Darlehensbedingungen“, deren Ziff. 11 mit „Refinanzierung“ überschrieben ist und folgenden Inhalt hat:

> „Die Bank ist berechtigt, im Fall der Refinanzierung die Darlehensforderung abzutreten und die vom Darlehensnehmer bestellten Sicherheiten an die Refinanzierungsstelle zu übertragen.“

Nachdem über das finanzierte Objekt die Zwangsversteigerung angeordnet worden war, kündigte die Zedentin den im Oktober 1998 geschlossenen Darlehensvertrag und verlangte die Rückzahlung von 287.190,52 €. In der Folgezeit trat die Zedentin ihre Forderungen gegen die Beklagten zu 1 und 2 und die eingeräumten Sicherheiten, u. a. die von dem Beklagten zu 3 übernommene Bürgschaft, an die Klägerin ab.

Aus den Gründen:

II.

1. Das Berufungsgericht hat allerdings zu Recht die Aktivlegitimation der Klägerin bejaht. Entgegen der Auffassung der Revision steht der Wirksamkeit der Abtretung der Darlehens- und der Bürgschaftsforderung weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Abtretungsverbot entgegen.

a) Die Abtretung durch die Zedentin ist nicht gemäß § 399 Alt. 2 BGB ausgeschlossen, weil eine hierfür erforderliche „Vereinbarung mit dem Schuldner“ nicht vorliegt.

Nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum setzt ein Abtretungsausschluss einen Vertrag voraus, in dem sich die Vertragsparteien zumindest stillschweigend über den Ausschluss der Abtretung geeinigt haben (vgl. BGH, WM 2002, 1845, 1846 = NJW 2002, 2865; MünchKommBGB/*Roth*, 4. Aufl., § 399 Rdnr. 30; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 66. Aufl., § 399 Rdnr. 8; *Staudinger/Busche*, BGB, 2005, § 399 Rdnr. 54 jew. m. w. N.). Dies beruht darauf, dass nach § 398 BGB die Abtretbarkeit der Regelfall und deren Ausschluss die Ausnahme ist, die – wie auch der eindeutige Wortlaut des § 399 Alt. 2 BGB besagt – von den Parteien erklärt worden sein muss und diesen nicht lediglich unterstellt werden darf.

Nach diesen Grundsätzen ist hier die stillschweigende Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses zu verneinen. Für den hierzu erforderlichen übereinstimmenden inneren Willen der Parteien fehlt es an jedem Anhaltspunkt. Ganz im Gegenteil ist in Ziff. 11 der Allgemeinen Darlehensbedingungen für den Fall der Refinanzierung die Berechtigung der Zedentin zur Forderungsabtretung ausdrücklich vorgesehen. Dessen ungeachtet widerspricht ein Abtretungsausschluss – für den Kunden erkennbar – den berechtigten Interessen der Bank. Diese ist an einer freien Abtretbarkeit der Kreditforderungen zum Zwecke der Refinanzierung oder der Risiko- und Eigenkapitalentlastung interessiert (vgl. OLG Köln, WM 2005,

2385, 2386; LG Frankfurt am Main, WM 2005, 1120, 1123; LG Koblenz, WM 2005, 30, 32; *Bruchner*, BKR 2004, 394, 396; *Cahn*, WM 2004, 2041, 2048; *Langenbucher*, BKR 2004, 333, 334; *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1541; *Schantz*, VuR 2006, 464, 465).

b) Entgegen der Revision ergibt sich ein vertraglicher Abtretungsausschluss auch nicht aus dem Bankgeheimnis. Dies entspricht der nahezu einhelligen Auffassung in der Instanzrechtsprechung und in der Literatur (vgl. KG, NZG 2006, 706; OLG Köln WM 2005, 2385, 2386; LG Frankfurt am Main, WM 2005, 1120, 1122; LG Koblenz, WM 2005, 30, 32; *Rohe* in Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand 1.3.2006, § 399 Rdnr. 13; *Palandt/Grüneberg,* § 399 Rdnr. 8; *Staudinger/Busche*, § 399 Rdnr. 54; *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2006, § 1 Rdnr. 23 f.; *Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionenschutz, 2005, S. 38 ff.; *Böhm,* BB 2004, 1641, 1642 f.; *Bütter/Aigner,* BB 2005, 119, 121 f.; *Bütter/Tonner,* ZBB 2005, 165, 169 ff.; *Bruchner*, BKR 2004, 394; *Cahn*, WM 2004, 2041, 2048 ff.; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1571 f.; *Jobe*, ZIP 2004, 2415, 2416 ff.; *Langenbucher,* BKR 2005, 333; *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1540 ff.; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1559; *Rögner*, NJW 2004, 3230, 3232 f.; *Stiller*, ZIP 2004, 2027, 2029), die auch der Senat bereits gebilligt hat (Beschluss vom 27.1.1998, XI ZR 208/97, n. v.). Die von der Revision im Anschluss an eine – vereinzelt gebliebene – Entscheidung des OLG Frankfurt am Main (WM 2004, 1386, 1387) vorgebrachten Gegenargumente überzeugen nicht.

aa) Nach der Rechtsprechung des BGH besteht das Bankgeheimnis in der Pflicht des Kreditinstituts zur Verschwiegenheit über kundenbezogene Tatsachen und Wertungen, die ihm aufgrund, aus Anlass oder im Rahmen der Geschäftsverbindung zum Kunden bekannt geworden sind und die der Kunde geheim zu halten wünscht (vgl. BGHZ 27, 241, 246; BGH, WM 2006, 380, 384 m. w. N.). Die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses ist eine besondere Ausprägung der allgemeinen Pflicht der Bank, die Vermögensinteressen des Vertragspartners zu schützen und nicht zu beeinträchtigen (BGH, WM 2006, 380, 385).

bb) Aus dieser Verschwiegenheitspflicht, die rein schuldrechtlichen Charakter hat, folgt kein dinglich wirkendes Abtretungsverbot. Hierzu bedürfte es einer – wie oben ausgeführt hier nicht vorliegenden – ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Parteien i. S. d. § 399 Alt. 2 BGB.

Allerdings kann die aus dem Bankgeheimnis folgende Verschwiegenheitspflicht mit der Auskunftspflicht des Zedenten nach § 402 BGB, die Bestandteil des der Zession zugrunde liegenden schuldrechtlichen Grundgeschäfts ist, in Konflikt geraten. Danach ist der Zedent verpflichtet, dem Zessionar die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Auskünfte zu erteilen. Ein hiermit verbundener Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht kann jedoch lediglich auf schuldrechtlicher Ebene eine Schadensersatzpflicht aus § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB auslösen, berührt aber die Wirksamkeit des dinglichen Verfügungsgeschäfts der Forderungsabtretung nicht (LG Koblenz, WM 2005, 30, 32; *Staudinger/Busche*, § 399 Rdnr. 54; *Nobbe,* WM 2005, 1537, 1541). Gegen die Auffassung, jede Zession verletze wegen der mit ihr verbundenen Informationspflichten stets die Verschwiegenheitspflicht des Kreditinstituts (vgl. OLG Frankfurt am Main, WM 2004, 1386, 1387), spricht zudem, dass § 402 BGB zwar eine typisierende, aber keineswegs zwingende Regelung enthält, sondern abbedungen oder beschränkt werden kann. Der Zedent kann etwa weiterhin zur Einziehung der abgetretenen Forderung verpflichtet werden, so dass es zu keiner Informationsweitergabe kommt und das Bankgeheimnis von vornherein nicht betroffen ist (vgl. *Bütter/Tonner*, ZBB 2005, 165, 170; *Langenbucher,* BKR 2004, 333, 334; *Stiller,* ZIP 2004, 2027, 2029; siehe auch Rundschreiben 4/97 des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen zur Veräußerung von Kundenforderungen im Rahmen von Asset-Backed Securities-Transaktionen vom 19.3.1997 unter III., WM 1997, 1821, 1822).

c) Schließlich verstößt die Abtretung auch nicht gegen ein gesetzliches Abtretungsverbot gemäß § 134 BGB.

aa) Entgegen der Ansicht der Revision, die sich insoweit ebenfalls nur auf die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main (WM 2004, 1386, 1387 f.) stützen kann, lässt sich ein gesetzliches Abtretungsverbot nicht mit der Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit der Abtretung von Honorarforderungen von Ärzten, Rechtsanwälten, Steuerberatern und Vertretern ähnlicher Berufe (vgl. BGHZ 115, 123, 124 ff. betr. Arzt/Zahnarzt; BGHZ 122, 115, 117 betr. Rechtsanwalt; BGH, WM 1996, 1815, 1816 betr. Steuerberater; ebenso OLG Dresden, NJW 2004, 1464 betr. Verfahrenspfleger/Sozialarbeiter) begründen.

Nach diesen Entscheidungen folgt das Abtretungsverbot aus einem Verstoß gegen § 134 BGB i. V. m. § 203 Abs. 1 StGB. Dieses Verbotsgesetz stellt die unbefugte Offenbarung eines anvertrauten oder sonst bekannt gewordenen fremden Geheimnisses durch die in § 203 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 StGB aufgeführten Berufsangehörigen unter Strafe. Für die Verletzung des Bankgeheimnisses durch Vorstandsmitglieder oder Angestellte eines privaten Kreditinstituts oder – wie hier – einer Genossenschaftsbank sieht das Strafgesetzbuch keine Sanktion vor. Eine analoge Anwendung des § 203 Abs. 1 StGB scheidet wegen Art. 103 Abs. 2 GG von vornherein aus.

bb) Ein gesetzliches, dinglich wirkendes Abtretungsverbot ist auch nicht Bestandteil des Bankgeheimnisses, wenn man dieses – wie Teile der Literatur – als Gewohnheitsrecht einordnet (so z. B. *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 3; *Klüwer/Meister,* WM 2004, 1157; *Kobersteín-Windpassinger*, WM 1999, 473, 474; *Toth-Feher/Schick,* ZIP 2004, 491, 493).

Gewohnheitsrecht stellt nur dann ein gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB dar, wenn es ein Rechtsgeschäft unmissverständlich verwirft, indem es sich – was allerdings atypisch wäre – gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft richtet (vgl. MünchKommBGB/*Armbrüster*, 5. Aufl., § 134 Rdnr. 32). Dies ist hier nicht der Fall. Es fehlt bereits an der für eine gewohnheitsrechtliche Ausprägung erforderlichen lang dauernden Übung, die durch die Rechtsüberzeugung der beteiligten Verkehrskreise getragen werden muss (vgl. hierzu nur BVerfGE 28, 21, 28; BGHZ 37, 219, 222), dass ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis auch die Unwirksamkeit der Abtretung nach sich zieht.

cc) Anders als die Revision meint, stehen der Wirksamkeit der Abtretung schließlich auch nicht die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes entgegen.

(1) Das Bundesdatenschutzgesetz regelt die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten, d. h. von Einzelangaben über die persönlichen und sachlichen Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (§ 1 Abs. 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 BDSG). Werden Informationen über die Kreditbeziehung, die zur Geltendmachung der Forderung notwendig sind, dem Zessionar durch den Zedenten offenbart, handelt es sich um die Übertragung von Daten an einen Dritten nach § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 a BDSG und da-

mit um Datenverarbeitung i. S. d. § 3 Abs. 4 Satz 1 BDSG, die gemäß § 4 Abs. 1 BDSG nur zulässig ist, soweit das Bundesdatenschutzgesetz (z. B. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG) oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Zu den Voraussetzungen eines solchen Erlaubnistatbestandes hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Hierauf kommt es vorliegend auch nicht an. Selbst im Falle eines Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen lässt sich aus dem Bundesdatenschutzgesetz kein gesetzliches Abtretungsverbot i. S. d. § 134 BGB herleiten.

In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass § 134 BGB bei einer gegen die Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes verstoßenden Abtretung nicht anwendbar sei (vgl. OLG Celle, WM 2004, 1384, 1385; *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 1 Rdnr. 22; *Bütter/Aigner,* BB 2005, 119, 122; *Bütter/Tonner,* ZBB 2005, 165, 170; *Cahn*, WM 2004, 2041, 2051; *Früh*, WM 2000, 497, 501; *ders*. in Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Stand September 2006, Rdnr. 3/138 h; *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1543 f.; *Rinze/Heda,* WM 2004, 1557, 1563; *Theewen,* WM 2004, 105, 113). Die Gegenauffassung hält demgegenüber § 28 BDSG für ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB, so dass im Falle eines Verstoßes gegen § 28 BDSG auch die Abtretung unwirksam sei (*Küppers/Brause*, AG 1998, 413, 418; *Kusserow/Dittrich,* WM 1997, 1786, 1791; *Schantz,* VuR 2006, 464, 467).

(2) Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an.

(a) Nach der Konzeption des Bundesdatenschutzgesetzes kommt diesem kein Vorrang vor dem Bankgeheimnis zu. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (*Canaris* in Großkomm. HGB, 4. Aufl., Bankvertragsrecht I Rdnr. 72; *Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionenschutz, S. 92) kann auch der Entscheidung des BGH vom 19.9.1985 (BGHZ 95, 362, 367) nichts anderes entnommen werden. Vielmehr erlangen die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes im Verhältnis zum Bankgeheimnis nur dann Bedeutung, wenn eine Frage aufgrund des Bankgeheimnisses nicht abschließend beantwortet werden kann.

Das Verhältnis zwischen Datenschutz und Bankgeheimnis wird maßgeblich von § 1 Abs. 3 Satz 2 BDSG bestimmt. Danach bleibt die Verpflichtung zur Wahrung von Berufsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, von den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes unberührt. Dies bedeutet nicht nur, dass Datenschutz und Bankgeheimnis nebeneinander gelten, sondern auch, dass das Datenschutzrecht im Verhältnis zum Bankgeheimnis als Berufsgeheimnis eine Auffangfunktion hat (*Bergmann/Möhrle/Herb*, Bundesdatenschutzgesetz, Stand August 2006, § 1 Rdnr. 23 f.; *Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 25; *Walz* in Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl., § 1 Rdnr. 182 und § 28 Rdnr. 134; *Dörr/Schmidt*, Neues Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 22; *Fisahn*, CR 1995, 632, 634 f.; *Koberstein-Windpassinger,* WM 1999, 473, 476; *Koch,* MMR 2002, 504, 506 f.; *Nobbe,* WM 2005, 1537, 1544; *Rinze/Heda,* WM 2004, 1557, 1563; a. A. *Schaffland/Wiltfang*, Bundesdatenschutzgesetz, Stand Dezember 2006, § 1 Rdnr. 35, die das Bankgeheimnis – ohne Begründung – nicht zu den Berufsgeheimnissen zählen). Dies ergibt sich bereits aus der Verwendung des Wortes „unberührt“ und wird von der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf des Art. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes bestätigt, wonach sowohl gesetzliche Regelungen als auch von der Rechtsprechung für besondere Geheimnisse entwickelte Grundsätze den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes vorgehen sollen (vgl. BT-Drucks. 11/4306, S. 39 zu § 1 Abs. 5).

(b) Die Herleitung eines gesetzlichen Abtretungsverbots aus dem Bundesdatenschutzgesetz würde zudem zu einem untragbaren Wertungswiderspruch führen. Nach § 3 Abs. 1 BDSG fallen in dessen Anwendungsbereich lediglich die Daten natürlicher Personen, nicht aber diejenigen juristischer Personen. Es ist kein sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich, die Abtretung von Darlehensforderungen eines Kreditinstituts gegen natürliche Personen an einem datenschutzrechtlichen Abtretungsverbot scheitern zu lassen, die Abtretung solcher Forderungen gegen juristische Personen aber als wirk-sam anzusehen. Ein solches Ergebnis wäre insbesondere im Hinblick auf den spezifischen Geheimnis- und Vertrauensschutz, der durch das Bankgeheimnis zwischen Kreditinstitut und Kunde begründet wird, nicht mehr verständlich (vgl. *Nobbe,* WM 2005, 1537, 1544).

Aufgrund dessen kann auch das von der Gegenansicht herangezogene Argument, zur Verwirklichung des verfassungsmäßigen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sei die Sanktion der Nichtigkeit der Abtretung notwendig (vgl. *Schantz,* VuR 2006, 464, 467), nicht überzeugen. Im Übrigen wird der Verstoß gegen Datenschutzbestimmungen nicht nur – wie der Verstoß gegen das Bankgeheimnis – durch einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch, sondern darüber hinaus auch durch die Bußgeld- und Strafvorschriften der §§ 43, 44 BDSG ausreichend sanktioniert.

(c) Weiterhin spricht gegen die Nichtigkeit der Abtretung infolge eines Verstoßes gegen Datenschutzbestimmungen, dass ansonsten in weiten Bereichen die nach § 398 BGB vom Gesetzgeber gewollte grundsätzliche Abtretbarkeit von Geldforderungen ausgehebelt würde. Stattdessen wäre nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG die Zulässigkeit der Übermittlung der zur Geltendmachung der Forderung erforderlichen Informationen an den Zessionar von dem Ergebnis der Abwägung der berechtigten Interessen der zedierenden Bank an deren Weitergabe und der schutzwürdigen Belange des Kreditnehmers an deren Nichtweitergabe abhängig, die in jedem Einzelfall gesondert vorgenommen werden müsste. Dass der Gesetzgeber ein solches Ergebnis gewollt hat, kann insbesondere vor dem Hintergrund, dass er mit den Regelungen des § 354 a HGB und des § 22 d Abs. 4 KWG, nach denen unter den dort genannten Voraussetzungen selbst ein vertragliches Abtretungsverbot nach § 399 Alt. 2 BGB die Abtretbarkeit der Forderung nicht hindert, die Verkehrsfähigkeit von Geldforderungen insbesondere von Kreditinstituten gestärkt hat, nicht angenommen werden.

(d) Entgegen der Auffassung der Revision (so auch *Kusserow/Dittrich*, WM 1997, 1786, 1791) spricht auch die Sanktionierung von Verstößen gegen § 28 BDSG als Ordnungswidrigkeit gemäß § 43 BDSG oder die Eigenschaft des § 28 BDSG als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB nicht für ein gesetzliches Abtretungsverbot. Weder Vorschriften, die eine Ordnungswidrigkeit statuieren, noch solche, die ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB darstellen, sind stets Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB. Vielmehr muss jeweils geprüft werden, ob der Zweck des übertretenen Gesetzes dieses als Verbotsgesetz erscheinen lässt (vgl. BGHZ 132, 313, 318; MünchKommBGB/*Armbrüster,* § 134 Rdnr. 60 m. w. N.). Dies ist hier – wie ausgeführt – nicht der Fall.

2. Das Berufungsgericht hat des Weiteren zutreffend entschieden, dass der Beklagte zu 3 seine Bürgschaftserklärung nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a. F. wirksam widerrufen hat.

a) Allerdings scheitert ein Widerrufsrecht des Beklagten zu 3 nicht schon daran, dass – wie das Berufungsgericht unter Berufung auf BGHZ 139, 21 gemeint hat – der durch die Bürgschaft gesicherte Vertrag nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a. F. widerrufen werden konnte. Wie der erkennende Senat – nach Erlass des angefochtenen Urteils – unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung mit Urteil vom 10.1.2006 (BGHZ 165, 363, 366 ff. m. w. N.) entschieden hat, kommt es hierauf nicht an. Vielmehr besteht unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 HWiG bzw. des § 312 BGB ein eigenes Widerrufsrecht des Bürgen, weil ein Bürge, der in einer Haustürsituation einen gewerblichen Zwecken dienenden Kredit verbürgt, im Hinblick auf den Schutzzweck dieser Normen und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht schlechter stehen darf als derjenige, der in einer solchen Situation den Kreditvertrag als Mithaftender unterzeichnet (BGHZ 165, 363, 368 f.).

b) Das Berufungsgericht hat aber ein Widerrufsrecht des Beklagten zu 3 mit der zutreffenden Begründung verneint, dass der Beklagte zu 3 bereits nach seinem eigenen Vorbringen zum Abschluss des Bürgschaftsvertrages nicht in einer Haustürsituation bestimmt worden ist. Der Beklagte zu 3 befand sich, als er mit der Vertreterin der Zedentin sprach und seine Bürgschaftserklärung unterschrieb, weder an seinem Arbeitsplatz noch im Bereich einer Privatwohnung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a. F., sondern in den Praxisräumen der Beklagten zu 2. Dort war er nicht beschäftigt.

aa) Unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a. F. fällt grundsätzlich nur der Arbeitsplatz des Verbrauchers. Das Ansprechen am Arbeitsplatz eines Dritten, der zu demjenigen des Verbrauchers keine Verbindung aufweist, wird im Unterschied zur Privatwohnung eines Dritten vom Wortlaut der Nr. 1 („seinem Arbeitsplatz“) nicht erfasst (h. M.; vgl. nur Münch-KommBGB/*Ulmer*, 4. Aufl., § 312 Rdnr. 37; *Staudinger/Thüsing*, § 312 Rdnr. 82; *Ann* in Beck’scher Online-Kommentar BGB, § 312 Rdnr. 14; *Palandt/Grüneberg*, § 312 Rdnr. 14).

Eine erweiternde Auslegung dieses Merkmals kommt auch im Hinblick auf die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl Nr. L 372, S. 31) nicht in Betracht. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie beschränkt den Anwendungsbereich ebenfalls auf Verträge, die anlässlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden beim Verbraucher „an seinem Arbeitsplatz“ geschlossen werden, während es für Vertragsschlüsse in der Wohnung ausreichend ist, wenn diese mit dem Verbraucher „in seiner oder in der Wohnung eines anderen Verbrauchers“ zustande kommen.

bb) § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a. F. findet vorliegend auch nicht gemäß § 5 Abs. 1 HWiG a. F. Anwendung. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a. F. ist nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachvortrag des Beklagten zu 3 nicht durch anderweitige Gestaltungen umgangen worden. Dies würde voraussetzen, dass er durch die Vertragsanbahnung ebenso überrascht worden ist, wie wenn sie am eigenen Arbeitsplatz erfolgt wäre (MünchKommBGB/*Ulmer*, § 312 Rdnr. 37, 50). Es genügt – wie auch die Entstehungsgeschichte des § 1 Abs. 1 HWiG a. F. zeigt (vgl. BT-Drucks. 10/2876, S. 9 f.) – nicht allein die „Überrumpelung“ des Verbrauchers. Der Verbraucher muss sich vielmehr in einer arbeitsplatztypischen „Befangenheitssituation“ befinden (*Ann* in Beck’scher Online-Kommentar BGB, § 312 Rdnr. 14).

Nach diesen Grundsätzen liegt hier kein Umgehungstatbestand vor. Der Beklagte zu 3 wurde in die Praxisräume der Beklagten zu 2 gerufen, die in keinem Zusammenhang mit seiner beruflichen Sphäre standen. Er hätte sich anders als bei einer Ansprache an seinem Arbeitsplatz dem Gespräch mit der Angestellten der Zedentin und deren Einwirkung jederzeit durch Rückkehr in seine in derselben Stadt befindliche Wohnung entziehen können. Die Überrumpelungssituation, in der sich der Beklagte zu 3 nach seinem Vorbringen befunden hat, beruhte nicht auf der in § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a. F. vorausgesetzten arbeitsplatztypischen „Befangenheitssituation“, sondern auf der Anwesenheit seiner Tochter, der Beklagten zu 2, und dem Wunsch oder Drängen, ihr zu helfen. Hiervor will § 1 HWiG nicht schützen.

3. (…)

a) Wie die Revision zutreffend aufzeigt, hat der Beklagte zu 3 in erster Instanz vorgetragen, eine Mitarbeiterin der Zedentin habe bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages erklärt, dass die Bürgschaftsübernahme lediglich vorübergehend sei und er unter Aushändigung der Bürgschaftsurkunde wieder aus der Haftung entlassen werde, sobald die von dem Beklagten zu 1 erwartete – und später unstreitig erfolgte – Steuererstattung in Höhe von ca. 50.000 DM auf dem Kontokorrentkonto eingegangen sei. Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen, für das der Beklagte zu 3 Beweis angeboten und auf das er in seiner Berufungserwiderung Bezug genommen hat, verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt. (…)

bb) Die von dem Beklagten zu 3 behauptete Nebenabrede, die als Individualabrede dem Text der Formularbestimmung gemäß § 4 AGBG vorginge, wäre auch trotz der Schriftformklausel in Ziff. 9 der Bürgschaftsurkunde wirksam geworden. Denn eine Vereinbarung, die die Haftung des Bürgen im Vergleich zu dem beschränkt, was sich aus der Urkunde in Verbindung mit den gesetzlichen Vorschriften ergibt, wird formlos gültig (BGH, WM 1988, 1122, 1123; WM 1994, 784, 785).

cc) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung wäre die Nebenabrede auch nicht mangels Vertretungsmacht der für die Zedentin handelnden Mitarbeiterin unwirksam. Bei Ziff. 9 der Bürgschaftsurkunde handelt es sich um eine sog. einfache Schriftformklausel, die keinen Hinweis enthält, aus dem sich unmissverständlich ergibt, dass mündliche Erklärungen des Vertreters unbeachtlich sein sollen (vgl. MünchKommBGB/*Basedow*, 4. Aufl., § 305 b Rdnr. 14; *Staudinger/Schlosser*, BGB, 2006, § 305 b Rdnr. 50; *Ulmer* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 305 b BGB Rdnr. 35). Dann ist aber § 55 HGB anwendbar. Nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachvortrag des Beklagten zu 3 ist die Mitarbeiterin der Zedentin als deren Handlungsgehilfin i. S. d. § 55 Abs. 1, § 59 HGB anzusehen. Die Nebenabrede wurde bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages vereinbart und stellt keine Änderung eines abgeschlossenen Vertrages i. S. d. § 55 Abs. 2 HGB dar. (…)

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch die Entscheidung des BVerfG, MittBayNot 2007, 485 (in diesem Heft).

Anmerkung:

1. Einleitung

Ob Deutschland nach wie vor – neben verschiedenen asiatischen Ländern – bevorzugtes Ziel[1] für Aufkäufer von „non performing loans“ ist, also solchen Problemkrediten, bei denen aufgrund Zahlungsverzuges oder Verschlechterung der

1 Vgl. zur Entwicklung einzelner Märkte für Problemkredite *Young* in Wiedenhofer, Non Performing Loans (NPL), 2006, S. 19 ff. m. w. N.

Vermögensverhältnisse für den Gläubiger die Möglichkeit besteht, den Darlehensvertrag zu kündigen,[2] und ob das Marktvolumen tatsächlich 250 Milliarden Euro beträgt,[3] ist angesichts des wenig transparenten Marktes kaum abschätzbar. Dass dieser sensible Sektor von nicht zu unterschätzender wirtschaftlicher Bedeutung ist, ließ sich auch an den heftigen Reaktionen in der juristischen Literatur[4] auf das Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 25.5.2004,[5] das aus dem Bankgeheimnis ein stillschweigendes Verbot der Abtretung und deren Unwirksamkeit herleitete, erkennen. Zwar hat dieses Ergebnis in der Folge auch von Seiten der Rechtsprechung fast ausschließlich Ablehnung erfahren,[6] allerdings blieb eine Vielzahl von Fragen umstritten.[7]

Mit dem vorliegenden Urteil hat der BGH die erwarteten Antworten und eine ebenso sorgfältige wie lehrreiche Begründung geliefert. Der dinglichen Wirksamkeit der Abtretung einer Darlehensforderung steht dabei das Bankgeheimnis ebenso wenig entgegen, wie die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes. Der BGH differenziert insoweit nicht danach, ob es sich um eine Not leidende oder eine „gesunde" Forderung handelt.

2. Bankgeheimnis und Abtretungsausschluss

Ein Verbot, Darlehensforderungen abzutreten, lässt sich nach dem BGH aus dem Bankgeheimnis nicht herleiten, unabhängig davon, ob man es als vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht einordnen will[8] oder nicht. Die Verpflichtung des Kreditinstituts zur Wahrung des Bankgeheimnisses hat rein schuldrechtlichen Charakter, ein dinglich wirkendes Abtretungsverbot folgt aus ihr nicht.

Die Revision hatte, gestützt auf das Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 25.5.2004, die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses als Nebenpflicht aus dem Vertragsverhältnis zwischen Kreditinstitut und Kunden verstanden, die in der Regel den stillschweigenden Ausschluss der Abtretbarkeit enthalte.[9] Dieser Argumentation hält der BGH die Systematik der §§ 398 ff. BGB, nach der die Abtretbarkeit die Regel und deren Ausschluss die Ausnahme ist, ebenso entgegen wie das – für den Kunden erkennbare – Interesse des Kreditinstituts an der Abtretbarkeit zu Zwecken der Refinanzierung. Dogmatisch lässt sich das vom BGH insoweit gefundene Ergebnis weiter auch damit begründen, dass das Bankgeheimnis nicht erst als Nebenpflicht aus den vertraglichen Beziehungen zwischen Kunden und Bank, sondern bereits aus dem mit Aufnahme des geschäftlichen Kontakts entstehenden gesetzlichen Schuldverhältnis i. S. d. § 311 Abs. 2 BGB folgt, insoweit also nicht auf einer „Vereinbarung mit dem Schuldner" i. S. d. § 399 Alt. 2 BGB beruht.[10]

3. Bundesdatenschutzgesetz und Abtretungsausschluss

Der BGH folgert auch aus einem möglichen Verstoß gegen die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes zur Weitergabe von Daten an Dritte (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG) keinen Abtretungsausschluss. Entgegen einzelnen Stimmen in der Literatur,[11] die in § 28 BDSG ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB sehen, kommt den datenschutzrechtlichen Vorschriften neben dem Bankgeheimnis nur eine Auffangfunktion zu. Dies begründet der BGH aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 3 BDSG und maßgeblich mit dem Wertungswiderspruch, der sich aus der Herleitung eines gesetzlichen Abtretungsausschlusses aus dem BDSG ergeben würde: Das BDSG schützt nur Daten natürlicher, nicht aber juristischer Personen – ein sachlicher Grund für eine auf dieser Unterscheidung beruhende Differenzierung der Abtretbarkeit von Darlehensforderungen besteht nicht.

Ein weiteres gewichtiges Argument des BGH beruht auf dem Schutz des Rechtsverkehrs: Würde man die Wirksamkeit der Abtretung einer Forderung von der nach § 28 BDSG notwendigen Güterabwägung der berechtigten Interessen der zedierenden Bank und der schutzwürdigen Belange des Kreditnehmers abhängig machen, würde dies dem Gebot der Rechtssicherheit zuwiderlaufen.[12]

4. § 203 StGB i. V. m. § 134 BGB und Abtretungsausschluss

Die Revision hatte die Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit der Abtretung von Honorarforderungen von Ärzten, Rechtsanwälten, Steuerberatern und Vertretern ähnlicher Berufe[13] auf die vorliegende Fallkonstellation übertragen wollen und sich dabei auf die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main vom 25.5.2004 gestützt, die – ohne nähere Begründung – angenommen hatte, dass diese Regelung „aus den gleichen Gründen auch für Banken" gelten müsse.[14] Auf private Kreditinstitute findet § 203 StGB schon seinem Wortlaut nach keine Anwendung, einer analogen Anwendung erteilt der BGH mit dem Verweis auf das Verbot der strafbegründenden Analogie (Art. 103 Abs. 2 GG) eine Absage.

Nicht zu entscheiden hatte das Gericht die Frage, ob sich für den Fall, dass es sich bei der Zedentin um eine öffentliche Sparkasse oder Landesbank handelt, etwas anderes ergibt. §§ 203 Abs. 2 Nr. 1 i.V. m. 11 Nr. 2 StGB stellt die Weitergabe von Geheimnissen durch Amtsträger unter Strafe. Von der Rechtsprechung wird die Tätigkeit öffentlicher Sparkassen und Landesbanken überwiegend als öffentliche Verwaltung i. S. d. § 11 Nr. 2 c StGB eingeordnet.[15] Ob dies vor dem Hintergrund der weggefallenen Gewährträgerhaftung heute noch Bestand haben kann, wird in der Literatur grundsätzlich in Zweifel gezogen, teilweise wird sogar vorgebracht, eine unterschiedliche strafrechtliche Behandlung des Bankgeheimnisses bei privaten und öffentlichen Kreditinstituten verstoße gegen das Willkürverbot des Art. 3 GG.[16] Teilweise wird auch

---

2 Vgl. zur Definition auch *Schantz*, VuR 2006, 464 m. w. N.

3 *Schantz*, VuR 2006, 464 unter Bezugnahme auf die Antwort der Bundesregierung auf die Anfrage der FDP-Fraktion, BT-Drucks. 16/2927.

4 Vgl. die Nachweise bei *Nobbe*, WM 2005, 1537 in Fn. 11 der von einem „Trommelfeuer" ablehnender Aufsätze und Stellungnahmen spricht.

5 WM 2004, 1386 = ZIP 2004, 1449.

6 OLG Köln, ZIP 2005, 1773; LG Koblenz, ZIP 2005, 21; LG Frankfurt am Main, ZIP 2005, 115.

7 Vgl. ausführlich *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1538 ff. m. w. N.

8 Vgl. hierzu *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491, 493; *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1538 ff. jew. m. w. N.

9 OLG Frankfurt am Main, WM 2004, 1386, 1387.

10 *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1540; *Deuber*, ZfIR 2007, 313.

11 *Schantz*, VuR 2006, 464, 467; *Küppers/Brause*, AG 1998, 413, 418.

12 In diesem Sinne auch schon *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1544; zustimmend *Deuber*, ZfIR 2007, 313, 314.

13 BGHZ 115, 123; BGHZ 122, 115, 117.

14 OLG Frankfurt am Main, WM 2004, 1386, 1387 f.

15 BGHSt 31, 264, 271 f.; *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. 2004, § 11 Rdnr. 22 m. w. N.

16 *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1542; *Deuber*, ZfIR 2007, 313, 314.

argumentiert, die Weitergabe von Daten sei unabhängig von der Frage der Amtsträgereigenschaft zumindest dann nicht „unbefugt" i. S. d. § 203 StGB, wenn es sich um gekündigte, bzw. kündigungsreife Darlehen handelt.[17]

Ein vergleichbares Problem – über das der BGH ebenfalls nicht zu entscheiden hatte – stellt sich immer dann, wenn es sich bei der Zedentin um eine Lebensversicherung handelt, stellt doch § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB die unbefugte Offenbarung von Geheimnissen durch Angehörige von Lebensversicherungsunternehmen unter Strafe. Auch hier wird in der Literatur eine restriktive Auslegung der Vorschrift vorgeschlagen, die differenziert zwischen sensiblen Gesundheitsdaten die zum primären Versicherungszweck weitergegeben worden sind einerseits und den zu Zwecken der Darlehensvergabe und Vermögensanlage übermittelten Daten andererseits.[18]

5. Schadensersatz bei Verletzung des Bankgeheimnisses durch Forderungsabtretung

Die häufig vorgeschlagene Unterscheidung zwischen Not leidenden und „gesunden" Forderungen spielt nach dem vorliegenden Urteil des BGH zwar für die Wirksamkeit der Abtretung keine Rolle, sie kann aber hinsichtlich der Frage, ob aus einer Weitergabe von dem Bankgeheimnis unterliegenden Informationen ein Schadensersatzanspruch folgt, an Bedeutung gewinnen.[19] Der BGH hat die grundsätzliche Möglichkeit, dass ein solcher Verstoß einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auslöst, festgestellt, zu den Voraussetzungen im Einzelnen hat er jedoch nicht Stellung genommen.

In der Literatur wird diesbezüglich vertreten, dass eine Weitergabe kreditnehmerbezogener Daten ohne Zustimmung des Kreditnehmers im Zusammenhang mit einer Forderungsabtretung grundsätzlich einen Verstoß gegen das Bankgeheimnis darstellt. Hat der Kreditnehmer aber seinerseits die Pflichten aus dem Kreditvertrag verletzt, etwa durch erheblichen Verzug mit Zins- und Tilgungsleistung und ist der Kreditvertrag deswegen fristlos kündbar, sei der Einwand, die Abtretung verstoße gegen das Bankgeheimnis, rechtsmissbräuchlich.[20] Unabhängig davon darf bezweifelt werden ob es dem Kreditnehmer in der Praxis möglich sein wird, einen ersatzfähigen Schaden nachzuweisen.

6. Fazit

Das vorliegende Urteil des BGH stellt die herrschende Praxis der Veräußerung und Abtretung Not leidender Kredite auf ein dogmatisch stabiles Fundament und schafft deutlich mehr Rechtssicherheit für die Kreditwirtschaft. Für Gestaltungen unter Beteiligung von öffentlichen Sparkassen, Landesbanken und bei Lebensversicherungen ist allerdings auch nach dem Urteil des BGH angesichts der offenen Fragen und der möglichen zivil- und strafrechtlichen Rechtsfolgen große Vorsicht geboten.

Für den Fall, dass Darlehensforderungen übertragen werden sollen, die nicht zumindest außerordentlich kündbar sind, stehen Schadensersatzansprüche im Raum, deren Voraussetzungen und Konturen noch ungeklärt sind. Zumindest in diesen Fällen wird man weiterhin Gestaltungen über eine partielle Gesamtrechtsnachfolge, insbesondere durch Ausgliederung nach dem UmwG empfehlen,[21] so dass es schon an einer „Weitergabe" von Informationen i. S. d. Bankgeheimnisses fehlt.

Für die notarielle Praxis, insbesondere für die Umschreibung der Vollstreckungsklauseln von Grundpfandrechten, die mit den Problemkrediten veräußert wurden, räumt das vorliegende Urteil Zweifel aus dem Weg, die nach der Entscheidung des OLG Frankfurt am Main vom 25.5.2004[22] vermehrt aufgetreten sind: Der Notar, der mit der Umschreibung der Vollstreckungsklausel beauftragt ist, hat im Klauselerteilungsverfahren gemäß §§ 795, 727 ZPO zu prüfen, ob die Rechtsnachfolge auf Gläubigerseite nachgewiesen ist.[23] Die vom OLG Frankfurt am Main angenommene Unwirksamkeit der Übertragung der Forderungen hätte – je nachdem welche rechtliche Konstruktion für die Übertragung gewählt wurde – nach § 139 BGB auch die Unwirksamkeit der Übertragung der Sicherungsgrundpfandrechte bedeuten können, so dass der für die Klauselumschreibung notwendige Nachweis der Rechtsnachfolge nicht geführt wäre.

Nach dem vorliegenden Urteil des BGH besteht – mit den vorgenannten Einschränkungen für den Fall der Beteiligung von öffentlichen Sparkassen, Landesbanken und bei Lebensversicherungen – nunmehr insoweit Rechtssicherheit: Die Vollstreckungsklausel kann grundsätzlich auf den Rechtsnachfolger umgeschrieben werden; mögliche Schadensersatzansprüche sind im Klauselerteilungsverfahren unbeachtlich.

Notar *Till Franzmann*, M. Jur.,
Maître en droit, Mindelheim

---

17 *Glos* in Wiedenhofer (Fn. 1), S. 161, 171.

18 *Glos* in Wiedenhofer (Fn. 1), S. 161, 171 f.

19 *Deuber*, ZfIR 2007, 313, 314.

20 *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547; *Rögner*, NJW 2004, 3230, 3232; *Deuber*, ZfIR 2007, 313, 314.

21 *Glos* in Wiedenhofer (Fn. 1), S. 161, 166.

22 OLG Frankfurt am Main, WM 2004, 1386.

23 Vgl. hierzu allgemein *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 42.2 ff.

---

3. BGB § 890 Abs. 1; GBO § 5 (*Vereinigung von Wohnungserbbaurechten*)

Der Eintragung der Vereinigung von Wohnungserbbaurechten entsprechend § 890 Abs. 1 BGB steht eine unterschiedliche Belastung der Rechte auch im Hinblick auf eine auf die jeweiligen Wohnungserbbaurechte aufgeteilte Erbbauzinsreallast nicht entgegen.

OLG Hamm, Beschluss vom 27.7.2006, 15 W 202/05; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Die Beteiligten sind zu je 1/2 Anteil eingetragene Berechtigte der in den Grundbüchern verzeichneten Wohnungserbbaurechte. Beide Rechte sind in Abt. II zugunsten des jeweiligen Eigentümers des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks mit einer Erbbauzinsreallast (Einzelrecht nach Aufteilung der früher bestehenden Gesamtreallast, Nr. 1), einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung von Reallasten für einen erhöhten Erbbauzins (Nr. 2) und einem Vorkaufsrecht (Nr. 3) sowie im Nachrang in Abt. III mit einer Gesamtgrundschuld zum Betrag von 75.000 € belastet.

Die Beteiligten haben in notariell beglaubigter Erklärung beantragt, die Vereinigung der beiden genannten Wohnungserbbaurechte einzutragen. Das neu gebildete Wohnungserbbaurecht sei in sich abgeschlossen; insoweit haben sie auf die dem Grundbuchamt bereits vorliegende Abgeschlossenheitsbescheinigung Bezug genommen.

Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes hat den Antrag mit Zwischenverfügung beanstandet: Durch die Vereinigung sei wegen der unterschiedlichen Belastung der Wohnungserbbaurechte im Hinblick auf ihre dingliche Haftung für die Reallasten Verwirrung zu besorgen.

Zur Behebung der Beanstandung durch Löschung der Erbbauzinsreallasten, Neueintragung der Reallasten mit Rangrücktritt der Gläubiger der Rechte Abt. III sowie Neubezeichnung des vereinigten Wohnungserbbaurechts ist eine Frist von zwei Monaten gesetzt worden.

Gegen diese Zwischenverfügung haben die Beteiligten Beschwerde eingelegt, die das LG durch Beschluss vom 11.5.2005 zurückgewiesen hat.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Sie beantragen, das Grundbuchamt in Abänderung der angefochtenen Entscheidung anzuweisen, die Vereinigung der beiden Wohnungserbbaurechte zu einem einheitlichen Erbbaurecht Nr. 47/48 verbunden mit der als einheitliche Wohnung hergestellten Wohnung Nr. 47/48 und belastet mit einem einheitlichen Erbbauzins aus der Summe der beiden bisherigen Erbbauzinsbeträge (1.349,25 DM entsprechend 689,86 €), einer einheitlichen Vormerkung zu Sicherung des Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses und einem Vorkaufsrecht für den jeweiligen Eigentümer hinsichtlich des einheitlichen Erbbaurechts einzutragen.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde ist, soweit sie den durch die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes beschriebenen Verfahrensgegenstand betrifft, nach den §§ 78, 80 GBO statthaft sowie formgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten folgt insoweit bereits daraus, dass das LG ihre erste Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes zurückgewiesen hat.

Unzulässig ist die weitere Beschwerde demgegenüber, soweit die Beteiligten ihr Rechtsmittel nunmehr mit dem Antrag verbinden, das Grundbuchamt anzuweisen, die Vereinigung der Miteigentumsanteile in der dort näher beschriebenen Weise im Grundbuch einzutragen. (…)

In der Sache hält die Entscheidung des LG rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Der Antrag der Beteiligten enthält die nach § 890 Abs. 1 BGB erforderliche Eigentümererklärung zu der beabsichtigten Vereinigung der beiden genannten Wohnungserbbaurechte, die durch Eintragung im Grundbuch vollzogen werden soll. Der Senat sieht entgegen der Begründung der landgerichtlichen Entscheidung keinen Anlass offen zu lassen, ob die Vorschrift des § 890 Abs. 1 BGB auf diesen Rechtsvorgang anwendbar ist. Zwar betrifft § 890 Abs. 1 BGB seinem Wortlaut nach unmittelbar nur die Vereinigung von Grundstücken. In gefestigter Rechtsprechung ist jedoch seit langem anerkannt, dass die Vorschrift auf die Vereinigung mehrerer selbständiger Wohnungseigentumsrechte (und damit gemäß § 30 WEG auch mehrerer Wohnungserbbaurechte) entsprechende Anwendung findet (vgl. insbesondere BGHZ 146, 241 = NJW 2001, 1212 = DNotZ 2002, 127; ferner BayObLG, FGPrax 2001, 65; KG, NJW-RR 1989, 1360; *v. Oefele* in Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl., AT V Rdnr. 370; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 5 Rdnr. 5). Dieser Rechtsprechung hat sich der Senat bereits ausdrücklich angeschlossen (ZMR 2000, 244 = MittRhNotK 1999, 344).

