

# 5 MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2005 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,  
Notar in Passau

## Schriftleitung:

Andrea Lichtenwimmer,  
Notarassessorin

Dr. Martin T. Schwab,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

## Aufsätze

*Krauß*: Sozialhilferegress bei Schenkung von  
Schonvermögen 349

*Schubert*: Notarkosten und Auslandsberührung 357

*M. Krebs*: Jüngste Änderungen der Dienstordnung und ihre  
Auswirkungen auf die Praxis 363

*J. Mayer*: Testamentsvollstreckung durch Steuerberater,  
Banken und Sparkassen 366

*Reiß*: Abstrakte Schuldversprechen und Verbraucherdarlehen –  
Verstoßen Schuldversprechen gegen § 496 BGB? 371

*Vierling/Mehler/Gotthold*: Die kostenlose Alternative  
zum Wirksamkeitsvermerk: Der bedingte Rangvorbehalt 375

*Gottwald*: Grunderwerbsteuerliche Anzeigepflichten in den  
Fällen des § 1 Abs. 2 a und § 1 Abs. 3 GrEStG 378

*Promberger*: Zum Andenken an Notar Max Königer 381

## Tagungsbericht

Patientenverfügung – Tagung der Forschungsstelle für  
Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München  
am 8.6.2005 (*Peres*) 382

## Rechtsprechung

Beweislast für Zugang der Fälligkeitsmitteilung  
(BGH, Urteil vom 26.11.2004, V ZR 119/04) 395  
mit Anmerkung *Lichtenwimmer* 396

Überlassung eines mit Grundschuld, Nießbrauch und  
Rückübereignungsvormerkung belasteten Grundstücks  
ist rechtlich vorteilhaft; keine Gesamtbetrachtung  
(BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04) 408  
mit Anmerkung *Feller* 412

Regelmäßig keine Abwicklung eines Grundstücks-  
kaufvertrags über Notaranderkonto  
(OLG Bremen, Beschluss vom 18.3.2004, 1 W 1/04) 428  
mit Anmerkung *Sandkühler* 432

Vorrang von Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz  
gegenüber Unterhaltsansprüchen  
(OLG Saarbrücken, Urteil vom 24.6.2004, 6 UF 77/03) 436  
mit Anmerkung *Krauß* 437

## Inhalt

### Aufsätze

- Krauß*: Sozialhilferegress bei Schenkung von Schonvermögen **349**
- Schubert*: Notarkosten und Auslandsberührung **357**
- M. Krebs*: Jüngste Änderungen der Dienstordnung und ihre Auswirkungen auf die Praxis **363**
- J. Mayer*: Testamentsvollstreckung durch Steuerberater, Banken und Sparkassen **366**
- Reiß*: Abstrakte Schuldversprechen und Verbraucherdarlehen –  
Verstoßen Schuldversprechen gegen § 496 BGB? **371**
- Vierling, Mehler, Gotthold*: Die kostenlose Alternative zum Wirksamkeitsvermerk:  
Der bedingte Rangvorbehalt **375**
- Gottwald*: Grunderwerbsteuerliche Anzeigepflichten in den Fällen  
des § 1 Abs. 2 a und § 1 Abs. 3 GrEStG **378**
- Promberger*: Zum Andenken an Notar Max Königer **381**

### Tagungsbericht

- Patientenverfügung – Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht  
an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 8.6.2005 (*Peres*) **382**

### Buchbesprechungen

- Langenbacher: Europarechtliche Bezüge des Privatrechts (*Moes*) **384**
- Stamm: Die Auflassungsvormerkung (*Kössinger*) **386**
- Demharter: Grundbuchordnung (*Krafka*) **387**
- Hammer: Elternvereinbarungen im Sorge- und Umgangsrecht (*Bandel*) **387**
- Schüppen/Schaub: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht;  
Lorz/Pfisterer/Gerber: Beck'sches Formularbuch Aktienrecht (*Terbrack*) **388**
- Schwab/Walter: Schiedsgerichtsbarkeit (*Bandel*) **389**
- Eylmann/Vaasen: Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz (*Eue*) **390**
- Beck'sche Gesetze Digital; LEXsoft Deutsches Recht;  
LEXsoft Rechtsbibliothek (*Schervier*) **391**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers bei Schonvermögen  
(BGH, Urteil vom 19.10.2004, X ZR 2/03) **394**
2. Beweislast für Zugang der Fälligkeitsmitteilung  
(BGH, Urteil vom 26.11.2004, V ZR 119/04) **395**  
mit Anmerkung *Lichtenwimmer* **396**

## Inhalt (Fortsetzung)

3. Persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung verstößt nicht gegen § 10 Abs. 2 VerbrKrG (BGH, Urteil vom 15.3.2005, XI ZR 135/04) **397**

4. Feuchtigkeit im Keller als verdeckter Mangel (OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.10.2004, 17 U 7/04) **401**

### Sachen- und Grundbuchrecht

5. Keine ungesicherte Vorleistung bei Bürgschaft nach § 7 MaBV (BGH, Urteil vom 10.3.2005, IX ZR 73/01) **404**

6. Unzulässige Eintragung eines Benutzungsrechts mangels hinreichender Kennzeichnung des Rechts (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.7.2004, 14 Wx 24/04) **406**

7. Deutsche Bahn AG: Zurechnung von Erklärungen im Grundbuchverfahren (LG München II, Beschluss vom 16.8.2004, 6 T 2652/04) **407**

### Familienrecht

8. Überlassung eines mit Grundschuld, Nießbrauch und Rückübereignungsvormerkung belasteten Grundstücks ist rechtlich vorteilhaft; keine Gesamtbetrachtung (BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04) **408**  
mit Anmerkung *Feller* **412**

9. Erwerb eines vermieteten Grundstücks bei Vorbehaltsnießbrauch nicht lediglich rechtlich vorteilhaft (BGH, Beschluss vom 3.2.2005, V ZB 44/04) **413**  
mit Anmerkung *Feller* **415**

### Erbrecht

10. Testamentsvollstreckung durch Steuerberater (BGH, Urteil vom 11.11.2004, I ZR 182/02) **416**

11. Testamentsvollstreckung durch Banken (*nur Leitsatz*) (BGH, Urteil vom 11.11.2004, I ZR 213/01) **419**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. Keine Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz einer GmbH ins Ausland (Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 30.11.2004, 6 Wx 4/04) **419**

13. Einzahlung der Stammeinlage unmittelbar vor Abschluss des Gesellschaftsvertrags (OLG Frankfurt, Beschluss vom 24.1.2005, 20 W 415/04) **421**

14. Barkapitalerhöhung bei einer GmbH um einen nicht durch 50 € teilbaren Betrag (KG, Beschluss vom 8.2.2005, 1 W 203/03) **422**

### Beurkundungs- und Notarrecht

15. Vereinbarkeit der Landeskinderklausel mit Art. 12 Abs. 1 GG (BVerfG, Beschluss vom 28.04.2005, 1 BvR 2231/02, 1 BvR 572/03, 1 BvR 586/03, 1 BvR 629/03) **424**

## Inhalt (Fortsetzung)

16. Regelmäßig keine Abwicklung eines Grundstückskaufvertrags über Notaranderkonto (OLG Bremen, Beschluss vom 18.3.2004, 1 W 1/04) **428**  
mit Anmerkung *Sandkühler* **432**
17. Abwicklung eines Grundstückskaufvertrags über Notaranderkonto nicht sachwidrig (Kammergericht Berlin, Beschluss vom 25.5.2004, 1 W 472/01) **430**  
mit Anmerkung *Sandkühler* **432**

### Kostenrecht

18. Überwachung der Kaufpreiszahlung löst zusätzliche Gebühr aus (BGH, Beschluss vom 12.5.2005, V ZB 40/05) **433**

### Öffentliches Recht

19. Vorrang von Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz gegenüber Unterhaltsansprüchen (OLG Saarbrücken, Urteil vom 24.6.2004, 6 UF 77/03) **436**  
mit Anmerkung *Krauβ* **437**
20. Verstoß gegen „Verschleuderungsverbot“ führt zu Nichtigkeit (*nur Leitsatz*) (Thüringer OLG Jena, Urteil vom 2.3.2005, 4 U 943/01) **439**  
mit Anmerkung *Grziwotz* **439**

### Steuerrecht

21. Mittelbare Grundstücksschenkung bei Eigentumsumschreibung vor Überlassung Geldbetrag (BFH, Urteil vom 10.11.2004, II R 44/02) **440**
22. Anzeigepflichten nach § 18 und § 19 GrEStG; Steuerentstehung bei Treuhandvertrag (BFH, Beschluss vom 20.01.2005, II B 52/04) **441**
23. Vorsteuerabzug einer Vorgründungsgesellschaft (BFH, Urteil vom 15.7.2004, V R 84/99) **443**
24. Grunderwerbsteuer bei Erwerb einer Kapitalanlagegesellschaft (*nur Leitsatz*) (BFH, Urteil vom 29.9.2004, II R 14/02) **445**
25. Kein Anschaffungsvorgang bei Grundstückseinbringung in personenidentische GbR (*nur Leitsatz*) (BFH, Urteil vom 6.10.2004, IX R 68/01) **445**

### Standesnachrichten **446**

### Sonstiges **III**

# 5 | **MittBayNot** Begründet 1864

September/Oktober 2005 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

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

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

## AUFSÄTZE

### Sozialhilferegress bei Schenkung von Schonvermögen

– zugleich Besprechung der Entscheidung des BGH vom 19.10.2004, X ZR 2/03\* –

Von Notar Dr. *Hans-Frieder Krauß*, LL.M. (Michigan), Hof

Dem zu besprechenden Urteil des BGH liegt eine geradezu alltägliche Ausgangssituation zugrunde: In vorweggenommener Erbfolge überträgt der Veräußerer ein von ihm weiterhin bewohntes, angemessenes Eigenheim an seinen Sohn. Später, jedoch innerhalb der 10-Jahres-Frist des § 529 Abs. 1 BGB, bezieht er Sozialhilfeleistungen (Übernahme der Kosten für externe Pflegekräfte gemäß § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII, soweit über die Pflegesachleistungen des § 37 SGB XI hinausgehend); in dieser Höhe verlangt der Sozialleistungsträger nach Überleitung des Rückforderungsanspruchs durch Verwaltungsakt gemäß § 93 Abs. 1 SGB XII vom Erwerber Wertersatz in Geld. Dessen Einwand, das Anwesen hätte als angemessenes Eigenheim im Sinn des § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII dem Vater als Leistungsberechtigtem anrechnungsfrei verbleiben dürfen, wenn es weiter in seinem Eigentum gestanden hätte, wird nicht gehört.

Man traut als biederer Ziviljurist ja dem Sozialleistungsträger im Bereich der steuerfinanzierten Fürsorgeleistungen (Sozialhilfe gemäß SGB XII und Grundsicherung für Arbeitssuchende gemäß SGB II) einiges zu, beispielsweise den Zugriff auf den Pflichtteilsanspruch bereits vor dessen Geltendmachung in voller Höhe<sup>2</sup>, wo ihn der Gemeinschuldner mit Restschuldbefreiungshoffnung nur zur Hälfte gemäß § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO einzusetzen hätte, während dem schlichten Gläubiger und dem einfachen Insolvenzverwalter vor dessen Geltendmachung jeglicher verwertende Zugriff auf den

Pflichtteilsanspruch verwehrt wäre (§ 852 Abs. 1 ZPO, § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO). Auch der Rückforderungsanspruch wegen Verarmung gemäß § 528 BGB selbst unterläge ja demselben Zugriffsschutz (§ 852 Abs. 2 ZPO), der allerdings dem Sozialfürsorgeträger gegenüber zur Sicherung des Regresserfolgs gemäß § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII (bzw. § 33 Abs. 1 Satz 3 SGB II) außer Kraft gesetzt wird. Schließlich erfährt der zivilrechtliche Tatbestand des § 528 BGB, sobald er zum Instrument der Regresssicherung wird, deutliche Mutationen (eingeschränkte Abtretbarkeit; Fortbestand trotz Wegfalls des Notbedarfs; transmortale Fortexistenz und Überleitbarkeit; Immunität gegenüber Konfusion; etc)<sup>3</sup>. Darauf hat sich die Praxis bereits eingerichtet.

Offensichtlich gelingt dem Sozialhilfefürsorgeträger nun aber auch die „wundersame Geldvermehrung“ dergestalt, dass aus anrechnungsfreiem Schonvermögen, wenn es nur unentgeltlich den Besitzer wechselt, ohne Wenn und Aber Wertersatzzahlungen entspringen, so dass die Überlassung das Risiko eines Zugriffs aufgrund Verarmung des Veräußerers nicht etwa verringert oder zumindest unverändert gelassen hat, sondern (jedenfalls vor Ablauf der 10-Jahres-Frist) sogar erhöht?<sup>4</sup> Kann unter sozialrechtlichen Aspekten überhaupt noch zur vorweggenommenen Erbfolge geraten werden, zumal bekanntermaßen auch bei „Verarmung“ auf der Erwerberseite Ungemach droht? Nach der in Begründung und Ergebnis unzutreffenden, jedoch rechtskräftig gewordenen Entscheidung des VG Gießen<sup>5</sup> sind auch Vermögensgegenstände, die unter

\* MittBayNot 2005, 394 (in diesem Heft).

<sup>1</sup> Alle sozialrechtlichen Zitate sind bereits in die seit 1.1.2005 geltende Gesetzesfassung „übersetzt“.

<sup>2</sup> BGH, MittBayNot 2005, 314 m. Anm. J. Mayer, MittBayNot 2005, 286 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Krauß, ZEV 2001, 418 ff.

<sup>4</sup> So die Anmerkung in DNotI-Report 2005, 14.

<sup>5</sup> DNotZ 2001, 784 mit zu Recht ablehnender Anmerkung J. Mayer.

vormerkungsgesichertem schuldrechtlichem Veräußerungs- und Belastungsverbot erworben wurden, anders als bei der letztwilligen Zuwendung gleichwohl verwertbar. Die Geltendmachung des Rückübertragungsverlangens durch den Veräußerer bei durch den Sozialhilfeträger erzwungener Veräußerung oder Belastung, etwa gemäß § 91 SGB XII, sei wegen Verstoßes gegen § 138 BGB unbeachtlich und die Vormerkung demnach ohne Wirkung.

Die auf den ersten Blick verblüffende „wundersame Vermehrung der Zugriffsmöglichkeiten“ relativiert sich in einem ersten Gedankenschritt, wenn der alternative Geschehensablauf ohne Vermögensübertragung unter Regressgesichtspunkten weiter verfolgt wird: Sofern der Eigentümer aufgrund seiner Pflegebedürftigkeit stationär in einem Pflegeheim hätte untergebracht werden müssen und kein weiteres Mitglied der Ein- und Bedarfsgemeinschaft der §§ 19, 20 SGB XII (nicht getrenntlebender Ehegatte/Lebenspartner/in eheähnlicher Gemeinschaft Lebender) im Anwesen verblieben wäre, hätte es bereits zu diesem Zeitpunkt seine Schonvermögeenseigenschaft verloren und wäre – unabhängig vom weiteren Bewohnen durch Sohn oder sonstige Verwandte – einsatzpflichtiges Vermögen geworden. Wäre es jedoch bis zum Tod des weiterhin ambulant gepflegten Eigentümers diesem gemäß § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII verblieben, stünde dem Sozialhilfeträger sodann, nach dessen Tod, der Zugriff auf den Nachlass gemäß § 102 SGB XII bzw. § 35 SGB II zu Gebote, und zwar bis zu dessen Erschöpfung (allerdings in Konkurrenz mit anderen Nachlassverbindlichkeiten), bezogen auf die während der letzten zehn Jahre vor dem Tod bezogene Sozialhilfe, und ohne dass weitere Schonvermögensprivilegierungen Berücksichtigung finden könnten.<sup>6</sup>

Die „Versilberung“ des Zuwendungsanteils aus der vorweggenommenen Erbfolge nimmt also unter Regressgesichtspunkten lediglich die sonst drohende künftige Versilberung des Nachlasses vorweg (erstere erfasst allerdings, sofern nur die Verarmung innerhalb des Zehnjahreszeitraums des § 529 Abs. 1 BGB eintritt, von da an die gesamte durch den Sozialleistungsträger in Vorleistung gefüllte Unterhaltslücke bis zum Erreichen des unentgeltlich gebliebenen Anteils der Zuwendung, letztere ist lediglich rückrechnend limitiert auf die Zuwendungen während der letzten zehn Jahre vor dem Todesfall).

Zur näheren Untersuchung des Urteils, seiner Auswirkungen und möglicher kautelar-juristischer Vorsorge empfiehlt sich in aller gebotenen Kürze ein Blick auf den Inhalt des Rückforderungsanspruchs in seinen verschiedenen Fallgestaltungen (nachstehend 1.), sodann die Untersuchung möglicher schenkungsrechtlicher Schonungstatbestände gemäß § 529 BGB (nachstehend 2.), die Analyse der Wirkung des § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII als sozialhilferechtlicher Schranke (nachstehend 3.) sowie Überlegungen zur kautelarjuristischen und forensischen Vorsorge (nachstehend 4.).

### 1. Drei (vier?) mögliche Anspruchsinhalte des Rückforderungsanspruchs bei Verarmung

Verarmt der Schenker nach<sup>7</sup> Vollziehung<sup>8</sup> der Schenkung<sup>9</sup> und nimmt daher steuerfinanzierte Sozialfürsorgeleistungen oder unterhaltssichernde Leistungen Dritter (Einmietungsvertrag in einem Seniorenstift) in Anspruch,<sup>10</sup> ist bezüglich des In-

<sup>6</sup> Mit Ausnahme der Teilfreistellung in Höhe von 15.340 € gemäß § 102 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII (bzw. 15.500 € in § 35 SGB II) bei häuslicher Pflege bis zum Tod; für eine teleologische Reduktion darüber hinaus möglicherweise auch BayVGBl. 1994, 312.

halts des Rückforderungsanspruchs bei ihrer Natur nach unteilbaren Schenkungsobjekten (etwa Grundstücken) zu differenzieren zwischen drei, möglicherweise vier Sachverhalten:

a) Sofern die zum Zeitpunkt der Rückforderung bereits akkumulierte Bedarfslücke den Aktivwert des gesamt zugewendeten Objekts übersteigt, die „Rückabwicklung“ des gesamten Schenkungsvorgangs also insgesamt erforderlich ist, um den Unterhaltsbedarf des verarmten Schenkers zu befriedigen, richtet sich der Anspruch auf Rückgabe in Natur (Rückauffassung und Wiederbeschaffung des Besitzes, gegebenenfalls Zug um Zug gegen Rückabwicklung erhaltener Gegenleistungen – kondiktionsrechtliche Saldotheorie –), also auf Naturalrestitution im Sinn des § 812 Abs. Satz 1 BGB.

b) Liegt dem solchermaßen zur Rückgabe des Vermögenswertes verpflichteten Beschenkten [Sachverhalt a)] daran, das erhaltene Vermögen zu „verteidigen“, um den Preis einer möglicherweise darüber hinausgehenden Einbuße hinsichtlich seines Einkommens willen, kann er von der ihm in § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB eingeräumten Ersetzungsmöglichkeit (Schuldumschaffung, Novation) Gebrauch machen, indem er dem Veräußerer ein zivilrechtliches Leibrentenversprechen (als Geldschuld, nicht als Unterhaltsschuld) im Sinn der §§ 759 ff. BGB aussetzt, dessen Gesamthöhe nun nicht mehr auf den Umfang der unentgeltlich gebliebenen Bereicherung des Beschenkten begrenzt ist.<sup>11</sup>

c) Im Regelfall liegt jedoch bei Grundbesitzübertragungen der (Aktiv-)Wert des zugewendeten unteilbaren Gegenstands über dem Betrag der auszugleichenden, bisher akkumulierten und der monatlich wiederkehrenden Unterhaltslücke, so dass gemäß § 818 Abs. 2 BGB infolge Unmöglichkeit der eigentlich geschuldeten Teilherausgabe (vgl. Wortlaut § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB: „soweit“) Wertersatz in Geld geschuldet ist. Bis zum Eintritt verschärfter Haftung (Kenntnis<sup>12</sup>) kann sich der Beschenkte auf Entreicherung berufen, §§ 818 Abs. 3, Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB. Im Fall des Verkaufs tritt das Surrogat (Kaufpreis als rechtsgeschäftliches Commodum) an die Stelle des Grundstücks, § 818 Abs. 1 BGB. Die unentgeltliche Weitergabe des kondiktionsbehafteten Gegenstands befreit gemäß § 822 BGB ebenfalls nicht, auch nicht im Fall der ehebedingten Zuwendung.<sup>13</sup> Die Wertersatzzahlung ist Geldschuld („Geld hat man zu haben“, vgl. § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB: „strengere Haftung aufgrund des Inhalts des Schuldverhält-

<sup>7</sup> Bei Verarmung vor Vollziehung der Schenkung, jedoch nach Abgabe eines Schenkungsversprechens, gewährt § 519 BGB eine dilatorische Einrede.

<sup>8</sup> Wie bei § 2325 Abs. 3 BGB wird ganz überwiegend auf den Leistungserfolg (Eigentumsumschreibung), nicht auf die Leistungshandlung abgestellt. Offen ist, ob der „wesentliche Rückbehalt der Nutzung“ beim Veräußerer (wie bei § 2325 Abs. 3 BGB) den Fristanlauf hindert, dafür *J. Mayer*, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, S. 52 Rdnr. 163; dagegen: *Schippers*, RNotZ 1996, 212; DNotI-Gutachten Nr. 11 060 (Stand Juli 1999), nicht veröffentlicht.

<sup>9</sup> Also keine Rückforderung bei Vorliegen einer Ausstattung (§ 1624 BGB)!

<sup>10</sup> Bereits hierin soll nach BGH, ZEV 2001, 241 ff., die Geltendmachung der Rückforderung gegenüber dem Beschenkten liegen, vgl. zur „Mutation“ des § 528 BGB im regressrechtlichen, „dreipoligen“ Kontext *Krauß*, ZEV 2001, 421 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Germer*, BWNNotZ 1987, 63; *Staudinger/Cremer*, 13. Bearbeitung, § 529 BGB Rdnr. 9.

<sup>12</sup> Tatsachenkenntnis genügt (OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 769; Kenntnis vom Schlaganfall der Mutter zeitlich vor der Tätigkeit von Luxusausgaben). Stets ausreichend ist die Kenntnisverschaffung im Rahmen einer Anhörung nach § 24 SGB X: BGH, ZEV 2003, 374.

<sup>13</sup> BGH, ZNotP 2000, 27, gegen OLG Koblenz, NJW-RR 1991, 1218.

nisses“), keine bloße Unterhaltsschuld und findet statt, bis der im Objekt noch vorhandene<sup>14</sup> Schenkungsanteil aufgezehrt ist. Das zuwendete Objekt selbst verbleibt demnach (dauerhaft) im Eigentum des Erwerbers, der die Verwertungslast und das Verwertungsrisiko trägt, andererseits aber möglicherweise durch die Chance belohnt wird, dass die Bedürftigkeit des Veräußerers (etwa aufgrund Ablebens oder anderweitigen Vermögenserwerbs) und damit die von ihm geschuldeten Zahlungen bereits „vorzeitig“ ein Ende finden.

d) Schuldet der Erwerber – wie regelmäßig bei unteilbaren Schenkungsobjekten – periodisch wiederkehrenden Wertersatz in Geld [Sachverhalt vorstehend c)], kann er sich – jedenfalls sofern keine Vorkehrungen getroffen werden – durch schlichte „Aufhebung der Schenkung“, also Rückauflassung an den Veräußerer, nicht von dieser Geldzahlungspflicht befreien. Das BVerwG begründet dies in seiner Grundsatzentscheidung<sup>15</sup> zum einen damit, die geschuldete Leistung sei die Geldzahlung, nicht die Rückübertragung des Vermögens als aliud, zum anderen mit der Überlegung, übertragen werden müsse – wenn überhaupt – an den Sozialhilfeträger als nunmehrigen Inhaber des Anspruchs.<sup>16</sup> Eine solche „umgekehrte Ersetzungsbefugnis“ weg von der Geldzahlungspflicht (also der Einbuße an Einkommen) hin zur Rückgabe des Vermögens als solchem existiert zudem in § 528 BGB nicht; der historische Gesetzgeber sah es als typischerweise eher erstrebenswert an, das Vermögen zu verteidigen um der Preisgabe laufenden Einkommens willen, als umgekehrt die Einkommensstabilität zu erhalten und darob das erhaltene Vermögen wieder zurückzugeben. Gleichwohl sind nicht selten Sachverhalte denkbar, in denen der Erwerber von einer solchen facultas alternativa Gebrauch machen wollte. Der BGH hatte die Zulässigkeit einer solchen vertraglichen Modifizierung des § 528 Abs. 1 BGB (eine Ausprägung der Lehre von der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB – clausula rebus sic stantibus –) bisher nicht zu entscheiden, gibt jedoch deutlich zu erkennen, dass er sie zumindest zivilrechtlich akzeptieren würde, zumal die einschränkende Zahlungsverurteilung den Beschenkten begünstigen solle, er also damit auf eine ihm in der ursprünglichen Konzeption angedachte Wohltat verzichte.<sup>17</sup> Der Autor hat an anderer Stelle<sup>18</sup> begründet, warum auch er eine solche umgekehrte Ersetzungsbefugnis für zivilrechtlich zulässig hält und dort einen Formulierungsvorschlag<sup>19</sup> unterbreitet. Macht der Erwerber von einer solchermaßen bereits im Überlassungsvertrag vereinbarten „umgekehrten“ Ersetzungsbefugnis später Gebrauch, ist die geschuldete Leistung nicht mehr gerichtet auf Geldzahlung (Wertersatz, § 818 Abs. 2 BGB, also sozialhilferechtliches Einkommen), sondern auf Rückauflassung, und zwar – so die Vereinbarung – unmittelbar an den Veräußerer (also § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, sozialhilferechtlich demnach ein Fall des Vermögenserwerbs).

Der dem BGH vorliegende Sachverhalt ist – wie in der Regel – der Gruppe c) zuzuordnen, eine umgekehrte Ersetzungsbefugnis war vertraglich indes nicht vorbehalten und konnte daher auch nicht ausgeübt werden.

<sup>14</sup> Ebenso wie bei der gegenständlichen Rückgabe [Variante a)] trägt der Berechtigte das Risiko eines marktbedingten Wertverfalls; ähnlich BGH, FamRZ 2004, 691, zur Haftung des Zweitbeschenkten.

<sup>15</sup> BVerwGE 93, 245 ff.

<sup>16</sup> Letztere Betrachtung begegnet allerdings Bedenken, tritt doch auch durch die Überleitung kraft Verwaltungsakts keine Inhaltsänderung des Anspruchs ein – Rechtsgedanke des § 404 BGB.

<sup>17</sup> Vgl. BGH, ZEV 1994, 255 m. Anm. *Skibbe*.

<sup>18</sup> ZEV 2001, 424 ff.

<sup>19</sup> Wiedergegeben bei *Rundel*, MittBayNot 2003, 177, 186 linke Spalte.

## 2. Schenkungsrechtliche Schonungstatbestände: § 529 BGB

§ 529 BGB enthält neben der (für die Erwerbsschwäche von Schenkungsvorgängen typischen) 10-Jahres-Frist, zwei weitere auf Einrede<sup>20</sup> des Erwerbers zu beachtende Einschränkungen zum Schutz des Beschenkten:

Zum einen die vorsätzliche oder grob fahrlässige Herbeiführung der Bedürftigkeit (Abs. 1 Alternative 1). Erfasst sind lediglich „mutwillige“ Verschwendungsvorgänge oder Vermögensgefährdungen durch unseriöse Spekulationen nach Vollzug der Schenkung, die zudem bei der Schenkung noch nicht voraussehbar waren.<sup>21</sup> Wurde die Bedürftigkeit des Schenkers nämlich durch die Schenkung selbst herbeigeführt oder war sie zu diesem Zeitpunkt bereits voraussehbar, ist für ein schutzwürdiges Vertrauen des Beschenkten auf den Bestand der Zuwendung kein Raum. Aus dieser einschränkenden Auslegung des § 529 Abs. 1 Alternative 1, BGB folgt jedoch – wie der BGH im aktuellen Urteil ausdrücklich klarstellt – gerade nicht, dass die Verarmung ihrerseits stets kausale Folge der Zuwendung sein müsse. Das Gesetz verlangt in § 528 Abs. 1 BGB (Wortlaut „nach“) lediglich eine temporale Reihenfolge, keinen finalen Zusammenhang zwischen Schenkung und Verarmung. Zivilrechtlich ist es also ohne Belang, ob der Veräußerer, wäre er Eigentümer des Objekts geblieben, dieses (wie unterhaltsrechtlich in aller Regel der Fall) zur Beseitigung einer Bedürftigkeitslage hätte einsetzen müssen oder ob dadurch keine Veränderung seiner unterhaltsrechtlichen Bedarfslage eingetreten ist. Maßgeblich ist lediglich der spätere Umstand eines Notbedarfs.

Der Intention des § 519 Abs. 1 BGB entsprechend, schützt schließlich § 529 Abs. 2 BGB den Beschenkten davor, eine Gefährdung seines „standesmäßigen“ (richtig: „angemessenen“)<sup>22</sup> Unterhalts hinnehmen zu müssen.

Zur Bemessung des geschützten angemessenen Unterhalts zieht die Rechtsprechung<sup>23</sup> die familienrechtlichen Grundsätze zur Schonung des Verpflichteten im Rahmen des Elternunterhalts<sup>24</sup> heran. Bei § 529 Abs. 2 BGB genügt bereits eine Gefährdung des angemessenen Unterhalts;<sup>25</sup> die Einrede

<sup>20</sup> Entgegen des wenig bedachten Wortlauts handelt es sich bei § 529 BGB nicht um Einwendungen, vgl. MünchKommBGB/*Kollhosser*, § 529 Rdnr. 6 m. w. N.

<sup>21</sup> BGH, ZEV 2003, 114; hierzu *Kollhosser*, ZEV 2003, 207.

<sup>22</sup> Die Anpassung des Wortlauts (wie sie in §§ 519, 528, 829, 1603 ff. BGB erfolgt ist) wurde im Rahmen des FamRÄndG 1961 offensichtlich übersehen.

<sup>23</sup> BGH, NJW 2000, 3488; BGH, NJW 2001, 1207; OLG Celle, OLGR 2003, 274.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu im Überblick *Krauß*, DNotZ 2004, 502 ff. und 580 ff. Die seit 1.7.2005 geltende Düsseldorfer Tabelle erhöht den Mindestselbstbehalt des Kindes gegenüber seinen Eltern auf 1.400 € (hierin enthalten 440 € anteiligen Unterhaltsaufwands), für den nicht getrenntlebenden Ehegatten ist zusätzlich die Hälfte des prägenden Familiengesamteinkommens ohne Sparanteil, mindestens jedoch 1.050 € (in letzterem Betrag sind 330 € Unterkunftsaufwand enthalten), als vorrangige Unterhaltsschuld abzuziehen. Neben einer großzügigeren Freistellung auf der Ebene der Einkommensberechnung wird nach Abzug aller vorrangigen Unterhaltslasten für Kinder und Partner und des eigenen Mindestselbstbehalts zusätzlich die Hälfte des übersteigenden Einkommens freigestellt. Ähnlich großzügig ist die Freistellung des Kindesvermögens, wie nunmehr durch BVerfG, FamRZ 2005, 1051, bestätigt.

<sup>25</sup> Vgl. BGH, NJW 2001, 1207.

bleibt jedoch (wegen unzulässiger Rechtsausübung) ohne Wirkung, wenn der Beschenkte in Kenntnis des Notbedarfs seine eigene Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat.<sup>26</sup>

Im zu entscheidenden Sachverhalt seien – so der BGH – Anhaltspunkte für § 529 Abs. 2 BGB nicht ersichtlich. Nicht selten wird jedoch der Beschenkte einwenden können, seine monatliche Wertersatzzahlungspflicht sei auf den Betrag zu kürzen, der auch unterhaltsrechtlich im Verhältnis zu seinen Eltern maximal überleitbar wäre. Die Leistungsfähigkeit des Beschenkten bemisst sich dabei jedoch nicht allein aus seinen sonstigen Einkunftsquellen (Einkünfte aus Arbeitnehmer- oder selbständiger bzw. gewerblicher Tätigkeit, Vermietung und Verpachtung, Kapitaleinkünften, usw.). Sie schließt (jedenfalls nach früherer Ansicht des BGH<sup>27</sup>) Erträge aus einer zugemuteten Veräußerung des zugewendeten Objekts mit ein, sofern die Rückforderung lediglich – wie in den Sachverhalten oben 1. b) und c) – auf Wertersatz- oder Leibrentenzahlungen gerichtet sei, die Rückforderung das Vermögen selbst also nicht erfasse. In diesem Fall könne der Beschenkte sich nur dann auf § 529 Abs. 2 BGB berufen, wenn ihm der Nachweis gelänge, dass er auch den Verkaufserlös benötigen würde, um seinen angemessenen Lebensunterhalt zu bestreiten.

Noch nicht entscheiden musste der BGH den Sachverhalt, dass die Rückforderung sich auf die Restitution des Vermögens beziehe (also die Alternative oben 1. a) oder – aufgrund vertraglich vereinbarter und ausgeübter „umgekehrter Ersetzungsbefugnis“ – oben 1. d) vorliegt): dann wäre nämlich in der Tat unterhaltsrechtlich zu prüfen, ob die nunmehr geforderte Inanspruchnahme des Vermögens auch tatsächlich geschuldet ist. Bewohnt der Erwerber das geschenkte Anwesen selbst, besteht (selbst bei zusätzlicher Einliegerwohnung) unterhaltsrechtlich keine Obliegenheit, das Eigenheim zur Befriedigung von Unterhaltsansprüchen der Eltern einzusetzen. Selbst bei einer vermieteten Immobilie, deren Einkünfte zur Alterssicherung erforderlich sind,<sup>28</sup> bestünde keine Einsatzzpflicht. Nimmt man die vom BGH in den aktuellen Entscheidungen herausgestellte Parallelität der Schutzgrenzen des „standesgemäßen“ Eigenunterhalts in § 529 Abs. 2 BGB mit der Schonung von Einkommen bzw. Vermögen im Rahmen des Elternunterhalts beim Wort, böte § 529 Abs. 2 BGB in weitaus größerem Umfang als bisher angenommen Gelegenheit zur schenkungsrechtlichen Verteidigung des Erhaltenen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Rückforderung lediglich auf das Objekt selbst gerichtet ist [Variante 1. a) und 1. d)] und dessen Verschönerung unterhaltsrechtlich nicht geschuldet wäre.

Damit kommen dem Erwerber über § 529 Abs. 2 BGB die unterhaltsrechtlichen Bestimmungen über die Schonung des Einkommens oder Vermögens – je nachdem, worauf der Anspruch gerichtet ist – zugute; diese gehen über die sozialhilferechtlichen Freistellungstatbestände, die auf den hypothetischen Sachverhalt in der Person des Veräußerers (verarmten Schenkers) abstellen, in der Regel hinaus.

### 3. Die sozialhilferechtliche Schranke des § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII bzw. § 33 Abs. 1 Satz 2 SGB II

Das zu besprechende Urteil erwähnt mit keinem Wort die sozialfürsorgerechtliche Begrenzung des Anspruchsübergangs

<sup>26</sup> BGH, NJW 2003, 2449.

<sup>27</sup> FamRZ 1994, 815.

<sup>28</sup> So der Sachverhalt in der Verfassungsbeschwerde zum Elternunterhalt, BVerfG, Beschluss vom 7.6.2005, 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051, zum sogenannten „Bochumer Modell“ einer künstlichen Leistungsfähigkeit durch „aufgedrängte“ Darlehensaufnahme.

zum Schutz des Verpflichteten, die die „Überführung“ des BSHG in das SGB XII überlebt hat<sup>29</sup> und nunmehr in § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII<sup>30</sup> angesiedelt ist. Danach darf „der Übergang des Anspruchs nur insoweit bewirkt werden, als bei rechtzeitiger Leistung des anderen entweder die (gemeint: Sozialhilfe-) Leistung nicht erbracht worden wäre oder aber in den Fällen des § 19 Abs. 5 und des § 92 Abs. 1 SGB XII Aufwendungsersatz oder ein Kostenbeitrag zu leisten wäre.“ Diese Bestimmung wäre bereits auf einer vorgelagerten Ebene, nämlich bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Überleitungsanzeige (also des Verwaltungsakts) zu berücksichtigen gewesen, mithin vor den Verwaltungs-, nunmehr den Sozialgerichten. Offensichtlich hatte es der Beschenkte versäumt, gegen die Überleitungsanzeige selbst vorzugehen, was ihm aufgrund der privatrechtsgestaltenden Wirkung des Verwaltungsakts zu Gebote gestanden hätte. Aus diesem Grund konnte der BGH im Urteil sich darauf zurückziehen, das nunmehr allein zu prüfende Schenkungsrecht enthalte (neben § 529 Abs. 2 BGB) keine Schonvermögenstatbestände; diese seien vielmehr allein dem Sozialhilferecht zuzuordnen.

Zur Analyse des Regressrisikos ist es gleichwohl reizvoll, hypothetisch der Schutzwirkung des § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII nachzugehen. Die ratio legis erschließt sich unmittelbar: Da die Regressvorschriften lediglich der nachträglichen Wiederherstellung der an sich stets gegebenen Subsidiarität (§ 2 Abs. 1 SGB XII) der Sozialhilfe dienen (wie dies bei der vom Sozialhilfeträger erzwungenen Durchsetzung des an sich schon zuvor gegebenen Rückforderungsanspruchs besonders deutlich wird), sollen sie den Sozialfürsorgeträger in die Lage versetzen, auf dasjenige Einkommen und Vermögen des Leistungsbeziehers (Hilfempfangers = Schenkers) zurückzugreifen, das letzterer nach Maßgabe des § 85 SGB XII (Einkommen) bzw. § 90 SGB XII (Vermögen) einzusetzen hätte, nicht jedoch diese Zugriffsmöglichkeiten erweitern. Auf den ersten Blick widerspricht das vom BGH gefundene Ergebnis exakt diesem Prinzip, das sich als Ausprägung allgemeiner Billigkeit geradezu aufdrängt.

Vermutlich hätte jedoch auch ein Verwaltungs- (nunmehr Sozial-)gericht im Rahmen der Anfechtung der Überleitungsanzeige in gleicher Weise judiziert wie der BGH. Dieses zunächst verblüffende Ergebnis liegt begründet in der strengen sozialhilferechtlichen (wie auch unterhaltsrechtlichen) Dichotomie zwischen Einkommen, einerseits, und Vermögen, andererseits, als Unterfallgruppen der einzusetzenden „Mittel“<sup>31</sup>. Zählt zwar der Anspruch aus § 528 BGB als solcher vor seiner „Materialisierung“ zum Vermögen des Schenkers, bilden die von ihm in der (hier vorliegenden) Inhaltsvariante 1. c) geschuldeten Wertersatzzahlungen Bestandteil des Einkommens mit der Folge, dass sie zusammen mit den sonstigen

<sup>29</sup> Anders als die sozialhilferechtliche Schranke beim gesetzlichen Übergang von Unterhaltsansprüchen in § 91 Abs. 2 Satz 1 BSHG a. F.; hierzu Krauß, MittBayNot 2004, 330 ff.

<sup>30</sup> Wortgleich für die Grundsicherungsleistungen für Arbeitsuchende in § 33 Abs. 1 Satz 2 SGB II.

<sup>31</sup> Die strenge Trennung bedarf allerdings unter Wertungsgesichtspunkten dann einer Durchbrechung, wenn sonst unerträgliche Widersprüche entstünden. Beispiel: Überträgt der Veräußerer das selbstgenutzte angemessene Eigenheim (Schonvermögen) unter Rückbehalt eines Wohnungsrechtes, wäre dieses als „Leistung in Geldeswert“ nach Maßgabe der Sachbezugsverordnung als Einkommen im Sinne des § 82 SGB XII anzurechnen. Wäre aber die sehr viel stärkere Berechtigung (Volligentum) als Vermögen anrechnungsfrei geblieben, kann der zurückbehaltene Ausschnitt (Wohnungsrecht) schlechterdings nicht als Einkommen angerechnet werden; vgl hierzu den bei Wörner, MittBayNot 2003, 268 zitierten Vorsitzenden des 4. Senats des Bayerischen LSG im Verfahren L 4 KR 204/1 am 6.12.2002.

Einkünften des Schenkers allenfalls im Bereich des § 85 Abs. 1 SGB XII (und ohne die bis zum 31.12.2004 geltenden gesteigerten und erhöht gesteigerten Einkommensschonengrenzen des § 81 Abs. 1 und Abs. 2 BSHG) freizustellen sind (mit der zusätzlichen Maßgabe, dass bei stationärer Unterbringung auch diese geringe Einkommensgrenze bis zum geschonten Taschengeldbetrag entfällt: § 88 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 SGB XII). Schon aus diesem Grund sind die Schonvermögeenseigenschaften nicht zu prüfen. Der Sachverhalt liegt insoweit ähnlich wie der dem Bundesverwaltungsgericht in BVerwGE 93, 245 ff. vorgelegte, in welchem der Kläger sich darauf berufen hatte, die Rückforderung dürfe gemäß § 90 Abs. 1 Satz 3 des damaligen (inhaltsgleichen) BSHG nicht bewirkt werden, soweit der als Notgroschen zu verbleibende Barbetrag gemäß § 88 Abs. 2 Nr. 8 des damaligen BSHG<sup>32</sup> nicht überschritten werde. Da es sich – so das BVerwG – bei den Wertersatzzahlungen um Einkommen handle, spiele § 88 BSHG<sup>33</sup> keine Rolle. Maßgeblich seien lediglich die Bestimmungen zur Einkommensschonung.<sup>34</sup> Die Literatur kritisiert zwar diesen eher dogmatisch strukturierten Ansatz,<sup>35</sup> der Praktiker wird an ihm nicht vorbeikommen.

Auch insoweit erscheint es zur Ermittlung des Regressrisikos reizvoll, hypothetisch zu untersuchen, wie § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII bzw. § 33 Abs. 1 Satz 2 SGB II mutmaßlich gewirkt hätte, wenn der Rückforderungsanspruch seinem Inhalt nach nicht auf Wertersatz- (oder Leibrenten-)Zahlungen gerichtet gewesen wäre, sondern auf die Rückgabe des Objekts selbst, also auf Vermögensrestitution [Variante oben 1. a) oder – aufgrund vorbehaltener, ausgeübter umgekehrter Ersetzungsbefugnis – oben 1. d)]. Die rechtzeitige „Leistung“ im Sinn des § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII hätte hier also in der Wiederbeschaffung von Eigentum und Besitz am Vermögensgegenstand selbst bestanden. Bei unbefangener Betrachtung drängt sich die Erwägung auf, die Überleitung des Rückforderungsanspruchs dürfe dann nicht bewirkt werden, wenn es sich bei dem zurückzuübertragenden Gegenstand – etwa einem angemessenen, vom Leistungsempfänger oder seinem nicht getrennt lebenden Ehegatten/Lebenspartner/nichtehelichen Lebensgefährten bewohnten Eigenheim – um Schonvermögen handeln würde.<sup>36</sup>

Eine solche Totalblockade würde jedoch die sonst gegebene Möglichkeit des Sozialhilfeträgers abschneiden, gemäß § 102 SGB XII nach dem Tod des Leistungsempfängers auf dessen Nachlass, in dem sich das Eigenheim dann (wieder) befinden würde, zuzugreifen. § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII soll zwar Übermaßverwertungen unterbinden, jedoch keine bei rechtzeitiger Rückübertragung (und sei es auch später) mögliche Verwertung beschneiden. Dieser Rechtsgedanke kommt im

Gesetz, wenngleich unvollkommen, dadurch zum Ausdruck, dass die Überleitung statthaft sei, wenn bei rechtzeitiger Leistung „in den Fällen des § 19 Abs. 5 und des § 22 Abs. 1 SGB XII<sup>37</sup> Aufwendungsersatz oder Kostenbeitrag zu leisten wäre“. Der Fall des Kostenersatzes gemäß § 102 SGB XII (Nachlassregress) ist insoweit zwar nicht ausdrücklich miterwähnt, da der Gesetzgeber augenscheinlich lediglich die lebzeitigen Zugriffsmöglichkeiten zu sichern trachtete, jedoch den aufgezählten Sachverhalten hinsichtlich des Regressinteresses ohne weiteres vergleichbar und daher im Weg der Gesamtanalogie an der geschilderten Gesetzesstelle zu ergänzen.<sup>38</sup> Folgt man dieser Auslegung des § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII, wäre also auch bei von vornherein geschuldeter Vermögensrestitution die Überleitung und Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs statthaft, sie würde allerdings (in unmittelbarer Anwendung des dann einschlägigen § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII) zunächst nicht zu einer weiteren Verwertung führen können, jedenfalls solange ein Mitglied der Einsatz- und Bedarfsgemeinschaft im Objekt wohnt. Endet diese Selbstnutzung bereits zu Lebzeiten, ist das Vermögen wiederum einsatzpflichtig (so dass Sozialhilfeleistungen künftig nicht mehr oder aber allenfalls als dinglich gesichertes Darlehen gemäß § 91 SGB XII gewährt werden). Bleibt die Schonvermögeenseigenschaft bis zum Tod aufrecht erhalten, greift der Nachlassregress des § 102 SGB XII (Kostenersatzanspruch gegen die Erben) bezüglich der in den letzten zehn Lebensjahren zu Recht bezogenen Sozialhilfeleistungen.

Dadurch wird exakt der Zustand wiederhergestellt, der bei tatsächlicher rechtzeitiger Erfüllung des (nunmehr von vornherein auf Vermögensübertragung gerichteten) Anspruchs bestanden hätte, so dass die Vereinbarung der umgekehrten Ersetzungsbefugnis gemäß oben 1. d) nicht nur zivilrechtlich unbedenklich erscheint, sondern auch sozialhilferechtlich anzuerkennen sein dürfte. Der Sozialhilfeträger wird dadurch nicht stärker belastet als er beim Fortbestand des Eigentums in Person des Veräußerers stehen würde. Die Tatsache, dass das Inkasso von Geldrückzahlungen in erleichterter Form Liquidität verschafft, stellt kein schutzwürdiges Sonderinteresse des Sozialleistungsträgers dar, da der Anspruch des § 528 BGB – wie oben unter 1. erläutert – nicht a priori auf Geldzuwendung (Wertersatz oder Leibrentenzahlung) gerichtet ist. Für die Einforderung reiner Barunterhaltsansprüche existieren die Spezialregelungen des § 94 SGB XII in Verbindung mit den familienrechtlichen Bestimmungen des BGB.

Die sozialfürsorgerechtliche Schranke war demnach im Urteil auf der Ebene des Zivilrechts nicht (mehr) zu prüfen. Die vom Kläger geltend gemachte Schonvermögeenseigenschaft des angemessenen Eigenheims in der Person des Veräußerers wäre dabei jedoch nur dann maßgeblich geworden, wenn die Rückforderung von vornherein auf die Rückgabe des Vermögensgegenstands als solchen gerichtet gewesen wäre, wie bei geringwertigen Zuwendungen unterhalb der Unterhaltslücke [oben 1. a)] oder aber bei vereinbarter und ausgeübter „umgekehrter Ersetzungsbefugnis“ in Gestalt der Rückgabe des Vermögens anstelle der Leistung wiederkehrenden Wertersatzes [oben 1. d)]. Ist die „geschuldete Leistung“ im Sinn des § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII auf die Vermögenskondition gerichtet, kann der Anspruch (wohl) dennoch übergeleitet werden, das Vermögen bleibt jedoch zunächst weiter (bis zur Beendigung der Eigennutzung, spätestens bis zum Ableben des Leistungsberechtigten) geschont.

<sup>32</sup> Nunmehr § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII: grundsätzlich 1.600 €, bei Pflegebedürftigkeit und Behindertenhilfe grundsätzlich 2.600 €.

<sup>33</sup> Nunmehr § 90 SGB XII.

<sup>34</sup> Das BVerwG prüft insoweit § 85 BSHG, stützt sich dabei jedoch nicht auf die Ermittlung der Einkommensschonengrenzen, sondern sieht § 85 Nr. 1 BSHG verwirklicht, wonach die Aufbringung der Mittel auch dann verlangt werden könne, „soweit von einem Anderen“ (hier dem Beschenkten) „Leistungen für einen besonderen Zweck gewährt werden, für den sonst Sozialhilfe zu gewähren wäre“. Die Begründung hierfür fällt mutig knapp aus. Bleibt es dabei, genießen Wertersatzzahlungen im Sinne des § 528 BGB auch im Rahmen des § 88 SGB XII keine Schonung mehr, da sie pauschal als sozialhilfereetzende Leistungen eingeordnet werden.

<sup>35</sup> So etwa *Münder* in LPK-SGB XII (2005), § 93 Rdnr. 33.

<sup>36</sup> So ausdrücklich OVG Nordrhein-Westfalen vom 22.6.1989, Fürsorgerechtliche Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte (FEVS) 39, 29; offen gelassen in BVerwG vom 5.8.1986, FEVS 36, 309.