Dementsprechend ist auch die grundbuchverfahrensrechtliche Vorschrift des § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO auf den Vorgang der Vereinigung mehrerer Wohnungserbbaurechte entsprechend anwendbar, auf die sich die Beanstandung der Zwischenverfügung des Grundbuchamtes beschränkt. Dem Vollzug der Vereinigung kann danach entgegenstehen, dass durch die Eintragung Verwirrung zu besorgen ist. Nach allgemeiner Definition ist in den Fällen der §§ 5, 6 GBO Verwirrung zu besorgen, wenn die Eintragung derart unübersichtlich und schwer verständlich wird, dass der gesamte grundbuchliche Rechtszustand des Grundstücks nicht mehr mit der für den Grundbuchverkehr erforderlichen Klarheit und Bestimmtheit erkennbar ist und die Gefahr von Streitigkeiten zwischen den Realberechtigten untereinander oder mit Dritten oder mit Verwicklungen, namentlich im Falle der Zwangsversteigerung, besteht. Unterschiedliche Belastungen der vereinigten Grundstücke allein berechtigen in diesem Zusammenhang nicht bereits die Besorgnis der Verwirrung. Denn bei der Vereinigung bisher selbständiger Grundstücke zu einem neuen Grundstück werden die vereinigten Grundstücke nicht wesentlicher Teil des neugebildeten Grundstückes. Die bestehenden Belastungen bleiben unverändert bestehen, so dass jeder reale Grundstücksteil nur für die ursprünglich an ihm begründeten Rechte haftet. Daher ist die Zwangsversteigerung aus einem vor der Vereinigung entstandenen Recht lediglich in den haftenden Grundstücksteil möglich. Dies gilt jedenfalls, solange eine katastermäßige Verschmelzung der an der Vereinigung beteiligten Grundstücke nicht erfolgt (KG, NJW-RR 1989, 1360; OLG Düsseldorf, FGPrax 2000, 57, 58; OLG Hamm, FGPrax 1998, 44, 45; *Waldner* in Bauer/v. Oefele, GBO, §§ 5, 6 Rdnr. 28). Da es sich hier um mit Sondereigentum verbundene Erbbaurechtsanteile handelt, kommt eine *katastermäßige* Verschmelzung der Wohnungserbbaurechte ohnehin nicht in Betracht. Deshalb kann offen bleiben, ob und welche Konsequenzen aus der Entscheidung des BGH vom 24.11.2005 (NJW 2006, 1000), in der die Zulässigkeit des Beitritts zu einer Zwangsversteigerung in Ansehung eines nach Vereinigung fortbestehenden Belastungsgegenstandes auch nach einer katastermäßigen Verschmelzung von Flurstücken bejaht worden ist, bezogen auf eine solche Entwicklung für die Beurteilung der Besorgnis der Verwirrung zu ziehen sind.

Die Vereinigung von Wohnungseigentums- bzw. Wohnungserbbaurechten unterscheidet sich hinsichtlich der Beurteilung der Besorgnis der Verwirrung auch nicht aus anderen Gründen von der Vereinigung von Grundstücken. Maßgebend ist dafür nach der überzeugenden Auffassung des KG (NJW-RR 1989, 1360) nur, dass die Art und Weise der grundbuchlichen Durchführung der Vereinigung sicherstellt, dass die ursprünglichen Wohnungseigentums- bzw. Wohnungserbbaurechte als Haftungsobjekte für die fortbestehenden dinglichen Belastungen noch individualisiert werden können. Gewährleistet ist dies nach den zutreffenden Ausführungen des KG dadurch, dass nach § 3 Abs. 3 Satz 2 WE-GBVfg in Spalte 2 des Bestandsverzeichnisses die bisherige laufende Nummer des Miteigentumsanteils anzugeben ist, aus dem der Miteigentumsanteil durch Vereinigung entstanden ist. Für die Beurteilung der Besorgnis der Verwirrung ist demgegenüber entgegen der vom LG im Anschluss an die Ausführungen von *Streuer* (Rpfleger 1992, 184, 186) vertretenen Auffassung ohne tragfähige Bedeutung, wie im Einzelnen materiellrechtlich die Vereinigung der Miteigentumsanteile mit dem ihnen jeweils zugeordneten Sondereigentum zu verstehen ist. Insbesondere der Hinweis auf ein durch die Vereinigung entstandenes „verschmolzenes Sondereigentum“ führt in dem vorliegenden Zusammenhang nicht weiter, zumal auch bei der Vereinigung eines Grundstücks ein einheitliches Eigentum an dem so gebildeten Gesamtgrundstück entsteht. Maßgebend für die hier vorzunehmende Beurteilung ist vielmehr allein, dass trotz der Vereinigung die ursprünglichen Wohnungserbbaurechte erkennbar sind, die mit den bisher begründeten dinglichen Rechten belastet bleiben und damit tauglicher Gegenstand der Rechtsausübung durch die dinglich Berechtigten sind.

Die hier konkret bestehenden Belastungen der beiden Wohnungserbbaurechte vermögen danach eine Besorgnis der Verwirrung nicht zu begründen, die beide Vorinstanzen nur im Hinblick auf die beiden eingetragenen Erbbauzinsreallasten

angenommen haben: Die Erbbauzinsreallast begründet im Ergebnis nicht anders als die in Abt. III eingetragene Grundschuld für den Berechtigten einen dinglichen Verwertungsanspruch (§§ 1107, 1147 BGB). Auch insoweit bleibt deshalb das Ergebnis unberührt, dass die dingliche Haftung der früher selbständigen Wohnungserbbaurechte nach der Vereinigung ohne Weiteres fort besteht. Dasselbe gilt für die Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung von Reallasten für einen erhöhten Erbbauzins (Abt. II Nr. 2). Auch die Eintragung des Rechts aufgrund des realisierten Erhöhungsanspruchs kann zu Lasten des vereinigten Rechts beschränkt auf den Bestand des jeweiligen früheren Wohnungserbbaurechts erfolgen, da es nach § 7 Abs. 2 Satz 1 GBO bei der Eintragung einer Reallast zu Lasten eines realen Grundstücksteils einer Abschreibung nicht bedarf. Die Eintragung der weiteren Reallasten kann damit ohne Weiteres in der Veränderungsspalte zu der jeweiligen Erbbauzinsreallast erfolgen. Das dingliche Vorkaufsrecht des jeweiligen Eigentümers der mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücke (Abt. II Nr. 3) kann aufgrund seiner Vormerkungswirkung (§ 1098 Abs. 2 BGB) ohne Bedenken beschränkt auf den Teil des vereinigten Wohnungserbbaurechts fortbestehen, der dem jeweils ursprünglichen Wohnungserbbaurecht entspricht.

Entsprechend den obigen Ausführungen zur Zulässigkeit der weiteren Beschwerde ist hier nicht über die konkrete Art und Weise der Fassung der Eintragung der Vereinigung der beiden Wohnungserbbaurechte im Grundbuch zu entscheiden. Der Senat kann deshalb die rein buchungstechnische Frage offen lassen, ob die Eintragung wie bei der Vereinigung nicht verschmolzener Grundstücke (so KG, NJW-RR 1989, 1360), also durch getrennte Ausweisung der bisherigen Einheiten unter einer laufenden Nummer des Bestandsverzeichnisses oder durch Buchung der neu geschaffenen Einheit wie sonst bei der Zuschreibung weiterer Miteigentumsanteile und von Sondereigentum (so *Streuer*, Rpfleger 1992, 184, 186; *v. Oefele* in Bauer/v. Oefele, GBO, AT V Rdnr. 373) zu erfolgen hat. Aufgrund der oben dargestellten materiellrechtlichen Wirkung der Vereinigung gemäß § 890 Abs. 1 BGB ist es jedoch entgegen dem mit der weiteren Beschwerde gestellten Antrag der Beteiligten ausgeschlossen, die dinglichen Rechte Abt. II Nr. 1 bis 3 als einheitliche Rechte lastend auf dem durch die Vereinigung entstandenen Gesamtbestand einzutragen. Vielmehr bestehen die bisherigen Belastungen jeweils beschränkt auf die früheren selbständigen Wohnungserbbaurechte fort. Dies muss durch die Eintragung im Grundbuch verdeutlicht werden.

Anmerkung:

Der Entscheidung des OLG Hamm für das vorliegende konkrete Verfahren ist im Wesentlichen zuzustimmen. Dessen ungeachtet bietet sie jedoch Anlass, auf die Folgen einer Vereinigung von Wohnungserbbaurechten, die unterschiedlich mit Rechten belastet sind, näher einzugehen, auch wenn es sich dabei nicht um Grundpfandrechte handelt.[1]

1. Sachverhalt

Hinsichtlich zweier nebeneinander liegender Wohnungserbbaurechte, die zu je 1/2-Anteil im Eigentum der gleichen Berechtigten stehen, wurde unter Vorlage der nach § 890 Abs. 1 BGB erforderlichen Erklärung deren Vereinigung zu einem einheitlichen Wohnungserbbaurecht beantragt. Belastet sind die zu vereinigenden Wohnungserbbaurechte jeweils in Abt. II des Grundbuchs zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks unter Nr. 1 mit einer durch Aufteilung des früheren Gesamtrechts entstandenen Einzelreallast in unterschiedlicher Höhe, unter Nr. 2 mit einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung von Reallasten für einen erhöhten Erbbauzins (vgl. § 9 a Abs. 3 ErbbauVO) und unter Nr. 3 mit einem Vorkaufsrecht. Nachrangig nach den vorgenannten Belastungen besteht noch an den beiden zu vereinigenden Wohnungserbbaurechten eine Gesamtgrundschuld mit einem Kapitalnennbetrag von 75.000 €.

Das Grundbuchamt hat unter Bezugnahme auf § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO infolge der unterschiedlichen Belastungen mit Einzelreallasten die Eintragung der Vereinigung der Wohnungserbbaurechte wegen Besorgnis der Verwirrung abgelehnt. Erst im Verfahren der weiteren Beschwerde wurde dann zusätzlich durch die Beschwerdeführer beantragt, das Grundbuchamt anzuweisen, am neu durch Vereinigung entstehenden einheitlichen Wohnungserbbaurecht einen der Summe der bisherigen einzelnen Erbbauzinsbeträge entsprechenden *einheitlichen* Erbbauzins, eine *einheitliche* Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses und *ein* das vereinigte Wohnungserbbaurecht umfassendes Vorkaufsrecht einzutragen. Berechtigter der einheitlichen Rechte sollte wie bisher der jeweilige Grundstückseigentümer sein.

2. Anzuwendende Regelungen

Dem OLG ist beizupflichten, dass es inzwischen gefestigte Rechtsprechung ist, der sich nahezu das gesamte Schrifttum angeschlossen hat, dass auf die Vereinigung von Wohnungs- und Teileigentumsrechten die Vorschrift des § 890 Abs. 1 BGB analog anzuwenden ist.[2] Demzufolge findet auf die Vereinigung auch die formellrechtliche Bestimmung des § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO entsprechende Anwendung. Eine Einschränkung ergibt sich lediglich insoweit, als die zu vereinigenden Wohnungs- oder Teilerbbaurechte gleichen Berechtigten zustehen und dasselbe (aufgeteilte) Erbbaurecht betreffen müssen. Für den Vollzug der Vereinigung im Grundbuch genügt es, wenn die zum Sondereigentum gehörenden Räumlichkeiten gegenüber dem Sondereigentum anderer Einheiten sowie dem Gemeinschaftseigentum abgegrenzt sind.[3] Eine Abgeschlossenheit des vereinigten Sondereigentums insgesamt kann nicht verlangt werden,[4] weil auch sonst die Verbindung eines Miteigentumsanteils mit mehreren Räumlichkeiten, die durchaus in verschiedenen Stockwerken eines Gebäudes liegen können, zulässig ist.[5]

---

1 Zu den Folgen und Auswirkungen bei vereinigten und verschmolzenen Flurstücken mit unterschiedlicher Belastung der Teilflächen durch Grundpfandrechte siehe BGH, MittBayNot 2006, 227 m. Anm. *Morvilius*.

2 Siehe dazu die bereits in der vorstehend abgedruckten Entscheidung zitierten Fundstellen und *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 5 Rdnr. 1, 7; *Meikel/Morvilius*, GBO, 9. Aufl., Rdnr. C 143; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 2979. Anders *Streuer,* Rpfleger 1992, 184, der die Vereinigung als teilweise Umkehrung der Aufteilung gemäß § 8 WEG oder als Unterfall der Aufhebung von Wohnungseigentum gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 WEG versteht, für die sich die Anwendung von § 890 Abs. 1 BGB erübrigt.

3 BayObLG, DNotZ 1999, 674; BayObLG, MittBayNot 2000, 319 = MittRhNotK 2000, 210.

4 So noch OLG Hamburg, DNotZ 1966, 176 = NJW 1965, 1765 = Rpfleger 1966, 79.

5 Vgl. BayObLGZ 1971, 102 = DNotZ 1971, 473; KG, NJW-RR 1989, 1360 = OLGZ 1989, 385 = Rpfleger 1989, 500.

3. Besorgnis der Verwirrung

Im Hinblick darauf, dass nach § 7 Abs. 2 Satz 1 GBO eine Reallast auch an einer realen Grundstücksteilfläche ohne deren Abschreibung eingetragen werden kann, mag es im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt sein, aus Besorgnis der Verwirrung die Vereinigung deswegen scheitern zu lassen, weil sich die jeweils erstrangig an den zu vereinigenden Wohnungserbbaurechten eingetragenen Einzelerbbauzinsreallasten nicht auf das gesamte neu entstehende Wohnungserbbaurecht erstrecken. Allerdings ist nach der Denkschrift zur Grundbuchordnung[6] Verwirrung nicht nur wegen Unübersichtlichkeit des Grundbuchs infolge unterschiedlicher Belastung zu besorgen, sondern ebenso auch, wenn dies bei der Zwangsvollstreckung zu Verwicklungen führen kann. Dabei braucht nach § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO die Verwirrung nicht bereits zum Zeitpunkt der Eintragung der Vereinigung drohen.[7] Es genügt, wenn die Verwirrung im Falle einer später durchzuführenden Zwangsvollstreckung auftreten kann.

4. Vollstreckungsrechtliche Konsequenzen

a) Zwangsversteigerung aufgrund der einzelnen Reallasten

Kommt der Wohnungserbbauberechtigte seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Erbbauzinsberechtigten nicht nach, so kann dieser aus der Reallast wegen der fälligen Einzelleistungen seinen dinglichen Verwertungsanspruch (§§ 1107, 1147 BGB) im Wege der Zwangsversteigerung oder auch der Zwangsverwaltung geltend machen. Betreibt der Reallastberechtigte die Zwangsversteigerung, so ist Gegenstand dieses Verfahrens jeweils nur das *vor der Vereinigung* bestehende mit der betreffenden Einzelreallast belastete Wohnungserbbaurecht. Eine Verfahrensverbindung, um beide Einheiten, die nunmehr das neu vereinigte Wohnungserbbaurecht bilden, gemeinsam durch ein Gesamtausgebot versteigern zu können, ist nicht möglich, da es an den erforderlichen in § 18 ZVG geregelten Voraussetzungen hierzu fehlt. Die beiden Reallasten haben nicht den gleichen Belastungsgegenstand, sondern lasten an unterschiedlichen Teilen des Wohnungserbbaurechts. Sie sichern weder dieselbe Forderung noch liegt ein Gesamtrecht vor. Dies hat zur Folge, dass die beiden vormaligen Wohnungserbbaurechte in getrennten Verfahren einzeln versteigert werden müssen. Insoweit erfordern die Regelungen des ZVG ferner, insbesondere im Hinblick auf die im Versteigerungsverfahren bestehenden Möglichkeiten einer Zuschlagsversagung wegen Nichterreichung der 5/10- bzw. 7/10-Wertgrenze nach § 85 a bzw. § 74 a ZVG, die Festsetzung eigener Verkehrswerte. Kommt es zur Versteigerung und der Erteilung des Zuschlags in einem der beiden Verfahren oder wird von vornherein nur aus einer der beiden Erbbauzinsreallasten die Versteigerung durchgeführt, so zieht dies zwangsläufig die Beseitigung der Vereinigung nach sich.

Diese Folge mag noch hinnehmbar sein, solange keine tatsächlichen Veränderungen vorliegen. Soweit die Zulässigkeit der Vereinigung allgemein damit begründet wird, dass es sich hier um mit Sondereigentum verbundene Erbbaurechtsanteile handelt, bei denen eine katastermäßige Verschmelzung der Wohnungserbbaurechte ohnehin nicht in Betracht kommt und schon deshalb keinerlei Konsequenzen in Bezug auf die Beurteilung der Verwirrung zu ziehen sind, bleiben wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt. Durch die seitens des OLG zugebilligte Vereinigung der beiden Wohnungserbbaurechte sind die Eigentümer nicht gehindert, auch faktisch eine Einheit zu schaffen, etwa dadurch, dass sie die nichttragenden Zwischenwände beseitigen, welche die beiden Einheiten trennen sowie weiter dadurch, dass sie einen der beiden bisherigen Wohnungseingänge, weil er nicht mehr benötigt wird, zumauern lassen. Derartige Maßnahmen, vor allem die Beseitigung der nichttragenden Zwischenwände können ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungserbbauberechtigten erfolgen, soweit die betroffenen Gebäudeteile im Sondereigentum stehen (vgl. § 5 Abs. 3 WEG). Hierdurch entsteht ein Zustand, der im Falle der notwendig werdenden getrennten Versteigerung der ehemaligen Einheiten zu erheblichen Problemen bereits bei der Verkehrswertfestsetzung führt, und natürlich erst recht bei der Wiedereintragung der ursprünglichen Wohnungserbbaurechte im Grundbuch, die dann trotz fehlender Abgeschlossenheit (§ 3 Abs. 2 Satz 1 WEG) oder fehlendem Zugang vorgenommen werden muss. Abschreckend für die Durchführung der Versteigerung dürfte sich zudem auswirken, dass Bietinteressenten, die das einzelne Wohnungserbbaurecht ersteigern wollen, zusätzlich zu ihrem abgegebenen Meistgebot noch mit Kosten für die Wiederherstellung der Abgeschlossenheit oder eines Zugangs zum gemeinschaftlichen Eigentum zu rechnen haben.

Da die Erbbauzinsreallasten offensichtlich keine Regelung gemäß § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauVO zum Inhalt haben, würde das im Falle des Betreibens der Versteigerung aus diesen Rechten dazu führen, dass die Realasten selbst sowie sämtliche nachrangig eingetragenen Belastungen mit dem Zuschlag erlöschen (§§ 44, 52 Abs. 1, 91 Abs. 1 ZVG). Das Fortbestehen des Stammrechts jeder der beiden Reallasten könnte nur erreicht werden durch deren Teilung und Herstellung eines Vorrangverhältnisses für die rückständigen Einzelleistungen, aus denen das Verfahren betrieben wird[8] oder über § 59 Abs. 3 ZVG durch einen spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten (§ 66 Abs. 2 ZVG) zu stellenden Antrag auf abweichende Versteigerungsbedingungen.[9]

b) Zwangsversteigerung aufgrund der Gesamtgrundschuld

Eine Versteigerung des neuen vereinigten Wohnungserbbaurechts in demselben Verfahren ist nur möglich, wenn der Gläubiger der Gesamtgrundschuld das Verfahren betreibt und in dem dann zulässigerweise nach § 18 ZVG verbundenen Verfahren ein Gesamtausgebot von Amts wegen nach § 63 Abs. 1 Satz 2 ZVG oder auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten (§ 9 ZVG) gemäß § 63 Abs. 2 Satz 1 ZVG erfolgt, auf das der Zuschlag erteilt werden kann. Jedoch auch in dem verbundenen Verfahren wären zusätzlich die vormaligen Wohnungserbbaurechte entsprechend § 63 Abs. 1 Satz 1 ZVG *grundsätzlich einzeln auszubieten*, wenn nicht alle im Versteigerungstermin anwesenden Beteiligten, die nicht im geringsten Gebot zu berücksichtigen sind, darauf verzichten (§ 63 Abs. 4 ZVG). Darüber hinaus erfordert die Erteilung des Zuschlags auf das Gesamtausgebot, dass dieses höher ist als das Gesamtergebnis der Einzelausgebote (§ 63 Abs. 3 Satz 2 ZVG).

---

6 *Hahn/Mugdan*, Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung, 1897, S. 150.

7 So zu Recht *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 636.

8 Siehe dazu *Amann*, DNotZ 2004, 599.

9 *Stöber*, NotBZ 2004, 265.

Soweit der Anspruch des Grundpfandrechtsgläubigers als maßgeblich betreibender Gläubiger der Versteigerung zugrunde zu legen ist, sind die der Grundschuld vorgehenden Belastungen der Abt. II des Grundbuchs nach § 44 Abs. 1 ZVG in das geringste Gebot aufzunehmen und die Erbbauzinsreallasten als Stammrechte sowie die Erhöhungsvormerkungen und die Vorkaufsrechte weiter lastend jeweils an den vormaligen vor der Vereinigung bestehenden Wohnungserbbaurechten als bestehenbleibend zu berücksichtigen (§ 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG) und vom Ersteher zu übernehmen (§ 91 Abs. 1 ZVG).

Die dinglichen Vorkaufsrechte (§§ 1094–1104 BGB) können im Falle einer Vollstreckungsversteigerung und auch in der Insolvenzverwalterversteigerung (§ 174 a ZVG) nicht ausgeübt werden (§ 1098 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 471 BGB). Sind sie nicht für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt (vgl. § 1097 BGB), sondern beschränken sie sich lediglich auf einen Verkaufsfall, so werden sie mit dem Zuschlag gegenstandslos.[10]

5. Schaffung einheitlicher Belastungen

Das Begehren der Beteiligten auf Eintragung der in Abt. II des Grundbuchs bisher jeweils unter Nr. 1 bis 3 vorgetragenen dinglichen Belastungen als *einheitliche Rechte* an dem neu zu bildenden vereinigten Wohnungserbbaurecht hat das OLG völlig zu Recht bereits aus formalen Gründen als unzulässig zurückgewiesen, weil dies nicht Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung des Grundbuchamts sowie des landgerichtlichen Beschwerdeverfahrens war und daher auch nicht Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens sein konnte. Es hat aber zugleich der Sachlage entsprechend die einheitliche Eintragung der vorgenannten Rechte ausgeschlossen.

a) Keine Gesamtreallast aus der Summe der Einzelreallasten

Die beiden Erbbauzinsreallasten sichern unterschiedliche – auch unterschiedliche hohe – Forderungen. Eine Zusammenfassung zu einer einheitlichen Reallast würde wechselseitig eine Erhöhung des Erbbauzinses an den vor der Vereinigung belasteten Wohnungserbbaurechten nach sich ziehen. Grundsätzlich ist zwar eine Inhaltsänderung des Erbbauzinses jederzeit möglich. Die hier erforderliche wechselseitige Erhöhung des Erbbauzinses ist jedoch ihrem Wesen nach die Bestellung neuer Erbbauzinsreallasten für die Erhöhungsbeträge und keine Änderung des Inhalts der schon eingetragenen Erbbauzinsreallasten.[11] Um insoweit die Voraussetzungen für eine Vereinheitlichung zu schaffen, muss der Gleichrang mit dem bereits eingetragenen Erbbauzins hergestellt werden. Dazu bedarf es der Mitwirkung der nachrangigen dinglichen Berechtigten, also des Grundstückseigentümers als Berechtigten der Erhöhungsvormerkungen und der Vorkaufsrechte sowie des Grundschuldgläubigers.[12] Eine ansonsten durchaus zulässige Eintragung einer zusätzlichen Erbbauzinsreallast ohne Zustimmung der Zwischenberechtigten an nächstoffener Rangstelle[13] würde, da sie ja an den vormaligen vor der Vereinigung bestehenden Wohnungserbbaurechten vorzunehmen wäre, zweifelsohne zur Unübersichtlichkeit des Grundbuchs führen und darüber hinaus für den Fall der Zwangsvollstreckung zu kaum überschaubaren Verwicklungen führen, die den Tatbestand der Verwirrung erfüllen. Für die Schaffung einheitlicher Erbbauzinsleistungen muss daher als unabdingbare Voraussetzung die Herstellung einheitlicher Rangverhältnisse gefordert werden.

b) Keine einheitliche Erhöhungsvormerkung

Ebenfalls nicht eintragbar ist die Zusammenfassung der jeweils unter Nr. 2 eingetragenen Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung von Reallasten für einen erhöhten Erbbauzins. Auch der bisher vorgemerkte Erhöhungsanspruch beschränkt sich jeweils nur auf die vor der Vereinigung bestehenden Wohnungserbbaurechte. Eine später zu erfolgende Eintragung der Erhöhung des Erbbauzinses durch teilweise Umschreibung der Vormerkung kann nur zur Sicherung mit deren Rang (§ 883 Abs. 3 BGB) am Belastungsgegenstand der Vormerkung führen. Eine einheitliche Belastung des vereinigten Wohnungserbbaurechts wird dadurch nicht erreicht. Was demzufolge so nicht eingetragen werden kann, ist auch nicht zu einer einheitlichen Vormerkung zusammenfassbar.

c) Einheitliches Vorkaufsrecht

Im Gegensatz zum Erbbauzins, der wegen § 1107 BGB infolge entsprechender Anwendung des § 1132 Abs. 1 BGB als Gesamtreallast zulässig ist,[14] scheidet für Vorkaufsrechte die Begründung einer Gesamtbelastung aus.[15] Mit der Aufteilung des mit einem Vorkaufsrecht belasteten Erbbaurechts in Wohnungserbbaurechte sind zugleich an den gebildeten Einheiten Einzelvorkaufsrechte entstanden, die gegenüber Dritten bei Verfügungen über das einzelne Wohnungserbbaurecht nach § 1098 Abs. 2 BGB die Wirkungen einer Eigentumsvormerkung haben. Der dinglich gesicherte Vorkaufsanspruch ist demzufolge auf unterschiedliche Ziele gerichtet. Eine Zusammenfassung der einzelnen Vorkaufsrechte zu einem Recht ist zweifelhaft.

Allerdings erscheint es mir möglich, hier auch eine andere Ansicht als vertretbar anzusehen. Wenn sich nämlich einerseits das einheitliche am Erbbaurecht lastende Vorkaufsrecht durch die Aufteilung in Wohnungserbbaurechte in entsprechend viele Einzelvorkaufsrechte aufteilt, so ist es wohl andererseits ebenso folgerichtig, dass umgekehrt bei der Vereinigung der beiden insoweit gleichartig belasteten Wohnungserbbaurechte die Vorkaufsrechte an dem durch die Vereinigung neu entstehenden Wohnungserbbaurecht (wieder) ein einheitliches Recht bilden.[16]

Regierungsdirektor a. D.
Theodor Morvilius, Grünwald

---

10 Zur dennoch erforderlichen Berücksichtigung im geringsten Gebot, wenn sie dem Anspruch des maßgeblich betreibenden Gläubigers vorgehen siehe *Stöber*, ZVG, 18. Aufl., § 44 Rdnr. 5.27.

11 Vgl. OLG Frankfurt, Rpfleger 1978, 312.

12 BGH, DNotZ 1975, 154 = MDR 1975, 217 = Rpfleger 1975, 56.

13 Siehe hierzu *Schöner/Stöber,* Grundbuchrecht, Rdnr. 1802.

14 BayObLG, MittRhNotK 1981, 188 = Rpfleger 1981, 353; OLG Oldenburg, Rpfleger 1978, 411.

15 BayObLGZ 1974, 365 = Rpfleger 1975, 23; MünchKommBGB/*H. P. Westermann*, 4. Aufl., § 1094 Rdnr. 8; *Palandt/Bassenge*, BGB, 66. Aufl., § 1094 Rdnr. 2; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1094 Rdnr. 4; *Staudinger/Mader*, BGB, 13. Bearb., § 1094 Rdnr. 8; *Böhringer*, BWNotZ 1988, 97, 101; *Böttcher*, MittBayNot 1993, 129, 131.

16 So BayObLG, Rpfleger 1977, 442 für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit; ähnlich auch LG Darmstadt, Rpfleger 1982, 216 m. abl. Anm. *Meyer-Stolte* für den Nießbrauch.

4. GBO § 12 Abs. 2; GBV § 46 Abs. 2 (*Farbige Abschriften aus Grundakten*)

Abschriften von Grundaktenbestandteilen müssen dort enthaltene farbliche Markierungen wiedergeben.

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 2.11.2006, 5 W 241/06

Die Antragsteller sind Eigentümer eines mit einem Geh- und Fahrtrecht belasteten Grundstücks. Das Geh- und Fahrtrecht wird in der Bewilligungsurkunde dahingehend konkretisiert, dass es über die im beigefügten Lageplan grün gekennzeichnete Fläche ausgeübt werden kann. Dem Antrag auf Übersendung einer Kopie der Grunddienstbarkeitsbestellungsurkunde kam das AG nach, indem es eine Kopie der Urkunde nebst einer Kopie des beigefügten Plans als Schwarz-Weiß-Kopie übersandte. Den Antrag auf Übersendung einer farbigen Kopie lehnte das AG mit der Begründung ab, eine Einfärbung durch die Mitarbeiter des Grundbuchamtes könne aus haftungsrechtlichen Gründen nicht erfolgen.

Der dagegen eingelegten Beschwerde half das AG nicht ab und legte diese dem LG zur Entscheidung vor. Zur Begründung wies das AG zum einen auf Haftungsgründe, zum anderen darauf hin, dass dem Grundbuchamt kein Farbkopierer zur Verfügung stünde, mit dem die farblichen Markierungen kenntlich gemacht werden könnten. Dem Antragsteller stehe es frei, Einsicht in die Grundbuchakten zu nehmen und die farblichen Markierungen selbst vorzunehmen. Das LG wies die Beschwerde zurück. Zur Begründung führte es aus, der Anspruch auf Erteilung einer beglaubigten Abschrift bestehe nur im Umfang der technischen Ausstattung des jeweiligen Grundbuchamtes. Da das Grundbuchamt nur über einen Schwarz-Weiß-Kopierer verfüge, müsse es auch nur eine Schwarz-Weiß-Kopie zur Verfügung stellen. Zu einer eigenhändigen farblichen Markierung durch seine Mitarbeiter sei das Grundbuchamt wegen der Gefahr von Falschmarkierungen nicht verpflichtet.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gemäß §§ 78, 79, 80 GBO zulässig; sie hat auch in der Sache Erfolg. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Nach § 12 Abs. 2 GBO, § 46 Abs. 2 GBV kann, soweit die Einsicht in die Grundakten gestattet ist, auch eine Abschrift verlangt werden, die auf Antrag zu beglaubigen ist. Eine beglaubigte Abschrift ist das urkundliche Zeugnis darüber, dass eine bestimmte Abschrift mit einer bestimmten Hauptschrift übereinstimmt, so dass ihr der entsprechende Erklärungs- und Beweiswert über den Inhalt der Hauptschrift zukommt. Die Abschrift hat damit dem Original – nicht notwendigerweise optisch, zwingend aber inhaltlich – uneingeschränkt zu entsprechen. Enthält eine Urkunde grafische Darstellungen welcher Art auch immer, so sind sie so „abzuschreiben", dass der Bedeutungsgehalt des Originals verlässlich wiedergegeben wird und der zur Abschrift Verpflichtete dafür die Verantwortung übernimmt. Dazu gehört folglich, dass auch farbliche Markierungen in den Originalunterlagen übertragen werden, wie sie nicht selten bestimmte Dienstbarkeiten wie im vorliegenden Fall oder den Inhalt von Wohnungseigentum – zur Bestimmung des Inhalts bestimmter Rechte wird wegen der Lage und Größe einer Teilfläche, an der ein Sondernutzungsrecht eingeräumt werden soll, regelmäßig auf eine Skizze, eine Karte oder einen Plan Bezug genommen (vgl. BayObLG, DNotZ 1994, 244) – kenntlich machen. Durch solche nonverbalen Zeichen wird der Erklärungsinhalt der Urkunde erst vollständig nachvollziehbar. Würde in einer beglaubigten Abschrift auf eine ihre Identität sichernde Übertragung verzichtet, käme der Abschrift nur ein eingeschränkter Erklärungs- und Beweiswert zu, weil sie nur teilidentisch mit der Hauptschrift wäre.

Der durch das AG – Saarländisches Grundbuchamt – überlassene Schwarz-Weiß-Plan gibt den wesentlichen Inhalt der Urkunde, nämlich den Verlauf des Geh- und Fahrtrechts, nicht zuverlässig wieder, wie die Verfahrensbevollmächtigte der Antragsteller nachvollziehbar dargelegt hat und das AG inzident einräumt, wenn es zur Begründung der Ablehnung einer farblichen Markierung von Hand – zutreffend – ausführt, sie könnte Haftungsrisiken begründen.

Der Erklärungs- oder Beweiswert kann im Übrigen auch gar nicht durch die Vornahme von farblichen Markierungen durch Mitarbeiter des Grundbuchamtes herbeigeführt werden. So hat das BayObLG ausgeführt (NJW-RR 1996, 1038, 1039), dass sich das Wohnungseigentumsgericht bei einem Streit über den Umfang einer Sondernutzungsfläche im Zweifel nicht mit einer Ablichtung des Lageplans begnügen darf, in dem die farbliche Kennzeichnung von Hand angebracht wurde, sondern die Grundakten beizuziehen und den darin befindlichen Plan der Entscheidung zugrunde zu legen hat.

Vor diesem Hintergrund ist es der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller auch nicht zuzumuten, die Markierungen im Rahmen der Einsicht in die Grundbuchakten selbst auf der Kopie vorzunehmen. Bei Geschäften, die im Grundbuch eingetragene oder einzutragende Rechte zum Gegenstand haben, soll sich der Notar nach § 21 Abs. 1 Satz 1 BeurkG über den Grundbuchinhalt unterrichten. Die Vorschrift stellt es in das pflichtgemäße Ermessen des Notars, wie er sich unterrichtet; er kann sich aller ihm zuverlässig erscheinender Mittel bedienen (BGH, VersR 1995, 1246 = WM 1995, 1502, 1503 m. w. N.). Für die Richtigkeit der Einsicht hat er aber im Rahmen des § 19 Abs. 1 BNotO haftungsrechtlich einzustehen. So wenig das AG für farbliche Markierungen eine Haftung zu übernehmen bereit ist, so wenig ist es aber der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller zuzumuten, sie zu übernehmen.

Den Antragstellern steht mithin ein Anspruch auf Übersendung einer Abschrift zu, die auch die farblichen Markierungen der Hauptschrift beinhaltet. Dies ist technisch ohne Weiteres mittels eines Farbkopierers möglich. Dass das AG nicht über diese technischen Möglichkeiten zur Erstellung von Farbkopien verfügt, steht dem Anspruch nicht entgegen. Ein Staat, der hinnimmt oder gar aus Gründen der Rechtssicherheit vorsieht, dass in seinen Registern Farbdokumente verwahrt werden und der zugleich einem Dritten einen Anspruch auf eine beglaubigte Abschrift gewährt, kann sich diesem Versprechen, solange es mit allgemein zugänglichen Mitteln technisch erfüllt werden kann, nicht dadurch entziehen, dass er sich die technischen Mittel nicht beschafft. Registergerichte müssen daher entweder darauf verzichten, für sie nicht reproduzierbare Dokumente zu verwahren oder die Reproduzierbarkeit sicherstellen. Damit erfüllen sie die verfassungsrechtliche Pflicht, für eine funktionsfähige und wirksame Rechtspflege zu sorgen. (…)

Anmerkung:

Das Urteil des OLG Saarbrücken verblüfft, weil es eine Reihe von Rechtsfragen anreißt, die in der Praxis im Regelfall erst gar nicht gestellt, sondern ohne (ober-)gerichtliche Zuhilfenahme pragmatisch beantwortet werden. Das Urteil erscheint umso bemerkenswerter, als es das Grundbuchamt, wie dies vor kurzem schon der BGH hinsichtlich der personellen Ausstattung getan hat,[1] ohne Rücksicht auf eine (vermeintlich) mangelhafte Sachausstattung in die Pflicht nimmt. Im Ergebnis und in der die Entscheidung tragenden Begründung ist

1 DNotZ 2007, 371.

dem OLG Saarbrücken auch ohne Weiteres zuzustimmen. Einige Randbemerkungen in den Gründen sollen jedoch nicht unkommentiert bleiben.

Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung sind die §§ 12 Abs. 2 GBO, 46 Abs. 2 GBV. Sie enthalten derart eindeutig eine Anspruchsgrundlage für die Erteilung (beglaubigter) Abschriften durch das Grundbuchamt, dass es einerseits geradezu merkwürdig anmutet, wenn es eines oberlandesgerichtlichen Verdikts bedarf, dies festzustellen und sich damit andererseits erklären mag, warum es sich wohl um die erste (veröffentlichte) obergerichtliche Entscheidung zu dieser Frage handelt. Die Urteilsgründe definieren den Begriff der zu beglaubigenden Abschrift der Bewilligungsurkunde gemäß § 12 Abs. 2 GBO in Übereinstimmung mit dem des Beurkundungsrechts als „*urkundliches Zeugnis darüber, dass eine bestimmte Abschrift mit einer bestimmten Hauptschrift übereinstimmt*“.[2]

Die Gleichsetzung des grundbuchrechtlichen Begriffs der beglaubigten Abschrift mit dem beurkundungsrechtlichen wird nicht weiter problematisiert. Dies könnte auf den ersten Blick gerade im Hinblick auf den zur Hauptschrift gehörenden Lageplan durchaus problematisiert werden. Denn während der Wortlaut des § 12 GBO seit Inkrafttreten der Grundbuchordnung am 1.1.1900 unverändert geblieben ist (dort noch § 11 GBO), hat sich im Beurkundungsrecht die Einordnung von Lageplänen geradezu revolutionär verändert. Erst durch das BeurkÄndG vom 20.2.1980[3] wurde in § 9 Abs. 1 Satz 3 BeurkG als Reaktion auf das Urteil des BGH vom 6.4.1979[4] ausdrücklich anerkannt, dass Lagepläne, Zeichnungen usw. zum *Inhalt* einer notariellen Niederschrift gemacht werden können. Ob es sich bei der zur Grundakte gehörenden Bewilligungserklärung als Hauptschrift im vorliegenden Fall um die Ausfertigung einer Niederschrift i. S. d. § 8 BeurkG oder (nur) um die Urschrift oder beglaubigte Abschrift einer öffentlich beglaubigten Urkunde i. S. d. § 40 BeurkG handelte, ist den Urteilsgründen nicht zu entnehmen. Darauf kommt es aber auch nicht an, denn auch im letzteren Fall kann der Urkundeninhalt durch einen Lageplan ergänzt werden: Für die („bloß“) öffentlich beglaubigte Erklärung gilt nach überwiegender Meinung nichts anderes als für die Niederschrift.[5] Gerade bei Dienstbarkeitsbewilligungen ist die Beifügung eines Lageplans zur Bezeichnung ihres Ausübungsbereichs üblich,[6] schließlich „sagt ein Bild mehr als tausend Worte“. Ist deshalb der grundbuchrechtliche Begriff der Abschrift nun (zumindest seit dem Inkrafttreten des BeurkÄndG) anders zu verstehen als der beurkundungsrechtliche? Diese Frage muss verneint werden, wenn man den Normhintergrund bedenkt: Gemäß § 874 BGB kann die Bewilligungsurkunde zur Eintragung beschränkter dinglicher Rechte durch Bezugnahme im Grundbuch zum Grundbuchinhalt werden. Gestattet § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO die Grundbucheinsicht und begründet sein Absatz 2 einen Anspruch auf Erteilung einer Grundbuchabschrift, muss sich dies dann zwangsläufig auch jeweils auf die dank materiellrechtlicher Anordnung zum Grundbuchinhalt gehörenden Urkunden erstrecken, und zwar mit dem jeweiligen zulässigen Urkundeninhalt, ggf. also auch einem Lageplan, einer Zeichnung usw. Gehört der Lageplan also zu einer Urkunde i. S. d. § 12 Abs. 1 GBO, so kann gemäß § 12 Abs. 2 GBO auch eine beglaubigte Abschrift dieser Urkunde einschließlich des ihr zugehörigen Lageplans verlangt werden. Das Recht auf Erteilung der Abschrift ist dabei ein selbständiges Recht, es tritt nicht nur als Ergänzung neben das Recht auf Grundbucheinsicht.[7]

Die Urteilsbegründung lässt allerdings eine gewisse Unsicherheit im Verständnis der Abschriftsfertigung erkennen (ob beglaubigte oder unbeglaubigte Abschrift spielt insoweit keine Rolle), die möglicherweise auch zu dem obiter dictum führte, Registergerichte müssten ggf. auf die Verwahrung für sie nicht reproduzierbarer Dokumente verzichten, das so nicht stehen gelassen werden darf. Weder die GBO noch die Grundbuchverfügung enthalten Vorschriften über die technische Herstellung einer (beglaubigten) Abschrift gemäß § 12 Abs. 2 GBO. Das BeurkG gilt für die Erstellung einer Grundbuchabschrift weder unmittelbar noch analog.[8] Das ist aber auch nicht weiter von Belang, denn auch das BeurkG enthält hierzu keine weitergehenden Vorschriften.[9] Lediglich § 29 Abs. 1 und 2 DONot machen für die Herstellung von beglaubigten Abschriften gewisse Vorgaben, ohne jedoch auf die Besonderheiten von Karten, Zeichnungen und Abbildungen einzugehen, deren Farbigkeit in der Beurkundungspraxis seit jeher anerkannt ist.[10] Auf welchem Weg der Transfer von der Haupt- zur Abschrift vorgenommen wird, ist dem die Abschrift Fertigenden selbst überlassen.[11] Mit dem *OLG Saarbrücken* ist deshalb zu betonen, dass es für eine „Abschrift“ nicht notwendig auf die optische, sondern ausschließlich auf die inhaltliche Identität ankommt.[12] Anerkannt ist dies seit jeher z. B. für die Wiedergabe einer Unterschrift durch den Vermerk „gez. (Name des Notars), Notar“.[13] Zur Herstellung der Abschrift eines farbigen Lageplans ist ein Farbkopierer für sich gesehen deshalb weder notwendig noch hinreichend. Es ist – entgegen dem OLG Saarbrücken – gerade nicht von vornherein ausgeschlossen, den Erklärungs- und Beweiswert einer Abschrift durch die Vornahme farblicher Markierungen durch Mitarbeiter des Grundbuchamts herbeizuführen.

Die vom Grundbuchamt ins Feld geführten, nicht näher bestimmten „haftungsrechtlichen Gründe“ sind für mich ebenfalls nicht recht nachvollziehbar: Die einfache Abschrift einer Urkunde ist mangels Unterschrift unter der Abschrift (vgl. § 44 Abs. 3 GBV) noch nicht einmal Privaturkunde i. S. d. § 416 ZPO. Sie hat keine Urkundenqualität i. S. d. §§ 415 ff. ZPO.[14]

Vor diesem Hintergrund halte ich es auch für bedenklich, wenn das OLG Saarbrücken den Eindruck erweckt, das Grundbuchamt könnte berechtigt sein, unter Hinweis auf eine (vermeintlich) ungenügende technische Ausstattung die Verwahrung – und damit vorgelagert – Entgegennahme zum Vollzug solcher Urkunden abzulehnen. Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 GBO hat das Grundbuchamt Urkunden, auf die eine Eintragung Bezug nimmt, aufzubewahren. Zur äußeren Gestaltung der aufzubewahrenden Urkunden enthält die Ordnungsvorschrift des § 24 a Satz 1 GBV lediglich die Weisung doppel-

---

2 BGH, DNotZ 1960, 260, 262; BGHZ 36, 201, 204.

3 BGBl I, S. 157.

4 DNotZ 1979, 476.

5 *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 40 Rdnr. 20.

6 *Winkler*, BeurkG, § 40 Rdnr. 18.

7 BayObLGZ 1952, 82, 85; BayObLGZ 1982, 29, 31.

8 BayObLGZ 1982, 29, 31.

9 *Winkler*, BeurkG, § 42 Rdnr. 8.

10 BayObLG, DNotZ 1994, 244.

11 *Püls*, NotBZ 2007, 147, 148 in seiner Anm. zu LG Chemnitz, NotBZ 2007, 146.

12 *Limmer* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 42 BeurkG Rdnr. 6; *Winkler*, BeurkG, § 42 Rdnr. 8 a.

13 OLG Frankfurt a. M., DNotZ 1993, 757 m. Anm. *Kanzleiter*, vgl. auch LG Aachen, MittRhNotK 1984, 59 m. Anm. *Kanzleiter*.

14 *Musielak/Huber*, ZPO, 4. Aufl., § 415 Rdnr. 5.

seitiger Beschriftung. Die in § 24 a Satz 3 GBV angesprochenen Handhabungsempfehlungen sind bislang nicht herausgegeben.[15] Zumindest solche Urkunden samt Anlagen, die den beurkundungsrechtlichen Vorschriften entsprechen, können deshalb unter der auch vom OLG Saarbrücken betonten Pflicht, für eine funktionsfähige und wirksame Rechtspflege zu sorgen, nicht zurückgewiesen werden. § 44 Abs. 2 Satz 2 GBV sieht lediglich für den Fall eines unverhältnismäßigen Aufwands im Zusammenhang mit der Bestätigung oder Ergänzung früher vorgenommener Abschriften ein Ablehnungsrecht des Grundbuchamts vor – für die Erstfertigung einer Abschrift lässt sich ein solches Ablehnungsrecht nicht begründen.

Notar Dr. *Jörg Munzig*, Dipl.-Kfm., Neu-Ulm

15 *Maaß* in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 6.

---

5. BayFiG Art. 9 (*Eintragungsfähigkeit eines Eigentümerfischereirechts*)

Die Eintragung eines Fischereirechtes gemäß Art. 9 BayFiG für den Eigentümer des Grundstücks ist zulässig (entgegen *Bleyer*, Das Fischereigesetz in Bayern, 2. Aufl. 1912, Vorbem. 5 vor Art. 9; offengelassen noch in BayObLG, NJW-RR 2004, 738). (Leitsatz des Einsenders)

LG Landshut, Beschluss vom 5.7.2007, 64 T 332/07; eingesandt von Notar *Georg Meier-Kraut*, Rotthalmünster

Der Beschwerdeführer ist im Grundbuch als Eigentümer eines Grundbesitzes, bei dem es sich um einen Bach mit Randstreifen und einer Insel handelt, eingetragen. Mit notarieller Urkunde bewilligte und beantragte der Beschwerdeführer die Eintragung eines selbständigen, veräußerlichen und vererblichen Fischereirechts am Bach mit Randstreifen und Insel gemäß Art. 9 BayFiG für sich selbst. Nach der Begründung des Antrags soll das selbständige Fischereirecht für den Antragsteller selbst zur gesonderten vom Grundstückseigentum unabhängigen Beleihbarkeit des Fischereirechts bestellt werden.

Das AG – Grundbuchamt – wies den Eintragungsantrag mit der Begründung zurück, ein selbständiges Fischereirecht könne nur dann im Grundbuch eingetragen werden, wenn dies für Dritte, vom Gewässereigentümer verschiedene Personen bestellt werde. Hiergegen richtet sich die Beschwerde. Zur Begründung wird angeführt, nach heute ganz überwiegend vertretener Meinung könne der Eigentümer ein selbständiges Fischereirecht auch für sich selbst bestellen. Das AG half der Beschwerde nicht ab und legte die Sache dem LG zur Entscheidung vor.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde hat sich als begründet erwiesen.

Die Kammer ist der Auffassung, dass der Gewässereigentümer ein selbständiges Fischereirecht (Art. 9 BayFiG) für sich selbst bestellen kann. Zwar deutet der Wortlaut von Art. 13 BayFiG, der vom Eigentümer und vom Erwerber spricht, auf die Notwendigkeit einer Personenverschiedenheit hin. Eine ältere Literaturmeinung hat aufgrund dessen die Frage der Eintragungsfähigkeit eines selbständigen Fischereirechts für den Gewässereigentümer verneint (vgl. *Bleyer*, Das Fischereigesetz in Bayern, 2. Aufl. 1912, Vorbem. 5 vor Art. 9).

Der Wortlaut der Vorschrift steht jedoch einer erweiterten Auslegung nicht entgegen. Denn sonst müsste an der ähnlich lautenden Vorschrift des § 873 Abs. 1 BGB die Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten und Eigentümererbbaurechten scheitern. Das RG hat jedoch bereits mit Beschluss vom 14.11.1933 (RGZ 142, 231, 234 ff.) die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit am eigenen Grundstück für zulässig erklärt, und in diesem Zusammenhang betont, das Einigungserfordernis in § 873 Abs. 1 BGB wolle nur verhindern, dass niemand ein dingliches Recht gegen seinen Willen erwirbt. Zudem wird in der Literatur durchweg die Ähnlichkeit des selbständigen Fischereirechts mit dem Erbbaurecht betont (vgl. *Staudinger/Mayer*, BGB, Stand 2005, Art. 69 EGBGB Rdnr. 77 m. w. N.). Für das Erbbaurecht ist aber anerkannt, dass der Grundstückseigentümer es für sich selbst bestellen kann, ohne dass ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis erforderlich wäre (vgl. *Staudinger/Rapp*, § 1 ErbbVO Rdnr. 4). Aus alledem folgert eine neuere Literaturauffassung (vgl. Darstellung bei *J. Mayer*, MittBayNot 1999, 242, 245) die Zulässigkeit der Bestellung eines selbständigen Fischereirechts für den Gewässereigentümer.

Auch nach Auffassung des BayVGH bestehen wegen der Rechtsähnlichkeit von Erbbaurecht und Fischereirecht gegen den Erwerb eines selbständigen Fischereirechts durch den Grundstückseigentümer keine Bedenken (vgl. BayVGH vom 3.3.1994, 13 A 92.2234, 13 A 93.1782). Dem hat sich auch das LG Coburg angeschlossen (vgl. LG Coburg, MittBayNot 2000, 559). Das BayObLG ließ die Rechtsfrage, weil im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich, bislang offen (vgl. BayObLG, NJW-RR 2004, 738).

Die Kammer schließt sich aufgrund der Ähnlichkeit von Erbbaurecht und Fischereirecht der Auffassung an, wonach der Gewässereigentümer ein selbständiges Fischereirecht (Art. 9 BayFiG) für sich selbst bestellen kann. Demnach steht der Eintragung eines selbständigen Fischereirechts für den Beschwerdeführer ein fischereirechtliches Hindernis nicht entgegen. Der ablehnende Beschluss des AG war daher aufzuheben. Die Sache war zur erneuten Entscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts an das AG – Grundbuchamt – zurückzuverweisen.

---

6. GG Art. 6 Abs. 5; BGB §§ 1570, 1615 l Abs. 2 Satz 3 (*Verfassungswidrigkeit des § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB*)

Es verstößt gegen Art. 6 Abs. 5 GG, die Dauer eines Unterhaltsanspruchs, den der Gesetzgeber einem Elternteil wegen der Betreuung seines Kindes gegen den anderen Elternteil einräumt, für eheliche und nichteheliche Kinder unterschiedlich zu bestimmen.

BVerfG, Beschluss vom 28.2.2007, 1 BvL 9/04

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens ist die Mutter eines im April 1997 geborenen, von ihr betreuten Kindes, dessen Vater nicht mit ihr verheiratet war und ist. Er wurde 1998 verurteilt, an die Klägerin bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes Unterhalt nach § 1615 l Abs. 2 BGB zu zahlen, und ist der Beklagte des Ausgangsverfahrens. Im Mai 2001 gebar die Klägerin von einem anderen Mann ein weiteres nichteheliches Kind. Der Vater dieses Kindes wurde gerichtlich für den Zeitraum von Februar 2002 bis Mai 2004 zur Zahlung von Betreuungsunterhalt an die Klägerin verpflichtet. Die Klägerin hat außerdem zwei weitere Kinder aus geschiedener Ehe, von denen eines bei der Klägerin lebt.

Im Jahre 2002 beantragte die Klägerin Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Klage gegen den Beklagten, gerichtet auf Zahlung von Betreuungsunterhalt ab Februar 2002, wobei sie bei der Berechnung der Unterhaltshöhe die Unterhaltsleistung des Vaters ihres 2001 geborenen Kindes in Abzug brachte. Sowohl das AG als auch das OLG lehnten den Antrag mangels Erfolgsaussichten ab. Der Anspruch

nach § 1615 l Abs. 2 BGB sei grundsätzlich auf drei Jahre nach der Geburt des Kindes beschränkt. Diese Befristung sei nicht verfassungswidrig. Umstände, die die zeitliche Begrenzung grob unbillig erscheinen ließen, habe die Klägerin nicht vorgetragen.

Mit Beschluss vom 4.2.2004 hob das BVerfG die Entscheidungen des AG und OLG auf und verwies die Sache an das AG zurück. Die Verfassungsmäßigkeit des § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB sei keine einfache oder eindeutig zu entscheidende Frage, die im summarischen Prozesskostenhilfeverfahren entschieden werden könne. Der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB wie nach § 1615 l Abs. 2 BGB diene dazu, die persönliche Betreuung des Kindes durch einen Elternteil zu ermöglichen. Vor diesem Hintergrund erscheine die Verfassungsmäßigkeit der unterschiedlichen Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts im Hinblick auf das aus Art. 6 Abs. 5 GG folgende Gebot der Gleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern jedenfalls fraglich. Durch die Entscheidung dieser Frage im Prozesskostenhilfeverfahren werde der Klägerin die Möglichkeit genommen, im Hauptsacheverfahren den eigenen Standpunkt hierzu vertieft darzustellen und nach Erschöpfung des Rechtswegs gegebenenfalls durch Erhebung einer Verfassungsbeschwerde mittelbar die verfassungsrechtliche Überprüfung des § 1615 l Abs. 2 BGB zu erreichen.

Nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe wies das AG die Klage ab. Es könne dahingestellt bleiben, ob und inwieweit hinsichtlich des Betreuungsunterhalts der Klägerin neben dem Beklagten eine Teilschuldnerschaft ihres geschiedenen Ehemannes oder des Vaters ihres anderen nichtehelichen Kindes bestehe, denn § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB, der den Betreuungsunterhalt drei Jahre nach der Geburt des Kindes enden lasse, sei verfassungsgemäß. Die Klägerin habe keine Umstände dargelegt, die darauf hindeuteten, dass die Versagung des Unterhalts nach Ablauf der drei Jahre grob unbillig sei. Dagegen legte die Klägerin Berufung ein, die sie mit der Verfassungswidrigkeit der zeitlichen Befristung in § 1615 l Abs. 2 BGB begründete.

Mit Beschluss vom 16.8.2004 hat das OLG das Verfahren ausgesetzt und die Frage, ob § 1615 l Abs. 2 Satz 3 2. Hs. BGB mit Art. 6 Abs. 5 GG unvereinbar sei, dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

B.

Die unterschiedliche Regelung der Unterhaltsansprüche wegen der Betreuung von Kindern in § 1570 BGB einerseits und in § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB andererseits ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Sie verstößt gegen das in Art. 6 Abs. 5 GG an den Gesetzgeber gerichtete Gebot, nichtehelichen Kindern gleiche Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung zu schaffen wie ehelichen Kindern.

I.

1. Art. 6 Abs. 5 GG enthält einen Verfassungsauftrag, der die Gleichstellung und Gleichbehandlung aller Kinder ungeachtet ihres Familienstandes zum Ziel hat und den Gesetzgeber verpflichtet, nichtehelichen Kindern durch positive Regelungen die gleichen Bedingungen für ihre körperliche und seelische Entwicklung zu schaffen wie ehelichen Kindern. Dabei darf sich der Gesetzgeber grundsätzlich nicht mit einer bloßen Annäherung der Stellung des nichtehelichen Kindes an die des ehelichen Kindes zufriedengeben (vgl. BVerfGE 85, 80, 88). Ein Kind darf wegen seiner nichtehelichen Geburt nicht benachteiligt werden (vgl. BVerfGE 25, 167, 190). Auch eine mittelbare Schlechterstellung nichtehelicher Kinder im Verhältnis zu ehelichen Kindern ist durch Art. 6 Abs. 5 GG verboten (vgl. BVerfGE 88, 87, 96). Eine differenzierende Regelung für nichteheliche Kinder ist verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn sie aufgrund der unterschiedlichen tatsächlichen Lebenssituation zwingend erforderlich ist, um das Ziel der Gleichstellung von nichtehelichen Kindern mit ehelichen Kindern zu erreichen. Fehlt es an solchen zwingenden tatsächlichen Gründen für die Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder, lässt sich diese nur durch kollidierendes Verfassungsrecht rechtfertigen, das mit Art. 6 Abs. 5 GG abzuwägen ist (vgl. BVerfGE 84, 168, 185 sowie zu Art. 3 Abs. 3 GG BVerfGE 85, 191, 209; 92, 91, 109).

2. Diesem in Art. 6 Abs. 5 GG enthaltenen Verbot einer Schlechterstellung nichtehelicher Kinder gegenüber ehelichen Kindern hat der Gesetzgeber zuwidergehandelt, indem er die Dauer des Unterhalts, den ein Elternteil, der ein Kind betreut, vom anderen Elternteil beanspruchen kann, in § 1570 BGB für den geschiedenen Ehegatten und in § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB für den Elternteil eines nichtehelichen Kindes unterschiedlich bemessen hat.

a) § 1570 BGB und § 1615 l BGB begründen allerdings Unterhaltsansprüche, die nicht dem Kind selbst, sondern dem das Kind betreuenden Elternteil zustehen. Gleichwohl betrifft die Frage, wie lange dieser Unterhalt dem Betreuenden zu leisten ist, die Lebens- und Betreuungssituation des Kindes und wirkt auf diese ein. Der Betreuungsunterhalt wird aus Gründen des Kindeswohls gewährt. Er ermöglicht dem Elternteil, sich persönlich dem Kind zuwenden zu können, soweit das Kind der Pflege oder Erziehung bedarf und deshalb vom Betreuenden nicht erwartet werden kann, dass er einer Erwerbstätigkeit nachgeht, wie es in beiden Vorschriften insoweit gleichlautend formuliert ist. Der Unterhalt ist damit am Kind und seinem Bedarf an persönlicher Betreuung ausgerichtet und prägt die Umstände, unter denen es aufwächst (vgl. BVerfGE 103, 89, 110). Die Dauer der Unterhaltsleistung an den Elternteil bestimmt darüber, wie lange das Kind persönlich von diesem betreut werden kann. Wird von der betreuenden Mutter oder dem betreuenden Vater wie in § 1615 l BGB erwartet, dass sie nach Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes wieder einer Erwerbstätigkeit nachgehen, und kommt deshalb der Unterhaltsanspruch zum Wegfall, sind sie ab diesem Zeitpunkt in der Regel gezwungen, zur Sicherstellung ihres Lebensunterhalts eine Berufstätigkeit aufzunehmen. Dies hat zur Folge, dass sie das Kind jedenfalls zeitweise in fremde Obhut geben müssen und ihm nur noch in eingeschränkter Zeit zur Verfügung stehen. Ist demgegenüber der Unterhalt der Mutter oder des Vaters durch Unterhaltszahlungen abgesichert, die sich wie in § 1570 BGB nicht nur dem Grunde nach, sondern auch in ihrer Dauer an den Betreuungsbelangen des Kindes orientieren und insoweit nach der Rechtsprechung weit über das dritte Lebensjahr eines Kindes hinausreichen, kann das Kind erheblich länger die persönliche elterliche Betreuung erfahren. Die Lebensbedingungen der betroffenen Kinder werden deshalb durch die Unterhaltsregelungen maßgeblich beeinflusst.

b) Die unterschiedliche Bemessung des Betreuungsunterhalts nach § 1570 BGB und § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB, die zu unterschiedlichen Betreuungssituationen von ehelichen und nichtehelichen Kindern führt, ist unmittelbare Folge der gesetzlichen Regelung; sie ergibt sich nicht allein aus der Interpretation der Normen durch die Rechtsprechung.

Der Gesetzgeber hat bei Schaffung des § 1570 BGB ausdrücklich davon abgesehen, den Betreuungsunterhalt zeitlich zu begrenzen oder auch nur der Rechtsprechung Auslegungshilfen hinsichtlich der Dauer des Anspruchs an die Hand zu geben, weil er dies bei der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte für verfehlt gehalten hat (vgl. BT-Drucks. 7/650, S. 122 f.). Vielmehr hat er durch den Gebrauch des unbestimmten Rechtsbegriffs „solange“ und dessen Bezugnahme auf den Anspruchsgrund – wegen der Pflege und Erziehung des Kindes – die Dauer des Anspruchs an die Betreuungsbedürftigkeit des Kindes gebunden und der Rechtsprechung damit bewusst die Möglichkeit eröffnet, auf die besonderen Umstände des Einzelfalls einzugehen und für den Regelfall Maßstäbe zu entwickeln, die den Betreuungsbedarf eines

Kindes nach dessen Altersphasen bestimmen. Damit wird zugleich die Erwerbsobliegenheit des Elternteils konkretisiert und anhand dessen die Dauer des Unterhalts bestimmt. Die Leitlinien der Oberlandesgerichte geben Altersstufen vor, nach denen bis zu einem Alter des Kindes von acht bis zehn Jahren eine persönliche Vollzeitbetreuung des Kindes für notwendig erachtet und deshalb von keiner Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils ausgegangen wird. Bis dahin ist deshalb der Betreuungsunterhalt in voller Höhe zu zahlen. Danach wird nur eine teilweise Erwerbstätigkeit erwartet, deren Einkünfte auf den Unterhalt anzurechnen sind. Erst im Alter des Kindes von 16 Jahren kommt die Erwerbsobliegenheit voll zum Tragen und der Anspruch auf Betreuungsunterhalt erlischt in der Regel. Diese Konkretisierungen durch die Rechtsprechung in Form eines Altersphasenmodells beruhen auf der Offenheit der Norm und sind vom Gesetzgeber auch nicht durch Präzisierung der Norm korrigiert worden. Demgegenüber hat der Gesetzgeber in Ansehung dieser Auslegung von § 1570 BGB durch die Rechtsprechung den Unterhalt wegen der Betreuung eines nichtehelichen Kindes in § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB generell auf drei Jahre begrenzt und eine Verlängerung des Anspruchs darüber hinaus nur im Ausnahmefall zugelassen, nämlich nur dann, wenn eine Versagung nach Ablauf dieser Frist insbesondere unter Berücksichtigung der Kindesbelange grob unbillig wäre. Diese Befristung hat er für angemessen erachtet, weil durch sie eine Vollbetreuung des Kindes durch einen Elternteil bis zum Kindergartenalter sichergestellt sei und danach eine Fremdbetreuungsmöglichkeit bestehe, die dem Kind nicht schade, sondern es im Gegenteil fördere. Er hat damit die Gewährung von Betreuungsunterhalt in unterschiedlicher Dauer für die Betreuung nichtehelicher und ehelicher Kinder ermöglicht und gebilligt.

c) Mit der ungleichen unterhaltsrechtlichen Absicherung der persönlichen Betreuung durch einen Elternteil benachteiligt der Gesetzgeber nichteheliche Kinder gegenüber ehelichen Kindern.

Dabei kann dahingestellt bleiben, wie lange es aus pädagogischer und psychologischer Sicht für ein Kind und seine körperliche wie seelische Entwicklung am förderlichsten ist, von einem Elternteil umfassend und stetig betreut zu werden. Das BVerfG hat nicht darüber zu befinden, ob beziehungsweise von welchem Alter an davon auszugehen ist, dass ein Kind keinen Schaden nimmt, wenn es jedenfalls eine gewisse Zeit von anderen Personen als seinen Eltern betreut wird, oder ob es nicht sogar durch Fremdbetreuung zum Beispiel im Kindergarten und damit durch ein Zusammensein mit anderen Kindern zusätzliche Förderung erhält. Die Fachwissenschaften diskutieren diese Fragen nach wie vor kontrovers und geben darauf keine eindeutigen Antworten. Es ist Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er die persönliche Betreuung eines Kindes durch einen Elternteil, die dem Kind zugutekommt, durch Unterhaltsansprüche finanziell absichern will, wobei es in seiner Einschätzungsprärogative liegt, wie lange er es in Abwägung des Kindeswohls mit den Interessen der insoweit Berechtigten wie Verpflichteten für angemessen erachtet, einen solchen Unterhaltsanspruch einzuräumen. Hält er es aber für erforderlich und dem Kindeswohl dienlich, dem Kind die Möglichkeit zu sichern, jedenfalls für eine bestimmte Zeit die volle Zuwendung eines Elternteils zu erfahren, und räumt er deswegen dem betreuenden Elternteil einen Unterhaltsanspruch gegen den anderen Elternteil ein, dann verbietet es Art. 6 Abs. 5 GG, mit zweierlei Maß zu messen und bei ehelichen Kindern eine erheblich längere persönliche Betreuung für angezeigt zu erachten als bei nichtehelichen Kindern. Denn wie viel ein Kind an persönlicher elterlicher Betreuung und Zuwendung bedarf, richtet sich nicht danach, ob es ehelich oder nichtehelich geboren ist.

Hält der Gesetzgeber es dagegen für unschädlich oder sogar der kindlichen Entwicklung dienlich, wenn Kinder ab ihrem dritten Lebensjahr den Kindergarten besuchen, und begrenzt er wie in § 1615 l BGB aus diesem Grund den Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils, so dass dieser wieder selbst durch Erwerbstätigkeit für seinen Unterhalt sorgen muss, darf er diesen Gesichtspunkt ebenfalls nicht nur bei nichtehelichen Kindern zum Tragen kommen lassen. Vielmehr hat der Gesetzgeber bei seiner Einschätzung, wie lange ein Kind der persönlichen Betreuung durch einen Elternteil bedarf, einen für nichteheliche wie eheliche Kinder gleichen Maßstab zu wählen und daran die Dauer der Unterhaltsansprüche zu bemessen.

Es stellt nichteheliche Kinder schlechter, wenn dem betreuenden Elternteil eines ehelichen Kindes auf der Grundlage der gesetzgeberischen Entscheidung in der Regel die Möglichkeit eingeräumt wird, sich diesem zumindest bis zu dessen achten Lebensjahr mithilfe eines solange eingeräumten Unterhaltsanspruchs in vollem Umfang persönlich widmen zu können, während der Gesetzgeber es für ausreichend erachtet, dass ein nichteheliches Kind eine solche persönliche Betreuung lediglich in den ersten drei Lebensjahren erhält, und deshalb den Unterhaltsanspruch seines betreuenden Elternteils im Regelfall auf diesen Zeitraum begrenzt. Damit nimmt der Gesetzgeber dem Elternteil eines nichtehelichen Kindes im Gegensatz zum Elternteil eines ehelichen Kindes ab diesem Zeitpunkt die finanzielle Grundlage für die Entscheidungsfreiheit, zwischen der Eigenbetreuung oder einer Fremdbetreuung des Kindes zu wählen, und bringt damit zwangsläufig das nichteheliche Kind in die Situation, früher als eheliche Kinder anderweitig betreut zu werden. Selbst wenn dies einem Kind im Allgemeinen nicht schadet, liegt eine Benachteiligung darin, dass das nichteheliche Kind gegenüber dem ehelichen Kind zurückgesetzt wird, weil ihm die Möglichkeit genommen wird, ebenso lange wie ein eheliches Kind im Mittelpunkt elterlicher Sorge zu stehen.

3. Die ungleiche Dauer der Unterhaltsansprüche aus § 1570 BGB und § 1615 l Abs. 2 BGB, die eine Schlechterstellung nichtehelicher Kinder gegenüber ehelichen Kindern bewirkt, rechtfertigt sich weder durch unterschiedliche soziale Situationen, in denen sich die Kinder befinden, oder durch Unterschiede, die in den Beziehungen ihrer Eltern auszumachen sind, noch dadurch, dass bei geschiedenen Ehegatten im Gegensatz zu nicht miteinander verheirateten Eltern die eheliche Solidarität nachwirkt und Ansprüche begründen kann, die Nichtverheirateten nicht zustehen.

a) Die tatsächlichen Lebensbedingungen von ehelichen Kindern geschiedener Eltern und nichtehelichen Kindern unterscheiden sich prinzipiell nur unwesentlich. Sie leben entweder in einer familiären Situation, die der betreuende Elternteil nach Scheidung durch eine neue Partnerschaft geschaffen hat beziehungsweise die er in nichtehelicher Lebensgemeinschaft fortführt, oder sie wachsen allein bei dem betreuenden Elternteil auf. In beiden familiären Konstellationen ist der betreuende Elternteil auf die Sicherstellung seines Unterhalts angewiesen, wenn er das Kind, ob ehelich oder nichtehelich, persönlich betreuen und deshalb keiner Erwerbsarbeit nachgehen will. Mithin sind eheliche wie nichteheliche Kinder in gleicher Weise betroffen, wenn der betreuende Elternteil keinen Unterhalt gegenüber dem anderen Elternteil mehr beanspruchen kann und deshalb eine Erwerbstätigkeit aufnehmen muss. Sie müssen dann gleichermaßen auf persönliche Betreuung durch einen Elternteil verzichten, es sei denn, der

geschiedene Ehegatte, der neue Partner oder der andere Elternteil sind bereit, ohne Rechtsgrund für den Unterhalt des betreuenden Elternteils aufzukommen.

b) Auch die im Gesetzgebungsverfahren angeführte große Bandbreite unterschiedlicher Lebensgestaltungen, die im Gegensatz zu verheirateten Eltern bei nichtverheirateten Eltern anzutreffen sei, vermag die ungleiche Dauer der Unterhaltsansprüche kinderbetreuender Elternteile nicht zu rechtfertigen. Zwar ist richtig, dass die Varianz der elterlichen Beziehungen, aus denen ein nichteheliches Kind erwächst, von der flüchtigen Affäre bis hin zu einer dauerhaften Lebensgemeinschaft reicht, während die Ehe, in die Kinder geboren werden, stets auf Dauer angelegt ist, auch wenn sie später scheitern sollte. Auf diesen Unterschied kommt es jedoch hinsichtlich eines Unterhaltsanspruchs, der wegen der Pflege oder Erziehung eines Kindes gewährt wird, nicht an. Der Unterhaltspflichtige wird vom Gesetz nicht um des anderen Elternteils willen, sondern wegen des Kindes in Anspruch genommen, damit dieses persönlich von einem Elternteil betreut werden kann. Auch führt die Vielgestaltigkeit nichtehelicher Beziehungen nicht zu unterschiedlicher Elternverantwortung dem Kinde gegenüber. Jedem rechtlich ausgewiesenen Elternteil kommt das in Art. 6 Abs. 2 GG verankerte Elternrecht zu, welches ihm auch die umfassende Verantwortung für die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes auferlegt, egal, ob das Kind ehelich oder nichtehelich geboren ist oder ob es einer flüchtigen oder festen Verbindung seiner Eltern entstammt. Diese Verantwortung umfasst auch die Sicherstellung einer dem Kindeswohl dienlichen Betreuung des Kindes durch Zahlung von Unterhalt an den betreuenden Elternteil. Art. 6 Abs. 5 GG verbietet hier eine Differenzierung nach der Art der elterlichen Beziehung (vgl. BVerfGE 84, 168, 185), bezweckt er doch gerade die Gleichstellung von Kindern, deren Eltern keine Verantwortung füreinander übernommen haben, mit solchen Kindern, deren Eltern in ehelicher Verbundenheit füreinander und für ihr Kind Sorge tragen.

c) Die nacheheliche Solidarität vermag nicht zu rechtfertigen, dass nach § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB dem Elternteil eines nichtehelichen Kindes nur bis zu dessen dritten Lebensjahr ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt zusteht, während nach § 1570 BGB dem Elternteil eines ehelichen Kindes ein nach Altersphasen des Kindes bemessener, weit länger reichender Unterhaltsanspruch wegen der Kinderbetreuung zuerkannt wird.

aa) Art. 6 Abs. 1 GG begründet als wertentscheidende Grundsatznorm die Pflicht des Staates, die Ehe zu schützen und zu fördern (vgl. BVerfGE 108, 351, 363). Dieser Schutz kommt nicht nur der bestehenden Ehe zu, sondern erstreckt sich auch auf die Folgewirkungen einer geschiedenen Ehe (vgl. BVerfGE 53, 257, 296) und wirkt auf die unterhaltsrechtlichen Beziehungen zwischen den geschiedenen Ehegatten fort (vgl. BVerfGE 66, 84, 94). Nacheheliche Solidarität kommt insbesondere auch dort zum Tragen, wo ein geschiedener Ehegatte auf seine grundsätzliche wirtschaftliche Eigenverantwortung nach der Scheidung deshalb nicht verwiesen werden kann, weil er aufgrund der von ihm in der Ehe übernommenen Aufgaben nicht in der Lage ist, durch Wiedereingliederung in das Erwerbsleben seinen Lebensunterhalt selbst zu sichern (vgl. BVerfGE 57, 361, 379). Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass der geschiedene Ehegatte ein gemeinsames Kind betreut. Deshalb hat der Gesetzgeber neben der unterhaltsrechtlichen Absicherung geschiedener Ehegatten für den Fall, dass von ihnen wegen ihres Alters (§ 1571 BGB) oder wegen Krankheit (§ 1572 BGB) keine Erwerbstätigkeit erwartet werden kann oder sie keine angemessene Erwerbstätigkeit finden (§§ 1573, 1574 BGB), mit § 1570 BGB Sorge dafür getragen, dass ein geschiedener Ehegatte Unterhalt beanspruchen kann, solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung des gemeinsamen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht verlangt werden kann.

bb) Dass der Unterhalt eines geschiedenen Ehegatten wegen der Betreuung eines gemeinsamen Kindes vom Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG umfasst ist und aus der nachehelichen Solidarität folgt, ist kein rechtfertigender Grund dafür, bei der am Alter der Kinder ausgerichteten Dauer des Unterhalts für die Betreuung von Kindern unterschiedliche Altersabstufungen für nichteheliche und eheliche Kinder vorzunehmen, die dazu führen, dass nichteheliche und eheliche Kinder unterschiedlich lange von einem Elternteil persönlich betreut werden können.

(1) Art. 6 Abs. 5 GG fordert, nichtehelichen Kindern gleiche Lebensbedingungen wie ehelichen Kindern zu schaffen. Damit untersagt die Verfassungsnorm zugleich eine Privilegierung ehelicher Kinder, die mit dem Schutz der Ehe aus Art. 6 Abs. 1 GG begründet wird, weil dies dem Gleichstellungsgebot gerade zuwiderliefe.

Allerdings schließt dies nicht aus, wegen des Schutzes, den die eheliche Verbindung durch Art. 6 Abs. 1 GG erfährt, einen geschiedenen Elternteil unterhaltsrechtlich besserzustellen als einen unverheirateten Elternteil, was sich mittelbar auch auf die Lebenssituation der mit diesen Elternteilen zusammenlebenden Kindern auswirken kann (vgl. auch BVerfG, FamRZ 2007, 529). So hat ein geschiedener Elternteil ungeachtet des Alters des von ihm betreuten Kindes einen Unterhaltsanspruch gegen den anderen Elternteil, wenn er eine angemessene Erwerbsarbeit nicht findet, während einem nichtverheirateten Elternteil für den Fall der Arbeitslosigkeit kein Unterhaltsanspruch gegen den anderen Elternteil zur Seite steht. Dies kann zu unterschiedlichen sozialen Lagen auch der betroffenen Kinder führen. Dem Gesetzgeber ist es unbenommen, mit dem nachehelichen Ehegattenunterhalt dem geschiedenen Ehegatten Ansprüche einzuräumen, die mittelbar auch dem von ihm betreuten Kind zugutekommen, während nichteheliche Kinder von solchen Ansprüchen nicht profitieren können, weil ihre Eltern sich keinen solchen Unterhalt schulden. Dabei kann der Gesetzgeber auch berücksichtigen, dass aus der Aufgabenaufteilung, die die Ehegatten während der Ehe miteinander vereinbart und praktiziert haben, für einen der Ehegatten Schwierigkeiten erwachsen können, sich nach Scheidung wieder ins Erwerbsleben einzufinden, und dies zum Grund nehmen, dem hiervon betroffenen Ehegatten für einen bestimmten Zeitraum einen Unterhaltsanspruch zuzuerkennen.

Räumt der Gesetzgeber aber dem geschiedenen Ehegatten einen Unterhaltsanspruch allein wegen der persönlichen Betreuung des gemeinsamen Kindes ein, dann verbietet es ihm Art. 6 Abs. 5 GG, die Dauer der für notwendig erachteten persönlichen Betreuung beim ehelichen Kind anders zu bemessen als bei einem nichtehelichen Kind. Denn wie lange einem Kind eine persönliche Betreuung durch einen Elternteil zuteil werden sollte, bestimmt sich nicht nach der ehelichen Solidarität, sondern nach den Bedürfnissen von Kindern, die sich bei ehelichen und nichtehelichen Kindern grundsätzlich nicht unterscheiden.

(2) Es trifft nicht zu, dass der Anspruch aus § 1570 BGB nicht allein wegen der Kinderbetreuung eingeräumt worden ist, vielmehr darüber hinaus aufgrund der nachehelichen Solidarität den geschiedenen Ehegatten in die Lage versetzen soll, bei Übernahme der Kinderbetreuung für längere Zeit keiner Erwerbsobliegenheit ausgesetzt zu sein, um damit einen spä-

teren und leichteren Übergang und Wiedereinstieg in das Erwerbsleben zu finden. Die unterschiedliche Dauer des nach § 1570 BGB gewährten Unterhaltsanspruchs im Verhältnis zur Dauer des Anspruchs nach § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB lässt sich daher damit nicht rechtfertigen.

(a) Weder dem Wortlaut von § 1570 BGB noch seiner Entstehungsgeschichte ist eine solche, über die Kinderbetreuung hinausgehende Ausrichtung des darin enthaltenen Unterhaltsanspruchs zu entnehmen.

Der Normtext führt als einzigen Grund für die Unterhaltsgewährung die Pflege oder Erziehung eines gemeinsamen Kindes an. Auch die Frage der Anspruchsdauer ist allein auf diesen Grund bezogen. Durch die Überschrift der Vorschrift wird zudem hervorgehoben, dass der Unterhalt gerade wegen der Betreuung eines Kindes gewährt wird. Auch in der Gesetzesbegründung ist zwar die fortwirkende gemeinsame Verantwortung der Ehegatten füreinander als Grund dafür angeführt worden, trotz der Beendigung der wirtschaftlichen Beziehungen der Ehegatten durch die Scheidung einem geschiedenen Ehegatten dennoch in bestimmten Bedarfsfällen Unterhaltsansprüche gegen den anderen Ehegatten einzuräumen. Als solchen Bedarfsfall und damit Grund für die Abweichung von der generellen Selbstverantwortlichkeit der geschiedenen Ehegatten werden aber in § 1570 BGB ausschließlich die Kinderbetreuung benannt und die Dauer des Anspruchs allein davon abhängig gemacht, wie lange das Kind der Betreuung bedarf. Erstmals in den Gesetzesmaterialien zum Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16.12.1997 (BGBl I, S. 2942) ist bei der dort vorgenommenen Änderung von § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB die Auffassung vertreten worden, der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB sei auch durch den zusätzlichen Schutzzweck der nachehelichen Solidarität begründet, was seine stärkere Ausgestaltung gegenüber § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB rechtfertige (vgl. BT-Drucks. 13/8511, S. 71).

(b) Auch unter Berücksichtigung dieser vom Gesetzgeber nachgeschobenen Begründung vermag der Hinweis auf die nacheheliche Solidarität die unterschiedliche Dauer der beiden Unterhaltsansprüche vor Art. 6 Abs. 5 GG nicht zu rechtfertigen. Denn es findet sich in der vom Gesetzgeber durch die Offenheit der Norm angelegten und von ihm akzeptierten jahrzehntelangen Auslegung und Anwendung von § 1570 BGB durch die Rechtsprechung kein Anhaltspunkt dafür, dass bei der zeitlichen Bemessung dieses Unterhaltsanspruchs zusätzlich über den Betreuungsbedarf des Kindes hinaus dem Umstand zeitlich Rechnung getragen wird, dass sich ein kinderbetreuender Ehegatte auf die gemeinsam verabredete Aufgabenteilung in der Ehe dauerhaft eingestellt hat und ihm deshalb eine längere Zeit eingeräumt werden soll, sich wieder ins Berufsleben einfinden zu können. Die ausschließlich am Kindesalter orientierte und nach ihm bemessene Dauer des Unterhaltsanspruchs aus § 1570 BGB spricht vielmehr gegen die Annahme und Berücksichtigung eines solchen weiteren, die Dauer des Anspruchs bestimmenden Grundes und bestätigt, dass die unterschiedliche Dauer dieses Anspruchs gegenüber dem Anspruch aus § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB auf einer unterschiedlichen Einschätzung des Betreuungsbedarfs von nichtehelichen und ehelichen Kindern beruht. Dies aber verbietet Art. 6 Abs. 5 GG.

(aa) Dabei ist schon zu fragen, ob § 1570 BGB für den Fall, er deckte auch einen über den Kinderbetreuungsbedarf hinausgehenden, der ehelichen Solidarität geschuldeten Unterhaltstatbestand mit ab, ausreichend klar zum Ausdruck brächte, woran sich dieser, über die Zeitspanne der Kinderbetreuung hinausgehende, dem möglichen Verbleib in der ausschließlichen Rolle des betreuenden Elternteils dienende Anspruch in seiner Dauer auszurichten hätte. Denn als Maßstab der Dauer nennt § 1570 BGB lediglich die Notwendigkeit der Kinderbetreuung. Verfolgt der Gesetzgeber daneben aber mit dem Unterhaltsanspruch noch einen weiteren Zweck, hat er in der Regelung nicht nur diese Zwecksetzung deutlich zu machen, sondern auch, woran der Umfang dieses Teils des Unterhaltsanspruchs zu bemessen ist, wie dies der Gesetzgeber auch vorgeben müsste, wenn er für diesen Zweck einen eigenständigen Unterhaltsanspruch schaffen würde. Daran mangelt es bei § 1570 BGB.

(bb) Jedenfalls kann eine ausschließlich nach dem Alter der Kinder bemessene, gegenüber dem Anspruch aus § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB erheblich längere Dauer des Anspruchs aus § 1570 BGB nicht mit einem zusätzlichen Zweck, der aus der nachehelichen Solidarität herrührt, gerechtfertigt werden. Um den Bedarf eines Kindes an persönlicher Betreuung durch einen Elternteil zu bestimmen, ist das Alter von Kindern sicherlich ein geeigneter Anknüpfungspunkt. Genau daran orientiert sich die Rechtsprechung, wenn sie das Bestehen und den Umfang einer Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils nach den Altersphasen von Kindern bemisst und danach die Dauer des Unterhaltsanspruchs aus § 1570 BGB bestimmt. Nach dieser Rechtsprechung soll ein Kind in der Regel bis in die Grundschulzeit hinein von einem Elternteil persönlich betreut werden können, anschließend jedenfalls noch über längere Strecken des Tages unter der elterlichen Obhut stehen können und ab 16 Jahren tagsüber keiner Betreuung mehr bedürfen. Diese schematische Ausrichtung am Alter der Kinder lässt nicht erkennen, dass die Rechtsprechung die gegenüber dem Anspruch aus § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB längere Gewährung des Unterhaltanspruchs aus § 1570 BGB aus Gründen einer besonderen Bedarfslage des betreuenden Elternteils vornimmt. Das Alter eines Kindes ist kein tauglicher Maßstab dafür, zeitlich zu bestimmen, wie lange einem Elternteil nicht wegen der Kinderbetreuung, sondern wegen seines Vertrauens auf die während der Ehe eingenommene Rolle als Betreuer des Kindes Unterhalt gewährt werden sollte. Dies ließe sich eher an der Dauer der Ehe oder der Dauer der Berufspause wegen der Kinderbetreuung bemessen.

(cc) Zwar hat auch der BGH in seiner Entscheidung vom 5.7.2006 (FamRZ 2006, 1362) die nacheheliche Solidarität als Grund für die längere Anspruchsdauer von § 1570 BGB herangezogen und gemeint, deshalb gewähre die Norm dem geschiedenen Elternteil Unterhalt auch um seiner selbst willen. Jedoch ist er die Antwort darauf schuldig geblieben, warum dann die Unterhaltsdauer von der Rechtsprechung auch des BGH ausschließlich am Alter der Kinder ausgerichtet wird. Auch hat er offengelassen, ob er demzufolge der Meinung ist, der in § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB für eine notwendige persönliche Betreuung des Kindes durch seinen Elternteil ausreichend erachtete und in Ansatz gebrachte Dreijahreszeitraum sei auch bei § 1570 BGB der zeitliche Rahmen, in dem der Anspruch wegen der Betreuung des Kindes gewährt wird, während die weit darüber hinausgehende Zeit der Unterhaltsgewährung dann konsequenterweise dazu diente, dem geschiedenen Elternteil „um seiner selbst willen“ seinen Unterhalt abzusichern, obwohl auch diese Zeit am Kindesalter bemessen wird.

Unter Berücksichtigung dieser von der Rechtsprechung ausschließlich am Kindesalter bemessenen Dauer des Unterhaltsanspruchs nach § 1570 BGB erweist sich das vom BGH angeführte Argument der nachehelichen Solidarität nicht als tragfähig, die unterschiedliche Dauer der Unterhaltsansprüche nach § 1570 BGB und § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB zu recht-

fertigen. Art. 6 Abs. 5 GG verbietet gerade, allein unter Bezugnahme auf die Ehe und damit auch ihre nachwirkende Solidarität nichteheliche Kinder anders zu behandeln als eheliche Kinder. Wird ein Unterhaltsanspruch wegen der Kinderbetreuung gewährt und seine Dauer ausschließlich am Kindesalter und damit daran bemessen, wie lange ein Kind der persönlichen Betreuung durch einen Elternteil bedarf, dann verstößt es gegen Art. 6 Abs. 5 GG, den Betreuungsbedarf für nichteheliche Kinder kürzer einzustufen als für eheliche Kinder.

4. Der Verstoß gegen Art. 6 Abs. 5 GG durch die Schlechterstellung nichtehelicher Kinder gegenüber ehelichen Kindern aufgrund der unterschiedlichen Dauer der Unterhaltsgewährung wegen Kinderbetreuung nach § 1570 BGB und § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB lässt sich nicht durch verfassungskonforme Auslegung von § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB beheben.

a) Mit der vom BGH vorgenommenen Auslegung von § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB wird die Art. 6 Abs. 5 GG verletzende Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder nicht beseitigt. Eine weite Auslegung der „groben Unbilligkeit", die nach § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB bei Annahme ihres Vorliegens die Möglichkeit eröffnet, ausnahmsweise einen Betreuungsunterhalt zuzusprechen, der über das dritte Lebensjahr des Kindes hinausreicht, kann zwar dazu führen, dass die besonderen Umstände des Einzelfalls im Hinblick auf die spezifische Entwicklung des Kindes oder die elterliche Situation in etlichen Fällen mehr Berücksichtigung finden können und zu einer verlängerten Gewährung von Betreuungsunterhalt führen. Doch bei nichtehelichen Kindern, deren Entwicklung keine besonderen Gründe dafür aufweist, dass sie einer längeren Betreuung bedürfen, oder deren Eltern nicht in einer vertrauensbildenden Gemeinschaft gelebt haben, die nach Ansicht des BGH ebenfalls rechtfertigen könnte, eine nur dreijährige Unterhaltszahlung für grob unbillig zu halten, bleibt es im Gegensatz zu ehelichen Kindern, die ohne besondere Gründe aufgrund der Unterhaltsgewährung nach § 1570 BGB erheblich länger eine persönliche Betreuung durch einen Elternteil erfahren können, bei der auf drei Jahre begrenzten Betreuungsmöglichkeit. Dieser auch bei weiter Auslegung der in § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB enthaltenen Ausnahmeregelung verbleibende Unterschied hat vor Art. 6 Abs. 5 GG keinen Bestand, da die Verfassungsnorm auch die Diskriminierung einzelner Gruppen nichtehelicher Kinder gegenüber ehelichen Kindern verbietet (vgl. BVerfGE 17, 148, 153 f.).

b) Eine Interpretation von § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB, die die darin enthaltene Ausnahme von der Begrenzung des Unterhaltsanspruchs auf drei Jahre zur Regel machte, um Art. 6 Abs. 5 GG Genüge zu tun, und generell den Betreuungsunterhalt in seinem zeitlichen Umfang an die Dauer des nach § 1570 BGB gewährten Unterhalts anpasste, würde aber die Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung überschreiten.

Eine solche Auslegung verstieße zum einen gegen den klar und eindeutig zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers, den Unterhaltsanspruch eines Elternteils, der ein nichteheliches Kind betreut, im Regelfall auf drei Jahre zu begrenzen und nur im Ausnahmefall einen darüber hinausgehenden Anspruch einzuräumen (vgl. BVerfGE 90, 263, 275). Darüber hinaus aber könnte auf diesem Wege die Dauer des Anspruchs zur Herstellung einer Gleichbehandlung von nichtehelichen und ehelichen Kindern nur auf die Dauer des nach § 1570 BGB gewährten Anspruchs angehoben werden. Es liegt jedoch allein in der Kompetenz des Gesetzgebers, wie er eine Schlechterstellung von nichtehelichen Kindern gegenüber ehelichen Kindern vermeidet und wie lange er es für notwendig erachtet, dass nichteheliche wie eheliche Kinder gleichermaßen persönlich von einem Elternteil betreut werden können, um hieran auszurichten, für welchen Zeitraum er dem betreuenden Elternteil einen Unterhaltsanspruch einräumt.

II.

1. § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB verletzt dagegen nicht das von Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternrecht.