<sup>37</sup> Gesetzesfassung zuvor: des § 11 Abs. 2, des § 29 und des § 43 Abs. 1 BSHG.

<sup>38</sup> Im Ergebnis ebenso wohl *Meisterernst*, DNotZ 2005, 284.

#### 4. Quintessenz

Wie beantwortet sich nun nach alledem die eingangs etwas zugespitzt formulierte Frage, ob die vorweggenommene Erbfolge in einem sozialrechtlich sensiblen Kontext überhaupt noch guten Gewissens empfohlen werden kann?

##### a) Verarmungsrisiko auf Veräußererseite

Nun, die wundersame Vermehrung der Regressmöglichkeiten gelingt dem Sozialleistungsträger zwar nicht, wohl aber die Transformation eines Vermögensgegenstands in wiederkehrenden Ertrag. Dies vollzieht jedoch die bereits im Anspruchsinhalt des § 528 BGB angelegte „Schubladenbildung“ nach: Ist Inhalt des Rückforderungsanspruchs die Leistung bereicherungsrechtlichen Wertersatzes in Höhe der monatlich wiederkehrenden Bedarfslücke (also Zahlung von Geld als Einkommenstatbestand), spielen die auf das Schonvermögen abstellenden Umstände des Sozialfürsorgerechts, auch vor den zu ihrer Berücksichtigung im Rahmen von Anfechtungsklagen berufenen Verwaltungsgerichten (seit 1.1.2005: Sozialgerichten<sup>39</sup>), keine Rolle. Gleiches würde gelten, wenn der Beschenkte, an sich zur Herausgabe des Vermögens verpflichtet, von der gesetzlich vorgesehenen (selten gewählten) Ersetzungsbefugnis in Richtung auf ein Leibrentenversprechen, § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB, Gebrauch gemacht hätte. In beiden Fällen wären lediglich die Einkommensschongrenzen maßgeblich, und zwar diejenigen des Sozialhilferechts<sup>40</sup> als (sozialgerichtlich geltend zu machender) Überleitungssperre<sup>41</sup>, sowie diejenigen des Unterhaltsrechts nach Maßgabe des § 529 Abs. 2 BGB<sup>42</sup>.

Wäre jedoch die Rückforderung von vornherein auf die Herausgabe des gesamten Vermögensgegenstands gerichtet [Sachverhalt oben 1. a)] oder aber hätten die Beteiligten bereits im Zuwendungsvertrag eine „umgekehrte Ersetzungsbefugnis“ (Rückgabe des Gesamtobjekts anstelle der monatlichen Wertersatzzahlung) zivilrechtlich vereinbart und hätte der Beschenkte hiervon wirksam Gebrauch gemacht, würde sich die Prüfung im Bereich der Schonvermögenstatbestände bewegen. Handelt es sich beim Beschenkten um Vermögen, das er (etwa als angemessenes Eigenheim oder der Altersvorsorge dienendes Objekt) den Eltern gegenüber verteidigen kann, käme ihm dies gemäß § 529 Abs. 2 BGB zugute, so dass es einer ergänzenden Prüfung, ob der etwa bestehende Anspruch durch das Sozialhilferecht (§ 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII) am Übergang gehindert ist, nicht mehr bedarf. Handelt es sich zwar nicht beim Beschenkten um unterhaltsrechtliches Schonvermögen, würden aber (fiktiv wieder in das Eigentum des Veräußerers zurückversetzt) beim Schenker die Schonvermögenstatbestände des § 90 (v. a. Abs. 2 Nr. 8) SGB XII greifen, vermeidet jedoch § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII bei wertungsgerechter Auslegung des Gesetzes nicht die Überleitung und die Rückforderung als solche, stellt allerdings den hypothetischen Zustand wieder her, der bei Unterlassen

<sup>39</sup> Vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 6 a SGG.

<sup>40</sup> Solche existieren im Bereich der Hilfe zum Lebensunterhalt nicht, im Bereich der Hilfen in besonderen Lebenslagen nur mehr in § 85 SGB XII bis zum Erreichen der Voraussetzungen des § 88 Abs. 1 SGB XII.

<sup>41</sup> Mit der Folge, dass eine Auffüllung des vorhandenen Einkommens bis zur Schongrenze aus Wertersatz- oder Leibrentenzahlungen nicht stattfinden darf, die Überleitung also insoweit unterbleibt.

<sup>42</sup> Allerdings mit der Besonderheit, dass auch der aus dem Verkauf des im Eigentum des Erwerbers verbleibenden Objekts zu erzielende Ertrag als Einkommen fiktiv anzusetzen sei und nur dann verteidigt werden kann, wenn er unter dem erhöhten Selbstbehalt verbleibt. Die Selbstnutzung der geschenkten Immobilie durch den Erwerber als solche spielt dabei keine Rolle.

der Übertragung (bzw. deren Aufhebung) fortbestehen würde, nämlich die vorübergehende, längstens bis zum Tod gewährte Schonung des Vermögens, das letztendlich dem Nachlassregress gemäß § 102 SGB XII bzw. § 35 SGB II verfällt.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass die vorweggenommene Erbfolge zwar nicht zu einer verschärften, möglicherweise aber zu einer anderen Inanspruchnahme des Beschenkten führt: Er hat den monatlich wiederkehrenden Abfluss von Wertersatzentgelt hinzunehmen, darf jedoch das Eigentum am Objekt behalten. Das schlichte Verbleibenlassen des Gegenstands beim Veräußerer verspielt von vornherein die Möglichkeit, nach zehn verarmungsfreien Jahren die Regressthematik – jedenfalls soweit sie auf den Veräußerer abstellt – als erledigt zu betrachten, und bietet schließlich auch keine alternativen Handlungsmöglichkeiten, da ein Aushebeln des § 102 SGB XII durch erbrechtliche Instrumente (etwa die Aushöhlung des Nachlasses durch Vermächtnisse o. ä.) zum Scheitern verurteilt ist.<sup>43</sup>

Zu erwägen ist jedoch, ob nicht in verstärktem Maße von der oben 1. d) erwähnten, bereits verschiedentlich erläuterten „umgekehrten Ersetzungsbefugnis“ als vertraglicher Modifizierung des § 528 BGB Gebrauch gemacht werden soll, um dem Beschenkten die Möglichkeit zu geben, durch Ausübung dieser Befugnis die Schonvermögenstatbestände „in Kraft zu setzen“ und sich dadurch der Verpflichtung zur wiederkehrenden Leistung von Wertersatz zu entledigen. Verwirklicht er selbst den Schonvermögenstatbestand im unterhaltsrechtlichen Sinne, ist ihm die dauernde Einrede des § 529 Abs. 2 BGB eröffnet; würde sie der Veräußerer als hypothetischer Wieder-Eigentümer verwirklichen, kauft sich der Erwerber durch tatsächliche Rückgabe von der Zahlungspflicht frei, allerdings um des Risikos willen, dadurch bei Ex-post-Betrachtung zuviel an Eigentum für ein Zu-Wenig an Einkommenserhalt geleistet zu haben.<sup>44</sup> Eine höhere Gesamt-Inanspruchnahme durch den Sozialleistungsträger tritt jedoch auch in diesem Fall der vorbehaltenen und gewählten Rückgabe nicht ein, vielmehr birgt sie die Chance zu einer Verkürzung der Regresssumme auf den Zehn-Jahres-Zeitraum vor dem Tod gemäß § 102 Abs. 1 SGB XII.

Soweit sozialhilferechtliche Schontatbestände (gleichgültig, ob des Einkommens oder des Vermögens) greifen,<sup>45</sup> sind diese allerdings rechtzeitig durch Anfechtung des Überleitungsverwaltungsakts vor dem Sozialgericht (nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens) geltend zu machen.

##### b) Verarmungsrisiko auf Erwerberseite

Tritt die Verarmung auf der Seite des Erwerbers ein, beantragt also dieser unterhaltsersetzende Leistungen subsidiärer Art aus Steuermitteln (Sozialhilfe bzw. Grundsicherung für Ar-

<sup>43</sup> Die Nachlassverbindlichkeit des Kostenersatzes der Erben erfasst den Wert des Nachlasses, § 102 Abs. 2 Satz 2 SGB XII, so dass – wie bei § 2311 BGB – Erbfallschulden wie Vermächtnisanordnungen, Pflichtteilslasten, Auflagen etc. nicht abzuziehen sind. Andererseits besteht kein Vorrang des öffentlichen Erstattungsanspruchs gegenüber sonstigen Nachlassverbindlichkeiten, BayVGH, FamRZ 2004, 489. Auch eine Aushebelung des § 102 SGB XII durch lebzeitige Begründung von Schenkungsversprechen auf den Todesfall als dann vorrangige Erblasserschuld dürfte sozialhilferechtlich nicht anzuerkennen sein, vgl. Krauß, ZErB, Beilage „Fachanwalt für Erbrecht“ 1/2005, S. 26 f.

<sup>44</sup> Etwa wenn der pflegebedürftige Vater schon nach kurzer Zeit verstorben wäre, so dass den Schenker die Einkommenseinbuße nicht erheblich beeinträchtigt hätte.

<sup>45</sup> Wie oben unter 3. dargelegt, ist die Rückforderung als solche jedoch angesichts des Tatbestandes des § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII gerade nicht insgesamt gehindert.

beitsuchende), spielt § 528 BGB (sofern der Erwerber nicht seinerseits das erworbene Eigentum unentgeltlich weiter übertragen hat) keine Rolle. Relevant ist vielmehr die Prüfung der Tatbestandselemente des § 90 Abs. 2 SGB XII im Bereich der Sozialhilfe bzw. des § 12 Abs. 3 SGB II im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende („Hartz IV“). Liegen die Voraussetzungen der enumerativen Einzelfreistellung nicht vor, ist sodann zu prüfen, ob aus anderen Gründen die Unverwertbarkeit im Sinn der Generalklausel (§ 90 Abs. 1 SGB XII bzw. § 12 Abs. 1 SGB II) erlangt werden kann:

Zu den Anforderungen an das „angemessene Hausgrundstück“ gemäß § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII sei auf die umfangreiche und durch Rechtsprechung hinreichend verdichtete Kommentarliteratur verwiesen, welche die Prüfung des personalen Kriteriums (Selbstnutzung durch ein Mitglied der Einsatzgemeinschaft), des Nutzungskriteriums und des aus einer Kombination von sieben Einzelfaktoren zu ermittelnden Angemessenheitskriteriums erleichtern. Sofern in Gesamtwertung aller sieben Faktoren die Angemessenheit nicht mehr bejaht werden kann, unterliegt die Immobilie allerdings insgesamt der Verwertung, und zwar auch in Höhe des anteiligen Erlöses aus einem fiktiven Verkauf, der auf ein kleineres angemessenes Hausgrundstück entfallen würde. Der frühere bzw. prospektive Hilfeempfänger ist damit nicht mehr sozialhilfebedürftig, was ihm ermöglicht, über sein Vermögen (in den Grenzen des § 26 SGB XII) frei zu verfügen. Ihm steht also frei, dem Gesetzesbefehl zur Verwertung zu folgen, also das Objekt zu veräußern und sodann ein kleineres, demnach noch angemessenes, Hausgrundstück zu erwerben, und bei danach eintretender erneuter Bedürftigkeit nach Erschöpfung des Mehrerlöses wiederum Sozialhilfe zu beanspruchen.<sup>46</sup>

Demgegenüber stellt § 12 Abs. 3 Nr. 1 SGB II im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende bei der Prüfung der Angemessenheit des (dauerhaft<sup>47</sup>) selbst<sup>48</sup> genutzten Hausgrundstücks<sup>49</sup> allein auf die Wohn- und Grundstücksgröße ab; in Anlehnung an die zu § 1 Abs. 3 Nr. 5 der Arbeitslosenhilfereordnung 2002 entwickelten Kriterien<sup>50</sup> dürften für die beanstandungsfreie Wohnfläche die Grenzwerte des früheren II. Wohnungsbaugesetzes<sup>51</sup>, hinsichtlich der Grundstücksfläche ca. 500 m<sup>2</sup> im städtischen, 800 m<sup>2</sup> im ländlichen Bereich maßgeblich sein.

Ist das Anwesen unangemessen groß, also die Grenze der Privilegierung überschritten, muss im Bereich des SGB II zu

nächst geprüft werden, ob eine getrennte Veräußerung der Oberfläche möglich ist, diese also nach WEG als abgeschlossene Einheiten gebildet werden können. In diesem Fall werden keine Leistungen gewährt, unabhängig von der Liquidität des einzusetzenden Vermögens.<sup>52</sup> Gleiches gilt bei Übergrößen des Grundstücks, auch wenn die Mehrfläche nicht selbständig bebaubar ist (dieser Umstand hat nur Auswirkung auf den Verkehrswert), es sei denn aufgrund Marktsättigung ist die Mehrfläche objektiv unverkäuflich.<sup>53</sup> Ist die Teilveräußerung entweder rechtlich (mangels Abtrennbarkeit der Wohnung) oder wirtschaftlich (mangels Marktes) nicht möglich, mutet die Gesetzesanwendung allerdings (anders als im Sozialhilferecht) dem prospektiven Grundsicherungsempfänger einen Gesamtverkauf der im Übrigen eigengenutzten Immobilie nicht zu. Vielmehr rechnet die bisherige Praxis den fiktiven Erlös aus der Vermietung der „Übergröße“<sup>54</sup> als (fiktives) Einkommen an.<sup>55</sup> Für diese Privilegierung gegenüber der Vollarrechnung spricht, dass – anders als im Sozialhilferecht – Ziel dieser objektbezogenen Vermögensfreistellung nicht der Schutz einer gewünschten Investition in angemessener Höhe ist, sondern die Bewahrung vor dem Zwang zur Aufgabe der eigenen Wohnung als Lebensmittelpunkt<sup>56</sup>.

Sind die Voraussetzungen der enumerativen Schonvermögenstatbestände des § 90 Abs. 2 SGB XII bzw. § 12 Abs. 3 SGB II nicht erfüllt, hindert möglicherweise die Generalausnahme des § 90 Abs. 1 SGB XII bzw. § 12 Abs. 1 SGB II die Einsatzzpflicht, wenn es sich nämlich um „nicht verwertbare“ Vermögensbestandteile handelt. Bloß wirtschaftliche Erschwernisse bzw. Wertminderungen (etwa infolge vorbehaltenen Nutzungsrechte zugunsten des Veräußerers) bleiben dabei naturgemäß unberücksichtigt; sie spielen lediglich im Rahmen der Unwirtschaftlichkeitsprüfung (§ 12 Abs. 3 Nr. 6 SGB II) eine Rolle.<sup>57</sup>

Entscheidend ist allerdings die Frage, ob die häufig im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge installierte „Verfügungsunterlassungspflicht“ (Rückforderungsrecht des Veräußerers für den Fall u. a. der Belastung oder Weiterveräußerung bzw. des Gläubigerzugriffs ohne sein Einverständnis, Sicherung des dann entstehenden, doppelt bedingten Rückübertragungsanspruchs durch Eigentumsvormerkung) auch bei einem sozialrechtlich gefärbten Vermögensverfall des neuen Eigentümers Schutz gewährt. Dass sie sich gegenüber schlichten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen Dritter (§ 888 BGB) durchsetzt (kein Fall der Gläubigerbenachteiligung, jedenfalls wenn die Ausgleichsleistungen des Rückerwerbers nicht schlechter sind als für andere Fälle des Rückerwerbs),

<sup>46</sup> OVG Lüneburg, FEVS 37, 456.

<sup>47</sup> Also nicht schlichte Ferienhäuser oder „Datschen“ – letztere liegen allerdings, da sie häufig hohen Liebhaberwert jedoch geringen Verkehrswert haben, oft unter dem Vermögensfreibetrag der Bedarfsgemeinschaft. Nr. 12.8 und 12.29 der Durchführungshinweise der Bundesagentur (BA) für Arbeit gehen davon aus, dass Kleingärten und Lauben i. S. d. § 3 Abs. 2 BKleingG „in der Regel nicht verwertbar“ seien.

<sup>48</sup> Maßgeblich ist (wohl) die Nutzung durch die Bedarfsgemeinschaft des § 7 Abs. 3 SGB II (*Mecke* in *Eicher/Spellbrink*, SGB II, § 12 Rdnr. 69), nicht allein der Einsatzgemeinschaft des § 9 Abs. 2 SGB II, möglicherweise jedoch auch der Haushaltsgemeinschaft des § 9 Abs. 5 SGB II.

<sup>49</sup> Geschützt ist dadurch nicht die Immobilie als Vermögenswert, sondern die Wohnung als vorhandener Lebensmittelpunkt, BSGE 49, 30. Daher kann es zur Privilegierung angemessen kleiner Luxuswohnungen kommen.

<sup>50</sup> Für eine solche Übertragung jedenfalls SG Berlin, Urteil vom 30.1.2004, S 58 AL 4903/03, info also 2004, 164.

<sup>51</sup> D. h. mindestens 120 m<sup>2</sup> bei Eigentumswohnung, mindestens 130 m<sup>2</sup> bei Familienheimen, mit Überschreitungsmöglichkeit bei Haushalten von mehr als vier Personen, bei Vorhandensein pflegebedürftiger Mitbewohner sowie für ein beruflich bedingtes Arbeitszimmer.

<sup>52</sup> Vgl. Anlage 1 Fall 1 der Durchführungshinweise der BA für Arbeit zu § 12 SGB II, Rdnr. 12.27.

<sup>53</sup> Vgl. Anlage 1 Fall 3 der Durchführungshinweise der BA für Arbeit zu § 12 SGB II, Rdnr. 12.27.

<sup>54</sup> In Höhe der ortsüblichen Miete, ggf. nach Maßgabe der Sachbezugsverordnung: 3,35/2,70 €/m<sup>2</sup> und Monat in den alten Ländern und 3,05/2,55 in den neuen Ländern für Wohnungen mit/ohne Zentralheizung.

<sup>55</sup> Durchführungshinweise der BA für Arbeit zu § 193 SGB III, Rdnr. 13, 14 und zu § 12 SGB II, Rdnr. 12.27 Fall 2: es sei nicht zumutbar, den Verkauf des unangemessen großen und Neuerwerb eines angemessen kleineren Eigenheims zu verlangen, ebenso SG Berlin, info also 2004, 164.

<sup>56</sup> *Ebsen* in *Gagel*, § 193 SGB III, Rdnr. 186 (EL November 2003).

<sup>57</sup> Teilweise gehen allerdings die Grundsicherungsträger davon aus, hinsichtlich des an sich einzusetzenden Vermögensanteils – Wert des infolge Wohnungsrechts/Nießbrauchsvorbehalt nicht durch den Erwerber genutzten Gebäudeteils – scheidet eine sofortige Verwertung wegen der Vorbehaltnutzung aus, und gewähren ein Darlehen in Höhe des ALG II, das durch Grundpfandrecht gesichert werden müsse.

und ebenso im Insolvenzfall siegreich bleibt (keine unzulässige Lösungsklausel, § 119 InsO; Beseitigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters gemäß § 106 InsO auch dann, wenn die Rückforderung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt)<sup>58</sup>, dürfte als gesichert gelten.

Dass umgekehrt die unmittelbare Vereinbarung eines Rückforderungsrechts bei Bezug nachrangiger steuerfinanzierter Sozialleistungen aufgrund der dadurch eintretenden Schlechterstellung des Sozialleistungsgläubigers (Rückforderung bereits bei abstrakter Gefährdung) gegenüber zivilrechtlichen Gläubigern (Rückforderung lediglich bei konkreter Inanspruchnahme) subsidiaritätswidrig und demnach gemäß § 138 BGB unbeachtlich ist, dürfte ebenfalls einleuchten.

Davon zu trennen ist jedoch die Frage, ob möglicherweise die Geltendmachung eines allgemeinen, nicht für den tatsächlichen Sozialhilfefall vorbehaltenen Rückforderungsrechts vereitelt sein kann, wenn es auf Verlangen des Sozialhilfetragers zu einer Verwertung (Belastung oder Veräußerung) des übertragenen Grundbesitzes kommt:

Die Beantwortung dieser Frage ist aufgrund der bisherigen Rechtsprechung zweifelhaft. Nach VG Gießen<sup>59</sup> stellt auch ein unter Rückforderungsvorbehalt übertragenes Grundstück verwertbares Vermögen des Erwerbers im Sinne des § 90 Abs. 1 SGB XII dar; das Rückkauflassungsverlangen zur Verteilung der Sozialhilfeverwertung verstoße gegen § 138 BGB und sei daher unbeachtlich, die Vormerkung verschaffe gegen diesen „Gläubiger der Sonderklasse“ demnach keinen Schutz. Diese Bewertung ist unzutreffend – der lesenswerten Kritik des Kollegen *J. Mayer*<sup>60</sup> ist nichts hinzuzufügen –, das Urteil ist gleichwohl in der Welt (und hat Eingang in die sozialrechtliche Kommentarliteratur gefunden). Kann sich der Erwerber also nicht auf einen der enumerativen Schonvermögenstatbestände berufen, ist bei Verarmungsrisiken in seiner Person also (zeitlich unbefristet) Vorsicht geboten, möglicherweise gar von der Übertragung abzuraten.

### c) Verarmungsrisiko auf Geschwisterseite

Der Vollständigkeit halber sei schließlich auf die Gefährdungslage hingewiesen, wenn weder der Veräußerer noch der Erwerber des übertragenen Wirtschaftsguts unmittelbar verarmen, sondern dies bei einem Geschwister bereits eingetreten ist oder eintritt (etwa infolge Behinderung oder Überschuldung).

Bis zum 1.1.1999 bestand die Gefahr, infolge des Erwerbs des überwiegenden elterlichen Vermögens gemäß § 419 BGB a. F. die zur Zeit der Übergabe schon „im Keim“ (wenn auch nicht notwendig in Barleistungsform) vorhandene Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den Geschwistern infolge des gesetzlichen Schuldbeitritts übernommen zu haben.<sup>61</sup> Es verbleibt jedoch auch danach das Risiko des Zugriffs auf Pflichtteils-ergänzungsansprüche des weichenden Geschwisters,<sup>62</sup> das allenfalls durch Pflichtteilsverzicht<sup>63</sup> oder ausreichend frühe

Zuwendung ohne wesentliche Nutzungsvorbehalte gebannt werden kann.

Demgegenüber leicht übersehen wird jedoch, dass (vermittelt wiederum durch das Scharnier des § 93 SGB XII) auch § 528 BGB bei der Verarmung des Geschwisters seine Schatten werfen kann:

Während nach der bis zum 1.8.1996 geltenden Fassung des damaligen § 90 BSHG nur solche Ansprüche übergeleitet werden konnten, deren Gläubiger vor der Zession der Hilfeempfänger selbst oder ein weiteres Mitglied der Einsatz- und Bedarfsgemeinschaft war, benennt das Sozialhilfereformgesetz vom 23.7.1996 als tauglichen Anspruchsinhaber – allerdings ausschließlich bei der Gewährung von Hilfe in besonderen Lebenslagen, etwa für Behinderte oder Pflegebedürftige – neben dem nicht getrennt lebenden Ehegatten (der schon bisher über die Einsatzgemeinschaft des § 28 BSHG, nun § 19 SGB XII, erfasst war)<sup>64</sup> und dem Lebenspartner auch die Eltern des Hilfeempfängers<sup>65</sup>. Demnach kann der Sozialhilfetragers nunmehr beispielweise im Falle der Zuwendung von Hilfe zur Pflege an einen behinderten Volljährigen den Anspruch überleiten, den dessen Eltern aufgrund einer früheren Zuwendung an ein weichendes Geschwister gem. § 528 BGB (Fallgruppe der Verarmung in Form ungenügender Unterhaltsgewährung an Abhängige) haben, in der Regel selbst jedoch nicht geltend machen werden.<sup>66</sup> Zu ermitteln ist hierfür in jedem Einzelfall, ob und inwieweit die Eltern, hätten sie nicht übergeben, in höherem Maße leistungsfähig geblieben und dem Geschwister gegenüber (auch sozialhilferechtlich!<sup>67</sup>) weiter zur Unterhaltsleistung verpflichtet gewesen wären.

Diesem übergeleiteten Anspruch kann der (selbst nicht verarmte) Erwerber gemäß § 529 Abs. 2 BGB dieselbe unter-

<sup>64</sup> Mit der Folge, dass nach Überlassung eines im je hälftigen Eigentum von Ehegatten stehenden Anwesens an ein Kind bei Sozialhilfebezug durch einen der beiden Veräußerer auch der vom nicht getrennt lebenden Ehegatten überlassene Halbbanteil der Überleitung des Rückforderungsanspruches (§ 528 BGB beim Ehegatten verwirklicht in der Variante des Wegfalls eigener Leistungsfähigkeit gegenüber Unterhaltsberechtigten, nicht der eigenen Verarmung!) unterliegt; vgl. DNotI-Gutachten Nr. 1 225, nicht veröffentlicht.

<sup>65</sup> Diese wären sonst über § 19 SGB XII BSHG nur dann zu berücksichtigen gewesen, wenn der Hilfeempfänger minderjährig und unverheiratet ist.

<sup>66</sup> Dies gilt auch dann, wenn die Zuwendung selbst bereits vor dem 1.8.1996 stattgefunden hat, sofern nur die Verarmung als anspruchsauslösendes Merkmal erst nach Inkrafttreten der erweiterten Fassung des (damaligen) § 90 BSHG eintrat; dieser Anspruch wird dann ebenfalls von der Überleitungsfähigkeit durch Verwaltungsakt erfasst (verfassungsrechtlich unechte Rückwirkung; das Vertrauen des Schenkungsempfängers in das bestehen Bleiben der Nichtabtretbarkeit der Verpflichtung – §§ 400 BGB, 852 ZPO wird erst ab 1.8.1996 durch § 90 Abs. 1 Satz 1 und 4 BSHG, nun § 93 Abs. 1 SGB XII, überwunden – ist ebenso wenig schutzbedürftig wie das tatsächliche Vertrauen darauf, dass während der Zehn-Jahresfrist des § 529 Abs. 1 BGB keine Verarmung eintreten werde).

<sup>67</sup> Daran wird es häufig mangeln, vgl. die sozialhilferechtliche Begrenzung in § 94 Abs. 2 Satz 1 SGB XII zur Inanspruchnahme der Eltern bei Leistungen nach dem 5. und 6. Kapitel (Hilfe in besonderen Lebenslagen zu Gesundheit und Eingliederungshilfe für behinderte Menschen) – wie bisher – auf 26 €, für Leistungen nach dem 3. Kapitel (also Hilfen zum Lebensunterhalt) auf weitere 20 € je Monat. Im Ergebnis erhöht sich damit gegenüber dem Rechtszustand vor dem 1.1.2005 für Eltern von stationär untergebrachten volljährigen Kindern die Heranziehung von bislang 26 € auf gesamt 46 € monatlich (sofern zugleich Hilfe zum Lebensunterhalt gewährt wird, die nunmehr nicht mehr von der HbL konsumiert wird, wie in § 27 Abs. 3 BSHG a. F.), während sie sich für Eltern, deren Kinder nicht stationär untergebracht sind, auf 46 € reduziert.

<sup>58</sup> BGH, ZNotP 2001, 482.

<sup>59</sup> DNotZ 2001, 784.

<sup>60</sup> DNotZ 2001, 785 ff.

<sup>61</sup> Vgl. *Karpen*, MittRhNotK 1988, 146.

<sup>62</sup> Vgl. zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Sozialhilfetragers, auch bei einer „Pflichtteilsstrafklausel“, BGH, MittBayNot 2005, 314, sowie *J. Mayer*, MittBayNot 2005, 286.

<sup>63</sup> Diese werden auch in sozialrechtlich gefärbtem Kontext nur selten gegen § 138 BGB verstoßen, vgl. die Wertung des § 83 InsO sowie den Charakter als aleatorisches Rechtsgeschäft. Von einer umfangreicheren richterlichen Inhaltskontrolle geht allerdings *Wachter*, ZErB 2004, 238 u. 306 aus; vgl. *J. Mayer*, ZEV 2004, 440.

haltsrechtliche Verteidigung entgegenhalten, die er seinen Eltern gegenüber bei deren unmittelbarer eigenen Verarmung aufzubieten imstande wäre (orientiert an den Schonvermögensbestimmungen, sofern der Inhalt des Rückforderungsanspruchs auf Rückgabe des Vermögens gerichtet ist – Sachverhalt oben 1. a) und 1. d), sonst an der Schonung des Einkommens

in den Sachverhaltsalternativen oben 1. b) und 1. c). Eine zusätzliche sozialhilferechtliche Schonung findet (auch über § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII) nicht statt, da der Rückforderungsberechtigte selbst nicht Hilfeempfänger ist. Rechtzeitige Übertragung verschafft jedoch nach Ablauf der 10-Jahresfrist des § 529 Abs. 1 BGB auch insoweit Regresschutz.

## Notarkosten und Auslandsberührung

Von Notar Dr. Peter Schubert, München

Die Bewertung notarieller Urkunden, vor allem die Ermittlung des richtigen Geschäftswertes, ist nicht immer einfach. Zu diesen alltäglichen „Mühen“ können bei Auslandsberührung umsatzsteuerliche Besonderheiten sowie zusätzliche Pflichten, insbesondere Mitteilungspflichten nach der Außenwirtschaftsverordnung, hinzukommen. Der folgende Beitrag soll dem Notar helfen, diese Sonderfälle zu erkennen und das entsprechend Richtige zu veranlassen.

### A. Umsatzsteuer für Notarkosten bei Auslandsberührung

#### I. Allgemeines

Es erscheint so selbstverständlich, dass der Notar für seine Gebühren und Auslagen Umsatzsteuer in Rechnung stellt, dass kaum reflektiert wird, ob dies in jedem Fall zutreffend ist. Beruhigend: Der gedankenlose Notar, der die Umsatzsteuer immer berechnet, handelt in 99,9 % der Fälle richtig. Und: Selbst in den Fällen, in denen die Umsatzsteuer zu Unrecht berechnet wurde, wird dies meist weder von den Beteiligten noch dem Notar bemerkt.

#### II. Grundlagen

Die Grundlagen für die Umsatzsteuerberechnung durch den Notar sind in Kürze dargelegt die folgenden: Einschlägig für den Notar ist § 1 Abs. 1 Satz 1 UStG.<sup>1</sup> Der Notar erbringt einen steuerbaren Umsatz in Form einer sonstigen Leistung, § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG.<sup>2</sup> Sonstige Leistungen sind gemäß der Legaldefinition des § 3 Abs. 9 UStG alle Leistungen, die keine Lieferung darstellen, also insbesondere jede Dienstleistung. Unternehmer ist gemäß der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Satz 1 UStG jeder, der eine selbständige berufliche Tätigkeit ausübt, somit auch der Notar. Für die badischen Amtsnotare wird nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 UStG fingiert, dass sie eine selbständige berufliche Tätigkeit ausüben, so dass auch diese Umsatzsteuer in Rechnung stellen dürfen. „Im Rahmen seines Unternehmens“ liegt jede Dienstleistung des Notars, die im Zusammenhang mit seiner notariellen Tätigkeit steht. Nicht dazu gehört der Verkauf von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens, wohl aber des (gewillkürten oder notwendigen) Betriebsvermögens; insoweit ergeben sich keine Besonderheiten. Kern der umsatzsteuerpflichtigen Tätigkeit des Notars sind Beurkundung, Beglaubigung, Beratung, Verwahrungsgeschäfte. Nach wohl h. M. steht grundsätzlich auch die Testamentsvollstreckung durch einen Notar im Zusammenhang mit seiner notariellen Tätigkeit.<sup>3</sup> Etwas anderes gilt,

wenn der Notar selbst Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, weil er die Tätigkeit dann aus rein privaten Beziehungen ausübt.<sup>4</sup> Regelmäßig zu prüfen bei Auslandsberührung ist jedoch, ob der Notar seine Leistung *im Inland* ausgeführt hat.

#### III. Prüfung bei Auslandsberührung

##### 1. Ausführung im Inland

Nicht selten bekommt der Notar von ausländischen Beteiligten, insbesondere bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen zu hören, er dürfe keine Umsatzsteuer in Rechnung stellen. Die Crux liegt darin, ob die Leistung *im Inland ausgeführt* wird. Ist das der Fall, ist Umsatzsteuer zu berechnen, wird sie im Ausland ausgeführt, darf der Notar keine Umsatzsteuer in Ansatz bringen. Was unter Inland und Ausland zu verstehen ist, definiert § 1 Abs. 2 UStG.<sup>5</sup> Im Wesentlichen zählt zum Inland das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland mit Ausnahme der in § 1 Abs. 2 Satz 1 UStG bezeichneten Gebiete. Die *Staatsangehörigkeit* der Beteiligten spielt für die umsatzsteuerliche Behandlung grundsätzlich keine Rolle, § 1 Abs. 2 Satz 3 UStG. *Ausgeführt* ist die Leistung am Ort der Leistung, § 3 a UStG. Die Sondertatbestände der §§ 3 b bis 3 f UStG sind für den Notar nicht einschlägig.

##### 2. Prüfungsreihenfolge im Rahmen des § 3 a UStG

Die Reihenfolge der Prüfung im Hinblick auf die notarielle Tätigkeit erschließt sich bei § 3 a UStG nicht ohne weiteres: Vorrangig gilt Absatz 2<sup>6</sup>, sodann die Absätze 3 und 4, an letzter Stelle ist der Auffangtatbestand des Absatzes 1 zu prüfen. § 3 Abs. 3 a) i. V. m. § 4 Nr. 14 UStG betrifft ärztliche und heilberufliche Tätigkeiten und ist somit nicht einschlägig. Der Notar hat also Folgendes zu ermitteln:

<sup>4</sup> Wie hier *Eckelskemper* in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, X Rdnr. 129.

<sup>5</sup> Das „Ausland“ wird noch weiter differenziert in § 1 Abs. 2 a UStG: andere EU-Mitgliedsstaaten einerseits („übriges Gemeinschaftsgebiet“) und Drittländer (= alle, die nicht EU-Mitgliedsstaaten sind) andererseits. Zu den Besonderheiten bei einigen Inseln, Inselgruppen und Stadtstaaten *Zeuner* in Bunjes/Geist, § 1 UStG Rdnr. 107 f.; aktuelle Übersicht auf der Website des BMF: [www.bff-online.de/ust/useg/Merkblatt\\_zur\\_Unterscheidung\\_zwischen\\_Gemeinschaftsgebiet\\_und\\_Drittlandsgebiet.pdf](http://www.bff-online.de/ust/useg/Merkblatt_zur_Unterscheidung_zwischen_Gemeinschaftsgebiet_und_Drittlandsgebiet.pdf); vgl. zu den Begriffen auch A 13 und 13 A UStR 2005; die Umsatzsteuer Richtlinien sind z. B. abgedruckt in *Lippross*, UStG 2005 und kommentierte UStR 2005.

<sup>6</sup> Vgl. jedoch unten, a) (1) cc).

<sup>1</sup> § 151 a KostO kommt insoweit keine eigenständige Bedeutung zu.

<sup>2</sup> Zum Begriff der sonstigen Leistung näher *Leonhard* in Bunjes/Geist, UStG, § 3 Rdnr. 85 ff.

<sup>3</sup> *Eckelskemper* in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 10. Kap Rdnr. 128 m. w. N.; *Zeuner* in Bunjes/Geist, UStG, § 1 Rdnr. 74.

### a) Zusammenhang mit Auslandsgrundstück

Liegt eine sonstige Leistung im Zusammenhang mit einem Grundstück im Ausland vor, § 3 a Abs. 2 Nr. 1 UStG? Darunter fallen insbesondere notarielle Leistungen im Zusammenhang mit Veräußerung und Erwerb – lit. b), die Grundstückserschließung (z. B. Erschließungsvertrag) oder die Vorbereitung/Ausführung von Bauleistungen (Baubeschreibung, Generalübernehmervertrag etc.) – lit. c), sowie die Vermietung/Verpachtung, Nutzungsüberlassung bzw. Einräumung von Nutzungsrechten, lit. a) i. V. m. § 4 Nr. 12 UStG.

#### (1) Grundstücksbegriff

aa) Der Begriff des Grundstücks richtet sich nach Art. 9 Abs. 2 a), Art. 13 Teil B b) der 6. EG-Richtlinie<sup>7</sup> – 6. RLEWG –, nicht nach dem (nationalen) bürgerlichen Recht.<sup>8</sup> Dieser EU-rechtliche Grundstücksbegriff kann bei aufstehenden Gebäuden zu einer vom nationalen Recht unterschiedlichen Behandlung führen: Nach der Grundsatzentscheidung des EuGH vom 16.1.2003<sup>9</sup> ist maßgeblich, ob diese mobil und leicht versetzbar sind. Nur dann sind sie nicht dem Grundstück zuzurechnen. Für die Zugehörigkeit zum Grundstück ist es aber nicht erforderlich, dass das Gebäude mit dem Grund und Boden untrennbar verbunden ist. Auch spielt die Regelung des § 95 BGB, wonach ein Gebäude bei nur vorübergehender Verbindung mit dem Grundstück nicht zu dessen Bestandteil wird (z. B. wenn dieses nach Beendigung des Miet- oder Pachtvertrages vom Mieter oder Pächter wieder entfernt wird), keine Rolle.

Zum Grundstück zählen unbestritten auch Wohnungseigentum und Erbbaurechte, daneben Bergwerkseigentum, Jagd- und Fischereirechte und ähnliche verdinglichte Rechtsinstitute.<sup>10</sup> Der umsatzsteuerliche Grundstücksbegriff ist auch nicht deckungsgleich mit dem Begriff des Grundstücks im Sinne des § 2 GrEStG, wie er in § 4 Nr. 9 UStG eine Rolle spielt.<sup>11</sup> Besondere ausländische Besitzformen – wie z. B. Timesharing – mögen sich ggf. nicht unter den Grundstücksbegriff subsumieren lassen; jedenfalls wird man darin aber eine Einräumung eines Nutzungsrechtes sehen können, die ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 3 a Abs. 2 i. V. m. § 4 Nr. 12 UStG fällt. Bei der Mitveräußerung von Zubehör in einem einheitlichen Vertrag richtet sich der Ort der Notarleistung auch insoweit nach der Belegenheit des Grundstücks.<sup>12</sup> Nicht zum Grundbesitz zählen Wohnanhänger, Zelte, Mobilheime und leichte Freizeitunterkünfte – diese ordnet der EuGH als leicht versetzbare und damit als bewegliche Gegenstände ein.<sup>13</sup>

Die neuere Rechtsprechung des EuGH hat erhebliche Bedeutung für die Vermietung von Objekten, die im Ausland gelegen sind, da eine Zurechnung eines Gebäudes zum Grund-

stück häufiger erfolgt als nach dem nationalen deutschen Recht mit der Folge, dass eher ein steuerfreier Umsatz nach § 3 a Abs. 2 UStG vorliegt.

bb) Ist der Grundbesitz lediglich Vermögensbestandteil, z. B. eines ungeteilten Nachlasses, eines sonstigen Gesamthandsvermögens oder gehört er einer juristischen Person und werden lediglich Anteile an der Gesamthand bzw. der juristischen Person übertragen, liegt kein *unmittelbarer* bzw. *enger* Zusammenhang mit einem Grundstück vor.<sup>14</sup> Der lediglich *mittelbare* Zusammenhang durch die Zugehörigkeit zur Vermögensmasse reicht für die Anwendung des Absatzes 2 nicht aus. Bei Beurkundung der Abtretung von Erbteilen, GbR-Anteilen oder GmbH-Anteilen ist Leistungsort somit das Inland, auch wenn zum Vermögen Grundbesitz im Ausland gehören sollte.

cc) Soweit der Zusammenhang mit einem ausländischen Grundstück nach dem oben Gesagten zu bejahen ist, ist jede Leistung des Notars umsatzsteuerfrei. Das betrifft Kaufverträge, Angebote, Annahmen, Vermächtniserfüllungen, die Einräumung von Ankaufs-, Vorkaufs-, Optionsrechten, die Bestellung und Veräußerung von Erbbaurechten, die Begründung und Aufhebung von Wohnungs-/Teileigentum und von Sondernutzungsrechten, die Einräumung und Aufhebung von Nießbrauchs- und Wohnungsrechten sowie die Beurkundung von Pacht- oder Mietverträgen.

Ob bloße Entwurfsfertigungen oder Beratungen im Zusammenhang mit einem ausländischen Grundstück § 3 a Abs. 2 Nr. 1 UStG unterliegen – dann wären sie stets umsatzsteuerfrei – oder § 3 a Abs. 3 i. V. m. Abs. 4 UStG unterliegen, ist umstritten. Die Finanzverwaltung sieht keinen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Grundstück – A 34 Abs. 9 Nr. 4 UStR, während dieser von der h. L. bejaht wird.<sup>15</sup> Die entsprechende Einordnung ist wichtig, weil es nach § 3 a Abs. 2 UStG nicht darauf ankommt, ob der Leistungsempfänger, d. h. der Kostenschuldner des Notars, seine Betriebsstätte oder seinen Sitz bzw. seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland oder im Ausland hat. Begründet wird die h. L. mit der früheren Fassung des § 3 a UStG: Zwar wurde Satz 4 des Absatz 3, wonach Absatz 2 unberührt bleibe, durch die Neuregelung des § 3 a Abs. 3 UStG und die Einfügung des § 3 a Abs. 3 a) UStG gestrichen. Daran, dass Absatz 2 vorrangig vor Absatz 3 zu prüfen ist, sollte sich dadurch aber nichts ändern. Die Neuregelung lässt jedoch bei Überschneidungen im Anwendungsbereich keinen klaren Vorrang erkennen, soweit man nicht systematisch einem vorangehenden Absatz eines Gesetzes Priorität einräumen möchte. Die UStR gehen dem Problem freilich dadurch aus dem Weg, dass sie die Voraussetzungen des § 3 a Abs. 2 UStG als gar nicht erfüllt ansehen. Ob sich aus EU-Recht etwas herleiten lässt, ist fraglich. Für die Verwaltungsauffassung lässt sich immerhin anführen, dass bei einer bloßen Beratung in Grundstücksangelegenheiten der örtliche Bezug zum Auslandsgrundstück gelockert ist. Allerdings erscheint fraglich, ob A 39 Abs. 9 Nr. 4 der UStR vor dem EuGH Bestand haben würde. Solange noch keine entsprechende Entscheidung vorliegt, wird der Notar jedoch gut daran tun, mit der Verwaltungsauffassung die isolierte Beratung in Bezug auf ausländischen Grundbesitz als Fall des § 3 a Abs. 4 Nr. 3 UStG anzusehen (zu den Folgen sogleich).

dd) Betrifft die notarielle Leistung sowohl in- als auch ausländischen Grundbesitz, fällt Umsatzsteuer nur auf den Leis-

<sup>7</sup> Abgedruckt in Beck'sche Textausgaben Steuergesetze Nr. 551.

<sup>8</sup> So aber noch die frühere Rechtsauffassung, vgl. noch *von Wallis* in *Bunjes/Geist*, 5. Aufl., § 3 a UStG Anm. 4; *Heidner* in *Bunjes/Geist*, 5. Aufl., § 4 Nr. 12 UStG Anm. 3; s. hierzu *Weierich*, Grundstücksrecht, Rdnr. 19 ff.

<sup>9</sup> Rs. C-315/00 (Maierhofer), DStRE 2003, 237 mit Anm. *Strüber* = UVR 2003, 206 Rdnr. 32 und 33; s. auch *Leonard* in *Bunjes/Geist*, § 3 a UStG Rdnr. 13 und *Heidner* in *Bunjes/Geist*, § 4 Nr. 12 UStG Rdnr. 7 ff.

<sup>10</sup> *Heidner* in *Bunjes/Geist*, § 4 Nr. 12 UStG Rdnr. 12.

<sup>11</sup> Dazu *Heidner* in *Bunjes/Geist*, § 4 Nr. 9 UStG Rdnr. 3 ff., 8 ff.

<sup>12</sup> *Giesbert* in *Rau/Dürrwächter*, UStG § 3 a Rdnr. 57.

<sup>13</sup> EuGH v. 3.7.1997, Rs. C-60/96 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-3827, Rdnr. 16, bestätigt von EuGH, Rs. C-315/00 (Maierhofer), UVR 2003, 206 Rdnr. 30, 31.

<sup>14</sup> Wie hier *Leonard* in *Bunjes/Geist*, § 3 a UStG Rdnr. 14 am Ende; A 34 (9) UStR 2005 für Anteile an Grundstücksgesellschaften.

<sup>15</sup> *Leonard* in *Bunjes/Geist*, § 3 a UStG Rdnr. 14; *Rau/Dürrwächter*, § 3 a UStG Rdnr. 59 ff. m. w. N.

tungsteil an, der sich auf das inländische Grundstück bezieht. Bei einem einheitlichen Vertrag ist die Höhe der Umsatzsteuer somit im Verhältnis der Werte der jeweiligen Immobilie zu ermitteln.<sup>16</sup>

ee) Wird die Umsatzsteuerfreiheit nach § 3 a UStG bejaht, unterliegen auch die Gebühren für Nebentätigkeiten, Vollzugstätigkeiten, Schreibauflagen und Auslagen als Annex zur Umsatzsteuerfreien Leistung nicht der Umsatzsteuer. Das gilt ebenso für Hinterlegungsgebühren nach § 149 KostO (Auszahlung aus einem Notaranderkonto).

## (2) Grundpfandrechte

Nach Auffassung der Finanzverwaltung stellt die Beurkundung von Grundpfandrechtsbestellungen durch Notare im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks keine unter § 3 a Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 b) UStG fallende sonstige Leistung dar.<sup>17</sup> Dem ist zuzustimmen: Die Bestellung erfolgt zur Absicherung eines Darlehens, das Grundstück dient insoweit nur als Sicherheit. Aus der Gesamtschau von § 3 a Abs. 2 Nr. 1 a) i. V. m. § 4 Nr. 12 UStG mit § 3 a Abs. 2 Nr. 1 b) UStG lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber nicht jedweden Zusammenhang mit dem Grundstück genügen lassen, sondern nur solche Rechtsgeschäfte erfassen wollte, die im Hinblick auf eine unmittelbare wirtschaftliche Verwertung des Grundstücks – wie z. B. Kauf/Verkauf oder Vermietung/Nutzungsüberlassung – erfolgen. Das ist bei einer bloßen Belastung zur Finanzierungszwecken aber nicht der Fall. Der Grundbesitz ist nur *mittelbar* tangiert. Gleiches gilt für alle weiteren damit im Zusammenhang stehenden Rechtsgeschäfte wie z. B. Belastungsvollmachten oder Genehmigungen. Damit gilt § 3 a Abs. 1 UStG – Leistungsort ist somit das Inland, die Leistung ist umsatzsteuerpflichtig. Für Beratungen zur Finanzierung sollen dagegen § 3 a Abs. 3 und 4 UStG gelten.<sup>18</sup>

## (3) Eheverträge, Scheidungsvereinbarungen

aa) Wird im Rahmen ehevertraglicher Vereinbarungen ausländischer Grundbesitz übertragen, kann fraglich sein, wie dies umsatzsteuermäßig bei der Kostenrechnung des Notars zu behandeln ist, was an zwei Beispielen erläutert werden soll.

*Fall 1:* Ehefrau F überträgt im Wege einer Scheidungsvereinbarung an Ehemann M ihren 1/2 Anteil an der schuldensfreien Auslandsimmobilie im Wert von 300.000 €, gleichzeitig wird Gütertrennung vereinbart. Wert des Gesamtvermögens: 2 Mio. €.

*Fall 2:* Wie vor, allerdings beträgt der Wert des Reinvermögens beider Ehegatten nach Schuldenabzug nur 200.000 €.

Gemäß §§ 39 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Sätze 1 und 2, 44 Abs. 1 Satz 1 KostO ist wegen Gegenstandsgleichheit der Güterstandsregelung – Gütertrennung – mit der Grundbesitzübertragung im Fall 1 der gesamte Vermögenswert als Geschäftswert maßgeblich, die Grundbesitzübertragung geht bewertungsmäßig somit unter. Insoweit liegt kein Fall des § 3 a Abs. 2 UStG vor, sondern ein Fall des § 3 a Abs. 1 UStG. Auf den Rechnungsbetrag ist Umsatzsteuer in voller Höhe anzusetzen. In Fall 2 erlangt die Immobilienübertragung kostenrechtlich eigenständige Bedeutung, weil sie für den Ge-

schäftswert maßgeblich ist, § 44 Abs. 1 Satz 1 UStG. Die Vereinbarung eines anderen Güterstandes fällt für die Bewertung und damit die Kostenrechnung des Notars „unter den Tisch“. Insofern liegt ein Rechtsgeschäft im Zusammenhang mit einem ausländischen Grundstück mit kostenrechtlicher Relevanz vor, so dass keine Umsatzsteuer für den Regelungsbereich Grundbesitzübertragung/Gütertrennung anfällt, § 3 a Abs. 2 Nr. 1 Satz 1, Satz 2 b) UStG. Der die unterschiedliche Behandlung rechtfertigende Differenzierungsgrund liegt gerade darin, dass im Fall 1 die Grundbesitzübertragung kostenrechtlich irrelevant ist.

bb) Wird sowohl in- als auch ausländischer Grundbesitz im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung übertragen, ist nicht etwa der Wertvergleich nach § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO für den in- und ausländischen Grundbesitz getrennt vorzunehmen im Hinblick auf die umsatzsteuerlichen Regelungen des § 3 a UStG. Vielmehr ist die kostenrechtliche Vorfrage des bei Gegenstandsgleichheit anzusetzenden Geschäftswertes vorab zu klären; sodann erfolgt erst die umsatzsteuerliche Einordnung.

cc) Werden im Zusammenhang mit der Grundbesitzübertragung weitere gegenstandsverschiedene Regelungen getroffen, ist für letztere Umsatzsteuer anzusetzen.