Art. 6 Abs. 2 GG begründet für Eltern gleichermaßen das Recht wie die Pflicht zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder. Diese den Eltern zuvörderst zugewiesene Verantwortung für ihr Kind hat dessen Wohl zu dienen. Das Elternrecht ist insofern ein Recht im Interesse des Kindes (vgl. BVerfGE 75, 201, 218). Gegen dieses Recht verstößt die in § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB vorgenommene Unterhaltsregelung, die dem Elternteil eines nichtehelichen Kindes einen in der Regel auf drei Jahre begrenzten Betreuungsunterhaltsanspruch einräumt, nicht. Der Gesetzgeber hat mit der Regelung sichergestellt, dass der das Kind betreuende Elternteil während der ersten drei Lebensjahre des Kindes keiner Erwerbsarbeit nachgehen muss, sondern sich dem Kinde widmen und damit seiner Elternverantwortung nachkommen kann. Die zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs auf in der Regel drei Jahre ist im Lichte des Art. 6 Abs. 2 GG nicht zu beanstanden. Zum einen liegt es in der Einschätzungskompetenz des Gesetzgebers, für wie lange er es aus Kindeswohlgesichtspunkten für erforderlich und dem unterhaltspflichtigen Elternteil zumutbar erachtet, die persönliche Betreuung des Kindes durch einen Elternteil mithilfe der Einräumung eines Unterhaltsanspruchs an diesen zu ermöglichen. Zum anderen hat er jedem Kind ab dem dritten Lebensjahr einen Anspruch auf einen Kindergartenplatz eingeräumt. Damit hat er sichergestellt, dass ein Kind ab diesem Alter in der Regel eine außerhäusliche Betreuung erfahren kann, während sein Elternteil einer Erwerbsarbeit nachgeht. Es ist eine vertretbare Einschätzung des Gesetzgebers, wenn er es deshalb nicht für notwendig erachtet hat, den betreuenden Elternteil länger von seiner Erwerbsobliegenheit zu entbinden, vielmehr unter Auswertung wissenschaftlicher Studien davon ausgegangen ist, eine Betreuung des Kindes im Kindergarten sei diesem nicht abträglich, sondern fördere wichtige Kompetenzen des Kindes. Hierin liegt keine Vernachlässigung des Elternrechts. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit der Regelung die Interessen sowohl des betreuenden als auch des unterhaltspflichtigen Elternteils sowie des Kindes berücksichtigt und sie in einen Ausgleich gebracht. Insbesondere aber hat er über die Billigkeitsklausel in § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB die Möglichkeit geschaffen, im Einzelfall zu prüfen, ob die Einstellung der Unterhaltszahlung an den betreuenden Elternteil das Kindeswohl gefährden könnte, und für diesen Fall eine Verlängerung der Unterhaltsgewährung vorgesehen. Dies trägt dem Elternrecht des betreuenden Elternteils hinreichend Rechnung.

2. Da die unterschiedliche Regelung der Unterhaltsansprüche nach § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB und in § 1570 BGB in ihrer Dauer gegen Art. 6 Abs. 5 GG verstößt, ist für die Prüfung, ob sie auch Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, weil sie betreuende Elternteile von ehelichen und nichtehelichen Kindern ungleich behandelt, kein Raum mehr. Denn Art. 6 Abs. 5 GG ist hier die maßgebliche Grundrechtsnorm, hinter die eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes zurücktritt.

C.

I.

Da die Verletzung von Art. 6 Abs. 5 GG in der unterschiedlichen Regelung der Unterhaltsansprüche wegen der Betreuung von Kindern in § 1570 BGB einerseits und § 1615 l

Abs. 2 Satz 3 BGB andererseits liegt, scheidet eine Nichtigerklärung von § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB ebenso aus wie die Erklärung der Unvereinbarkeit dieser Norm mit Art. 6 Abs. 5 GG (vgl. BVerfGE 84, 168, 186 f.). Dem Gesetzgeber stehen zur Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes mehrere Möglichkeiten offen. So kann er eine Gleichbehandlung der Regelungssachverhalte durch eine Änderung des § 1615 l BGB, durch eine Änderung von § 1570 BGB oder auch durch eine Neuregelung beider Sachverhalte vornehmen. Dabei hat er nur in jedem Fall einen gleichen Maßstab hinsichtlich der Dauer des wegen der Kinderbetreuung gewährten Unterhaltsanspruchs bei nichtehelichen und ehelichen Kindern zugrunde zu legen.

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bis zum 31.12.2008 eine Art. 6 Abs. 5 GG genügende Regelung zu treffen.

II.

Bis zur Neuregelung ist der verfassungswidrige Zustand hinzunehmen. Von der Anordnung der Aussetzung der Verfahren, in denen nach § 1615 l BGB oder nach § 1570 BGB Betreuungsunterhalt geltend gemacht wird, wird abgesehen, weil der Gesetzgeber in seiner Entscheidung, wie er die von Art. 6 Abs. 5 GG geforderte Angleichung vornehmen will, nicht beeinflusst werden soll. Auch würde eine Aussetzung aller Verfahren aufgrund der Geltendmachung von Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB und § 1615 l BGB zu einem vorübergehenden Stillstand der Rechtsgewährung, einem Entscheidungsstau bei den Familiengerichten und nach Inkrafttreten der Neuregelung zu einer verzögerten Bearbeitung der ausgesetzten Verfahren führen. Angesichts dessen ist es angezeigt, dass die bestehenden Regelungen bis zum Inkrafttreten der Neuregelung weiter zur Anwendung kommen. Der Nachteil, der Elternteilen und ihren nichtehelichen Kindern gegenüber ehelichen Kindern daraus bis zur Neuregelung weiter erwächst, ist hinnehmbar, da die Dauer des Unterhaltsanspruchs wegen der Betreuung eines nichtehelichen Kindes nach § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB für sich betrachtet dem Kindeswohl nicht zuwiderläuft.

Anmerkung:

I. Problemstellung und Prozessgeschichte

Der Beschluss des BVerfG setzt der seit dem Inkrafttreten des Kindschaftsreformgesetzes am 16.12.1997[1] geführten Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB endlich ein Ende. Wer geglaubt hat, dass dieses Ziel bereits durch die Entscheidung des BGH vom vergangenen Jahr[2] erreicht worden wäre, sieht sich getäuscht. Tatsächlich war bereits zu diesem Zeitpunkt der Normenkontrollantrag des OLG Hamm anhängig.[3] Mit einer weiteren Entscheidung durch das BVerfG war daher zu rechnen. Gleichwohl überrascht dieser Beschluss, denn das Gericht setzt sich hierin scheinbar mühelos über die ganz herrschende Ansicht, der sich der BGH im vergangenen Jahr noch angeschlossen hatte, und über sämtliche von ihm selbst eingeholten Stellungnahmen vom *BMJ* und *Bayerischen Staatsministerium der Justiz* über die *Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht* bis hin sogar zum *Verband allein erziehender Mütter und Väter* und dem *Interessenverband Unterhalt und Familienrecht* hinweg und macht auch dem geplanten Unterhaltsrechtsänderungsgesetz erst einmal einen Strich durch die Rechnung. Gerade im Hinblick auf das vom BGH gefällte Urteil ist daher seine Begründung eingehender zu beleuchten.

Der zugrundeliegende Sachverhalt ist insoweit besonders, als die Klägerin nicht nur zwei eheliche Kinder aus geschiedener Ehe hat, von denen sie eines betreut, sondern auch noch zwei nichteheliche Kleinkinder von zwei verschiedenen Lebenspartnern. Vom Vater des älteren der beiden Kleinkinder (es war zum Zeitpunkt der Beantragung der Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Klage fünf Jahre alt) verlangt sie nun über den Dreijahreszeitraum des § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB hinaus Unterhalt für die Betreuung des Kindes. Gemäß § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB erhält sie jedoch nur dann Unterhalt, wenn es nicht grob unbillig wäre, den Unterhaltsanspruch nach Ablauf der Dreijahresfrist zu versagen. Wann eine grobe Unbilligkeit vorliegt, ist in der Rechtslehre zwar noch nicht abschließend geklärt, indes haben sich in der Rechtsprechung hierzu Kriterien herausgebildet. Anknüpfend an den Gesetzeswortlaut, der ausdrücklich auf die Belange des Kindes rekurriert, unterscheiden viele zwischen „kindbezogenen" Gründen (wie einer Behinderung oder schwerwiegenden Erkrankung oder Entwicklungsstörung des Kindes[4]) und „elternbezogenen" Gründen[5]. Letztere sind Gründe, die ihren Ausgangspunkt nicht in der besonderen Betreuungssituation des Kindes haben sollen, sondern an die Person der Mutter oder des Vaters anknüpfen und damit von geringerem Gewicht, also leichter in der Abwägung überwindbar, sind. Als Beispiele werden hier genannt Krankheiten oder Behinderungen der allein erziehenden Mutter, besonders günstige wirtschaftliche Verhältnisse des Vaters oder die Schaffung eines besonderen Vertrauenstatbestandes (z. B. das Kind wurde auf Wunsch beider Elternteile in Erwartung eines längeren Zusammenlebens gezeugt).[6] Da allerdings die Kindesmutter als Klägerin die grobe Unbilligkeit zu beweisen hat,[7] sind ihre Erfolgsaussichten im Prozess äußerst gering. Faktisch endet daher in den meisten Fällen mit der Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes die Unterhaltspflicht des nichtehelichen Vaters.

Im vorliegenden Fall waren weder ein kindbezogener Grund ersichtlich, das Kind war gesund und litt auch nicht unter Entwicklungsstörungen, noch ein elternbezogener Grund. Denn die Beziehung zum Kindsvater war nicht von allzu langer Dauer, besondern gut situiert war der Vater auch nicht und schwerwiegende Erkrankungen der Mutter waren ebenfalls nicht ersichtlich. Aus diesem Grund wäre die Versagung des Unterhaltsanspruchs nicht grob unbillig gewesen.

Allerdings wäre die Situation der Klägerin eine andere gewesen, wenn es sich um eines ihrer Kinder aus der geschiedenen Ehe gehandelt hätte. Hier sieht die zu § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB entsprechende Parallelvorschrift des § 1570 BGB vor,

---

1 BGBl I, S. 2942.

2 NJW 2006, 2687 = MittBayNot 2007, 130 (LS).

3 FamRZ 2004, 1893; weiterer Vorlagebeschluss hierzu vom KG, FamRZ 2004, 1895.

4 So auch BT-Drucks. 13/4899, S. 89.

5 Siehe hierzu nur *Büdenbender,* FamRZ 1998, 129, 136; *Büttner*, FamRZ 2000, 781, 783; *Puls*, FamRZ 1998, 865, 972 f.; *Wever/Schilling*, FamRZ 2002, 581, 582 f.; anders aber beispielsweise *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 9. Aufl. 2004, Rdnr. 184.

6 *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, Rdnr. 184; *Puls*, FamRZ 1998, 865, 872 f.

7 So u. a. *Büttner*, FamRZ 2000, 781, 783; *Göppinger/Wax/Maurach*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 1239 ff.; MünchKommBGB/*Born*, 4. Aufl. 2002, § 1615 l Rdnr. 26 m. w. N.; OLG Nürnberg, NJW 2003, 3065.

dass ein Elternteil von dem anderen Elternteil Unterhalt erhält, „solange und soweit“ von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht verlangt werden kann. Bekanntlich hat hier die Rechtsprechung ein sog. Altersphasenmodell entwickelt.[8] Bis zur Vollendung des achten Lebensjahres bzw. der zweiten Grundschulklasse[9] oder sogar bis zum Ende der Grundschulzeit[10] soll eine Erwerbstätigkeit überhaupt nicht in Frage kommen, danach ist bis zum 14. oder 15. Lebensjahr eine Teilzeittätigkeit zumutbar[11] und erst ab dem 15. Lebensjahr eine Vollzeittätigkeit.[12] Danach hätte die Klägerin also zumindest bis zur Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt gehabt.

Die unterschiedliche Regelung beider Tatbestände ließ das OLG Hamm an der Verfassungsmäßigkeit des § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB zweifeln. Wegen eines Verstoßes gegen die Regelung des Art. 6 Abs. 5 GG, wonach der Gesetzgeber für uneheliche Kinder gleiche Bedingungen für die leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen hat wie für eheliche Kinder, legte es diese Frage dem BVerfG zur Entscheidung vor. Ganz freiwillig geschah dies aber vermutlich nicht. Denn dem Vorlagebeschluss des OLG Hamm ging bereits ein Beschluss des BVerfG voraus: Die Klägerin hatte nämlich zunächst für ihre Klage Prozesskostenhilfe beantragt. Dieser Antrag wurde vom AG und vom OLG Hamm mit der Begründung abgelehnt, dass die grundsätzliche Befristung des Unterhaltsanspruchs auf drei Jahre verfassungskonform sei, eine Klage aus § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB daher nicht gemäß § 114 ZPO hinreichende Aussicht auf Erfolg biete. Hiergegen hat sich die Klägerin erfolgreich mit einer Verfassungsbeschwerde gewendet. Das BVerfG stellte im Februar 2004 – ohne sich freilich selbst festlegen zu wollen – fest, dass die Verfassungsmäßigkeit der unterschiedlichen Ausgestaltung des Betreuungsunterhaltsanspruchs in den § 1615 l BGB einerseits und in § 1570 BGB andererseits im Hinblick auf das aus Art. 6 Abs. 5 GG folgende Gebot der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder „jedenfalls fraglich“ erscheine.[13] Aus der in Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG verbürgten Rechtsschutzgleichheit folge daher, dass der mittellosen Beschwerdeführerin die Möglichkeit der Klage gegeben werden müsse. Möglicherweise schaffe sie es durch eine vertiefte Darstellung ihrer Rechtsansicht die Instanzgerichte zur Aussetzung und Beantragung eines Normenkontrollverfahrens zu veranlassen; zumindest müsse ihr aber nach Erschöpfung des Rechtweges die Verfassungsbeschwerde verbleiben. Nach diesem klaren Hinweis blieb dem OLG Hamm gar nichts anderes mehr übrig, als selbst Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB zu entwickeln und die Frage dem BVerfG zur Entscheidung vorzulegen.

II. Verstoß gegen Art. 6 Abs. 5 GG

1. Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 5 GG

Die Diskussion, ob § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB gegen Art. 6 Abs. 5 GG verstößt und dieser Verstoß nicht gerechtfertigt ist, kann indes nur dann geführt werden, wenn überhaupt der Anwendungsbereich der Norm eröffnet ist. Daran könnte man bereits zweifeln, handelt es sich bei § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB doch um einen Anspruch der Mutter und nicht um einen des Kindes.[14] Art. 6 Abs. 5 GG verpflichtet den Gesetzgeber jedoch nur dazu, gleiche Bedingungen für nichteheliche und eheliche Kinder zu schaffen, nicht aber für deren Eltern. Aus diesem reinen Gesetzgebungsauftrag hat das BVerfG in den letzten Jahrzehnten aber nicht nur einen unmittelbaren Anspruch unehelicher Kinder auf Gleichbehandlung abgeleitet, sofern der Gesetzgeber über Gebühr lang untätig bleibt,[15] sondern auch festgestellt, dass Art. 6 Abs. 5 GG eine mittelbare Schlechterstellung nichtehelicher Kinder ebenfalls verbietet.[16] Hier handelt es sich um eine solche mittelbare Schlechterstellung nichtehelicher Kinder. Denn die Lebensstellung eines (nichtehelichen) Kindes leitet sich stets auch von der des betreuenden Elternteils ab. Dessen Lebensverhältnisse beeinflussen die leibliche und seelische Entwicklung seines Kindes. Muss daher der das Kind erziehende Elternteil, im Regelfall die Mutter, erwerbstätig werden, um die eigenen Lebensverhältnisse abzusichern, dann steht dieses Kind schlechter oder zumindest anders da als ein Scheidungskind. Dessen betreuender Elternteil hat auch über das dritte Lebensjahr des Kindes hinaus grundsätzlich die Wahl zwischen der persönlichen Betreuung des Kindes – in diesem Fall wird sein eigener Unterhalt mithilfe des Betreuungsunterhaltsanspruchs sichergestellt – und dem eigenen Berufsleben mit Fremdbetreuung des Kindes durch den Kindergarten oder durch Tagesmütter usw. Mittelbar werden also durch die unterschiedliche Ausgestaltung der Unterhaltsansprüche die Entwicklungschancen des nichtehelichen Kindes beeinflusst und zwar anders als die ehelicher Kinder. Der Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 5 GG ist eröffnet.

2. Verstoß gegen Art. 6 Abs. 5 GG

Nach Ansicht des BGH verstößt der Gesetzgeber mit der Regelung des § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB gleichwohl nicht gegen Art. 6 Abs. 5 GG.[17] Er begründet dies damit, dass § 1570 BGB und § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB unterschiedliche Sachverhalte zugrunde liegen.[18] Bei § 1570 BGB stünden die Folgewirkungen der gescheiterten Ehe, die im Übrigen auch gemäß Art. 6 Abs. 1 GG von der Verfassung geschützt werden,[19] im Vordergrund; es werde daher dem geschiedenen Ehegatten wegen der nachehelichen Solidarität auch „Unterhalt um seiner selbst Willen“ gewährt. Bei § 1615 l BGB komme es hingegen vor allem auf den Lebensbedarf der nicht verheirateten Eltern an.

Tatsächlich liegt dieser Gedanke nicht fern: Denn während es sich nach der amtlichen Überschrift des § 1570 BGB um einen Anspruch „wegen Betreuung eines Kindes“ handelt, soll bei § 1615 l BGB lediglich Unterhalt „aus Anlass der Geburt“ gewährt werden. Auch der Anspruchscharakter vermit-

---

8 Siehe nur die Leitlinien des OLG Düsseldorf zum Unterhalt, Stand 1.7.2007, Nr. 17.1, die unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Familiensenate in Süddeutschland, Stand 1.7.2007, Nr. 17.1., KG Berlin – Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate, Stand 1.7.2007, Nr. 17.1, u. a. abgedruckt in der NJW-Dokumentation 2007/Heft 29, S. XXXIII bzw. im Internet abrufbar unter http://www.dnoti.de/arbeitshilfen.htm#Familienrecht.

9 So BGH, NJW 1983, 1427, 1429; NJW 1984, 1537; NJW 1995, 1148, 1149.

10 BGH, FamRZ 1997, 873, 875 f.: abhängig sowohl von der Person des Kindes (Schulschwierigkeiten, Entwicklungsstörungen etc.), als auch von der betreuenden Person (Alter, Gesundheitszustand etc.).

11 BGH, FamRZ 1997, 671, 672; FamRZ 1999, 367.

12 BGH, FamRZ 1984, 149, 150; FamRZ 1997, 671, 672.

13 BVerfG, FuR 2004, 400, 401.

14 Siehe hierzu auch *Graba*, FamRZ 2005, 353, 354.

15 BVerfGE 17, 148, 154; 25, 167, 178 ff.

16 BVerfGE 88, 87, 96.

17 NJW 2006, 2687, 2691 m. w. N.

18 NJW 2006, 2687, 2688 ff.

19 Siehe hierzu auch BVerfGE 66, 84, 93.

telt den Anschein, dass es sich um unterschiedliche Ansprüche handelt: Steht doch § 1570 BGB bei den Ansprüchen aus dem Eherecht, § 1615 l BGB bei denen aus dem Verwandtenunterhaltsrecht.[20] Neben diesen rechtlichen Unterschieden besteht darüber hinaus auch noch wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, die sich auf den bloßen Zeugungsakt beschränken oder sogar eheähnliche Züge annehmen können, ein tatsächlicher Unterschied zur Ehe. Eine schematische Gleichbehandlung der Unterhaltsansprüche nicht verheirateter und geschiedener Elternteile scheint daher nicht zulässig zu sein.

So sind denn die in Art. 6 Abs. 5 GG geschützten Belange des nichtehelichen Kindes nach Ansicht des BGH nur insoweit von § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB betroffen, als der Unterhalt des betreuenden Elternteils die Pflege und Erziehung des nichtehelichen Kindes – als Ausfluss aus der verfassungsrechtlich geschützten Elternverantwortung (Art. 6 Abs. 2 GG) – ermöglichen soll, ohne durch eine Erwerbstätigkeit daran gehindert zu sein.[21] Das ist aber nur in den ersten drei Lebensjahren des Kindes der Fall, so der BGH, da in dieser Zeit eine persönliche Betreuung durch einen Elternteil besonders wichtig sei. Daher habe die Rechtsprechung hier den Unterhaltsanspruch nicht verheirateter Eltern dem geschiedener Eltern angeglichen,[22] zumal bisher für dieses Lebensalter auch nicht zuverlässig Krippenplätze in Deutschland zur Verfügung stünden. Ab dem dritten Lebensjahr aber greifen seiner Meinung nach zahlreiche staatliche Hilfen, wie der Anspruch auf einen Platz zur Tagesbetreuung (§ 24 SGB VIII) oder die Regelung des § 10 SGB II, wonach einem erwerbstätigen Hilfsbedürftigen jede Arbeit zumutbar ist, es sei denn, dass die Ausübung der Arbeit die Erziehung seines Kindes oder des Kindes seines Partners gefährden würde. Damit ist aber die Pflege und Erziehung des Kindes hinreichend gesichert, so dass der betroffene Elternteil seinen Unterhalt selbst sicherstellen kann. Die kurze Mindestunterhaltsdauer des § 1615 l BGB ist mithin nach Ansicht des BGH nicht zu beanstanden. Indes erkennt der BGH selbst, dass seine Argumentation noch immer angreifbar ist. Er versucht sie deshalb zusätzlich mithilfe einer weiten verfassungsgemäßen Auslegung des Begriffs der „groben Unbilligkeit" bei § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB abzusichern.[23] Die oben erwähnten „kind-" bzw. „elternbezogenen" Gründe sind folglich weit und nicht eng auszulegen; im Einzelfall soll der Anspruch des nicht verheirateten Elternteils beispielsweise dann verlängerbar sein, wenn das Kind aus einer eheähnlich verfestigten Partnerschaft[24] stammt oder wenn es sonstige Entwicklungsdefizite aufweist.

Mit der vorliegenden Entscheidung nimmt das BVerfG diesen gewichtigen Argumenten der herrschenden Rechtslehre und des BGH den Wind aus den Segeln. Denn es liegt in der Tat auf der Hand, dass Folge eines unterschiedlich lang bemessenen Betreuungsunterhaltsanspruchs eine unterschiedlich lange persönliche Betreuung des Kindes durch seine Eltern ist, somit nichteheliche und eheliche Kinder entgegen Art. 6 Abs. 5 GG ungleich behandelt werden. Der Verstoß gegen Art. 6 Abs. 5 GG wird auch nicht allein durch die Judikative verursacht, die das Altersphasenmodell allein für § 1570 BGB entwickelt hat, eine Übertragung auf § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB aber ablehnt. Denn diese Ablehnung ist dem unterschiedlichen Wortlaut in den beiden Vorschriften („solange und soweit" bei § 1570 BGB und „endet drei Jahre nach der Geburt, sofern es nicht … grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch … zu versagen" bei § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB) geschuldet. Der Gesetzgeber selbst hat hier also bereits mit zweierlei Maß gemessen und so gegen Art. 6 Abs. 5 GG verstoßen.[25]

3. Rechtfertigung

Dieser Verstoß ist nach zutreffender Ansicht des BVerfG auch nicht zu rechtfertigen, weder unterschiedliche tatsächliche Lebensbedingungen noch eine unterschiedliche Elternbeziehung oder die nacheheliche Solidarität als kollidierendes Verfassungsrecht gemäß Art. 6 Abs. 1 GG greifen hier.

Denn die Frage der Verfassungsmäßigkeit ist nicht, wie der BGH und die bisherige herrschende Meinung meint, vom Anspruchsinhaber bzw. der elterlichen Beziehung her zu entscheiden, sondern, wie das BVerfG hier klarstellt, vom Sinn und Zweck der Regelungen in § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB und § 1570 BGB.[26] Es geht bei dem Betreuungsunterhaltsanspruch nicht um einen weiteren Schutz der Ehe und um ihre Privilegierung gegenüber nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Unterhalt erhalten geschiedene wie auch nicht verheiratete Elternteile von dem jeweils anderen vielmehr nur deshalb, weil sie die gemeinsamen Kinder persönlich betreuen und in der Zeit ihren eigenen Unterhalt nicht sicherstellen können.[27] Solange Unterhalt aber „nur" der Kinder willen gezahlt wird, darf es gemäß Art. 6 Abs. 5 GG keinen Unterschied zwischen nichtehelichen und ehelichen Kindern geben. Das bedeutet, dass es nicht ausreicht, eine Annäherung in der Gleichbehandlung zu erreichen, indem man mithilfe staatlicher Mittel eine anderweitige Betreuung der Kinder ermöglicht, sondern die Kinder müssen auch tatsächlich die gleichen Möglichkeiten und Chancen haben. Dazu gehört aber auch, dass sie einen gleich langen Anspruch auf persönliche Betreuung und Zuwendung durch ihren jeweiligen Elternteil haben müssen.

---

20 So auch *Graba*, FamRZ 2005, 353, 354; a. A. aber *Palandt/Brudermüller*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 1570 Rdnr. 1, ihm folgend *Schilling*, FamRZ 2005, 351, 352, wonach es sich auch bei § 1570 BGB lediglich um einen Anspruch handeln soll, der als Ausdruck der gemeinsamen Elternverantwortung der Absicherung der persönlichen Betreuung der Kinder dient.

21 BGH, NJW 2006, 2687, 2688.

22 Siehe nur BGH, FamRZ 2005, 347, 348 f.; FamRZ 2005, 354, 356.

23 So u. a. OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 234, 235; FamRZ 2005, 1772, 1774; OLG Nürnberg, NJW 2003, 3065, 3066; KG, NJW 2000, 809, 810; *Büttner*, FamRZ 2000, 781, 786; *Göppinger/Wax/Mauerer*, Unterhaltsrecht, Rdnr. 1211 ff.; *Mehrle*, FamRZ 2004, 1894, 1895; *Wever/Schilling*, FamRZ 2002, 581, 583 f.; *Wichmann*, FuR 1996, 161, 169 f.

24 Zur Definition (eine Lebensgemeinschaft, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt, sich durch innere Bindungen auszeichnet und ein gegenseitiges Einstehen der Partner füreinander begründet, also über die Beziehung der reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgeht) siehe auch BVerfGE 87, 234, 264.

25 So auch *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, Rdnr. 184; MünchKommBGB/*Born*, § 1615 l Rdnr. 6, 28; *Peschel-Gutzeit/Jenckel*, FuR 1996, 129, 136; *Puls*, FamRZ 1998, 865, 867; *Bäumel/Büte/Poppen/Bäumel*, Unterhaltsrecht, 2006, § 1615 l Rdnr. 8, der allerdings *Schwab*, FamRZ 1997, 521, 523 folgend so weit geht, dass er den Betreuungsunterhaltsanspruch als einen Anspruch des Kindes qualifiziert, hiergegen allerdings *Büttner*, FamRZ 2000, 781, 786.

26 So beispielsweise auch OLG Hamm, FamRZ 2004, 1893, 1894 ff.; KG, FamRZ 2004, 1895, 1896 m. w. N.; OLG Schleswig, FamRZ 2004, 975, 976; OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 974; *Bäumel/Büte/Poppen/Bäumel*, Unterhaltsrecht, § 1615 l Rdnr. 8 m. w. N.; MünchKommBGB/*Born*, § 1615 l Rdnr. 6, 28; *Puls*, FamRZ 1998, 865, 867.

27 Weitergehend noch *Palandt/Brudermüller*, § 1570 Rdnr. 1, nach dem es sich bei § 1570 BGB um einen Anspruch des Kindes auf Betreuung handelt.

Gerade das Hauptargument des BGH[28] und der herrschenden Ansicht, nämlich der Gesichtspunkt der nachehelichen Solidarität, ist nach Ansicht des BVerfG nicht tauglich, einen Vorzug geschiedener Ehegatten zu rechtfertigen. Hier wird allerdings der Ton des Gerichts ein wenig schärfer, vielleicht zu scharf? Ein „Unterhalt um seiner selbst willen" sei weder aus dem Wortlaut des § 1570 BGB noch aus seiner Entstehungsgeschichte zu entnehmen. Letzteres gelte auch, obwohl sich in den Gesetzesmaterialien zum Kindschaftsreformgesetz die nacheheliche Solidarität als Differenzierungskriterium finden lasse.[29] Ob der Gesetzgeber diesen Grund tatsächlich nachgeschoben hat, wie das BVerfG hier meint, sei dahingestellt. Dem Gericht ist Recht zu geben, wenn es diesen Gesichtspunkt hinter dem Schutz nichtehelicher Kinder zurücktreten lässt. Dafür spricht vor allem das von der Rechtsprechung zu § 1570 BGB entwickelte Altersphasenmodell, das ausschließlich an das Alter der Kinder, nicht aber an die Person des betreuenden Elternteils anknüpft. Allerdings, insoweit ist der BGH vor Unterstellungen in Schutz zu nehmen, sollte „Unterhalt um seiner selbst willen" sicherlich nicht bedeuten, dass es sich hierbei um einen eigenen Unterhaltsanspruch handelt, der bis zum dritten Lebensjahr des Kindes mit dem Unterhaltsanspruch aus § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB korrespondiert und sich ab diesem Zeitpunkt dann in einen Anspruch „um seiner selbst willen" wandelt und quasi auf § 1570 BGB aufgesattelt wird. Vielmehr wollte der BGH die in Art. 6 Abs. 1 GG zum Ausdruck gekommene Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers zum Schutz der Ehe und ihrer Folgewirkungen beachten. Mit seiner zugegeben unglücklichen Formulierung („Unterhalt um seiner selbst willen") ist er dabei möglicherweise über das Ziel hinausgeschossen, hat er doch übersehen, dass der Gesetzgeber dem geschiedenen Ehegatten mit den weiteren in §§ 1569 ff. BGB geregelten Tatbeständen ein Sicherheitsnetz zur Verfügung gestellt hat, auf das der nicht verheiratete Elternteil nicht zurückgreifen kann. Insoweit ist der nachehelichen Solidarität und der Privilegierung der Ehe gegenüber nichtehelichen Lebensgemeinschaften ausgiebig Rechnung getragen worden. Zu Recht taugt daher dieses Kriterium nicht zur Differenzierung.

4. Rechtsfolge

Dem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 5 GG kann tatsächlich auch nicht, wie es der BGH vorgeschlagen hat, durch eine weite Auslegung der „groben Unbilligkeit" in § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB begegnet werden. Denn hierdurch werden immer noch diejenigen nichtehelichen Kinder anders behandelt, bei denen eine Verlängerung des elterlichen Betreuungsunterhaltsanspruchs nicht möglich ist. Da eine über den Wortlaut des § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB hinausgehende Auslegung, die das Regel-Ausnahme-Verhältnis der „groben Unbilligkeit" umkehrt, nicht möglich ist – der eindeutige und klar geäußerte Wille des Gesetzgebers würde sonst übergangen –, bleibt letztlich nur, dass der Gesetzgeber selbst die Regelungen zum Betreuungsunterhalt ändert.

III. Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Bis zum 31.12.2008 hat das BVerfG dem Gesetzgeber eine Frist zur Neuregelung gesetzt. Bis dahin, so das BVerfG, ist der verfassungswidrige Zustand hinzunehmen. Wie der Gesetzgeber eine Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder erreicht, hat es ihm anheim gestellt. Es ist eine Angleichung des § 1615 l BGB an § 1570 BGB denkbar oder umgekehrt ebenso eine Neuregelung der Materie an sich, solange nur das Gleichbehandlungsgebot des Art. 6 Abs. 5 GG beachtet wird. Das BMJ hat bereits insofern reagiert, als dass es den Gesetzesvorschlag zur geplanten Novelle des Unterhaltsrechts zunächst einmal zurückgezogen hat. Denn ausgehend von der Verfassungsmäßigkeit des § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB wollte man lediglich zugunsten nichtehelicher Kinder die Schwelle der „groben Unbilligkeit" senken sowie die Rangstellung der nicht verheirateten Mutter verbessern.[30] Gerade Letzteres ist im Übrigen im Hinblick auf Art. 6 Abs. 5 GG auch von Nöten.

Auch wenn Partnerschaftsverträge in der notariellen Praxis nicht so häufig vorkommen wie Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, darf der Vertragsgestalter die weitere Rechtsentwicklung nicht außer Acht lassen. Denn sie kann sehr wohl auch Auswirkungen auf Verträge zwischen Ehegatten haben, dann nämlich, wenn der Gesetzgeber, wie die Bundesjustizministerin im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens angedeutet hat,[31] den Betreuungsunterhaltsanspruch geschiedener Ehegatten zeitlich absenkt, § 1570 BGB also dem Wortlaut des § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB angepasst wird. Bis zur Novelle des Unterhaltsrechts sollte er daher vorsichtshalber sowohl in Verträgen zwischen nichtehelichen Lebenspartnern als auch in Verträgen zwischen Ehegatten die Beteiligten auf die Unsicherheit der Gesetzeslage hinweisen. Unsicher ist hierbei nicht nur, wie sich das Unterhaltsrecht ändern wird, sondern auch, wie die Übergangsvorschriften hierzu gestaltet werden. So sollte nach dem gerade zurückgestellten Unterhaltsrechtsänderungsgesetz das neue Recht auch auf bereits bestehende rechtskräftige Unterhaltstitel und Unterhaltsvereinbarungen angewendet werden, sofern sich nach dem neuen Recht die Unterhaltsverpflichtung wesentlich ändert und dem anderen Teil diese Änderung unter besonderer Berücksichtigung seines Vertrauens in die getroffene Regelung zumutbar ist.[32]

Da bisher noch völlig offen ist, was der Gesetzgeber künftig beschließen wird und wie die Übergangsvorschriften zu dem Änderungsgesetz aussehen, ist meines Erachtens eine Klausel, nach der der betreuende Ehegatte Betreuungsunterhalt „nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften" erhalten soll, zur Zeit nicht empfehlenswert.[33] Vielmehr sollte ein Anpassungsvorbehalt für den Fall einer Gesetzesänderung in den Vertrag aufgenommen werden: Abhängig vom Wunsch der Beteiligten kann man hierbei entweder vereinbaren, dass die neuen gesetzlichen Regelungen uneingeschränkt gelten sollen, die im Vertrag getroffenen Regelungen daher auch dann angepasst werden bzw. ihre Anpassung verlangt werden kann, wenn die in den Übergangsvorschriften enthaltenen besonderen Voraussetzungen zur Abänderung nicht erfüllt sind, oder, dass die im Vertrag getroffenen Vereinbarungen bzw. die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Rechtslage uneingeschränkt, also wiederum unabgängig von den in den Übergangsvorschriften enthaltenen Abänderungsvoraussetzungen, fortgelten sollen.[34] Nur so ist gewährleistet, dass der Vertrag

---

28 So BGH, NJW 2006, 2687, 2688.

29 BT-Drucks. 13/4899, S. 167 und BT-Drucks. 13/8511, S. 71.

30 Siehe BT-Drucks. 16/1830, S. 9, 13 f.; BT-Drucks. 16/891, S. 4.

31 Siehe hierzu *Mehrle*, Anm. zu OLG Hamm, FamRZ 2004, 1894, 1895; *Caspari*, NJW 2007 1741, 1742; so auch *Born*, FamRZ 2007, 973, 974.

32 BT-Drucks.16/1830, S. 9.

33 Siehe hierzu beispielsweise *Mayer* in Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 3, Kapitel 1 Rdnr. 244, 262.

34 Zu den Formulierungsvorschlägen siehe *Bergschneider*, FamRZ 2006, 153 f.; aber auch *Berringer* in Triebs/Berringer/Everts, Tagungsunterlage zur Fortbildung des Bayerischen Notarvereins e. V. „Aktuelle Fragen des Familienrechts" 2007, S. 56 f.

auch über den 31.12.2008 hinaus dem Willen der Beteiligten entspricht.

IV. Fazit

Trotz der Überraschung, die das BVerfG bereitet haben mag, ist die Entscheidung richtig. Ein klares Wort war bereits lange fällig. Allein der Klägerin des Ausgangsverfahrens hat das BVerfG einen Bärendienst erwiesen: Ihre Klage wird wohl abgewiesen, da der verfassungswidrige Zustand hinzunehmen ist. Eine Entscheidung des OLG Hamm steht indes noch aus. Abzuwarten bleibt, was der Gesetzgeber aus dieser Entscheidung des BVerfG machen wird. Da ihm alle Möglichkeiten offen stehen, solange er nur die Vorgaben des Art. 6 Abs. 5 GG beachtet, kann das Ergebnis mit Spannung erwartet werden.

Notarassessorin Dr. *Katja Fahl*, Bad Griesbach i. Rottal

---

7. BGB §§ 138, 242, 1408, 1570 (*Ausschluss des Betreuungsunterhalts mit Vollendung des sechsten Lebensjahres des jüngsten Kindes nicht grundsätzlich sittenwidrig*)

Eine Vereinbarung, nach welcher der Betreuungsunterhalt bereits dann entfallen soll, wenn das jüngste Kind das sechste Lebensjahr vollendet hat, ist nicht schlechthin sittenwidrig; entscheidend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalles, wie z. B. bereits während der Ehe laufend zu erbringende Abfindungszahlungen.

BGH, Urteil vom 28.3.2007, XII ZR 130/04

Die Parteien sind geschiedene Eheleute. Die Klägerin begehrt vom Beklagten im Wege der Stufenklage Auskunft über den Bestand seines Vermögens zum Ehezeitende sowie Zahlung eines Zugewinnausgleichs in noch zu beziffernder Höhe.

Die Klägerin (geb. 1955) ist gelernte Goldschmiedin, der Beklagte Diplom-Ingenieur für Feinwerktechnik. Anfang Juni 1984 zog die in erster Ehe geschiedene Klägerin zum Beklagten nach S. Der Beklagte war im Juweliergeschäft seiner Eltern als Augenoptiker mit einem durchschnittlichen Nettoeinkommen von monatlich ca. 1.900 DM angestellt; aus dem Eigentum an einem Mehrfamilienhaus erzielte er zusätzliche Einnahmen in Höhe von 7.861 DM jährlich. Seit Juli 1984 war die Klägerin im Geschäft der Eltern des Beklagten als Goldschmiedin tätig; Ende 1984 bezogen die Parteien eine über diesem Geschäft gelegene Wohnung. Als Anfang März 1986 festgestellt wurde, dass die Klägerin schwanger war, willigte der Beklagte auf Drängen seiner Eltern in eine Eheschließung ein.

Auf Verlangen des Beklagten und seiner Eltern schlossen die Parteien am 27.3.1986 einen notariellen Ehevertrag, in dem sie u. a. Gütertrennung vereinbarten und den Versorgungsausgleich ausschlossen. Zum nachehelichen Unterhalt trafen die Parteien folgende Abrede:

> „Für den Fall der Rechtskraft einer eventuellen Scheidung unserer Ehe verzichten wir unter der nachfolgenden Einzelregelung gegenseitig auf den nachehelichen Unterhaltsanspruch, auch für den Fall der Not. Wir nehmen die Verzichtserklärung gegenseitig an.
>
> Der Erschienene zu 1 zahlt der Erschienenen zu 2 nach Rechtskraft einer Scheidung Ehegattenunterhalt nach den folgenden Grundsätzen:
>
> Sind aus der Ehe ein oder mehrere gemeinsame Kinder hervorgegangen und übt die Kindesmutter, die Erschienene zu 2, die tatsächliche Betreuung eines oder mehrerer Kinder aus, verpflichtet sich der Erschienene zu 1, Ehegattenunterhalt nach den dann maßgeblichen Grundlagen der Düsseldorfer Tabelle und der Celler Leitlinien für die Bemessung von Unterhaltsansprüchen solange zu zahlen, bis das jüngste Kind das sechste Lebensjahr vollendet oder das schulpflichtige Alter erreicht hat.
>
> Unabhängig hiervon zahlt der Erschienene zu 1 der Erschienenen zu 2 bis zur Rechtskraft einer Scheidung der Ehe eine Unterhaltsabfindung im Rahmen der Vermögensbildung, die wie folgt berechnet wird:
>
> Für jedes angefangene Ehejahr wird ein Betrag von 3.000 DM (in Worten: dreitausend Deutsche Mark) bis zur Rechtskraft einer Scheidung bezahlt.
>
> Sollte sich der vom Statistischen Bundesamt in Wiesbaden amtlich festgestellte Preisindex für die Lebenshaltung eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts mit mittlerem Einkommen für den Zeitpunkt des Abschlusses des vorstehenden Ehevertrages auf einer Basis von 1980 gleich 100 künftig um mindestens 10 % nach oben oder nach unten verändern, verändert sich jeweils auch die jährlich zu zahlende Unterhaltsabfindung in dem gleichen prozentualen Verhältnis, und zwar vom Beginn des nächsten Kalendermonats an.
>
> Wenn aufgrund der vorstehenden Wertsicherungsklausel eine Anpassung der Zahlung durchgeführt worden ist, wird die Klausel gemäß den Bestimmungen des vorangehenden Absatzes jeweils erneut anwendbar und ist die zuletzt bezahlte Abfindung demgemäß erneut anzupassen, sobald sich der Index-Jahresdurchschnitt jeweils erneut gegenüber seinem Stand im Zeitpunkt der vorangegangenen Anpassung um mindestens 10 % nach oben oder nach unten verändert hat.
>
> Mit Erfüllung dieser Zahlungsverpflichtung wird der Unterhaltsverzicht wirksam."

Am 4.4.1986 schlossen die Parteien sodann die Ehe. In der Folgezeit arbeitete die Klägerin zunächst ganztags, nach der Geburt der gemeinsamen Tochter der Parteien (20.10.1986) nur noch stundenweise, später wieder halbtags und sodann – im Zuge der Einschulung der Tochter – wiederum in geringerem Umfang im Geschäft der Schwiegereltern, das diese 1995 dem Beklagten übertrugen. Auf die vereinbarte Abfindung zuzüglich eines Inflationsausgleichs erhielt die Klägerin vom Beklagten insgesamt 64.830,87 DM, die ihr schon während der Ehe teilweise in bar ausgezahlt und teilweise aufgrund einer Nachtragsvereinbarung in Form einer betrieblichen Altersversorgung (Kapitallebensversicherung) gutgebracht wurden.

Die Parteien leben seit Juni 2002 dauerhaft getrennt. Das AG hatte die Ehe durch Verbundurteil geschieden. Unter Hinweis auf den Ehevertrag hatte es festgestellt, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet, und den Unterhaltsantrag der Ehefrau abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung hatte das OLG als unzulässig verworfen.

Die isoliert geltend gemachte Stufenklage auf Zugewinnausgleich hat das AG abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG den Beklagten verurteilt, Auskunft über den Bestand seines Endvermögens zu erteilen. Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg. (…)

II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Wie der Senat wiederholt dargelegt hat (vgl. etwa BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = MittBayNot 2004, 270 und BGH, FamRZ 2005, 1444 = DNotZ 2005, 853), unterliegen die gesetzlichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten; einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten kennt das geltende Recht nicht. Die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen darf indes nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen

Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift. Zu diesem Kernbereich gehört in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB). Im Übrigen wird man eine Rangabstufung vornehmen können, die sich vor allem danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage und vor dem Hintergrund der damaligen gemeinsamen Lebensplanung der Ehegatten haben (vgl. dazu näher BGHZ 158, 81, 97 ff. = FamRZ 2004, 601, 605 = MittBayNot 2004, 270 und BGH, FamRZ 2005, 1444, 1446 = DNotZ 2005, 853).

Ob aufgrund einer vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht abweichenden Vereinbarung eine evident einseitige Lastenverteilung entsteht, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten unzumutbar erscheint, hat der Tatrichter zu prüfen. Er hat dabei zunächst – im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle – zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen. Eine Schwangerschaft der Frau bei Abschluss des Ehevertrages vermag dabei, wie der Senat dargelegt hat, für sich allein noch keine Sittenwidrigkeit des Ehevertrages zu begründen. Sie indiziert aber eine ungleiche Verhandlungsposition und damit eine Disparität bei Vertragsabschluss, die es rechtfertigt, den Vertrag einer verstärkten richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen, wobei in einer Gesamtschau alle maßgeblichen Faktoren zu berücksichtigen sind (BGH, FamRZ 2005, 1444, 1447 = DNotZ 2005, 853; FamRZ 2006, 1359, 1361 = DNotZ 2006, 920). Auch bei dieser Gesamtschau wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit allerdings nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird.

2. Der von den Parteien vereinbarte Ausschluss des Zugewinnausgleichs ist danach – jedenfalls für sich genommen – nicht zu beanstanden.