Beispiel: Vereinbart werden Gütertrennung, teilweiser Unterhaltsverzicht, Versorgungsausgleichsverzicht, Erb- und Pflichtteilsverzicht. Die Geschäftswerte sollen betragen: Grundbesitzübertragung 300.000 € (die Gütertrennung ist bei einem angenommenen Gesamtvermögen von 200.000 € nicht zu bewerten), Unterhaltsverzicht: 30.000 €; Versorgungsausgleichsverzicht: 10.000 €; Erb- und Pflichtteilsverzicht: 60.000 €. Bei einem Gesamtgeschäftswert von 400.000 € sind folglich 1/4 der Gebühren umsatzsteuerpflichtig, 3/4 umsatzsteuerfrei.

## (4) Letztwillige Verfügungen

Testamente und Erbverträge, die letztwillige Verfügungen über Grundbesitz enthalten, regeln, was mit dem Vermögen nach dem Tode des Erblassers geschehen soll. Grundbesitz kann auch durch Vermächtnisse erfasst werden. Diese Regelungen stehen aber lediglich *mittelbar* im Zusammenhang mit dem Grundbesitz. Sie entfalten noch nicht mit der Errichtung der letztwilligen Verfügung, sondern erst mit deren Erfüllung unmittelbare Rechtswirkungen in Bezug auf den Grundbesitz. Bindungswirkungen von Erbverträgen oder gemeinschaftlichen Testamenten oder Fernwirkungen, z. B. nach den §§ 2287, 2288 BGB, stellen keinen hinreichenden Zusammenhang mit einem Grundstück dar. Bei Erbverträgen oder Testamenten liegt deshalb, selbst wenn Grundbesitz betroffen ist, der Leistungsort im Inland (in dem der Notar seine Kanzlei führt). Etwas anderes gilt, wenn das Vermächtnis über ein ausländisches Grundstück *erfüllt* wird: Hier wird konkret eine Regelung in Bezug auf das Grundstück getroffen. Liegt es im Ausland, darf der Notar keine Umsatzsteuer in Rechnung stellen.

## (5) Vollmachten, Zustimmungserklärungen

Für Vollmachten zum Erwerb oder der Veräußerung von ausländischem Grundbesitz dürfte gelten.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Auf diese Weise ergibt sich i. d. R. ein „krummer“ Umsatzsteuersatz – jedes gute Notarsoftwareprogramm lässt aber die freie Eingabe des individuellen Umsatzsteuersatzes in solchen Fällen zu.

<sup>17</sup> Abschnitt 34 Abs. 9 Nr. 3 Umsatzsteuerrichtlinien 2005.

<sup>18</sup> Umstritten, vgl. die Ausführungen oben unter cc) – so A 34 UStR Abs. 9 Nr. 3; a. A. vermutlich zu Recht, die in Fn. 15 aufgeführten.

<sup>19</sup> Die Erteilung von Vollmachten über ausländischen Grundbesitz ist weder in den UStR 2005 noch in den Kommentaren zum UStG bislang erörtert worden; eine Richtigkeitsgewähr für die hier vertretene Auffassung wird daher nicht übernommen. Allerdings will *Leonard* in Bunjes/Geist, § 3 a UStG Rdnr. 14, bereits Verkaufsanzeigen unter § 3 a Abs. 2 UStG subsumieren, sodass Vollmachten zum Erwerb bzw. zur Veräußerung erst recht unter die Vorschrift fallen müssten.

aa) Ist die Vollmacht speziell erteilt zum Verkauf oder Ankauf von Immobilien oder zur Belastung des Grundbesitzes, steht sie in engem und unmittelbarem Zusammenhang mit der Veräußerung eines Grundstücks. Sie stellt zwar eine Vorbereitungshandlung für die Veräußerung dar, ermöglicht diese andererseits erst. Insofern kann sie nicht anders behandelt werden wie eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) zu einem bereits abgeschlossenen Grundstücksgeschäft. Darauf abzustellen, dass von der Vollmacht erst noch Gebrauch gemacht werden muss, damit der Vertrag wirksam wird, wäre spitzfindig. Auf die Kostenrechnung des Notars entfällt mithin keine Umsatzsteuer, wenn die Vollmacht ausschließlich im Ausland belegenen Grundbesitz erfasst. Auch für eine Genehmigung oder sonstige Zustimmung zu einem auf ein ausländisches Grundstück bezogenes Rechtsgeschäft ist – gemäß den vorstehenden Ausführungen – keine Umsatzsteuer zu erheben.

bb) Eine Generalvollmacht, die eine Verfügung über das gesamte Vermögen, oder eine Nachlassvollmacht, die eine Verfügung über den gesamten Nachlass ermöglicht, betrifft etwaigen Grundbesitz nur mittelbar. Selbst wenn also zum Vermögen Immobilien im Ausland zählen sollten, steht eine solche Vollmacht nicht in engem Zusammenhang mit einem Grundstück, so dass in einem solchen Fall die gesetzliche Umsatzsteuer nach § 3 a Abs. 1 UStG in Rechnung zu stellen ist.

cc) Erfasst die Vollmacht sowohl im Ausland als auch im Inland belegenen Grundbesitz, ist die Umsatzsteuer im Verhältnis der Grundbesitzwerte zu berechnen. Ist der gesetzliche Höchstwert des § 41 Abs. 4 KostO von 500.000 € überschritten, gibt es theoretisch drei Möglichkeiten: Verhältnismäßige Aufteilung, Vorrang der umsatzsteuerpflichtigen Leistung (zunächst Wertanrechnung des inländischen Grundbesitzes) oder Vorrang der umsatzsteuerfreien Leistung (zunächst Wertanrechnung des ausländischen Grundbesitzes).

Das Rangverhältnis des § 3 a UStG darf meines Erachtens dafür nicht herangezogen werden, weil es sich bei der Aufteilung der Geschäftswerte um eine Vorfrage rein kostenrechtlicher, nicht umsatzsteuerlicher Natur handelt. Eine vorrangige Anrechnung des Wertes des ausländischen Grundbesitzes erfolgt daher nicht, so dass auch insoweit verhältnismäßig aufzuteilen ist. Die gleiche Problematik kann sich nach der neu eingeführten Höchstgrenze des § 18 Abs. 1 Satz 2 KostO von 60 Mio. € stellen. Auch hier schöpft nicht vorrangig der in- bzw. ausländische Grundbesitz den Wert aus, sondern der Wert der umsatzsteuerfreien und der umsatzsteuerpflichtigen Leistung des Notars ist aus dem Verhältnis der Geschäftswerte des inländischen Grundbesitzes einerseits und des ausländischen Grundbesitzes andererseits zu ermitteln.

## b) Beratungstätigkeit durch den Notar

Liegt keine Leistung im Zusammenhang mit einem Grundstück nach § 3 a Abs. 2 Nr. 1 UStG vor, ist als Nächstes Absatz 4 Nr. 3 zu prüfen.

### (1) Begriff der sonstigen Leistung nach § 3 a Abs. 4 Nr. 3 UStG

Die Tätigkeit des Notars erfüllt diese Bestimmung dann, wenn sie sich *ausschließlich* auf die rechtliche und wirtschaftliche Beratung bzw. Betreuung beschränkt. Die Beurkundungstätigkeit des Notars, die seinem Berufsbild das wesentliche Gepräge gibt, ist nicht mit der Beratungstätigkeit eines Rechtsanwalts vergleichbar. Beratungsleistungen im Sinne des § 3 a Abs. 4 Nr. 3 UStG liegen nur im Rahmen der sonsti-

gen Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege vor, wie z. B. der isolierten Beratung der rechtssuchenden Bevölkerung oder der Anfertigung von Entwürfen ohne Beurkundungsauftrag, § 24 Abs. 1 BNotO.<sup>20</sup> Erfolgt die Beratung, Betreuung oder sonstige Nebentätigkeit im Rahmen und in Zusammenhang mit einer Beurkundung oder Beglaubigung, stellt sie *keine* isolierte Beratung dar und unterliegt nicht § 3 a Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 3 UStG, sondern § 3 a Abs. 1 UStG. Die Auffassung von *Giesbert*<sup>21</sup>, wonach die Beurkundung durch den Notar nur Nebensache und die Beratung die Hauptsache sei, ist verfehlt; nicht nur im Beurkundungsgesetz, sondern auch aus Sicht der rechtssuchenden Bevölkerung ist die Beurkundung und das Beurkundungsverfahren das wesentliche Element notarieller Tätigkeit, das „Produkt Urkunde“ das Ziel. Erfolgt die Beratung dagegen nur *anlässlich* einer Beurkundung, hat diese jedoch im Übrigen einen anderen Gegenstand, kann es sich um eine selbständige Beratung handeln. Die gesonderte Belehrung eines ausländischen Geschäftsführers oder Liquidators durch den Notar ist ein Annex zur Handelsregisteranmeldung und unterfällt ebenfalls nicht § 3 a Abs. 4 Nr. 3 UStG. Anders ist es nur dann, wenn der Notar nur mit dieser Belehrung beauftragt ist, ohne die Anmeldung beglaubigt zu haben. Unter den Begriff der sonstigen Leistung nach § 3 a Abs. 4 Nr. 3 UStG fallen z. B. auch Entwurfserfertigungen ohne Beurkundungsauftrag<sup>22</sup>, sonstige Treuhandeltätigkeiten, wie beispielsweise isolierte Verwahrungen, und Beratungen, z. B. von ausländischen Gesellschaften.<sup>23</sup>

### (2) Rechtsfolgen einer sonstigen Leistung des Notars nach § 3 a Abs. 4 Nr. 3 UStG

Liegt ausnahmsweise eine notarielle Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO vor und ist der Leistungsempfänger zugleich Kostenschuldner *Unternehmer* (§ 2 UStG)<sup>23a</sup> und hat seine Betriebsstätte (bzw. bei einer Zweigniederlassung/Tochtergesellschaft diese ihre Betriebsstätte) im Ausland, ist diese Betriebsstätte der Ort der Leistung, so dass keine Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen ist, § 3 a Abs. 3 Sätze 1 und 2 UStG. Wird die Leistung gegenüber Nichtunternehmern erbracht, ist die selbständige Betreuungsleistung nur dann umsatzsteuerfrei, wenn sie ihren Sitz oder Wohnsitz nicht in einem EU-Land (d. h. in einem Drittland) haben. Für EU-Ausländer fällt dagegen Umsatzsteuer an, § 3 a Abs. 3 Satz 3 UStG.<sup>24</sup>

### (3) Mehrere Leistungsempfänger

Erfolgt die Beratung an mehrere Leistungsempfänger, ist die Umsatzsteuerpflicht für jeden Beteiligten gesondert zu ermitteln, so dass ein Teil der Leistung steuerfrei, der andere

<sup>20</sup> Näher A 39 Abs. 1 UStR 2005.

<sup>21</sup> In Rau/Dürrwächter, UStG § 3 a Rdnr. 51; in dieser Kommentierung liest man so unglückliche Sätze wie „die Beurkundung ist ... ein relativ simpler Vorgang“ und „sie setzt keine spezielle ... Ausbildung voraus.“

<sup>22</sup> Dagegen meines Erachtens nicht solche, bei denen der Auftrag später zurückgenommen wird.

<sup>23</sup> Viele Beispiele hierzu bei *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 147 KostO Rdnr. 113 ff.

<sup>23a</sup> Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist, dass die Leistung mindestens auch für dessen Unternehmen erbracht wird.

<sup>24</sup> Vgl. das Beispiel von *Leonard* in *Bunjes/Geist*, § 3 a UStG Rdnr. 28; allerdings ist Österreich mittlerweile Mitglied in der EU und somit kein Drittland mehr.

steuerpflichtig sein kann.<sup>25</sup> Es ist auch möglich, dass Beurkundungen mit selbständigen Beratungen zusammentreffen [s. bereits unter (1)]. In einem solchen Fall empfiehlt es sich, zwei getrennte Rechnungen zu stellen, eine mit und eine ohne Ausweis der Umsatzsteuer.

### c) Auffangtatbestand des § 3 a Abs. 1 UStG

Liegt keiner der in a) und b) beschriebenen Ausnahmefälle des § 3 a Abs. 2 bis 4 UStG vor, gilt Absatz 1: Der Notar erbringt die Leistung dort, wo er seine Kanzlei hat, das heißt im Inland. Es fällt Umsatzsteuer an, ganz gleich, wem gegenüber er die Leistung erbringt.

## IV. Erstattung von Umsatzsteuer bei ausländischen Steuerschuldern

Die gezahlte Umsatzsteuer kann ein ausländischer Unternehmer nach § 16 UStG als Vorsteuer abziehen. Hat er jedoch im Inland weder Sitz noch Betriebsstätte noch erbringt er Lieferungen oder sonstige Leistungen im Inland, gilt dies nicht. Ihm steht dann die Möglichkeit offen, die Umsatzsteuer nach § 18 Abs. 9 UStG i. V. m. §§ 59–61 UStDV vom Bundesamt für Finanzen über das besondere Vergütungsverfahren erstattet zu verlangen.<sup>26</sup> Zuständig ist seit 1.3.2005 ausschließlich die Außenstelle Schwedt<sup>27</sup>.

## V. Verfahren bei zu Unrecht in Rechnung gestellter Umsatzsteuer

Hat der Notar Umsatzsteuer zu Unrecht in Rechnung gestellt, muss er diese dennoch abführen, § 14 c Abs. 1 Satz 1 UStG (unrichtiger Steuerausweis). Die seit 1.1.2004 geltende Vorschrift entspricht im Wesentlichen der bisherigen Fassung von § 14 Abs. 2 UStG (in der Fassung bis zum 31.12.2003). § 14 c Abs. 2 UStG (unberechtigter Steuerausweis) ist nicht einschlägig. Absatz 1 erfasst Steuerpflichtige, die an sich – abstrakt – zum Umsatzsteuerausweis berechtigt sind, jedoch im Einzelfall zu viel Umsatzsteuer in Rechnung stellen, während Absatz 2 auf die Fälle anzuwenden ist, in denen jemand als Steuersubjekt von vorneherein keine Umsatzsteuer in Rechnung stellen darf.<sup>28</sup> Der Notar kann seine Rechnung jedoch nach § 14 c Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 17 UStG berichtigen. Soweit noch keine Zahlungen erfolgt sind, ist das unproblematisch. Aber selbst wenn bereits Zahlungen und/oder die entsprechenden Umsatzsteuer- und Vorsteuermeldungen erfolgt sind, ist die Berichtigung noch möglich, wenngleich mit einigem Aufwand verbunden. Die Berichtigung sollte unverzüglich durch Stornierung der alten Rechnung (als Bruchnummer) und Erteilung der korrekten berichtigten Rechnung (weitere Bruchnummer) gegenüber dem Kostenschuldner erfolgen. Gegenüber dem Finanzamt ist keine gesonderte Kennzeichnung der Berichtigung notwendig, sondern es genügt die Einstellung als Berechnungsgrundlage in die nächste Umsatzsteuererklärung. Teilweise wird vertreten, das Berichtigungsverfahren sei nur bis zu dem Zeitpunkt zulässig, bis zu dem

der Umsatzsteuerbescheid für das Jahr, in dem die Rechnung ausgestellt wurde, bestandskräftig wird, danach soll eine Berichtigung nur noch im Rahmen der §§ 172 ff. AO möglich sein.<sup>29</sup> Diese Auffassung dürfte jedoch nicht mit EU-Recht vereinbar sein.<sup>30</sup>

## VI. Zusammenfassung

Umsatzsteuer auf Notargebühren fällt auch an, wenn der Kostenschuldner Ausländer oder eine ausländische Firma bzw. Gesellschaft ist, ganz gleich ob es sich um einen EU-Ausländer oder einen sonstigen Ausländer handelt, § 3 a Abs. 1 UStG. Die Beteiligten können sich die Umsatzsteuer jedoch i. d. R. erstatten lassen beim Bundesamt für Finanzen, Außenstelle Schwedt.

Etwas anderes – Umsatzsteuerfreiheit – gilt dann, wenn die Gebühr wegen der Beurkundung eines auf die Nutzung oder Übertragung eines im Ausland gelegenen Grundstückes gerichteten Vertrages erhoben wird, § 3 a Abs. 2 UStG, und diese Rechtsvorgänge auch „gebührenrelevant“ werden. Nach der Verwaltungsauffassung fällt für Grundpfandrechtsbestellungen an ausländischem Grundbesitz dagegen Umsatzsteuer an.

Erbringt ein Notar isolierte Beratungs- oder Betreuungstätigkeiten, die nicht mit einer Beurkundung im Zusammenhang stehen, kommt es a) bei einem Unternehmer als Kostenschuldner auf dessen Betriebsstätte bzw. dessen Sitz an, b) bei einem Nichtunternehmer auf seinen Wohnsitz bzw. Sitz. Im Fall a) fällt keine Umsatzsteuer an, wenn der Sitz bzw. die Betriebsstätte im Ausland liegt, im Fall b) fällt dagegen nur dann keine Umsatzsteuer an, wenn der Wohnsitz bzw. Sitz des Nichtunternehmers außerhalb der EU, in einem Drittland, liegt.

## B. Besondere Mitteilungspflichten nach der Außenwirtschaftsverordnung

### 1. Allgemeines zur Meldepflicht nach der AWW

Weitgehend unbekannt (unter Dienstleistern wie z. B. Notaren) sind die bestehenden Mitteilungspflichten bei Zahlung größerer Geldbeträge aus dem Ausland nach der Außenwirtschaftsverordnung (AWV). Nach §§ 59 ff. AWW müssen Gebietsansässige, also natürliche oder juristische Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt, Wohnsitz oder Sitz in der Bundesrepublik Deutschland, Zahlungen von mehr als 12.500 € (oder entsprechendem Gegenwert bei Zahlungen in ausländischer Währung) der Deutschen Bundesbank melden, die sie entweder von Gebietsfremden (oder für deren Rechnung von Gebietsansässigen) entgegennehmen (= eingehende Zahlungen) oder die sie an Gebietsfremde (oder für deren Rechnung an Gebietsansässige) leisten (= ausgehende Zahlungen). Dazu gehören Barzahlungen, Überweisungen, Schecks, Wechsel, Lastschriften, Auf- und Verrechnungen. Gebietsfremd ist jeder, der nicht gebietsansässig ist. Die Meldung ist bei der Deutschen Bundesbank, Servicezentrum Außenwirt-

<sup>25</sup> Leonard in Bunjes/Geist, UStG, § 3 a Rdnr. 25.

<sup>26</sup> Dazu im Detail Zeuner in Bunjes/Geist, § 18 UStG Rdnr. 36 ff.

<sup>27</sup> Vollständige Adresse: Bundesamt für Finanzen, – Außenstelle Schwedt –, Passower Chaussee 3b, 16303 Schwedt/Oder, Telefon 01888/406-0, Fax 01888/406-4722.

<sup>28</sup> Zeuner in Bunjes/Geist, § 14 c UStG Rdnr. 15; A 190 c UStR 2005 – zu § 14 c Abs. 1 UStG, A 190 d UStR 2005 – zu § 14 c Abs. 2 UStG.

<sup>29</sup> So Zeuner in Bunjes/Geist, § 17 Rdnr. 40; Sölch/Ringleb/List, § 17 UStG Rdnr. 14.

<sup>30</sup> Überträgt man die Argumente aus dem Urteil des EuGH, Urt. v. 20.3.1997, Rs. C-24/95 (Alcan), Slg. 1997, I-1591 = NJW 1998, 4; wie hier im Ergebnis für unbegrenzte Änderungsmöglichkeit Rau/Dürnwächter, § 17 UStG Rdnr. 20; Plückerbaum/Malitzky, § 17 UStG Rdnr. 64.

schaftsstatistik, 55148 Mainz, spätestens bis zum 7. Tag des auf die Leistung oder Zahlung folgenden Monats einzureichen, und zwar unter Verwendung des Vordrucks „Z 4“ der Deutschen Bundesbank. Sammelmeldungen sind zulässig, § 61 Nr. 3 letzter Satz AWV. Für Zahlungen des Notars ins Ausland ist der Vordruck „Z 1“ zu verwenden.<sup>31</sup>

## 2. Meldeverfahren

Im Internet stehen nicht nur die notwendigen Vordrucke zur Verfügung, sondern auch Erläuterungs- und Merkblätter zur Erfüllung der Meldepflichten im Einzelnen. Zum korrekten Ausfüllen des Formulars ist die Kenntnis der jeweiligen Kennzahl für die ein- bzw. ausgehende Zahlung nach der Anlage LV zur Außenwirtschaftsverordnung erforderlich.<sup>32</sup>

Notargebühren fallen unter die freiberuflichen Tätigkeiten mit Kennzahl 514, Käufe von GmbH-Anteilen unter die Kennzahl 211, Grundstückskäufe durch Unternehmen und Privatpersonen unter die Kennzahl 232, wenn das Grundstück im Ausland liegt, und Kennzahl 272, wenn das Grundstück im Inland liegt. Der Notar ist verpflichtet, die Meldung vorzunehmen; andernfalls riskiert er ein Bußgeld, denn die unterlassene Meldung stellt eine als Ordnungswidrigkeit nach § 70 Abs. 6 Nr. 7 AWV zu ahndende Pflichtverletzung dar, und zwar bereits bei jeder Form der Fahrlässigkeit (und die wird man beim Notar, der nicht oder nicht rechtzeitig meldet, immer annehmen müssen).

Zur Meldepflicht folgendes praktische *Beispiel*:

Eine spanische S. L. (vergleichbar der deutschen GmbH) kauft Geschäftsanteile eines deutschen Unternehmens. Der Kaufpreis von 25 Mio. € wird im Hinblick auf das Vollzugsverbot des § 41 GWB auf ein Notaranderkonto einbezahlt.

*Lösung*: Kostenschuldner ist der Käufer (die S. L.). Der Notar hat folgende Meldungen durchzuführen:

a) Zahlungseingang hinsichtlich der Notargebühren – Meldung mit Vordruck Z 4; Kennzahl 514; Land: Spanien;

b) Zahlungseingang des Kaufpreises auf das Notaranderkonto – Meldung mit Vordruck Z 4; Kennzahl 211 (für den Erwerb von Anteilen an ausländischen Nicht-Aktiengesellschaften); Land: wie vor;

c) Zahlungseingang hinsichtlich der Notargebühren für das Anderkonto – Meldung mit Vordruck Z 4, Kennzahl 514; Land: wie vor.

Die Auszahlung des Kaufpreises aus dem Notaranderkonto an den Verkäufer ist nicht zu melden, weil das Geld von einem Gebietsansässigen (= Notar) an einen Gebietsansässigen (= den deutschen Verkäufer) gezahlt wird. Wird – aus irgendwelchen Gründen – der auf dem Notaranderkonto hinterlegte Kaufpreis wieder an den Käufer zurückgezahlt, z. B. weil der Vollzug des Unternehmenskaufes scheitert, ist diese Auszahlung ebenfalls zu melden, und zwar unter Verwendung des Vordrucks Z 1, und zwar (nach einem praktischen Hinweis der Bundesbank) mit Kennzahl 900 unter Verweisung auf die ursprüngliche Kennzahl (hier 211) unter kurzer Schilderung des Grundes für die Rückzahlung (im Beispielfall: „Rücktritt des Käufers wegen Nichterfüllung der Verkäuferpflichten“). Die Bundesbank verlangt bei Unternehmenskäufen eine genaue Angabe von Rechtsgrund sowie Anschrift von Verkäufer und Käufer.

## 3. Meldepflichtiger, Abwälzung der Meldepflicht

Die Bundesbank empfiehlt für die Praxis, der Notar sollte, wenn er über ein Anderkonto in die Abwicklung von Zahlungen aus dem Ausland bzw. für Zahlungen aus dem Inland für Ausländer eingebunden ist, die Verantwortlichkeit für die Meldung nach §§ 59 ff. AWV den Beteiligten übertragen. Fehle eine solche Regelung, sei freilich der Notar meldepflichtig. Zahlungseingänge über Notargebühren, die den Betrag von 12.500 € überschreiten, kann und muss nur der Notar melden. Hinsichtlich des Anderkontos dürfte aber zweifelhaft sein, ob die Meldepflicht auf einen anderen überwält werden kann. Geht der Kaufpreis auf dem Notaranderkonto ein, ist das Geld noch treuhänderisch gebunden und man wird noch nicht davon sprechen können, dass der gezahlte Betrag dem Verkäufer zur Verfügung steht; dieser ist mithin noch nicht beim Verkäufer „eingegangen“. Die Gestaltungsempfehlung der Bundesbank mag daher auf den ersten Blick sympathisch erscheinen, weil die Meldungen doch einen gewissen Aufwand erfordern; da diese Überwälzung der Meldepflicht den Notar aber nach dem oben Gesagten nicht von seiner eigenen Meldepflicht als Empfänger der Zahlung und damit auch nicht von seiner – bußgeldbewehrten – Verantwortlichkeit befreit, ist davon abzuraten, sich auf die Beteiligten zu verlassen. Der Notar sollte in einem solchen Fall die Meldung stets selbst durchführen. Eine Doppelmeldung auch durch die Beteiligten schadet im Übrigen nicht, da die Vorgänge von der Bundesbank entsprechend gespeichert, abgeglichen und kontrolliert werden.

<sup>31</sup> Die Vordrucke sind über das Internet unter [www.bundesbank.de](http://www.bundesbank.de) abrufbar (dort unter „Services“, Meldewesen, Außenwirtschaft), genaue Adresse [http://www.bundesbank.de/meldewesen/mw\\_aussenwirtschaft.php](http://www.bundesbank.de/meldewesen/mw_aussenwirtschaft.php), bzw. können vom Servicezentrum angefordert werden. Fragen können unter der kompetenten Hotline der Bundesbank unter 0800-1234-111 (entgeltfrei) beantwortet werden.

<sup>32</sup> Auch diese Kennzahlen sind auf der Internetseite der Deutschen Bundesbank abrufbar – unter dem Link „Anlage LV zur AWV“. Genaue Adresse [http://www.bundesbank.de/download/meldewesen/aussenwirtschaft/schlüssel/leistungsverzeichnis\\_070904.pdf](http://www.bundesbank.de/download/meldewesen/aussenwirtschaft/schlüssel/leistungsverzeichnis_070904.pdf).

## Jüngste Änderungen der Dienstordnung und ihre Auswirkungen auf die Praxis

Von Notar Dr. *Markus Krebs*, Landshut

Zum 1.7.2005 ist die DONot erneut geändert worden,<sup>1</sup> nachdem deren grundlegende Überarbeitung und Neufassung gerade einmal vier Jahre her ist.<sup>2</sup> Einige Punkte, insbesondere zum Einsatz der EDV, wurden damals jedoch bewusst ausgeklammert und sollten erst später eingearbeitet werden. Der nachfolgende Beitrag schildert die Auswirkungen der Änderungen auf die Praxis im bayerischen Notariat.

### I. Dauer der Aufbewahrungspflicht

1. Nach § 5 Abs. 4 DONot n. F. sind bisher „dauernd“ aufzubewahrende Unterlagen (Urkundenrolle, Erbvertragsverzeichnis, Namensverzeichnis zur Urkundenrolle und Urkundensammlung einschließlich gesondert aufbewahrter Erbverträge sowie nach § 16 Abs. 1 DONot a. F. zu den Nebenakten genommene Abschriften letztwilliger Verfügungen) nur mehr 100 Jahre aufzubewahren. Hintergrund: Beim gerichtlichen Schriftgut, aber auch den Notariatsakten, die von der Justizverwaltung (z. B. nach § 51 Abs. 1 Satz 1 BNotO) oder den Staatsarchiven verwahrt werden, wollen die Archivverwaltungen in Zukunft von der dauernden Aufbewahrung abgehen; da die Aufbewahrungsbestimmungen aber für alle Notariatsakten grundsätzlich gleich sein sollen, wurde die DONot entsprechend angepasst.

Bevor nun die Inhaber traditionsreicher Notarstellen zum Aufräumen in den Keller gehen: § 5 Abs. 4 Satz 3 DONot n. F. nimmt die vor dem 1.1.1950 entstandenen Unterlagen „bis auf weiteres“ von der Neuregelung aus.<sup>3</sup> Im Hinblick auf kriegsbedingte Datenlücken etwa bei den Grundbuchämtern ist diese Ausnahme sicher vernünftig. Es steht allerdings zu erwarten, dass Nr. 4.1 der ArchivNotBek<sup>4</sup>, wonach „dauernd“ aufzubewahrende Unterlagen nach 60 Jahren an die Staatsarchive abgegeben werden können, ebenfalls angepasst wird, und zwar dahingehend, dass mit dem Entfallen dauernd aufzubewahrender Unterlagen auch die Möglichkeit der Abgabe entfällt (jedenfalls für Urkunden ab 1950, da eine Abgabe für „nur“ 40 verbleibende Jahre den Aufwand für die Staatsarchive kaum lohnen wird). Die bayerischen Notare werden sich also vielleicht darauf einzustellen haben, Urkunden 100 Jahre lang selbst aufbewahren zu müssen.

2. Beim Ganzen wurde übersehen, konsequenterweise auch § 29 DONot anzupassen. Nach dessen Absatz 2 Satz 1 ist „holzfrees“ Papier zu verwenden. Diese Vorschrift zielt nicht etwa auf die Aesthetik der Urkunden, deren Erscheinungsbild ja auch im Übrigen der Verantwortung des Notars überlassen bleibt; vielmehr ist sie als Konkretisierung des § 29 Abs. 1

DONot zu verstehen, wonach Urschriften „dauerhaft“ sein müssen. Nun ist die Qualität vieler holzhaltiger (Recycling-) Papiere inzwischen so hoch, dass auch mit ihnen dauerhafte Ergebnisse möglich sind, weshalb der Zwang zur Holzfreiheit schon seit geraumer Zeit fragwürdig war. Wenn aber Urkunden nunmehr nach 100 Jahren vernichtet werden dürfen und im Regelfall auch zu vernichten sind (§ 5 Abs. 4 Satz 4 DONot), ist die Forderung von Dauerhaftigkeit ohne Sinn. Das schon aus § 5 Abs. 4 Satz 1 DONot folgende Erfordernis einer Haltbarkeit über 100 Jahre hinweg genügt.<sup>5</sup> Dem Einsatz umweltfreundlichen Recyclingpapiers, das wegen seiner Tönung augenfreundlicher als „rein“ (=grell)weißes Papier ist, sollte daher auch im Notariat nichts mehr im Wege stehen.

### II. Form der Dokumentation zur Einhaltung von Mitwirkungsverboten

Nach § 15 DONot hat der Notar seine Vorkehrungen zur Einhaltung der Mitwirkungsverbote zumindest in der dort beschriebenen Form zu dokumentieren. Dies setzt allerdings voraus, dass der Notar überhaupt in erfassbarem Umfang für Dritte außeramtlich tätig ist,<sup>6</sup> was im hauptberuflichen Notariat nur selten der Fall sein wird.<sup>7</sup> Wer der Vorschrift dennoch folgen muss, darf dies allerdings nach dem neuen § 15 Abs. 2 DONot nun ausdrücklich auch in nicht papiergebundener Form tun. Damit ist wenigstens diese Streitfrage<sup>8</sup> nunmehr entschieden.

### III. Neues zur automationsgestützten Führung der Bücher und Verzeichnisse

1. Werden Bücher und Verzeichnisse „automationsgestützt“ geführt, so dürfen „notarspezifische Fachanwendungen“ und ihre „Fortschreibungen“ nach der Neufassung des § 17 Abs. 1 Satz 1 DONot keine Verfahren zur nachträglichen Veränderung der mit dem Ausdruck abgeschlossenen Eintragungen enthalten; der Notar hat sich dies vom „Ersteller“ bescheinigen zu lassen.

a) Der Inhalt der Regelung erschließt sich nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut. Um eine „Parallelvorschrift“ zum „Verbot in § 7 Abs. 2 DONot, in den Büchern nachträglich Verän-

<sup>1</sup> BayJMBI 2005, 50.

<sup>2</sup> Hierzu *Vollhardt*, MittBayNot 2001, 245 ff.

<sup>3</sup> Normen mit einer Gültigkeit „bis auf weiteres“ zu erlassen, ist freilich eine fragwürdige Gesetzgebungskunst; gemeinhin (Ausnahme: Art. 50 Abs. 2 BayLStVG) gelten Normen nun einmal so lange, wie sie nicht aufgehoben oder geändert werden. Derartige Zusätze kann man, wenn es nicht gerade um Fragen des Vertrauensschutzes geht, sich und dem Normadressaten sparen.

<sup>4</sup> Aufbewahrung, Abgabe und Vernichtung von Notariatsakten, Gemeinsame Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 29.11.2002, JMBI 2003, 20.

<sup>5</sup> Auch der Wunsch, einzelne Urkunden gegebenenfalls länger aufzubewahren zu können, rechtfertigt nicht die sinnlose Ausstattung aller anderen. Will man eine Urkunde tatsächlich sub specie aeternitatis aufbewahren, so mag man sich nach 100 Jahren eine Kopie auf holzfreies Papier ziehen, wenn es dann noch Wälder gibt.

<sup>6</sup> *Vollhardt*, MittBayNot 2001, 245, 248.

<sup>7</sup> *Renner* in Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 4. Aufl. 2003, § 15 DONot Rdnr. 16.

<sup>8</sup> Vgl. *Renner*, a. a. O., § 15 DONot Rdnr. 23.

derungen vorzunehmen“, kann es sich jedenfalls nicht handeln.<sup>9</sup> Denn § 7 Abs. 2 DONot verbietet nachträgliche Änderungen nicht, sondern stellt hierfür nur besondere Kautelen auf. Weiter war zumindest bisher völlig unstreitig, dass wegen des – in § 6 Abs. 1 DONot nach wie vor festgelegten – Grundsatzes des „papiergebundenen Notariats“ die im Computer gespeicherten Daten unmaßgeblich sind, solange sie nicht ausgedruckt werden.<sup>10</sup> Nimmt man beides zusammen, so muss eine Änderung der Daten im Computer solange erlaubt sein, wie nicht (1) die neuen Daten ausgedruckt werden, (2) der Ausdruck sodann an die Stelle früherer Ausdrücke gesetzt wird und (3) die ursprünglichen Eintragungen dabei nicht lesbar bleiben oder die Änderungen nicht so dokumentiert sind, wie es § 7 Abs. 2 DONot vorschreibt. „Parallelvorschriften“ zu dieser Norm braucht man im papiergebundenen Notariat nicht; § 17 Abs. 3 Hs. 1 DONot n. F. bestätigt dies.

Die Neufassung des § 17 DONot hätte auch widersinnige Konsequenzen, wenn man sie dahingehend verstünde, dass nun schlechthin alle<sup>11</sup> „Verfahren zur nachträglichen Veränderung der abgeschlossenen Seiten“ untersagt sind. Bei der Angst vor den unbegrenzten Möglichkeiten der EDV zur „möglicherweise sogar spurlosen“<sup>12</sup> Veränderung von Daten wird übersehen, dass nichts gegen eine „spurhafte“ Veränderung spricht. Warum sollte die Software keinen Ausdruck geänderter Daten ermöglichen dürfen, solange dabei § 7 Abs. 2 DONot beachtet wird (etwa durch Ausdruck nur der geänderten Daten nebst Vermerk auf dem Originalblatt nach Einzelblatteinzug)?<sup>13</sup> Insoweit wird man § 17 Abs. 1 Satz 1 DONot bereits jetzt entsprechend auszulegen und einfach wie folgt zu lesen haben: „Werden Bücher mit dem Computer geführt, darf die eingesetzte Notarsoftware keine Ausdrücke erlauben, welche den Vorgaben des § 7 Abs. 2 DONot nicht entsprechen.“

b) Dem Verbot soll zur breiten Wirkung verholfen werden, indem sich der Notar vom Hersteller bestätigen lassen muss, dass das Programm keine entsprechenden Hintertürchen enthält. Ob diese Bestätigung viel nutzt, ist zweifelhaft. Zum einen bleibt es mangels einschlägigen Ordnungswidrigkeitstatbestandes ohne Sanktion, wenn ein Hersteller, etwa im

„Kundeninteresse“, falsche Bescheinigungen ausstellt. Er wäre allenfalls wegen Beihilfe zu Urkundendelikten und dergleichen zu belangen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt wären; das war er aber auch schon bisher. Zum anderen wird sich ein Notar, der es nachgerade auf Fälschungen anlegt, sich in Zeiten leistungsfähiger Scanner und pixelgenauer Bildbearbeitungsprogramme auch von der DONot und den nach ihr beizubringenden Bescheinigungen nicht aufhalten lassen. Man hätte es bei dem einfachen Verbot in § 17 Abs. 1 Satz 1 DONot belassen können.

c) Die geforderte Bescheinigung wirft nämlich auch in der Praxis Probleme auf. Was soll etwa gelten, wenn der Softwarehersteller nicht mehr existiert? Selbst wenn es ihn noch gibt, könnte es sein, dass er die Bescheinigung für die derzeitige Programmversion guten Gewissens nicht erteilen kann, eine dienstordnungskonforme Umprogrammierung des – vielleicht schon älteren – Programms aber aus wirtschaftlichen oder tatsächlichen Gründen scheitert. Was dann? Kann dem Notar hier wenigstens der allgemeine Grundsatz „ultra posse nemo obligatur“ helfen, oder muss er die Benutzung solcher Programme einstellen, weil aus § 17 Abs. 1 DONot n. F. inzident gar die Pflicht folgt, nur Software einzusetzen, für die eine Bescheinigung erteilt werden kann? Ich meine, die DONot taugt weder für eine solche Enteignung als Rechtsgrundlage, noch kann sie Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für Notarsoftwarehersteller sein.

Ebenfalls nicht eindeutig ist der Wortlaut bei der Frage, ob für jedes Software-Update eine neue Bescheinigung einzuholen ist. Die Formulierungen „Fachanwendungen und ihre Fortschreibungen“ und „jeweils eingesetzte Anwendung“ gehen zwar in diese Richtung; die EDV-Empfehlungen der Bundesnotarkammer sprechen in Punkt I. 3. 1 jedoch davon, dass die Bescheinigung auch spätere Veränderungen des Programms umfassen könne. Da die Bundesnotarkammer die Vorbereitung der DONot-Änderungen umfassend begleitet hat, wird man dieser Auslegung folgen dürfen.

Die in den EDV-Empfehlungen vorgeschlagene Muster-Herstellerbescheinigung geht allerdings insofern zu weit, als sie die namentliche Benennung des Programmverwenders vorsieht. So viel Bürokratie wird selbst von der Dienstordnung nicht gefordert. Es genügt eine allgemeine Bestätigung etwa der Art: „Wir bescheinigen, dass das Programm QuattroNotarTop 3.4 keine Veränderungen der mit dem Ausdruck abgeschlossenen Eintragungen ermöglicht.“ Diese kann der Hersteller dann beliebig oft vervielfältigen.

d) Wer keine Notarsoftware einsetzt, sondern Standardsoftware, also seine Bücher etwa mit Microsoft Office oder OpenOffice – ohne notarspezifisch programmierte Makros – führt, obliegt den neuen Verpflichtungen nicht. Diese beziehen sich nur auf „notarspezifische Fachanwendungen“; Standardsoftware ist nicht erfasst. Wird sie jedoch mit notarspezifisch programmierten Makros gesteuert, so wird man letztere als „notarspezifische Fachanwendung“ einstufen müssen; § 17 Abs. 1 Satz 1 und 2 DONot n. F. beziehen sich dann auf diese Makros.

2. In § 17 Abs. 1 Satz 3 DONot n. F. wird die Behandlung von „Zwischenausdrucken“ und wiederholenden Ausdrucken differenzierter als bisher geregelt. Die frühere Formulierung, wonach bei Wiederholung früherer Ausdrücke diese zu vernichten sind, nötigte zu der Klarstellung, sie beziehe sich nur auf noch nicht abgeschlossene Seiten.<sup>14</sup> In der Neufassung

<sup>9</sup> So aber *Bettendorf/Wegerhoff*, DNotZ 2005, 484, 488.

<sup>10</sup> Punkt I. 3. 1 der neuen EDV-Empfehlungen für Notarinnen und Notare, Notarprüferinnen und Notarprüfer und Softwarehersteller im Hinblick auf eine dienstordnungsgerechte Führung der Bücher, Verzeichnisse und Übersichten im Notariat – „EDV-Empfehlungen“ – der Bundesnotarkammer (abrufbar unter [http://www.bnotk.de/bnotk/service/merkblaetter\\_empfehlungen/edv\\_empfehlungen\\_2005.htm](http://www.bnotk.de/bnotk/service/merkblaetter_empfehlungen/edv_empfehlungen_2005.htm), 27.7.2005), wonach schon die Änderung von Dateieingaben im Computer verboten sein soll, wird man daher insoweit ignorieren dürfen.

<sup>11</sup> So aber offenbar *Bettendorf/Wegerhoff*, DNotZ 2005, 484, 488; der Zusatz „möglicherweise sogar spurlose“ ist ja nicht Einschränkung, sondern Steigerung.

<sup>12</sup> Siehe Fn. 11.

<sup>13</sup> Anders aber schon zum alten Recht v. *Campe* in Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 7 DONot Rdnr. 7: Änderungen auf bereits ausgedruckten Seiten könnten nur „manuell“ angebracht werden; *Renner* in Huhn/v. Schuckmann, § 17 DONot Rdnr. 9: die Seite könne „nicht wieder in den Drucker eingelegt werden“. Den Beweis dafür bleibt man freilich schuldig. Dass das „Überdrucken“ einer bereits bedruckten Seite in der Praxis unüblich sein mag (v. *Campe*, a. a. O., § 17 DONot Rdnr. 9 mit Fn. 18), tut nichts zur Sache; eine bloße Praxisunüblichkeit rechtfertigt noch lange keine Einschränkung der Berufsausübung für diejenigen, die Gründe sehen, der üblichen Praxis nicht zu folgen. Ein bis zwei Überdrucke halten normales Papier und normaler Toner jedenfalls aus (dies entgegen *Bettendorf*, EDV und Internet in der notariellen Praxis, S. 150 f.).

<sup>14</sup> *Renner* in Huhn/v. Schuckmann, § 17 DONot Rdnr. 6 m. N.

wird dies nun ausdrücklich so formuliert: Bei Wiederholungen früherer Ausdrücke sind die wiederholenden Ausdrücke zu vernichten, nur bei noch nicht abgeschlossenen Seiten die früheren Ausdrücke. Letzteres steht mit § 7 Abs. 2 DONot in Einklang, weil nur die voll beschriebenen Seiten das Buch bilden (§ 17 Abs. 1 Satz 4 DONot n. F.). Dass die letzte *abgeschlossene* Seite ebenfalls das Buch bildet, auch wenn sie nicht voll beschrieben sein sollte, steht nun nicht mehr in der Dienstordnung. Bei der Liebe zum Detail, die der Normgeber in den übrigen Passagen des § 17 DONot zeigt, überrascht dies ein wenig. Ein Buch endet nur selten mit einer vollen Seite, und wenn doch, dann fehlt meistens etwas. Die frühere Formulierung „die voll beschriebenen Seiten und/oder die letzte abgeschlossene Seite bilden das Buch“ dürfte daher sachlich nach wie vor gelten.

3. Namensverzeichnissen, Anderkontenliste und Erbvertragsverzeichnis ist nun ein eigener Absatz (§ 17 Abs. 2 DONot) gewidmet, da für diese *Verzeichnisse* die strenge Regelung für die Führung der *Bücher* nicht passt (und hier daher auch § 7 Abs. 2 DONot nicht gilt): Das Namensverzeichnis kennt bis zum Jahresende wegen der alphabetischen Sortierung keine abgeschlossenen Seiten; im Erbvertragsverzeichnis und in der Anderkontenliste sind nachträgliche Veränderungen ebenfalls schon planmäßig angelegt. Namensverzeichnisse sind daher nur mehr zum Jahreschluss auszudrucken. Eine „Verringerung der Papierflut“<sup>15</sup> wird man aber nur feiern dürfen, wenn man die neue Vorschrift, Anderkontenliste und Erbvertragsverzeichnis seien nach der Speicherung neuer Daten auszudrucken, so versteht, dass wie bisher ein Ausdruck der veränderten Seiten genügt, obschon jetzt für diese Verzeichnisse eine dem § 17 Abs. 1 Satz 3 DONot n. F. entsprechende Detailregelung fehlt.

4. Bei alledem bleibt das eigentliche Problem der automationsgestützten Bücherführung ungelöst: Maßgeblich ist das ausgedruckte Papierbuch; ob aber der Notar den Ausdruck termingerecht veranlasst – oder aber mit Rücksicht auf geplante „Korrekturen“ bis kurz vor der Amtsprüfung zurückgehalten – hat, ist kaum festzustellen, es sei denn, man rüstete die Amtsprüfer mit Spektrometern zur Altersbestimmung der Druckseiten aus. Eine Verpflichtung der Softwarehersteller, per Programm zum rechtzeitigen Ausdruck zu zwingen und dem Notar auch dies noch zu bescheinigen, ist bisher nicht vorgesehen. Also muss man hier dem Notar denn doch einmal vertrauen, der immerhin nach Persönlichkeit und Eignung (§ 6 Abs. 1 BNotO) für dieses Amt ausgewählt worden ist. Vor diesem Hintergrund mutet die Regelungswut des § 17 DONot fast schon wieder komisch an.

#### IV. Rückgabe von Erbverträgen aus der notariellen Verwahrung

Seit dem OLG-Vertretungsänderungsgesetz können Erbverträge aus der notariellen und der amtlichen Verwahrung zurückgegeben werden.<sup>16</sup> Während das dabei nötige Verfahren der Aktenkundigmachung für die amtliche Verwahrung mit dem – hier einer analogen Anwendung zugänglichen<sup>17</sup> – § 27 Nr. 9 der Aktenordnung erschöpfend geregelt war, fehlte

für die Zurückgabe aus der notariellen Verwahrung eine genaue Festlegung des *Procedere*. Die Praxis behalf sich meist mit einer analogen Anwendung der §§ 20 Abs. 1 Satz 1 und 2, 18 Abs. 1 und 4 DONot und ließ einen einfachen Aktenvermerk ausreichen;<sup>18</sup> ob auch eine Niederschrift gemäß § 36 BeurkG möglich oder gar empfehlenswert sei, war umstritten.<sup>19</sup>

Der neue § 20 Abs. 3 DONot entscheidet, „dem Bedürfnis nach einer Klarstellung ohne unverhältnismäßigen Mehraufwand“<sup>20</sup> folgend, den Streit pragmatisch, indem nun entweder ein Aktenvermerk auf dem nach § 18 Abs. 4 Satz 2 DONot gefertigten bzw. aus Anlass der Rückgabe nun zu fertigenden Vermerkblatt bzw. beglaubigten Abschrift des Erbvertrages anzubringen und unter Angabe des Datums zu unterzeichnen oder aber über die Rückgabe eine Urkunde „in der gesetzlich vorgesehenen Form“ zu errichten ist. Welche Form der Urkunde das – insofern ja nicht geänderte – Gesetz nun vorsieht, wird nicht gesagt. Wenn aber schon ein einfacher Aktenvermerk ausreicht, wird man eine Vermerkurkunde im Sinne von § 39 BeurkG erst recht genügen lassen und eine Niederschrift nach § 36 BeurkG für höchst entbehrlich halten dürfen.

Schließlich sind die Rücknahme und der Tag der Rückgabe in das Erbvertragsverzeichnis einzutragen (§ 20 Abs. 3 Satz 5 DONot n. F.). Dass gemäß § 9 Abs. 2 DONot anstelle des Erbvertragsverzeichnisses auch eine Kartei mit Abschriften der Benachrichtigungsschreiben an die Standesämter geführt werden kann, hat man offensichtlich übersehen, weshalb man bei der nächsten DONot-Änderung vor das letzte Wort des § 20 Abs. 3 DONot n. F. die Wörter „oder auf der Abschrift des Benachrichtigungsschreibens“ wird setzen müssen.<sup>21</sup> Bis dahin muss man korrigierend bzw. ergänzend auslegen.

#### V. Urkunds- und Verwahrungsgeschäfte

Über § 24 DONot steht statt „Geschäftsübersichten“ jetzt „Übersicht über die Urkundsgeschäfte“. Die neue Überschrift soll der Tatsache Rechnung tragen, dass nach dem neuen Muster 7 zur DONot Angaben über Verwahrungsgeschäfte nicht mehr zu machen sind. Hier sollte wohl entbürokratisiert werden, obschon die wenigen Angaben dem Notar bisher kaum nennenswerten Aufwand bereitet haben. Die einfache Prüfung im laufenden Geschäftsgang, ob ein Notar überdurchschnittlich häufig Verwahrungsgeschäfte durchführt (was selten Gutes bedeutet), ist damit unmöglich.