Der Zugewinnausgleich wird vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht umfasst; er erweist sich – auch wegen der vom Gesetz ausdrücklich zur Verfügung gestellten verschiedenen Güterstände – ehevertraglicher Gestaltung am weitesten zugänglich (BGHZ 158, 81, 95, 98 f. = FamRZ 2004, 601, 605, 608 = MittBayNot 2004, 270). Schon im Hinblick auf diese nachrangige Bedeutung des Zugewinnausgleichs im System des Scheidungsfolgenrechts wird ein Ausschluss dieses Güterstandes, worauf der Senat wiederholt hingewiesen hat (BGH, FamRZ 2005, 691, 692 a. E. = DNotZ 2005, 703 und FamRZ 2005, 1444, 1448 = DNotZ 2005, 853) regelmäßig nicht sittenwidrig sein. Eine durch die Schwangerschaft der Klägerin bewirkte ungleiche Verhandlungsposition der Parteien führt vorliegend zu keinem anderen Ergebnis. Auch bei Berücksichtigung einer solchen Disparität spricht für den Ausschluss des gesetzlichen Güterstandes hier das berechtigte Interesse des Beklagten an der Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz des ihm vorhersehbar anfallenden Geschäfts seiner Eltern. Sein Anliegen, den Fortbestand dieses Geschäfts als seiner Lebensgrundlage nicht durch etwaige Ausgleichszahlungen, die jedenfalls Wertzuwächse des Unternehmens während der Ehe erfassen würden, im Rahmen einer güterrechtlichen Auseinandersetzung gefährden zu wollen, erscheint legitim und nicht als Ausnutzung einer ungleichen Verhandlungsstärke.

3. Der vereinbarte Ausschluss des Zugewinnausgleichs ist auch nicht deshalb nichtig, weil der Ehevertrag sich bereits bei einer Gesamtwürdigung der von den Parteien getroffenen Regelungen als sittenwidrig und damit als im ganzen nichtig erweist (vgl. etwa BGH, FamRZ 2006, 1097, 1098 = DNotZ 2006, 863). Einer solchen Gesamtwürdigung steht nicht entgegen, dass bereits das AG im Verbundverfahren den Ehevertrag für wirksam erachtet und deshalb das Unterhaltsbegehren der Klägerin rechtskräftig abgewiesen und einen Versorgungsausgleich nicht durchgeführt hatte.

Im Rahmen der hier somit weiterhin gebotenen Gesamtwürdigung ist der teilweise Unterhaltsverzicht der Klägerin nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Denn die insoweit von den Parteien getroffene Regelung hält einer Überprüfung am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB stand. Nach dieser Abrede konnte die Klägerin für den Fall der Scheidung bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres des Kindes Betreuungsunterhalt nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften beanspruchen. Zwar geht die Rechtsprechung, auch des Senats, grundsätzlich davon aus, dass die Betreuung eines Kindes auch nach der Vollendung seines sechsten Lebensjahres eine Erwerbsobliegenheit des betreuenden Ehegatten ganz oder teilweise ausschließen kann (vgl. etwa *Johannsen/Henrich/Büttner*, Scheidungsrecht, 4. Aufl., § 1570 Rdnr. 14 ff. m. w. N.). Das bedeutet jedoch nicht, dass vertragliche Abreden, mit denen Ehegatten einen früheren Wiedereintritt des betreuenden Ehegatten in das Erwerbsleben vorsehen und deshalb den Anspruch auf Betreuungsunterhalt zeitlich enger befristen, deshalb sittenwidrig sind. Vielmehr sind auch hier die Umstände des Einzelfalles maßgebend. Im vorliegenden Fall war die Betreuung des gemeinsamen Kindes – schon aufgrund der räumlichen Nähe von Arbeitsplatz und Wohnung und der Betreuungsbereitschaft der Großeltern – auch neben einer teilweisen Berufstätigkeit der Klägerin möglich und gewollt. Auch hätte die Klägerin nach Vollendung des sechsten Lebensjahres ihres Kindes und dem damit einhergehenden Auslaufen des Betreuungsunterhalts nicht mittellos dagestanden. Vielmehr zahlte ihr der Beklagte – nach der ursprünglichen Abrede – jährlich 3.000 DM aus, und zwar als eine – mit einer Währungsgleitklausel wertgesicherte – „Unterhaltsabfindung im Rahmen der Vermögensbildung“. Auch für den Fall, dass aus der Ehe mehrere Kinder hervorgehen würden, wurde die Klägerin durch die getroffene Abrede nicht sittenwidrig belastet. Zum einen hätte sich dann die Dauer des geschuldeten Betreuungs-

unterhalts insgesamt, nämlich bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres des jüngsten Kindes verlängert; zum andern hätte sich – aufgrund der dann jedenfalls längeren Ehedauer – die Summe der der Klägerin jährlich zu zahlenden Abfindungsleistungen insgesamt erhöht. Dass die Parteien die ursprüngliche Abrede über die Unterhaltsabfindung später abgewandelt und durch die Vereinbarung einer betrieblichen Altersversorgung für die Klägerin ersetzt haben, kann die Sittenwidrigkeit der ursprünglichen Abrede ebenso wenig begründen wie der Umstand, dass die Klägerin die ihr vom Beklagten ursprünglich jährlich ausgezahlten Beträge nicht sicher angelegt, sondern nach ihrem Vortrag für den Lebensunterhalt, insbesondere für gemeinsame Reisen der Parteien ausgegeben hat.

Der Ausschluss des Unterhalts wegen Krankheit ist, worauf das OLG mit Recht hinweist, durch die bereits vor der Ehe erkennbar gewordenen Folgen eines Fahrradunfalls gerechtfertigt (vgl. BGHZ 158, 81, 95 = FamRZ 2004, 601, 604 = MittBayNot 2004, 270). Diese Beurteilung wird auch von der Revision und der Revisionserwiderung geteilt. Auch der Ausschluss des Unterhalts wegen Alters ist nicht zu beanstanden. Wie der Senat bereits früher dargelegt hat, wird damit zwar eine wichtige Scheidungsfolge abbedungen. Dies könnte den Vorwurf der Sittenwidrigkeit aber allenfalls dann begründen, wenn die Parteien bei ihrer Lebensplanung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einvernehmlich davon ausgegangen wären, dass die Klägerin sich dauerhaft oder doch langfristig völlig aus dem Erwerbsleben zurückziehen und der Familienarbeit widmen sollte; denn nur in diesem Falle wäre ihr der Aufbau einer eigenen Sicherung gegen die Risiken des Alters auf Dauer verwehrt und würde eine stete Abhängigkeit vom Beklagten begründet (BGHZ 158, 81, 104 = FamRZ 2004, 601, 607 = MittBayNot 2004, 270). Eine solche Lebensplanung ist hier indes nicht festgestellt. Nach den unangegriffenen Feststellungen des OLG sah die Lebensplanung der Parteien vielmehr vor, dass die Klägerin sich weiterhin – also neben der Betreuung von Kindern, wenn auch in zumindest zeitweise eingeschränktem Umfang – am Erwerbsleben beteiligen werde. Soweit diese Erwartung sich später nicht oder nicht im vorgestellten Umfang verwirklicht hat, könnte dem im Rahmen einer Ausübungskontrolle Rechnung getragen und dem – hier freilich durch die Rechtskraft des amtsgerichtlichen Urteils ausgeschlossenen – Verlangen nach Altersunterhalt und Versorgungsausgleich gemäß § 242 BGB entsprochen werden. Für die Sittenwidrigkeit der Abrede gibt eine solche nachträgliche Änderung der Lebensplanung indes nichts her.

Dasselbe gilt im Ergebnis für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs, der sich – nach den Vorstellungen und Verhältnissen der Parteien beim Vertragsschluss – hier möglicherweise sogar zugunsten der Klägerin auswirken konnte, wenn der Beklagte als Nachfolger im elterlichen Geschäft und damit als Selbständiger nur in geringem Umfang eine dem Versorgungsausgleich unterliegende Versorgung aufbauen würde, während die von der Klägerin als Angestellte in der Ehe erworbenen Versorgungsanrechte in vollem Umfang dem Versorgungsausgleich unterfielen, sie dem Beklagten somit sogar ausgleichspflichtig hätte werden können.

Auch gegen den Ausschluss von Aufstockungsunterhalt ist aus den vom OLG genannten Gründen nichts zu erinnern.

4. Der Zugewinnausgleich ist folglich wirksam ausgeschlossen, so dass das AG das Auskunftsverlangen der Klägerin mit Recht abgewiesen hat.

---

8. GBO §§ 35, 78; BGB § 2270 Abs. 2 (*Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren*)

Das Grundbuchamt kann die Eintragung eines Beteiligten im Grundbuch nicht von der Vorlage eines Erbscheins abhängig machen, wenn der Nachweis der Erbfolge durch die Vorlage einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen letztwilligen Verfügung geführt wurde. In diesem Fall kann das Grundbuchamt nur dann die Vorlegung eines Erbscheins verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunde nicht für nachgewiesen hält. Voraussetzung ist jedoch, dass nach erschöpfender rechtlicher Würdigung konkrete Zweifel bleiben, die nur durch weitere Ermittlungen geklärt werden können.

Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 19.7.2006, 2 W 9/06

Die am 2.1.2006 verstorbene und noch im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragene N hinterließ drei inzwischen eröffnete letztwillige Verfügungen:

1. Handschriftliches gemeinsames Testament mit dem (am 8.4.1964 verstorbenen) Ehemann W vom 1.10.1963:

> „Wir setzen uns gegenseitig als Alleinerben ein. Den Sohn E (...) der unterzeichneten Frau N setzen wir zum alleinigen Nacherben auf dasjenige ein, was von der Erbschaft bei dem Tode des Überlebenden von uns übrig sein wird."

2. Notarielles Einzeltestament vom 14.9.2000:

> „Wir haben am 1.10.1963 privatschriftlich in Hamburg ein gemeinsames Testament errichtet, in dem mein Sohn E zum Schlusserben eingesetzt worden war. Dies geschah seinerzeit aber lediglich im Hinblick auf die Verhältnisse in der damals existierenden DDR. Der Überlebende sollte nicht gehindert sein, seinerseits anders von Todes wegen zu verfügen. Dies vorausgeschickt, setze ich zu meiner Alleinerbin ein Frau L (...)."

3. Handschriftliches Einzeltestament vom 25.11.2000:

> „Über so viel Charakterlosigkeit meines lieblosen Sohnes E, möchte ich, dass Ihm kein Pflichtteil zu steht."

Die Beteiligte hat am 22.3.2006 unter Beifügung der genannten letztwilligen Verfügungen beim AG – Grundbuchamt – beantragt, sie als Eigentümerin des Grundstücks in das Grundbuch einzutragen. Das AG hat der Beteiligten aufgegeben, einen Erbschein einzureichen, weil aufgrund der vorliegenden Testamente die Erbfolge durch das Grundbuchamt nicht zweifelsfrei bestimmt werden könne. Nachdem die Beteiligte dies ablehnte, hat das AG den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Hiergegen hat die Beteiligte Beschwerde eingelegt, der das AG nicht abgeholfen hat. Das LG hat die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen. Gegen den Beschluss des LG richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die gemäß §§ 78, 80 GBO zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache Erfolg, weil die Entscheidung des LG auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 78 GBO, § 546 ZPO).

Das LG hat ausgeführt, das Grundbuchamt sei berechtigt, einen Erbschein zu verlangen. Es sei nicht eindeutig, ob das notarielle Testament angesichts des vorausgegangenen gemeinschaftlichen Testaments überhaupt wirksam sei. Im Falle der Unwirksamkeit läge keine öffentliche Urkunde vor, auf die der Eintragungsantrag zu stützen wäre. Das Grundbuchamt habe zwar eine Auslegungspflicht, nicht aber die Verpflichtung, weitere tatsächliche Ermittlungen über den Willen des Erblassers anzustellen. Diese wären hier aber erforderlich, da das Testament nichts Eindeutiges über die Wechselbezüglichkeit der testamentarischen Verfügung aussage.

Diese Entscheidung ist mit einem Rechtsfehler behaftet. Das LG hat den sich aus den Akten ergebenden Sachverhalt zur

Frage der Wirksamkeit des notariellen Testaments nicht erschöpfend gewürdigt (§ 25 FGG; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 40) und zudem gesetzliche Auslegungsregeln und naheliegende Erfahrungssätze unberücksichtigt gelassen (*Keidel/Kuntze/Winkler*, FG, § 27 Rdnr. 21, 30). Da der Sachverhalt zur Beurteilung der Frage ausreicht, ist das Rechtsbeschwerdegericht befugt, unter Absehen von einer Zurückverweisung über die Sache selbst zu entscheiden. Dies führt zu einem entgegengesetzten Ergebnis.

Gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO kann der Nachweis der Erbfolge anstelle durch Erbschein auch durch Vorlage einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen letztwilligen Verfügung und die Niederschrift über ihre Eröffnung geführt werden. In diesem Fall kann das Grundbuchamt nur dann die Vorlegung eines Erbscheins verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunde nicht für nachgewiesen hält. Voraussetzung ist jedoch, dass nach erschöpfender rechtlicher Würdigung konkrete Zweifel bleiben, die nur durch weitere Ermittlungen geklärt werden können (OLG Stuttgart, Rpfleger 1992, 154).

Im Rahmen der zuvor vom Grundbuchamt vorzunehmenden Auslegung und Würdigung der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung ist es nicht erforderlich, dass alle etwaigen Bedenken gegen ihre Wirksamkeit in derselben Form ausgeräumt werden müssen (*Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 35 Rdnr. 36, 39 und 40; BayObLG, Rpfleger 1974, 434, 435; 1987, 266, 267; OLG Oldenburg, Rpfleger 1975, 313, 314). Für den Fall, dass sich die Bedenken aus dem Vorhandensein früherer oder späterer privatschriftlicher Testamente ergeben, ist es Aufgabe des Grundbuchamts, den Inhalt dieser Testamente selbst zu würdigen, um auf solche Weise festzustellen, ob die Bedenken begründet sind oder nicht. Das gilt selbst dann, wenn rechtlich schwierige Fragen beurteilt werden müssen. (*Demharter*, GBO, Rdnr. 42). Gesetzliche Auslegungsregeln hat das Grundbuchamt zu berücksichtigen, wenn auch das Nachlassgericht voraussichtlich darauf zurückgreifen muss (OLG Stuttgart, Rechtspfleger 1992, 154 m. w. N.; *Demharter*, GBO, Rdnr. 42) Seine Pflicht zur eigenen Testamentsauslegung entfällt nur dann, wenn für die Auslegung tatsächliche Umstände wesentlich sind, die erst ermittelt werden müssten. Dafür ist im Eintragungsverfahren kein Raum.

Vorliegend hat das LG Zweifel an der Wirksamkeit der Erbeinsetzung der Beteiligten aufgrund des früheren gemeinschaftlichen Testaments vom 1.10.1963 geäußert und weitere Ermittlungen für geboten gehalten. Aus seiner Entscheidung geht allerdings nicht hervor, weshalb die Zweifel nicht durch die gebotene Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments überwunden werden können und welchen konkreten Ermittlungsansätzen noch nachgegangen werden müsse.

Die Auslegung eines Testaments hat die Erforschung des wirklichen Willens des Erblassers zum Ziel, ohne dass am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften ist (§ 133 BGB). Zur Erforschung dieses Willens sind in der Tat auch außerhalb der Testamentsurkunde bestehende Nebenumstände heranzuziehen, zu denen insbesondere auch der Inhalt weiterer letztwilliger Verfügungen gehört. Nicht jede derartige Nachforschungstätigkeit ist dem Grundbuchamt verwehrt. Insbesondere die Auslegung weiterer vorhandener Testamente und die Auswertung der Nachlassakten ist dem Grundbuchamt vielmehr ohne Weiteres zumutbar und geboten (BayObLG, Rpfleger 1974, 434).

Dementsprechend hat das Grundbuchamt im vorliegenden Fall zur Klärung der Frage, ob die von der Erblasserin widerrufene Erbeinsetzung ihres aus einer anderen Ehe stammenden Sohnes wechselbezüglich zu ihrer eigenen Erbeinsetzung durch ihren zweiten Ehemann ist, zu Recht auch tatsächlich das spätere notarielle Testament herangezogen. In diesem behauptet die Erblasserin, die Erbeinsetzung ihres Sohnes habe nach dem Wunsch der Ehegatten den Überlebenden nicht binden sollen.

Gestützt wird die Darstellung der Erblasserin, die Schlusserbeneinsetzung sei nicht wechselbezüglich gewesen, auch durch die im Gemeinschaftstestament enthaltene Formulierung, der Nacherbe solle nur dasjenige erhalten, „was von der Erbschaft bei dem Tode des Überlebenden von uns übrig sein“ werde, welche als Indiz für eine fortbestehende Verfügungsfreiheit – auch durch späteres Einzeltestament – herangezogen werden kann.

Das Grundbuchamt meint aber, die spätere Äußerung der Erblasserin belege noch nicht, dass dies tatsächlich auch dem Willen des anderen, vorverstorbenen Ehegatten entsprochen habe und hält es deshalb für angezeigt, „durch weitere Ermittlungen zu den tatsächlichen Verhältnissen der Erblasser deren Willen festzustellen“. Weder dem Beschluss des AG noch den Ausführungen des LG lässt sich aber entnehmen, welche konkreten „tatsächliche Ermittlungen“, zu denen das Grundbuchamt nicht befugt sei, noch erforderlich sein sollen. Diese Angabe wäre aber erforderlich gewesen, da bloße abstrakte Zweifel den Verweis auf das Erbscheinsverfahren des Nachlassgerichts nicht rechtfertigen (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, FGPrax 1999, 206 = MittRhNotK 2000, 117).

Nach dem vorliegenden Sachverhalt kommen weitere tatsächliche Ermittlungen durch das Nachlassgericht ersichtlich nicht in Betracht. Die Testierenden können darüber, was sie gewollt haben, nicht mehr angehört werden. Das gemeinschaftliche Testament ist nicht notariell beurkundet worden; es ist auch nicht anzunehmen, dass heute noch lebende Bekannte des vor fast 43 Jahren verstorbenen Herrn N noch Angaben zu dessen Vorstellungen bei der Abfassung der letztwilligen Verfügung machen können. Der Sohn der Erblasserin hat im Jahr 1963 in der damaligen DDR gelebt und kann daher zu der Abfassung des in Hamburg errichteten Testaments nicht hinzugezogen worden sein.

Da unter den vorliegenden Umständen kein Ansatzpunkt für konkrete Aufklärungsmaßnahmen zur Verfügung steht, ist hier auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zurückzugreifen, die andernfalls auch durch das Nachlassgericht angewendet werden müsste (vgl. OLG Stuttgart, Rpfleger 1992, 154 m. w. N.). Diese besagt, dass im Zweifelsfall der Überlebende durch das Testament zwar an die Einsetzung von Verwandten des anderen Ehegatten gebunden sein soll, nicht aber an die Einsetzung von Personen, mit denen nur er verwandt ist (*Palandt*, BGB, 64. Aufl., § 2270 Rdnr. 7). Aus dieser Auslegungsregel ergibt sich somit die Zulässigkeit des von der Erblasserin erklärten Widerrufs der Erbeinsetzung ihres Sohnes und damit auch die Wirksamkeit des notariell beurkundeten Testaments.

Auf die weitere Beschwerde der Beteiligten sind deshalb die Beschlüsse des LG und des Grundbuchamtes und die zugrundeliegende Zwischenverfügung aufzuheben (§§ 562, 563 Abs. 3 ZPO analog). Eine Anhörung des Sohns der Erblasserin ist unterblieben, da für seine Beteiligung im vorliegenden Grundbuchverfahren anders als in einem Nachlassverfahren keine gesetzliche Grundlage besteht.

———

9. BGB §§ 2209, 2217, 2033, 2042; GBO §§ 22, 29, 52, 13 (*Löschungsvoraussetzungen Testamentsvollstreckervermerk*)

1. **Die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Hinblick auf einen Testamentsvollstreckervermerk kann durch den Nachweis in der Form des § 29 GBO geführt werden, dass der betroffene Grundbesitz aus dem Nachlass ausgeschieden oder die Testamentsvollstreckung insgesamt beendet ist.**
2. **Ohne Auflassungserklärung scheidet ein Nachlassgrundstück mit dinglicher Wirkung nicht im Rahmen einer Auseinandersetzung aus dem Nachlass aus.**
3. **Lässt sich ein Wille des Erblassers durch Auslegung der letztwilligen Verfügung feststellen, dass die Testamentsvollstreckung nach dem Ausscheiden des Testamentsvollstreckers fortgeführt werden soll, endet mit dem Tod des Testamentsvollstreckers lediglich dessen Amt, nicht die Testamentsvollstreckung als solche.**
4. **Ein solcher Wille kann der Anordnung von Unterhaltszahlungen aus dem Nachlass zu entnehmen sein.**

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 14.7.2006, 20 W 369/05

Das verfahrensgegenständliche Grundstück gehörte ursprünglich dem Großvater des Beteiligten zu 1. Mit notarieller Urkunde schloss dieser 1971 mit seiner Ehefrau einen Erbvertrag. Die Eheleute setzten hierin ihren Sohn – den Vater des Beteiligten zu 1 und Ehemann der Beteiligten zu 2 – als befreiten Vorerben hinsichtlich des Nachlasses sowohl des Erstversterbenden als auch des Letztversterbenden ein. Nacherben sollten die ehelichen Kinder des Sohnes zu gleichen Teilen sein. Der Nacherbfall sollte mit dem Tode des Vorerben eintreten, jedoch schon vor diesem Zeitpunkt, wenn Gläubiger des Sohnes in den Nachlass wegen Forderungen gegen den Sohn Vollstreckungsmaßnahmen einleiten sollten. Die Einsetzung der Nacherben wurde von der Bedingung abhängig gemacht, dass der Sohn als Vorerbe keine anderweitige Verfügung trifft. Die Nacherben wurden zur Zahlung von Unterhalt in Höhe der Nettoeinkünfte aus dem Nachlass an ihre Eltern verpflichtet, solange diese leben und einen entsprechenden Anspruch geltend machen. Weiter wurde mit folgenden Worten Testamentsvollstreckung angeordnet:

> „Sollte bei dem Eintritt der Nacherbfolge unser Sohn oder seine Ehefrau noch leben, ordnen wir Testamentsvollstreckung mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge an. Testamentsvollstrecker ist unser Sohn oder, falls dieser das Amt nicht ausüben kann, seine Ehefrau. Der Testamentsvollstrecker ist von allen Beschränkungen, soweit dies gesetzlich zulässig ist, befreit. Er hat insbesondere auch das Recht der Verwaltung des Nachlasses. Die Testamentsvollstreckung endet mit dem Tode des Testamentsvollstreckers. Er ist aber berechtigt, auch schon vorher sein Amt aufzugeben."

Nach dem Tod des Großvaters des Beteiligten zu 1 im Jahr 1978 wurde als Eigentümer des betroffenen Grundbesitzes zunächst dessen Sohn als befreiter Vorerbe im Grundbuch eingetragen, gleichzeitig erfolgte die Eintragung eines Nacherbenvermerks zugunsten des Ast. und seiner drei Geschwister sowie eines Testamentsvollstreckervermerks. Unter Mitwirkung des Vaters des Beteiligten zu 1 wurden mit notarieller Urkunde im Jahr 2002 ein Erbscheinsantrag gestellt, ausgehend davon, dass durch Zwangsvollstreckungen in den Nachlass der Nacherbfall eingetreten sei. Das AG erteilte einen gemeinschaftlichen Erbschein, in dem der Beteiligte zu 1 und seine drei Geschwister als Erben zu je 1/4 ausgewiesen wurden. Es folgte die Angabe, dass Testamentsvollstreckung angeordnet sei. Bereits in notarieller Urkunde im Jahr 2002 hatte der Vater des Beteiligten zu 1, ausgehend von dem Eintritt des Nacherbfalls aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Vorerben, das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen und erklärt, dass Nacherbe nur der Beteiligte zu 1 sein solle. Das Nachlassgericht sah aufgrund der bereits eingetretenen Nacherbfolge diese Verfügung des Vorerben nicht als wirksam an. Zu Urkunde desselben Notars im Jahr 2002 verkauften die Geschwister des Beteiligten zu 1 diesem zum Zweck der Nachlassteilung ihre Erbanteile. Der Beteiligte zu 1 verpflichtete sich zur Freistellung der übrigen Miterben von dinglichen Verbindlichkeiten und Auskehrung eines verbleibenden Nettowertes. Er übernahm die im Erbvertrag von 1971 vorgesehene Unterhaltspflicht zugunsten der Eltern. Die Urkundsbeteiligten bewilligten und beantragten, die Erbteilsabtretung im Wege der Grundbuchberichtigung in das Grundbuch einzutragen. Bei der Beurkundung dieses Vertrages nahm der Vater des Beteiligten zu 1 teil. Er erklärte am Ende der Beurkundung: „Als Testamentsvollstrecker stimme ich zu." Der Beteiligte zu 1 wurde nach Voreintragung der Erbengemeinschaft als Alleineigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundstücks eingetragen. Gleichzeitig wurde in Abt. II ein Testamentsvollstreckervermerk eingetragen. Der Beteiligte zu 1 beantragte die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks. Mit Zwischenverfügung verlangte das Grundbuchamt die Vorlage einer Freigabeerklärung der Testamentsvollstreckerin in der Form des § 29 GBO. Da es sich bei dem Vertrag aus dem Jahr 2002 lediglich um einen Erbteilsübertragungs-, bzw. Erbteilskaufvertrag handele, sei keine wirksame Veräußerung durch den Testamentsvollstrecker erfolgt, der Beteiligte zu 1 sei weiterhin als Erbe des ehemaligen Eigentümers im Grundbuch eingetragen und als solcher durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung in der Verfügungsbefugnis beschränkt.

Der Löschungsantrag des Ast. wurde zurückgewiesen. Der hiergegen eingelegten Beschwerde wurde nicht abgeholfen. Das LG hat den Zurückweisungsbeschluss des AG aufgehoben und das Grundbuchamt zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks angewiesen. Der Vater des Beteiligten zu 1 war im Jahr 2003 verstorben. Auf Antrag der Beteiligten zu 2 ist ihr ein Testamentsvollstreckerzeugnis durch das AG – Nachlassgericht – erteilt worden. Einen Antrag des Ast. auf Einziehung dieses Zeugnisses hat das Nachlassgericht zurückgewiesen, Die Beteiligte zu 2 hat weitere Beschwerde gegen den Beschluss des LG eingelegt und ihre mangelnde Beteiligung am Beschwerdeverfahren gerügt.

Aus den Gründen:

(…)

Die weitere Beschwerde ist auch begründet, da die Entscheidung des LG einer Überprüfung auf Rechtsfehler gemäß §§ 78 GBO, 546 ZPO nicht standhält. Die nachträgliche Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des Testamentsvollstreckervermerks gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 GBO hat der Ast. entgegen der Auffassung des LG nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Weder ist der streitgegenständliche Grundbesitz infolge Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft oder Freigabe seitens des Testamentsvollstreckers aus dem Nachlass ausgeschieden, noch ist die Testamentsvollstreckung insgesamt beendet. Zwar ist die Auslegung von Urkunden durch das LG nur darauf zu überprüfen, ob gegen den klaren Sinn der Urkunde, gegen gesetzliche Auslegungsregeln und allgemein anerkannte Erfahrungssätze oder gegen Denkgesetze verstoßen wird und ob das LG alle für die Auslegung in Betracht kommenden Gesichtspunkte gewürdigt hat. Es genügt, dass die Auslegung möglich ist, zwingend braucht sie nicht zu sein.

Das Rechtsbeschwerdegericht kann aber eine eigene Auslegung von Urkunden vornehmen, wenn die Auslegung des LG diese Kriterien nicht erfüllt (allg. Auffassung, vgl. *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 78 Rdnr. 13 und 18, jeweils m.w.N.; *Meyer-Holz* in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 49). Dies ist vorliegend der Fall, weil die Kammer für die Auslegung wesentliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt hat. Da der tatsächliche Sachverhalt keiner weiteren Aufklärung bedarf, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden. Der notarielle Vertrag aus dem Jahr 2002 hat schon seinem Wortlaut nach lediglich die Erbteilsübertragung der übrigen Miterben auf den Beteiligten zu 1 gemäß § 2033 Abs. 1 BGB zum Gegenstand, die Erben haben lediglich über ihre ideelle quotale Beteiligung am Gesamtshandvermögen verfügt, zur Verfügung über ihre Anteile an dem zum Nachlass gehörenden Grundbesitz waren sie nach § 2033 Abs. 2 BGB nicht befugt.

Zwar hat sich die Erbschaft durch Übertragung aller Erbanteile auf den Beteiligten zu 1 in dessen Hand vereinigt, es besteht damit aber nur der gleiche Rechtszustand wie bei dem ursprünglichen Anfall an einen Alleinerben. Deshalb änderte die Erbteilsübertragung noch nichts an bestehenden Beschränkungen der Miterben wie der Testamentsvollstreckung. Selbst wenn ein Dritter die Erbanteile erworben hätte, wären alle Beschränkungen der Veräußerer auf ihn übergegangen (*Palandt/Edenhofer*, BGB, 65. Aufl., § 2033, Rdnr. 3 und 6). Wie in der Urkunde aus dem Jahr 2002 auch beantragt, ist die Erbteilsabtretung als verfügungsmäßiger Vollzug des Erbteilskaufs im Weg der Grundbuchberichtigung im Grundbuch eingetragen worden. Die Eintragung des Beteiligten zu 1 als Eigentümer im Grundbuch ist dementsprechend als Erbe gleichzeitig mit der Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks gemäß § 52 GBO erfolgt. Auch wenn es in dem Vertrag aus dem Jahr 2002 heißt, der Verkauf der Erbanteile erfolge zum Zweck der Nachlassteilung, handelt es sich nicht um einen Auseinandersetzungsvertrag. Da der Testamentsvollstreckung nach dem Erbvertrag bei Eintritt des Nacherbfalls alle Miterben unterlagen, oblag die Auseinandersetzung gemäß §§ 2204, 2208 BGB dem Testamentsvollstrecker und die Miterben konnten sich nicht durch Vereinbarung auseinandersetzen, sondern nur vom Testamentsvollstrecker die Bewirkung verlangen (*Palandt/Edenhofer*, § 2042 Rdnr. 14).

Vor allem aber hätte die Vollziehung einer Auseinandersetzungsvereinbarung im Hinblick auf den Grundbesitz der Auflassung bedurft (*Palandt/Edenhofer*, § 2042 Rdnr. 9; MünchKommBGB/*Heldrich*, 4. Aufl. 2004, § 2042 Rdnr. 37). Der Vertrag enthält aber als dingliche Verfügung nur die Erbanteilsabtretung und keine Auflassungserklärung. Zur Wirksamkeit der Erbanteilsübertragung war die Zustimmung des Vaters des Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstrecker nicht erforderlich (Palandt/*Edenhofer*, § 2033 Rdnr. 12, MünchKommBGB/*Heldrich*, § 2033 Rdnr. 19). Deshalb spielt es für die Wirksamkeit der Erbanteilsübertragung keine Rolle, dass der Vater des Beteiligten zu 1 sein Amt als Testamentsvollstrecker jedenfalls im Zeitpunkt der Beurkundung im Jahr 2002 noch nicht durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht gemäß § 2202 BGB angenommen hatte und ihm nach dem Inhalt der beigezogenen Nachlassakten kein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt worden ist. Zwar könnte dies dann von Bedeutung sein, wenn die in dem Vertrag aus dem Jahr 2002 enthaltene Erklärung des Vaters des Beteiligten zu 1, als Testamentsvollstrecker stimme er zu, als Freigabeerklärung i. S. d. § 2217 Abs. 1 BGB auszulegen wäre.

Nach heute herrschender Meinung ist die Freigabe ein einseitiges, abstraktes, dingliches Rechtsgeschäft, das zustande kommt durch empfangsbedürftige Willenserklärung des Testamentsvollstreckers, und hat den Verzicht auf das dem Testamentsvollstrecker zustehende Verwaltungs- und Verfügungsrecht zum Inhalt. Sie zielt aber nicht auf eine Änderung der Eigentumsverhältnisse und ist auch keine Übereignung, sondern von dinglichen Akten der Auseinandersetzung zu unterscheiden. Selbst eine Auseinandersetzung von Nachlassgegenständen durch Überführung in das Alleineigentum einzelner Miterben – zu deren dinglichem Vollzug aber vorliegend die Auflassung fehlt, wie bereits ausgeführt – bedeutet keinesfalls zwingend eine Freigabe. Es ist nämlich auch Testamentsvollstreckung an bereits auseinandergesetzten Gegenständen möglich, §§ 2209 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 i. V. m. 2204 Abs. 1 BGB (*Muscheler*, ZEV 1996, 401, 403 f. und Fn. 20).

Schon nach dem Wortlaut der Urkunde hat der Vater des Beteiligten zu 1 lediglich der Erbteilsübertragung zugestimmt, nicht aber einer Auseinandersetzung. Da wie ausgeführt weder mit der Erbteilsübertragung, noch mit einer Auseinandersetzung das Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers zwangsläufig erloschen ist, müsste eine davon zu unterscheidende Freigabe der Erklärung des Testamentsvollstreckers eindeutig zu entnehmen sein. Dies ist unter Berücksichtigung der an eine notarielle Urkunde im Grundbuchverfahren hinsichtlich der Klarheit und Bestimmtheit zu stellenden Anforderungen nach der Auffassung des Senats nicht möglich.

Mit dem Inhalt der Urkunde aus dem Jahr 2002 ist deshalb nicht in der Form des § 29 GBO die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen, weil die Testamentsvollstreckung jedenfalls hinsichtlich des betroffenen Grundbesitzes nicht beendet wäre, da dieser nicht aus dem Nachlass ausgeschieden ist. Es wurde aber auch nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen, dass die Testamentsvollstreckung insgesamt beendet wäre, wobei zu unterscheiden ist zwischen dem Amt des Testamentsvollstreckers und der Testamentsvollstreckung als solcher. Mit dem Tod des Vaters des Beteiligten zu 1 war zwar dessen Amt gemäß § 2225 BGB erloschen, die Testamentsvollstreckung aber nur dann insgesamt beendet, wenn der erklärte oder durch Auslegung festgestellte Wille der Erblassers dahin ging, dass sie nach dem Ausscheiden des Testamentsvollstreckers nicht weitergeführt werden soll, wenn z. B. zu diesem Zeitpunkt bereits alle Aufgaben des Testamentsvollstreckers erfüllt oder der Tod als auflösende Bedingung oder Endtermin für die Anordnung der Testamentsvollstreckung angesehen werden könnte (*Palandt/Edenhofer*, § 2225 Rdnr. 1).

Nach dem Inhalt des Erbvertrags aus dem Jahr 1971, den der Senat ohne Bindung an die Auffassung des LG auslegen kann, weil die Kammer die Frage der Beendigung der Testamentsvollstreckung insgesamt offen gelassen und keine Auslegung des Erbvertrags vorgenommen hat, handelt es sich bei der angeordneten Testamentsvollstreckung nicht nur um eine Abwicklungs- und Auseinandersetzungsvollstreckung. Das Recht des Testamentsvollstreckers zur Verwaltung des Nachlasses ist unter III Abs.1, letzter Satz des Erbvertrags ausdrücklich geregelt worden. Im Rahmen dieser Verwaltung ist auch die unter II des Erbvertrags angeordnete Auszahlung der Nettoeinkünfte aus dem Nachlass als von dem Testamentsvollstrecker zu befolgende Anordnung nach § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB zu sehen. Da aus dieser Anordnung nicht nur der Vater des Beteiligten zu 1, sondern auch seine Mutter Rechte herleiten können, ist die insoweit nicht dem Schutz der Erben, sondern der Zahlungsberechtigten dienende Testamentsvollstreckung durch den Tod des Vaters des Beteiligten zu 1 nicht gegenstandslos geworden. Von dieser Zweckbestimmung ausgehend, ist auch die unter III des Erbvertrags getroffene Ersatzbestimmung dahin auszulegen, dass die Beteiligte zu 2 bei einem Wegfall ihres zunächst zum Testamentsvollstrecker ernannten Ehemannes an dessen Stelle tritt.

Nur durch eine Auslegung in diesem Sinn wird sichergestellt, dass der Nachlass zur Erfüllung der Zahlungsverpflichtung erhalten bleibt, so lange die Beteiligte zu 2 lebt und die Zahlungsverpflichtung geltend macht. Eine unbeschränkte Verfügungsbefugnis der Nacherben könnte zu einer Versilberung des Nachlasses ohne Absicherung der Beteiligten zu 2 führen. Durch den Erbvertrag kann der Beteiligte zu 1 somit ebenfalls nicht den Nachweis führen, dass das Grundbuch im Hinblick auf den Testamentsvollstreckervermerk unrichtig wäre. Abgesehen davon wären auch durch die Erbteilsübertragung auf den Beteiligten zu 1 noch nicht alle Aufgaben des Testamentsvollstreckers erfüllt, wenn sie nur die Auseinandersetzung und Abwicklung zum Gegenstand gehabt hätten. Da der Senat bei seiner Urkundsauslegung sich nicht in Widerspruch zur Auffassung des Nachlassgerichts bei Erteilung des Testa-

mentsvollstreckerzeugnisses an die Beteiligte zu 2 bzw. zum Inhalt des Erbscheins setzt, der das Bestehen einer Testamentsvollstreckung ausweist, stellt sich die Frage der Bindung des Grundbuchamts bzw. der an dessen Stelle tretenden Instanzgerichte an das Testamentsvollstreckerzeugnis der Beteiligten zu 2 bzw. den die Testamentsvollstreckung noch ausweisenden Erbschein nicht. Eine Vorlageverpflichtung nach § 79 Abs. 2 GBO besteht nicht, da die Abweichung von der Entscheidung des OLG München auf der unterschiedlichen Urkundsauslegung und nicht der abweichenden Auslegung einer das Grundbuchrecht betreffenden Vorschrift beruht.

Die Entscheidung über die Gerichtskosten beruht auf § 131 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO. Eine Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten entsprach nicht der Billigkeit, § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG, da die Tatsache des Unterliegens des Beteiligten zu 1 für sich gesehen dafür nicht ausreicht. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für die Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 131 Abs. 2, 30 Abs. 2 KostO. Ausgehend von den Nennbeträgen der auf dem betroffenen Grundbesitz lastenden Grundpfandrechten ist ein geschätzter Verkehrswert nicht unter 1,3 Mio. € zugrunde gelegt worden. Auch wenn die durch den Testamentsvollstreckervermerk bewirkte Verfügungsbeschränkung nur mit einem Bruchteil des Verkehrswertes angesetzt wird, ist ein deutliches Abweichen vom Regelwert des § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO gerechtfertigt. Ohne Auflassungserklärung scheidet ein Nachlassgrundstück mit dinglicher Wirkung nicht im Rahmen einer Auseinandersetzung aus dem Nachlass aus. Lässt sich ein Wille des Erblassers durch Auslegung der letztwilligen Verfügung feststellen, dass die Testamentsvollstreckung nach dem Ausscheiden des Testamentsvollstreckers fortgeführt werden soll, endet mit dem Tod des Testamentsvollstreckers lediglich dessen Amt, nicht die Testamentsvollstreckung als solche. Ein solcher Wille kann der Anordnung von Unterhaltszahlungen aus dem Nachlass zu entnehmen sein.

Anmerkung:

1. Grundbuchrechtliche Voraussetzungen für die Löschung eines Testamentsvollstreckungsvermerks

Dem Beschluss des OLG Frankfurt liegt der gleiche Sachverhalt wie dem Beschluss des OLG München vom 8.9.2005 zugrunde.[1] Anders als das OLG München kommt das OLG Frankfurt zu dem zutreffenden Ergebnis, dass der im Grundbuch eingetragene Testamentsvollstreckervermerk aufgrund des Sachverhalts nicht gelöscht werden konnte. Eine Löschung des Testamentsvollstreckervermerks erfolgt dann, wenn entweder die Testamentsvollstreckung als Ganzes erloschen oder das Grundstück aus der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ausgeschieden ist. Das Grundbuch wird in diesen Fällen unrichtig und ist nach § 22 GBO zu berichtigen. Gemäß § 29 GBO hat der Unrichtigkeitsnachweis grundsätzlich durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu erfolgen. Eine Löschung aufgrund einer Berichtigungsbewilligung des Testamentsvollstreckers scheidet dagegen aus, da weder der Erbe noch der Testamentsvollstrecker auf die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks nach § 52 GBO verzichten können.[2]

2. Löschung wegen Übertragung der Erbteile

Das OLG Frankfurt prüft zuerst, inwieweit die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks aufgrund der Übertragung aller Erbteile auf einen Miterben oder einer möglichen Auseinandersetzung unter den Miterben in Betracht kommt. Von einer Verfügung über den Erbteil wird der Erbe aufgrund der Testamentsvollstreckung und der dadurch gemäß § 2211 BGB eintretenden Verfügungsbeschränkung nicht ausgeschlossen. Zutreffend weist das OLG Frankfurt darauf hin, dass die Übertragung des Erbteils grundsätzlich nicht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers bzgl. der einzelnen Nachlassgegenstände beeinträchtigt.[3] Der Erwerber eines Erbteils kann durch eine Handlung des Erben grundsätzlich keine bessere Rechtsstellung als der Erbe selbst erlangen. Dies gilt auch bzgl. der Übertragung sämtlicher Erbteile an einen Alleinerben.

Die Aussage des OLG Frankfurt, dass allein durch eine Erbteilsübertragung eine Testamentsvollstreckung nicht erlöschen kann, lässt sich allerdings nicht verallgemeinern. Sie trifft wie im vorliegenden Fall zu, wenn eine Verwaltungsvollstreckung für alle Erben angeordnet ist. Besteht die Aufgabe des Testamentsvollstreckers dagegen nur in einer Auseinandersetzungsvollstreckung bzw. sind die im Rahmen einer Abwicklungsvollstreckung anderweitig angefallenen Aufgaben erfüllt,[4] führt die Vereinigung aller Erbteile in der Person eines Erben zu einer Aufgabenerledigung und damit aus diesem Grund zur Beendigung der Testamentsvollstreckung insgesamt. Ist die Testamentsvollstreckung nicht für alle Erben angeordnet, sondern an die Person eines bestimmten Miterben, z. B. wegen dessen Minderjährigkeit, gekoppelt, ist es ebenfalls denkbar, dass eine Erbteilsveräußerung das Erlöschen der Testamentsvollstreckung insgesamt bewirkt.[5]

3. Löschung wegen Erbauseinandersetzung

Das OLG Frankfurt spricht weiterhin den Aspekt an, inwieweit eine Auseinandersetzung zur Beendigung der Testamentsvollstreckung führen kann. Hierbei ist zu beachten, dass bei Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung sich die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers an denjenigen Vermögenswerten, die den Miterben im Rahmen der Auseinandersetzung zufallen, grundsätzlich fortsetzt.[6] Die Erledigung der Auseinandersetzung führt daher nicht zur Amtsbeendigung, sondern die Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker dauert entsprechend der vom Erblasser bestimmten Zeitdauer an, sofern sich aus dem Willen des Erblassers nicht etwas Gegenteiliges herleiten lässt. Im vorliegenden Fall scheiterte eine Auseinandersetzung bezüglich des Grundbesitzes bereits daran, dass keine Auflassung vorlag.

4. Löschung wegen Freigabe nach § 2217 BGB

Ein Ausscheiden des Grundstücks aus dem Nachlass wäre schließlich noch dann in Betracht gekommen, wenn die vom Vater des Beteiligten zu 1 bzw. Ehemann der Beteiligten zu 2

---

1 OLG München, MittBayNot 2006, 427; vgl. hierzu *Weidlich*, MittBayNot 2006, 390.

2 *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, 2. Aufl., § 52 Rdnr. 33.

3 *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2211 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, 4. Aufl., § 2211 Rdnr. 6.

4 Vgl. hierzu AnwKomm-BGB/*Weidlich*, 2. Aufl., § 2203 Rdnr. 2.

5 Vgl. *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl., VII Rdnr. 52 a; AnwKomm-BGB/*Weidlich*, § 2211 Rdnr. 5; *Grunsky* in FS Otte, 2005, S. 113, 118 ff.

6 BayObLGZ 1976, 67, 82; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 66. Aufl., § 2209 Rdnr. 3; *Staudinger/Reimann*, BGB, 13. Aufl., § 2209 Rdnr. 12; einschränkend MünchKommBGB/*Zimmermann*, § 2209 Rdnr. 9, der einen feststellbaren Willen des Erblassers fordert.

abgegebene Zustimmungserklärung zur Erbteilsübertragung als Freigabeerklärung i. S. d. § 2217 Abs. 1 BGB auszulegen gewesen wäre. Das OLG München sah dies als einzig sachgerechte Auslegungsmöglichkeit an.[7] Das OLG Frankfurt erblickt dagegen in der Zustimmungserklärung keinen ausreichenden Nachweis, der den Anforderungen des § 29 GBO entspricht. Auch dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt, erscheint es durchaus denkbar, dass die Zustimmungserklärung vom Notar rein vorsorglich erholt wurde. Die für das Grundbuchverfahren erforderliche Klarheit und Bestimmtheit einer Freigabeerklärung nach § 2217 BGB lag daher nicht vor.[8] Demzufolge musste das OLG Frankfurt auch nicht auf die weitere Problematik eingehen, welche Wirkung einer Zustimmungserklärung zukommt, wenn sie vor Antritt des Testamentsvollstreckeramts abgegeben wird.[9]

5. Löschung wegen Tod des Testamentsvollstreckers

Als letzten Aspekt, der eine Löschung des im Grundbuch eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks rechtfertigen könnte, untersucht das OLG Frankfurt die Auswirkungen des Todes des ursprünglich als Testamentsvollstrecker eingesetzten Vaters des Beteiligten zu 1 bzw. Ehemannes der Beteiligten zu 2. Sofern ein Testamentsvollstrecker verstirbt, erlischt die Testamentsvollstreckung als Ganzes nur dann, wenn die Fortführung des Amtes durch einen Nachfolger ausscheidet. Das OLG Frankfurt kommt aufgrund einer eigenständig vorgenommenen Auslegung des Erbvertrages zu dem Ergebnis, dass die Ehefrau als Nachfolger des ursprünglichen Testamentsvollstreckers benannt wurde. Über die Frage der Bindungswirkung eines Erbscheins bzw. Testamentsvollstreckerzeugnisses musste es daher konsequenterweise nicht mehr entscheiden. Das Auslegungsergebnis des OLG Frankfurt mag zwar naheliegend sein. Zu beachten ist allerdings, dass die Testamentsvollstreckung der Ehefrau nur für den Fall angeordnet war, dass ihr Ehemann das Testamentsvollstreckeramt nicht ausüben kann und ferner bestimmt war, dass die Testamentsvollstreckung mit dem Tode des Testamentsvollstreckers endet. Das OLG München ist aufgrund dieser nicht eindeutigen Formulierung vom Gegenteil ausgegangen.[10] Das unterschiedliche Auslegungsergebnis zweier Gerichte belegt, dass bei Auslegung der letztwilligen Verfügung Zweifel verbleiben und für das Grundbuchverfahren eine abschließende Würdigung ohne weitere Ermittlungen in tatsächlicher Hinsicht, zu denen nur das Nachlassgericht gemäß § 12 FGG, nicht jedoch das Grundbuchamt befugt ist, ausscheidet. Nahe liegender wäre es daher gewesen, darauf zu verweisen, dass das Nachlassgericht als sachnäheres Gericht vom Fortbestand der Testamentsvollstreckung ausgegangen ist und keine offenbar inhaltliche Unrichtigkeit vorliegt, die dem Grundbuchamt die Befugnis verleiht, sich über die im Erbschein ausgewiesene Testamentsvollstreckung bzw. über die durch das Testamentsvollstreckerzeugnis nachgewiesene Amtserlangung der Ehefrau hinwegzusetzen.[11] Weder das OLG München noch das OLG Frankfurt haben diesen Weg beschritten und kommen daher im Rahmen des Grundbuchverfahrens in ein- und derselben Frage zu konträren Ergebnissen. Die Verfahrensbeteiligten werden dies sicherlich als unbefriedigend empfinden. Sie müssen sich allerdings vor Augen halten, dass das Grundbuchverfahren keine geeignete Plattform zur endgültigen Klärung der Frage des Fortbestands der Testamentsvollstreckung nach Ableben des ursprünglichen Testamentsvollstreckers ist. Diesbezüglich bietet es sich eher an, Beschwerde gegen die Erteilung des der Ehefrau erteilten Testamentsvollstreckerzeugnisses einzulegen[12] oder einen Antrag auf Einziehung des Erbscheins zu stellen.[13] Eine rechtskräftige Entscheidung über den Fortbestand der Testamentsvollstreckung lässt sich allerdings auch auf diese Weise nicht erreichen. Hierzu ist eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO vor dem Prozessgericht erforderlich.[14]

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

7 OLG München, MittBayNot 2006, 427, 428.

8 Vgl. *Weidlich*, MittBayNot 2006, 390, 392.

9 Vgl. hierzu *Weidlich*, MittBayNot 2006, 390, 393.

10 OLG München, MittBayNot 2006, 427, 428.

11 Vgl. hierzu *Weidlich*, MittBayNot 2006, 390, 391.

12 Vgl. hierzu AnwKomm-BGB/*Kroiß*, § 2368 Rdnr. 36; MünchKommBGB/*J. Mayer*, § 2368 Rdnr. 18 mit dem Hinweis, dass nach Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses die Beschwerde nur mit dem Ziel der Einziehung des Zeugnisses zulässig ist.

13 Vgl. MünchKommBGB/*J. Mayer*, § 2364 Rdnr. 17 m. w. N. für die Gegenmeinung, die einen Vermerk über den Wegfall der Testamentsvollstreckung auf dem Erbschein befürwortet.

14 Vgl. hierzu sowie zum Verhältnis von Nachlass- und Prozessgericht MünchKommBGB/*J. Mayer*, § 2368 Rdnr. 41, § 2365 Rdnr. 22 f., § 2359 Rdnr. 40 ff.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. BGB § 707 (*Keine Begründung einer Nachschusspflicht aufgrund Mehrheitsklausel*)

Eine schlichte Mehrheitsklausel in dem Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft ist keine Legitimationsgrundlage für eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, durch die eine Nachschusspflicht eingeführt werden soll. Vielmehr bedarf es zur Bindung des Betroffenen seiner Zustimmung zu dieser nachträglichen Vermehrung seiner Beitragspflichten.

BGH, Urteil vom 21.5.2007, II ZR 96/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt mit Gründen in ZIP 2007, 1458.

11. GmbHG § 15 Abs. 4; BGB §§ 101 Nr. 2, 125 Satz 1, 812; HGB § 246 Abs. 1, 249 Abs. 1 (*Beurkundungspflicht von Nebenabreden bei Geschäftsanteilsabtretung*)

Maßgeblich für den Umfang der notariellen Beurkundungspflicht hinsichtlich der Veräußerung von GmbH-Anteilen ist nicht, was die Parteien beurkunden wollen, sondern was sie als wirtschaftlich notwendig zusammenhängend betrachten. Eine Heilung eines Vertrages kann daran scheitern, dass sie mit dem schuldrechtlichen Inhalt des notariellen Vertrags in Teilen unvereinbar ist. Eine Heilung nach § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG tritt nicht ein, wenn der beurkundete Abtretungsvertrag zu anderen schuldrechtlichen Bedingungen geschlossen wurde als das Verpflichtungsgeschäft. (Leitsatz der Schriftleitung)

Hanseatisches OLG, Urteil vom 26.1.2007, 11 U 254/05

Die Klägerin ist Herausgeberin des Magazins G. Die Beklagte ist ehemalige Alleingesellschafterin der Klägerin.

Per notariellen Akt zwischen den Parteien und B vom 26.5.2004 hat sie ihre beiden Geschäftsanteile an der Klägerin in Höhe von je € 12.800 zu einem Gesamtpreis von € 50.000 an B, den jetzigen Geschäftsführer der Klägerin, verkauft und übertragen. Nach Abschnitt II § 3 („Gewinnbezugsrecht") stehen alle „bis zum 31.12.2003 entfallenden Gewinne" auf die Anteile noch der Beklagten (Satz 1) und alle „ab dem 1.1.2004 anfallenden Gewinne" B (Satz 3) zu. Nach Satz 3 sind „diese Gewinne im Kaufpreis unter Ausschluss von Ausgleichsansprüchen berücksichtigt".

Die notarielle Urkunde enthält ferner im Abschnitt II eine Klausel („§ 4: Garantien des Verkäufers"). Dort „garantiert" die Beklagte, dass sie Inhaberin der Geschäftsanteile ist, dass keine Einlagepflichten bestehen und dass sie in der Lage ist, die Anteile wirksam zu übertragen (§ 4 I). Nach § 4 II 1 wird „eine weitere Garantie oder eine besondere Beschaffenheit" „ausdrücklich nicht vereinbart". Ferner heißt es (§ 4 II 2), B als Erwerber seien „die Verhältnisse der Gesellschaft hinlänglich bekannt". Nach § 4 III hat der Notar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Beklagte keine Garantien übernimmt „für die Ertrags- und Vermögenssituation der Gesellschaft, für das Bestehen oder Nichtbestehen von Forderungen und Verbindlichkeiten, für die Ordnungsmäßigkeit der bisherigen Buchführung und Bilanzierung, für das Bestehen oder Nichtbestehen von Verträgen, Rechten und Genehmigungen sowie für das Nichtbestehen von etwaigen Steuerverbindlichkeiten".

B übernahm anschließend die Geschäftsführung der Klägerin. Im Vorfeld der Anteilsübertragung war es am 1.3.2004 zu einer privatschriftlichen, zwischen den beiden Parteien „einerseits" und B „andererseits" unterzeichneten sog. „Vereinbarung" gekommen. Dort hatte sich die Beklagte bereits zur Übertragung ihres 100%igen Geschäftsanteils an der G GmbH „rückwirkend zum 1.1.2004" an B zum Kaufpreis von € 50.000 verpflichtet (Nr. 1 Satz 1).

Gleichzeitig hatten die Parteien vereinbart, „die notwendigen notariellen Schritte zur Übertragung der Gesellschaftsanteile und zur Eintragung im Handelsregister so schnell wie möglich" zu veranlassen (Nr. 1 Satz 2). Ferner hatte sich die Beklagte dort verpflichtet, die Klägerin „bilanziell von allen Schulden freizustellen" (Nr. 2 Satz 1) und „insbesondere" B als „neuen Gesellschafter von allen Risiken" im Zusammenhang mit dem „Verlagsbüro S" sowie mit drei weiteren namentlich genannten Geschäftsangelegenheiten freizustellen (Nr. 2 Satz 2). Die übrigen Regelungen (Nr. 3–8) betreffen insbesondere den „sofortigen" freien Zugang des B „zu allen praktischen Seiten des Werkrechts von G", Pflichten zur Streitbeilegung, zur zukünftigen Zusammenarbeit zwischen den Parteien, zur Geheimhaltung und zur sicherungshalben Rückübertragung der Anteile bei Zahlungsrückstand sowie eine salvatorische Klausel.

Im Rahmen des noch nicht rechtskräftigen Teils des vorliegenden Verfahrens (Teilberufung) nimmt die Klägerin die Beklagte in Anspruch auf Erstattung eines Betrags i. H. von € 14.500 zuzüglich Umsatzsteuer (€ 2.320) (= zusammen € 16.820), den sie an die Verlagsbüro S GmbH im Rahmen eines am 3.2.2005 vor dem LG München I unter gegenseitiger Aufhebung der Kosten geschlossenen gerichtlichen Vergleichs bezahlt hatte, sowie Zinsen und auf Erstattung der in jenem Verfahren vor dem LG München I angefallenen Rechtsanwaltskosten i. H. von € 2.673 zuzüglich € 427,68 Umsatzsteuer (gesamt: € 3.100,68) sowie Zinsen und auf Freistellung der Klägerin von den vor dem LG München I angefallenen und noch nicht ausgeglichenen Gerichtskosten.

Per einseitig von ihm unterzeichneter „Abtretungserklärung" vom 4.4.2005 hat B „sämtliche Rechte, Forderungen und Ansprüche, insbesondere auf die vereinbarte Freistellung von Schulden gemäß Ziffer 2" der Vereinbarung vom 1.3.2004 an die Klägerin abgetreten. Die Erklärung trägt den Vermerk „§ 181 BGB wird vorliegend abbedungen".

Das LG hat die Beklagte in Bezug auf die o. g., noch offenen Punkte im Wesentlichen antragsgemäß verurteilt und sich dabei auf Nr. 2 der Vereinbarung vom 1.3.2004 gestützt, die es im Ergebnis – ohne den Begriff zu verwenden – als Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) auslegt. Mit ihrer Berufung begehrt die Beklagte Klageabweisung in Bezug auf die Verurteilungen zu Ziff. 1 und 3 des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet. Die Klage ist, soweit ihr das LG stattgegeben hat und die Beklagte diese Entscheidung anficht, zulässig, aber unbegründet.

Eine Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Aufwendungsersatz sowie für die begehrte Freistellung besteht nicht. Die notarielle Vereinbarung vom 26.5.2004 enthält selbst keinen Aufwendungsersatz- oder Freistellungsanspruch und schließt solche Ansprüche sogar grundsätzlich aus. Die Regelung des § 4 IV des Vertrags, der Erstattungsansprüche in Bezug auf Steuernachforderungen gewährt, ist vorliegend nicht einschlägig. Die Freistellungsklausel in der privatschriftlichen Vereinbarung vom 1.3.2004 entfaltet keine Rechtswirkung, weil sie formunwirksam ist. Sonstige Anspruchsgrundlagen, auf die sich das Begehren der Klägerin stützen ließe, z. B. auf Schadensersatz wegen Verletzung von Informationspflichten, sind nicht in Sicht.

1. Auslegung der Vereinbarung vom 26.5.2004

Anders als die trilaterale Vereinbarung vom 1.3.2004 enthält die ebenfalls trilaterale notarielle Vereinbarung vom 26.5.2004 keine Freistellungs- bzw. Aufwandersatzverpflichtung, aus der sich die streitgegenständlichen Ansprüche ableiten ließen. Im Gegenteil schließt sie eine Freistellung bzw. einen Aufwandersatz in diesem Sinne sogar ausdrücklich aus. In diesem Punkt geht das LG fehl, wie die Beklagte insofern zu Recht beanstandet. Der Senat teilt nicht die Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts, die notariell beurkundete Vereinbarung beinhalte keine Abänderungen der privatschriftlichen Vereinbarung vom 1.3.2004, die drei vertragsschließenden Parteien hätten „sowohl in der privatschriftlichen als auch in der notariell beurkundeten Vereinbarung dieselben essentiellen Eckdaten zugrunde gelegt und vereinbart".

Abschnitt II § 4 I der notariellen Vereinbarung enthält lediglich Garantien in Bezug auf den (rechtlichen) Zustand der Gesellschaftsanteile (vollständige Einzahlung der Einlagen, keine Nachschusspflichten, keine Einlagenrückgewähr, kein Abtretungsverbot, keine Vorkaufsrechte), nicht aber in Bezug auf das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen.

Die Regelung des § 4 II, die eine über § 4 I hinausgehende „weitere Garantie" oder „besondere Beschaffenheit" ausdrücklich ausschließt, bezieht sich demgegenüber – im Gegensatz zur Auffassung der Klägerin – auf den Zustand des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens und nicht lediglich auf „den Bestand und die Rechte an den Gesellschaftsanteilen selber". Die Regelung spricht zwar in Satz 2 von den „Verhältnissen der Gesellschaft" (Hervorhebung durch den Senat), die dem Erwerber „hinlänglich bekannt" seien, und nicht etwa von den „Verhältnissen des Unternehmens". In dieser Wortwahl liegt aber nach der Überzeugung des Senats keine bewusste Abgrenzung zwischen der Gesellschaft als rechtlicher Konstruktion und ihrem Vermögen, insbesondere dem von ihr betriebenen Unternehmen als Gegenstand der Seinswelt. Besonders deutlich wird dies in § 4 III 2. Dort erklärt der „Veräußerer", „den Erwerber vollständig und zutreffend über die rechtliche und wirtschaftliche Situation der Gesellschaft informiert zu haben und insbesondere keine Kenntnis von Umständen zu haben, welche die „Überlebensfähigkeit des Unternehmens" gefährdeten (Hervorhebungen durch den Senat).

Was aus dem Blickwinkel des Notars und für die Parteien erkennbar tatsächlich mit dem Garantieausschluss in Abschnitt II § 4 II gemeint ist, wird in § 4 III 1 deutlich, wo der Inhalt des Garantieausschlusses in § 4 II konkretisiert wird („insbesondere keine Garantie für"). Die dort genannten Merkmale („Ertrags- und Vermögenssituation der Gesellschaft", „Bestehen oder Nichtbestehen von Forderungen und Verbindlichkeiten", „Ordnungsmäßigkeit der bisherigen Buchführung und Bilanzierung", „Bestehen oder Nichtbestehen von Verträgen, Rechten und Genehmigungen", „Nichtbestehen von etwaigen Steuerverbindlichkeiten") beziehen sich eindeutig auf den Zustand des Unternehmens und seines Vermögens. Wenn die Beklagte aber ausdrücklich „keine Garantien" für das Bestehen oder das Nichtbestehen von Verbindlichkeiten übernommen hat und wenn die „rechtliche und wirtschaftliche Situation" des Unternehmens offensichtlich außerhalb des Risikobereichs des Verkäufers liegen soll, kommt eine Verpflichtung zur Freistellung von solchen Verbindlichkeiten – egal ob nur gegenüber dem Käufer oder auch direkt gegenüber der Klägerin – bei verständiger Auslegung nicht in Betracht.

Der Umstand, dass die vor dem 1.1.2004 anfallenden Gewinne nach Abschnitt II § 3 I des Vertrags noch der Beklagten (Verkäuferin) zustehen sollen, widerspricht der vorgenannten Auslegung in keiner Weise, auch wenn man unterstellt, dass die Parteien sich in dem Vertrag um einen angemessenen Interessenausgleich bemüht haben. Der Hinweis der Klägerin, die Regelung in Nr. 2 der privatschriftlichen Vereinbarung vom 1.3.2004 „korrespondiere" mit dem in Abschnitt II § 3 des notariellen Kaufvertrages geregelten Gewinnbezugsrecht zugunsten von B ab dem 1.1.2004, führt insofern nicht weiter. Soweit in der Praxis des Unternehmenskaufs dem Verkäufer für die Vergangenheit ein (schuldrechtliches) Gewinnbezugsrecht eingeräumt wird, orientiert man sich diesbezüglich am Gedanken des § 101 Nr. 2 Hs. 2 BGB (vgl. *Stephan* in Beck'sches Formularbuch Bürgerliches-, Handels- und Wirtschaftsrecht, 8. Aufl., IX.16 Rdnr. 5). Die genannte Vorschrift gewährt dem Veräußerer einen (abdingbaren) Anspruch gegen den Erwerber auf den während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft entfallenden anteiligen Gewinn, sofern dieser ausgeschüttet wird (BGH, NJW 1998, 1314 = ZNotP 1998, 158).

Eine korrespondierende Verpflichtung des Verkäufers zur Übernahme von Verlusten kennt das Gesetz nicht. Im Gegenteil spricht Abschnitt II § 3 I des notariellen Vertrags sogar eher gegen einen zusätzlichen Aufwendungsersatz- oder Freistellungsanspruch. Die Gewinnverteilungsregelung überträgt nämlich bereits selbst der Beklagten (Verkäuferin) insoweit das wirtschaftliche Risiko aus den vor dem Stichtag abgeschlossenen Altgeschäften, als die der Beklagten zustehenden, vor 2004 anfallenden Gewinne mangels gegenteiliger Anhaltspunkte nach bilanziellen Kriterien zu ermitteln sind. Ungewisse Verbindlichkeiten aus diesen Geschäften sind dann ggf. nach § 249 Abs. 1, § 246 Abs. 1 HGB bereits in die Bilanzen für die Geschäftsjahre 2003 und früher aufzunehmen und schmälern insofern den von der Verkäuferin nach § 3 I des Vertrags zu beanspruchenden Gewinn. Dementsprechend ist es konsequent, wenn nach § 3 I 3 „diese Gewinne im Kaufpreis unter Ausschluss von Ausgleichsansprüchen berücksichtigt" sind.

2. Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 1.3.2004

Die Vereinbarung vom 1.3.2004 enthält zwar unter Nr. 2 eine Freistellungsverpflichtung. Die gesamte Vereinbarung ist aber formunwirksam und erfuhr auch keine nachträgliche Heilung. Deshalb kann offen bleiben, wie Nr. 2 im Einzelnen auszulegen ist, insbesondere wer Anspruchsberechtigter ist (der Kläger oder B), von wessen Pflichten freigestellt werden soll (denjenigen der Gesellschaft oder nur von persönlichen Zahlungspflichten des B aus Durchgriffshaftung) und welche sachliche Reichweite eine „bilanzielle" Freistellung haben soll (Ausgleich einer Überschuldung oder Erfüllungsübernahme).

a. Formerfordernis

Die Vereinbarung vom 1.3.2004 ist unwirksam nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG i. V. m. § 125 Satz 1 BGB wegen Verstoßes gegen das Erfordernis notarieller Beurkundung von Kaufverträgen, die auf die Veräußerung eines GmbH-Anteils gerichtet sind. Das gesetzliche Formerfordernis und damit die Nichtigkeit beziehen sich auf das gesamte Rechtsgeschäft und nicht bloß auf den Teil, der die Verpflichtung zur Übertragung der Geschäftsanteile vorsieht. § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG erstreckt sich auf alle Nebenabreden, die nach dem Willen der Parteien Bestandteil der Vereinbarung über die Verpflichtung zur Abtretung sein sollen (BGH, NJW 2002, 142 = DNotZ 2001, 952). Maßgeblich für den Umfang der Beurkundungspflicht ist dabei nicht, was die Parteien beurkunden wollen, sondern was sie als wirtschaftlich notwendig zusammenhängend betrachten.

Auf den Umstand, dass sich die Parteien bei Abfassen der Vereinbarung vom 1.3.2004 möglicherweise vorgestellt hatten, allein die Übertragungspflicht nach Nr. 1 sei beurkundungspflichtig, und dass sie daher nicht die Beurkundung der übrigen Punkte (Nr. 2 bis 8) beabsichtigten, kommt es also nicht an. Das Formerfordernis nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG steht insofern nicht zur Disposition der Parteien.

Es bestehen aber keine Zweifel daran, dass nach dem Willen der Vertragsparteien zwischen der Verpflichtung der Beklagten zur (entgeltlichen) Übertragung der Gesellschaftsanteile nach Nr. 1 der Vereinbarung und ihrer Freistellungsverpflichtung ein notwendiger wirtschaftlicher Zusammenhang bestehen sollte. Dass die Beklagte sich selbst bei Scheitern der entgeltlichen Anteilsübertragung zur Freistellung verpflichten wollte, ist kaum vorstellbar.

Diese Einschätzung ist unabhängig von den hierfür jeweils vereinbarten Erfüllungszeitpunkten, also unabhängig davon, ob die Nr. 2 bis 8 der Vereinbarung im Gegensatz zur Nr. 1 durchweg sofort abgewickelt werden sollten (so jedenfalls ausdrücklich Nr. 3: „ab sofort"), wie die Klägerin vorträgt.

b. Keine Heilung

Die Vereinbarung einschließlich der Freistellungsverpflichtung nach Nr. 2 wurde nicht etwa durch notarielle Vereinbarung vom 26.5.2004 geheilt. Die notarielle Vereinbarung ist zwar durchaus auf die Übertragung (Abtretung) der Gesellschaftsanteile gerichtet (Abschnitt III), wie es § 15 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. Abs. 3 GmbHG für die Heilung verlangt. Ferner umfasst die Heilungswirkung der Übertragung grundsätzlich auch die im Verpflichtungsgeschäft enthaltenen Nebenabreden (BGH, NJW-RR 1987, 807; *Rowedder/Bergmann* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 43), selbst wenn sie nicht beurkundet wurden (z. B. BGH, DB 1983, 1141). Schließlich steht auch der Umstand einer Heilung nicht notwendigerweise entgegen, dass die Vereinbarung vom 1.3.2004 die Anteile „rückwirkend zum 1.1.2004" überträgt (Nr. 1 der Vereinbarung), während der notarielle Akt vom 26.5.2004, im Einklang mit dem sachenrechtlichen Rahmen – lediglich die Übertragung ex nunc (Abschnitt III.: „hiermit") vorsieht. Man könnte nämlich insofern daran den-

ken, die Vereinbarung vom 1.3.2004 dahingehend auszulegen, dass sich die Parteien lediglich schuldrechtlich, also im Verhältnis zueinander, dazu verpflichten, einander so zu stellen, als ob die Anteilsübertragung zu dem vertraglich vorgesehenen früheren Termin wirksam geworden wäre (vgl. für eine entsprechende Vereinbarung BGH, NJW-RR 1987, 807).

Die Heilung des Vertrags vom 1.3.2004 scheitert aber daran, dass sie mit dem schuldrechtlichen Inhalt des notariellen Vertrags in Teilen unvereinbar ist. Der Garantieausschluss nach der Vereinbarung vom 26.5.2004 steht nämlich im Widerspruch zur Freistellungsregelung in der Vereinbarung vom 1.3.2004. Eine Heilung nach § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG tritt nicht ein, wenn der beurkundete Abtretungsvertrag zu anderen schuldrechtlichen Bedingungen geschlossen wurde als das Verpflichtungsgeschäft (*Rowedder/Bergmann* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 15 Rdnr. 43, in dieser Allgemeinheit zu Unrecht unter Hinweis auf BGH, NJW 2002, 142 = DNotZ 2001, 952, wo es um die notarielle Übertragung an andere Personen als schuldrechtlich vereinbart ging). Die Heilungswirkung des wirksamen Verfügungsgeschäfts setzt voraus, dass die Willensübereinstimmung der Parteien hinsichtlich des Kausalgeschäfts noch bis zum Zeitpunkt des Erfüllungsgeschäfts gegeben war. Der BGH hat dies wiederholt für den Fall ausgesprochen, wo eine der Parteien im Augenblick des dinglichen Geschäfts die Anteilsübertragung gar nicht mehr wollte (z. B. BGHZ 127, 129 = BGH, DNotZ 1995, 557). Der Grundsatz muss aber auch dann gelten, wenn die Parteien lediglich Teile des formunwirksamen Kausalgeschäfts im Zeitpunkt der Übertragung nicht mehr wollen. Dann kann jedenfalls bezüglich dieser Teile, unter den Voraussetzungen des § 139 BGB auch bezüglich des gesamten Geschäfts, keine Heilung eintreten. Das betrifft insbesondere den Fall, dass es wie hier zu Widersprüchen zwischen privatschriftlicher Vereinbarung (Nr. 2) und notarieller Vereinbarung (Abschnitt II § 4 II, III) kommt. Insoweit jedenfalls bleibt die Vereinbarung vom 1.3.2004 trotz der Anteilsübertragung unwirksam. Für dieses Ergebnis spricht auch der Sinn und Zweck der Heilungsvorschrift des § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG. Diesen Zweck sieht der BGH darin, „den Bestand der formgerecht vollzogenen Abtretung [zu] bewirken und eine Rückforderung aus Gründen der Rechtssicherheit aus[zu]schließen“ (BGHZ 127, 129 = BGH, DNotZ 1995, 557). Der notarielle Vertrag vom 26.5.2004 enthält in Gestalt detaillierter schuldrechtlicher Absprachen bereits selbst die Rechtsgrundlage für die Übertragung. Ein Bedarf nach Heilung der privatschriftlichen Vereinbarung besteht somit nicht.

Dass eine formunwirksame Vereinbarung durch eine ihr inhaltlich widersprechende notarielle Vereinbarung jedenfalls für den widersprechenden Teil nicht nachträglich Wirksamkeit erlangen, also geheilt werden kann, ergibt sich schließlich auch schon aus dem lex-posterior-Grundsatz (Vorrang nachträglicher Vereinbarungen). Sollte die Regelung in Nr. 2 der Vereinbarung vom 1.3.2004 tatsächlich geheilt worden sein, wäre sie in derselben Sekunde aufgehoben durch die nachträgliche, ihr widersprechende Regelung in Abschnitt II § 4 II, III.

c. Nachträgliche konkludente Vertragsänderung

Schließlich kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien den „Garantieausschluss“ nach Abschnitt II § 4 II, III des notariellen Vertrags nachträglich wieder im Sinne der Vereinbarung vom 1.3.2004 geändert haben. Dass eine entsprechende schriftliche oder gar notarielle Vereinbarung vorläge, hat die Klägerin auch nicht ansatzweise behauptet. Auch eine entsprechende konkludente Vereinbarung hat sie nicht ausreichend substantiiert vorgetragen, obwohl der Senat sie in der mündlichen Verhandlung vom 27.10.2006 ausdrücklich danach gefragt hat, ob und in welchem Umfang die Vereinbarung vom 1.3.2004 in der Praxis umgesetzt wurde. Im Schriftsatz vom 23.11.2006 macht sie zwar (ohne weitere Präzisierung) geltend, die Parteien seien sich „vollkommen einig“ gewesen, Nr. 2 habe nicht Gegenstand des notariellen Vertrages sein sollen, sondern gehöre „zu dem wirtschaftlich und finanziellen Teil, der sofort habe abgewickelt werden müssen“. Dies sei „für die anderen in Ziffer 2 genannten Beispielsfälle so gehandhabt worden“. Ferner führt sie aus, „zu keinem Zeitpunkt“ hätten „die Beklagte oder deren Prozessbevollmächtigte auch nur annähernd zum Ausdruck gebracht“, sie hielten „die Vereinbarung vom 1.3.2004 für unwirksam“ und sähen „einen Widerspruch zum Inhalt der abgeschlossenen notariellen Vereinbarung“. Auch wenn sich die Beklagte tatsächlich wie behauptet verhalten haben sollte, erlaubt dies aber keinen zwingenden Rückschluss auf einen für eine Vertragsänderung in dem genannten Sinne notwendigen Geschäftswillen. Im Übrigen hat die Beklagte bereits in erster und nicht erst wie von der Klägerin behauptet in zweiter Instanz „Änderungen“ der notariellen Urkunde „gegenüber der vorangegangenen Vereinbarung“ vorgetragen.

Der Umstand, dass die Beklagte davon Abstand genommen hat, das landgerichtliche Urteil insoweit anzufechten, als sie gemäß dem Klageantrag zu III. (teilweise) zur Zahlung verurteilt wurde, lässt sich ebenfalls nicht als Anerkennung oder gar Vereinbarung einer Aufwandsersatz- oder Freistellungsverpflichtung deuten, denn die Verurteilung stützt sich insoweit nicht auf Nr. 2 der Vereinbarung vom 1.3.2004, sondern auf § 812 BGB.

---

12. GG Art. 3; GmbHG §§ 6 Abs. 2 und 3, 9 c; FGG §§ 20, 27, 29 (*Aufenthaltstitel für Bestellung zum GmbH-Geschäftsführer*)

Ein russischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Russland hat keinen Anspruch auf Eintragung als Geschäftsführer einer inländischen GmbH beim Registergericht, wenn er keine gültige Aufenthaltserlaubnis vorweisen kann. Die Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen eines Geschäftsführers ist nur dann sichergestellt, wenn für ihn die jederzeitige Möglichkeit besteht, in das Inland einzureisen, um auch von dort die gesetzlichen Aufgaben eines Geschäftsführers wahrnehmen zu können. Der Geschäftsführer muss dabei in der Lage sein, seine Funktion auch tatsächlich ständig im Interesse der Gesellschaft auszuüben und die mit ihr verbundenen Pflichten zu erfüllen. Soweit deshalb für den in Aussicht genommenen Geschäftsführer ein besonderer Aufenthaltstitel erforderlich ist und dieser fehlt, steht dies einer Bestellung zum Geschäftsführer entgegen. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Celle, Beschluss vom 2.5.2007, 9 W 26/07

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in ZIP 2007, 1157.

Beurkundungs- und Notarrecht

13. BNotO § 19 Abs. 1; MaBV § 3 Abs. 2 *(Erschließungskosten als ungesicherte Vorleistung beim Bauträgervertrag)*

Beurkundet ein Notar einen Bauträgervertrag, in dem der Veräußerer die Erschließungs- und Anschlusskosten für das Hausgrundstück übernimmt, der Erwerbspreis gleichwohl aber allein nach den Baufortschrittstufen zu zahlen ist, so muss der Notar den Erwerber auf diese ungesicherte Vorleistung hinweisen und den Parteien eine Vertragsgestaltung empfehlen, mit der das Risiko, dass der Veräußerer die Erschließungs- und Anschlusskosten nicht zahlt und der Erwerber sie deshalb zu tragen hat, für den Erwerber vermieden wird.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.3.2007, 4 U 190/06

Die Kläger erstreben die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Leistung von Schadensersatz wegen Verletzung notarieller Pflichten im Zusammenhang mit der Beurkundung eines Bauträgervertrages. Das LG hat der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der er die Abweisung der Klage erstrebt.

Der Beklagte vertritt weiterhin die Auffassung, ihn habe keine Pflicht zum Hinweis auf eine ungesicherte Vorleistung wegen der Erschließungskosten getroffen. Es sei ausreichend gewesen, dass er Kaufpreisraten entsprechend der MaBV empfohlen habe. Er habe von dieser Regelung als Notar auch nicht abweichen dürfen. Er habe außerdem wegen eines Schreibens der Kläger annehmen dürfen, dass diese bereits ausreichend beraten seien. Es liege schließlich keine ungesicherte Vorleistung vor, weil die Kläger ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der ersten Rate hätten geltend machen können. Die bei ungesicherten Vorleistungen bestehende zweite Amtspflicht zur Empfehlung einer anderen Vertragsgestaltung sei hier schon deshalb nicht ausführbar gewesen, weil die Höhe der zu erwartenden Erschließungsbeiträge unsicher und damit etwa für einen Bürgen offen gewesen sei, welches Risiko er übernehme.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

Das LG hat mit Recht angenommen, dass der Beklagte aus § 19 Abs. 1 BNotO verpflichtet ist, den Klägern denjenigen Schaden zu ersetzen, der ihnen dadurch entsteht, dass in dem notariellen Kaufvertrag eine Sicherung der Kläger für die Verpflichtung der A GmbH zur Tragung der Erschließungs- und Anschlusskosten nicht vereinbart worden ist. Im Ergebnis zutreffend hat das LG diesen Anspruch auch als nicht verjährt angesehen.

1. Der Beklagte hat gegen eine ihm aus den § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO und § 17 Abs. 1 BeurkG ergebende Amtspflicht verstoßen, weil er es bei der Beurkundung des Vertrages unterlassen hat, die Kläger auf die Gefahren der mit der vollen Bezahlung der vereinbarten Raten vor tatsächlicher Entrichtung der Erschließungs- und Anschlusskosten durch die A GmbH verbundenen ungesicherten Vorleistung hinzuweisen und den Parteien Wege aufzuzeigen, wie dieses Risiko durch eine andere Vertragsgestaltung vermieden werden kann. Der Senat hält an seiner im Parallelprozess 4 U 93/05 im Urteil vom 9.11.2005 (n. V.) sowie im Urteil vom 25.1.2006 in dem Verfahren 4 U 70/05 (ZAP 2006, 498) vertretenen Rechtsauffassung fest, dass beim Kauf eines noch nicht erschlossenen Baugrundstückes mit der Verpflichtung des Verkäufers zur Tragung der Erschließungskosten die volle Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer eine ungesicherte Vorleistung darstellt, über deren Bedeutung der Notar die Parteien belehren muss.

Verpflichtet sich eine Partei in einem Grundstückskaufvertrag zu einer ungesicherten Vorleistung, so trifft den Notar bei der Beurkundung die Pflicht, die Parteien über die Folgen zu belehren, die im Fall einer Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten, und den Parteien Wege aufzuzeigen, wie sie dieses Risiko vermeiden können (vgl. *Ganter* in Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rdnr. 1021–1034 m. w. N.). Die Kläger haben in dem vom Beklagten beurkundeten Vertrag eine ungesicherte Vorleistung in diesem Sinne im Hinblick auf die Erschließungs- und Anschlusskosten übernommen. Nach § 3 Abs. 2 des Vertrages umfasste der von ihnen zu zahlende Kaufpreis auch die Erschließungskosten und die Anschlusskosten für Versorgungs- und Entsorgungsleitungen. Zugleich haben die Parteien in § 3 Abs. 5 die Fälligkeit des Kaufpreises in Ratenstufen entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV vereinbart. Die Ratenstufen der MaBV berücksichtigen nicht eventuell vom Verkäufer zu tragende Erschließungskosten. Haben die Parteien deshalb vereinbart, dass Erschließungs- und Anschlusskosten vom Bauträger übernommen werden, so sind die übernommenen Erschließungskosten Teil der ersten Rate des § 3 Abs. 2 MaBV (*Marcks*, MaBV, 7. Aufl., § 3 Rdnr. 31). Sind zum Zeitpunkt der Zahlung der ersten Kaufpreisrate die Erschließungskosten von dem Bauträger noch nicht vollständig bezahlt worden, so hat der Erwerber eine Vorleistung erbracht, denn der Zahlung steht kein entsprechender Wertzuwachs an seinem Grundstück durch Einbauten nach § 946 BGB gegenüber. Öffentlichrechtlich bleibt er als Grundstückseigentümer dem Träger der Erschließungslast gegenüber zur Zahlung auch dann verpflichtet, wenn der Betrag beim Unternehmer nicht mehr erlangt werden kann (§ 134 BauGB). Im Falle der Insolvenz des Bauträgers läuft der Erwerber darum Gefahr, wie auch hier tatsächlich geschehen, dass er die Erschließungskosten an den Erschließungsträger zahlen muss, obwohl er den entsprechenden wirtschaftlichen Wert mit dem Kaufpreis bereits an den Bauträger geleistet hat.

Eine ungesicherte Vorleistung der Kläger ist nicht deshalb zu verneinen, weil die Kläger, solange die Erschließungskosten durch die A GmbH nicht gezahlt worden sind, von einem Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch auf Zahlung der Kaufpreisraten hätten Gebrauch machen können. Ein solches Recht hätte ihnen bis zum Eintritt der Insolvenz der A GmbH nicht zugestanden. Zum einen haben die Kläger mit der Vereinbarung der unter bestimmten Bedingungen jeweils fällig werdenden Kaufpreisraten eine Vorleistungspflicht übernommen. Mit der Vereinbarung bestimmter Umstände als Bedingung für den Eintritt der Fälligkeit jeder einzelnen Rate haben die Parteien zugleich vereinbart, dass die Kläger wegen weiterer Leistungen, die die Verkäuferin schuldet, die Ratenzahlungen nicht zurückbehalten dürfen. Ein Zurückbehaltungsrecht besteht bei einem Ratenzahlungsplan nach § 3 Abs. 2 MaBV lediglich wegen bereits aufgetretener Mängel (vgl. *Marcks*, MaBV, § 3 Rdnr. 3). Darüber hinaus stand den Klägern bis zum Eintritt der Insolvenz der A GmbH am 1.6.2002 auch kein fälliger Anspruch auf Bezahlung der Erschließungskosten an die Stadt O zu, welchen sie nach § 320 BGB dem Ratenzahlungsanspruch der A GmbH hätten entgegen halten können, denn mangels Anforderung durch Bescheid waren Erschließungs- und Anschlussbeiträge nicht fällig. Diese werden auch typischerweise erst erhebliche Zeit nach Fertigstellung der Maßnahmen angefordert, so dass ein Zurückbehaltungsrecht der Erwerber aus § 320 BGB in aller Regel leer läuft.

Der Verpflichtung des Beklagten, den Parteien wegen der für die Kläger ungesicherten Vorleistung eine andere Vertragsgestaltung vorzuschlagen, kann der Beklagte nicht entgegen halten, dass er als Notar keinen von den Fälligkeitsstufen nach § 3 Nr. 2 MaBV abweichenden Vertragsinhalt habe vorschlagen dürfen. Die MaBV trifft, wie dargelegt, keine Regelung darüber, ob der Bauträger die Erschließungs- und Anschlusskosten übernimmt, sondern verteilt nur den vereinbarten Kaufpreis in Fälligkeitsstufen im Hinblick darauf, dass der Erwerber erst mit dem Baufortschritt schrittweise Eigentümer des geschuldeten Hauses wird. Die MaBV entbindet deshalb die Notare nicht von der Prüfung, ob aus besonderen Gründen dieser Schutz nicht ausreicht und eine ergänzende Vertragsgestaltung geboten ist. Die MaBV zielt nur auf einen Mindestschutz der Erwerber (*Marcks*, MaBV, § 3 Rdnr. 43) und steht deshalb einer Abweichung vom Ratenplan zugunsten der Erwerber nicht entgegen.

Entgegen der Meinung des Beklagten entfiel eine Hinweis- und Beratungspflicht nicht ausnahmsweise deshalb, weil er aufgrund eines Schreibens der Kläger annehmen durfte, die Kläger seien bereits rechtlich umfassend beraten. Der bloße Hinweis in diesem Schreiben, dass der Kläger zu 1 mit einem Kollegen aus dem Justiziariat über den Vertrag gesprochen habe, durfte den Beklagten nicht zu der Annahme veranlassen, eine notarielle Belehrung von seiner Seite sei nicht mehr erforderlich. Aus den in dem Schreiben gestellten Fragen der Kläger zum Vertrag ergibt sich nämlich, dass die Kläger das Problem einer ungesicherten Vorleistung im Bezug auf die Erschließungsbeiträge und das Insolvenzrisiko der Bauträgerin gerade nicht erkannt hatten.

Der Beklagte hätte mithin bei der Beurkundung des zwischen den Klägern und der A GmbH geschlossenen Vertrages die Kläger auf das Risiko hinweisen müssen, dass sie im Fall einer Insolvenz der A GmbH trotz Zahlung der vereinbarten Kaufpreisraten möglicherweise die Erschließungskosten an den Träger der Erschließungslast zahlen müssen, und hätte den Parteien beratend eine Vertragsgestaltung empfehlen müssen, die den Klägern dieses Risiko abnimmt. Als mögliche Vertragsgestaltung hätte der Beklagte entweder die Einzahlung eines entsprechenden Kaufpreisteiles auf ein besonderes, vor dem alleinigen Zugriff der A GmbH geschütztes Konto oder, und dies erscheint näher liegend, die Stellung einer Bürgschaft durch die A GmbH für ihre Verpflichtung zur Übernahme sämtlicher Erschließungs- und Anschlusskosten vorschlagen können.

Eine Pflicht des Beklagten zur Empfehlung einer dieser Vertragsgestaltungen ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Umfang der Sicherheiten nicht hätte bestimmt werden können. Die Höhe der zu erwartenden Erschließungs- und Anschlussbeiträge war nicht derart unbestimmt, dass damit etwa für einen Bürgen offen gewesen wäre, welches Risiko er übernehme. Es ist nach den Gesamtumständen vielmehr als sicher anzunehmen, dass die Parteien diese Kosten hinreichend bestimmt im Voraus hätten schätzen können. Sie hätten zunächst eine Auskunft bei der Stadt O über die ungefähren Kosten einholen können. Für Erschließungsbeitrags- und Anschlusskosten gibt es Erfahrungswerte, die in einem Preis je Grundstücksquadratmeter angegeben werden können. Hinzu kommt, dass die A GmbH bereits zuvor mit der Stadt O einen Erschließungskostenvertrag über die Grundstückserschließung, eine Grünanlage und die Lärmschutzanlage zur Autobahn A 661 hin geschlossen hatte. Aufgrund dessen hätte sie zumindest einen Teil der zu erwartenden Kosten exakt berechnen können. Schließlich hat auch die Insolvenzverwalterin anhand der vorhandenen Unterlagen die zu erwartenden Erschließungs- und Anschlusskosten auf € 18.578,17 für die Kläger berechnet. In dieser Höhe hätte deshalb schon bei Vertragsschluss die A GmbH die zu erwartenden Kosten angeben können. (…)

2. Der dargestellte, den Klägern drohende Vermögensschaden beruht ursächlich auf der dem Beklagten vorzuwerfenden Pflichtverletzung durch Unterlassen.

Für den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem geltend gemachten, künftig entstehenden Schaden kommt es darauf an, welchen Verlauf die Dinge im Fall einer pflichtgemäßen Befragung, Belehrung und Beratung der Vertragsparteien durch den Beklagten genommen hätten. Dazu gehört die Betrachtung, wie die Beteiligten sich bei zutreffendem Verhalten des Notars entschieden hätten, insbesondere wie der Geschädigte reagiert hätte (vgl. *Ganter* in Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 2204; *Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 5. Aufl., § 19 Rdnr. 125 f.). Es ist zu prüfen, wie sich die Vermögenslage des Betroffenen darstellen würde, wenn der Notar die Pflichtverletzung nicht begangen, sondern pflichtgemäß gehandelt hätte (BGH, DNotZ 1989, 48, 49; DNotZ 1990, 661, 663; BGHZ 123, 178, 180 = DNotZ 1995, 494). Für die in die Betrachtung einzubeziehenden hypothetischen Willensentscheidungen der Beteiligten ist es, weil es sich um Fragen der unter § 287 Abs. 1 ZPO fallenden haftungsausfüllenden Kausalität handelt, ausreichend, wenn aufgrund der unterbreiteten Tatsachen für den einen oder den anderen Verlauf eine deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht (BGH, NJW-RR 1996, 781).

Der Schaden der Kläger beruht hier jedenfalls auf der vom Beklagten verletzten zweiten Pflicht, den Beteiligten Wege aufzuzeigen, wie das sich aus der ungesicherten Vorleistung für die Kläger ergebende Risiko vermieden werden kann.

Hätten die Parteien entweder die Einzahlung eines entsprechenden Kaufpreisteiles auf ein besonderes, vor dem alleinigen Zugriff der A GmbH geschütztes Konto oder die Stellung einer entsprechenden Bürgschaft durch die A GmbH vereinbart, so wäre der den Klägern drohende Schaden verhindert worden, weil sie nach Insolvenz der A GmbH sich wegen ihres Rückgriffsanspruchs an den Sicherheiten hätten befriedigen können.