#### VI. Identifizierung der Beteiligten

§ 26 Abs. 1 Satz 2 DONot, wonach der Notar eine Ausweiskopie nur mit schriftlicher Einwilligung des Inhabers anfertigen durfte, wurde ersatzlos gestrichen. Und in Vertretungsfällen kann bei der Vertretung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts bzw. durch Mitarbeiter des Notars nun die Dienst- oder Geschäftsanschrift angegeben werden (§ 26 Abs. 2 Satz 3 DONot n. F.)

<sup>15</sup> Bettendorf/Wegerhoff, DNotZ 2005, 484, 489.

<sup>16</sup> Näher hierzu das Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 25/2002 sowie Frank, NotBZ 2003, 8; Keim, ZEV 2003, 55; Reimann, FamRZ 2002, 1383, und umfassend v. Dickhuth-Harrach, RNotZ 2002, 384.

<sup>17</sup> Keim, ZEV 2003, 57.

<sup>18</sup> Vgl. das Rundschreiben der BNotK (Fn. 16) sowie Frank, NotBZ 2003, 13; Reimann, FamRZ 2002, 1385; v. Dickhuth-Harrach, RNotZ 2002, 395.

<sup>19</sup> Nach Reimann, FamRZ 2002, 1385, war § 36 BeurkG der sicherste Weg, nach Frank, NotBZ 2003, 13, nicht anwendbar.

<sup>20</sup> Bettendorf/Wegerhoff, DNotZ 2005, 484, 491.

<sup>21</sup> Man könnte allerdings auch § 9 Abs. 2 DONot ändern und schreiben, dass das Erbvertragsverzeichnis auch in der Form einer Kartei geführt werden könnte; nach der derzeitigen Formulierung tritt die Kartei jedoch *an dessen Stelle* und ist damit von Verweisen auf das Erbvertragsverzeichnis nur nach zusätzlicher Auslegungsarbeit erfasst.

Auf die Vertretung juristischer Personen des Privatrechts hat man die Neuerung leider nicht erstreckt. Wie schon bisher<sup>22</sup> gilt jedoch hier – wie generell bei der Bezeichnung natürlicher Personen nach § 26 Abs. 2 Satz 2 DONot –, dass die DONot als untergesetzliche Norm im Lichte des BeurkG zu sehen ist, welches in § 10 lediglich die zweifels- und verwechslungsfreie Bezeichnung der Beteiligten fordert. Diese Entscheidung trifft der Notar, und nicht die DONot.<sup>23</sup> Kann er die Identifikation etwa auch ohne Wohnungsangabe zweifelsfrei vornehmen, darf er bei deren Verweigerung die Beurkundung nicht ablehnen.

## VII. Änderung der Notarbekanntmachung

Die Änderungen in der DONot werden in Bayern über eine Änderung der Bekanntmachung betreffend die Angelegenheiten der Notare (NotBek) vermittelt, da die DONot lediglich Anlage zu Nr. 17.1 NotBek ist. Die nötigen Folgeänderungen in der NotBek selbst – nämlich die Ersetzung des Wortes „Geschäftsübersichten“ durch „Übersichten über die Urkundsgeschäfte“, § 24 DONot n. F., bei Nrn. 11.2.1, 17.2.3 NotBek und Nr. 1.12 der Anlage 7 – sind noch unterblieben.<sup>24</sup>

Jedoch wurde in die NotBek eine neue Nr. 17.2.5 eingefügt, welche den Turnus der regelmäßigen Amtsprüfungen in Bayern von bisher vier auf sechs Jahre verlängert. Dies war zwar ohne weiteres möglich, da das Bundesrecht des § 93 BNotO insoweit keine zeitlichen Vorgaben macht. Die Technik, von der – weitgehend bundeseinheitlichen – DONot nicht durch deren ausdrückliche Abänderung für Bayern, sondern nur „durchs Hintertürchen“ einer übrigen Bestimmung der NotBek abzuweichen, ist der Transparenz der Regelung leider abträglich. Zum einen ist nun der Bekanntmachungswortlaut „perplex“, da Nr. 17.2.5 und § 32 der Anlage zu Nr. 17.1

divergieren und man nur über die lex-specialis-Regel helfen kann. Zum anderen muss der Normadressat nun drei Bestimmungen zusammenlesen, um den in Bayern gültigen Turnus herauszufinden, und bayerische „Webnotare“ müssen auch ihr Internet-Impressum ändern, weil bei der Angabe des Berufsrechts der Link auf die DONot, jedenfalls was deren § 32 angeht, in Bayern nicht mehr genügen dürfte, zumindest aber missverständlich ist.

Um sicherzustellen, dass jeder Notar an seinem Amtssitz zumindest einmal geprüft wird, hat nach einer Amtssitzverlegung die Prüfung am neuen Amtssitz innerhalb der ersten drei Jahre zu erfolgen (Nr. 17.2.5 NotBek n. F.). Die Möglichkeit, auch stichprobenweise Prüfungen und solche aus besonderem Anlass anzuordnen, ist nun ausdrücklich in der NotBek erwähnt (vgl. aber schon § 93 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Auch hier bedarf es freilich noch der nötigen Folgeänderungen in den Nrn. 11.1.2, 11.1.3 und der Anlage 6 der NotBek.

## VIII. Fazit

Für die Praxis bringen die jüngsten Änderungen der Dienstordnung weniger Neues, als es zunächst scheint. Die Verkürzung der Aufbewahrungsfrist wird „bis auf weiteres“ erst in 45 Jahren relevant, die neuen §§ 17 und 20 Abs. 3 DONot stellen zu den Themen „EDV-Einsatz“ und „Rückgabe von Erbverträgen“ weitgehend klar, was bei vernünftigem Verständnis der DONot auch bisher schon galt, die jetzt wieder erlaubte Fertigung von Ausweiskopien ohne schriftliche Einwilligung war im Anwendungsbereich des Geldwäschegesetzes ohnehin stets möglich, und die im neuen § 26 Abs. 2 Satz 3 DONot vorgesehene Angabe der Dienst- oder Geschäftsanschrift in Vertretungsfällen war in den wichtigen Fällen schon bisher durch die übergeordnete Norm des § 10 BeurkG gestattet. Erfreulich sind diese Klarstellungen dennoch.

So bleiben als praxiswichtige Neuerungen das Erfordernis, sich für die Notarsoftware eine Unbedenklichkeitsbescheinigung zu besorgen, der – begrüßenswerte – komplette Wegfall des Ausweiskopierverbots und die ausdrückliche Sanktionierung der ohnehin weithin geübten Praxis, das Namensverzeichnis erst zum Jahresende auszudrucken.

<sup>22</sup> Zum Diskussionsstand ausführlich *Renner* in Huhn/v. Schuckmann, § 26 DONot Rdnr. 24.

<sup>23</sup> Treffend *Renner*, a. a. O.

<sup>24</sup> Wie übrigens auch in Punkt VI. der EDV-Empfehlungen der Bundesnotarkammer.

# Testamentsvollstreckung durch Steuerberater, Banken und Sparkassen

– zugleich Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 11.11.2004, I ZR 213/01 und I ZR 182/02\* –

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

## 1. Die Bedeutung der Entscheidungen

Die beiden Entscheidungen des BGH haben für das Recht der Testamentsvollstreckung sowohl hinsichtlich der Gestaltung der Verfügungen von Todes wegen wie auch für die praktische Organisation und Durchführung ganz erhebliche Bedeutung. Zu entscheiden hatte der BGH dabei zunächst nur über die Unterlassungsansprüche von Rechtsanwälten gegen Banken

und Steuerberater, die damit werben, dass sie geschäftsmäßig Testamentsvollstreckungen übernehmen. Derartige Unterlassungsansprüche könnten sich aus § 1 UWG a. F. oder §§ 3, 4 Nr. 1 UWG n. F. wegen eines Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG ergeben, wenn es sich bei der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers um Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten handelt, so dass es insoweit einer Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz bedarf. Der BGH hat hinsichtlich der geschäftsmäßigen Übernahme von Testamentsvollstreckungen durch Banken und Steuerberater einen Unterlassungsanspruch verneint. Auch wenn der BGH nur über einen Anspruch gegen

\* MittBayNot 2005, 419 (in diesem Heft, nur Leitsatz) und MittBayNot 2005, 416 (in diesem Heft).

die Werbung über die Durchführung von Testamentsvollstreckungen zu entscheiden hatte, ergibt sich aus den Entscheidungsgründen deutlich, dass er in grundsätzlicher Weise über das Verhältnis von Testamentsvollstreckung und Rechtsberatungsgesetz entscheiden wollte.<sup>1</sup> Der BGH sieht in der Übernahme einer Testamentsvollstreckung generell keine erlaubnispflichtige rechtsberatende Tätigkeit.

## 2. Vorgeschichte

Bis vor kurzem war heftig umstritten, ob die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers grundsätzlich eine erlaubnispflichtige Tätigkeit nach Art. 1 § 1 RBerG darstellt. Nach dieser Bestimmung darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, einschließlich der Rechtsberatung, geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die entsprechende Erlaubnis erteilt ist. Diese Streitfrage betraf insbesondere die Übernahme der Testamentsvollstreckung durch Banken, Steuerberater, aber auch Wirtschaftsprüfer, die sich zunehmend auch einer Flut von wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen und Unterlassungsklagen in diesem Zusammenhang ausgesetzt sahen. Denn ganz überwiegend wurde eine solche Erlaubnispflicht bejaht,<sup>2</sup> wenn nicht ausnahmsweise der Testamentsvollstrecker nach § 2200 BGB durch das Nachlassgericht ernannt wird, und deshalb die Ausnahmenvorschrift des Art. 1 § 3 Nr. 6 RBerG eingreift. Nur teilweise wurde in der Literatur nach Umfang und Schwerpunkt der Tätigkeit differenziert und die Testamentsvollstreckung für zulässig gehalten, soweit im Einzelfall nicht spezifisch juristische Tätigkeiten ausgeübt werden,<sup>3</sup> teilweise aber auch die Testamentsvollstreckung durch Steuerberater oder Banken und Sparkassen nach den Ausnahmenvorschriften des Art. 1 § 3 Nr. 6<sup>4</sup>, § 5 Nr. 2<sup>5</sup> oder Nr. 3<sup>6</sup> RBerG für zulässig

angesehen. In der Praxis hatte die das Rechtsberatungsgesetz sehr weit auslegende OLG-Rechtsprechung zur Konsequenz, dass Steuerberater nur noch sehr zurückhaltend mit der häufigeren Übernahme von Testamentsvollstreckungen waren.<sup>7</sup> Die Banken und Sparkassen sann verstärkt über Vermeidungsstrategien nach, wenngleich hier offenbar kein „Königsweg“ gefunden werden konnte.<sup>8</sup>

## 3. Entscheidungen des BGH

Entgegen der bislang h. M. hat nunmehr der Wettbewerbsrat des BGH in zwei Entscheidungen ausdrücklich festgestellt, dass die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers keine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i. S. v. Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG darstellt.<sup>9</sup> Er knüpft dabei zwar zunächst an seine ständige Rechtsprechung an, wonach Rechtsangelegenheiten besorgt, wer eine Tätigkeit ausübt, die das Ziel verfolgt und geeignet ist, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten.<sup>10</sup> Zur Abgrenzung der erlaubnisfreien Geschäftsbesorgung von erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung ist danach auf den Kern und den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen, weil eine Besorgung wirtschaftlicher Belange vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft ist. Es ist daher zu fragen, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht.<sup>11</sup>

### 3.1 Verfassungsrechtliche Vorgaben

Dabei sind vor allem auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten: Die Bestimmungen des RBerG müssen daher auch und gerade im Lichte des Grundrechts der Berufs-

1 Ebenso *Stracke*, ZEV 2005, 125, 126.

2 OLG Karlsruhe, NJW-RR 1994, 236 = ZEV 1994, 300 (Sparkasse); OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 280 = ZEV 2000, 458 m. Anm. *Grunewald* = DNotZ 2001, 641 m. Anm. *Sandkühler* = ZErB 2000, 169 m. teilw. zust. Anm. *Bonefeld* = MittBayNot 2001, 88 m. Anm. *Schaub* = WuB VIII D Art 1 § 1 RBerG 4.02 m. Anm. *Vortmann* (Steuerberater); OLG Hamm, NJW-RR 2002, 1286 = ZEV 2003, 121 (LS) = NJW 2002, 3183 (LS – Steuerberater); OLG Hamm 2004, 250 = ZErB 2004, 271 (LS – Wirtschaftsprüfer); OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 566 = ZEV 2002, 27 m. Anm. *Grunewald* = EWiR 2001, 973 (*Vortmann*) = WuB VIII D Art 1 § 1 RBerG 4.02 m. Anm. *Vortmann* (Banken) für Abwicklungsvollstreckung; LG Münster, NJW-RR 2001, 1292 (Steuerberater); *Rennen/Caliebe*, RBerG, 3. Aufl. 2001, Art. 1 § 3 Rdnr. 49; *Chemnitz/Johnigk*, RBerG, 11. Aufl. 2003, Art. 1 § 3 Rdnr. 435 ff.; *Chemnitz*, AnwBl. 1992, 550; *Henssler*, ZEV 1994, 261, 262; *ders.*, AnwBl. 1992, 333; *Senge* in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, RBerG R 55, Art. 1 § 5 Rdnr. 17 u. 38; *Stracke*, ZEV 2001, 250; *ders.*, Die geschäftsmäßige Rechtsberatung durch Testamentsvollstrecker, 1999, 248 f.; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2197 Rdnr. 65 f.; *Weth* in Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl. 2004, Art. 1 § 3 RBerG Rdnr. 41–43; für Banken auch *Schaub*, FamRZ 1996, 845, 846; *Leverenz*, ZBB 1995, 156; a. A. aber *Vortmann*, ZBB 1994, 259; *ders.*, WM 1995, 1745; *ders.*, WuB VIII D Art. 1 § 1 RBerG 4.02; *Kleine-Cosack*, EWiR 2000, 979; *ders.*, BB 2000, 2109; *Watrin*, DStR 2002, 422, 424.

3 *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 101; MünchKommBGB/*Zimmermann*, 4. Aufl. 2004, § 2197 Rdnr. 9 (reine Vermögensverwaltung zulässig); *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2003, § 2197 Rdnr. 30 (grds. Zulässigkeit, anders nur, wenn der Testamentsvollstrecker eine spezifisch juristische Tätigkeit ausübt); *Stockebrand* in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Aufl., XI Rdnr. 48; *Reimann*, WPk-Mitt. 1996, Sonderheft Juli, S. 7; darauf abstellend, ob der Schwerpunkt wirtschaftlicher oder rechtsbesorgender Natur ist, *Sandkühler*, DNotZ 2001, 646.

4 *Grunewald*, ZEV 2000, 460; *dies.*, ZEV 2002, 32; *V. Lang*, NJW 1999, 2332, 2333; für analoge Anwendung dieser Vorschrift *Leverenz*, ZBB 1995, 156, 165 ff.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 31 III 6.

5 *Watrin*, DStR 2002, 422, 424, insbesondere im Zusammenhang mit bereits zu Lebzeiten begonnener Vermögensverwaltung, etwa im Rahmen von „family office“; ähnlich *Sandkühler* in Bengel/Reimann, Handbuch Testamentsvollstreckung, XI Rdnr. 61, wenn sich Testamentsvollstreckung als Fortsetzung einer lebzeitigen, treuhänderischen Vermögensverwaltung darstellt, die rechtliche Tätigkeit nur als Nebentätigkeit erfordert.

6 LG Detmold, Rpfleger 2002, 30 = WM 2001, 2441, 2442; LG Krefeld, DStRE 2000, 615; *Bork*, WM 1995, 225, 230 f. (auch für Anwendung von Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG); *Best*, DStR 2000, 2000, 2001; *Streck*, DStR 1991, 592, 594; *V. Lang*, NJW 1999, 2332, 2333; bei der Verwaltungsvollstreckung hält dies OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 566 = ZEV 2002, 27, 29 (obiter dictum) für möglich; *Schaub* in Bengel/Reimann, Handbuch Testamentsvollstreckung, XI Rdnr. 100 ff. sieht umso weniger Bedenken, als sich der Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers an der zu Lebzeiten des Erblassers bestehenden Kundenbeziehung orientiert; enger *Henssler*, ZEV 1994, 265, der fordert, dass die Bank bereits die Vermögensverwaltung des Erblassers wahrnahm.

7 Die Zurückhaltung lässt sich m. E. auch daran ablesen, dass Fortbildungsangebote zum Recht der Testamentsvollstreckung von Steuerberatern nach meiner Erfahrung in letzter Zeit nur noch spärlich wahrgenommen wurden.

8 Vgl. dazu *Schaub*, FamRZ 1995, 845; *ders.* in Bengel/Reimann, XI Rdnr. 104 ff.

9 Urt. vom 11.11.2004, I ZR 182/02 (Steuerberater), MittBayNot 2005, 416 (in diesem Heft); Urt. vom 11.11.2004, I ZR 213/01 (Banken), NJW 2005, 969 = ZEV 2005, 122 = MittBayNot 2005, 419 (in diesem Heft, nur Leitsatz).

10 BGH, NJW 1989, 2125; BGH, NJW 1999, 1715.

11 BGH, BB 2002, 1510.

freiheit (Art. 12 GG) gesehen werden, wie das Bundesverfassungsgericht unlängst erst im sog. *Masterpat-Beschluss* deutlich hervorgehoben hat.<sup>12</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass angesichts der rechtlichen Durchdringung aller Lebensbereiche nahezu jede beratende Tätigkeit mit gewerblichem oder wirtschaftlichem Bezug ohne entsprechende Rechtskenntnisse nicht mehr möglich ist. Weiter ist zu beachten, dass unter Rechtsberatung seit der Neufassung des Art. 1 § 1 RBERG die umfassende und vollwertige Beratung des Rechtssuchenden gemeint ist.<sup>13</sup> Das RBERG ist demnach *verfassungskonform restriktiv* zu interpretieren.<sup>14</sup>

Ob eine Tätigkeit dem RBERG unterfällt kann nach Ansicht des BVerfG dabei nur im Wege einer Abwägung unter Beachtung des *Verhältnismäßigkeitsgrundes* festgestellt werden: Dabei ist die Berufsfreiheit des Einzelnen gegen die öffentlichen Belange des Schutzes des Rechtssuchenden und die Wahrung der geordneten Rechtspflege abzuwägen. Hierbei ist den Veränderungen der Lebenswirklichkeit Rechnung zu tragen. Daher kann auf die Materialien bei der Schaffung des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes nicht mehr zurückgegriffen werden.<sup>15</sup>

### 3.2 Tragende Gründe der Entscheidungen des BGH

Bei der erforderlichen Abwägung ist nach Ansicht des BGH von besonderer Bedeutung, ob der Auftraggeber im Rahmen der Geschäftsbesorgung eine besondere rechtliche Prüfung des Inhalts des Geschäfts oder der mit diesen verbundenen Risiken ausdrücklich wünscht oder zumindest erkennbar erwartet. Die entsprechende Erwartung richtet sich im Zweifel nach der Person und der Qualifikation des Geschäftsbesorgers, nach den verkehrstypischen Gepflogenheiten und nach den objektiven Maßstäben des jeweiligen Geschäfts.<sup>16</sup> Hier von ausgehend verneint der BGH in den beiden Urteilen vom 11.11.2004 das Eingreifen des RBERG: Die erbrechtlichen Bestimmungen des BGB setzen keine besondere Qualifikation für das Amt des Testamentsvollstreckers voraus. Auch nehme der Erblasser die Auswahl des Testamentsvollstreckers häufig gerade nicht im Hinblick auf dessen rechtliche Kenntnisse vor, sondern aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses oder besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten auf anderen Gebieten. Zur Erfüllung der Aufgaben des Testamentsvollstreckers komme es nicht maßgeblich auf seine rechtliche Qualifikation an. Vielmehr kann und muss er bei der Beurteilung von Rechtsfragen qualifizierten Rechtsrat anderer einholen, falls er die erforderlichen Kenntnisse nicht selbst besitzt. Dass die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege durch die geschäftsmäßige Besorgung von Testamentsvollstreckungen durch Personen, die keine Erlaubnis nach dem RBERG besitzen, in irgendeiner Weise beeinträchtigt würde, sei nicht festzustellen. Daher ist es unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht gerechtfertigt, die Ausübung des Amtes

des Testamentsvollstreckers ohne eine Erlaubnis nach dem RBERG zu verbieten. Denn ein Überwiegen der öffentlichen Belange des RBERG gegenüber der Freiheit der Berufsausübung kann nicht festgestellt werden.

### 3.3 Zu den BGH-Entscheidungen

Den Ausführungen des BGH ist in seinen Grundaussagen uneingeschränkt zuzustimmen. Bei der Auswahl der Person des Testamentsvollstreckers steht für den Erblasser in der Regel immer ein besonderes Vertrauensverhältnis oder andere besondere Kenntnisse und Fähigkeiten im Vordergrund. Zu Recht betont der BGH, dass es dem Erblasser bei seiner Auswahlentscheidung regelmäßig nicht maßgeblich auf die rechtliche Qualifikation des Testamentsvollstreckers ankommt. Dass man sich sachkundigen Rechtsrat „einkaufen“ kann, ist heute allgemein bekannt. Aber auch aus der Sicht der Verkehrskreise, die mit einem Testamentsvollstrecker Rechtsgeschäfte abschließen, wird nicht erwartet, dass dieser mit besonderer rechtlicher Sachkunde ausgestattet ist. Zutreffend betont der BGH, dass durch die großzügigere Zulassung der Testamentsvollstreckung durch Banken und Steuerberater eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege nicht zu erwarten ist. Anstelle einer mehr statusorientierten Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes, wie es dem Selbstverständnis insbesondere der Rechtsanwälte und ihrer Standesvertretung entspricht, tritt ein mehr funktionales Verständnis, was unter geschäftsmäßiger Rechtsberatung unter Berücksichtigung der konkreten Aufgabenwahrnehmung zu verstehen ist. Damit wird dem alten Grundsatz wiederum zur allgemeinen Geltung verholfen, dass grundsätzlich jedermann Testamentsvollstrecker werden kann.<sup>17</sup> Auch wenn die Ausführungen des BGH zu den vom Testamentsvollstrecker vorzunehmenden, u. U. sehr vielfältigen Aufgaben relativ kurz geraten sind, so hat er zutreffender Weise die gelegentlich vorgenommene Differenzierung, eine Verwaltungsvollstreckung könne weitaus seltener gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoßen als eine Auseinandersetzungsvollstreckung,<sup>18</sup> zu Recht nicht aufgegriffen. Diese Differenzierung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Gerade eine länger dauernde Vollstreckung kann mit einer Vielzahl von rechtlichen Problemen belastet sein, während nicht jeder Testamentsvollstrecker, der eine Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft betreiben muss, es mit lauter „*Streithansln*“ zu tun hat.

*Stracke*<sup>19</sup> wirft dem BGH eine *Inkonsequenz in seiner Begründung* vor: Einerseits betone der BGH in Übereinstimmung mit seiner früheren Rechtsprechung für die Abgrenzung der erlaubnispflichtigen Rechtsberatung von der erlaubnisfreien Geschäftsbesorgung, dass es auf den Schwerpunkt der ausgeübten Tätigkeit ankomme. Andererseits führe der BGH dann aber selbst aus, dass der Schwerpunkt einer Testamentsvollstreckung auch auf rechtlichem Gebiet liegen könne. Dann aber hätte der BGH entweder generell die Betätigung als Testamentsvollstrecker als Rechtsberatung ansehen oder aber auf eine Einzelfallüberprüfung abstellen müssen. Die Kritik *Strackes* geht aber an den erbrechtlichen Besonderheiten vorbei, dass eben der Erblasser „seinen Testamentsvollstrecker“ nicht primär nach dessen Rechtskenntnissen auswählt, sondern nach anderen Qualifikationsmerkmalen.

<sup>12</sup> NJW 1998, 3481 f.; ebenso jetzt BVerfG, NJW 2002, 3531 = ZEV 2003, 119 für Ermittler über die tatsächlichen Voraussetzungen für das Bestehen von Restitutionsansprüchen nach dem VermG; s. auch BVerfG, Beschl. vom 29.7.2004, 1 BvR 737/00, NJW 2004, 2662: „Geschäftsmäßigkeit“ bei Rechtsberatung durch pensionierten Richter.

<sup>13</sup> BVerfGE 75, 246, 267 f. = NJW 1988, 545; NJW 1998, 3481, 3482.

<sup>14</sup> *Kleine-Cosack*, NJW 2000, 1593, 1599.

<sup>15</sup> So ausdrücklich BVerfG, NJW 1998, 3481, 3483; dabei darf auch nicht die nationalsozialistische Zwecksetzung dieses Gesetzes vergessen werden, die darauf abzielte, ideologisch nicht gewollte Rechtsberater verfolgen zu können (zu wenig geschichtsbewusst etwa *Busse*, NJW 1999, 1084).

<sup>16</sup> BGH, GRUR 2000, 729, 730 = WRP 2000, 727.

<sup>17</sup> So etwa *Reimann*, in *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, II Rdnr. 179.

<sup>18</sup> OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 566 = ZEV 2002, 27 m. Anm. *Grunewald*.

<sup>19</sup> ZEV 2005, 125, 126.

In *rechtspolitischer* und *rechtsgeschichtlicher Hinsicht* ist erfreulich, dass die Entscheidungen des BGH zu einer doch ganz erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereichs des Rechtsberatungsgesetzes führen. Denn es darf nicht vergessen werden, dass das Rechtsberatungsgesetz einen nationalsozialistischen Ursprung hatte, weil es dazu dienen sollte, unliebsame jüdische Anwälte von einer künftigen anwaltschaftlichen Tätigkeit abzuhalten. Und diesen Hintergrund wird das Gesetz wohl niemals loswerden.

### 3.4 Rechtsdienstleistungsgesetz

Den Entscheidungen des BGH entspricht im Wesentlichen auch, dass der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz zu einem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG)<sup>20</sup> in § 5 Abs. 2 Nr. 1 ausdrücklich bestimmt, dass als erlaubte Nebenleistung auch die Rechtsdienstleistungen gelten, die im Zusammenhang mit einer Testamentsvollstreckung erbracht werden. Die von diesem Reformentwurf ausgehenden Wertungen haben sicherlich – zusammen mit den genannten Entscheidungen des BVerfG<sup>21</sup> – ein Klima geschaffen, das der Aufweichung des Rechtsberatungsgesetzes durch die zwei Urteile des BGH vom 11.11.2004 sehr entgegenkam.

### 3.5 Gestaltung

Auch für die Gestaltungspraxis brachte die bisherige, sehr restriktive Rechtsprechung, wonach die Übernahme einer Testamentsvollstreckung durch Banken, Sparkassen und Steuerberater ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz ist, ganz erhebliche Probleme mit sich. Allerdings führte ein Verstoß hiergegen nach zutreffender Ansicht nicht dazu, dass die gesamte Testamentsvollstreckung unwirksam wurde.<sup>22</sup> Denn die Anordnung der Testamentsvollstreckung im abstrakten Sinne ist von der Ernennung der Person des Testamentsvollstreckers streng zu trennen.<sup>23</sup> Würde daher zur Übernahme der Testamentsvollstreckung ein bestimmter Steuerberater, eine Bank oder Sparkasse berufen, so mochte nach der bisherigen Rechtsprechung diesem die Übernahme des Amtes verwehrt sein. Daraus resultierte jedoch nicht die Nichtigkeit der gesamten Anordnung der Testamentsvollstreckung. Es war also durchaus möglich, einen Ersatztestamentsvollstrecker vorzusehen oder zumindest eine Bestimmung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht nach § 2200 BGB. Gegebenenfalls war die Rechtsprechung auch sehr großzügig, und nahm ein stillschweigendes Ersuchen an das Nachlassgericht im Sinn der genannten Bestimmung an, um einen Testamentsvollstrecker gerichtlich zu ernennen und damit dem Zweck der angeordneten Testamentsvollstreckung Geltung zu verschaffen.<sup>24</sup> Ein Problem blieb immer noch, dass es unter Umständen an einer geeigneten oder erwünschten Ersatzperson fehlte.

Da man nunmehr davon ausgehen kann, dass der BGH die grundsätzliche Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung durch Banken, Sparkassen und Steuerberater zugelassen hat,

<sup>20</sup> Dazu Beilage zu NJW Heft 38/2004; Zypries, NJW-Editorial Heft 37/2004.

<sup>21</sup> S. Fn. 12.

<sup>22</sup> Vgl. etwa Soergel/Damrau, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2197 Rdnr. 8.

<sup>23</sup> J. Mayer in Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 23; Staudinger/Reimann, § 2197 BGB Rdnr. 1.

<sup>24</sup> Eingehend hierzu Staudinger/Reimann, § 2200 BGB Rdnr. 7 f. m. w. N.

ergeben sich hier für die Gestaltungspraxis keine Probleme mehr.

### 3.6 Testamentsvollstreckung durch Banken

Der BGH übernimmt die für die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung durch Steuerberater entwickelten Überlegungen ohne weiteres auch auf die testamentsvollstreckende Bank. Dies ist für den Bereich des Rechtsberatungsgesetzes zwar richtig; für die Durchführung einer Testamentsvollstreckung durch Banken und Sparkassen ergeben sich jedoch noch eine Reihe anderer Schwierigkeiten. So sind die Probleme zu beachten, die sich aus § 181 BGB ergeben.<sup>25</sup> Darüber hinaus setzt das Substitutionsverbot Grenzen,<sup>26</sup> denn der Testamentsvollstrecker darf auch einzelne Obliegenheiten im Zweifel nicht auf Dritte übertragen (§ 664 Abs. 1 Satz 2 BGB, auf den § 2218 Abs. 1 BGB ausdrücklich verweist).<sup>27</sup> Nur die Zuziehung von Gehilfen ist nach § 664 Abs. 1 Satz 3 BGB zulässig. Das würde bedeuten, dass die zur Vertretung der Banken und Sparkassen berufenen Organe als deren gesetzliche Vertreter grundsätzlich höchstpersönlich die Testamentsvollstreckung ausüben müssten und nur Hilfestellungen auf ihre Mitarbeiter delegieren könnten. Allerdings relativiert die h. M. die sich aus dem Substitutionsverbot ergebenden, in der Praxis bei juristischen Personen ergebenden Schwierigkeiten dadurch, dass dieses nicht gilt, wenn die Wahrnehmung durch Dritte nach den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) bei Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der Verkehrssitte unbedenklich ist.<sup>28</sup> Auf alle Fälle aber ist die testamentsvollstreckende Bank zur Beachtung der vom Erblasser getroffenen Anordnungen verpflichtet, an denen es aber diesbezüglich häufig fehlt, und zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung. Die sich hier ergebenden praktischen Probleme dürfen nicht unterschätzt werden. Hierzu gibt A. Schmitz<sup>29</sup> eine erste Einschätzung unter Zuhilfenahme der von den US-amerikanischen Gerichten entwickelten Fallgruppen. Ob sich allerdings seine These durchsetzen wird, wonach die Investition von Nachlassvermögen durch eine Bank in bankeigene Kapitalanlagen oder solche ihrer Tochterunternehmen eine ordnungswidrige, gegen § 2216 BGB verstoßende Nachlassverwaltung darstellt, bleibt abzuwarten. Dass eine organisatorische Trennung der Testamentsvollstreckung von dem übrigen Bankgeschäft zur Vermeidung von Interessenkollisionen geboten ist, dürfte zumindest überlegenswert sein.

So kann es etwa beim *Ankauf* von Wertpapieren zu *Interessenkonflikten* kommen. Hierbei gilt zunächst der Grundsatz des Vorrangs der Erbeninteressen vor den eigenen Interessen der testamentsvollstreckenden Bank.<sup>30</sup> Kommt es zu Interessenkonflikten, weil auch von anderen Kunden bestimmte Papiere in größerer Anzahl erworben oder veräußert werden sol-

<sup>25</sup> Staudinger/Reimann, § 2197 BGB Rdnr. 66.

<sup>26</sup> Dazu Bonefeld in Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich, Testamentsvollstreckung, Rdnr. 1027 ff.; das Substitutionsverbot bei der Testamentsvollstreckung wird insbesondere im Zusammenhang mit Kapitalanlageentscheidungen immer wieder betont, insbes. Zeising, Pflichten und Haftung des Testamentsvollstreckers bei der Verwaltung von Großvermögen, 2004, Rdnr. 405 ff.

<sup>27</sup> Staudinger/Reimann, § 2218 BGB Rdnr. 10; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2218 Rdnr. 5 f.

<sup>28</sup> Staudinger/Reimann, § 2218 BGB Rdnr. 10 f.; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2218 Rdnr. 7.

<sup>29</sup> ZErB 2005, 74.

<sup>30</sup> Lang in Lange/Werkmüller, Der Erbfall in der Bankpraxis, 2002, § 25 Rdnr. 126.

len, und daraus u. U. größere Kursschwankungen resultieren können, so gilt jedoch der Gleichbehandlungsgrundsatz, da die Bank gegenüber verschiedenen Kunden zur gleichmäßigen Berücksichtigung von deren Interessen verpflichtet ist.<sup>31</sup>

Einige Stimmen in der Literatur stehen jedenfalls der Testamentsvollstreckung durch Banken und Sparkassen sehr kritisch gegenüber. So kritisiert *Zimmermann*<sup>32</sup>, dass die testamentsvollstreckende Bank „möglichst viel verdienen will“ und daher ihre Interessen darin liegen, „durch häufige Umschichtungen der Wertpapiere des Nachlasses Provisionen zu verdienen“ oder bei Festgeldern versuchen würde, „das als Testamentsvollstrecker verwaltete Geld geringer zu verzinsen als das Geld sonstiger Kunden, die die Bank wechseln könnten“. Dabei wird jedoch verkannt, dass das „Spesenschinden“ („*Churning*“) bereits nach § 32 Wertpapierhandelsgesetz ausdrücklich verboten ist, und diese Bestimmung auch für die testamentsvollstreckende Bank gilt.<sup>33</sup>

Problematischer ist es jedoch für die testamentsvollstreckende Bank, wenn sich ergibt, dass Konkurrenzunternehmen erheblich bessere Anlagerenditen bieten. Dann ist die testamentsvollstreckende Bank nach dem Gebot der *produktiven Vermögensverwaltung* verpflichtet, dort bei dem Konkurrenzinstitut das Nachlassvermögen anzulegen. Eine für sie sicherlich nicht immer leichte Entscheidung. Hier wird bei ständig kritischer werdenden Kunden nicht nur ein erhebliches Streitpotenzial entstehen können, sondern auch eine erhebliche Haftungsgefahr.

Ob die testamentsvollstreckenden Banken und Sparkassen diesen Anforderungen immer gewachsen sind, wird die Zukunft zeigen. Vor allem Banken werden nunmehr aber ihre Aktivitäten erheblich ausweiten und im Rahmen von „*Family Offices*“ eine Rundumbetreuung größerer Vermögen auch und gerade für den Erbfall anbieten. Denn hierzu gehört regelmäßig auch die Begleitung des Vermögensübergangs in die

nächste Generation einschließlich der Testamentsvollstreckung<sup>34</sup> und des sog. „*Estate Planning*“<sup>35</sup>.

### 3.7 Testamentsvollstreckung durch Steuerberater

Etwas anders dürfte sich die Entwicklung bei der Testamentsvollstreckung durch Steuerberater darstellen. Diese ist grundsätzlich auch berufsrechtlich zulässig, zumal nach § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG eine treuhänderische Tätigkeit mit dem Steuerberaterberuf vereinbar ist.<sup>36</sup> Dies gilt allerdings nicht, soweit es sich um die Übernahme von gewerbsmäßigen Tätigkeiten handelt, etwa der Fortführung eines Handelsgeschäfts, denn dies ist dem Steuerberater nach § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG verboten.<sup>37</sup> Im Übrigen wird bei der Testamentsvollstreckung durch Steuerberater oftmals das besondere Näheverhältnis zwischen dem Steuerberater und seinem Mandanten im Vordergrund stehen. Die Testamentsvollstreckung wird sich hier oftmals als Nachwirkung des Mandatsverhältnisses über den Erbfall hinaus darstellen. Andererseits werden viele Steuerberater nicht über die erforderlichen Rechtskenntnisse verfügen, die sie im Einzelfall „ad hoc“ bei der Durchführung der Testamentsvollstreckung benötigen. Sie werden also immer wieder auf die Erholung von Rechtsrat angewiesen sein. Dies kann zum einen innerhalb einer Sozietät erfolgen, in die der Steuerberater eingebunden ist. Vielfach wird er aber entsprechender Rechtsberatung durch außenstehende Rechtsanwälte oder Notare bedürfen. Wird die Erholung entsprechender Rechtsauskünfte versäumt, so droht ihm aber eine ganz erhebliche Haftung (§ 2219 BGB). Bereits hieraus dürfte sich ein erhebliches Regulativ dahin ergeben, dass der testamentvollstreckende Steuerberater lieber zu oft als zu wenig sich kundigen Rechtsrat einholt.

<sup>34</sup> Dazu bereits *Watrin*, DStR 2002, 422, 424; von *Maltzan* in: Warth-Klein, Professionelle Vermögensverwaltung, 1999, S. 16 f.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu allgemein *Reimann* in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, II Rdnr. 44 ff.; *ders.*, ZEV 1997, 129; mehr aus Bankensicht *Werkmüller* in Lange/Werkmüller, Der Erbfall in der Bankpraxis, § 1 Rdnr. 10 ff.

<sup>36</sup> *Sandkühler* in Bengel/Reimann, Handbuch XI Rdnr. 42, 44; *Kuhls/Maxl*, StBerG, 2. Aufl. 2004, § 57 Rdnr. 373; *Mittelsteiner/Gilgan/Späth*, Berufsordnung Steuerberater, 2002, § 39 Rdnr. 12; *Hering*, StB 2002, 94; *Watrin*, DStR 2002, 422.

<sup>37</sup> *Sandkühler* in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, XI Rdnr. 43; *Zimmermann*, Testamentsvollstreckung, Rdnr. 96; *Streck*, DStR 1991, 593; für Zulässigkeit einer übergangsweisen Tätigkeit jetzt aber *Heilgeist*, DStR-KR 2005, 5.

<sup>31</sup> *Balzer*, Vermögensverwaltung durch Kreditinstitute, 1998, S. 113; *Lang* in Lange/Werkmüller, Der Erbfall in der Bankpraxis, § 25 Rdnr. 127; *Assmann/Schütze/Schäfer*, Handbuch Kapitalanlage-recht, 2. Aufl. 1997, § 28 Rdnr. 79.

<sup>32</sup> Testamentsvollstreckung, Rdnr. 103.

<sup>33</sup> *Zeising*, Pflichten und Haftung des Testamentsvollstreckers bei der Verwaltung von Vermögen, 2004, Rdnr. 257; krit. gegen *Zimmermann* auch aus anderen Gründen *Lang* in Lange/Werkmüller, Der Erbfall in der Bankpraxis, § 25 Rdnr. 128 ff.

## Abstrakte Schuldversprechen und Verbraucherdarlehen – Verstoßen Schuldversprechen gegen § 496 BGB?

Von Notar *Martin Thomas Reiß*, Münsterstadt

In der notariellen Praxis gehören abstrakte Schuldversprechen mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung zum täglichen Geschäft. Im Wesentlichen dürfte es sich um zwei Fallgruppen handeln:

1. Bei der Bestellung von vollstreckbaren Grundpfandrechten sind vollstreckbare Schuldversprechen beinahe in jedem gängigen Grundschuldformular enthalten<sup>1</sup>.
2. Bei säumigen Schuldern oder „deliktsternen“ Forderungen, wie beispielsweise bei der Supermarktkassiererin wegen unterschlagener Gelder,<sup>2</sup> sollen vollstreckbare abstrakte Schuldversprechen zur Vermeidung eines Prozesses – im Sinne einer beschleunigten gütlichen Einigung – dienen.

Angesichts dieser eigentlich alltäglichen Praxis überrascht der Blick in aktuelle Kommentare zu § 496 BGB: Hiernach soll bei Verbraucherdarlehen die Vereinbarung von abstrakten oder deklaratorischen Schuldversprechen und die Zwangsvollstreckungsunterwerfung gegen das Verbot eines Einwendungsverzichts in Verbraucherdarlehensverträgen (§ 496 Abs. 1 BGB)<sup>3</sup> oder das in § 496 Abs. 2 BGB geregelte Scheck- und Wechselverbot<sup>4</sup> verstoßen. Die Praxis verhält sich abwartend.<sup>5</sup> Obwohl es schon früher ausreichend Anlass gegeben hätte<sup>6</sup> – die Vorgängervorschrift des § 10 VerbrKrG galt immerhin seit 1991 –, hat die Frage erst jetzt die höchstrichterliche Rechtsprechung erreicht: Ein Verstoß wird hier jeweils verneint.<sup>7</sup> Es fragt sich, ob die Bedenken der Literatur dennoch begründet sind.

### I. Vorliegen eines Verbraucherdarlehensvertrags

§ 496 BGB setzt das Vorliegen eines Verbraucherdarlehensvertrages voraus. Bestellt jemand außerhalb einer unternehmerischen Tätigkeit ein Grundpfandrecht für eine Bank, wird im Regelfall ein Verbraucherdarlehen zugrunde liegen. Aber auch in den sonstigen Fällen (Supermarkt – Kassiererin, Lieferant – säumiger Schuldner) stehen sich regelmäßig ein Unternehmer und ein Verbraucher gegenüber. Das Schuldversprechen dürfte in den sonstigen Fällen regelmäßig Teil einer

Stundungsvereinbarung sein, bei der Zinsen entweder vereinbart oder zumindest aus Verzug geschuldet sind. Damit wird zumeist ein entgeltlicher Zahlungsaufschub über mehr als drei Monate i. S. d. § 499 Abs. 1 BGB vorliegen, der die Anwendbarkeit des § 496 BGB eröffnet.<sup>8</sup>

§ 496 BGB war bereits von der – zwischenzeitlich gestrichenen – Bereichsausnahme für grundpfandrechtlich gesicherte Kredite nach § 491 Abs. 3 Ziffer 1 BGB a. F. nicht erfasst. Die Bereichsausnahme für beurkundete Verträge gemäß § 491 Abs. 3 Ziffer 1 BGB n. F. erstreckt sich ebenfalls nicht auf § 496 BGB.

### II. Anwendung des § 496 BGB auf Schuldanerkenntnisse

#### 1. Auslegung nach dem Wortlaut

§ 496 BGB spricht zwei Fälle an: In Absatz 1 geht es darum, dass der Kreditnehmer nicht darauf verzichten darf, Einwendungen gegenüber dem Darlehensgeber auch einem Abtretungsgläubiger entgegenzusetzen, in Absatz 2 um das Verbot, Verbindlichkeiten aus einem Verbraucherdarlehen durch Scheck oder Wechsel sichern zu lassen. Wörtlich ist ein Schuldversprechen etwas anderes: Es geht weder um die Abtretung von Ansprüchen an einen Dritten<sup>9</sup>, noch um Schecks oder Wechsel.

<sup>1</sup> Meist formuliert als persönliche Haftungsübernahmen „in Höhe des Grundschuldbetrags“ oder „für den Eingang des Grundschuldbetrags“ – zweifelnd, ob darin wirklich abstrakte Schuldversprechen zu sehen sind: *Staudinger/Marburger*, BGB, 13. Bearb. (2002), § 780 Rdnr. 31 ff., a. A. *Clemente*, ZfIR 2004, 497, 500 (und die ganz h. M.).

<sup>2</sup> Das Rundschreiben des Landesnotarkammer Bayern 02/01 warnt in dieser Situation nur vor unzulässiger Druckausübung durch den Arbeitgeber, nicht vor der Beurkundung von Schuldversprechen als solchen.

<sup>3</sup> *Erman/Saenger*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 496 Rdnr. 4; enger am Wortlaut noch *Erman/E. Rebmann*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 10 VerbrKrG Rdnr. 1 f.; *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB, 13. Bearb. (2004), § 496 Rdnr. 8; *MünchKommBGB/Habersack*, 4. Aufl. 2004, § 496 Rdnr. 8.

<sup>4</sup> *AnwKommBGB/Reiff*, 2001, § 496 Rdnr. 4; *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 496 Rdnr. 28; neuerdings auch *Palandt/Putzo*, BGB, 64. Aufl. 2005, § 496 Rdnr. 2 unter Verweis auf *Vollkommer*, NJW 2004, 818 ff., hiergegen *Clemente*, ZfIR 2004, 497, 503.

<sup>5</sup> Die drei bisher vorliegenden DNotI-Gutachten zu dieser Frage (nicht veröffentlicht) halten die Literaturmeinung für falsch.

<sup>6</sup> So auch *Vollkommer*, NJW 2004, 818, in Anmerkung zu den Entscheidungen BGH, NJW 2004, 59; NJW 2004, 62; NJW 2004, 839. Nicht auf § 496 BGB gehen z. B. ferner ein: OLG Saarbrücken, DNotZ 2004, 712 (Verpflichtung zur Übernahme der persönlichen Haftung aus dem Sicherungsvertrag); BGH, DNotZ 2003, 694 (Nichtigkeit der persönlichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch Treuhänder bei Verstoß gegen Rechtsberatungsgesetz); BGH, DNotZ 2004, 308 (Unzulässige Berufung auf Unwirksamkeit der persönlichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei materiell-rechtlichem Unterwerfungsanspruch); BGH, MittBayNot 2004, 183 (Sicherungsabrede umfasst im Zweifel auch Rückzahlungsansprüche gem. § 3 HWiG) und die Rechtsprechung zur Abwicklung der sog. „Schrott-Immobilien“, bei denen es regelmäßig um grundpfandrechtlich gesicherte Kredite geht.

<sup>7</sup> Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 19.1.2001, 1 U 110/99, n. v., zitiert bei BGH, NJW 2002, 746 (dort nicht entscheidungserheblich); OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.7.2004, I-17 U 198/03, MittBayNot 2005, 134; BGH, Beschluss vom 23.11.2004, XI ZR 27/04, MittBayNot 2005, 300 (Nichtannahmebeschluss) und BGH, Urteil vom 15.3.2005, XI ZR 135/04, MittBayNot 2005, 397 (in diesem Heft).

<sup>8</sup> Weitergehend *MünchKommBGB/Habersack*, § 496 Rdnr. 3; weil der Schutzzweck bei § 496 BGB laufzeitunabhängig sei, sei § 499 BGB hier teleologisch zu reduzieren.

<sup>9</sup> Sicherlich ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Verbraucherdarlehen samt Sicherheiten an einen Dritten abgetreten wird, etwa beim Wechsel der Bank oder (wie im Formular der bayerischen Raiffeisenbanken unter C.9. der weiteren Bestimmungen vorgesehen) zum Zwecke der Pfandverwertung. Im Regelfall – gerade beim Bankdarlehen – geht es aber nur um das Rechtsverhältnis von Schuldner und (ursprünglichem) Kreditgeber.

## 2. Historische Auslegung

Auch die Heranziehung der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Regelung führt nicht zu einer Anwendbarkeit des § 496 BGB auf Schuldanerkenntnisse. § 496 BGB entspricht der bisherigen Vorschrift des § 10 VerbrKrG, die wiederum auf die Europäische Richtlinie über den Verbraucherkredit vom 22.12.1987<sup>10</sup> mit Änderungsrichtlinie vom 22.2.1990<sup>11</sup> zurückgeht. Art 9 und 10 der ursprünglichen Richtlinie<sup>12</sup> regeln, dass im Falle der Abtretung Einreden des Verbrauchers erhalten bleiben sollen und der Verbraucher bei Scheck- und Wechselzahlungen „angemessenen Schutz“ genießen soll.<sup>13</sup>

Gedacht war dabei in erster Linie an drittfinanzierte Geschäfte und das sogenannte C-Geschäft, also Fälle, in denen der Verkäufer seine in Raten zu zahlende Kaufpreisforderung zur Begleichung eigener Verbindlichkeiten oder im Weg der Inkassoession an eine Bank abtritt oder vom Verbraucher ein Wechselakzept zugunsten seiner Hausbank verlangt, so dass sich im Ergebnis der Verbraucher plötzlich der Bank als Gläubiger gegenüber sieht.<sup>14</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat daraufhin Schecks und Wechsel für die Ansprüche des Darlehensgebers aus dem Verbraucherdarlehensvertrag insgesamt verboten. Die Frage von Schuldanerkenntnissen wurde im Gesetzgebungsverfahren angesprochen, ein Verbot wurde jedoch mit Hinweis auf die Jahrzehnte alte Praxis gerade im Zusammenhang mit Grundpfandrechten abgelehnt.<sup>15</sup> Auch eine historische Auslegung führt also nicht zu einer Anwendbarkeit des § 496 BGB auf Schuldanerkenntnisse.

## 3. Gesetzeszweck

Dass Schuldanerkenntnisse vom Wortlaut und der Gesetzgebungsgeschichte nicht umfasst sind, räumen auch die meisten Autoren ein, die einen Verstoß gegen § 496 BGB annehmen.<sup>16</sup> Die Anwendbarkeit des § 496 Abs. 1 BGB begründet *Kessal-Wulf*<sup>17</sup> damit, dass neben einem Verzicht auf Einwendungen

<sup>10</sup> 87/102/EWG, Abl. Nr. L 42/48 vom 12.2.1987.

<sup>11</sup> 90/88/EWG, Abl. Nr. L 61/14 vom 10.3.1990.

<sup>12</sup> Abgedruckt z. B. im Anhang zu *Staudinger*, 13. Bearb. (2004), §§ 491–507 BGB.

<sup>13</sup> Zur Umsetzung der Richtlinie MünchKommBGB/*Habersack*, § 496 Rdnr. 4.

<sup>14</sup> *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 496 BGB Rdnr. 4; zum C-Geschäft *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, 12. Aufl. 1986, § 9 II 1 c; MünchKommBGB/*Habersack*, § 496 Rdnr. 17 m. w. N.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 11/8274, S. 22; zitiert bei *Vollkommer*, NJW 2004, 818, 819; *Clemente*, ZfIR 2004, 497, 503; BGH, MittBayNot 2005, 300; BGH, MittBayNot 2005, 397 (in diesem Heft); a. A. *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 496 BGB Rdnr. 28, die aus den Motiven gerade den Willen des Gesetzgebers erkennen will, dem Darlehensnehmer die Einwendungen aus dem Kreditverhältnis uneingeschränkt zu erhalten. – Diese Entstehungsgeschichte ist auch ein Beleg dafür, dass keine unzulässige Umgestaltung gemäß § 506 Satz 2 BGB vorliegt: Eine dem Gesetzgeber bekannte bestehende Praxis kann schon sachlogisch keine Umgehung zu einem erst später in Kraft tretenden Gesetz sein, das diesen Fall gerade nicht regeln will. Die Gesetzgebungsgeschichte ist auch das Hauptargument der Rechtsprechung gegen die Anwendbarkeit des § 496 BGB.

<sup>16</sup> *Vollkommer*, NJW 2004, 818, 819; die Überlegungen des historischen Gesetzgebers seien wegen des Schutzzwecks überholt; *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 496 BGB Rdnr. 8 und 28; der Schutzzweck verlange eine Analogie, ebenso *AnwKommBGB/Reiff*, § 496 Rdnr. 4.

<sup>17</sup> In *Staudinger*, § 496 BGB Rdnr. 8; ebenso *Erman/Saenger*, § 496 BGB Rdnr. 4; a. A. *Vollkommer*, NJW 2004, 818, 819, wonach nicht Absatz 1, sondern Absatz 2 einschlägig sei.

auch als minus eine Erschwerung von Einwendungen verboten sei. Das abstrakte Schuldversprechen mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung ändere immerhin die Prozessführungs- und Beweislast und sei deshalb eine verbotene Erschwerung. Für die Anwendbarkeit des § 496 Abs. 2 BGB wird vorgebracht, die Interessenlage bei Scheck und Wechsel und Schuldversprechen sei gleich, da in beiden Fällen die Gläubigerposition durch die Beweislastumkehr, die Möglichkeit des Urkundsprozesses und die Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten unangemessen gestärkt werde.<sup>18</sup>

Vergleicht man die Argumente mit der – vom BGH jedenfalls für die Praxis verneinten – Frage, ob ein abstraktes Schuldversprechen durch den Schuldner gegen das AGB-Gesetz verstößt,<sup>19</sup> tauchen hier – in europarechtlichem Gewand – verwandte Bedenken wieder auf: Bekanntlich hat der BGH einen Verstoß gegen § 9 AGBG a. F. und gegen § 11 Nr. 15 AGBG a. F. deswegen verneint, weil die damit verbundene Beweislaständerung Folge der rechtlich möglichen Vereinbarung eines abstrakten Schuldgrundes und damit gesetzlichen Ursprungs sei und der langjährigen Kautelarpraxis entspreche, die den Schuldner nicht unbillig beeinträchtige.

## 4. Eigene Bewertung

Zur Prüfung, ob es sich um eine dem Schuldner unzumutbare Beweislasterschwerung oder Beweislastumkehr handelt, sind die einzelnen Wirkungen eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens zu untersuchen und mit den Wirkungen eines Wechsels zu vergleichen:<sup>20</sup>

- Das vollstreckbare Schuldversprechen gibt dem Gläubiger einen sofort verwendbaren Vollstreckungstitel, gegen den der Schuldner ggf. mit der Vollstreckungsabwehrklage vorgehen muss – Umkehr der Prozessführungslast;
- Das Schuldanerkenntnis kehrt die Beweislast dahingehend um, dass nicht der Gläubiger seinen Anspruch, sondern der Schuldner die Rechtsgrundlosigkeit beweisen muss;
- Schließlich ist zu untersuchen, welche Folgen sich aus einer Abtretung eines Schuldanerkenntnisses an einen „gutgläubigen“ Erwerber ergeben.

### a) Vollstreckbarkeit

Im Gegensatz zu Scheck und Wechsel geht ein vollstreckbares Schuldversprechen dahingehend weiter, dass die vollstreckbare Urkunde selbst einen Titel darstellt, während bei Scheck und Wechsel zur Erlangung eines Vollstreckungstitels ein – wenn auch abgekürztes – Prozessverfahren erforderlich ist.

<sup>18</sup> *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 496 BGB Rdnr. 28; *AnwKommBGB/Reiff*, § 496 Rdnr. 4; *Vollkommer*, NJW 2004, 818, 819 f.; MünchKomm-BGB/*Habersack*, § 496 Rdnr. 8.

<sup>19</sup> BGHZ 99, 274 ff. = MittBayNot 1987, 81, 83 f. = NJW 1987, 904 = DNotZ 1987, 488 = MittRhNotK 1987, 74; BGH, WM 1990, 1927; OLG Hamm, WM 1987, 1064 = DNotZ 1987, 500; ebenso BGH, DNotZ 1990, 558; BGH, MittRhNotK 1991, 211 = MittBayNot 1991, 158, 159 = DNotZ 1992, 91 m. kritischer Anm. *Stürmer*, DNotZ 1992, 97; BGH, DNotZ 1992, 657. Die neue BGH-Entscheidung vom 15.3.2005, MittBayNot 2005, 397 (in diesem Heft), bestätigt diese ständige Rechtsprechung.

<sup>20</sup> Wenn bei den nachstehenden Überlegungen ein Prüfungsmaßstab im Gesetz nicht genannt wird, liegt das daran, dass die Literatur mit gleichen Argumenten teils über die beiden Absätze des § 496 BGB, teils über § 307 Abs. 2 BGB, teils § 309 Nr. 12 BGB und teils über die Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen argumentiert.

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2001<sup>21</sup> hat der BGH richtig gestellt, dass in der Vollstreckungsgegenklage sich die Beweislast nicht nach der prozessualen Klägerrolle richtet, sondern nach dem materiellen Recht, so dass die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung zu keiner Beweislastumkehr zu Lasten des Schuldners führt. Auch ein etwaiger Nachweisverzicht sage nichts zur Beweislast, sondern habe ausschließlich die prozessuale Bedeutung, dass die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ohne den – oft schwer zu führenden – urkundlichen Nachweis der Fälligkeitsvoraussetzungen möglich bleibe (§§ 724 ff., 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO).<sup>22</sup>

Dass die Vollstreckungsunterwerfung die Prozessführungslast umkehrt, ist eigentlich nur die logische Folge der Schaffung eines Vollstreckungstitels und damit mittelbare Folge der Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden, die übrigens auch in anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen bekannt ist.<sup>23</sup> Würde man hier schon einen Verstoß sehen, wäre fraglich, ob entsprechende Bedenken nicht auch jeder anderen vereinfachten Form der Titulierung eines Anspruchs – etwa durch Vollstreckungsbescheid, Anwaltsvergleich oder Anerkenntnisurteil – entgegen zu setzen wären.<sup>24</sup>

## b) Beweislastumkehr

Schwieriger zu beantworten und eigentlich wohl entscheidend ist die Frage, ob die durch das Schuldanerkenntnis bewirkte Beweislastumkehr – es handelt sich um eine materiellrechtlich motivierte Beweislastumkehr<sup>25</sup> – einen Verstoß gegen § 496 BGB darstellt: Immerhin trägt etwa beim Bankkredit die Bank die Beweislast für das Bestehen des Anspruchs, dagegen müsste bei einem abstrakten Schuldanerkenntnis der Schuldner die Rechtsgrundlosigkeit beweisen.<sup>26</sup> Wie schon oben dargestellt, hat der BGH dies im Hinblick auf §§ 9, 11 Nr. 15 AGBG – jetzt §§ 307, 309 Nr. 12 BGB – bereits verneint, wenn auch weiterhin in der Literatur Bedenken

geäußert werden.<sup>27</sup> Entscheidendes Argument des BGH war, dass die Beweislastumkehr Folge der Verwendung des zugelassenen Rechtsinstituts des Schuldversprechens sei.<sup>28</sup> Dem steht wieder der Einwand entgegen, dass das Recht der AGB auch andere im Gesetz zweifellos zugelassene Rechtsinstitute einschränkt, wie z. B. Rücktrittsrechte oder Vertragsstrafen in § 308 Nr. 3 BGB und § 309 Nr. 6 BGB.<sup>29</sup>

Meines Erachtens liegt das Problem eigentlich an anderer Stelle: Relativ unstrittig ist, dass § 309 Nr. 12 BGB bzw. § 11 Nr. 15 AGBG recht unscharf formuliert sind.<sup>30</sup> Zu bedenken ist, dass eigentlich jedes Verhalten in einem Schuldverhältnis irgendwelche Auswirkungen auf die Beweislast hat: So schneidet etwa der schriftliche Abschluss eines Verbraucherkredits (§ 492 BGB!) immerhin den Einwand des Schuldners ab, es sei gar kein Vertrag zustande gekommen; eine – evtl. durch Rabatt veranlasste – Barzahlung verschlechtert die Beweislage insoweit, als nicht mehr der Gläubiger seinen Anspruch beweisen, sondern der Zahlende ggf. später sein Geld zurückverlangen muss; die rügelose Abnahme eines Werks kann zum Verlust von Mängelrechten führen, § 640 Abs. 2 BGB. Nun wird man kaum auf den Gedanken kommen, wegen der möglicherweise dadurch später verschlechterten Beweislage einen formularmäßig gewährten Barzahlungsrabatt als Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB zu sehen. Sofern die Beweislastumkehr also nicht gerade Zweck der Vereinbarung ist, muss entscheidend sein, ob bei wertender Prüfung<sup>31</sup> der Interessen ein rechtfertigendes Interesse des Verwunders an dem Rechtsinstitut besteht. Keinesfalls kann damit jede Erschwerung der Beweissituation einen Verstoß gegen § 496 BGB darstellen.<sup>32</sup>

Im Zusammenhang mit Grundpfandrechten soll das Schuldversprechen in erster Linie einen persönlichen Titel schaffen, der rechtstechnisch unabhängig von der tatsächlichen Darlehensaufnahme ist und auch im Falle der Neuvaluierung wieder verwendet werden kann.<sup>33</sup> Auf eine Beweislastumkehr kommt es dem Gläubiger eigentlich schon deshalb gar nicht an, weil der schriftliche Vertrag und die Buchführung als Beweis normalerweise ausreichen müssten.<sup>34</sup> Bei vollstreckbaren Schuldanerkenntnissen in Grundpfandrestbestellungsurkunden handelt es sich somit um ein typisiertes Stan-

<sup>21</sup> DNotZ 2001, 793, 795 f. = MittBayNot 2001, 386, 387 mit zust. Anm. *Heinemann*, MittBayNot 2001, 389, unter ausdrücklicher Aufgabe der in BGH, NJW 1981, 2756 geäußerten Gegenmeinung. Zustimmend auch *Zöller/Herget*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 767 Rdnr. 11. Im Sinne der neuen Rechtsprechung auch schon *Wolfsteiner*, NJW 1982, 2851 ff. unter Hinweis darauf, die abgelehnte alte Meinung des BGH führe fast zwingend zu einem Verstoß jeder Zwangsvollstreckungsunterwerfung gegen § 11 Nr. 15 AGBG, und *Münch*, NJW 1991, 795, 800, 802 ff.

<sup>22</sup> Ebenso *Münch*, NJW 1991, 795, 801; zweifelnd *Tiedtke*, DNotZ 2001, 122, 125 f. („erhebliche Benachteiligung des Schuldners“), wobei es im konkreten Fall jedoch um eine versteckte Drittsicherung für Forderungen des Ehegatten ging. Zum Nachweisverzicht a. A. *Staudinger/Coester-Waltjen*, 13. Bearb. (1998), § 11 Nr. 15 AGBG Rdnr. 5 und *Palandt/Heinrichs*, § 307 BGB Rdnr. 100. Bei einem – sofort fälligen – abstrakten Schuldversprechen und einer fälligen Grundsuld handelt es sich beim Verzicht auf den Nachweis der Fälligkeit jedoch um ein Scheinproblem.

<sup>23</sup> *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, § 2.1. und § 3; ausführlich im gleichen Sinne *Freitag/Riemenschneider*, WM 2004, 2470, 2473 ff., sowie unter Hinweis auf die europarechtliche Anerkennung von vollstreckbaren Urkunden durch die EuGVO ebenda, 2480 f.

<sup>24</sup> So auch *Heinemann*, MittBayNot 2001, 389, 390, mit dem – bisher von der Rechtsprechung nicht aufgenommenen – Hinweis, im Lichte des BGH-Urteils müsse auch die Frage der Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei Bauträgerverträgen neu geprüft werden.

<sup>25</sup> Zitiert nach *Münch*, NJW 1991, 795, 800.

<sup>26</sup> Gleichgültig, ob man die Einrede auf § 821 BGB oder den Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag zurückführt.

<sup>27</sup> Beispielsweise *Staudinger/Marburger*, 13. Bearb. (2002), § 780 BGB Rdnr. 20 m. w. N.

<sup>28</sup> Vgl. bereits OLG Hamm, DNotZ 1987, 500, 501. Ebenso *Roe-mer*, MittRhNotK 1991, 97, 99; *Pfeifer*, MittRhNotK 1998, 334, 337 f.; *Palandt/Heinrichs*, § 309 BGB Rdnr. 100; *Erman/Roloff*, § 309 BGB Rdnr. 148.

<sup>29</sup> *Staudinger/Marburger*, § 780 BGB Rdnr. 20 unter Verweis auf *Staudinger/Coester-Waltjen*, 13. Bearb. (1998), § 10 Nr. 3 Rdnr. 3 und § 11 Nr. 15 AGBG Rdnr. 5.

<sup>30</sup> *Staudinger/Coester-Waltjen*, § 11 Nr. 15 AGBG Rdnr. 1.

<sup>31</sup> § 309 BGB ist zwar mit „Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit“ überschrieben. Hier geht es jedoch darum, vorab zu prüfen, ob die mittelbaren Auswirkungen auf die Beweislast überhaupt als Vereinbarung über die Beweislast der Prüfung nach § 309 Nr. 12 BGB unterliegen, also die Tatbestandsseite der Norm.

<sup>32</sup> So aber ausdrücklich *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 496 BGB Rdnr. 8: jegliche Erschwerung der Rechtsposition des Schuldners sei verboten.

<sup>33</sup> *Tiedtke*, DNotZ 2001, 122, 125 f., jedoch im Ergebnis eher ablehnend; *Freitag/Riemenschneider*, WM 2004, 2470, 2471.

<sup>34</sup> *Freitag/Riemenschneider*, WM 2004, 2470, 2472; *Tiedtke*, DNotZ 2001, 122, 125 f., wendet eine Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 60,247) zu Grundsulden beim Schuldversprechen in dem Sinne entsprechend an, dass zumindest für künftige Forderungen eine Beweislastumkehr gar nicht bezweckt und erzielt werde; ähnlich *Clemente*, ZfIR 2004, 497, 502.

dardgeschäft, das auch im Interesse des Kunden die Kreditvergabe für die Bank einfacher und damit die Kosten geringer hält, wovon der Verbraucher mittelbar durch niedrigere Zinsen profitiert.<sup>35</sup>

Etwas Unbehagen bleibt bei den sonstigen Fällen von Schuldversprechen: Hier dürfte es um eine Güterabwägung im Einzelfall gehen. Soll nur eine Forderung – etwa aus unerlaubter Handlung – tituliert werden, sollte eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen dieser Forderung – vergleichbar einem Zahlungsurteil – genügen.<sup>36</sup> Wird hier ein Schuldversprechen beurkundet, besteht stets eine gewisse Gefahr, dass sich der Gläubiger unter der bestehenden Drucksituation mehr gewähren lässt, als ihm eigentlich zusteht (etwa Vertragsstrafen, überhöht kalkulierte Zusatzforderungen usw.).<sup>37</sup> Bei einer Maklerklausel sollte die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen des Maklerhonorars genügen; ein abstraktes oder deklaratorisches Schuldversprechen ginge wohl zu weit.<sup>38</sup> Dagegen kann in Fällen schon länger säumiger Schuldner, denen eine letzte Chance gegeben werden soll, auch das Interesse des Gläubigers nicht vernachlässigt werden, neben dem Titel – vergleichbar einem Urteil – die Sicherheit zu haben, dass der Schuldner nicht später wieder die Unbegründetheit der Forderung rügt, um weitere Zeit zu gewinnen.

Im Einzelnen gibt es hier eine Vielzahl von Möglichkeiten über abstrakte und deklaratorische Schuldanerkenntnisse (mit einem Verlust von bekannten Einreden)<sup>39</sup> bis zu einer rein faktischen Bestätigung des Bestehens der Forderung, die dann tituliert wird, also nur im Sinne eines „Beweises gegen sich selbst“.<sup>40</sup> Hier ist es Aufgabe des Rechtsanwenders eine dem Einzelfall angemessene vertragliche Gestaltung zu wählen.<sup>41</sup>

### c) Exkurs zu vergleichbaren Fällen

Würde man im abstrakten Sicherungsgeschäft eine unzumutbare Beweislastumkehr zu Lasten des Schuldners annehmen, stellte sich ein weiteres Problem: Auch jede Grundschuld ist

<sup>35</sup> Freitag/Riemenschneider, WM 2004, 2470, 2471. Das Kostenargument mag zwar für das deutsche AGB-Recht eher ungewöhnlich klingen. Zumindest für das europäische Recht hat jedoch nach dem Urteil des EuGH, DNotZ 2004, 767 f. eine umfassende Abwägung der Vor- und Nachteile durch das nationale Gericht zu erfolgen. Praktisch bedeutet dies eine erhebliche Rücknahme der Kontrollrechte nach europäischem Recht zugunsten des nationalen Rechts; ausführlich Freitag/Riemenschneider, WM 2004, 2470, 2476 ff.

<sup>36</sup> Gerade im Fall der untreuen Supermarktkassiererin kann aber auch einmal der Schuldner ein abstraktes Schuldversprechen wünschen, damit er nicht in der Urkunde Straftaten (die Veruntreuung der Kasse) gestehen muss.

<sup>37</sup> In diese Richtung dürften wohl auch die Bedenken der Landesnotarkammer Bayern im Rundschreiben 02/01 gehen.

<sup>38</sup> Man denke etwa an den Fall, dass der vermittelte Hauptvertrag noch gar nicht rechtswirksam ist, § 652 Abs. 1 BGB; vgl. Palandt/Sprau, § 652 BGB Rdnr. 34 ff.

<sup>39</sup> Zum Begriff Staudinger/Marburger, § 781 BGB Rdnr. 8 ff.

<sup>40</sup> Zu dieser Fallgruppe des „nichtrechtsgeschäftlichen Anerkenntnisses“, das etwa für den Fall des Schuldanerkenntnisses des Ladendiebs in der Regel anzunehmen sei, Staudinger/Marburger, § 781 BGB Rdnr. 27, 42.

<sup>41</sup> Diese Überlegungen ergeben sich meines Erachtens aber weder § 496 BGB noch aus dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen – was zumindest bei vom Notar für den Einzelfall formulierten Erklärungen oft nur schwer zu begründen wäre –, sondern aus der allgemeinen Pflicht des Notars zu einer ausgewogenen Vertragsgestaltung.

ein abstraktes Geschäft<sup>42</sup>; selbst bei einer Verkehrshypothek<sup>43</sup> bewirken §§ 1137, 1138 BGB zumindest hinsichtlich des dinglichen Rechts eine Beweislastumkehr. Die Argumente der Literatur gegen Schuldversprechen müssten damit bei den vorstehenden Grundpfandrechten ebenso gelten, sofern man nicht den Unterschied allein in der – meines Erachtens in den wirtschaftlichen Konsequenzen überschätzten – Frage sieht, ob eine persönliche, „unbeschränkte Haftung mit dem gesamten Vermögen“ begründet wird, oder lediglich eine dingliche Haftung<sup>44, 45</sup>

### d) Abtretungsproblematik

Einerseits entsteht durch die Titulierung des vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses eine scharfe Waffe, da nicht einmal der abgekürzte Urkunds- oder Wechselprozess geführt werden muss. Andererseits ist das Schuldversprechen bei Abtretungen weniger gefährlich als ein Wechsel oder Scheck: Das Wechselakzept ist zwar auch im Kern ein Schuldversprechen<sup>46</sup>; durch Art. 17 WG bzw. Art 22 ScheckG sind hier jedoch persönliche Einwendungen gegen den früheren Inhaber ausgeschlossen. Es handelt sich um eine Abweichung vom Grundsatz des § 404 BGB zur Erleichterung der Umlauffähigkeit<sup>47, 48</sup>

Für das abstrakte Schuldversprechen gilt dagegen unverändert § 404 BGB: Die gegen den ursprünglichen Gläubiger geltenden Einreden und Einwendungen können daher auch weiterhin einem Abtretungsgläubiger entgegeng gehalten werden.<sup>49</sup> Ist aber gerade der wechselrechtliche Einwendungsverlust ratio legis des § 496 BGB<sup>50</sup>, deutet dies darauf hin, dass abstrakte Schuldversprechen, die diese Folgen nicht haben, nicht verboten sein sollen.<sup>51</sup>

### e) Folgenabschätzung

Wenn die Auswahl der bisher entschiedenen Fälle auch eher zufällig sein mag, ist es doch reizvoll zu prüfen, welche Folgen die Anwendbarkeit des § 496 BGB auf die Fälle der

<sup>42</sup> Ähnlich Clemente, ZfIR 2004, 497, 502 f., der jedoch aus der Zulässigkeit der Grundschuld auch die Zulässigkeit des abstrakten Schuldversprechens beweisen will.

<sup>43</sup> Unmittelbar von den Bedenken gegen das Schuldversprechen betroffen wäre ein durch eine Hypothek gesichertes abstraktes Schuldversprechen, das im Ergebnis der Grundschuld nahe kommt und teilweise anstelle einer Grundschuld verwendet wird, vgl. den Hinweis von Schmitz-Valckenberg, DNotZ 1998, 581, 583.

<sup>44</sup> In diese Richtung geht die unterschiedliche Behandlung der „weiten Zweckerklärung“ bei der Bürgschaft und bei der Grundschuld, z. B. BGH, DNotZ 1998, 578, 580 = MittBayNot 1997, 358, 359 (arg. § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB); zweifelnd Keim, MittBayNot 1994, 406, 408; Schmitz-Valckenberg, DNotZ 1998, 581, 583 ff. Das Argument der ausschließlich dinglichen Haftung findet sich auch bei BGH, MittBayNot 2002, 390, wo die Übernahme der Grundsätze zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaften von Angehörigen auf Grundpfandrechte abgelehnt wird.

<sup>45</sup> So ausdrücklich Vollkommer, NJW 2004, 818, 820: die dingliche Belastung sei mit der persönlichen Verpflichtung nicht vergleichbar.

<sup>46</sup> Vgl. nur Staudinger/Marburger, § 780 BGB Rdnr. 36.

<sup>47</sup> Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 17. Aufl. 1990, Art. 17 WG Rdnr. 1.

<sup>48</sup> Ein ähnlicher Einwendungsausschluss im Fall der Abtretung – ebenfalls aus Gründen des (hier grundbuchrechtlich motivierten) Verkehrsschutzes – findet sich für die Grundschuld in § 1157 Satz 2 BGB i. V. m. § 1192 Abs. 1 BGB, für die Hypothek ferner in § 1138 BGB. Bei der Hypothek bewirkt § 1138 BGB aber nur die Verkehrsfähigkeit des dinglichen Rechts. Für die gesicherte Forderung selbst gilt § 404 BGB; Palandt/Bassenge, § 1138 BGB Rdnr. 1.

<sup>49</sup> Clemente, ZfIR 2004, 497, 503.

<sup>50</sup> MünchKommBGB/Habersack, § 496 Rdnr. 2, 11 ff.; Staudinger/Kessal-Wulf, § 496 BGB Rdnr. 14.

<sup>51</sup> Ebenso OLG Düsseldorf, MittBayNot 2005, 134.

Rechtsprechung hätte: § 496 BGB soll nach Meinung der Befürworter gegen eine Beweislastumkehr, vielleicht auch eine verfrühte Vollstreckung<sup>52</sup> schützen. Untersucht man hierzu die verschiedenen Fälle, geht der Streit eigentlich immer um die materiell-rechtliche Forderung, also die zugrunde liegende Zahlungspflicht – wenn auch teilweise im Gewand der Vollstreckungsabwehrklage; so im Fall des Schleswig-Holsteinischen OLG<sup>53</sup> bei einer sittenwidrigen Mithaftungserklärung eines mittellosen Angehörigen oder bei der Verteilung des wirtschaftlichen Schadens bei fehlgeschlagenen Kapitalanlagen in „Schrott-Immobilien“<sup>54</sup>. Der angebliche Verstoß

gegen § 10 VerbrKrG bzw. § 496 BGB ist daher eigentlich immer nur eine Randfrage und beispielsweise in der Folgeentscheidung des BGH zum Fall des Schleswig-Holsteinischen OLG nicht mehr entscheidungserheblich. Vielleicht ist das ein Grund, warum die Frage erst jetzt die Rechtsprechung erreicht hat. Auch das deutet jedenfalls darauf hin, dass keine eklatante Schutzlücke besteht.

### III. Ergebnis

Die Literaturmeinung, die bei vollstreckbaren Schuldversprechen einen Verstoß gegen § 496 BGB annimmt, kann sich weder auf den Wortlaut, noch die Intention des deutschen und europäischen Gesetzgebers oder den Gesetzeszweck berufen. Im Kern handelt es sich um eine nur durch gegenseitige Zitate gestützte angeblich „herrschende Lehre“. Die verwendeten Argumente deuten darauf hin, dass es sich eigentlich um ein Nachhutgefecht zu der – vom BGH für die Praxis längst verneinten – Frage handelt, ob die Abgabe von vollstreckbaren Schuldanerkennnissen gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstößt. Es ist zu hoffen, dass auch hier die Rechtsprechung wieder Rechtsklarheit schafft. Die ersten Schritte sind jedenfalls getan.

<sup>52</sup> Bei einer materiell-rechtlich unstreitigen Forderung fragt sich, ob das Interesse des Schuldners wirklich schutzwürdig ist, rechtzeitig vor Titelerlangung durch den Gläubiger sein Vermögen beiseite schaffen zu können.

<sup>53</sup> Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 19.1.2001, 1 U 110/99, n. v.; fortgeführt durch BGH, NJW 2002, 746 = DNotZ 2002, 388.

<sup>54</sup> In diese Fallgruppe dürften die Entscheidungen des OLG Düsseldorf, MittBayNot 2005, 134; BGH, MittBayNot 2005, 300 gehören, sicher die Entscheidung des BGH in diesem Heft, MittBayNot 2005, 397. Auch der Aufsatz von *Vollkommer*, NJW 2004, 818 ist durch die Rechtsprechung zu „Schrott-Immobilien“ veranlasst.

## Die kostenlose Alternative zum Wirksamkeitsvermerk: Der bedingte Rangvorbehalt

Von Notarassessor *Markus Vierling*, Notar *Georg Mehler*, beide Trostberg,  
Assessorin *Antje Gotthold*, Wiesbaden

### I. Einleitung und Problemaufriss

Das Problem ist der notariellen Praxis hinlänglich bekannt: Der Käufer muss zur Kaufpreisfinanzierung eine Grundschuld am noch dem Verkäufer gehörenden Grundstück bestellen. Hierzu lässt er sich vom Verkäufer eine Einwilligung erteilen und bevollmächtigen;<sup>1</sup> das insoweit vom Verkäufer zu tragende Risiko der Insolvenz des Käufers beschränkt sich – vorsorgende Vertragsgestaltung vorausgesetzt – auf dessen Kostenhaftung nach § 2 Nr. 1, § 5 KostO bezüglich der Grundbuch- und Notarkosten.

Diese Vorgehensweise ist unproblematisch, so lange die Grundschuld zeitlich vor der zu Gunsten des Käufers bewilligten Auflassungsvormerkung eingetragen wird. Das ist durch eine entsprechende Anweisung an das Grundbuchamt bezüglich der Eintragungsreihenfolge<sup>2</sup> sichergestellt, wenn Finanzierungsgrundschuld und Kaufvertrag gleichzeitig beurkundet; jedenfalls aber gleichzeitig beim Grundbuchamt eingereicht werden.

Problematisch wird es allerdings, wenn die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld vor Eigentumsumschreibung, aber nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung beantragt wird, weil der Käufer die entsprechende Finanzierung bis zum Beurkundungstermin des Kaufvertrages nicht sicherstel-

len konnte. Die notwendige Grundschuldbestellung muss dann einem weiteren Termin vorbehalten bleiben, was dazu führen würde, dass das dingliche Sicherungsmittel erst nach der zugunsten des Erwerbers zu bestellenden Auflassungsvormerkung eingetragen wird. Da die Banken eine solche „nachrangige“ Eintragung ihrer Sicherheit zu Recht ablehnen, stellt sich die Frage, wie Auflassungsvormerkung und nachträglich bestellte Grundschuld in das richtige und von allen Beteiligten gewollte Verhältnis gebracht werden können.<sup>3</sup>

Hierzu bieten sich Rangrücktritt, Rangvorbehalt und Wirksamkeitsvermerk an, wobei sich die beiden erstgenannten Möglichkeiten zunehmender Kritik ausgesetzt sehen,<sup>4</sup> da eine vordringende Meinung im Schrifttum die Rangfähigkeit der Vormerkung<sup>5</sup> – zumindest aber der Auflassungsvormerkung<sup>6</sup> –

<sup>1</sup> Vgl. hierzu *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A I Rdnr. 118 ff.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu *Wilke* in Bauer/von Oefele, GBO, 1999, § 17 GBO Rdnr. 15; der Notar darf aufgrund § 15 GBO die Reihenfolge des Eingangs der Anträge bestimmen, so *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 15 Rdnr. 15; *Staudinger/Kutler*, BGB, 2000, § 879 Rdnr. 39; a. A. noch OLG Frankfurt, Rpfleger 1991, 362.

<sup>3</sup> Ein Zurückhalten des Antrags auf Eintragung der Auflassungsvormerkung bis zur Beurkundung der Grundschuld kann aus haftungsrechtlichen Gründen wegen der in dieser Zeit möglichen, den Auflassungsanspruch vereitelnden Zwischeneintragungen nicht empfohlen werden, vgl. *Schultz*, RNotZ 2001, 542 Fn. 5; im Übrigen widerspricht diese Vorgehensweise der Verpflichtung des Notars, Fälligkeitvoraussetzungen unverzüglich herbeizuführen, da die Eintragung der Auflassungsvormerkung in der Regel Voraussetzung für die Kaufpreisfälligkeit ist.

<sup>4</sup> Rangrücktritt und Rangvorbehalt lehnen in der hier beschriebenen Konstellation *Keller*, BWNNotZ 1998, 25, 30, und *Schubert*, DNotZ 1999, 967, 973 ff., ab.

<sup>5</sup> *Schneider*, DNotZ 1982, 523, 529; *Stadler*, AcP 189 (1989), 425, 436; *Schultz*, RNotZ 2001, 542, 546; *Bauer* in Bauer/v. Oefele, AT I Rdnr. 119 sowie die in Fn. 4 genannten Autoren.

<sup>6</sup> *Staudinger/Gursky*, BGB, 12. Aufl. 2002, § 883 Rdnr. 178; *Kohler*, JZ 1983, 586, 588.

ablehnt. Danach bliebe nur noch der Wirksamkeitsvermerk als zulässiges Gestaltungsmittel; allerdings bestimmt das im Rangverhältnis von Vormerkung und anderen Belastungen zum Ausdruck kommende Wirksamkeitsverhältnis nach wie vor die Rechtswirklichkeit, weshalb auch an dieser Stelle mit der wohl derzeit noch herrschenden Meinung<sup>7</sup> von einer Rangfähigkeit der Vormerkung und damit von einer „gleichrangigen“ Zulässigkeit von Rangrücktritt, Rangvorbehalt und Wirksamkeitsvermerk ausgegangen wird.

Die nachfolgende Darstellung will diese Gestaltungsmittel insbesondere aus dem kostenrechtlichen Blickwinkel untersuchen und hierbei eine interessante Gestaltungsalternative aufzeigen.

## II. Lösungsvorschläge und deren Kosten

### 1. Rangrücktritt

In Betracht kommt zunächst ein Rangrücktritt der Auflassungsvormerkung hinter die zu bestellende Grundschuld.<sup>8</sup> Der Rangrücktritt kann in der Notarurkunde über die Grundschuldbestellung erklärt werden, da diese regelmäßig durch den bevollmächtigten Käufer und Vormerkungsberechtigten errichtet wird.<sup>9</sup> Damit fallen beim Notar nach § 44 Abs. 3 KostO keine zusätzlichen Kosten an.

Der Nachteil dieser Lösung besteht darin, dass es bei der Rangänderung zu einem vollkommenen Austausch des Ranges zwischen vortretendem und zurücktretendem Recht kommt:<sup>10</sup> eingetragene Zwischenrechte bleiben beim Rangrücktritt nach § 880 Abs. 5 BGB daher unberührt. Das hat insbesondere Bedeutung, wenn der noch berechtigte Verkäufer abrenewidrig Belastungen vornimmt<sup>11</sup> oder wenn eine Zwangshypothek zwischen Vormerkung und Grundschuld eingetragen wird.<sup>12</sup>

Auch wenn sich die hier auftretenden Probleme durch einen bedingt erklärten Rangrücktritt lösen lassen,<sup>13</sup> bleibt doch eine unangenehme Kostenfolge bei Gericht: nach § 67 KostO fällt hier eine zusätzliche Viertelgebühr aus einem nach § 30 KostO zu schätzenden Teilwert (§ 67 Abs. 3 KostO) an. Der Rangrücktritt ist damit aus kostenrechtlicher Sicht wenig attraktiv.

### 2. Wirksamkeitsvermerk

Die Praxis war deshalb seit jeher bemüht, für diese Problematik eine kostengünstigere Regelung zu finden. Aus diesem Bemühen ging der sog. Wirksamkeitsvermerk hervor, der zunächst von *Lehmann*<sup>14</sup> in die Diskussion eingebracht wurde

und der – nachdem er ein positives Echo im Schrifttum<sup>15</sup> hervorrief – auch richterliche<sup>16</sup> und schließlich höchstrichterliche<sup>17</sup> Anerkennung erfuhr.

Der Vorteil des Wirksamkeitsvermerkes ist bereits ein dogmatischer: er bringt die richtige materiell-rechtliche Lage in der hier beschriebenen Situation zum Ausdruck. Der Käufer muss das auf seine Veranlassung bestellte Grundpfandrecht schon deshalb gegen sich gelten lassen, weil er sich im Kaufvertrag dazu verpflichtet hat. Daher wird vertreten, das Grundbuch sei ohne den Wirksamkeitsvermerk unrichtig, weil dann aus ihm hervorgehe, der Käufer brauche die nachrangig eingetragene Grundschuld nicht hinzunehmen: der Wirksamkeitsvermerk sei damit nur deklaratorische Grundbuchberichtigung,<sup>18</sup> während der klassische Rangrücktritt eine hier verfehlt konstitutive Natur habe.<sup>19</sup>

Zu diesem dogmatischen Vorteil kam noch ein kostenrechtlicher, da verschiedene Instanzgerichte dem Wirksamkeitsvermerk Kostenfreiheit bescheinigten.<sup>20</sup> Sein nun möglicher Siegeszug wurde jedoch – jedenfalls in Bayern – durch das BayObLG<sup>21</sup> jäh gestoppt: nach dessen Auffassung ist für die Eintragung des Wirksamkeitsvermerkes bei Gericht eine Viertelgebühr nach § 67 KostO zu erheben.<sup>22</sup> In Bayern wird der Wirksamkeitsvermerk deshalb für tot erklärt,<sup>23</sup> die hiesige notarielle Praxis wendet sich jetzt wieder dem in gleicher Höhe gebührenpflichtigen Rangrücktritt zu.<sup>24</sup>

### 3. Bedingter Rangvorbehalt

Wenn es um das richtige Verhältnis von Auflassungsvormerkung und Grundpfandrecht geht, spielt der hier ebenso mögliche Weg des Rangvorbehalts kaum eine Rolle;<sup>25</sup> zumeist wird ihm insoweit eine nur geringe Tauglichkeit bescheinigt.<sup>26</sup> Da

<sup>7</sup> Nochmals ausdrücklich anerkannt durch BGH, DNotZ 2000, 639; vgl. auch DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2000, 89, 91; *Palandt/Bassenge*, BGB, 64. Aufl. 2005, § 883 Rdnr. 29; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 1531 a.

<sup>8</sup> *Amann* (Fn. 1), A I Rdnr. 124.

<sup>9</sup> *Schmidt*, MittRhNotK 1998, 141, 142.

<sup>10</sup> *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2574.

<sup>11</sup> Vgl. hier den von *Frank* gebildeten Fall in MittBayNot 1998, 228, 229 f.

<sup>12</sup> *Schultz*, RNotZ 2001, 542, 546 f.

<sup>13</sup> Ein solcher ist zulässig: *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2575; vgl. etwa den in BayObLG, MittBayNot 2001, 414 f. zugrunde liegenden Fall (Rangrücktritt unter der Bedingung, dass keine Zwischenrechte eingetragen sind) oder *Ulbrich*, MittRhNotK 1995, 289, 298; Rangrücktritt unter der Bedingung des gleichzeitigen Rücktritts eventueller Zwischenrechte.

<sup>14</sup> *Lehmann*, NJW 1993, 1558 ff.

<sup>15</sup> *Demharter*, EWiR 1995, 448 ff.; *Frank*, MittBayNot 1996, 271; *ders.*, MittBayNot 1998, 228 ff.; *Stöber*, MittBayNot 1997, 143 ff.; *Gursky*, DNotZ 1998, 273 ff.; vgl. auch die einschlägige Kommentarliteratur, etwa *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1523 a; *Demharter*, § 22 Rdnr. 19; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 5. Aufl. 1999, Einl. J 25 und T 5; *Holzer/Kramer*, Grundbuchrecht, 2. Aufl. 2004, S. 132 ff.

<sup>16</sup> OLG Saarbrücken, MittRhNotK 1995, 25 ff.; LG Amberg, MittBayNot 1996, 41; OLG Hamm, MittBayNot 1999, 181; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 2000, 359; a. A. noch OLG Köln, DNotZ 1998, 311 ff.; allerdings ausdrücklich aufgegeben von OLG Köln, RNotZ 2001, 243 f.

<sup>17</sup> BGHZ 141, 169 ff.

<sup>18</sup> So im Ergebnis *Frank*, MittBayNot 1998, 228 f.; vgl. auch BGHZ 141, 169, 172; zur gleichwohl tatbestandsmäßig bestehenden Vormerkungswidrigkeit der späteren Grundschuldbestellung vgl. *Lehmann*, NJW 1993, 1558, 1559; zum (noch nicht entschiedenen) Streit über „eine für die Dogmatik des Vormerkungsrechts wichtige Schaltstelle“ vgl. *Gursky*, DNotZ 1998, 273, 278.

<sup>19</sup> *Frank*, MittBayNot 1998, 228 a. E.

<sup>20</sup> LG Saarbrücken, MittBayNot 1996, 451; AG Völklingen, MittRhNotK 2000, 38; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 2000, 359; OLG Köln, RNotZ 2001, 243.

<sup>21</sup> MittBayNot 1998, 274 ff., bestätigt von BayObLG, MittBayNot 2001, 414 f., jedenfalls für den Fall des nach der Auflassungsvormerkung zusammen mit dem Grundpfandrecht eingetragenen Wirksamkeitsvermerkes. Der ausdrücklich offen gelassene Fall der gleichzeitigen Eintragung von Auflassungsvormerkung und Grundpfandrecht kann jedoch problemlos durch eine Anweisung an das Grundbuchamt gelöst werden, vgl. dazu bereits oben im Text bei Fn. 2.

<sup>22</sup> A. A. *Frank*, MittBayNot 1998, 228.

<sup>23</sup> *J. Mayer*, MittBayNot 2002, 381, 383.

<sup>24</sup> *Denk*, MittBayNot 2002, 86.

<sup>25</sup> Vgl. aber schon die Ausführungen im den Wirksamkeitsvermerk ablehnenden Urteil des OLG Köln, DNotZ 1998, 311, 314.

<sup>26</sup> *Frank*, MittBayNot 1998, 228, 229 a. E.

bei kann der bei der Auflassungsvormerkung einzutragende Rangvorbehalt zu Gunsten zu bestellender Finanzierungsgrundpfandrechte eine nach § 62 Abs. 3 Satz 1 KostO gebührenfreie<sup>27</sup> Alternative zu Wirksamkeitsvermerk und Rangrücktritt darstellen und deshalb wegen der Pflicht des Notars zur Aufzeigung kostengünstiger Gestaltungsalternativen<sup>28</sup> von besonderem Interesse sein, da auch die Ausnutzung des Rangvorbehalts ein gebührenfreies Nebengeschäft gemäß § 35 KostO darstellt.<sup>29</sup>

Prämisse der hier angestellten Überlegung muss dabei sein, dass der Rangvorbehalt bei entsprechender Gestaltung ebenso praxistauglich und rechtssicher ist, wie der Rangrücktritt oder der Wirksamkeitsvermerk. Nur dann kann das Kostenargument ausschlaggebend sein.<sup>30</sup>

Beim Rangvorbehalt erzeugt jedoch schon die notwendige Bestimmtheit seines Umfangs<sup>31</sup> ein praktisches Problem: soll er gebührenfrei sein, so ist er gleichzeitig mit der Auflassungsvormerkung zur Eintragung zu bringen. Zu diesem Zeitpunkt werden aber meist weder die Höhe der notwendigen Finanzierung noch die sonstigen Finanzierungsbedingungen feststehen. Allerdings sind für die notwendige Bestimmtheit auch Höchstbeträge ausreichend,<sup>32</sup> so dass Rangvorbehalte für Grundpfandrechte „bis zur Höhe des Kaufpreises“ und jährliche Zinsen und einmalige Nebenleistungen bis zu einer bestimmten Höhe eintragungsfähig sind. Das LG Köln hat sogar die Eintragung von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen in „beliebiger Höhe“ unbeanstandet gelassen;<sup>33</sup> allerdings ist hier die Bestimmtheit zweifelhaft, da der Rangvorbehalt bei Grundpfandrechten ebenso bestimmt sein muss wie deren spätere Eintragung.<sup>34</sup> Hier sollte der sichere Weg gewählt und – ggf. großzügig formulierte – Höchstbeträge angegeben werden.<sup>35</sup> Soweit der Käufer einen Kredit benötigt, der den Kaufpreis übersteigt, lässt sich dieses – in der Regel schon beim Abschluss des Kaufvertrages aufkommende – Problem ebenfalls mit einer großzügigeren Formulierung der Höchstbeträge lösen: so entspricht etwa die Formulierung „bis zu 150% des Kaufpreises“ ohne weiteres dem Bestimmtheitserfordernis.

Weiterhin muss beim Rangvorbehalt der genaue Zeitpunkt des Zinsbeginns angegeben werden,<sup>36</sup> hier kann allerdings un schwer auf den Tag der Bestellung des Grundpfandrechts abgestellt werden.

Schließlich ist beim Rangvorbehalt problematisch, dass dieser nur durch den Eigentümer ausgeübt werden kann:<sup>37</sup> insoweit ist denkbar, dass der vertragsbrüchige Eigentümer Belastungen im Rang vor der bereits eingetragenen Auflassungsvormerkung bestellt. Hier liegt die Lösung in der bedingten Erklärung des Rangvorbehalts;<sup>38</sup> er darf nur für sol-

che Grundpfandrechte ausgenutzt werden, die unter der Mitwirkung des Käufers bestellt wurden.<sup>39</sup>

All dies beachtend, ergibt sich folgender Formulierungsvorschlag, der sich an die übliche Finanzierungsvollmacht anschließen sollte:

*„Dem Eigentümer des Vertragsgegenstandes ist das Recht vorbehalten, im Range vor der in Abschnitt (...) zu Gunsten des Erwerbers zur Eintragung bewilligten Auflassungsvormerkung Grundpfandrechte für beliebige Gläubiger bis zur Höhe des Kaufpreises nebst sonstigen einmaligen Nebenleistungen bis zu einer Höhe von 10% des Kaufpreises nebst bis zu 18% Jahreszinsen ab dem Tage der Bestellung des entsprechenden Grundpfandrechtes in das Grundbuch eintragen zu lassen.*

*Der vorstehende Rangvorbehalt wird jedoch in der Weise beschränkt, dass er nur für solche Grundpfandrechte ausgenutzt werden darf, die unter Mitwirkung des Erwerbers bestellt werden.*

*Der Rangvorbehalt kann durch mehrere Rechte und mehrmals ausgenutzt werden.*

*Die Eintragung dieses bedingten Rangvorbehalts im Grundbuch bei der Auflassungsvormerkung des Erwerbers wird hiermit bewilligt und beantragt.“*

Das Grundbuchamt wird dann folgenden Vermerk bei der Auflassungsvormerkung in der zweiten Abteilung des Grundbuches anbringen:

*„Vorrangsvorbehalt (bedingt): Grundpfandrechte bis (...) € (Kaufpreis), bis 18% Zinsen jährlich; bis 10% Nebenleistungen einmalig; mehrmals ausnutzbar; gemäß Bewilligung vom (...)“*

Der eingetragene Rangvorbehalt kann dann durch den Erwerber des Grundstücks ausgenutzt werden, wenn er aufgrund Finanzierungsvollmacht ein Grundpfandrecht bestellt. Hier wird kritisiert, dass es beim Rangvorbehalt zu schwierigen, ja grotesken Ergebnissen bei der Erlösverteilung im Rahmen der Zwangsversteigerung kommen kann, wenn nach Eintragung der Auflassungsvormerkung, aber vor Ausnutzung des Rangvorbehalts weitere (Zwischen-)Rechte – etwa eine Zwangshypothek – eingetragen werden.<sup>40</sup> Schuld daran sei das aufgrund § 881 Abs. 4 BGB entstehende relative Rangverhältnis zwischen Grundschuld, Vormerkung und Zwischenrecht, da sich das Zwischenrecht nur den Erlösanteil vorgehen lassen muss, der auf die im Rang vorgehende Vormerkung entfällt.

Diese Kritik übersieht jedoch, dass der Vormerkungsberechtigte zusammen mit der Eigentumsumschreibung<sup>41</sup> gemäß §§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB vom Inhaber des nachrangigen Zwischenrechts die Zustimmung zu dessen Löschung verlangen kann, weil er in der Regel einen Anspruch auf lastenfreie Übereignung haben wird.<sup>42</sup> Betreibt der Inhaber des Zwischenrechts dennoch die Zwangsversteigerung, dann fällt die Auflassungsvormerkung nach § 45 Abs. 1 ZVG mit in das geringste Gebot<sup>43</sup> und bleibt bei Erteilung des Zuschlags nach § 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG bestehen. Der Vormerkungsberechtigte hat dann nicht etwa einen Anspruch auf einen Anteil am

<sup>27</sup> Schultz, RNotZ 2001, 542, 565 m. w. N.

<sup>28</sup> Vgl. hier Lehmann, MittRhNotK 2000, 360, der es sogar für eine Amtspflicht hält, den Wirksamkeitsvermerk wegen seiner Kostenfreiheit zu wählen.

<sup>29</sup> Bengel/Tiedtke, DNotZ 2004, 258, 293 m. w. N.

<sup>30</sup> Vgl. hier Keller, BWNotZ 1998, 25, 29.

<sup>31</sup> Vgl. dazu Schöner/Stöber, Rdnr. 2134.

<sup>32</sup> Demharter, § 45 GBO Rdnr. 38.

<sup>33</sup> LG Köln, MittRhNotK 1996, 234.

<sup>34</sup> Palandt/Bassenge, § 881 BGB Rdnr. 2.

<sup>35</sup> Die Beträge müssen sich mit der Finanzierungsvollmacht decken; darauf ist zu achten.

<sup>36</sup> BGH, DNotZ 1996, 84 ff.

<sup>37</sup> Schöner/Stöber, Rdnr. 2133.