Es kann weiter mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass die Vertragsparteien sich auf die vom Beklagten vorzuschlagende Vereinbarung von Sicherheiten auch eingelassen hätten. Für die Zustimmung der Kläger hierzu gilt dies schon aufgrund der bei der Verletzung einer Beratungspflicht eingreifenden tatsächlichen Vermutung, dass sich der Geschädigte beratungsgerecht verhalten hätte. Umstände für eine Widerlegung dieser Vermutung sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Dass sich auch die A GmbH mit der Stellung einer Sicherheit für ihre Verpflichtung, die Erschließungs- und Anschlusskosten zu tragen, einverstanden erklärt hätte, ist nach den Gesamtumständen sehr wahrscheinlich. Denn zum einen handelte es sich bei der A GmbH, wie dem Senat aus dem Parallelprozess 4 U 93/05 (n. V.) bekannt und auch von den Parteien des hiesigen Rechtsstreits im Verhandlungstermin nicht bezweifelt worden ist, um eine seriöse und alteingesessene Bauträgerin, an deren Bonität damals kein Zweifel bestand. Umstände dafür, dass sie aus Liquiditätsgründen eine Vorauszahlung der Erwerber auf die Erschließungskosten anstrebte, sind nicht vorgetragen. Eher spricht die Tatsache, dass die A GmbH als Eigentümerin der Grundstücke eingetragen war und dort keine Vorbelastungen bestanden, für eine ausreichende Liquidität. Dass die

Parteien eine vertragliche Lösung noch nicht im gleichen Beurkundungstermin hätten finden können, sondern der Vertrag erst nach Erkundigung über die zu erwartenden Kosten mit entsprechenden Klauseln in einem weiteren Termin hätte geschlossen werden können, spricht nicht gegen ein Einverständnis der A GmbH. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sie mehrere Grundstücke in diesem Gebiet im Wege eines Bauträgervertrages veräußerte und deshalb ein Interesse an einer einheitlichen Gestaltung aller Verträge hatte. Die Verzögerung bei einem Kunden, bei dem erstmals diese Frage auftauchte, wäre von ihr deshalb hingenommen worden. (…)

Anmerkung:

1. Erschließungskosten – Problem der Vertragsgestaltung

Die Regelung der Erschließungskosten beim Immobilienerwerb gehört zu den schwierigsten Punkten der Vertragsgestaltung.[1] Die bis zur Schuldrechtsreform im BGB enthaltene Verteilung der diesbezüglichen Kosten war, jedenfalls nach Ansicht des BGH,[2] für die Beteiligten überraschend und unangemessen. Insofern musste der Notar zur Vermeidung einer Amtshaftung eine Gesetzeskorrektur betreiben.[3] Der BGH verwies hierzu auf die diesbezüglichen Vertragsformularbücher für Notare, die den Standard notarieller Tätigkeit wiedergeben.[4] Die nunmehrige gesetzliche Lösung (§ 436 BGB) stellt für die Abgrenzung der Kostentragung auf den bautechnischen Beginn der entsprechenden Erschließungsmaßnahmen ab. Die Regelung passt für den normalen Immobilienkauf meist nicht.[5] Beim Bauträgervertrag wurde ihr, wenn mit den Maßnahmen bei Vertragsunterzeichnung bereits begonnen worden ist, eine gewisse Berechtigung zuerkannt.[6] Grund für die gesetzliche Regelung war der beabsichtigte Schutz des Erwerbers, der den Kaufpreis für ein bereits erschlossenes Grundstück entrichtet. Diesem sollte ein gesetzlicher Freistellungsanspruch gegen den Verkäufer zustehen, wenn er von der Gemeinde später aufgrund öffentlichrechtlicher Beitragsabrechnungen in Anspruch genommen wird.[7]

2. Der Notar als Beitragsschuldner?

Die gesetzliche Beginnlösung und die in der Praxis häufig gewünschte Ausbauzustandslösung enthalten eine Vorausleistung. Der Erwerber bezahlt nämlich an den Veräußerer eine in der Natur noch nicht vorhandene (Beginnlösung) oder eine zwar vorhandene, aber noch nicht abgerechnete (Ausbauzustandslösung) Erschließungsanlage über den Kaufpreis an den Veräußerer. Er haftet dennoch dinglich mit seinem Grundstück, und wenn der Beitragsbescheid an ihn zugestellt wird, auch persönlich für die Beitragsschuld. Wird umgekehrt bei einer länger dauernden Abwicklung der Beitragsbescheid noch dem Veräußerer zugestellt, obwohl er aufgrund der gesetzlichen oder vertraglichen Regelung die Kosten nicht (mehr in voller Höhe) zu tragen hat, besteht für ihn die Schwierigkeit, dass er Ersatz vom Erwerber fordern und gegebenenfalls zwangsweise durchsetzen muss.

Folgt der Notar in dieser unsicheren Lage den Formularbüchern, so wird nahezu einhellig nach Erörterung der Problematik auf die Interessenlage beim Bauträgervertrag hingewiesen, nach der der Erwerber das Objekt zu einem Festpreis inklusive Erschließung erwerben möchte. Die diesbezüglichen Musterformulierungen entsprechen dieser Darstellung.[8] Die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main führt in der Praxis dazu, dass Notare gezwungen sind, von der gesetzlichen Beginnlösung abzuraten, wenn die Gefahr besteht, dass Erschließungsmaßnahmen bautechnisch begonnen sind und der Verkäufer dies bei der Kaufpreisbemessung berücksichtigt. Gleichfalls müssen sie klüger sein als sämtliche Formularbücher, die teilweise auch von Bundesrichtern zustimmend rezensiert wurden. Andernfalls können sie im Wege der Amtshaftung gleichsam beitragspflichtig werden. Es genügt nach der Gerichtsentscheidung auch nicht, dass der Notar auf die Vorausleistung und das damit verbundene Risiko lediglich hinweist, er muss vielmehr von der Vorausleistung, d.h., von beiden Lösungen abraten, so dass lediglich die Bescheidslösung[9] als amtspflichtgemäße Lösung verbliebe. Dies zeigt, dass der Entscheidung des OLG Frankfurt am Main nicht gefolgt werden kann. Dem Gericht hat offenbar lediglich die Kommentierung von *Marcks* zur MaBV zur Verfügung gestanden. Sie wird zudem nicht richtig wiedergegeben.[10]

3. Zurückbehaltungsrecht des Erwerbers?

Beim Bauträgervertrag geht das Interesse des Erwerbers im Normalfall dahin, ein Bauvorhaben schlüsselfertig zu einem Komplettpreis zu erwerben.[11] Das Kalkulationsrisiko soll der Bauträger übernehmen. Eine abweichende Gestaltung kann deshalb sogar intransparent sein.[12] Die MaBV versucht vor diesem Hintergrund, den Erwerber vor einer Vorausleistung zu schützen.[13] Bei der Vormerkungslösung geschieht dies durch Abhängigkeit der Zahlung von der Eintragung einer Auflassungsvormerkung, der Wirksamkeit des Vertrages, der

---

1 Vgl. *Reithmann* in Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rdnr. 29 f.

2 DNotZ 1995, 403 = MDR 1994, 835 = NJW 1994, 2283.

3 Krit. *Grziwotz*, NJW 1995, 641; vgl. auch *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, 2. Aufl. 2007, § 436 Rdnr. 4.

4 DNotZ 1995, 403 = MDR 1994, 835 = NJW 1994, 2283.

5 Siehe nur *Brambring*, DNotZ 2001, 590, 615; *Kroiß/Bülow*, Klauselbuch Schuldrecht, 2003, § 11 Rdnr. 51 und *Wilhelm*, NJW 2003, 1420.

6 So *Brambring*, DNotZ 2001, 590, 615.

7 *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, S. 263 f.

8 *Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 1048 Ziff. IX; *Blank*, Bauträgervertrag, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 52 (§ 2 Abs. 1); *Götte* in Wurm/Wagner/Zartmann, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2007, Kap. 37.18, § 4 Abs. 3 u. 37.19, § 4 Abs. 3; *Möhrle* in Beck'sches Formularbuch, 9. Aufl. 2006, III B 5, § 2 Abs. 1; *Riemenschneider* in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2006, Rdnr. 824 Ziff. 8.1.; *Schmidt/Eue* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5/I, 5. Aufl. 2003, I. 31, § 5 Abs. 6 sowie *Wolfsteiner* in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 37 Rdnr. 87, M Ziff. 4.4, der die Ausbauzustandslösung vorschlägt, aber eine Anpassung empfiehlt, wenn diese nicht den Interessen der Beteiligten entspricht.

9 Siehe zu ihr nur *Grziwotz* in Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl. 2006, A I Rdnr. 152 und *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 2, Rdnr. 343.

10 In *Marcks*, MaBV, 7. Aufl. 2003, § 3 Rdnr. 3 findet sich nichts zur Ansicht des OLG Frankfurt am Main.

11 Siehe nur *Blank*, Bauträgervertrag, Rdnr. 38 und 130; *Nitschke* in Hansen/Nitschke/Brock, Bauträgerrecht, 2006, 2. Teil Rdnr. 24 und *Riemenschneider* in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 298 und *Vogel*, ebenda, 4. Teil Rdnr. 4. Vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1995, 559 und OLG Celle, BauR 2003, 390.

12 So ausdrücklich *Vogel* in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 4. Teil Rdnr. 4; vgl. auch *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl. 2004, Rdnr. 464.

13 Siehe nur *Marcks*, MaBV, § 3 Rdnr. 31.

Sicherung der Lastenfreistellung, Vorliegen der baurechtlichen Zulässigkeit und Zahlung nach Baufortschritt. Bei der Bürgschaftslösung sieht die Verordnung eine Rückerstattung der vom Bauträger ohne Gegenleistung erhaltenen Geldbeträge vor. Da die Sicherung der Erschließung bauplanungsrechtlich Voraussetzung für die Erteilung einer Baugenehmigung und die Durchführung eines genehmigungsfreien Vorhabens ist,[14] hat der Bauträger auch die hierfür anfallenden Kosten zu tragen. Sie sind Bestandteil der ersten Rate nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 MaBV.[15] Hat die Gemeinde ihrerseits diese Kosten noch nicht abgerechnet, erbringt der Erwerber, soweit es sich um öffentlichrechtliche Beiträge handelt, eine Vorausleistung. Ist sicher, dass die Beitragspflicht erst später entsteht, könnte dies bereits dadurch verhindert werden, dass die erste Rate herabgesetzt wird und dass mit der letzten Rate, sofern bis dahin die Beitragsschuld entstanden ist, die entsprechenden Zahlungen an den Bauträger erfolgen.[16] Unzulässig wäre es dagegen, wenn der Bauträger die erste Rate in voller Höhe anfordern und lediglich in Höhe der Erschließungsbeiträge eine Bürgschaft stellen würde, wie dies das OLG Frankfurt am Main missverständlich formuliert. Nach § 7 MaBV darf die Bürgschaft nicht nur einen Teil der vom Auftraggeber zu leistenden Zahlungen absichern, sie muss vielmehr in Höhe der gesamten jeweiligen Abschlagszahlung erteilt werden.[17] Konsequenz eines Verstoßes bei einer Aushändigung der Bürgschaft lediglich in Höhe der geschätzten Erschließungsbeiträge wäre eine Unwirksamkeit sämtlicher Raten und nach der Rechtsprechung des BGH die Fälligkeit des Gesamtkaufpreises erst nach vollständiger Fertigstellung.[18]

Enthält der Bauträgervertrag eine entsprechende Klausel,[19] wonach dem Erwerber bei noch nicht entrichteten Erschließungskosten ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, ist er insoweit zur Zahlung nicht verpflichtet, und zwar unabhängig davon, ob die diesbezüglichen gesetzlichen Voraussetzungen für ein Zurückbehaltungsrecht gegeben sind. Sieht der Bauträgervertrag keine ausdrückliche diesbezügliche Regelung vor, so dürfte sich das Zurückbehaltungsrecht aus dem oben genannten Zweck der Festpreisabrede und des Sicherungssystems der MaBV ergeben. Wenn man mit *Blank*[20] und *Basty*[21] ein Zurückbehaltungsrecht verneint, hat der Erwerber gegenüber dem Bauträger lediglich einen Freistellungsanspruch (§ 257 Satz 1 BGB). Dieser Freistellungsanspruch setzt nicht voraus, dass die öffentlichrechtliche Beitragsschuld beim Erwerber bereits entstanden ist. Er ist sofort, d. h. auch bei erst künftiger Fälligkeit der Drittforderung, fällig.[22] Geht man davon aus, dass der Bauträgervertrag auch Auftragselemente enthält, die die rechtliche Zulässigkeit des Bauwerks und damit auch die Erschließung betreffen, kann dem Erwerber hinsichtlich seines Freistellungsanspruchs ein Vorschussanspruch analog § 669 BGB aufgrund des Wesens des Bauträgervertrags zustehen.[23] Dem Bauträger steht dann wiederum die Befugnis der Sicherheitsleistung zu (§ 257 Satz 2 BGB). Lediglich wenn man auch dem nicht folgt, ergeben sich erhebliche Probleme für den Erwerber, da die letzte Rate häufig nicht mehr für die Erschließungskosten, ausstehende Restarbeiten und Mängel ausreicht.[24]

4. Gestaltungsvorschläge und Vorausleistung

Nachdem der Lösungsvorschlag des OLG Frankfurt am Main, nämlich die Stellung einer Bürgschaft in Höhe der geschätzten Erschließungskosten, MaBV-widrig ist, ist zu überlegen, welche Möglichkeiten dem Notar über das Zurückbehaltungsrecht hinaus zur Verfügung stehen, um den Erwerber vor einer ungesicherten Vorausleistung zu schützen. Denkbar wäre eine Kaufpreisreduzierung um die geschätzten späteren Beiträge.[25] Allerdings wird dies häufig von den Erwerbern nicht gewünscht, da sie dann das in der Praxis nicht seltene Risiko des Kalkulationsirrtums des zuständigen Gemeindesachbearbeiters trifft. Gerade bei dem seriösen Bauträgerunternehmen, das das OLG Frankfurt am Main im vorliegenden Fall selbst herausstellt, werden Erwerber nach Hinweis des Notars auf die Unsicherheit der Vorausleistung häufig lieber diese als das Kalkulationsrisiko bei lediglich geschätzten Beiträgen hinnehmen wollen. Insofern schützt auch die Hinterlegung des vom OLG Frankfurt am Main weiterhin vorgeschlagenen Kaufpreisteils den Erwerber nicht in vollem Umfang. Sie stellt den Erwerber, folgt man der hier vertretenen Ansicht eines Zurückbehaltungsrechts, zudem schlechter. Er muss nämlich bezahlen, wenn auch „nur“ hinterlegen. Eine effektive Sicherung stellt hingegen die Aushändigung einer Bankbürgschaft *an die Gemeinde* dar, wenn sichergestellt ist, dass sie ohne Zustimmung des Erwerbers nicht an den Bauträger zurückgegeben wird.[26] Die Hinterlegung des geschätzten Geldbetrages durch den Bauträger bei der Gemeinde, ebenfalls unter Ausschluss der Rücknahme bis zur Beitragsabrechnung, ist demgegenüber weniger sicher, da im Falle einer fehlerhaften Kostenschätzung der Erwerber zumindest für die übersteigenden Beträge haftet.

Folgt man dem OLG Frankfurt am Main, so dürfte der Notar auch beim normalen Grundstückskauf hinsichtlich der Erschließungs- und Anliegerbeiträge weder die gesetzliche Beginnlösung noch die Ausbauzustandslösung mehr beurkunden. Dies hat das OLG Hamm[27] anders gesehen. Dem Erwerber ist bei beiden Lösungen klar, dass er aufgrund der von ihm so gewünschten Vertragsgestaltung das Risiko der Insolvenz des Veräußerers trägt, wenn die öffentlichrechtliche Beitrags-

---

14 Vgl. nur §§ 30, 34 und 35 BauGB sowie dazu *Söfker* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand Mai 2007, § 30 Rdnr. 38 ff.

15 Siehe nur *Marcks*, MaBV, § 3 Rdnr. 31 und *Rösler* in v. Heymann/Wagner/Rösler, MaBV, 2000, Rdnr. 93.

16 Vgl. zur Herabsetzung von Raten aufgrund des zivilrechtlichen Vorleistungsverbot *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 435.

17 Siehe nur *Fischer*, WM 2003, 1.

18 BGHZ 146, 250 = MittBayNot 2001, 62 = BauR 2001, 391 = DNotZ 2001, 201 = MDR 2001, 503 = NJW 2001, 818 = ZIP 2001, 245 = ZfIR 2001, 111 und BGH, MDR 2007, 882 (LS) = NJW 2007, 1947 = NZM 2007, 453.

19 Vgl. nur *Grziwotz*, Immobilienkauf vom Bauträger, 2007, S. 39 ff.

20 *Blank*, Bauträgervertrag, Rdnr. 141.

21 *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 672.

22 Allg. M., siehe nur *Jauernig/Stadler*, BGB, 12. Aufl. 2007, § 357 Rdnr. 5.

23 Vgl. MünchKommBGB/*Krüger*, 5. Aufl. 2007, § 257 Rdnr. 6. Zum Auftragselement siehe BGH, BayVBl. 2002, 705 = BauR 2002, 599 = MDR 2002, 270 = NVwZ 2002, 511 = ZfIR 2002, 807.

24 Entgegen *Blank*, Bauträgervertrag, Rdnr. 141 habe ich in NotBZ 1999, 16, 18 diese Ansicht vertreten und nicht, dass die Erschließungskosten zur letzten Rate gehören.

25 So z. B. *Eue*, MittBayNot 1998, 84, 85 und *Grziwotz*, NotBZ 1999, 16, 18.

26 Die Banken erteilen meist keine höhenmäßig unbeschränkte Bürgschaft. Ein „Sicherheitspuffer“ gegenüber der Kostenschätzung könnte insoweit zusätzliche, aber keine hundertprozentige Sicherheit bewirken. Ein Beispiel eines Kalkulationsirrtums enthält LG Gießen, MittBayNot 1999, 209 = BauR 1998, 1268 = MDR 1998, 898 = NotBZ 1999, 34, wo die geschätzten Kosten 40 DM/qm betrugen, die tatsächlichen 105 DM/qm.

27 OLG Hamm, BauR 2004, 110.

schuld erst später entsteht. Dies gilt in gleicher Weise für den Bauträgervertrag.

Zuzustimmen ist dem OLG Frankfurt am Main jedoch, soweit es das Problem der Kosten der Erschließung nicht als spezifisches MaBV-Problem ansieht, sondern als allgemeines einer ungesicherten Vorausleistung. Diese Erkenntnis hat Bedeutung im Rahmen der Diskussion, ob bei einem Verkauf von erschlossenen Baugrundstücken durch den Erschließungsunternehmer, der auf den jeweiligen Vertragsgrundstücken selbst keine Bauleistungen erbringt, die MaBV anwendbar ist.[28] Die MaBV bietet nämlich gerade hinsichtlich der Kosten der Erschließung kein geeignetes Sicherungsinstrumentarium. Beim Erschließungsvertrag kann eine effektive Absicherung vielmehr nur unter Einbeziehung der Gemeinde erfolgen. Überlegenswert ist es in diesem Zusammenhang, ob eine Gemeinde ohne Konsequenzen im Erschließungsvertrag auf Sicherheiten verzichten kann, weil sie notfalls die dingliche Haftung gegenüber dem Erwerber durchsetzen kann.[29]

In der notariellen Tätigkeit empfiehlt es sich, bereits vor Beurkundung die Beteiligten darauf hinzuweisen, dass sich diese bei der Gemeinde über etwa noch nicht abgerechnete Erschließungsmaßnahmen und die erfahrungsgemäß zu erwartenden Kosten informieren. Ist eine diesbezügliche Klärung vor Beurkundung nicht erfolgt, kann der Notar im Termin meist kaum eine Lösung finden, so dass ihm dann nur eine Unterbrechung der Beurkundung bleibt. Eine sichere Vertragsformulierung lässt sich ohne Klärung der tatsächlichen Grundlagen nämlich kaum finden. Bei künftig zu erwartenden Erschließungskosten kann der Notar die Beteiligten nur über die Risiken und Möglichkeiten ihrer Reduzierung belehren. Eine hundertprozentig sichere Lösung gibt es nicht.

Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

---

28 Bejahend *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 91 sowie ihm folgend *Everts* in Grziwotz, MaBV, 2006, § 1 Rdnr. 28 und *Riemenschneider* in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, Teil B Rdnr. 115; verneinend *Grziwotz*, MDR 1996, 978; *ders.*, ZfIR 1998, 595 sowie *Blank*, Bauträgervertrag, Rdnr. 1011 und *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Rdnr. 1285.

29 Siehe dazu *Grziwotz*, NJW 1995, 1927, 1930 f. und kurz *Grziwotz* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 124 Rdnr. 124 sowie dem wohl folgend *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 7. Aufl. 2004, § 6 Rdnr. 34 Fn. 81.

---

14. HGB § 12; BeurkG § 39 a (*Inhaltliche Übereinstimmung einer elektronisch beglaubigten Abschrift ausreichend*)

Eine in elektronischer Form eingereichte und elektronisch mit der Formulierung „Hiermit beglaubige ich die Übereinstimmung der in dieser Datei enthaltenen angezeigten Bilddaten mit dem mir vorliegenden Papierdokument (Urschrift)“ beglaubigte Handelsregisteranmeldung, die mit Signaturkarte qualifiziert elektronisch signiert wurde, entspricht den von § 12 HGB n. F. gestellten Formerfordernissen, auch wenn Siegel und Unterschrift des Notars nicht bildlich eingescannt, sondern mit „L. S. gez. Notar“ wiedergegeben sind. (Leitsatz des Einsenders)

LG Regensburg, Beschluss vom 4.7.2007, 2 HK T 230/07; eingesandt von Notar Dr. *Gerhard Lenz*, Hersbruck

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung wurde bislang nicht veröffentlicht.

Kostenrecht

15. KostO § 60 Abs. 4; GBMaßnG § 34 Abs. 1 Nr. 1 (*Gebührenfreie Grundbuchberichtigung im Erbfall bei fristgemäßer Antragstellung*)

Für die Gebührenbefreiung der Grundbuchberichtigung im Erbfall genügt die fristgemäße Antragstellung; eine Vollzugsreife des Antrags ist nicht erforderlich. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 27.2.2007, 20 W 487/06

Nach dem Tod seines Vaters am 7.7.1997 beantragte der Beteiligte zu 1 mit am 6.7.1999 beim Grundbuchamt eingegangenen Schreiben die Grundbuchberichtigung unter Hinweis darauf, dass ein Erbschein noch nicht vorliege. Ein im September 1997 gestellter Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 war vom AG zurückgewiesen worden, welches der Auslegung des Beteiligten zu 1 nicht gefolgt ist, das privatschriftliche Testament seines Vaters enthalte hinsichtlich des betroffenen Grundstücks lediglich ein aufschiebend bedingtes Vermächtnis zugunsten des (minderjährigen) Sohnes des Beteiligten zu 1, so dass er nach Ausschlagung seitens seiner ebenfalls als Erbin eingesetzten Mutter Alleinerbe geworden sei. Vielmehr sei von einer teilweisen Vor- und Nacherbschaftsanordnung auszugehen. Von einer Beschwerdeeinlegung gegen diese Entscheidung hat der Beteiligte zu 1 abgesehen und auch zunächst keinen neuen Erbscheinsantrag mit einer dem Wert des betroffenen Grundstücks entsprechenden Quote hinsichtlich der Vorerbschaft gestellt. Vielmehr hat der Beteiligte zu 1 nach Volljährigkeit seines als Nacherben eingesetzten Sohnes mit diesem im Dezember 2005 einen Übertragungs- und Verzichtsvertrag geschlossen und im Januar 2006 erneut die Erteilung eines Erbscheins für sich als alleiniger Vollerbe beantragt. Aufgrund des am 6.2.2006 antragsgemäß erteilten Erbscheins ist der Beteiligte zu 1 am 5.4.2006 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden. Für die Eigentumsumschreibung sind dem Beteiligten zu 1 Gebühren nach § 60 KostO samt Katasterfortschreibungsgebühren in Rechnung gestellt worden.

Die dagegen unter Berufung auf die Gebührenbefreiung nach § 60 Abs. 4 KostO eingelegte Erinnerung hat das AG zurückgewiesen, da der Berichtigungsantrag des Beteiligten zu 1 zwar innerhalb der Zwei-Jahres-Frist des § 60 Abs. 4 KostO gestellt, aber erst nach Erteilung des Erbscheins am 6.2.2006 vollzugsreif gewesen sei. Anders als bei einer unverschuldeten Verzögerung der Eintragungsvoraussetzungen könne die Gebührenbefreiung des § 60 Abs. 4 KostO hier nicht eingreifen, da die erheblich verspätete Grundbuchberichtigung allein auf das Verhalten des Beteiligten zu 1 zurückzuführen sei. Mit der dagegen eingelegten Beschwerde hat der Beteiligte zu 1 die Auffassung vertreten, nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut komme es allein auf den Eingang des Berichtigungsantrags an und nicht auf die Vollzugsfähigkeit. Dem Beteiligten zu 1 sei auch kein Verschulden an der späten Schaffung der Eintragungsvoraussetzungen vorzuwerfen. Auch eine Beschwerdeeinlegung hätte keine sehr schnelle Entscheidung herbeigeführt, insbesondere wegen der schwierigen Bewertung des betroffenen Grundstücks. Da es dem Beteiligten zu 1 letztlich auf die Gleichbehandlung seiner drei Kinder angekommen und eine Verzichtsbereitschaft seines ältesten Sohnes vorhanden gewesen sei, habe er dessen Volljährigkeit abgewartet.

Das LG hat die Kostenrechnung aufgehoben, da maßgeblich für die Gebührenbefreiung die reine Antragstellung innerhalb der Frist von zwei Jahren seit dem Erbfall sei (OLG Köln, Rpfleger 1988, 549).

Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2, die damit begründet wird, dass durch den langen Zeitablauf von mehr als acht Jahren von dem Tod des Erblassers bis zur Grundbuchberichtigung der Sinn der Ermäßigungsvorschrift des § 60 Abs. 4 KostO verfehlt werde. Außerdem lägen ausreichende Gründe für die Annahme vor, dass die Verzögerung durch den Erben verursacht worden sei, da er auch nach Vorliegen des Wertgutachtens im August 2001 noch keinen Erbschein beantragt habe. Deshalb sei der Auffassung des OLG Karlsruhe, Rpfleger 1988, 19 zu folgen, wonach die Gebührenbefreiung nur eingreift, wenn dem binnen zwei Jahren seit dem Erbfall gestellten Berichtigungsantrag auch die erforderlichen Nachweise beigefügt sind, er mithin „vollzugsfähig“ ist.

Aus den Gründen:

Die kraft Zulassung gemäß § 14 Abs. 5 KostO und auch im Übrigen zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet, da der angefochtene Beschluss nicht auf einer Rechtsverletzung beruht.

Die von dem LG vorgenommene Auslegung des § 60 Abs. 4 KostO dahingehend, dass die darin vorgesehene Gebührenfreiheit lediglich die fristgemäße Antragstellung durch den Erben voraussetzt, wie sie hier auch vorliegt, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 60 Abs. 4 KostO wird nur die fristgerechte Einreichung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt verlangt. Aus der amtlichen Begründung zu § 34 Abs. 1 Nr. 1 GBMaßnG (BGBl 1963 I, S. 986, abgedruckt bei *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand April 2004, § 60 Rdnr. 1, 1 a) ergibt sich ebenfalls nicht, dass die Vollzugsreife des Antrags Voraussetzung für die Gebührenbefreiung wäre. Es wird lediglich ausgeführt, die Ermäßigung werde zeitlich begrenzt, um die Beteiligten zu veranlassen, die Berichtigung des Grundbuchs alsbald nach dem Erbfall zu betreiben. Da seit der Einfügung des Absatzes 4 bereits mehrere Änderungen des § 60 KostO durch den Gesetzgeber vorgenommen wurden, so z. B. in 2001 durch Erweiterung der Gebührenermäßigung in Absatz 2 auch auf den Lebenspartner, wäre zu erwarten gewesen, dass der zu Absatz 4 der Norm seit 1988 bereits bestehende Auslegungsstreit durch die Aufnahme des Tatbestandsmerkmals der Vollzugsreife geklärt worden wäre, wenn der Gesetzgeber dies gewollt hätte.

Auch der gesetzgeberische Zweck der Regelung, nämlich im öffentlichen Interesse als sichere Grundlage für den Immobilienverkehr die Eigentümer möglichst aktuell im Einklang mit der wahren Rechtslage auszuweisen, erfordert nach Auffassung des Senats keine andere Auslegung. Mit der fristgerechten Antragstellung ist ein wesentliches Erfordernis der Grundbuchberichtigung bereits gegeben. Wie das LG bereits ausgeführt hat, kann das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO eine angemessene Frist zur Beibringung des nach § 35 GBO erforderlichen Nachweises der Erbfolge setzen und nach erfolglosem Fristablauf den Antrag zurückweisen. Damit kann gegebenenfalls einer sachlich unbegründeten Verzögerung begegnet werden.

Diese Auslegung des § 60 Abs. 4 KostO entspricht der ganz überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. OLG Zweibrücken, MDR 1997, 298; OLG Köln, NJW-RR 1999, 1230, 1231; *Hartmann*, Kostengesetze, 35. Aufl., § 60 KostO Rdnr. 23; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 60 Rdnr. 52; *Rohs/Wedewer,* KostO, Stand Dezember 2003, § 60 Rdnr. 14), während die Entscheidung des OLG Karlsruhe (Rpfleger 1988, 19), auf die sich die weitere Beschwerde stützt, vereinzelt geblieben ist.

---

16. KostO §§ 38 Abs. 2, 39, 40 Abs. 2, 145, 147 Abs. 2 (*Geschäftswert bei Grundbuchberichtigungsantrag einer GbR*)

Wächst nach Ausscheiden eines Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts dessen Anteil dem letzten Gesellschafter an, ist für die Beurkundung, den Entwurf, oder die Beglaubigung des Antrags auf Löschung des ausscheidenden Gesellschafters im Grundbuch und des Vermerks „als Gesellschafter einer GbR" die Gebühr nur aus dem Geschäftswert, welcher dem Gesellschaftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters entspricht, zu berechnen.

OLG München, Beschluss vom 10.8.2007, 32 Wx 75/07; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Der Kostenschuldner war Mitgesellschafter einer zweigliedrigen BGB-Gesellschaft, die Eigentümerin eines Grundstückes mit einem Verkehrswert von 613.580 € war. Nach Kündigung der Gesellschaft durch den Mitgesellschafter beglaubigte der Notar die Unterschrift des Kostenschuldners unter der Eintragungsbewilligungserklärung und dem Grundbuchberichtigungsantrag, der wegen der Anwachsung erforderlich wurde. Seiner Kostenberechnung legte er einen Geschäftswert von 613.580 € zugrunde und stellte u. a. eine halbe Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO in Rechnung.

Die Notarkasse beanstandete im Rahmen einer Prüfung diese Kostenberechnung, da sie davon ausging, dass der Geschäftswert nach § 40 Abs. 2 KostO nur in Höhe der vom Mitgesellschafter gehaltenen Gesellschaftsanteilsquote des Grundstückwerts maßgeblich sei. Auf die gemäß Anweisung des Landgerichtspräsidenten vom Notar eingelegte Beschwerde änderte das LG die Kostenrechnung unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 306.790 € ab. Hiergegen richtete sich die auf Anweisung des Landgerichtspräsidenten und vorsorglich aus eigenem Recht vom Notar eingelegte weitere Beschwerde mit dem Ziel der Wiederherstellung der ursprünglichen Kostenrechnung.

Die vom LG zugelassene weitere Beschwerde war jedenfalls als eigene Beschwerde des Notars zulässig und begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

Aus den Gründen:

1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet:

Es sei ein Antrag auf Löschung im Grundbuch und eine Löschungsbewilligung beurkundet worden. Die Erklärung beziehe sich auf einen außerhalb des Grundbuchs erfolgten Übergang des Eigentums. Kostenrechtlich sei sie nach dem äußeren Erscheinungsbild der notwendigen Eintragung einzuordnen, also danach, ob ein neuer Rechtsträger eingetragen werde. Ein neuer Rechtsträger sei aber nicht einzutragen gewesen. Der verbleibende letzte Gesellschafter sei bereits als „Gesellschafter bürgerlichen Rechts" eingetragen gewesen. Dadurch unterscheide sich der Fall von der OHG, bei der zunächst die OHG eingetragen sei. Daher sei im vorliegenden Fall nur der anteilige, dem Anteil des ausgeschiedenen Mitgesellschafters entsprechende Wert als Geschäftswert maßgebend. Auf die Frage der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft komme es nicht an.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand (§ 156 Abs. 2, 4 Satz 4 KostO, § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 546 ZPO).

Das LG hat den Sachverhalt unter Verstoß gegen § 12 FGG nicht ordnungsgemäß festgestellt. Bei Prüfung der Frage, ob eine Beurkundungsgebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO für die Tätigkeit des Notars angefallen ist, ist das LG der Rechnung folgend von einer Beurkundung der Anträge ausgegangen, obwohl sich aus dem in den Akten befindlichen, noch vor Erlass des landgerichtlichen Beschlusses eingereichten Grundbuchberichtigungsantrag vom 19.5.2005 eindeutig ergibt, dass der Notar nur die Echtheit der Unterschrift des Beteiligten beglaubigt hat. Diesen Sachverhalt hat das LG nicht ausreichend gewürdigt.

Bei richtiger Sachbehandlung hätte das LG darauf hinweisen müssen, dass die Rechnung bereits insoweit unrichtig sei und für die Beglaubigung nur eine Gebühr nach § 45 KostO erhoben werden könne. Der Notar hätte dann Gelegenheit gehabt, darzulegen, dass er den Antrag auch entworfen habe, und hätte dem entsprechend eine neue Rechnung unter Beachtung des Zitiergebotes (§ 154 KostO) stellen können.

Dies führt zur Aufhebung des Beschlusses und zur Zurückverweisung an das LG. Mangels korrekter Rechnung und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass nach Aktenlage die

Entwurfsfertigung erst im Verfahren der weiteren Beschwerde geltend gemacht wurde, kann der Senat selbst nicht endgültig entscheiden.

III.

Für das weitere Verfahren wird auf Folgendes hingewiesen:

1. Das LG hat den Kostenschuldner an dem Verfahren zu beteiligen.

2. Wenn der Notar den Grundbuchberichtigungsantrag auch entworfen hat, ist neben der Gebühr nach § 45 KostO eine Gebühr für den Entwurf zu erheben. Streitig ist, ob hierfür eine Gebühr nach § 145 KostO oder eine solche nach § 147 Abs. 2 KostO (*Korintenberg/Bengel/Tiedke*, KostO, 16. Aufl., § 145 Rdnr. 9; *Hartmann,* Kostengesetze, 36. Aufl., § 145 KostO Rdnr. 7) zu erheben ist. Für das Ergebnis dürfte es hierauf nicht ankommen, weil bei einer Berechnung nach § 145 KostO die Beglaubigung nach § 145 Abs. 1 Satz 4 KostO neben der Entwurfsgebühr unerhoben bleibt, und bei einer Berechnung nach § 147 Abs. 2 KostO die Gebühr für die Beglaubigung und den Entwurf insoweit nach § 16 KostO unerhoben bleiben müsste, als sie die Beurkundungsgebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO übersteigt, da der Notar hier nicht die kostengünstigste Erledigungsart gewählt hätte.

3. Soweit es auf den Geschäftwert zur Gebührenberechnung ankommt, hat das LG allerdings zu Recht nur die Hälfte des Grundstückswerts zugrunde gelegt.

Der Geschäftwert bemisst sich nach § 39 KostO nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete, entworfene oder unterschriftsbeglaubigte Erklärung bezieht. Bei Veränderung von Rechtsverhältnissen darf der Wert des von der Veränderung betroffenen Rechtsverhältnisses nicht überschritten werden. Wächst ein Gesamthandsanteil einem der Gesamthänder an, wie dies bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters einer BGB-Gesellschaft der Fall ist, so ist von der Veränderung nur der anwachsende Anteil, nicht jedoch der Anteil der Person, auf die der anwachsende Anteil übergeht, betroffen. Daher ist § 40 Abs. 2 Satz 3 KostO für den Grundbuchberichtigungsantrag entsprechend anzuwenden.

An dieser auch von *Korintenberg/Bengel/Tiedke,* § 40 Rdnr. 15 und der Notarkasse bei ihren Prüfungen vertretenen Auffassung hat sich auch durch die Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Eigentumsfähigkeit nichts geändert. Der BGH rückt in seiner Entscheidung (BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234) nicht von der Konstruktion der Gesamthand ab, sondern billigt der BGB-Gesellschaft als Gesamthandsgemeinschaft, ähnlich wie die OHG, nur Rechtsfähigkeit zu. Ausdrücklich verweist er darauf, dass OHG und KG Träger von Rechten und Pflichten sein können und damit rechtsfähig sind, ohne als Gesamthandsgemeinschaften den Status einer juristischen Person zu besitzen (BGHZ 146, 341, 347 = DNotZ 2001, 234). Etwas anderes lässt sich auch nicht der Entscheidung vom 25.9.2006 (BGH, NJW 2006, 3716 = MittBayNot 2007, 118) entnehmen. Hier wird nur klargestellt, dass letztlich die BGB-Gesellschaft Rechtsträger des Eigentums ist; auf die Frage der gesamthänderischen Bindung wird nicht eingegangen, sondern nur klargestellt, dass es kein Gesamthandseigentum neben dem Gesellschaftseigentum gibt.

Ob diese Überlegungen auch für die OHG und die KG gelten müssen, ist hier nicht zu entscheiden. Grundlage für eine andere Behandlung könnte bei diesen Gesellschaften sein, dass diese auch im Grundbuch so eingetragen werden und deshalb nach § 60 Abs. 3 KostO bei der Grundbucheintragung nicht wie Gesamthandgemeinschaften zu behandeln sind. Der Rechtsgedanke, dass nach dem äußeren Bild des Grundbuchs bei OHG und KG ein Eigentumswechsel hinsichtlich des Grundstücks einzutragen ist, während bei der BGB-Gesellschaft nur der Mitgesellschafter und der Zusatz „als Gesellschafter einer GbR“ gelöscht werden muss, könnte sich auch auf die Notargebühren für entsprechende Grundbuchanträge auswirken.

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung bestätigt die Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse, Streifzug, 6. Aufl., Rdnr. 181.

Steuerrecht

17. BewG § 26, § 99 Abs. 2, § 138 Abs. 5; ErbStG § 13 a (*Betriebsvermögen nur, wenn Verhältnisse bei Veräußerer und Erwerber übereinstimmen*)

1. **Die Steuervergünstigungen des § 13 a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ErbStG sind nur zu gewähren, wenn das erworbene Vermögen sowohl auf Seiten des Erblassers oder Schenkers als auch auf Seiten des Erwerbers Vermögen i. S. d. § 13 a Abs. 4 Nr. 1 oder 2 gewesen bzw. geblieben ist.**
2. **Für die gemäß § 138 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BewG vorzunehmenden Feststellungen über die Art der wirtschaftlichen Einheit und – bei Betriebsgrundstücken, die zu einem Gewerbebetrieb gehören – über den Gewerbebetrieb sind die Verhältnisse beim Erblasser oder Schenker maßgebend. Ob die erworbene wirtschaftliche Einheit beim Erwerber Betriebsgrundstück geblieben ist, ist im Rahmen der Steuerfestsetzung zu prüfen.**
3. **Übertragen Eheleute ein ihnen zu Miteigentum gehörendes Grundstück, das dem Betrieb eines der Ehegatten dient, im Wege vorweggenommener Erbfolge zusammen mit dem Betrieb auf ein Kind, ändert § 26 BewG nichts an der Rechtsfolge des § 99 Abs. 2 Satz 3 BewG, wonach auch der Miteigentumsanteil des Ehegatten und Betriebsinhabers kein Betriebsgrundstück ist.**

BFH, Urteil vom 14.2.2007, II R 69/05

Der Vater der Klägerin betrieb ein Einzelunternehmen auf mehreren Grundstücken. Die Grundstücke befanden sich im hälftigen Miteigentum der Eltern der Klägerin. Bei der Einheitsbewertung des Grundvermögens waren sie als eine wirtschaftliche Einheit bewertet worden. Die Mutter hatte dem Vater gegen Entgelt das Recht zur alleinigen Nutzung der Grundstücke eingeräumt.

Mit privatschriftlichem „Schenkungs- und Übertragungsvertrag“ vom Oktober 1996 übertrug der Vater sein Einzelunternehmen mit allen Aktiva und Passiva im Wege der vorweggenommenen Erbfolge mit Wirkung zum 31.12.1996 auf die Klägerin. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 16.1.1997 übertrugen die Eltern auch die Grundstücke auf die Klägerin, und zwar ebenfalls im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Zugleich erklärten die Parteien die Auflassung und erteilten die Eltern die Eintragungsbewilligungen.

Das beklagte FA erließ gegen die Klägerin zwei nach den Schenkern getrennte Bescheide über die Feststellung des Grundstückswerts, in denen es jeweils den Wert der hälftigen Miteigentumsanteile zum 16.1.1997 feststellte. Die Bescheide enthielten die weitere Feststellung, das Grundstück habe zum Gewerbebetrieb gehört. Es handele sich um Grundvermögen. Einspruch und Klage, mit denen die Klägerin verlangt hatte, die Bedarfsbewertung jeweils auf den 31.12.1996 vorzunehmen und dabei festzustellen, dass es sich um Betriebsgrundstücke handele, blieben ohne Erfolg.

Das FG war mit dem in EFG 2006, 393 veröffentlichten Urteil der Ansicht, Bewertungszeitpunkt sei der Tag, an dem die Auflassungen

erklärt und die Eintragungsbewilligungen erteilt worden seien. Die Miteigentumsanteile seien auch zutreffend als Grundvermögen angesehen worden, wie sich aus § 138 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 99 Abs. 2 Satz 3 BewG ergebe. Die Vorschrift des § 26 BewG sei nicht einschlägig, weil § 17 Abs. 2 BewG nicht mehr auf die Erbschaft- und Schenkungsteuer Bezug nehme. Auch die Verweisung des § 17 Abs. 1 BewG auf die Einzelsteuergesetze führe nicht zur Anwendung des § 26 BewG, da das ErbStG ebenfalls nicht auf § 26 BewG Bezug nehme.

Mit der Revision rügt die Klägerin die fehlerhafte Anwendung des § 13 a ErbStG sowie der §§ 26 und 99 BewG. Sie ist der Auffassung, für die Frage, ob schenkweise übertragene Grundstücke Betriebsgrundstücke seien, sei gemäß § 13 a Abs. 4 ErbStG nicht auf die Verhältnisse bei den Schenkern abzustellen, sondern auf die Verhältnisse bei den Bedachten. Bei ihr, der Klägerin, seien die Grundstücke aber Betriebsvermögen. Dass lediglich auf die Verhältnisse beim Erwerber abzustellen sei, ergebe sich aus den Gründen, die nach dem Beschluss des BVerfG (BVerfGE 93, 165 = BStBl II 1995, S. 671 = DNotZ 1995, 758) eine Begünstigung des Betriebsvermögens bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer erforderten. Die Zugehörigkeit der Grundstücke zu ihrem, der Klägerin, Betriebsvermögen sei nach dem notariellen Übertragungsvertrag ertragsteuerrechtlich bereits zum 31.12.1996 eingetreten und habe daher bei Entstehung der Schenkungsteuer am 16.1.1997 bereits vorgelegen.