<sup>38</sup> Ein bedingt erklärter Rangvorbehalt ist zulässig, vgl. Schöner/Stöber, Rdnr. 2139.

<sup>39</sup> Insoweit zweifelnd Frank, MittBayNot 1998, 229; vgl. aber LG Köln, MittRhNotK 1996, 234 und Schöner/Stöber, Rdnr. 2139.

<sup>40</sup> Vgl. hier etwa Frank, MittBayNot 1998, 229 a. E. und das Beispiel von Palandt/Bassenge, § 881 BGB Rdnr. 11 f.

<sup>41</sup> Erst dann, vgl. OLG Dresden, NJW-RR 1999, 1177 f.

<sup>42</sup> Palandt/Bassenge, § 888 BGB Rdnr. 5; vgl. auch Amann, MittBayNot 2004, 165 f.

<sup>43</sup> BGHZ 46, 124 ff.

Erlös (vgl. §§ 52 Abs. 1 Satz 1, 109 Abs. 2 ZVG), sondern einen Anspruch gegen den Ersteher auf Übereignung des Grundstücks,<sup>44</sup> was Bieter abschrecken dürfte. Dies gilt nach § 881 Abs. 4 BGB auch dann, wenn der Rangvorbehalt ausgenutzt wurde, da die Auflassungsvormerkung dem Zwischenrecht stets vorgeht.<sup>45</sup>

Wer hier dennoch Bedenken hat, kann die Einweisung in den Rangvorbehalt bedingt erklären: eine solche soll nur erfolgen, wenn zwischenzeitlich keine weiteren Rechte eingetragen wurden oder solche gleichzeitig zurücktreten. Das hat den positiven Nebeneffekt, dass dem Käufer des Grundstücks seinen Auflassungsanspruch gefährdende Rechte bekannt werden und er seinen Lösungsanspruch nach §§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB durchsetzen kann. Freilich unterbleibt so lange die Eintragung der Finanzierungsschuld, was den Käufer, der das beantragte Darlehen im Wesentlichen nur zur Kaufpreisfinanzierung benötigt, allerdings nicht übermäßig belasten dürfte. Soweit der Kaufpreis schon fällig gestellt wurde, steht ihm nämlich bei der Eintragung von nachrangigen Belastungen ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB zu.<sup>46</sup>

Die in der Grundschuldbestellungsurkunde zu erklärende Ausnutzung des Rangvorbehalts wäre somit etwa wie folgt zu formulieren:

*„Der Eigentümer weist die mit dieser Urkunde bestellte Grundschuld samt Zinsen und Nebenleistungen in den Rangvorbehalt bei der für den Erwerber, (Name), eingetragenen Auflassungsvormerkung unter der Bedingung ein, dass seit der Eintragung dieser Auflassungsvormerkung keine weiteren Rechte ohne Zustimmung des Erwerbers eingetragen wurden oder solche Rechte gleichzeitig im Rang hinter diese Grundschuld zurücktreten. Der Vollzug dieser Rangeinweisung im Grundbuch wird bewilligt und beantragt.“*

<sup>44</sup> Vgl. hier etwa Stöber, NJW 2000, 3600.

<sup>45</sup> So im Ergebnis auch Frank, MittBayNot 1998, 228, 230 und Hansmeyer, MittRhNotK 1989, 149, 168.

<sup>46</sup> BGH, DNotZ 2004, 464 ff. mit Anmerkung von Oppermann.

### III. Ergebnis

Für die hier beschriebene Problemkonstellation bietet sich der bedingte Rangvorbehalt als kostenlose Gestaltungsalternative zu seinen kostenpflichtigen Gesellen an. Das Spannungsverhältnis zwischen der notwendigen Bestimmtheit des Rangvorbehalts und der gewünschten Freiheit des Käufers bei der Wahl der Finanzierung lässt sich in den meisten Fällen durch eine entsprechend großzügige Formulierung von Höchstbeträgen lösen. Damit hat Bayern – jedenfalls in kostenrechtlicher Hinsicht – seinen eigenen Wirksamkeitsvermerk gefunden. Freilich bleibt die hier aufgezeigte Lösung hinter der dogmatischen Klarheit des Wirksamkeitsvermerkes zurück, was aber nicht ausschlaggebend sein kann: wo sich entsprechende Ergebnisse erzielen lassen, ist der dogmatische Weg dem Kostenschuldner gleichgültig. Für ihn zählt, dass er möglichst günstig zu seinem Recht kommt. Das kann der bedingte Rangvorbehalt leisten, ihm ist deshalb – jedenfalls in Bayern – der Vorzug zu geben.<sup>47</sup> Stimmen, die den Rangvorbehalt vor allem wegen der Gefahr möglicher Zwischenrechtseintragungen und der damit verbundenen Probleme bei der Erlösverteilung im Zwangsversteigerungsverfahren kritisieren, müssen bedenken, dass diese Gefahr bei dem bislang praktizierten Rangrücktritt in ähnlicher Weise besteht. Ob der Wirksamkeitsvermerk diese Probleme vermeidet, weil er eine in der Zwangsversteigerung zu beachtende Wirksamkeitsreihenfolge vorgibt,<sup>48</sup> ist zweifelhaft und höchststrichterlich noch nicht entschieden, da so dem Zwischenrecht der Schutz des § 880 Abs. 5 BGB bzw. des § 881 Abs. 4 BGB versagt werden würde. Klar ist jedenfalls, dass alle hier aufgezeigten Lösungen vom Notar nur hilfsweise angeboten werden sollten: im Normalfall muss die Finanzierung zum Beurkundungstermin des Kaufvertrages stehen, damit der Käufer bei Fälligkeit der Kaufpreiszahlung nicht in Not gerät.

<sup>47</sup> Vgl. auch Schubert, DNotZ 1999, 967, 983 f., der für Bayern weiterhin die Ranglösung empfiehlt, obwohl er diese doch für unzulässig hält (S. 975 und 980 a. E.).

<sup>48</sup> Vgl. dazu Frank, MittBayNot 1998, 228, 230 und Schultz, RNotZ 2001, 542, 547.

## Grunderwerbsteuerliche Anzeigepflichten in den Fällen des § 1 Abs. 2 a und § 1 Abs. 3 GrEStG

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des BFH vom 20.1.2005, AZ. II B 52/04\* –

Von Notar Dr. Stefan Gottwald, Pappenheim

### I. Anzeigepflicht der Beteiligten und des Notars

Nach § 18 Abs. 1 GrEStG hat der Notar dem zuständigen Finanzamt eine Anzeige über Rechtsvorgänge zu erstatten, die er beurkundet oder über die er eine Urkunde entworfen und darauf eine Unterschrift beglaubigt hat, wenn die Rechtsvorgänge ein Grundstück betreffen; Entsprechendes gilt bei Anträgen auf Berichtigung des Grundbuchs, die der Notar beurkundet oder über die er eine Urkunde entworfen und darauf eine Unterschrift beglaubigt hat, wenn der Antrag darauf gestützt wird, dass der Grundstückseigentümer gewechselt hat.

Sofern also beispielsweise Geschäfts- oder Gesellschaftsanteilsabtretungen beurkundet werden, die eine grundstückshaltende Gesellschaft betreffen, besteht eine Anzeigepflicht

für den Notar, auch wenn die Abtretung für sich genommen noch keine Grunderwerbsteuer (z. B. gemäß § 1 Abs. 2 a oder § 1 Abs. 3 GrEStG) auslöst. Gleichzeitig ordnet § 19 Abs. 1 Nr. 3 a bis Nr. 7 GrEStG in derartigen Fällen zusätzliche Anzeigepflichten der Steuerschuldner i. S. d. § 13 GrEStG an.<sup>1</sup>

### II. Rechtsfolgen der Nichtanzeige

#### 1. Die „Strafvorschrift“ des § 16 Abs. 5 GrEStG

##### a) Ausgangslage

Aufgrund einer sehr strengen Gesetzesauslegung der Finanzverwaltung wirkte sich bisher bei Rückabwicklungsfällen

<sup>1</sup> Andere Personen (z. B. Initiatoren oder Projektanbieter im Bauherrenmodell), die selbst keine Steuerschuldner sind, trifft keine Anzeigepflicht; vgl. Gottwald, Grunderwerbsteuer, 2. Aufl., S. 226 ff. m. w. N.

\* MittBayNot 2005, 441 (in diesem Heft).

nach § 16 Abs. 1 bzw. Abs. 2 GrEStG die Verletzung der vorstehenden Anzeigepflichten gravierend aus. Nach § 16 Abs. 5 GrEStG gelten die Absätze 1 bis 4 des § 16 GrEStG nämlich dann nicht, wenn einer der in § 1 Abs. 2 a und Abs. 3 GrEStG bezeichneten Erwerbsvorgänge rückgängig gemacht wird<sup>2</sup>, der vorher nicht ordnungsgemäß nach §§ 18 und 19 GrEStG angezeigt worden war. Hierzu wurde verlangt, dass *alle* anzeigepflichtigen Personen, d. h. Notar *und* Steuerschuldner ihre Anzeigepflichten ordnungsgemäß erfüllt hatten.<sup>3</sup> Kam dagegen nur einer der zur Anzeige verpflichteten Personen dieser Pflicht nicht nach, wurde im Fall der Rückabwicklung der Abtretungen der Erstattungsanspruch versagt.<sup>4</sup>

Dies führte einerseits zu problematischen Ergebnissen, wenn beispielsweise der Steuerpflichtige, nicht aber der Notar den Vorgang beim Finanzamt angezeigt hatte. Das pflichtwidrige Verhalten des Notars ging dann zu Lasten des Steuerpflichtigen. Andererseits wurde die Steuerrückerstattung gemäß § 16 Abs. 1 bzw. Abs. 2 GrEStG auch dann versagt, wenn – wie in der Regel – der Notar zwar die bei ihm beurkundeten Vorgänge dem Finanzamt mitgeteilt, aber einer der Steuerschuldner seine eigene Anzeigepflicht nicht erfüllt hatte.<sup>5</sup>

Zusätzlich verkompliziert wurde die Situation dadurch, dass viele Finanzämter auch sehr hohe *inhaltliche* Anforderungen an die Anzeige stellten, damit diese als ordnungsgemäß i. S. d. § 16 Abs. 5 GrEStG erachtet wurde. Hierbei konnte sich die Finanzverwaltung auf § 20 GrEStG berufen, der die Bezeichnung des Grundstücks nach Grundbuch, Kataster, Straße und Hausnummer, Größe des Grundstücks und bei bebauten Grundstücken die Art der Bebauung, Firma und Ort der Geschäftsleitung der Gesellschaft sowie die Bezeichnung der veräußerten Geschäftsanteile als zwingende Angaben verlangt. Lediglich im Bereich der Oberfinanzdirektionen Nürnberg und München existierte eine Verwaltungsanordnung, nach welcher der Notar seiner Anzeigepflicht in einem vereinfachten Verfahren durch Übersendung der notariellen Abtretungsurkunde und einer soweit als möglich ausgefüllten Veräußerungsanzeige nachkommen konnte. Diesbezüglich sollte für den Notar hinsichtlich des Vorhandenseins von Grundstücken keine besondere Nachforschungspflicht bestehen, so dass er sich im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten auf die Angaben der Beteiligten beschränken durfte.<sup>6</sup> Die gegebenenfalls im Besteuerungsverfahren erforderlichen weite-

ren Sachverhaltsermittlungen (insbesondere bezüglich der der Gesellschaft grunderwerbsteuerlich zuzurechnenden Grundstücke) waren nach dieser Verwaltungsanordnung im Rahmen der §§ 88 ff. AO vom Finanzamt durchzuführen.<sup>7</sup> Demgegenüber gab es für andere Oberfinanzdirektionen keine vergleichbaren Anordnungen, so dass hier streng genommen die hohen Hürden des § 20 GrEStG (innerhalb der 2-Wochen-Frist des § 18 Abs. 3 bzw. § 19 Abs. 3 GrEStG) zu beachten waren.

In der Praxis bestand für den Notar außerdem häufig das Problem, dass es bei größeren Konzernumstrukturierungen oftmals unmöglich war, in der 2-Wochen-Frist des § 18 Abs. 3 GrEStG den gesamten von der Anteilsabtretung betroffenen Grundbesitz zu ermitteln und dem Finanzamt mitzuteilen. Mitunter war es nicht einmal möglich, das für die gesonderte Feststellung örtlich zuständige Finanzamt herauszufinden, welchem der Vorgang hätte angezeigt werden müssen. Aufgrund dieser streng am Wortlaut des Gesetzes orientierten Auslegung des § 16 Abs. 5 GrEStG lief der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 bzw. Abs. 2 GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 2 a bzw. § 1 Abs. 3 GrEStG weitgehend leer.

## b) Erleichterungen durch die neue Rechtsprechung

In Anbetracht dieser beunruhigenden Verwaltungsauffassung ist der Beschluss des BFH vom 20.1.2005 sehr zu begrüßen, da er mit einer teleologischen Auslegung in dreifacher Hinsicht zu einer Verbesserung der Rechtslage für den Steuerpflichtigen und den Notar führt.

### aa) Inhalt der Anzeigen

Der Sinn der Vorschrift des § 16 Abs. 5 GrEStG besteht darin, dem Anreiz entgegenzuwirken, durch die Nichtanzeige einer Besteuerung der in der Vorschrift genannten Erwerbsvorgänge zu entgehen. Es soll den Anzeigepflichtigen die Möglichkeit genommen werden, einen dieser Erwerbsvorgänge ohne weitere steuerlichen Nachteile wieder aufheben zu können, sobald den Finanzbehörden ein solches Geschäft bekannt wird. Nach der bisherigen Auslegung (Doppelanzeigepflicht durch Notar und Steuerschuldner) konnte jedoch das Finanzamt eigene Fehler auf die Steuerpflichtigen im Nachhinein abwälzen. Sofern nämlich nur einer der Anzeigepflichtigen seine Anzeigepflichten verletzt hatte, konnte das Finanzamt, dem von einem anderen Anzeigepflichtigen oder von dem Notar der Vorgang mitgeteilt worden war, gleichwohl die Steuer noch nachträglich festsetzen, obwohl der Fehler der Nichtbesteuerung in einem nachlässigen Verhalten des Finanzamts begründet war. Indem der BFH nunmehr konstatiert, dass der Verzicht der Finanzverwaltung auf eine eingehende steuerliche Prüfung eines einmal durch einen der Anzeigepflichtigen angezeigten Vorganges nicht zum Nachteil des Steuerpflichtigen gereichen darf, erachtet das Gericht eine Anzeige i. S. d. § 16 Abs. 5 GrEStG somit bereits als ordnungsgemäß, wenn der Vorgang innerhalb der Anzeigefristen dem Finanzamt in einer Weise bekannt wird, dass es die Verwirklichung eines Tatbestandes nach § 1 Abs. 2 a bzw. Abs. 3 GrEStG prüfen kann. Hierzu reicht es regelmäßig aus, wenn die Anzeige die einwandfreie Identifizierung von Veräußerer, Erwerber und Urkundsperson (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 GrEStG) und gegebenenfalls der Gesellschaft (§ 20 Abs. 2 GrEStG) ermöglicht und der Anzeige die in § 18 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 19 Abs. 4 Satz 2 GrEStG genannten Abschriften beigefügt werden. Ist dies nämlich der Fall, so kann sich der Steuerpflichtige aufgrund der dann bestehenden Ermittlungsmöglichkeiten des Finanzamts der Besteuerung nicht mehr entziehen.

<sup>2</sup> Entsprechendes gilt für die Rückgängigmachung von Erwerbsvorgängen i. S. d. § 1 Abs. 2 GrEStG, vgl. § 16 Abs. 5 GrEStG.

<sup>3</sup> Zusätzlich mussten die sonstigen Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 bzw. Abs. 2 GrEStG vorliegen.

<sup>4</sup> Vgl. *Götz*, GmbHR 2005, 352. Deshalb hätte es sich in der Vergangenheit angeboten, wenn bei einer Geschäftsanteilsabtretung dem Notar in der Urkunde eine entsprechende Vollmacht erteilt worden wäre, auch für die Steuerschuldner die Anzeige i. S. d. § 19 GrEStG abzugeben. Allerdings hätte dann der Notar in seiner Veräußerungsanzeige zum Ausdruck bringen müssen, dass er nicht nur im eigenen Namen (wegen § 18 GrEStG), sondern auch im Namen der anzeigepflichtigen Steuerschuldner (gemäß § 19 GrEStG) die Anzeige erstattet. Bei mittelbaren Anteilsvereinigungen wären jedoch unter Umständen Muttergesellschaften, die am eigentlichen Abtretungsvorgang durch eine der Tochtergesellschaften gar nicht beteiligt waren, anzeigepflichtig gewesen; folglich hätte auch durch diese eine entsprechende Vollmacht erteilt werden müssen. Aufgrund der neuen Rechtsprechung ist es jedoch nicht mehr erforderlich, mit entsprechenden Vollmachten zu arbeiten.

<sup>5</sup> Eine entsprechende Hinweispflicht des Notars auf die Anzeigepflichten der Beteiligten bestand nach herrschender Auffassung nicht; die Finanzverwaltung verlangte vielmehr, dass sich der anzeigepflichtige Steuerschuldner selbst über seine Anzeigepflichten in Kenntnis setzte.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu *Gottwald*, Grunderwerbsteuerrecht, S. 265 ff. m. w. N.; vgl. ferner OFD München, Verfügung vom 6.11.2001 und OFD Nürnberg, Verfügung vom 29.10.2001, abgedruckt in *MittBayNot* 2001, 595.

<sup>7</sup> Vgl. OFD München, Verfügung vom 6.11.2001 und OFD Nürnberg, Verfügung vom 29.10.2001, abgedruckt in *MittBayNot* 2001, 595.

Unter Berücksichtigung des Übermaßverbotes verlangt § 16 Abs. 5 GrEStG außerdem nicht, dass die innerhalb der 2-Wochen-Frist erstattete Anzeige in jeder Hinsicht den Anforderungen der §§ 18 und 19 GrEStG i. V. m. § 20 GrEStG genügt. Es wird als unverhältnismäßig erachtet, die Rechtsfolgen des § 16 Abs. 5 GrEStG eintreten zu lassen, nur weil etwa der Grundbesitz nicht vollständig i. S. d. § 20 GrEStG bezeichnet worden war.

#### bb) Anzeige durch einen Anzeigepflichtigen ausreichend

Soweit eine Anzeigepflicht sowohl nach § 18 als auch nach § 19 GrEStG besteht, ist ebenfalls bei teleologischer Interpretation des § 16 Abs. 5 GrEStG der Anzeigepflicht bereits dann genügt, wenn nur *einer* der Anzeigepflichtigen die Anzeige im vorbenannten Umfang erstattet hat.

Die Entscheidung führt somit dazu, dass das Finanzamt die strengen Rechtsfolgen des § 16 Abs. 5 GrEStG bereits dann nicht mehr anwenden darf, sofern einer der Beteiligten – in der Regel der Notar – die Anzeige innerhalb der 2-Wochen-Frist vorgenommen hat. Außerdem kann es dem Notar nicht zum Nachteil gereichen, wenn es ihm innerhalb der 2-Wochen-Frist nicht möglich ist, den gesamten Grundbesitz exakt zu ermitteln.

#### cc) Fristverlängerungsantrag möglich

Außerdem zeigt der BFH noch eine weitere Möglichkeit auf, von der bislang in der Praxis nur selten Gebrauch gemacht worden sein dürfte. Nach § 109 AO kann innerhalb der 2-Wochen-Frist eine angemessene Fristverlängerung für die Abgabe einer Steuererklärung beantragt werden. Zu beachten ist allerdings, dass der Fristverlängerungsantrag nicht mehr nach Ablauf der 2-Wochen-Frist gestellt werden darf.<sup>8</sup> Während die Möglichkeit der Fristverlängerung für den Steuerschuldner bereits bislang anerkannt war, weil es sich bei seiner Anzeige gemäß § 19 Abs. 5 GrEStG um eine Steuererklärung i. S. d. Abgabeordnung handelt, ist diese Möglichkeit in analoger Anwendung des § 109 AO für den Notar nun erstmals bejaht worden. Bei der Anzeigepflicht des Notars gemäß § 18 GrEStG handelt es sich nämlich um keine Steuererklärung im engeren Sinne, so dass auch diese Analogie zugunsten des anzeigepflichtigen Notars zu begrüßen ist.

Problematisch bleibt die ganze Angelegenheit allerdings in den Fällen, in denen die 2-Wochen-Frist nicht einmal ausreicht, um das örtliche zuständige Finanzamt, bei dem dann der Verlängerungsantrag gestellt werden müsste, zu ermitteln. Insoweit bleibt zu hoffen, dass es die Finanzverwaltung akzeptiert, wenn der Notar den Antrag bei dem Finanzamt stellt, das er nach seinem Kenntnisstand im Zeitpunkt der Antragstellung für zuständig erachten durfte.<sup>9</sup> Außerdem ist nicht zu

verkennen, dass es sich bei dem Fristverlängerungsantrag um einen Notanker handelt, den der BFH den Anzeigepflichtigen zugeworfen hat; meines Erachtens besteht insoweit gleichwohl Handlungsbedarf für den Gesetzgeber. Die unverhältnismäßig kurze 2-wöchige Anzeigepflicht sollte auf wenigstens drei Monate ausgedehnt werden, um nicht bei jeder größeren Geschäftsanteilsabtretung einen Antrag analog § 109 AO stellen zu müssen.

## 2. Verjährung des Grunderwerbsteuerfestsetzungsanspruchs

Die Verletzung der Anzeigepflicht hat – neben den Rechtsfolgen des § 16 Abs. 5 GrEStG – außerdem Auswirkungen auf die Verjährung des Grunderwerbsteuerfestsetzungsanspruchs. Die vierjährige Verjährungsfrist beginnt mit der Abgabe der gesetzlichen Anzeige i. S. d. § 19 GrEStG, da diese einer Steuererklärung gleichsteht.<sup>10</sup> Wird diese Anzeige nicht erstattet, kommt die in § 170 Abs. 2 Satz 1 AO enthaltene Anlaufhemmung zum Tragen. Danach beginnt die Festsetzungsfrist spätestens mit Ablauf des 3. Kalenderjahres zu laufen, das auf das Kalenderjahr folgt, in dem die Steuer entstanden ist.

Wird daher beispielsweise nach sechs oder sieben Jahren erst festgestellt, dass ein früherer Vorgang an sich grunderwerbsteuerpflichtig war, besteht bei unterlassener Anzeige des Erwerbs nach § 19 GrEStG gleichwohl eine Pflicht zur Nachklärung (§ 153 AO). Diese Pflicht hat in der Vergangenheit den Beteiligten vor allem dann nicht eingeleuchtet, wenn seinerzeit zwar der Notar, nicht aber zusätzlich der Steuerschuldner eine Mitteilung an das Finanzamt geschickt und nur das Finanzamt aus eigenem „Verschulden“ nicht reagiert hatte, obwohl ihm der Abtretungsvorgang wenigstens von einem Anzeigepflichtigen zur Kenntnis gebracht worden war. Der Beschluss des BFH dürfte folglich auch Auswirkungen auf den Anlauf der Festsetzungsverjährung haben. Da das Gericht bei teleologischer Auslegung des Gesetzes eine ordnungsgemäße Anzeige i. S. d. § 16 Abs. 5 GrEStG anerkennt, sofern wenigstens *einer* der Anzeigepflichtigen innerhalb der 2-Wochen-Frist (bzw. bei rechtzeitig gestelltem Fristverlängerungsantrag innerhalb der verlängerten Frist) den Vorgang angezeigt hat, kann sich auch der Anlauf der Festsetzungsverjährung nicht mehr länger hinausschieben. Es bleibt zu hoffen, dass auch die Finanzverwaltung diese Schlussfolgerung aus dem BFH-Beschluss zieht.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Vgl. FG Berlin, IFG 2004, 1148; Götz, GmbHR 2005, 352.

<sup>11</sup> Als Gegenargument könnte angeführt werden, dass nur die Anzeige der Beteiligten gemäß § 19 GrEStG als Steuererklärung i. S. d. § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO gilt und folglich die bloße Anzeige durch den Notar (§ 18 GrEStG) nicht den Beginn der Frist für die Festsetzung der Steuer auslöst. Unter § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO fallen nämlich nur Anzeigen, zu denen der Steuerpflichtige selbst verpflichtet ist. Anzeigepflichten Dritter, z. B. die des Notars, sollen nicht zu einer Anlaufhemmung führen; so jedenfalls FG Brandenburg, Urteil vom 20.1.2004, EFG 2004, 676; Revision beim BFH unter Az. II R 9/04 eingelegt; vgl. hierzu auch Heine, GmbHR 2004, 1369. § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO schiebt den Beginn der Festsetzungsfrist jedoch nicht bis in alle Zeit hinaus, wenn die Erklärungs-pflicht durch die Steuerpflichtigen nicht erfüllt wird, sondern legt für diesen Fall den äußersten Zeitpunkt fest, an dem die Frist trotzdem beginnt. Hat die Finanzbehörde jedoch vorher auf andere Weise von allen für die Entstehung der Steuerschuld wesentlichen Umständen Kenntnis erlangt, so beginnt die Frist auch ohne eine Steuererklärung oder Anzeige (vgl. BFH, DStRE 1997, 80; Klein/Rüsken, AO, 8. Aufl., § 170 Rdnr. 8). Folglich muss sich die Grunderwerbsteuerstelle eine Anzeige der Urkunde durch den Notar entgegenhalten lassen, da sie hierdurch in die Lage versetzt wird, zu prüfen, ob ein Tatbestand des § 1 GrEStG verwirklicht worden ist oder nicht.

<sup>8</sup> Der Möglichkeit einer rückwirkenden Fristverlängerung (§ 109 Abs. 1 Satz 3 AO) steht nach dem Beschluss des BFH der Sinn und Zweck der Anzeigepflichten entgegen. Auch scheidet nach dem Gerichtsbeschluss eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 110 AO in der Regel aus. Etwas anderes könnte m. E. allerdings dann gelten, wenn es innerhalb der 2-Wochen-Frist nicht einmal möglich ist, das örtlich zuständige Finanzamt zu ermitteln. Die bloße Unkenntnis von der Anzeigepflicht reicht dagegen keinesfalls für eine rückwirkende Fristverlängerung oder eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus.

<sup>9</sup> Vgl. zur örtlichen Zuständigkeit nach § 17 GrEStG ausführlich Pahlke/Franz, § 17 GrEStG Rdnr. 2 ff. Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass dann der Notar selbst innerhalb der verlängerten Frist die noch fehlenden Angaben nachreichen muss; demgegenüber sehen die Verwaltungsanordnungen der Oberfinanzdirektionen München und Nürnberg eine eigenständige Sachverhaltsermittlung durch das Finanzamt vor.

### III. Zusammenfassung

Abweichend von der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung hält es der BFH für ausreichend, wenn *einer* der Anzeigepflichtigen i. S. d. § 18 und 19 GrEStG innerhalb der 2-Wochen-Frist seiner Anzeigepflicht nachkommt. Außerdem sind nicht die strengen Anforderungen des § 20 GrEStG für eine ordnungsgemäße Anzeige vollends zu beachten. Schließlich ist es für den Steuerpflichtigen und für den Notar nunmehr möglich, innerhalb der 2-Wochen-Frist eine Fristverlängerung gemäß § 109 AO zu beantragen. Durch diese für den Steuerpflichtigen günstige Rechtsprechung kann es künftig bei einer Rückabwicklung von Abtretungsvorgängen leichter

zu einer Rückerstattung der Grunderwerbsteuer gemäß § 16 Abs. 1 bzw. Abs. 2 GrEStG kommen als es in der Vergangenheit der Fall war. Aufgrund der vormaligen strengen Gesetzesauslegung durch die Finanzverwaltung war faktisch bei allen Rückabwicklungsfällen § 16 Abs. 5 GrEStG der Hinderungsgrund für die Rückerstattung der Steuer.

De lege ferenda sollte jedoch die Anzeigefrist aus § 18 und 19 GrEStG generell auf drei Monate ausgedehnt werden, um nicht auf das Hilfskonstrukt eines Fristverlängerungsantrags angewiesen zu sein. Dies gilt umso mehr, als nach Ablauf der 2-Wochen-Frist der Fristverlängerungsantrag nicht mehr gestellt werden kann.

## Zum Andenken an Notar Max Königer

Notar Dr. Günter Promberger, Dachau

Mit dem Tod der Notarswitwe Frau Lieselotte Königer am 13.5.2005 in Dachau ist die noch lebende Erinnerung an einen Kollegen unseres Standes gestorben, der diesem Stand auf eine ganz persönliche Weise Ehre gebracht hatte.

Max Königer, geboren am 19.9.1910, war in den Jahren vor dem Zweiten Weltkrieg Notariatsassessor an der damals einzigen Notarstelle in Dachau, wo er als Zeugnis seiner Amtstätigkeit (Notarvertreter, auch Notariatsverweser) zahlreiche Urkunden hinterließ. Bereits ab 11.12.1939 zum Heeresdienst einberufen, wurde er ab 1.11.1942 zum Notar in Mutterstadt, Pfalz, ernannt. Mit der deutschen Wehrmacht gelangte er nach Frankreich. Wegen seiner guten Französischkenntnisse wurde er in Versailles an der deutschen Militärtelefonzentrale eingesetzt. Der dort gleichfalls tätigen Leiterin der französischen zivilen Telefonzentrale, die ein Mitglied der Résistance war, fiel er wegen seiner menschlich vornehmen und so ganz und gar nicht nationalsozialistischen Haltung auf. Ein weiteres Mitglied der Résistance, Xavier-Leon Fleck, wurde über sie mit Max Königer („*un bavarois bon cru, notaire de son état, parlant parfaitement le français*“) bekannt gemacht: „*Il nous arriva de nous rencontrer tous les trois, le soir après le travail, autour d'un verre de bière, Koeniger se mettant alors toujours en civil.*“ So ergab sich nach Dienstschluss zwischen diesen drei Menschen eine von gegenseitiger Achtung getragene Bekanntschaft, die auch zum Meinungs austausch über die moralisch und politisch verhängnisvolle Entwicklung in Deutschland führte. Zitat aus einem lange nach dem Krieg, 1993, an den Bürgermeister von Versailles erstatteten Bericht: „Max Königer stellte sich sofort als ehrlicher Freund Frankreichs heraus, beschlagen in dessen literarischer, künstlerischer und musikalischer Kultur, überzeugter Anti-Nazi, seine Heimat liebend, dem es aber um den Weg, den seine Heimat eingeschlagen hatte, leid tat, sehr um das Schicksal seiner Frau und seiner Kinder besorgt, die in einer kleinen Stadt in der Umgebung von München wohnten ... Dachau!“ Nie wurde von der Résistance gesprochen. Dass Königer aber etwas geahnt hatte, gab er nicht zu erkennen.

Am 30.9.1943 erhielt Max Königer über seine Telefonzentrale Kenntnis von einer (durch Verrat eines Résistance-Mitglieds erfolgten) Verhaftungsaktion der Gestapo, der auch die Telefonistin zum Opfer gefallen war. Es gelang ihm, durch einen gut getarnten Anruf sich mit Monsieur Fleck in einem

Pariser Café zu verabreden; dort unterrichtete er Fleck, dass die Telefonistin und ihre Freunde gerade von der Gestapo verhaftet würden, dass die Telefone abgehört würden und er verschwinden solle. Monsieur Fleck konnte sich retten. Von den verhafteten Mitgliedern der Résistance-Gruppe, die alle in verschiedene deutsche Konzentrationslager kamen, kehrten nur drei lebend zurück, darunter die Telefonistin.

Im weiteren Kriegsverlauf wurde Max Königer von Frankreich an die Ostfront abberufen, dann wieder in die Normandie, von wo ihn der gesamte deutsche Rückzug zuletzt Ende April 1945 in das von den Amerikanern befreite Dachau zurückbrachte. Völlig entkräftet erlebte er das Kriegsende quasi als Zivilist wieder zu Hause. Die amerikanische Besatzungsmacht steckte ihn aber nun wieder in die deutsche Uniform und in die Reihen der deutschen Gefangenen. Als Folge seiner im Krieg erlittenen Entkräftung und der miserablen Verhältnisse starb er an Unterernährung und Typhus in dem Lager Böckingen in Württemberg am 8.6.1945. Seine Witwe erfuhr erst fünf Monate später von seinem Tod. In sehr bescheidenen Verhältnissen lebte sie weiter in Dachau in der Sorge für ihre drei Kinder und dem Gedenken an ihren Ehemann, mit dem sie nur sieben Jahre verheiratet war.

Nicht vergessen hatten ihn auch die beiden Résistance-Mitglieder! Sie besannen sich in späteren Jahren des aufrechten bayerischen Notars und fanden seine Spur über die Landesnotarkammer Bayern, vor allem erfuhren sie von seinem traurigen Schicksal und dem Los seiner Witwe. Nun ließen sie es sich nicht nehmen, über seine Tat und aufrechte Haltung dem Bürgermeister der Stadt Versailles Bericht zu erstatten. Frau Lieselotte Königer wurde stellvertretend für ihren Mann nach Versailles eingeladen und in einer Feier auf dem Rathaus mit einer Ansprache und einer goldenen Medaille stellvertretend für ihren Mann geehrt.

Viele Zuschauer haben vor kurzem den Film „Der Pianist“ gesehen und dabei die Rolle des deutschen Offiziers, den es ja in der Gestalt von Wilm Hosenfeld wirklich gegeben hatte, kennengelernt. Wir sollten nicht vergessen, dass es damals in der Gestalt eines jungen bayerischen Notars einen Tat- und Gesinnungsgenossen jenes nun berühmten Hosenfeld gegeben hat. Diese Erinnerung zu erhalten, war auch ein Lebenswunsch seiner Witwe.

## TAGUNGSBERICHT

## Patientenverfügung

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht  
an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 8.6.2005Von Wiss. Mitarbeiter *Daniel Peres*, München

Am 8.6.2005 fand an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Beisein namhafter Vertreter aus Justiz, Notariat, Wissenschaft und Politik eine Tagung zum Thema Patientenverfügung statt. Die Tagung wurde in Kooperation zwischen der Landesnotarkammer Bayern, der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., der im Dezember 2003 gegründeten Forschungsstelle für Notarrecht sowie der Universität München ausgerichtet. Inhaltlich wurden Fragen und Problemstellungen, die sich im Zusammenhang mit der Patientenverfügung und deren möglicher gesetzlicher Regelung ergeben, aus verfassungs-, zivil- und strafrechtlicher sowie auch medizinischer Sicht beleuchtet. Sämtliche Referate werden demnächst in einem Tagungsband von der Forschungsstelle veröffentlicht.

Nach Eröffnung der Veranstaltung mit einem kurzen Grußwort von Professor Dr. *Johannes Hager* führte der Staatssekretär des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, Herr *Jürgen W. Heike* thematisch in die Veranstaltung ein. Er betonte, dass eine mögliche gesetzliche Regelung sowohl für die konkret Betroffenen sinnvoll sein sollte, als auch von einem breiten gesellschaftlichen Konsens getragen werden müsse. Dabei bilde die Patientenverfügung nur eine Säule neben der Hospizbewegung und der Palliativmedizin, die den Menschen ein würdiges und selbst bestimmtes Leben bis zuletzt ermöglichen könnten. Hervorzuheben sei die Rolle der Notare als Multiplikatoren, da diese häufig erster Ansprechpartner für Patientenverfügungen seien. Bei aller Diskussion um die Regelung der Patientenverfügung müsse jedoch die Absage an die aktive Sterbehilfe auch für die Zukunft unverrückbar feststehen.

Die Prorektorin der Ludwig-Maximilians-Universität, Frau Professor Dr. *Friederike Klippel*, betonte in ihrem Grußwort, dass die Tagung ein Paradebeispiel für die Interaktion der Wissenschaften und der Wissenschaftler mit Praktikern sei, da sich die Frage der Patientenverfügung im Schnittpunkt zwischen ethischen, medizinischen und juristischen Problemstellungen bewegten. Für die Unterstützung der Fakultät seitens der Landesnotarkammer Bayern und der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. dankte der Dekan der Juristischen Fakultät, Professor Dr. *Moris Lehner* und hob die Notwendigkeit solcher Kooperationen zwischen Wissenschaft und Praxis hervor.

Erster Hauptredner war Professor Dr. *Christian Wolf*, Universität Hannover, der zunächst die Entwicklungslinien aufzeigte, die Grundlage und notwendige Voraussetzung für die öffentliche Diskussion um die Patientenverfügung seien. Zum einen sei dies der medizinische Fortschritt, der zu einer deutlichen Verlängerung des Lebens geführt habe, zum anderen die Säkularisation der Rechtsordnung, in deren Folge es zu einem Abrücken von dem Dogma der Unverfügbarkeit über das menschliche Leben gekommen sei. Die aktuelle Diskussionsgrundlage bildeten die Entscheidung des BGH vom 17.3.2003, der Entwurf der Enquete-Kommission des Bundestages, der Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ sowie der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Änderung des Betreuungsrechts. Aus

seiner Sicht stellten sich daraus die folgenden maßgeblichen Fragestellungen: Setze auch die Verweigerung weiterer ärztlicher Maßnahmen, wie die Behandlung, eine Aufklärung voraus? Durch wen solle die Aufklärung stattfinden? Sei eine periodische Erneuerung der Patientenverfügung angezeigt? Können die Reichweite der Patientenverfügung auf die Fälle eines irreversiblen Verlaufs des Grundleidens beschränkt werden? Wie gelange die Patientenverfügung zur Kenntnis des Arztes? Bestehe für den Verfasser einer solchen Verfügung ein derart hoher sozialer Druck, als dass man von freier Willensbestimmung ausgehen könnte? So könne auch der Entschluss des Verfügenden durch die Angehörigen zu belasten, stark beeinflusst werden. Es sei auch vorstellbar, dass Krankenkassen Versicherten mit Patientenverfügung günstigere Tarife anbieten würden als solchen ohne entsprechende Verfügung.

Der Münchener Rechtsmediziner Professor Dr. *Wolfgang Eisenmenger* stellte in seinem Referat ausgehend von dem Fall *Shiavo* die Frage, ob eine Patientenverfügung eine bessere Grundlage zur Feststellung des Willens derer darstelle, die die Willensbildungsfähigkeit verloren hätten, als auf die Angaben Angehöriger angewiesen zu sein. So sei zu bemängeln, dass den Überlegungen zum Thema Patientenverfügung immer die Vorstellung des freien Willens zugrunde läge. Ob ein solcher tatsächlich existiere, sei jedoch zweifelhaft und stelle sich für manchen Arzt als Produkt biochemischer Prozesse dar. Professor *Eisenmenger* untermauerte diese These durch Beispiele und verwies auf eine medizinische Studie über den schwankenden Lebenswillen Todkranker. Dort habe man festgestellt, dass sich der Wille für oder gegen eine Patientenverfügung bei den Getesteten innerhalb von zwölf Stunden wandelte. Daher sei Vorsicht mit der Annahme geboten, der Inhalt einer Patientenverfügung stimme mit dem aktuellen, nicht mehr äußerbaren Willen des Patienten überein. Ebenso wie in anderen Rechtsbereichen der menschliche Wille relativiert werde, sei daran auch im Zusammenhang mit der Patientenverfügung zu denken. Auch solle nach Möglichkeit Einigkeit zwischen Angehörigen und Behandlungsteam hergestellt werden, um gegebenenfalls bestehende Unsicherheiten zu verhindern.

Zur Frage der Reichweitenbeschränkung der Patientenverfügung referierte aus verfassungsrechtlicher Sicht Ministe-

rialdirigent Dr. *Maximilian-Theo Gafner*, München. Er führte aus, dass eine Beschränkung der Bindungswirkung einer Patientenverfügung auf irreversibel verlaufende Grundleiden sowie die Nichtbeachtung des Willens des Patienten jeweils Eingriffe in die Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 GG darstellten und im Ergebnis verfassungsrechtlicher Überprüfung nicht standhielten. Die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG beinhalte als konstitutives Element eine Garantie für ein Leben in Freiheit und Subjektivität. Gerade hierdurch sei der Einzelne vor Gutmeinenden, Paternalismus und Besserwissenden geschützt. Dieses Recht auf Subjektivität verbiete daher auch eine Relativierung des Patientenwillens. Eingriffe in den Kernbereich dieses Grundrechts seien einer Abwägung von vornherein nicht zugänglich. Ebenso schütze das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen aus Art. 2 GG gerade auch vor ungewollten Heileingriffen und gebe einen Anspruch auf ein würdiges Sterben. Der allgemeine Lebensschutz müsse hinter dem individuellen Willen, keine weiteren Behandlungsmaßnahmen zu akzeptieren, zurücktreten, auch wenn kein irreversibel verlaufendes Grundleiden vorliege. Eine Reichweitenbeschränkung sei daher aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht denkbar. Ebenso sei eine Verfälschung des Willens durch sozialen Druck weder empirisch erwiesen, noch rechtfertige ein eventuelles Missbrauchspotenzial das Negieren individueller Entscheidungen.

Den Auftakt zum zweiten Teil der Veranstaltung bildete der Vortrag von Ministerialrat Dr. *Hans-Joachim Heßler*, Bayerisches Staatsministerium der Justiz, der auf Eckpunkte einer gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung im Zivilrecht einging. Zunächst betonte der Referent die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung, da Umfragen bei Ärzten und Vormundschaftsrichtern gezeigt hätten, dass selbst den durch ihren Beruf unmittelbar tangierten Personen die Rechtslage zum Teil unklar sei. Hinsichtlich der Frage der Reichweitenbeschränkung teilte der Referent die Auffassung des Vorredners. Als Form der Patientenverfügung seien Formfreiheit, Schriftform, notarielle Beurkundung und neue Formen wie etwa Videoaufzeichnungen denkbar. Da der Widerruf jedoch jederzeit formlos möglich sein müsse, biete sich aus dogmatischen Gründen Formfreiheit an. Ein ärztliches Beratungsgespräch vor Abfassung einer Patientenverfügung sei zwar sinnvoll, wäre allerdings als verpflichtende Regelung verfassungsrechtlich problematisch, zumal auf Aufklärung jederzeit verzichtet werden könne. Eine Aktualisierungspflicht zu etablieren komme weniger in Betracht, da auch eine alte Patientenverfügung wirksam sei, solange nichts Entgegenstehendes bekannt sei. Für die Aufbewahrung der Patientenverfügung käme die Speicherung auf der Versichertenkarte in Betracht, während das zentrale Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer vor allem als Informationsquelle für die Vormundschaftsgerichte fungieren könne. Ein allgemeines Register käme aufgrund des unüberschaubaren Kreises an Zugriffsberechtigten aus Datenschutzgründen nicht in Betracht. In der Frage, wann das Vormundschaftsgericht angerufen werden muss, bevorzuge das Bundesministerium der Justiz die Lösung, dass dies nur in Dissensfällen zu erfolgen habe, da nur dort die Schutzfunktion der Missbrauchskontrolle und die professionelle Ermittlung des Patientenwillens durch ein unabhängiges Gericht besonders wichtig sei.

Im Anschluss referierte Notar Dr. *Andreas Albrecht*, Regensburg, zu praktischen Erfahrungen aus seiner notariellen Tätigkeit. Neben der Furcht vor einem schmerzhaften Tode sei es vor allem die Sorge der Mandanten, dass ihnen ein völlig fremder Betreuer bestellt werde, wenn sie selbst die Fähigkeit zur Willensbildung und Kundgabe verloren hätten. Die Praxis zeige aber, dass bei nicht beratenen Personen häufig unzureichende oder undurchführbare Vollmachten erteilt würden, was dann wiederum zur Bestellung eines Betreuers führe. Ein weiteres Problem stelle die Masse an erhältlichen Mustern für Patientenverfügungen dar, die das Krankheitsbild nicht konkret widerspiegeln könnten. Vorzugswürdig sei daher die Erstellung einer individuellen Patientenverfügung in Verbindung mit einer Vorsorgevollmacht. Für die Aufbewahrung der Patientenverfügung biete sich das zentrale Vorsorgeregister in Verbindung mit der Urkundensammlung des Notars an, da dort die Auffindbarkeit gesichert sei. Zugleich diene das Register den Vormundschaftsgerichten als Informationsquelle, in der auch Vollmachten gespeichert werden könnten; hierdurch könnte die Entstehung von Kosten wegen der einstweiligen Bestellung eines Betreuers verhindert werden. Die Vorteile der beurkundeten Patientenverfügung bestünden ferner in der Gewährleistung der rechtlichen Beratung und der Funktionsfähigkeit der Vollmachten, dem Fälschungsschutz, der professionellen Feststellung der Geschäftsfähigkeit sowie der Sicherung durch die Beratung, dass der wirkliche Wille in der Urkunde aufgenommen werde. Schließlich ging Dr. *Albrecht* auf derzeitige Handlungsalternativen des Gesetzgebers ein. Dieser könne sich nun entweder aus der aktuellen Debatte um die Regelung der Patientenverfügung zurückziehen und die derzeitige durch Richterrecht geschaffene Rechtslage beibehalten oder unterschiedliche Regelungen für zwei verschiedene Fälle von Patientenverfügungen schaffen. Zum einen die konkrete Behandlungsverfügung bei aktuell vorliegender Erkrankung unter Hinzuziehung und Beratung durch den Arzt und zum anderen eine abstraktere Form der Patientenverfügung, die der gesunde Mensch ohne weitere Beratung erstelle. Bei letzterer seien einige der Einschränkungen, die von der Enquete-Kommission vorgeschlagen wurden, denkbar.

Zum Abschluss wurde das Thema durch Professor Dr. *Ulrich Schroth*, Universität München, aus strafrechtlicher Sicht gewürdigt. Hierzu grenzte er zunächst die verschiedenen Formen der Sterbehilfe untereinander ab. Weiterhin führte Professor *Schroth* aus, dass eine Reichweitenbeschränkung der Patientenverfügung sich als Akt gesetzgeberischen Paternalismus darstellen würde, da der Wille des Patienten für den Fall der Behandlung wie der Nichtbehandlung in gleichem Maße beachtlich sei. Auch aus strafrechtlicher Sicht sei die Todesnähe für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Patientenverfügung nicht geboten. Selbst das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung in den Behandlungsabbruch führe schon zum Entfallen der Rechtswidrigkeit. Nach der Auffassung des Referenten solle der Patientenautonomie grundsätzlich keine Schranke gesetzt werden. Grenze sei allein die aktive Sterbehilfe. Wünschenswert sei hingegen die regelmäßige Aktualisierung der Verfügung, etwa durch Unterschrift, und die regelmäßige Bestellung eines Bevollmächtigten. Einer Festschreibung solchen Vorgehens durch den Gesetzgeber bedürfe es indes nicht.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### Langenbucher: Europarechtliche Bezüge des Privatrechts. Nomos, 2005. 490 S., 34 €

Wer in den klaren dogmatischen Strukturen des deutschen Privatrechts zu denken gelernt hat, dessen juristisches Nervenkostüm wird nicht selten durch punktuelle und systemunwirdige Interventionen des Gemeinschaftsrechts strapaziert. Die Sorge ist nicht ganz unbegründet, dass sich da ein Europäisches Privatrecht entwickelt, dessen Multi-Ebenen-Fragmentierung nur noch von einigen Professoren und Ministerialdirigenten überschaut wird, während die praktische Rechtsanwendung in steter Panik vor Novellierungen und den damit verbundenen Haftungsfallen ihre Richtung verliert. Der Untergang des juristischen Abendlandes ist aber gottlob noch nicht besiegelt. Eine Aufgabe derartiger Komplexität wie die Europäisierung des Privatrechts wurde in der bisherigen Privatrechtsgeschichte noch nicht unternommen. Dass bei der hier unvermeidlichen „trial and error“-Methode auch mal der eine oder andere juristische Fehlzünder produziert wird, deutet nicht gleich auf ein generelles Versagen der europäischen Legislativorgane hin. Der Weg ist eben steinig. Er ist auch – und darum geht es in dieser Buchbesprechung – unübersichtlich. Unübersichtlich vor allem wegen der Menge der involvierten Rechtsetzungsebenen, der teilweise unvertrauten Methodik und der Gesetzgebungsgeschwindigkeit.

Wer in dieser Unübersichtlichkeit nicht untergehen will, dem sei die Lektüre des von *Katja Langenbucher* herausgegebenen Bandes wärmstens empfohlen. Der Band gliedert sich in neun, von verschiedenen Autoren bearbeitete, Teile: Europarechtliche Methodenlehre, Vertragsrecht, Gesetzliche Schuldverhältnisse, Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Internationales Privatrecht, Zivilprozessrecht und Wettbewerbsrecht. An dieser Stelle lässt sich auch gleich der einzige Kritikpunkt anbringen: Die Qualität der Beiträge ist zwar durchgehend hervorragend, ihr jeweiliger Adressatenkreis aber nicht völlig homogen. Manche Beiträge orientieren sich streng an dem im Vorwort vorgegebenen Maßstab, „dem Examenkandidaten eine komprimierte Darstellung“ der europarechtlichen Bezüge des Privatrechts zu liefern, so vor allem die Beiträge von *Langenbucher* (Europarechtliche Methodenlehre), *Riehm* (Gesetzliche Schuldverhältnisse und Handelsrecht) und *Mäsch* (Zivilprozessrecht). Es finden sich aber auch wissenschaftliche Exkurse, die den durch den Band eigentlich zu erreichenden Wissensstand in Wahrheit schon voraussetzen. Insofern gilt die bereits ausgesprochene Empfehlung des Bandes für die Ausführungen etwa von *Herresthal* (Vertragsrecht) zu nationalem Vertragsrecht und grundfreiheitswidrigen Marktzugangshindernissen (S. 89–110) unter der Bedingung, dass man sich europarechtlich bereits warm angezogen hat. Wen diese – bei acht Autoren wohl auch nicht ganz vermeidbare – Divergenz nicht stört, der kann sich auf eine Reihe interessanter Einzelbeiträge freuen, deren Inhalt im Folgenden kurz zusammengefasst wird. Nicht besprochen werden die für die notarielle Tätigkeit weniger bedeutsamen Gebiete Arbeitsrecht (*Neumann*) und Wettbewerbsrecht (*Wagner-von Papp*).

Im Einleitungskapitel zur Europarechtlichen Methodenlehre gibt *Langenbucher* einen kompakten Überblick über die Verzahnung von gemeinschaftsrechtlicher und nationalrechtlicher Regelungsebene. Die Ausführungen sind kurz, prägnant

und vollständig. Sie verzichten auf wissenschaftliche Vertiefungen, die angesichts der komplexen Materie auf gut vierzig Seiten ohnehin nicht zu bewerkstelligen wären. Einleitend werden die klassischen Auslegungsmethoden im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht erörtert (§ 1 Rdnr. 1–27). Sodann wird der Schwerpunkt auf die Darstellung der beiden privatrechtlich bedeutendsten methodischen Innovationen des EuGH gelegt: Die Ausdehnung der Geltung von Grundfreiheiten (Primärrecht) und von Richtlinien (Sekundärrecht) auf Privatrechtsverhältnisse (§ 1 Rdnr. 28–118).

*Herresthal* beginnt sein sehr anspruchsvolles Kapitel zum Vertragsrecht mit einem Teil zu den wissenschaftlichen und institutionellen Rahmenbedingungen der Europäisierung des Vertragsrechts (§ 2 Rdnr. 1–30). Auf die Methodik der Rechtsvereinheitlichung wird ebenso eingegangen wie auf den Umfang der Rechtsetzungskompetenzen der EG im Bereich des Vertragsrechts. Die Darstellung ruft dem Leser den vielleicht neuralgischsten Punkt der gesamten europäischen Rechtsvereinheitlichung in Erinnerung: Unbestritten hat die EG derzeit keine umfassende Kompetenz zur Kodifizierung eines Europäischen Vertragsrechts. Art. 95, 14 EG ebenso wie das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EG verhindern eine vollständige Rechtsvereinheitlichung mit der Begründung, die Existenz unterschiedlicher nationaler Vertragsrechtsordnungen an sich behindere bereits den Binnenmarkt. Erforderlich für das Tätigwerden der EG ist vielmehr ein spezifisches Binnenmarkthindernis in typisierten grenzüberschreitenden Vertragssituationen (vgl. § 2 Rdnr. 25 ff.). Gemeinschaftsrechtliche Regelungen sind daher immer punktuell. Die Zusammenstellung der wichtigsten Sekundärrechtsakte (§ 2 Rdnr. 33 f.) bestätigt das nachdrücklich. Das Gemeinschaftsrecht interveniert also meistens mittels Richtlinien an einzelnen Stellen in die nationalen Vertragsrechtsordnungen. Es entstehen „Regelungsiseln“ im nationalen Recht (§ 2 Rdnr. 96), die wegen vorhandener Umsetzungsspielräume und der Möglichkeit überschießender Umsetzung (§ 2 Rdnr. 97, 100, 154 ff.) obendrein noch zwischen den Mitgliedsstaaten selbst divergieren. Die Frage, ob diese Zersplitterung nicht möglicherweise selbst zu binnenmarktrelevanten Hindernissen führen kann, die es künftig rechtfertigen werden, die Vertragsrechtsangleichung per Verordnung statt per Richtlinie durchzuführen, wird von *Herresthal* leider nur kurz gestreift (§ 2 Rdnr. 147). Seine strukturbildenden Ausführungen zu den methodischen und rechtspolitischen Grenzen und Möglichkeiten einer Vertragsrechtsangleichung (§ 2 Rdnr. 6–22) sind aber mehr als lesenswert. Sie vermitteln in komprimierter Weise den Stand der wissenschaftlichen Diskussion.

An den einführenden Teil schließen sich detaillierte Ausführungen zu den Einwirkungen des Primärrechts (§ 2 Rdnr. 35–86) sowie des Sekundärrechts (§ 2 Rdnr. 87–185) auf das nationale Vertragsrecht an. Hier seien die folgenden Aspekte besonders hervorgehoben: Dass das in den Grundfreiheiten enthaltene Diskriminierungsverbot auch Regelungen des nationalen Vertragsrechts entgegenstehen kann, die beispielsweise an einen inländischen Gerichtsstand oder Wohnsitz anknüpfen, ist allgemein geläufig (§ 2 Rdnr. 38–40). *Herresthal* fügt dem sehr anspruchsvolle Ausführungen hinzu, die sich mit der Frage auseinandersetzen, unter welchen Voraussetzungen nationales Vertragsrecht gegen das für die Warenverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit aner-

kannte Beschränkungsverbot verstoßen kann. Er unterzieht die im *Keck*-Urteil des EuGH entwickelte Differenzierung zwischen reinen Vertriebsmodalitäten und produktbezogenen Regelungen einer Grundsatzkritik und spricht sich dafür aus, ausschließlich auf die Prüfung der Errichtung einer spezifischen Marktzugangsschranke abzustellen (§ 2 Rdnr. 41–61). Dieser Ansatz ist überzeugend dargelegt, die von *Herresthal* gefundenen Schlussfolgerungen reizen aber auch zum Widerspruch. Die Einhaltung fremden nationalen Vertragsrechts verursacht Transaktionskosten. Ein Unternehmer, der ein Produkt im Inland und zugleich im EU-Ausland vertreibt, muss sich darauf einstellen, mehrere nationale Rechtsordnungen zu beachten. Seine Transaktionskosten erhöhen sich dadurch automatisch. Nur wenn seine sonstige Kostenstruktur diesen Nachteil kompensieren kann, wird er im Wettbewerb auf dem ausländischen Markt bestehen können. Will man diese so erhöhten Transaktionskosten daraufhin untersuchen, ob sie eine spezifische Marktzugangsschranke errichten, müsste man genau genommen den zusätzlichen Kostenaufwand des ausländischen Unternehmers quantifizieren, was sich aber praktisch wohl kaum durchführen lässt oder jedenfalls mit einer schwer zu bewältigenden Beweiserhebung verbunden wäre. Ob ohne eine solche Quantifizierung das Marktzugangskriterium aber wirklich so viel „wertungspräziser“ ist als die *Keck*-Dichotomie, wie *Herresthal* behauptet, mag man bezweifeln.

Der folgende Teil zum Sekundärrecht (§ 2 Rdnr. 87 ff.) führt einen in vertrautere Gefilde zurück. Auf gut sechzig Seiten erhält man einen umfassenden Überblick darüber, wie das deutsche Vertragsrecht durch Sekundärrecht überformt wird. Die Struktur der Darstellung ist sehr überzeugend und klar. Die sekundärrechtlichen Anknüpfungspunkte (Verbrauchergeschäfte, typisierte Vertragsschlusssituationen und spezifische Vertragstypen) und die dazugehörigen Schutzmechanismen (Informationspflichten, Widerrufs- und Rückgaberechte, zwingendes Vertragsrecht und Unternehmerhaftung) werden allgemein erläutert (§ 2 Rdnr. 88–93) und an Einzelrechtsgebieten dargestellt. Auch der Nicht-Europarechtssachmann findet hier sehr schöne Schneisen durch den Regelungsdschungel geschlagen. Ausführungen zur Vertragsgestaltung sind zwar nicht enthalten, aber wenigstens die Unterkapitel zur Klauselrichtlinie und zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie haben auch für den Kautelarjuristen einiges an Strukturbildung zu bieten.

Das dritte Kapitel zu den Gesetzlichen Schuldverhältnissen von *Riehm* ist aus vertragsgestalterischer Sicht zwar eher ein Randgebiet. Wer seine Systemkenntnis des Privatrechts auf dem Laufenden halten will, sollte es dennoch lesen. Der erste Teil (§ 3 Rdnr. 1–19) ist dem Bereicherungsrecht gewidmet und geht vor allem der Frage nach, ob die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge gemeinschaftsrechtskonform ist, wenn sich die Nichtigkeit selbst aus Gemeinschaftsrecht – v. a. aus dem Wettbewerbsrecht – ergibt. Im zweiten Teil (§ 3 Rdnr. 20–45) werden die gemeinschaftsrechtlichen Einflüsse auf das Deliktsrecht skizziert.

*Riehm* ist auch der Verfasser des Kapitels zum Handelsrecht (§ 4). Ebenso wie im Vorkapitel lässt sich die privatrechtliche Systemkenntnis hier auffrischen: Gibt es „Handelsrecht“ als tatbestandliche Anknüpfung im Gemeinschaftsrecht überhaupt? Und wie verhält sich der Begriff des „Unternehmers“ im Sinne des Gemeinschaftsrechts zum „Kaufmann“ des HGB einerseits und zum „Unternehmer“ des § 14 BGB andererseits? Die anschließenden Ausführungen zum geltenden Recht widmen sich zunächst registerrechtlichen Fragen (§ 4 Rdnr. 16 ff.), wobei die Zweigniederlassungsrichtlinie wegen der geringen Relevanz im Rahmen der juristischen Ausbil-

dung leider ausgespart bleibt. Aus notarieller Sicht lesenswert ist dafür der Exkurs zur Vereinbarkeit von nationalen Register- und Notargebühren mit der Gesellschaftsteuerrichtlinie. Auch *Riehm* kommt dabei zu dem Ergebnis, dass Notargebühren mit Ausnahme der Gebühren der badischen Amtsnotare keine Steuern im Sinne von Art. 10 lit. c der Gesellschaftsteuerrichtlinie sind (§ 4 Rdnr. 25). Das Kapitel endet mit kurzen Überblicken zum Firmen- und Handelsvertreterrecht (§ 4 Rdnr. 37 ff.) sowie zum Recht der Handelsgeschäfte (§ 4 Rdnr. 56 ff.).

*Engert* behandelt in § 5 des Bandes das Gesellschaftsrecht. Die Darstellung ist gut strukturiert und – genauso wie bereits die beiden Kapitel von *Riehm* – sehr förderlich für die Aktualisierung der privatrechtlichen Systemkenntnisse. Wer in der täglichen Praxis nicht ständig in den einschlägigen europäischen Richtlinien blättert – und wer tut das schon! – erhält eine prägnante Zusammenfassung darüber, welche Bereiche des deutschen Gesellschaftsrechtes auf Richtlinien basieren und welche nicht. Auch wenn man es schon irgendwann einmal gehört hatte, dürfte die Erinnerung daran, dass etwa die Handelndenhaftung des § 11 Abs. 2 GmbHG, die Protokollierungspflicht des § 35 Abs. 4 Satz 2 GmbHG und die Aufzählung der Nichtigkeitsgründe in § 75 GmbHG durch Richtlinien präformiert sind, etwas verblasst sein. Ähnliches gilt für die Einzelheiten zur Kapitalaufbringung und -erhaltung (§ 5 Rdnr. 50–79). Für die europarechtliche Allgemeinbildung wertvoll sind dann die Ausführungen von *Engert* zum Verhältnis von Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit mit einem Exkurs zu Übernahmehindernissen (§ 5 Rdnr. 8–28). Das Kapitel endet mit einem Überblick zu gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen, v. a. also zur Europäischen Aktiengesellschaft SE (§ 5 Rdnr. 94 ff.).

Die europarechtlichen Bezüge des Internationalen Privatrechts behandelt *Wendehorst* in § 7. Dabei werden völkerrechtliche Verträge, etwa das EVÜ, nur kurz angerissen, da es sich nicht um Gemeinschaftsrecht handelt (§ 7 Rdnr. 15–18). Breiter behandelt ist das durch Richtlinien harmonisierte IPR mit Ausführungen insbesondere zu Art. 29a EGBGB (§ 7 Rdnr. 19 ff.), die unmittelbar anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Kollisionsnormen etwa auf Grundlage der SE-Verordnung (§ 7 Rdnr. 48 ff.) und die primärrechtlichen Vorgaben für das Kollisionsrecht (§ 7 Rdnr. 68 ff.) mit Erläuterungen u. a. zum Internationalen Gesellschaftsrecht. Erfreulich an den Ausführungen von *Wendehorst* ist vor allem, dass die gemeinschafts- und nationalrechtlichen Regelungsebenen dogmatisch sauber zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Auch nach der Lektüre dieses Kapitels hat man daher das Gefühl, wieder etwas Übersicht über die Rechtsordnung zurückgewonnen zu haben.

*Mäsch* bespricht in § 8 das Zivilprozessrecht. Die Ausführungen sind relativ kurz gehalten und geben eine Einführung zum zugrundeliegenden Primärrecht und dem Entwicklungsstand der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen. Die einschlägigen Sekundärrechtsakte sind aufgelistet. Notariell interessierende Überblicke werden zu Gerichtsstands- und Schiedsklauseln sowie zur Beweiskraft ausländischer Urkunden gegeben.

Insgesamt hängt die Kaufentscheidung für oder gegen den besprochenen Band allein vom Erwartungshorizont des Lesers ab. Wer sich bereits ständig mit der Europäisierung des Privatrechts befasst, mag – mit Ausnahme des Beitrags von *Herresthal* – eher auf Spezialliteratur zu den einzelnen Bereichen zurückgreifen. Wer über Spezialkenntnisse noch nicht verfügt, aber dennoch den Anspruch hat, neben der täglichen

Kautelarpraxis sein privatrechtliches Systemwissen nicht der schleichenden Überalterung Preis zu geben, der findet auf 490 Seiten eine dicht gedrängte und niveauvolle Darstellung des Standes der wohl bedeutendsten Entwicklung der jünge-

ren Europäischen Privatrechtsgeschichte. Für Notare, die im Staatsexamen prüfen, dürfte der Erwerb des Bandes unabdingbar sein.

Notarassessor *Christoph Moes*, München

**Stamm: Die Auflassungsvormerkung: Eine Fiktion der bedingten Verfügung im Immobiliarsachenrecht. Duncker & Humblot, 2003. 166 S., 58 €**

Fünf Jahre nach der grundlegenden Habilitationsschrift von *Assmann* (Die Vormerkung, Tübingen 1998) erschien das Werk von *Stamm*. Der Titel macht neugierig: welche Probleme werden so besser gelöst, welche bisherigen Auffassungen widerlegt? Eine positive Antwort fällt auch nach der Lektüre schwer.

Der Autor wird zu seiner Arbeit angestoßen durch die Erkenntnis, dass sich die Vormerkung „als Sicherungsmittel eigener Art“ nicht ganz in andere Kategorien des bürgerlichen Rechts einfügt. Die Diskussion um deren ungeklärte „Rechtsnatur“ will der Verfasser nach eigener Aussage nicht um eine weitere Begriffskategorie erweitern, sondern „auf bekannte Rechtsfiguren zurückführen“. Die Verknüpfung der im Grundbuch einzutragenden Vormerkung mit einem schuldrechtlichen Anspruch sieht der Autor als im Widerstreit zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip des BGB stehend, die Vormerkung (jedenfalls im Verständnis herkömmlicher Dogmatik) „in unüberbrückbarem Widerspruch zu den Prinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ (S. 42). Die von *Stamm* gerügten „dogmatischen Abgründe“ (S. 35) und „dogmatischen Verwerfungen“ (S. 50) vermeidet dieser allenfalls durch Abstieg in andere tiefe Täler: Die Parallelität der Regelungen in § 888 Abs. 1 BGB und in § 161 BGB führt ihn dazu, contra legem („teleologische Reduktion“ des § 925 Abs. 2 BGB) die Vormerkung als bedingte Verfügung über ein Recht (nicht nur Rechte an Grundstücken, sondern auch das Eigentum selbst) zu verstehen. Der überraschte Leser fragt sich: was ist damit gewonnen? Praktische Probleme wie die Frage des – zu verneinenden – gutgläubigen abgeleiteten Erwerbs sind zwar umstritten (vgl. *Bamberger/Roth/Kössinger*, § 886 BGB Rdnr. 25 ff. m. w. N. zu pro und contra), aber auf der Grundlage der Abtretung eines nur vermeintlich bestehenden schuldrechtlichen Anspruchs dogmatisch lösbar.

Der Autor konstatiert mit den ihm eigenen martialischen Formulierungen (vgl. die Bezeichnung einer abgelehnten Auffassung als „Bankrotterklärung“, S. 74), dass der Versuch, „das Rechtsinstitut der Vormerkung gänzlich in Frage zu stellen (...) zwangsläufig auf erbitterten Widerstand stoßen muss“. Er hat nach Ansicht des Rezensenten nicht ganz unrecht: Abgehen vom Gesetz ist begründungspflichtig. Zwingende Gründe sind nicht erkennbar. Die Überlegungen de lege ferenda, § 925 Abs. 2 BGB zu streichen und auf das Institut der Vormerkung zu verzichten (S. 56 f.) überzeugen ebenfalls nicht: selbst unter Zugrundelegung der rechtsästhetischen Abneigung des Verfassers, schuldrechtliche Ansprüche als Grundlage für (dinglich wirkende) Grundbucheintragungen zu verwenden, erscheint der Paradigmenwechsel nicht zielführend; über die Bedingung, unter der die Verfügung dann

steht, kehrt die schuldrechtliche Abrede – zumindest indirekt – wieder zurück. Die Angriffe gegen die „vermeintliche“ Akzessorietät der Vormerkung (vgl. S. 117) führen nicht aus einer – anders gewendet – dennoch fortbestehenden Verknüpfung zwischen Grundbucheintragung und schuldrechtlicher Komponente heraus. Die vom Autor näher erörterte Gefahr der Trennung von Vormerkung und Anspruch (S. 127 ff.) entsteht gerade erst durch seine eigene dogmatische Konstruktion.

Der Praktiker freut sich, wenn von den Höhen der Dogmatik zu den Niederungen notarieller Praxis geschweift wird. Die Erkenntnis, dass „die Auflassungserklärung (...) in der Regel bereits gemeinsam mit dem Abschluss des Grundstückskaufvertrages und der Bestellung der Vormerkung erklärt“ wird (S. 54, ähnlich S. 139) deckt nicht die Äquivalenz einer bedingten Auflassung: was wäre beim Teilflächenkauf zu tun, wenn die Erwerbsfläche zwar hinreichend bestimmbar, aber noch nicht exakt bestimmt ist? Dass die Vormerkung nicht nur „dogmatisch fragwürdig“, sondern auch „praktisch aufwendig“ sei (S. 57) wird nicht gerade durch den Befund gedeckt, dass für die Eintragung der Vormerkung lediglich eine grundbuchverfahrensrechtlich verwendbare Bewilligung (§ 19 GBO, § 885 BGB) erforderlich ist, während die – einmal unterstellt auch bedingt zulässige – Verfügung über das Eigentum die Auflassung nach § 925 Abs. 1 BGB erfordert, was auch der Autor nicht verkennt (S. 60, 102 f., 109).

Die Konstruktion erleichtert auch nicht die praktische Abwicklung: wird im Grundbuch vermerkt, dass eine Verfügung bedingt vorgenommen wurde (vgl. S. 65), so muss nach Eintritt der Bedingung dieser Vermerk gelöscht oder durch Vermerk des Bedingenseintritts ergänzt werden; auch hier müsste sich der Rechtspfleger von der nunmehrigen Wirksamkeit der Verfügung überzeugen und eine Eintragung vornehmen. Den Nachteil einer dann regelmäßig außerhalb des Grundbuchs eintretenden Eigentumsänderung sieht der Autor offenbar nicht als abschreckend an.

Der „undurchdringliche Dschungel von verschiedenen Lehrmeinungen über die Rechtsnatur der Vormerkung“ (S. 155) ist nicht gerodet worden, sondern durch neue „Lianen“ eher weiter verdickt worden. Man fragt sich also, warum der Autor nicht seiner eigenen Linie folgt: „Aus diesem Dilemma hilft nur eine Rückbesinnung auf die vom Bürgerlichen Gesetzbuch vorgegebenen Rechtsfiguren. Sie allein erlauben eine Lösung der Probleme im Bereich der Vormerkung anhand der vom Gesetzgeber vorgegebenen Wertungskriterien.“ Zu den Rechtsfiguren gehören auch die Regelungen in § 925 Abs. 2 BGB und in §§ 883 ff. BGB.

Den dogmatisch Interessierten mag die vorliegende Untersuchung – gerade auch durch die zum Teil sehr kämpferischen Formulierungen – zum Nachdenken anregen, eine Lücke in der Bibliothek des Praktikers füllt sie nicht.

Notar Dr. *Winfried Kössinger*, München

**Demharter: Grundbuchordnung. 25., Neubearb. Aufl., Beck, 2005. 1 347 S., 68 €**

Die Akzeptanz eines Rechtsgebiets hängt maßgeblich von seiner praktischen Umsetzung ab. Der Kommentar zur Grundbuchordnung von *Demharter* erhält mit der vorliegenden Auflage die ehrenvolle Auszeichnung eines silbernen Jubiläums, die in diesem Sinne offensichtlich werden lässt, dass die Funktionsfähigkeit des Immobiliarsachenrechts durch die zuverlässige literarische Aufarbeitung des Rechtsstoffs gewährleistet wird. So begleitet bekanntermaßen bereits seit Jahrzehnten der Autor des anzuzeigenden Werks das Grundbuchverfahrensrecht in beispielhafter Weise. Anlässlich der Neuauflage sei daher schlaglichtartig nur auf wenige Stellen des Buches hingewiesen.

Im Grundbuchverkehr werfen Vollmachten nicht selten Rechtsfragen auf, die mangels Problembewusstsein aller Beteiligten ungeklärt bleiben. So stellt die Kommentierung von *Demharter* (§ 19 Rdnr. 75 ff.) zwar entgegen der weniger strengen Entscheidung des OLG Köln, Rpfleger 2002, 194 (mit Anmerkung von *Helms*, RNotZ 2002, 235) bei notariell beurkundeten Vollmachten zu Recht auf das Vorliegen der für den Bevollmächtigten ausgestellten Ausfertigung ab. Ohne Erwähnung bleibt jedoch BGHZ 154, 283 (= DNotZ 2003, 694), wonach § 172 BGB auf Vollmachten zur Abgabe von Zwangsvollstreckungsunterwerfungen keine Anwendung findet, mithin ein gesetzlich vorgesehener Vertrauenstatbestand an den Fortbestand von Vollmachten bezüglich derartiger prozessualer Erklärungen nicht anknüpft. Vom Fortbestand von in Kaufverträgen erteilten Vollmachten zur Bestellung „vollstreckbarer Finanzierungsgrundschulden“ kann daher nur dann nach dem üblichen Vermutungsgrundsatz ausgegangen werden, wenn man – wie von *Demharter* in seiner Kommentierung zu § 19 Rdnr. 80 angedeutet – die Anwendbarkeit der gesetzlichen Vermutung des § 172 BGB nicht als zwingende

Voraussetzung der grundbuchrechtlichen Beweisregel der Vollmachtsvorlage ansieht.

Für den Bereich der Grundpfandrechte schließt sich *Demharter* (Anhang zu § 44 Rdnr. 45) der formalen Ansicht des OLG Schleswig, MittBayNot 2003, 295 an und hält somit auch bei Zinsen, die vom jeweiligen Basiszinssatz abhängen, die Angabe eines Höchstzinssatzes für erforderlich. Ein Grund, warum zwar Klageanträge und Vollstreckungstitel diesbezüglich ohne Höchstzinsangabe bestimmt sind, das Grundbuchrecht allerdings weitere Anforderungen stellen soll und somit in diesem Punkt die Einheit der Rechtsordnung aufbricht, ist indes nicht ersichtlich (ebenso *Wolfsteiner*, MittBayNot 2003, 295).

Zur Vormerkungsfähigkeit künftiger und bedingter Ansprüche (Anhang zu § 44 Rdnr. 94 ff.) gibt *Demharter* die neueren Entwicklungen der Rechtsprechung präzise wieder. Terminologisch wird, wie bereits in der ausgehenden Spruchfähigkeit des BayObLG, anstelle der tradierten Bezeichnung der „Auflassungsvormerkung“ nunmehr an verschiedenen Stellen des Buches vereinzelt der materiale und dogmatisch treffendere Begriff der „Eigentumsvormerkung“ (Anhang zu § 44 Rdnr. 102 ff.) verwendet.

Bestellt der Käufer aufgrund einer entsprechenden vom Verkäufer erteilten Vollmacht eine Grundschuld zur Finanzierung des Kaufpreises, so bedarf dies auch dann einer gesonderten familien- oder vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn bereits die im Kaufvertrag erteilte Vollmacht entsprechend genehmigt wurde (OLG Zweibrücken, MittBayNot 2005, 313). Die Kommentierung von *Demharter* (§ 19 Rdnr. 65) ist in diesem Punkt leider missverständlich.

Dem Autor ist zu wünschen, dass sein richterlicher Ruhestand die fernere Begleitung des Grundbuchrechts nicht hindern möge. Die weite Verbreitung der Neuauflage, zu der auch Notare ihren Teil beitragen werden, steht jedenfalls außer Frage.

**Hammer: Elternvereinbarungen im Sorge- und Umgangsrecht. Giesecking, 2004. 347 S., 74 €**

Vereinbarungen zum Sorge- und Umgangsrecht sind kein Schwerpunkt notarieller Beurkundungstätigkeit. Praktische Bedeutung haben sie insbesondere als gemäß § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO vorgeschriebener Bestandteil von Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen und, deutlich seltener, als Bestandteil von vorbeugenden Eheverträgen und Partnerschaftsverträgen. Dennoch handelt es sich bei dem hier zu besprechenden Werk um ein auch für Notare äußerst lohnendes Buch.

Nach einer kurzen Einführung in die nationale und internationale rechtliche Entwicklung zur elterlichen Autonomie zeichnet der Verfasser zunächst in sehr instruktiver Weise Umfang und Grenzen der elterlichen Gestaltungsmacht nach. Er zeigt dabei insbesondere auf, dass die Elternvereinbarungen im Gesetz recht unterschiedlich ausgestaltet sind, z. B. als Antrag und Zustimmung (§ 1671 Abs. 1 BGB), als parallele Sorgeerklärungen (§ 1626 a Abs. 2 Nr. 1 BGB), als elterliches Einvernehmen (§§ 1627, 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB), als Einwilligung (§ 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder als Einigung (§ 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Entsprechend breit ist das

Spektrum, das durch Elternvereinbarungen abgedeckt wird, angefangen von stillschweigenden Absprachen zu Angelegenheiten des täglichen Lebens in einer intakten Familie bis hin zu mit externer Hilfe ausgearbeiteten, schriftlich niedergelegten Vereinbarungen zwischen Eltern, denen ein Zusammenleben oder gar eine Kommunikation miteinander nicht mehr möglich ist. Im Anschluss daran wird der Abschluss von Elternvereinbarungen näher untersucht, wobei der Schwerpunkt in der Darstellung der verschiedenen Arten des Zustandekommens von Vereinbarungen liegt. Die Vereinbarung vor dem Notar ist eine von insgesamt sieben untersuchten Abschluss-situationen. Als Notar erfährt man zum eigenen Verfahren natürlich nichts Neues. Die Darstellung sonstiger Verfahrensweisen, z. B. der Vereinbarung vor Gericht, bei Vermittlung durch die Jugendhilfe und anderen Beratungseinrichtungen sowie eine ausführliche Darstellung zur Beteiligung des Kindes in diesen Verfahren lassen dafür umso mehr die Grenzen des notariellen Beurkundungsverfahrens in diesem Zusammenhang deutlich werden. Diese Darstellungen bilden eine wichtige Grundlage für die nachfolgenden rechtlichen Wertungen des Autors.

Der Schwerpunkt des Buches liegt in der Untersuchung der rechtlichen Verbindlichkeit einvernehmlicher Elternvereinbarungen. Hierbei entwickelt der Autor zunächst ein Modell der

rechtlichen Bindungswirkung von Elternvereinbarungen, das er dann anschließend für die einzelnen auftretenden Fallkonstellationen mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung überprüft und konkretisiert. Das Modell unterscheidet dabei zunächst einmal grundlegend zwischen der Bindung des Richters bei seiner Kindeswohlscheidung und der Bindung der Eltern. Die Bindung des Richters wird untersucht bei fortbestehender Einigkeit der Eltern, bei einer nachträglich einseitig aufgekündigten Vereinbarung der Eltern und bei einer einvernehmlich aufgehobenen Vereinbarung der Eltern. Bei der Bindung der Eltern wird wiederum unterschieden danach, ob die Vereinbarung durch gerichtliche Entscheidung bestätigt wurde oder ob eine solche Bestätigung nicht erfolgt ist. Im Ergebnis wird den Vereinbarungen der Eltern stets Verbindlichkeit zugemessen, was die Möglichkeit einer einvernehmlichen Aufhebung ausdrücklich einschließt. Einschränkungen der Bindungen ergeben sich aus den Rechtsnormen, die den Richter zum Schutz des Kindeswohls verpflichten (§§ 1671 Abs. 3, 1666 und insbesondere auch § 1696 Abs. 1 BGB) sowie aus der Erkenntnis, dass sich die Bedingungen für Sorge- und Umgangsrecht mit dem Heranwachsen des Kindes und der Änderung der Lebensumstände so verändern können, dass eine einmal getroffene Vereinbarung der Eltern diesem neuen Sachverhalt nicht mehr gerecht wird. Der Elternvereinbarung kommt danach gerade auch dann, wenn sie von einem Vertragsteil aufgekündigt wird, Indizwirkung dahin zu, dass die Vereinbarung dem Kindeswohl entspricht, solange keine überzeugenden Gründe dafür dargebracht werden, dass eine Abänderung geboten ist. Die Stärke dieser Indizwirkung richtet sich unter anderem auch nach den Abschlussmodalitäten, womit einer notariell beurkundeten Elternvereinbarung ein höheres Gewicht zukommt.

Das vom Autor so gefundene Bindungsmodell ist klar und überzeugend. Der Wert der Arbeit liegt weniger in den gefundenen Einzelergebnissen, die punktuell auch schon andersorts publiziert oder so entschieden wurden (insbesondere *Zimmermann*, DNotZ 1998, 404 ff. und *Schwab*, DNotZ 1998, 437 ff. und DNotZ-Sonderheft 2001, 9 ff.), sondern im schlüssigen Gesamtkonzept. Eine für die notarielle Urkunde bedeutsame, wenn auch nicht zwingende Folgerung des Autors aus diesem Konzept ist es, dass durch eine notariell protokollierte Umgangsvereinbarung kein Vollstreckungstitel gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geschaffen werden kann. Das materiell-rechtliche Argument, dass eine zwangsweise Durchsetzung in diesem Bereich nicht ohne vorherige gerichtliche Kindeswohlkontrolle erfolgen darf, lässt sich angesichts der Tatsache, dass im notariellen Verfahren eine Anhörung des Jugendamtes oder des Kindes selbst nicht vorgesehen ist, nur schwer entkräften.

Das Buch wird im letzten Kapitel dadurch abgerundet, dass der Autor umfangreiche Formulierungsvorschläge für die Gestaltung von Elternvereinbarungen anbietet und erläutert. Diese Muster können ebenso wie neue Entwicklungen der Diskussion und der Rechtsprechung auf der Internetseite des Autors ([www.Elternvereinbarung.de](http://www.Elternvereinbarung.de)) abgerufen werden. Angesichts der Tatsache, dass dem Autor ein rundum lesenswertes Buch gelungen ist, das sowohl nationale als auch internationale Literatur zum Familienrecht, zu tatsächlichen Untersuchungen sowie zu sozialen und psychologischen Aspekten umfassend auswertet, wäre es jedoch schade, wenn man sich auf diesen praktisch-nützlichen Teil der Musterbeschaffung beschränken würde.

Notar Dr. *Stefan Bandel*, Deggendorf

**Schüppen/Schaub: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht. Beck, 2005. 1 623 S., 138 €**

**Lorz/Pfisterer/Gerber: Beck'sches Formularbuch Aktienrecht. Beck, 1 316 S., 128 €**

Es gilt, das Erscheinen zweier neuer, für den Notar interessanter Werke im Bereich des Aktienrechts anzuzeigen. Zum einen ist in der „Münchener Anwalts-Reihe“ des Beck Verlages ein Handbuch und zum anderen in der „Formularbuch-Reihe“ desselben Verlages eine umfassende Mustersammlung erschienen. Erfreulicherweise sind beide Werke unter (Mit-)Herausgeberschaft von Notarkollegen entstanden (bei dem Handbuch hat Dr. Schaub aus München, bei dem Formularbuch Dr. Pfisterer aus Kempten diese Funktion inne). Dies beweist die besondere Stellung des Notars im Bereich der praktischen Befassung mit dem Aktienrecht.

Ein Anwaltshandbuch – und dazu auch noch zum Aktienrecht – gehört prima vista sicherlich nicht zu den Werken, die einen Notar unmittelbar zum Kauf animieren. Dazu ist das Angebot der Handbücher in diesem Bereich zu groß und die praktische Bedeutung des Aktienrechts für eine Vielzahl von Kollegen zu gering. Gleichwohl lohnt sich für denjenigen, der ab und an oder auch häufiger mit diesem Themenkreis befasst ist, ein näherer Blick auf das Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, denn es kann einfach als gelungen bezeichnet werden. Es ist ein umfassendes und aktuelles Handbuch, das

trotz der zahlreichen Autoren wie aus einem Guss wirkt und (nahezu) alle Bereiche des Aktienrechts abdeckt. Dabei geben die einzelnen Ausführungen durchweg einen guten Überblick über die jeweiligen Regelungszusammenhänge und in einer Vielzahl von Fällen findet der Leser auch Hinweise zur Lösung tiefergehender Probleme. Zu dem einen oder anderen Themenkreis wird der Benutzer sich sicherlich mehr Informationen wünschen, so etwa zu dem Bereich der kapitalherabsetzenden Maßnahmen (§ 36). Auch stolpert der Leser über kleinere Ungenauigkeiten, wie etwa bei § 12 (Bargründung). Dort wird unter Rdnr. 11 ausgeführt, dass für die Beurkundung der Gründung einer Aktiengesellschaft die Notare ausschließlich zuständig sind. An diese – sicherlich zutreffende und nicht zu beanstandende Feststellung – schließen sich leider unmittelbar Ausführungen zur, so wörtlich, „örtlichen Zuständigkeit des beurkundenden Notars“ an. In ihnen wird dargelegt, dass der Notar nach § 11 Abs. 2 BNotO allein in seinem Amtssitz tätig werden soll. Der mit dem notariellen Dienstrecht wenig vertraute Benutzer kann dies schnell dahingehend missverstehen, dass er aufgrund gesetzlicher Vorgaben zur Beurkundung durch den für den avisierten Sitz der Gesellschaft örtlich zuständigen Notar gezwungen ist. Derartige Unschärfen sind allerdings Einzelfälle. Im Übrigen sind die Beiträge durchweg auf hohem Niveau verfasst. So sind z. B. die Ausführungen über internationale Bezüge (§ 5), in denen u. a. ausführlich die Probleme im Zusammenhang mit der Vertretung ausländischer juristischer Personen nebst Länderüberblick dargelegt werden, eine wahre Fundgrube für

den Praktiker. Jenseits aller stereotypen Kaufempfehlungen kann demjenigen, der ein aktuelles Handbuch zum Aktienrecht anschaffen will, zu diesem Werk geraten werden.

Formularbücher sind eine große Stütze in der notariellen Praxis und, um es vorweg zu nehmen, dies gilt in besonderem Maße für das hier zu besprechende Formularbuch Aktienrecht. Es bietet eine überwältigende Anzahl von Mustern für die praktische Befassung mit dem Aktienrecht. Sie sind übersichtlich zu Themenbereichen wie etwa „Aktienrechtliche Urkunden“ (Teil D), „Sachkapitalerhöhung“ (Teil L) oder „Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft“ (Teil R) zusammengefasst. Alle Muster sind mit hervorragenden Anmerkungen versehen; vielen Themenkomplexen sind zusätzlich noch Vorbemerkungen vorangestellt, die einen ers-

ten Überblick über die Materie vermitteln, so etwa bei Teil I zur Hauptversammlung oder bei Teil U zum Squeeze-out. Die angebotenen Muster sind umfassend und lassen kaum eine Gestaltungssituation außer Acht. Allein das Fehlen jeglichen Musters zur Europäischen (Aktien-)Gesellschaft fällt auf. Über die Bedeutung dieser neu geschaffenen Gesellschaftsform für die Unternehmenspraxis kann derzeit zwar nur spekuliert werden, sicherlich sollten aber in einer derart umfassenden Sammlung Muster hierzu nicht fehlen. Dieser kleine Makel kann aber keinesweg den überaus positiven Gesamteindruck dieses Werkes schmälern. Es sollte als Hilfe bei der Lösung aktienrechtlicher Sachverhalte in greifbarer Nähe eines jeden Praktikers stehen.

Notar Dr. *Christoph Terbrack*, Aachen

**Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar. 7., vollst. neu bearb. Aufl., Beck, 2005. 707 S., 98 €**

Genau 5 Jahre nach der Voraufgabe erscheint die nun siebte Auflage des Klassikers zur Schiedsgerichtsbarkeit, die wiederum von Professor Dr. *Gerhard Walter*, Bern, allein bearbeitet wurde. Anders als bei der sechsten Auflage, der die umfassende Neuregelung des 10. Buches der ZPO vorausgegangen war, liegt die Notwendigkeit der Neubearbeitung diesmal weniger im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit selbst begründet, als in den zahlreichen sonstigen Änderungen deutscher Gesetze, z. B. durch die Schuldrechtsreform oder die Gesetze zur Modernisierung der ZPO. Durch die Einarbeitung dieser Änderungen sowie neuer Rechtsprechung und Literatur ist der Umfang des Kommentars wiederum ein Stück weit gewachsen, was auch das neue Druckbild nicht verschleiern kann. Trotz des beträchtlichen Umfangs geht es dem Autor jedoch stets mehr um die Erzielung praktikabler Ergebnisse als um eine in allen Punkten erschöpfende wissenschaftliche Diskussion. Letztere Funktion hat vielmehr seit der Neubearbeitung der zweiten Auflage *Münch* im Münchener Kommentar zur ZPO desselben Verlags übernommen.

Aus der Durchsicht des Werkes seien beispielhaft einige Punkte kritisch herausgegriffen: So wird die Frage, ob eine Schiedsvereinbarung im Zusammenhang mit einem aus anderen Gründen beurkundungspflichtigen Vertrag selbst der notariellen Beurkundung bedarf, ohne jede Diskussion verneint (Kapitel 5 Rdnr. 2). In der Überschrift zu diesem Abschnitt ist missverständlich von Textform die Rede, obwohl § 1031 ZPO diesen Begriff nicht verwendet und auch nicht auf § 126 b BGB Bezug nimmt. Bei der Frage der Wirkung der Schiedsvereinbarung würde man sich einen Hinweis dazu wünschen, wie diese im Verhältnis zum Mahnverfahren greift (Kapitel 7 und das Inhaltsverzeichnis schweigen zur Frage des Mahnverfahrens völlig. Das Mahnverfahren wird trotz Schiedsvereinbarung durchgeführt, die Einrede des Schiedsvertrags ist im Widerspruchs- bzw. Einspruchsverfahren zu erheben). Zur Haftung des Schiedsrichters (Kapitel 12 Rdnr. 9) wird die Anwendung des Spruchrichterprivilegs gemäß § 839 Abs. 2

BGB für den Schiedsrichter ohne Einschränkung verteidigt. Hier wäre zu erörtern, ob diese und andere Haftungsbeschränkungen in Verbraucherverträgen noch Platz greifen können, oder ob § 309 Nr. 7 BGB dem Grenzen setzt.

Zur bedeutsamen Schiedsgerichtsbarkeit im Vereins- und Gesellschaftsrecht vertritt *Walter* unverändert pointierte Auffassungen. Zum einen hält er Beschlussmängelstreitigkeiten nicht nur bei der GmbH sondern auch bei der Aktiengesellschaft für uneingeschränkt schiedsfähig (Kapitel 4 Rdnr. 4), zum anderen verlangt er jedoch auch von Schiedsklauseln in Satzungen, dass diese in Bezug auf alle der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfenen Personen der Form des § 1031 ZPO genügen (Kapitel 32 Rdnrn. 17 und 21). Dies würde bedeuten, dass jeder Gesellschafter- oder Mitgliederwechsel mit einem eigenen Schiedsvertrag verbunden werden müsste. Zudem würde dies die Frage aufwerfen, ob ein gemäß §§ 36 ff. BeurkG beurkundeter einstimmiger Gesellschafterbeschluss, der eine Schiedsklausel in eine Satzung einfügt, der Vorgabe des § 1031 ZPO genügt. Auch wenn der Autor diesen Fall nicht anspricht, wäre dies aus praktischen Gründen zugleich das Ende der in den letzten Jahren propagierten Schiedsgerichtsbarkeit in WEG-Sachen, weil selbst eine als Vereinbarung gemäß § 10 Abs. 2 WEG getroffene Schiedsvereinbarung den Einzelrechtsnachfolger nicht erfassen würde, solange sie nicht zum Inhalt der Erwerbsurkunde gemacht würde. Stiefmütterlich wird schließlich die Schiedsgerichtsbarkeit kraft letztwilliger Verfügung behandelt, der der Autor keine praktische Relevanz beimisst.

Diese kleinen Kritikpunkte können und sollen den Wert des Standardwerkes natürlich nicht schmälern. Das Buch eröffnet wie schon seine Voraufgaben dem Leser einen umfangreichen Zugang zum Erfahrungsschatz eines international tätigen Schiedsrichters, dessen Verortung im Schiedsland Schweiz allenthalben durchscheint. Für denjenigen, der mit der Schiedsgerichtsbarkeit nur durch die Formulierung von Schiedsklauseln in Verträgen in Berührung kommt, dürfte sich die Anschaffung eines solchen Werkes nicht lohnen. Wer jedoch auch darüber hinaus mit Schiedsverfahren befasst ist, z. B. auch als Schiedsrichter beim SGH, sollte auf die Anschaffung hingegen nicht verzichten.

Notar Dr. *Stefan Bandel*, Deggendorf

### Eylmann/Vaasen: Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz. 2. Aufl., Beck, 2004. 1 551 S., 128 €

Bereits nach vier Jahren erscheint der Kommentar von *Eylmann/Vaasen* in zweiter Auflage. Dies ist begrüßenswert, weil Gesetzesänderungen und Gerichtsentscheidungen auch in dieser relativ kurzen Frist zu einigen wichtigen Änderungen des notariellen Berufs- und Verfahrensrechts geführt haben. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang besonders das OLG-VertrÄndG vom 23.7.2002 und die Neufassung der Dienstordnung vom 1.9.2001. Auch hat das Bundesverfassungsgericht durch mehrere Beschlüsse das Berufsrecht in den vergangenen Jahre stark mitgeprägt.

Die Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer und die Dienstordnung für Notarinnen und Notare sind völlig neu kommentiert. Dies hat den Umfang der Kommentierung um fast vierhundert Seiten anschwellen lassen. Es ist jedoch sehr nützlich, diese Rechtsmaterien in einem Handkommentar für die notarielle Praxis mit zu behandeln. Entscheidungen und neueres Schrifttum finden sich in der Neuauflage umfassend und zuverlässig nachgewiesen. Bei punktueller Durchsicht fallen allerdings auch einige kritisch zu beleuchtende Punkte auf.

Die sog. Seiteneinsteiger (Bewerber, die sich weder als Notare noch als Notarassessoren im Dienst des jeweils betroffenen Bundeslandes befinden) bereiten seit einiger Zeit den Landesjustizverwaltungen bei der Stellenbesetzung ganz neue Probleme. Vor allem die teilweise schwierige wirtschaftliche Lage der Notarstellen in den neuen Bundesländern und ein dadurch verursachter Überhang an Assessoren haben dazu geführt, dass sich zunehmend Notare und Notarassessoren aus diesem Bereich auf Notarstellen in den alten Bundesländern bewerben. Diese treten dort in Konkurrenz zu den im Landesdienst befindlichen Notarassessoren (sog. Landeskinder). Zu Recht stellt *Baummann* (§ 7 BNotO, Rdnr. 9) fest, dass die Landesjustizverwaltung rechtmäßig handelt, wenn sie den Landeskindern regelmäßig den Vorrang vor Seiteneinsteigern einräumt. Die durch Art. 3 GG gebotene Chancengleichheit wird im Bereich des hauptberuflichen Notariats bei der Einstellung in den Anwärterdienst gewährleistet. Die Zahl der einzustellenden Assessoren orientiert sich dabei an einer Prognose für den künftigen Ersatzbedarf für aus dem Amt ausscheidende Notare bzw. für die Besetzung neuer Stellen.

Die Landesjustizverwaltung kann schon unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung und der Sorge um eine geordnete Altersstruktur nicht dazu gezwungen werden, bei ihrer Bedarfsplanung auf einen gewissen Anteil von Seiteneinsteigern zu vertrauen. Vielmehr müssen so viele hoch qualifizierte Assessoren eingestellt werden, dass der künftige Bedarf bei vernünftiger Prognose aus diesen gedeckt werden kann. Dem korrespondierend gebietet es die Fürsorgepflicht des einstellenden Bundeslandes, bei der Besetzung von Notarstellen grundsätzlich auf Notarassessoren aus dem eigenen Anwärterdienst zurückzugreifen. Diese Regel des § 7 Abs. 1 BNotO hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich als verfassungsgemäß anerkannt. Allerdings muss nach dem Beschluss vom 28.4.2005 (Az. 1 BvR 2231/02 u. a., MittBayNot 2005, 424 [in diesem Heft]) eine Ausnahme geprüft werden, wenn im konkreten Fall das Interesse der Rechtspflege den Regelvorrang der Landeskinder nicht erfordert. Dann gebietet die Berufsfreiheit des landesfremden Bewerbers, in einen konkreten Eignungsvergleich einzutreten. Eine derartige Ausnahme wird jedoch nur dann anzunehmen sein, wenn durch Sondereffekte die Zahl der zu besetzenden Stellen signifikant höher liegt, als dies im Vorfeld prognostiziert wurde.

Eindeutig zu weit geht die Auffassung *Baummanns* (a. a. O.), die Justizverwaltung könne ein Besetzungsverfahren abbrechen, wenn sich ausschließlich Seiteneinsteiger bewerben und nach zweimaliger erfolgloser Durchführung des Ausschreibungsverfahrens einen Notarassessor gem. § 7 Abs. 7 Satz 3 BNotO zur Abgabe der Bewerbung auffordern. Diese Handhabung wäre zwar auch nach meiner Überzeugung wünschenswert; sie wurde aber vom Bundesverfassungsgericht unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 GG ausdrücklich verworfen. In dem von *Baummann* bedauerlicherweise nicht thematisierten Beschluss vom 20.9.2002 (DNotZ 2002, 891) ist eindeutig ausgesprochen, dass *allein* die Tatsache, dass sich kein Landeskinder unter den Bewerbern befindet, den Abbruch des Ausschreibungsverfahrens oder die Aufforderung nach § 7 Abs. 7 Satz 3 BNotO nicht rechtfertigt. Beide Maßnahmen sind vielmehr nur dann zulässig, wenn entweder alle auswärtigen Bewerber nach den auch sonst im Land angewendeten Maßstäben ungeeignet sind, oder wenn durch die Ernennung auswärtiger Bewerber die Berufschancen der noch nicht ernennungsfähigen Notarassessoren oder andere Belange der Rechtspflege (z. B. eine geordnete Altersstruktur oder die Interessen besoldender Notarkammern oder Notarkassen) konkret und spürbar beeinträchtigt würden. Das Bundesverfassungsgericht hat die sog. „Aufforderung“ somit zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, fordert aber eine nachvollziehbare Begründung, dass sie im konkreten Einzelfall auch erforderlich ist. Dazu sind die ausgeschriebenen Stellen, die demnächst frei werdenden Amtssitze sowie Zahl und Ausbildungsstand der beschäftigten Assessoren zueinander in Beziehung zu setzen. Bei der Bewertung der solchermaßen dargestellten Situation steht der Landesjustizverwaltung dann wieder ein weiter Ermessensspielraum zu.

Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8.3.2005 (Az. 1 BvR 2561/03) wurde die Auffassung *Eylmanns* (§ 29 BNotO Rdnr. 18) bestätigt, dass § 29 Abs. 3 Satz 1 BNotO nicht mit Art. 12 GG vereinbar ist. Die Vorschrift sollte einer zielgerichteten Verlagerung von notariellen Amtsgeschäften entgegenwirken, weil die Bezeichnung „Notar“ im Briefkopf einer überörtlichen Sozietät beim rechtsuchenden Publikum leicht den irreführenden Eindruck hervorrufen kann, notarielle Dienstleistungen würden an jedem Ort der zusammengeschlossenen Büros angeboten. Das Verfassungsgericht hält es demgegenüber für ausreichend, wenn im Briefkopf jeweils der Amtssitz des Notars genannt ist.