Aber auch dann, wenn für die Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen auf die Verhältnisse beim Schenker abzustellen wäre, habe es sich bei den streitbefangenen Grundstücken um Betriebsgrundstücke gehandelt. Dies ergebe sich aus § 99 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 26 BewG. Soweit das FG die Anwendung der Vorschrift des § 26 BewG ausgeschlossen habe, werde verkannt, dass § 26 und § 99 Abs. 2 Satz 3 BewG in einem inneren sachlichen Zusammenhang stünden.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet; sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Schenkweise übertragener Grundbesitz muss bereits in der Hand des Schenkers der Grundstücksart „Betriebsgrundstück" zuzuordnen gewesen sein, um im Rahmen der gesonderten Feststellung des Grundstückswerts nach § 138 Abs. 5 Satz 1 BewG die dort in Nr. 1 vorgesehenen Feststellungen treffen zu können, dass eine wirtschaftliche Einheit Betriebsgrundstück ist und zu welchem Gewerbebetrieb sie gehört. Diese Voraussetzung ist bei Grundstücken im Miteigentum von Eheleuten nicht erfüllt, wenn die Grundstücke dem Gewerbebetrieb nur eines der Ehegatten dienen. (…)

2. Der nach § 138 i. V. m. den §§ 145 bis 150 BewG zu bewertende Grundbesitz muss bereits in der Hand des Erblassers oder Schenkers der Grundstücksart „Betriebsgrundstück" zuzuordnen gewesen sein. Insoweit entspricht die Rechtslage der des § 13 a ErbStG.

a) Die dort in Abs. 1 und 2 vorgesehenen Steuervergünstigungen greifen nur ein, wenn das von Todes wegen oder durch Schenkung unter Lebenden erworbene Vermögen bereits in der Hand des Erblassers oder Schenkers die Tatbestände des Abs. 4 Nr. 1 oder 2 der Vorschrift erfüllt hat (vgl. *Moench/Weinmann*, Erbschaft- und Schenkungsteuer, § 13 a ErbStG Rdnr. 24; *Jülicher* in Troll/ Gebel/Jülicher, ErbStG, § 13 a Rdnr. 132; *Hübner* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/ Schuck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 13 a ErbStG Rdnr. 27; *Seer,* GmbHR 1999, 64, 70; a. A. *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 14. Aufl. 2004, § 13 a Rdnr. 7; *Kapp/ Ebeling*, ErbStG, § 13 a Rdnr. 7.1). Ob der Grundbesitz bereits beim Erblasser oder Schenker Betriebsgrundstück gewesen ist, muss vom Lagefinanzamt eigenständig geprüft werden. Die in § 138 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BewG vorgesehene Feststellung der Grundstücksart lässt sich nicht treffen, ohne zuvor geklärt zu haben, auf wessen Gewerbebetrieb dabei abzustellen ist. Dabei kann sich das Lagefinanzamt auf die Verhältnisse beim Erblasser oder Schenker beschränken. Die Prüfung, ob der Grundbesitz auf Seiten des Erwerbers Betriebsgrundstück geblieben ist, obliegt der für die Steuerfestsetzung zuständigen Behörde (so zutreffend R 51 Abs. 2 Satz 3 und 4 ErbStR 2003).

b) Dass § 13 a ErbStG nur solches Betriebsvermögen begünstigt, welches diese Eigenschaft durchgehend sowohl beim bisherigen Rechtsträger als auch beim neuen Rechtsträger (Erwerber) aufweist, ergibt sich für die Erwerberseite bereits aus dem Begünstigungszweck der Norm in Verbindung mit den Nachversteuerungstatbeständen des Abs. 5 der Vorschrift und für die Seite des Erblassers oder Schenkers aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Die Bevorzugung des Betriebsvermögens gegenüber anderen Vermögensarten bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer bedarf im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG einer Rechtfertigung, wie sie der Gesetzgeber dem Beschluss des BVerfG (BVerfGE 93, 165 = BStBl II 1995, S. 671 = DNotZ 1995, 758) unter C. I. 2. b bb entnommen hat (BR-Drucks. 390/96, 67). Das BVerfG hat aber die Milderung des Steuerzugriffs bei Betriebsvermögen ausdrücklich auf solche Erwerber beschränkt, die den Betrieb „weiterführen", „aufrechterhalten" und „fortführen". Diese Wortwahl zeigt, dass das BVerfG den Betrieb des Erblassers oder Schenkers im Blick hatte. Ihm ging es um die Sozialgebundenheit des Betriebs des Erblassers oder Schenkers und nicht um die Sozialgebundenheit des Betriebsvermögens, welches sich schon vor dem Erwerb in der Hand des Erwerbers befand und dessen Sozialgebundenheit auf hinzuerworbenes vorheriges Privatvermögen ausstrahlt oder welches durch den Erwerbsvorgang entsteht (so nunmehr deutlich BVerfG, DStR 2007, 235, unter C. II. 3. d a. E. = MittBayNot 2007, 161 (LS) m. Anm. *Wälzholz*). Schon von daher ist eine extensive Auslegung des § 13 a ErbStG dahin, die Steuervergünstigungen auch auf solche Erwerbe zu erstrecken, bei denen sich die Betriebsvermögenseigenschaft erst auf Seiten des Erwerbers einstellt, nicht angezeigt. Sie hätte gemessen an Art. 3 Abs. 1 GG nicht nur die Wirkung einer größeren Gleichbehandlung innerhalb des Betriebsvermögens auf der Erwerberseite, sondern weitete im Vergleich mit dem Erwerb von Vermögen anderer Vermögensarten infolge des einheitlichen Steuertarifs die Ungleichbehandlung noch aus (vgl. dazu BFHE 198, 342 = BStBl II 2002, S. 598 unter B. II. 2.). Beide Gesichtspunkte sind bei der Auslegung des Art. 13 a ErbStG zu berücksichtigen. Dabei kommt der sich verstärkenden Ungleichbehandlung im Verhältnis zu anderen Vermögensarten angesichts der ohnehin großzügigen Bewertung des Betriebsvermögens die entscheidende Bedeutung zu.

3. Da die Mutter der Klägerin an den übertragenen Grundstücken als Miteigentümerin beteiligt war, waren sie beim Vater keine Betriebsgrundstücke. Dem stand die bewertungsrechtliche Sonderregelung des § 99 Abs. 2 Satz 3 BewG entgegen, die wegen der Verweisung in § 12 Abs. 5 Satz 2 ErbStG auch im Rahmen der Erbschaft- und Schenkungsteuer zu beachten ist (BFHE 207, 55 = BStBl II 2005, S. 463). Nach § 99 Abs. 2 Satz 3 BewG gilt nämlich ein Grundstück, an dem neben dem Betriebsinhaber noch eine andere Person beteiligt ist, auch hinsichtlich des Anteils des Betriebsinhabers nicht als Betriebsgrundstück.

a) Daran vermag § 26 BewG i. d. F. des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmensteuerreform vom 29.10.1997 (BGBl I, S. 2590) nichts zu ändern. Diese Fassung ist seit 1.1.1997 anwendbar. Die Vorschrift betrifft die Zurechnung – deutlicher: die Zusammenrechnung – mehrerer Wirtschaftsgüter zu einer wirtschaftlichen Einheit beim Grundbesitz i. S. d.

§§ 33 bis 94, 99 und 125 bis 133 BewG. Diese Zusammenrechnung soll nicht dadurch ausgeschlossen sein, dass die Wirtschaftsgüter zum Teil dem einen, zum Teil dem anderen Ehegatten gehören. Damit setzt die Anwendung des § 26 BewG voraus, dass sich für Besteuerungszwecke die Frage nach einer Zusammenrechnung mehrerer Wirtschaftsgüter zu einer wirtschaftlichen Einheit überhaupt stellt (vgl. *Halaczinsky* in Rössler/Troll, BewG, § 26 Rdnr. 3). Dies ist bei der Schenkung eines Miteigentumsanteils an einem dem Betrieb des Schenkers dienenden Grundstück nicht der Fall.

b) Bei der Besteuerung einer derartigen Schenkung bedarf es keiner Zusammenrechnung des Miteigentumsanteils des Schenkers mit dem oder den Miteigentumsanteil(en) des oder der anderen Miteigentümer zu einer wirtschaftlichen Einheit. Gegenstand der Schenkung ist der Miteigentumsanteil. Dieser ist zugleich die wirtschaftliche Einheit, die gemäß § 12 Abs. 3 ErbStG i. V. m. den §§ 138 ff. BewG zu bewerten ist (BFHE 207, 48 = BStBl II 2005, S. 19 unter II. 1. c). Die Bildung einer übergeordneten wirtschaftlichen Einheit, die die anderen Anteile des oder der anderen Miteigentümer als weitere Wirtschaftsgüter einschließt, ist weder gesetzlich vorgesehen, noch bedarf es ihrer. Ist aber solch eine wirtschaftliche Einheit, in der die Anteile aller Miteigentümer an dem Grundstück zusammengefasst sind, nicht zu bilden, stellt sich die Frage, wem die einzelnen Wirtschaftsgüter gehören müssen, nicht und besteht auch kein Bedarf, eine derartige wirtschaftliche Einheit einer bestimmten Vermögensart zuzuordnen. Da § 99 Abs. 2 Satz 3 BewG nur diese Zuordnung zu einer Vermögensart anspricht, kann schon deshalb die Bezugnahme auf § 99 BewG durch § 26 BewG i. d. F. des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmensteuerreform nicht zur Anwendung des § 26 BewG auch im Rahmen des § 99 BewG führen (vgl. *Moench/Weinmann*, Erbschaft- und Schenkungsteuer, § 13 a Rdnr. 22; im Ergebnis auch *Jülicher* in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 13 a Rdnr. 143 sowie *Hübner* in Viskorf/Glier/Knobel/Schuck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, § 13 a ErbStG Rdnr. 40; a. A. *Kapp/Ebeling*, ErbStG § 13 a Rdnr. 82 sowie *Strahl, ZEV* 1998, 424). Welche Bedeutung der Bezugnahme ansonsten zukommt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

4. Das FA hat schließlich zutreffend jeweils nur einen (unaufgeschlüsselten) Grundstückswert festgestellt. Die Annahme des FA, die dem Betrieb des Vaters dienenden Grundstücke bildeten eine wirtschaftliche Einheit, ist – ihre Richtigkeit unterstellt – nach den vorstehenden Ausführungen zu 3. b auf den Gegenstand der jeweiligen Schenkung des Vaters und der Mutter einzugrenzen. Für Schenkungsteuerzwecke bildeten bei dieser Annahme die jeweils einem Elternteil zustehenden Miteigentumsanteile zusammen eine wirtschaftliche Einheit. (In BFHE 207, 48 = BStBl II 2005, S. 19 ist der umgekehrte Fall angesprochen, dass ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück in mehrere wirtschaftliche Einheiten zerfallen kann.) Die Beteiligten haben die Annahme des FA, der sich das FG angeschlossen hat, nicht angegriffen. Es sind keine Anhaltspunkte vorhanden, ihre Richtigkeit anzuzweifeln.

Anmerkung:

I. Thematische Einordnung

Der vom BFH zu entscheidende Sachverhalt behandelt klassische Probleme der vorweggenommenen Erbfolge mit Betriebsvermögen, die teilweise als typische Gestaltungsfallen bezeichnet werden können. Der BFH klärt in dieser Entscheidung mit einem *obiter dictum* eine über Jahre hinweg heftig umstrittene Problemlage.[1] Er weist nunmehr den Weg für alle weiteren Verfahren vor dem BFH zu §§ 13 a, 19 a ErbStG. Der BFH beabsichtigt offenbar, sämtliche Streitfragen der §§ 13 a, 19 a ErbStG zu Lasten der Steuerpflichtigen zu entscheiden, da nur auf diese Art und Weise nach Feststellung der Verfassungswidrigkeit[2] dieser Begünstigungsvorschriften eine zumindest annähernd verfassungskonforme Situation geschaffen werden könne. Jede extensive Auslegung der §§ 13 a, 19 a ErbStG führt nach Ansicht des BFH zu einer Vertiefung des Unrechts. Nimmt man diese Aussagen des BFH ernst, so kann jeder Steuerpflichtige, der mit einem umstrittenen Grenzproblem des § 13 a, 19 a ErbStG derzeit beim II. Senat des BFH anhängig ist, die Klage zurücknehmen. Aussicht auf Erfolg besteht kaum.

Die vom BFH im Übrigen behandelten Probleme sind jedoch keineswegs auf die derzeit geltende Rechtslage beschränkt, sondern werden voraussichtlich auch im neuen Recht von Bedeutung sein.[3]

II. Einkommensteuerliche Vorfragen

Jeder Notar, der den Entscheidungssachverhalt liest, wird sich darüber wundern, durch wen diese Kläger beraten waren! Die einkommensteuerlichen Folgen des geschilderten Sachverhaltes sind viel gravierender als die erbschaftsteuerlichen. Denn im Oktober 1996 wurde zunächst privatschriftlich das Einzelunternehmen mit allen Aktiva und Passiva mit Wirkung zum 31.12.1996 auf die Klägerin übertragen, während erst am 16.1.1997 die Beurkundung hinsichtlich der Übertragung der Grundstücke erfolgte. Entweder ist der erste Vertrag dahingehend auszulegen, dass auch die im Betriebsvermögen befindlichen Grundstücke mitübertragen werden sollten. Dann wäre der gesamte Vertrag nach § 311 b BGB unwirksam, wobei steuerrechtlich grundsätzlich § 41 AO helfen würde. Nach dieser Vorschrift werden zivilrechtlich unwirksame Verträge der Besteuerung gleichwohl zugrunde gelegt, wenn sie tatsächlich durchgeführt werden. Dies gilt nach herrschender Meinung jedoch nicht für Verträge zwischen nahen Angehö-

---

1 Siehe *Moench/Weinmann*, ErbStG, § 13 a Rdnr. 24; *Jülicher* in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 13 a Rdnr. 132; *Hübner* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG, 2. Aufl. 2004, § 13 a Rdnr. 27; *Seer*, GmbHR 1999, 64, 70; *Meincke*, ErbStG, 14. Aufl. 2004, § 13 a Rdnr. 7; *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 13 a Rdnr. 7.1; *Hübner*, DStR 2003, 4; *Gebel*, Betriebsvermögensnachfolge, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 687; *Wälzholz*, ZEV 2001, 392.

2 BVerfG, MittBayNot 2007, 161 (LS) m. Anm. *Wälzholz* = BStBl II 2007, S. 192 = NJW 2007, 573; *Crezelius*, DStR 2007, 415; *Fuhrmann*, NJW 2007, 1415; *Geck*, DStR 2007, 427; *Pahlke*, NWB Fach 10, 1575; *Eisele*, NWB 2007, 501; *Götz*, BBEV 2007, 69; *Piltz*, ZEV 2007, 76; *Wachter*, BB 2007, 577; *Wälzholz*, BBEV 2007, 74; *ders.*, MittBayNot 2007, 161; *ders.*, ZErb 2007, 111.

3 Siehe BR-Drucks. 778/06 und BR-Drucks. 107/07. Siehe dazu auch *Bäuml*, ZEV 2006, 525; *Birk/Pöllath*, ZRP 2006, 209; *Brüggemann*, ErbBstg 2006, 224; *Christoffel*, ErbBstg 2006, 258; *Crezelius*, DB 2006, 2252; *Eisele*, NWB 2006, 2597; *Eisele*, NWB 2006, 3693; *Hannes*, DStR 2006, 2058; *Philipp/Oberwalder*, ZErb 2006, 345; *Scheffler/Wigger*, BB 2006, 2443; *M. Söffing/Seitz*, FR 2006, 920; *Wachter*, ZErb 2006, 391; *ders.*, GmbH-StB 2006; *ders.*, GmbHR 2006, 413; *ders.*, Stbg 2006, 565; *Ziegenbein/Beine*, BB 2006, 2500; *Zipfel*, BB 2006, 2718. Lediglich in einem nicht weiterverfolgten Vorentwurf zur Reform des Bewertungsrechts vor dem UntNachfErlG und vor der BVerfG-Entscheidung vom 7.11.2006 war eine Reform des § 99 Abs. 2 BewG vorgesehen, um das unbillige „Alles oder Nichts“ des § 99 Abs. 2 BewG zu beseitigen.

rigen.[4] Die Unwirksamkeit wäre Anfang 1997 mit Grundbucheintragung geheilt worden. Gravierender wären die Folgen hingegen, wenn der erste Vertrag dahingehend zu verstehen wäre, dass zum 31.12.1996 lediglich alle beweglichen Gegenstände übertragen werden sollten. In diesem Fall hätten die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 EStG[5] nicht vorgelegen. Sämtliche stillen Reserven in dem übertragenen Vermögen wären aufzulösen gewesen. Gleichzeitig wäre jedoch auch der betriebliche Zusammenhang des bei den Übergebern verbleibenden Grundbesitzes aufgelöst gewesen. Auch dieser Grundbesitz wäre dadurch entnommen worden. In diesem Fall hätte sich die Problematik der Begünstigung von Betriebsvermögen nach §§ 13 a, 19 a ErbStG gar nicht mehr gestellt. Der II. Senat des BFH scheint über diese ertragsteuerliche Problemlage bewusst oder unbewusst hinweggesehen zu haben. Richtigerweise hätte der BFH diese Frage jedoch mit klären müssen, da die zugrundeliegenden Feststellungsbescheide noch nicht bestandskräftig waren, sondern ebenfalls im BFH-Verfahren angegriffen wurden.

III. Miteigentums- und Mischgrundstücke im Erbschaftsteuerrecht

§ 99 Abs. 1 des BewG definiert die Betriebsgrundstücke im bewertungsrechtlichen Sinne. § 99 BewG ist gemäß § 12 Abs. 5 Satz 2 ErbStG auch im Rahmen der Erbschaftsteuer anzuwenden. Die Einordnung von Grundbesitz als Betriebsgrundstück ist essentiell für die Gewährung der steuerlichen Vorteile der §§ 13 a, 19 a ErbStG und wird nach dem im Entstehen befindlichen Recht voraussichtlich ebenso von entscheidender Bedeutung für die Anwendbarkeit der neuen Betriebsvermögensprivilegien sein. Die *crux* des vom BFH zu entscheidenden Sachverhaltes lag darin, dass das Grundstück im Miteigentum des Unternehmers und seines Ehegatten stand, wobei der Ehegatte des Unternehmers nicht am Unternehmen beteiligt war. Sein Miteigentumsanteil befand sich daher im Privatvermögen. § 99 Abs. 2 Satz 3 BewG normiert für diesen Fall, dass das Grundstück dann auch hinsichtlich des Anteils des Betriebsinhabers nicht als Betriebsgrundstück zu behandeln ist. Bereits ein Miteigentumsanteil eines Nichtunternehmers von 1 % führt damit zur kompletten Herausnahme dieses Grundstücks aus den Betriebsvermögensprivilegien der §§ 13 a, 19 a ErbStG. Die Folgen sind gravierend. Der BFH hat insoweit zweifelsfrei richtig entschieden. Es handelt sich um eine versteckte Norm, die gewiss häufig in der Vertragsgestaltung übersehen wird – glücklicherweise fast ebenso häufig vom Finanzamt.

Die gestalterische Lösung dieses Problems ist einfach: Der Ehegatte des Unternehmers hätte mit gehörigem zeitlichen Abstand vor der Übertragung seinen im Privatvermögen gehaltenen Miteigentumsanteil vorab auf den Unternehmer übertragen sollen. Damit wäre das Gesamtgrundstück ertragsteuerlich Betriebsvermögen geworden. Diese Wirkung tritt beim Erwerber und Betriebsnachfolger im Rahmen der Übertragung sowieso ein. Auf diese Art und Weise wäre das gesamte Grundstück uneingeschränkt als Betriebsvermögen anzusehen gewesen und hätte damit von §§ 13 a, 19 a ErbStG profitieren können. Ob es tatsächlich der Einhaltung einer Wartefrist bedarf, ist ungeklärt. In Zeiten, in denen die Finanzverwaltung jedoch verschärft Probleme wie die Kettenschenkung[6] und Gesamtplanrechtsprechung[7] aufgreifen, kann das Abwarten einer Zwischenfrist zumindest nicht schaden.

Die vorstehende Problematik stellt sich nicht bei Miteigentumsanteilen von Grundstücken im Betriebsvermögen von Kapitalgesellschaften und Mitunternehmerschaften i. S. d. § 15 Abs. 1 Nr. 2 oder § 18 EStG. Deren Anteile sind stets als Betriebsgrundstücke zu behandeln, auch wenn andere Miteigentümer am Grundstück beteiligt sind, die ihren Grundbesitz im Privatvermögen halten, § 99 Abs. 2 Satz 4 BewG.

IV. Das Parallelproblem: Mischgrundstücke

Einen vergleichbaren Problemfall normiert § 99 Abs. 2 Satz 1 u. 2 BewG. Handelt es sich bei zu übertragendem Grundbesitz um Mischgrundstücke, die teilweise zu privaten Zwecken und teilweise zu betrieblichen Zwecken genutzt werden, so geht das Einkommensteuerrecht von unterschiedlichen Wirtschaftsgütern nach dem sog. Nutzungs- und Funktionszusammenhang aus. Anders ist dies jedoch im Bewertungsrecht normiert. Ein gemischt genutztes Grundstück kann bewertungsrechtlich entweder Grundvermögen oder Betriebsgrundstück sein. Dies richtet sich danach, ob das Grundstück zu mehr als der Hälfte seines Wertes dem Gewerbebetrieb zu dienen bestimmt ist oder nicht. Im erst genannten Fall handelt es sich auch hinsichtlich des ertragsteuerlichen Privatvermögens um bewertungsrechtliches, also erbschaftsteuerliches Betriebsvermögen; im zuletzt genannten Fall handelt es sich hingegen insgesamt um bewertungsrechtliches Grundvermögen, das nicht an den Vorteilen der §§ 13 a, 19 a ErbStG teil hat. Entscheidende Bedeutung kommt dabei der Frage zu, nach welchen Maßstäben sich der Wert des jeweiligen Nutzungsteiles richtet. Die Finanzverwaltung und herrschende Meinung wenden insoweit die steuerlichen Bewertungsmaßstäbe an,[8] so dass es nicht auf das Verhältnis der Verkehrswerte ankommt. Gestalterisch lässt sich dieses Problem wiederum dadurch lösen, dass der Grundbesitz vorab vermessen wird und anschließend beispielsweise nur der betriebliche Teil des herausgemessenen Grundstückes übertragen wird. Der sicherste Weg besteht darin, erst die Vermessung vollständig durchzuführen und im Grundbuch vollziehen zu lassen und anschließend die vorweggenommene Erbfolge zu beurkunden. Anderenfalls stellt sich die ungeklärte Frage, ob es sich im zivilrechtlichen Sinne nicht doch noch um ein einheitliches Grundstück handelte.[9] Dann wäre § 99 Abs. 2 BewG weiterhin darauf anzuwenden.

V. Betriebsvermögen bei Veräußerer *und* Erwerber

In Ziff. 2 seiner Entscheidungsgründe führt der BFH aus, dass die §§ 13 a, 19 a ErbStG nur dann eingreifen können, wenn das Vermögen sowohl beim Veräußerer als auch beim Erwerber Betriebsvermögen ist. Eine vergleichbare Entscheidung hatte der BFH bereits zu Kapitalgesellschaftsanteilen ge-

---

4 BFH v. 22.2.2007, IX R 45/06, SIS 07 16 99 = LEXinform 5004694; BStBl II 2000, S. 386 = NJW-RR 2000, 1195; dazu auch *Heuermann*, DB 2007, 1267; *Bordewin*, DB 1996, 1359; *Funke-Lachotzki*, EStB 2002, 289; *Hohaus/Eickmann*, BB 2004, 1707; *Kleine-Rosenstein*, StuB 1999, 1027; *Köhler*, StBp 2004, 50; *Meyer-Koppitz*, DStZ 1996, 265; *Ritzrow*, StBp 2003, 140 und StBp 2003, 173; *ders.*, StBp 1995, 230 und 274; *Schnitter*, EStB 2001, 383.

5 Im Jahre 1996 entsprach diese Norm noch § 7 Abs. 1 EStDV.

6 BFH, MittBayNot 2006, 363, dazu auch *Viskorf*, INF 2005, 409; BStBl II 1994, S. 128 = BB 1994, 276; *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 7 Rdnr. 396.1; *Meincke*, ErbStG, § 7 Rdnr. 68 f.; *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 236; *Schuck* in Viskorf u. a., ErbStG, § 7 Rdnr. 94; *Fromm*, DStR 2000, 453; *Jülicher*, DStR 1994, 926; *Rautenberg/Korezkij*, DStR 1999, 81; *Schuck*, DStR 2004, 1948.

7 Siehe statt aller *Spindler*, DStR 2005, 1.

8 H 117 ErbStH 2003; *Wilms/Jochum/Fehrenbacher*, ErbStG, § 99 BewG Rdnr. 22.

9 Siehe dazu *Wälzholz*, BB 2007, 2035.

fällt,[10] als er eine mittelbare Zuwendung von Anteilen an Kapitalgesellschaften ablehnte. Der Anlass des BFH, sich mit dieser Problematik auseinanderzusetzen, besteht darin, dass der erworbene Grundbesitz beim Erwerber vollständig und hinsichtlich des gesamten Grundstückes zu Betriebsvermögen wurde. Dies genügt dem BFH jedoch nicht. Der BFH begründet diese enge Auslegung des Gesetzes damit, dass nur eine restriktive Auslegung der §§ 13 a, 19 a ErbStG eine zumindest annähernd verfassungskonforme Situation im Hinblick auf die Entscheidung des BVerfG vom 7.11.2006 ermögliche.[11] Während diese Entscheidung im vorliegenden Fall überzeugend ist und auch die Ablehnung der Anwendung des § 26 BewG Zustimmung verdient, so geht der BFH in den Entscheidungsgründen jedoch einen Schritt weiter. Muss das übertragene Vermögen stets bereits beim Veräußerer Betriebsvermögen gewesen sein, so hat der BFH sich implizit gleichzeitig gegen die mittelbare Betriebsschenkung[12] entschieden. Dies entspricht bereits der derzeitigen Auffassung der Finanzverwaltung,[13] war jedoch vom BFH bisher nur für Kapitalgesellschaftsanteile so entschieden worden. Die Entscheidung zu den Kapitalgesellschaftsanteilen konnte aufgrund der Besonderheiten der Wortlautfassung des § 13 a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG nicht ohne Weiteres auf übriges Betriebsvermögen übertragen werden. Der BFH hat diese Entscheidung gegen die mittelbare Betriebsschenkung im Übrigen bewusst gefällt, da er sich auf einzelne Literaturfundstellen bezieht, die dieses Problem ausdrücklich dort behandeln.

Neben der Ablehnung von mittelbaren Betriebsschenkungen scheidet damit für die Zukunft auch ein Verschaffungsvermächtnis über Betriebsvermögen gemäß § 2170 BGB als Begünstigungstatbestand i. S. d. §§ 13 a, 19 a ErbStG aus. Gleiches muss in Zukunft für die Hingabe von Betriebsvermögen als Abfindung für einen Verzicht auf einen noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG zumindest dann gelten, wenn das Betriebsvermögen sich nicht im Nachlass befand.[14] Denn der BFH betont, dass §§ 13 a, 19 a ErbStG allenfalls eine Rechtfertigung in sich tragen könnten, wenn der Betrieb vom Erwerber „weitergeführt", „aufrechterhalten" oder „fortgeführt" werde.

Problematisch ist schließlich die weitere Begünstigung nach §§ 13 a, 19 a ErbStG bei Personengesellschaftsanteilen, deren Vererbung mit Eintrittsklauseln ausgestaltet wird. Hier befindet sich der Gesellschaftsanteil des Erblassers grundsätzlich nicht im Nachlass, sondern wächst den Mitgesellschaftern vorläufig an. Die Erbmasse kann dem Begünstigten den Gesellschaftsanteil nicht verschaffen; dies müssen die Mitgesellschafter. Insoweit bleibt abzuwarten, ob der BFH auch insoweit die Begünstigungsnormen nach §§ 13 a, 19 a ErbStG auf sog. Eintrittsklauseln nicht mehr anwendet, da der Gesellschaftsanteil sich zwischen dem Tode des Erblassers und dem Eintritt des Eintrittsberechtigten nicht ununterbrochen im Nachlass befand. Dieses Problem ist in der Praxis weniger virulent, weil die Finanzverwaltung überzeugend nach R 55 Abs. 2 ErbStR die §§ 13 a, 19 a ErbStG gleichwohl anwendet, so dass ein entsprechender Problemfall eigentlich nicht von der Finanzverwaltung aufgegriffen werden dürfte.

Notar Dr. *Eckhard Wälzholz*, Füssen

10 BFH v. 16.2.2005, II R 6/02, BStBl II 2005, S. 411; a. A. *Hübner*, DStR 2003, 4, 9.

11 BVerfG v. 7.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235 sowie die Nachweise oben in Fn. 2.

12 Siehe dazu bereits die Nachweise in Fn. 1.

13 R 55 Abs. 4 ErbStR.

14 Ablehnend bereits bisher die Finanzverwaltung, R 55 Abs. 4 ErbStR.

18. GrEStG § 3 Nr. 1, § 8 (*Grunderwerbsteuerliche Freigrenze bei Gütergemeinschaft*)

Für die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG zählen in Gütergemeinschaft verheiratete Veräußerer nicht als zwei, sondern lediglich als ein Veräußerer. (Leitsatz des Einsenders)

BFH, Urteil vom 28.3.2007, II R 15/06; eingesandt von Notar Dr. *Hans-Hermann Wörner*, Kemnath

Der Kläger erwarb von in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten einen zu deren Gesamtgut gehörenden Miteigentumsanteil an einem Grundstück. Der Kaufpreis betrug 4.395,26 €. Das FA setzte gegen den Kläger für diesen Erwerb aus einer Gegenleistung von 4.395 € Grunderwerbsteuer in Höhe von 153 € fest. Einspruch und Klage blieben erfolglos. Mit der Revision macht der Kläger geltend, grunderwerbsteuerrechtlich lägen zwei Erwerbsvorgänge, nämlich von beiden Ehegatten vor, für die jeweils die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG nicht überschritten sei.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet; sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht erkannt, dass beim Erwerb eines Grundstücks, das zum Gesamtgut von in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten gehört, durch einen Erwerber nur ein Erwerb i. S. d. § 3 Nr. 1 GrEStG vorliegt (Abgrenzung zu BFHE 64, 568 = BStBl III 1957, 213).

Der Erwerb eines Grundstücks ist gemäß § 3 Nr. 1 GrEStG von der Besteuerung ausgenommen, wenn der für die Berechnung der Steuer maßgebende Wert (§ 8 GrEStG) 2.500 € nicht übersteigt (Freigrenze). Die Freigrenze ist für jeden einen der Tatbestände des § 1 Abs. 1 bis 3 GrEStG erfüllenden Rechtsvorgang gesondert zu berücksichtigen. Beim Erwerb eines Miteigentumsanteils, der zum Gesamtgut von in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten gehört, durch einen Erwerber wird nur ein Erwerb i. S. d. § 3 Nr. 1 GrEStG verwirklicht.

a) Bürgerlichrechtlich und damit auch grunderwerbsteuerrechtlich (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG) erfüllt das ideelle Miteigentum an einem Grundstück den Grundstücksbegriff. Ein Grundstück in Gestalt des Miteigentumsrechts kann – wie jedes reale Grundstück – auch mehreren Personen zustehen.

b) Eheleute, die im Güterstand der Gütergemeinschaft leben, können jeweils über ihren Anteil am Gesamtgut (§ 1416 BGB) und an den einzelnen Gegenständen, die zum Gesamtgut gehören, nicht verfügen (§ 1419 Abs. 1 BGB). Das Gesamtgut ist gesamthänderisch gebundenes Vermögen. In Gütergemeinschaft lebende Eheleute können deshalb über Gegenstände, die zum Gesamtgut gehören, nur gemeinschaftlich und im Ganzen verfügen. Verfügen die Eheleute über ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück, kann sich der tatbestandserfüllende Rechtsvorgang nur auf das Grundstück im Ganzen beziehen (wie hier: *Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, 3. Aufl., § 3 Rdnr. 29 und 26; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, 8. Aufl., § 3 Rdnr. 5; abgestimmter Ländererlass Finanzministerium Saarland vom 29.9.2002, B/5–2 – 15/2002 – S 4505; a. A. BFHE 64, 568 = BStBl III 1957, 213).

Der Umstand, dass Gegenstand des Erwerbs in diesen Fällen nur das eine Grundstück (hier: Miteigentumsanteil) sein kann, schließt die Annahme mehrerer Rechtsträgerwechsel aus. Ohne Bedeutung ist, dass die Gütergemeinschaft – im Gegensatz zu anderen Gesamthandsgemeinschaften – grunderwerbsteuerrechtlich nicht relativ verselbständigt ist (*Sack* in Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, 16. Aufl., § 3 Rdnr. 88) und ferner, dass nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO gesamthänderisches Miteigentum den Beteiligten anteilig zuzurechnen ist (vgl.

BFHE 64, 568 = BStBl III 1957, 213). Denn die getrennte Zurechnung des Gesamtguts ist für die grunderwerbsteuerrechtliche Beurteilung der vorliegenden Fallkonstellation aus den dargelegten Gründen nicht erforderlich.

Anmerkung:

Schon seit einiger Zeit soll es nach Auffassung der Finanzverwaltung bei der Anwendung der Grunderwerbsteuer-Freigrenze (§ 3 Nr. 1 GrEStG) auf mehrere Veräußerer und Erwerber nur noch auf die Zahl der Erwerber ankommen.[1] Zuvor wurde noch eine „wirtschaftliche" Betrachtungsweise an den Tag gelegt, die Freigrenze konnte danach grundsätzlich so oft ausgenutzt werden, wie Miteigentum veräußernde und/oder erwerbende Personen vorhanden waren, unabhängig vom Güterstand des Veräußerers.[2] Die aktuelle Verwaltungsauffassung folgt dabei der Argumentation der herrschenden Literatur, wonach über ein Grundstück im Ganzen die Miteigentümer gemäß § 747 Satz 2 BGB nur gemeinschaftlich verfügen könnten.[3] Dieser Argumentation schließt sich nunmehr auch der BFH für die Fälle der Gütergemeinschaft an und will sich damit von seiner überkommenen Rechtsprechung „abgrenzen".[4] Die knappe Argumentation überzeugt nicht, der Rekurs auf § 1419 BGB und die behauptete Irrelevanz von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO unter (für sich genommen zutreffendem) Hinweis auf die zivilrechtliche Prägung des Grunderwerbsteuerrechts lassen sich nicht mit dem vorrangigen Grundsatz vereinbaren, dass Gütergemeinschaften im Bereich der Verkehrsteuern keine Steuersubjekte sind – dies sind vielmehr jeweils die betreffenden Eheleute als natürliche Personen.[5] Allerdings dürfte hier für die Praxis zunächst gelten: „*Munichia locuta*".[6]

Zugleich gibt es nach meiner Einschätzung aber auch einen Lichtblick für veräußernde *ideelle* Miteigentümer. Wenn nämlich in den Urteilsgründen betont wird, dass Miteigentumsanteile „bürgerlichrechtlich und damit auch grunderwerbsteuerlich" den Grundstücksbegriff erfüllen, so kann das nur heißen, dass der BFH jedenfalls § 747 Satz 2 BGB – als Vorschrift über die bloße Reichweite von Verfügungsbefugnissen – entgegen Literatur und Finanzverwaltung für unerheblich hält[7] und damit zugleich zu erkennen gibt, dass hier der Zahl der Miteigentumsanteile entsprechend für § 3 Nr. 1 GrEStG selbständig zu beurteilende Steuerfälle vorliegen. Jeder veräußernde Miteigentümer verfügt also mit anderen Worten nur über seinen eigenen Anteil als Grundstück i. S. d. GrEStG.[8] Es bleibt abzuwarten, ob der BFH auch diese (praxishäufigeren) Fälle einer „Abgrenzung" wie bei den Gütergemeinschaften unterziehen wird. Ein Einspruch gegen den Grunderwerbsteuerbescheid erscheint hier jedenfalls angesichts der Urteilsgründe nicht aussichtslos.

Andernfalls bleibt nur noch, in den grunderwerbsteuerlichen Bagatellfällen (die jedenfalls in der ländlichen Praxis so selten nicht sind) zwangsweise weiterhin auf gekünstelt anmutende Ausweichgestaltungen zurückzugreifen.[9] Eine Verpflichtung hierzu besteht für den Notar, der kein Steuerberater ist, nicht.

Notar Dr. *Arne Everts*, Berchtesgaden

---

1 Vgl. für Bayern Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 4.6.2002, MittBayNot 2002, 322 sowie ergänzendes Schreiben für in Gütergemeinschaft lebende Veräußerer vom 15.11.2002, MittBayNot 2003, 244.

2 BFH, BStBl III 1953, 343; BStBl III 1956, 364; BStBl III 1957, 213; BStBl II 1995, 174.

3 Z. B. *Hofmann/Hofmann*, GrEStG, 8. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 5; *Pahlke/Franz*, GrEStG, 2. Aufl. 1999 (= Voraufl.), § 3 Rdnr. 21, a. A. allerdings jetzt die aktuelle, 3. Aufl. (2005), § 3 Rdnr. 26.

4 Siehe Fn. 2.

5 Ausführlich *Everts*, MittBayNot 2003, 204, 206.

6 Erstaunlicherweise ist das Judikat gleichwohl nicht von der Finanzverwaltung in BStBl II übernommen worden, sondern wird nur in der Sammlung BFH/NV geführt.

7 Allerdings gilt dies auch für § 1419 BGB.

8 So jetzt auch *Pahlke/Franz*, GrEStG, 3. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 26.

9 Getrennte Veräußerung jedes Miteigentumsanteils, vgl. *Everts*, MittBayNot 2003, 204, 206 f. mit Berechnungsbeispiel.

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. JR Dr. Karl Eiswirth, Kandel, verstorben am 24.8.2007

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.4.2008:

Notar Eberhard Oltersdorf, Cadolzburg

Mit Wirkung vom 1.6.2008:

Notar Dieter Bensch, Nürnberg

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.9.2007:

Fürth	dem Notarassessor Dr. Christian Auktor (bisher in München Notarstellen Reeh/Dr. Frank)

Mit Wirkung vom 1.10.2007:

Kempten (in Sozietät mit Notar Haasen)	dem Notar Dr. Lorenz Bülow (bisher in Immenstadt)
Landshut	dem Notarassessor Christian Steer (bisher in Regensburg Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)
Landstuhl	dem Notarassessor Dr. Markus Stuppi (bisher in Kaiserslautern Notarstelle Jacob/Dietrich)
Frankenthal	dem Notar Martin Kluge (bisher in Dahn)

Mit Wirkung vom 1.2.2008:

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Regler)	dem Notar Gerhard Thoma (bisher in Ansbach)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.9.2007:

Jens Neie, Bad Bergzabern (Notarstelle Dr. Endrulat)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Die Notarstelle Hof (bis 30.4.2007 Notar Dr. Benedikt Selbherr) wurde mit Wirkung vom 1.9.2007 aufgehoben

Notarin Anja Kapfer verwahrt die Urkunden von Notar Dr. Benedikt Selbherr

Die Notarstelle Schweinfurt (bis 31.5.2007 Notar Dr. Klaus Schmidt) wurde mit Wirkung vom 15.9.2007 aufgehoben

Notarin Bianca Dähnert verwahrt die Urkunden von Notar Dr. Klaus Schmidt

Notar Dr. Bernhard Seeger, Uffenheim, wurde mit Wirkung vom 12.7.2007 promoviert

Notarassessor Helmut Hutterer, München (Notarstellen Dr. Asam/Thiede), ab 17.9.2007 in München (Notarstellen Dr. Pachtner/Dr. Thiele)

Mit Wirkung vom 1.10.2007 haben der Notar Jürgen Schmeißer und die Notarin Birgit Stoll in Fürth ihre Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung beendet

Notarassessor Johannes Hecht, Bayreuth (Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber), ab 1.10.2007 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessor Dr. Ingmar Wolf, Memmingen (Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer), ab 8.10.2007 in München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

Notarassessor Simon Meyer, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott), ab 15.10.2007 in Hof (Notarstelle Dr. Krauß)

Notarassessor Christian Müller, München (Notarstellen Dr. Graf von Stosch/Dr. Schervier), ab 1.11.2007 in München (Notarstellen Kelch/Dr. Keller)

Inspektorin i. N. Birgit Feuchtwurzer, Freising (Notarstellen Schmidl/Schmidl), ab 1.10.2007 in Hengersberg (Notarstelle Stelzer)

Amtmann i. N. Stefan Krämer, Edenkoben (Notarstelle Dr. Köster), ab 1.1.2008 in Landau i. d. Pfalz (Notarstellen Sties/Baumann)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Notariatsrat i. N. Michael Gerle, München (Notarstellen Kelch/Dr. Keller), ab 30.11.2007 im Ruhestand

Inspektorin i. N. Jutta Schimpf, Erlangen (Notarstelle Dr. Odersky), eigene Kündigung zum 15.9.2007

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Bad Kötzing, Notarstelle Miedaner,
Telefax: 09941 9419-20

Erlangen, Notarstelle Dr. Huber,
E-Mail: info@notarin-huber.de

Fürth, Notarstelle Stoll,
Telefon: 0911 770166 und 0911 770626
E-Mail: notarin.stoll@t-online.de

Fürth, Notarstelle Schmeißer,
Rohnhofer Weg 18, 90765 Fürth
Telefon: 0911 9773923
Telefax: 0911 9773890
E-Mail: notar.schmeisser@t-online.de

Höchstadt/Aisch, Notarstelle Lisch,
Am Vogelseck 1, 91315 Höchstadt/Aisch

Hollfeld/Ofr., Notarstelle Lauckner,
Salvatorstraße 8, 96142 Hollfeld/Ofr.
E-Mail: Kanzlei@notarin-lauckner.de

München, Notarstellen Dr. Schemmann/Dr. Ludewig,
E-Mail: notare@schemmannludewig.de

Neustadt a. d. Weinstraße, Notarstelle Eisenburger,
Telefon: 06321 39020

Pirmasens, Notarstelle Küper,
E-Mail: Notar-Kueper@notarnet.de

Straubing, Notarstellen Dr. Schneeweiß/Lautner,
Mühlsteingasse 7, 94315 Straubing

Weilheim, Notarstelle Dr. Bracker,
weitere E-Mail: notar.bracker@notarnet.de

Fortbildungsseminare für die fachkundigen Mitarbeiter der Notarkasse

Termine für 2008

Die Notarkasse gibt die Seminartermine für 2008 wie folgt bekannt:

1. Pflichtseminare – bisherige Themen

11.2.2008 – 13.2.2008 (ca. 60 Teilnehmer),
14.2.2008 – 16.2.2008 (ca. 60 Teilnehmer),

9.6.2008 – 11.6.2008 (ca. 55 Teilnehmer),
12.6.2008 – 14.6.2008 (ca. 55 Teilnehmer).

Die Anreise erfolgt am Sonntag bzw. am Mittwoch jeweils bis 18 Uhr, die Abreise am letzten Seminartag gegen 12 Uhr.

Anmelden können sich ab sofort alle fachkundigen Mitarbeiter, die an den bisherigen Seminaren nicht teilnehmen konnten. Berücksichtigt werden Anmeldungen nach der Reihenfolge des Eingangs bei der Notarkasse.

Für neu übernommene fachkundige Mitarbeiter gilt wie bisher eine Wartezeit von zwei Jahren.

Zur Teilnahmepflicht, zum Ablauf, zu den Seminarinhalten und zu den Referenten sowie zum Anmeldeverfahren wird auf das Rundschreiben Nr. 6 b vom 19.4.2006 hingewiesen.

Die Anmeldung ist mit der/dem Beschäftigungsnotarin/Beschäftigungsnotar abzustimmen.

2. Zusatzseminare – bisheriges Thema

Es steht folgender Termin zur Verfügung:

20.6.2008 – 21.6.2008.

Thema: „Ausgewählte Probleme aus dem Erb- und Familienrecht mit Grundzügen IPR“

Die Anreise erfolgt am Donnerstag, 19.6.2008 bis 18 Uhr, die Abreise am Samstag ca. 13 Uhr. Auf eigenen Wunsch kann die Anreise auch am Tag des Seminarbeginns bis spätestens 9 Uhr oder eine tägliche Anreise erfolgen.

Anmelden können sich ab sofort alle fachkundigen Mitarbeiter, die an dem Seminar noch nicht teilgenommen haben. Berücksichtigt werden Anmeldungen nach der Reihenfolge des Eingangs bei der Notarkasse.

Für neu übernommene fachkundige Mitarbeiter besteht bei diesem freiwilligen Seminar keine Wartezeit.

Die Anmeldung ist mit der/dem Beschäftigungsnotarin/Beschäftigungsnotar abzustimmen. Die Teilnahme ist freiwillig.

3. Neue Seminare

Im Oktober 2008 werden die Seminare mit neuen Themen fortgeführt. Hierüber werden die fachkundigen Mitarbeiter der Notarkasse in einem Rundschreiben informiert.

Folgende Termine stehen bereits fest:

a) Pflichtseminare

13.10.2008 – 15.10.2008
16.10.2008 – 18.10.2008.

b) Freiwillige Seminare

10. und 11.10.2008.

4. Anmeldung

Anmeldungen zur Teilnahme an einem Pflichtseminar oder an einem freiwilligen Seminar sind schriftlich, per Telefax (089 55166-163) oder E-Mail (Werner.Tiedtke@Notarkasse.de) an die Notarkasse zu richten.

5. Veranstaltungsort

Die Veranstaltungen finden wie bisher im Hotel Aurachhof, Fischbachau, statt.

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer, Notarassessor Dr. Markus Vierling
Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.