Die Entscheidung ist jedoch auch für die verfassungsrechtliche Bewertung anderer Vorschriften der Bundesnotarordnung von Bedeutung. Das BVerfG stützt seinen Beschluss vor allen Dingen darauf, dass das Verbot des § 29 Abs. 3 Satz 1 BNotO nur in sehr geringem Umfang geeignet sei, das verfolgte Ziel zu erreichen. Die Rechtsuchenden würden insbesondere durch die örtlichen Beschränkungen der §§ 10 a und 11 BNotO auf sehr viel effektivere Weise von der Inanspruchnahme auswärtiger Notare abgehalten. Es könne auch nicht unterstellt werden, dass die Verpflichtungen zur Einhaltung von Amtsbereich und Amtsbezirk in größerem Umfang verletzt würden. Damit hat das Gericht zu erkennen gegeben, dass die Beschränkungen der §§ 10 a und 11 BNotO verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Die diesbezüglichen Zweifel *Eylmanns* (§ 10 a BNotO Rdnr. 9) erscheinen also nicht begründet.

Die Neuregelung des § 17 Abs. 2 a Satz 2 und 3 BeurkG hält *Frenz* für vollständig misslungen (§ 17 BeurkG Rdnr. 39 a ff.). Insbesondere hält er die 14-Tage-Frist für absolut ungeeignet, den damit verfolgten Gesetzeszweck zu erreichen. Dem kann indes nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Ganz richtig

stellt *Frenz* fest, dass die Probleme der vergangenen Jahre weniger im rechtlichen Bereich der Vertragsgestaltung als vielmehr darin lagen, dass die Verbraucher von einem falschen Wert der Vertragsobjekte ausgegangen sind („Schrottmobilien“). Eine Wartefrist zwischen Entwurfsfertigung und Beurkundung kann gleichwohl dazu beitragen, eine möglicherweise im Verkaufsgespräch geweckte Euphorie zu dämpfen und den Kaufentschluss auch wirtschaftlich noch einmal ernsthaft zu überdenken. Ob die starre 14-Tage-Frist des Gesetzes in jedem Fall dazu geeignet ist, mag mit Recht bezweifelt werden. Das Gesetz lässt grundsätzlich auch Ausnahmen zu. Keinesfalls ist *Frenz* jedoch darin zuzustimmen, dass die Regelung bei der Verfahrensgestaltung zwar zu berücksichtigen, ihre Bedeutung jedoch zu relativieren sei (Rdnr. 39 b).

Die Einhaltung der 14-Tage-Frist steht nicht zur Disposition der Beteiligten und kann nur aus objektiv sachlichen Gründen im Einzelfall abgekürzt werden. Dass sich z. B. der Verbraucher das Vertragsobjekt sichern will, ist kein zureichender Grund, die Frist zu verkürzen (so aber *Frenz*, Rdnr. 39 g). Gerade das beim Verkauf zweifelhafter Objekte häufig verwendete Argument, am nächsten Tag sei die günstige Gelegenheit vorbei, sollte mit der Neuregelung bekämpft werden. Die „Hinwirkungsverpflichtung“ des Notars mag in ihren Einzelheiten nicht völlig geklärt sein. Sie geht aber über eine reine Hinweispflicht hinaus. Eine andere Auslegung der Vorschrift

(in diese Richtung im Ergebnis *Frenz*, Rdnr. 39 d und 39 g) verfehlt deren Verbraucherschützenden Zweck. Dieser Zweck unterscheidet die Hinwirkungspflicht des Notars auch von der Hinwirkungspflicht des Gerichts in § 139 ZPO, so dass trotz gleichen Wortlauts beide verfahrensleitenden Vorschriften unterschiedlich auszulegen sind (kritisch dazu *Frenz*, Rdnr. 39 d). Der Notar wird bei jeder Abweichung von den Vorschriften des § 17 Abs. 2 a BeurkG nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen haben, ob dies durch ausreichende sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Andernfalls muss er die Beurkundung ablehnen. *Frenz* (Rdnr. 39 g) kommt genau zum gegenteiligen Ergebnis und stellt die Frist damit letztlich in die Dispositionsbefugnis des Verbrauchers. Da er die Einhaltung der Frist für nicht zielführend hält, ist dies konsequent. Es widerspricht allerdings der Verbraucherschützenden Intention der Vorschrift, die auch der Auslegung im Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 11.12.2002 zugrunde liegt.

Diese kurzen kritischen Hinweise können den positiven Gesamteindruck in keiner Weise schmälern. Der *Eylmann/Vaasen* bietet eine aktuelle und umfassende Kommentierung des gesamten notariellen Berufs- und Verfahrensrechts, die in dieser kompakten Form ohne Konkurrenz ist.

Notar Dr. *Jens Eue*, Bamberg

**Beck'sche Gesetze Digital, CD-ROM. Beck, 2005. 49 € bei Fortsetzungsbezug, quartalsweise Updates je 49 €.**

**LEXsoft Deutsches Recht, CD-ROM. LexisNexis, 2005. 51,04 €, quartalsweise Updates je 40,37 €.**

**LEXsoft Rechtsbibliothek, CD-ROM oder DVD. LexisNexis, 2005. Mit einem Landesrecht 294,64 €, quartalsweise Updates je 150,10 €.**

Wer nicht mehr im Studium oder in der Referendarausbildung ist, muss sich schon lange nicht mehr mit dem lästigen Einsortieren von Loseblattnachlieferungen herumquälen. Seit Jahren schon bietet der Beck-Verlag einen großen Teil seiner Loseblattgesetzessammlungen auf CD-ROM an, so z. B. Schönfelder Plus, Sartorius Plus, aber auch Steuergesetze und das Landesrecht des Freistaats Bayern. Noch vor dem Beck-Verlag hatte aber schon die Firma MBO, die 2002 von der Reed Elsevier Tochter LexisNexis übernommen wurde, mit ihrer LEXsoft Rechtsbibliothek auf CD Furore gemacht. MBO hatte früh erkannt, dass die Aufspaltung des Bundesrechts in verschiedenen Gesetzessammlungen im elektronischen Zeitalter einen Anachronismus darstellt und eine große Zahl von Vorschriften des Bundes- und Europarechts auf einer CD versammelt. Später wurde auch ein Landesrecht nach Wahl des Nutzers in das Abonnement der Lexsoft-CD eingeschlossen. Nachdem der Beck-Verlag mit seinen Produkten dann neue Maßstäbe gesetzt hatte, etwa durch Verlinkung von Gesetzeszitate untereinander, wurden Umfang und Bedienungskomfort von Lexsoft zuletzt stark verbessert.

Nun hat das Beck-Imperium zurückgeschlagen und bietet seit April „Beck'sche Gesetze Digital“ an. Die neue CD enthält den Schönfelder und den Sartorius, je inklusive Ergänzungs-

band, sowie die Sammlungen Nipperdey I, Aichberger, Sozialgesetze, weiteres Bundesrecht und EU-Recht sowie nunmehr auch ein Landesrecht nach Wahl. Der deutlich niedrigere Preis gegenüber der LEXsoft Rechtsbibliothek hat LexisNexis zu einer sofortigen Reaktion veranlasst. Seit Mai gibt es die Sammlung „Deutsches Recht“ von LexisNexis. Diese Vielfalt rechtfertigt einen kurzen vergleichenden Überblick. Die beiden Produkte von LexisNexis haben eine einheitliche Oberfläche, so dass die Produkte „Rechtsbibliothek“ und „Deutsches Recht“ nachfolgend einheitlich als „LEXsoft“ angesprochen werden, wenn keine Unterschiede gegeben sind.

## 1. Systemvoraussetzungen

Der Beck-Verlag empfiehlt einen PC mit Pentium II Prozessor und 300 MHz Taktfrequenz mit mind. 128 MB Arbeitsspeicher und 1,5 GB freiem Festplattenplatz. LexisNexis empfiehlt für seine Software LEXsoft einen PC mit Pentium II Prozessor, 500 MHz Taktfrequenz und ebenfalls bis zu 1,5 GB freien Festplattenplatz, je nach Produkt. Beide Produkte unterstützen die aktuelleren Windows-Betriebssysteme und erfordern die Installation eines Browsers.

Getestet wurden die Produkte auf einem Rechner mit Pentium IV Prozessor mit 1,8 GHz Taktfrequenz und 261 MB verfügbarem Arbeitsspeicher bei Vollspeicherung auf einer Festplatte mit 37,5 GB Kapazität. Als Betriebssystem war MS-Windows 2000 SP 4, als Browser der Internet Explorer 6.0 SP 1 installiert. Die Bildschirmanzeige war auf 1024 x 768 und den 32 Bit Modus (True Color) eingestellt.

## 2. Inhalt

Beck'sche Gesetze Digital enthält nach Angabe rund 1 500 Gesetze und Verordnungen des Bundes sowie 250 bis 400 Vorschriften des jeweiligen Landesrechts und zusätzlich rund

200 Vorschriften des EG-Rechts bzw. des Internationalen Rechts. Die LEXsoft Produkte sind demgegenüber differenzierter angelegt. Die Sammlung „Deutsches Recht“ weist nach Angabe etwa 580 Rechtsnormen des Bundesrechts auf. Daneben wird ein Rechtswörterbuch mit 2 800 Einträgen mitgeliefert. Die LEXsoft Rechtsbibliothek liefert über 3 900 Normen aus allen Rechtsbereichen des Bundesrechts, 3 300 Normen und Rechtsakte aus dem EU-Recht sowie 1 070 Rechtsakte des bayerischen Landesrechts. Über das auch in der Sammlung „Deutsches Recht“ enthaltene Rechtswörterbuch hinaus sind auch noch rund 200 000 Gerichtsentscheidungen im Leitsatz auf der CD enthalten, die zum Großteil im Internet in Volltext abrufbar sind. Abgesehen von dem grundlegenden Unterschied, dass die LEXsoft Sammlung „Deutsches Recht“ kein Landesrecht enthält, lassen sich die Unterschiede zwischen den Angeboten am besten am Steuerrecht darstellen. LEXsoft „Deutsches Recht“ enthält zwar die Abgabenordnung, jedoch keinerlei materielles Steuerrecht. Beck'sche Gesetze Digital enthält die Steuergesetze und die Durchführungsverordnungen, jedoch keine Richtlinien und keine Doppelbesteuerungsabkommen. In LEXsoft Rechtsbibliothek sind auch diese Dokumente bzw. Abkommen enthalten. Die für die Praxis im Notariat wesentlichen Bundesgesetze sind in allen drei Sammlungen enthalten. Seltener benötigte Normen sind Glückssache. Weder Beck'sche Gesetze Digital noch LEXsoft Rechtsbibliothek enthalten das KraftlosG. Das Kopplungsverbot im Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (Handbuch für das Notariat Nr. 320) ist in Beck'sche Gesetze Digital nicht enthalten, wohl aber in der LEXsoft Rechtsbibliothek. Umgekehrt enthält letztere nicht die Hausbauverordnung, die aber in Beck'sche Gesetze Digital enthalten ist.

### 3. Bildschirmansicht und -aufteilung

Der Bildschirmaufbau des Beck'schen Produkts ist – wenn man von den Menüleisten absieht – zweigeteilt, der von LEXsoft dreigeteilt. Bei Aufruf eines Paragraphen erscheint bei Beck im rechten Teil des Bildschirms der Paragraph und im linken Teil der unterste Gliederungsabschnitt des Gesetzes mit den – eventuell – weiteren zu diesem Abschnitt gehörenden Paragraphen. Leider wird – anders als noch bei Schönfelder Plus und weiteren Produkten aus dem Beck Verlag – nicht mehr der Verzeichnisbaum angezeigt. LEXsoft teilt den Bereich im linken Drittel des Bildschirms noch einmal in einen oberen und unteren Abschnitt. Während im oberen Abschnitt die Paragraphen des Gesetzes angezeigt werden, zu dem der aufgerufene Paragraph gehört (allerdings ohne Einteilung in Abschnitte), wird im unteren Teil die Trefferliste angezeigt, die wiederum durch Registerkärtchen unterteilt ist. Dort lassen sich auch Dokumente finden, in denen der gesuchte Paragraph oder das gesuchte Wort im Text und nicht nur im Titel erwähnt wird. Diese größere Anzeigegenauigkeit der LEXsoft Produkte wird allerdings mit einer kleineren Schrift erkauft, die leider nicht größer eingestellt werden kann. Auch die Bedienungsfelder sind bei LEXsoft teilweise schlechter zu erkennen.

### 4. Bedienung

Beide Anbieter haben ihre Produkte mit Schnellsuchefeldern und Expertensuchmasken ausgestattet. Die Schnellsuchfelder benutzt man in der Regel, wenn man zumindest meint, ziemlich genau zu wissen, was man sucht und wo es ungefähr zu finden ist. Hier erweisen sich die LEXsoft Produkte als weniger fehlertolerant als die Beck'sche Sammlung. Während bei Beck die Eingabe des Paragraphen-Zeichens nicht not-

wendig ist, kann es bei LEXsoft passieren, dass die Suche ohne Angabe des Paragraphen-Zeichens ewig dauert und dann sämtliche Dateien gefunden werden, welche die angegebene Zahl enthalten. Ein Abbruch der Suche ist nicht möglich. Auch die Schreibweise von Gesetzen muss bei LEXsoft eher exakt sein, als beim Produkt aus dem Beck-Verlag. So findet LEXsoft die Erbschaftsteuerrichtlinien nicht unter diesem Klarbegriff, sondern nur unter der amtlichen Abkürzung „ErbStR“.

Während die Suchgeschwindigkeit bei dem Beck'schen Produkt keine Wünsche offen lässt, dauert es bei LEXsoft manchmal etwas lang, bis ein Dokument gefunden ist. Das dürfte aber an deren besonders großer Zahl liegen. Ein weiterer Paragraph im gleichen Gesetz wird erheblich schneller gefunden als eine ganz andere Fundstelle. Auch kann es bei LEXsoft, wenn das Programm in der Taskleiste abgelegt wurde und erst nach einiger Zeit wieder benötigt wird, quälend lange dauern, bis der Bildschirm wieder voll aufgebaut ist.

„Fünf rauf und fünf runter lesen“ geht bei digitalen Gesetzes-sammlungen nicht, da der Bildschirm stets nur einen Paragraphen vollständig anzeigt (bei manchen gesetzgeberischen Meisterleistungen im öffentlichen Recht gelingt nicht einmal dies). Umso wichtiger ist die Orientierung durch eine parallel eingeblendete Verzeichnisstruktur. Wie schon erwähnt, macht das Beck'sche Produkt hier einen Schritt zurück hinter den bereits von Schönfelder Plus usw. erreichten Standard. Dort wurden neben den Paragraphen des gleichen Abschnitts auch die Überschriften der nachfolgenden und vorangehenden Abschnitte angezeigt. Die konnten bei Bedarf angeklickt werden, mit der Folge, dass auch die zu diesen Abschnitten gehörenden Paragraphen in der Verzeichnisstruktur mit ihren Überschriften sichtbar wurden. Jetzt sind nur noch die Paragraphen des gleichen Abschnittes in der Verzeichnisstruktur zu erkennen. Zur Anzeige weiterer Abschnitte muss auf die nächst höhere Gliederungsebene geklickt werden und dann geht es wieder in der Struktur abwärts. Bei LEXsoft erscheinen hingegen in einem der beiden Fenster auf der linken Bildschirmseite sämtliche Paragraphen des betreffenden Gesetzes mit den Überschriften. Durch Scrollen können diese in den Blick genommen werden.

Auch das Navigieren ist bei Beck'sche Gesetze Digital nicht mehr so angenehm wie bei den Vorgängerprodukten und wie bei LEXsoft. Während bei LEXsoft beliebig hin und her geschaltet werden kann zwischen den bereits aufgerufenen Dokumenten, kann bei Beck'sche Gesetze Digital nur zurückgesprungen werden. Im Übrigen, insbesondere was die Suchoperatoren und die Verknüpfung von Gesetzestexten untereinander mittels Hyperlinks betrifft, unterscheiden sich die Produkte nur in Nuancen.

### 5. Bearbeitung gefundener Dokumente

Während Dokumente in LEXsoft mit Anmerkungen des Benutzers versehen werden können, die auch bei Aktualisierungen erhalten bleiben, ist diese Funktion in Beck'sche Gesetze Digital auf CD nicht mehr vorhanden. Nur in der Online-Version geht dies noch. Kopier- und Druckfunktionen sind in allen Produkten enthalten. Bei LEXsoft ist ein kleiner Umweg über die Druckaufbereitung notwendig, um die Formatierung zu erhalten. Dafür haben die LEXsoft Produkte den – in der notariellen Praxis selten bedeutsamen – Vorteil, dass nicht nur das aufgerufene Dokument, sondern auch das ganze dazugehörige Gesetz und sogar nur ausgewählte Teile des Gesetzes in einem Dokument ausgedruckt werden können.

## 6. Online-Anbindung

Sowohl Beck wie auch LexisNexis bieten für Abonnenten ihrer CDs einen Zugang zum Online-Angebot des jeweiligen Verlags. In die Gesetzesdokumente der Lexsoft Produkte ist ein Hyperlink integriert, der zu einer Änderungsdokumentation auf der LexisNexis Webseite führt. Daneben können die gleichen Texte wie auf der CD, gegebenenfalls schon aktualisiert, aufgerufen werden; zitierte Gerichtsurteile sind auf der Webseite im Volltext abrufbar. Die vergleichbare Funktion in Beck'sche Gesetze Digital konnte nicht aus der CD heraus getestet werden, weil die Testversion der CD ablief, bevor der Online-Testzugang frei geschaltet war. Beck bietet Online den Zugriff auf das gleiche Produkt in, wie es heißt „monatsaktu-

eller“ Fassung. Beide Anbieter haben auch ältere Fassungen der jeweiligen Vorschriften hinterlegt.

## 7. Gesamtbewertung

Die umfassende und besonders komfortable Lösung der LEXsoft Rechtsbibliothek dürfte sich für die meisten Notariate nicht lohnen. Die Sammlung LEXsoft Deutsches Recht ist andererseits zu mager. Wegen der Einbindung des Landesrechts und der Steuerrechtsgesetze bietet Beck'sche Gesetze Digital zurzeit wohl das beste Preis-Leistungs-Verhältnis. Es bleibt abzuwarten, ob die CD-Ritter von LexisNexis da zurückkehren können.

Notar Dr. *Joachim Schervier*, M. C. L., Landshut

## RECHTSPRECHUNG

## Bürgerliches Recht

1. BGB § 528 (Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers bei Schonvermögen)

**Dem Rückforderungsanspruch wegen Verarmung des Schenkers und der Überleitung dieses Anspruchs auf den Träger der Sozialhilfe im Hinblick auf die von diesem dem Schenker geleistete Hilfe zum Lebensunterhalt steht es nicht entgegen, dass das Geschenk, wenn es beim Schenker verblieben wäre, zu dessen Schonvermögen gehört hätte.**

BGH, Urteil vom 19.10.2004, X ZR 2/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Beklagte ist der Sohn und Alleinerbe der am 25.3.1998 verstorbenen Erblasserin. Der Kläger verlangt als Träger der Sozialhilfe aus übergeleitetem Recht vom Beklagten die Zahlung von 7.365,67 € (14.406 DM).

Mit notariellem Vertrag vom 31.3.1992 übertrug die Erblasserin dem Beklagten „im Wege vorweggenommener Erbfolge“ das Eigentum an einem 1389 qm großen Hof- und Gebäudegrundstück mit einem im Jahre 1960 errichteten Einfamilienhaus mit einer Wohnfläche von 85 qm, das die Erblasserin und der Beklagte gemeinsam bewohnten.

Für die Zeit vom 14.7.1993 bis 31.3.1995 gewährte der Kläger der Erblasserin Hilfe zur häuslichen Pflege in Höhe von insgesamt 14.406 DM. Der Kläger leitete mit Bescheid vom 14.9.1998 Rückgewähransprüche der Erblasserin gegen den Beklagten aus § 528 BGB gem. § 90 BSHG auf sich über. Die hiergegen gerichtete Anfechtungsklage des Beklagten beim Verwaltungsgericht blieb ohne Erfolg.

Der Beklagte macht gegenüber der Klageforderung im Wesentlichen geltend, das ihm übertragene Grundstück habe zum Schonvermögen nach § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG seiner Mutter gehört. Nach dieser Vorschrift sei der Erblasserin eine entgeltliche Veräußerung nicht zumutbar gewesen.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Revision hat keinen Erfolg.

## I.

Das Berufungsgericht hat die Klage für begründet gehalten und ausgeführt, die Erblasserin habe dem Beklagten das Eigentum an dem Grundstück geschenkt. Die Erblasserin sei nach Vollziehung der Schenkung, nämlich in der Zeit vom 14.7.1993 bis zum 31.3.1995, unstreitig außer Stande gewesen, ihren angemessenen Unterhalt zu bestreiten, und habe deswegen vom Kläger Sozialhilfe erhalten. Der Rückforderungsanspruch der Erblasserin gegen den Beklagten sei auf Zahlung regelmäßig wiederkehrender Unterhaltsbeiträge gerichtet gewesen, bis der Wert des Schenkungsgegenstandes erschöpft gewesen sei. Den Rückforderungsanspruch der Erblasserin habe der Kläger wirksam auf sich übergeleitet. Der Zahlungsanspruch des Klägers könne nicht mit dem Argument verneint werden, dass die Sozialhilfeleistung an den Schenker nach § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG nicht von der Verwertung des geschenkten Gegenstandes hätte abhängig gemacht werden dürfen. Diese Vorschrift betreffe nicht das Verhältnis zwischen Schenker und Beschenktem, sondern allein das Verhältnis zwischen dem Träger der Sozialhilfe und dem Schenker. Die Vorschrift betreffe daher die Frage, ob der Träger der Sozialhilfe einen Anspruch des Schenkers auf

Rückübertragung eines Grundstückes auf sich überleiten könne. Die Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit der Überleitung sei aber nicht von den Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu prüfen, die insoweit an die Entscheidung des Verwaltungsgerichts gebunden seien.

## II.

Das angefochtene Urteil hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass dem Kläger Ansprüche aus § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG zustehen.

1. Soweit das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, dass die Erblasserin dem Beklagten das Grundstück im Wege der Schenkung zugewendet hat, lässt dies einen Rechtsfehler nicht erkennen; davon geht auch die Revision aus.

2. Es entspricht weiter ständiger Rechtsprechung, dass der Anspruch auf Herausgabe des Geschenks gem. §§ 528 Abs. 1 Satz 1, 812 BGB in dem Umfang besteht, in welchem der Schenkungsgegenstand zur Deckung des angemessenen Unterhalts des Schenkers erforderlich ist, so dass er bei einem nicht teilbaren Geschenk wie ein Grundstück von vornherein auf die wiederkehrende Zahlung eines der jeweiligen Bedürftigkeit des Schenkers entsprechenden Wertanteils gerichtet ist, bis der Wert des Geschenks erschöpft ist (BGHZ 94, 141, 144; 96, 380, 382; 125, 283, 284; 155, 57). Auch hiervon geht die Revision aus.

3. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, dass die Erblasserin nicht außer Stande gewesen sei, ihren angemessenen Unterhalt zu bestreiten, weil ihr Unterhalt aufgrund der ihr gewährten Sozialhilfe sichergestellt gewesen sei. Die Frage, ob ein Schenker nach Vollziehung der Schenkung außer Stande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten, ist nach den Vorgaben des Unterhaltsrechts zu entscheiden, auf deren Begrifflichkeit § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB Bezug nimmt (BGH, X ZR 140/01, NJW 2003, 1384, 1386). Der Unterhaltsberechtigte ist danach außer Stande, sich selbst zu unterhalten, wenn er seinen Bedarf weder aus Einkommen noch aus der Verwertung von Vermögen decken kann (BGH, a. a. O., m. w. N.). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Erblasserin in der Zeit, für die ihr der Kläger Sozialhilfe gewährt hat, hierzu außer Stande und damit unterhaltsbedürftig nach den Vorgaben des Unterhaltsrechts.

4. Die Frage, ob die Erblasserin in demselben Maße hilfsbedürftig gewesen wäre, wenn sie das Hausgrundstück nicht auf den Beklagten übertragen hätte, ist nicht entscheidend. Für die Beurteilung der Bedürftigkeit des Schenkers kommt es allein auf dessen Einkommens- und Vermögenslage im Zeitpunkt der Bewilligung der Sozialhilfe an, wenn ein Sozialhilfeträger aus übergeleitetem Recht den Anspruch des Schenkers aus § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen den Beschenkten geltend macht. Deshalb kann sich der Beschenkte in diesen Fällen gegenüber der Inanspruchnahme aus dem übergeleiteten Anspruch auch nicht damit verteidigen, dass der Schenker nach Beantragung und Gewährung von Sozialhilfe wieder über Einkommen oder Vermögen verfügt hat (BGHZ 155, 57, 59).

5. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass es für die Überleitung eines Rückforderungsanspruchs wegen Notbedarfs des Schenkers nach § 528 Abs. 1 Satz 1

BGB unbeachtlich ist, ob das geschenkte Grundstück im Eigentum des Schenkers Schonvermögen gewesen wäre (BGHZ 125, 283, 287). Die Überleitungsanzeige nach § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG bewirkt, dass der Sozialhilfeträger hinsichtlich der übergeleiteten Ansprüche in die Gläubigerposition des Schenkers eintritt. Der Rückgewähranspruch aus § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB ist aber nicht durch Regelungen beschränkt, die denjenigen des Bundessozialhilfegesetzes vergleichbar wären (vgl. BVerwGE 90, 245, 249; Münch-KommBGB/Kollhosser, 3. Aufl. 1995, § 528 BGB Rdnr. 18; Brähler-Boyan/Mann, NJW 1995, 1866, 1869).

6. Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, dass ein Rückforderungsanspruch aus § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB nur dann zu bejahen sei, wenn die Bedürftigkeit des Schenkers Folge der Schenkung sei. „Nach“ im Sinne von § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB beinhaltet eine zeitliche Abgrenzung zur Erfüllungsverweigerungseinrede des § 519 Abs. 1 BGB. Sie bedeutet nicht, dass die Bedürftigkeit Folge der Schenkung sein muss. Eine Beschränkung des Rückforderungsrechtes dergestalt, dass die Bedürftigkeit gerade durch die Schenkung verursacht worden sein muss, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen (Staudinger/Cremer, 1995, § 528 BGB Rdnr. 2, 3; RGRK/Mezger, 12. Aufl., § 528 BGB Rdnr. 3). Anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.1.1996 (IV ZR 184/94, NJW 1996, 287 f.). Nach dieser Entscheidung steht die Anwendbarkeit des § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht dadurch in Frage, dass die Schenkerin schon vor Übertragung des Schenkungsgegenstandes Sozialhilfeleistungen erhalten hat, die Bedürftigkeit mithin schon vor dem Vollzug der Schenkung vorlag. Diese Entscheidung verdeutlicht damit im Gegenteil, dass es auf einen kausalen Zusammenhang zwischen der Schenkung und dem Eintritt der Bedürftigkeit nicht ankommt.

7. Das Ergebnis ist nach dem vom Senat zu beurteilenden Sachverhalt auch nicht unbillig. Es beruht darauf, dass das Schenkungsrecht einerseits und das Sozialhilferecht andererseits in sich geschlossene Rechtssysteme mit unterschiedlich ausgestalteten und an unterschiedlichen Maßstäben ausgerichteten Billigkeitsregelungen bilden. Das Schenkungsrecht bietet in § 529 Abs. 2 BGB eine solche Regelung. Danach ist der Anspruch auf Herausgabe des Geschenks ausgeschlossen, soweit der Beschenkte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, das Geschenk herauszugeben, ohne dass sein standesgemäßer Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltungspflicht gefährdet wird. Hierfür sind jedoch im vorliegenden Fall Anhaltspunkte nicht ersichtlich.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Aufsatz von Krauß, MittBayNot 2005, 349 (in diesem Heft).

2. BGB § 271 (Beweislast für Zugang der Fälligkeitmitteilung)

**Ist in einem Kaufvertrag vereinbart, dass der Kaufpreis binnen zehn Tagen nach Absendung einer Mitteilung zur Zahlung fällig ist, so trägt der Verkäufer die Beweislast dafür, dass die Mitteilung dem Käufer zugegangen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Urteil vom 26.11.2004, V ZR 119/04

Mit Notarvertrag vom 14.12.2001 verkaufte der Kläger den Beklagten ein Grundstück. In dem Vertrag heißt es u. a.:

„Voraussetzungen für die Fälligkeit des Kaufpreises sind, dass die Auflassungsvormerkung für den Käufer im Grundbuch eingetragen ist und das Negativzeugnis der Stadt München bezüglich gesetzlicher Vorkaufsrechte dem Notar vorliegt und die Lastenfreistellung von allen nicht übernommenen Belastungen gesichert ist. Der Notar wird beauftragt, die Beteiligten vom Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen zu verständigen.

Der Kaufpreis ist binnen zehn Tagen nach Absendung der vorgenannten Mitteilung, die einer Zahlungsaufforderung des Verkäufers gleichsteht, zur Zahlung fällig (...) Zahl der Käufer den Kaufpreis ganz oder teilweise nicht rechtzeitig, so ist der offene Kaufpreis ab Fälligkeit mit jährlich fünf Prozent über dem Basiszinssatz zu verzinsen“.

Die Beklagten zahlten den Kaufpreis in Teilbeträgen zwischen dem 22.4.2002 und dem 19.3.2003 und leisteten auf die vereinbarten Zinsen 3.843,49 €. Der Kläger hat behauptet, die für die Fälligkeit des Kaufpreises vereinbarten Voraussetzungen hätten am 13.2.2002 vorgelegen. An diesem Tage habe der Urkundsnotar die Anzeige der Fälligkeit an die Beklagten abgesandt. Die Beklagten haben den Zugang der Anzeige in Abrede gestellt und behauptet, ihnen sei der Eintritt der Fälligkeitsvoraussetzungen erst durch Telefax des Notars vom 28.3.2002 mitgeteilt worden.

Aus den Gründen:

(...)

#### III.

Die zwischen den Parteien umstrittene Frage, ob die Fälligkeit des Kaufpreises mit der Absendung der Anzeige des Notars oder erst mit ihrem Zugang eintrat, und die weitere Frage, ob sich aus dem Vertrag eine besondere Regelung der Beweislast für den Zugang der Anzeige ergibt, sind durch Auslegung des Kaufvertrags zu beantworten. Soweit das Berufungsgericht den Vertrag selbst ausgelegt hat, kann dies nach ständiger Rechtsprechung (vgl. statt aller BGHZ 135, 269, 273) von dem Senat nur darauf überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemein anerkannte Erfahrungssätze verletzt worden sind oder ob die Auslegung auf einem im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehler beruht. Solche Fehler liegen nicht vor.

1. Anerkannte Auslegungsregel ist zwar, dass bei der Auslegung von dem von den Parteien gewählten Wortlaut auszugehen ist (st. Rechtspr., vgl. BGHZ 121, 13, 16; BGH, NJW 1995, 1212, 1213; NJW 1998, 900, 901). Hiernach ist die Fälligkeit des Kaufpreises und damit der Beginn der Verzinsungspflicht an die „Absendung der Mitteilung“ des Eintritts der Fälligkeitsvoraussetzungen durch den Urkundsnotar und nicht an den Zugang dieser Mitteilung geknüpft. Das hat das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision jedoch nicht verkannt. Es hat der Wahl des Wortes „Mitteilung“ entnommen, dass die bloße Absendung der Anzeige durch den Notar nicht hinreichen soll, den Eintritt der Fälligkeit des Kaufpreises herbeizuführen, weil hierdurch den Beklagten als Käufern nichts mitgeteilt werde. Das gelte insbesondere im Hinblick darauf, dass nach der vertraglichen Regelung die Mitteilung der Fälligkeitsvoraussetzungen durch den Urkundsnotar einer „Zahlungsaufforderung“ des Verkäufers gleichstehe und eine Zahlungsaufforderung ohne einen Zugang bei den Käufern keine Wirkungen auslösen könne.

Dass die Pflicht zur Zahlung von Zinsen nach dem Kaufvertrag zehn Tage nach der Absendung der Mitteilung des Notars beginne, bedeute lediglich eine Vereinbarung zur Bestimmung des Fristbeginns. Der Vertrag lasse erkennen, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen seien, dass die

Mitteilung des Notars die Beklagten alsbald nach ihrer Absendung erreiche. Dass der Zugang der Mitteilung nach dem Willen der Parteien ohne Bedeutung sein solle, sei dem Vertrag ohne ausdrückliche Regelung nicht zu entnehmen. Das ist nicht zu beanstanden.

2. Die Auslegung des Berufungsgerichts, die streitige Regelung stelle lediglich eine Angabe zur Fristberechnung dar, verstößt auch nicht gegen die Denkgesetze. Dass die zinsfrei bleibende Frist vor dem Eintritt der Fälligkeit beginnt, hat bei einer Frist von zehn Tagen zur Zahlung keine nachhaltige Belastung des Käufers zur Folge, weil ihm bei üblicher Postlaufzeit eine Woche Zeit zur Bewirkung seiner Leistung bis zum Beginn der Verzinsungspflicht verbleibt.

Ebenso wenig bedeutet es einen Verstoß gegen die Regeln des logischen Schließens, dass der Fall eines Verlustes der Fälligkeitsanzeige nach der Auslegung durch das Berufungsgericht nicht geregelt ist. Die Wahrscheinlichkeit des Verlustes einer ordnungsgemäß aufgegebenen Sendung ist so gering, dass die Notwendigkeit der Regelung dieses Falles in der Vertragsgestaltung eher fern liegt.

3. Dem Berufungsgericht kann auch nicht mit Erfolg vorgeworfen werden, dass es sich bei der gewählten Formulierung um eine notariell beurkundete Erklärung handelt, bei welcher im Zweifel davon auszugehen ist, dass sie dem materiellen Gehalt des Vertrags und dem Willen der Parteien entspricht (Senat, DNotZ 1993, 506; NJW 2000, 71 = DNotI-Report 1999, 196). Das Berufungsgericht geht von der Auslegungsfähigkeit und der Auslegungsbedürftigkeit der vereinbarten Regelung aus und hat die zur Entscheidung notwendige Auslegung vorgenommen. Diese ist von dem Wortlaut der Vereinbarung gedeckt.

4. Das Berufungsurteil ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil es dem Kaufvertrag nicht entnimmt, dass die Beklagten den Beweis dafür zu führen hätten, die Anzeige des Notars vom 13.2.2002 nicht erhalten zu haben. Für eine solche Auslegung ist dem Vertrag nichts zu entnehmen.

Ist eine Regelung für den Fall des Verlustes der Fälligkeitsanzeige auf dem Postweg nicht getroffen, so enthält der Vertrag eine Lücke. Diese ist im Wege der ergänzenden Auslegung durch diejenige Regelung zu schließen, die die Parteien billigerweise getroffen hätten, wenn sie die Regelungsbedürftigkeit der nicht geregelten Frage erkannt hätten. Insoweit kann nicht angenommen werden, dass sie das Verlustrisiko den Beklagten auferlegt hätten. Die Beklagten wären andernfalls der Gefahr ausgesetzt, die Kaufpreisforderung verzinsen zu müssen, ohne den Eintritt der Fälligkeit zu kennen. Darüber hinaus würde ihnen der Beweis einer negativen Tatsache auferlegt, der kaum zu erbringen ist, während der Beweis des Zugangs der Fälligkeitsanzeige bei einer entsprechenden Versendungsart ohne weiteres geführt werden kann.

#### Anmerkung:

Der BGH hatte in der vorstehend abgedruckten Entscheidung zu beurteilen, ob die Fälligkeit des Kaufpreises mit dem Absenden der Fälligkeitsanzeige des Notars oder erst mit deren Zugang beim Käufer eintritt. Das Gericht legte die streitgegenständliche Klausel dahin aus, dass das Absenden der fälligkeitsbegründenden Mitteilung alleine nicht genügt, sondern es auf den Zugang ankommt. Der Anspruchsteller habe nach den allgemeinen Regeln des Beweisrechts den Zugang zu beweisen. Da ihm dies nicht gelungen sei, sei der Anspruch

abzuweisen. Der BGH gewinnt dieses Ergebnis nicht zuletzt aus der Überlegung, dass der Beweis des Zugangs der Fälligkeitsanzeige bei *einer entsprechenden Versendungsart* ohne weiteres geführt werden könne.

Zwingt dieser vom Gericht eher beiläufig geäußerte Satz, von der bisherigen (überwiegenden) bayerischen Praxis abzugehen, Fälligkeitsmitteilungen mit einfachem Brief zu versenden? Ich meine nicht. Um späterem Streit vorzubeugen, wird der Notar aber gut daran tun, sich von den Beteiligten klare Anweisungen hinsichtlich der Versendungsart geben zu lassen.

1. Die landgerichtliche Rechtsprechung und die notarrechtliche Literatur gehen davon aus, dass das Versenden der Fälligkeitsmitteilung durch einfachen Brief genügt. Eine Amtspflicht des Notars, den Zugang nachweisbar zu gestalten, bestehe nicht.<sup>1</sup> Diese Auffassung vertrat schon das Reichsgericht<sup>2</sup>. Die Fälligkeitsmitteilung brauche nicht in förmlicher Weise zugestellt werden.<sup>3</sup>

2. Auch wenn die beweisbare Übermittlung der Fälligkeitsmitteilung nach allgemeiner Ansicht keine Amtspflicht des Notars darstellt, so wird doch angeregt, in Einzelfällen für einen beweisbaren Zugang zu sorgen. Eine Übersendung durch Einschreiben oder öffentliche Zustellung empfiehlt sich nach *Heinemann*<sup>4</sup> dort, wo die begründete Sorge besteht, dass der Käufer den Zugang der Mitteilung vereiteln will, und die Mitteilung konstitutiv für den Fälligkeitseintritt ist. Die Einschränkung von *Heinemann* auf „pathologische“ Fälle erscheint zwar sinnvoll, da ein Verlust der mit einfachem Brief versandten Mitteilung nur selten vorkommt und daher vernachlässigt werden kann. Allerdings wird die Einschränkung kaum jemals praktisch werden. In den seltensten Fällen wird sich bereits im Zeitpunkt der Beurkundung ein „Vereitelungswille“ des Käufers feststellen lassen; der Notar also im Ergebnis nach dieser Auffassung doch stets gut daran tun, die konstitutive Mitteilung beweisbar zu verschicken. *Ganter*<sup>5</sup> schlägt die Übermittlung durch Einschreiben mit Rückschein vor, wenn der Notar eine *konstitutive* Mitteilung mit einer Anknüpfung an den Zugang<sup>6</sup> wählt.

<sup>1</sup> LG Traunstein, MittBayNot 1995, 244; LG Saarbrücken, DNotI-Report 1997, 40; LG Berlin, DNotI-Report 2003, 135; *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BeurkG und BNotO, 2. Aufl. 2005, § 21 BNotO Rdnr. 27; *Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 677; *Ganter* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rdnr. 2099 (vgl. aber Fn. 4).

<sup>2</sup> JW 1933, 1766.

<sup>3</sup> *Amann* in *Beck'sches Notarhandbuch*, 3. Aufl. 2000, A I Rdnr. 107; *Hertel*, DNotZ 2001, 910, 922; *Heinemann* in *Grziwotz/Everts/Heinemann/Koller*, Grundstückskaufverträge, 2005, Rdnr. 617; *Waldner*, Grundstückskaufverträge, 2003, Rdnr. 193; *Hertel* in *Würzburger Notarhandbuch*, 2005, Teil 2 Kapitel 2 Rdnr. 295, der aber die Versendung durch Einwurf-Einschreiben für „erwägenswert“ hält; (wohl) unentschieden: *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 2001, Rdnr. 330 („letzte Sicherheit [des Beweises des Zugangs] kann nur durch öffentliche Zustellung erreicht werden, was aber meist als nicht angebracht erscheint.“).

<sup>4</sup> In *Grziwotz/Everts/Heinemann/Koller*, Rdnr. 617.

<sup>5</sup> In *Zugehör/Ganter/Hertel*, Rdnr. 2104, 2109 (vgl. aber auch Fn. 1); vgl. *Wolf* in *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 2 Rdnr. 117, der es für „ratsam“ hält, den Zugang beweisbar zu gestalten; weitergehend *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 2003, Rdnr. 392, der stets zur Verwendung eines Einwurf-Einschreibens rät.

<sup>6</sup> Nur dieser Fall soll betrachtet werden; eine konstitutive Mitteilung ohne Zugang löst keine Wirkungen aus, vgl. BGH, MittBayNot 2005, 395 (in diesem Heft).

3. Bekanntlich unterscheidet man in Anschluss vor allem an *Amann*<sup>7</sup> zwischen deklaratorischer und konstitutiver Fälligkeitsermittlung. Eine strenge Dichotomie der Versendungsarten je nach Art der Fälligkeitsermittlung scheint mir jedoch nicht angezeigt. So ist eine regelhafte Gleichsetzung der konstitutiven Mitteilung mit beweisbarem Versand bzw. der deklaratorischen Mitteilung mit einfachem Brief sicherlich nicht sachgerecht. Der V. Zivilsenat hat in der zu besprechenden Entscheidung die Unterscheidung zwischen konstitutiver und deklaratorischer Fälligkeitsermittlung mit keinem Wort erwähnt. Und dies, obwohl die zugrunde liegende Klausel nicht eindeutig erkennen lässt, ob sie als deklaratorische oder konstitutive gedacht war. Der Wortlaut des ersten Absatzes der notariellen Fälligkeitsregelung scheint für eine deklaratorische Fälligkeitsermittlung zu sprechen, da die Fälligkeit des Kaufpreises nicht von dem Vorliegen der Fälligkeitsermittlung abhängen soll. Dem steht der Wortlaut des zweiten Absatzes entgegen, der die Fälligkeitsermittlung als Fälligkeitsermittlung voraussetzung nennt.<sup>8</sup>

Bei Verwendung einer *konstitutiven* Fälligkeitsermittlung kann nur der Notar die Fälligkeit herbeiführen. Soweit auf den Zugang (und nicht auf die Absendung) abzustellen ist, tritt die Fälligkeit erst ein, wenn die Fälligkeitsermittlung dem Käufer zugeht. Diese Tatsache ist nach den allgemeinen Regeln vom Verkäufer zu beweisen. Wenn der Notar die Fälligkeitsermittlung mit einfachem Brief verschickt, hat der Verkäufer in aller Regel im Streitfall keine Beweismöglichkeit. Bei der *deklaratorischen* Fälligkeitsermittlung tritt die Fälligkeit unabhängig von der Mitteilung des Notars mit Eintritt der vereinbarten Voraussetzungen ein. Die Kaufpreisfälligkeit knüpft an den Eintritt eines oder mehrerer Ereignisse an, es liegt also (auch) ein Fall von § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor. Dies spricht zunächst einmal dafür, dass bei der deklaratorischen Mitteilung der Nachweis ihres Zugangs sekundär ist. Eine Verantwortung des Notars, die Fälligkeitsermittlung *zur Herbeiführung der Fälligkeit* zugehen zu lassen, besteht nicht. Verzug wird mangels Verschuldens allerdings erst eintreten, wenn dem Käufer die Mitteilung des Notars zugeht oder er in anderer Weise von dem Eintritt der Voraussetzungen Kenntnis erhält. Der Verkäufer kann den Verzug selbständig herbeizuführen. Der Notar versetzt ihn rein tatsächlich dazu in die Lage, indem er ihm die Fälligkeitsermittlung in Abschrift übersendet. Der Verkäufer weiß freilich nicht, ob die Mitteilung dem Käufer zugegangen ist; durch Rückfrage beim Käufer könnte er sich aber Gewissheit verschaffen und gegebenenfalls zur Herbeiführung des Verzugs tätig werden.

4. Ein Blick auf die verschiedenen Versendungsarten zeigt, dass jede ihre spezifischen Schwächen und Vorzüge hat: Um materiell-rechtlich und beweisrechtlich sicher zu gehen, bedarf es einer Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers gemäß § 132 BGB. Der Absender erhält eine öffentliche Urkunde in Gestalt der Zustellungsurkunde nach § 182 ZPO. Allerdings ist der Einsatz des Gerichtsvollziehers nicht nur kostenintensiv, sondern für den Empfänger möglicherweise auch belastend und diskriminierend. Zwar muss der Gerichtsvollzieher die Zustellung nicht persönlich vornehmen, sondern kann auch die Post um Zustellung ersuchen

<sup>7</sup> In Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 105 ff.

<sup>8</sup> Der Klausel könnte eine missverständliche Umsetzung eines Vorschlags von *Hertel* (DNNotZ 2001, 910, 922) zugrunde liegen, mit dem *Hertel* empfiehlt, eine deklaratorische Fälligkeitsermittlung zu verwenden, den Verzugsseintritt aber an die Mitteilung des Notars zu knüpfen. Hierfür wäre es allerdings erforderlich gewesen, nicht die *Fälligkeit*, sondern den *Eintritt des Verzugs* vom Vorliegen der Mitteilung des Notars abhängig zu machen.

(§ 194 ZPO), die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher muss aber dennoch die Ausnahme sein. Alle anderen Übermittlungsarten sind zwar kostengünstiger, beweisrechtlich aber nicht sicher. Der „Auslieferungsbeleg“ beim Einwurfschreiben der Post kann zwar ein starkes Indiz für den Zugang sein; der Vollbeweis ist aber damit nicht zu erbringen, da der Auslieferungsbeleg nicht die Qualität einer öffentlichen Urkunde hat. Gleiches gilt beweisrechtlich für das Übergabe-schreiben (mit Rückschein). Nachteilig bei letzterer Alternative ist zudem, dass der Empfänger den Zugang verhindern kann, wenn er die Sendung nicht entgegennimmt. Wird die Erklärung mit einfachem Brief versandt, so kann alleine mit der Abgabe der Erklärung der Zugang nicht bewiesen werden. Eine Beweiserleichterung wird von der Rechtsprechung nicht anerkannt.<sup>9</sup>

5. Nicht der Notar sondern die Beteiligten sollten über die Versendungsart entscheiden. Da sich Vor- und Nachteile der Übermittlungsart die Waage halten, sollte der Notar die verschiedenen Übermittlungsarten vorstellen und die Beteiligten diejenige wählen lassen, die ihren Vorstellungen am besten gerecht wird.

Notarassessorin *Andrea Lichtenwimmer*, München

<sup>9</sup> BGHZ 24, 308; BGH, NJW 1995, 665.

3. BGB §§ 171, 172, 173; RBerG Art. 1 § 1; VerbrKrG § 10 Abs. 2; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5 (*Persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung verstößt nicht gegen § 10 Abs. 2 VerbrKrG*)

1. **Im Jahre 1993 konnte die finanzierende Bank im Rahmen eines Steuersparmodells den auf einem Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz beruhenden Mangel einer notariell beurkundeten und vorgelegten Treuhändervollmacht auch nicht in Fällen kennen, in denen die Vollmacht einer Steuerberatungsgesellschaft erteilt worden war.**
2. **§ 10 Abs. 2 VerbrKrG findet keine analoge Anwendung auf (vollstreckbare) abstrakte Schuldanerkenntnisse.**
3. **In einer abstrakten Vollstreckungsunterwerfung liegt nicht zugleich eine Kausalvereinbarung, dass der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen habe.**

BGH, Urteil vom 15.3.2005, XI ZR 135/04

Der Kläger wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde, die beklagte Sparkasse begehrt im Wege der Hilfswiderklage die Rückzahlung von Darlehen. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger, ein damals 55 Jahre alter Bauingenieur, und seine 1996 verstorbene Ehefrau, eine damals 56 Jahre alte Operationsschwester, wurden im Jahre 1993 von einem Vermittler geworben, zwecks Steuerersparnis ohne Eigenkapital eine Eigentumswohnung in G. zu erwerben. Am 6.3.1993 unterbreiteten sie der C. mbH (im folgenden: Geschäftsbesorgerin) ein notarielles Angebot auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages zum Erwerb der Eigentumswohnung. Zugleich erteilten sie der Geschäftsbesorgerin, die über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht verfügte, eine umfassende Vollmacht, sie bei der Vorbereitung, Durchführung und gegebenenfalls Rückabwicklung des Erwerbs zu vertreten. Unter anderem sollte die Geschäftsbesorgerin den Kaufvertrag und die Darlehensverträge abschließen. Zudem war sie zur Bestellung der dinglichen und persönlichen Sicherheiten befugt. Der kalkulierte Gesamtaufwand für das Kaufobjekt war mit 131.633 DM ausgewiesen.

Die Geschäftsbesorgerin nahm das Angebot an und vertrat den Kläger und seine Ehefrau bei der Beurkundung des notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrags am 24.5.1993. Mit diesem erwarben sie die Eigentumswohnung zum Preis von 101.134 DM und übernahmen aus einer zu Gunsten der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im folgenden: Beklagte) noch einzutragenden Grundschuld einen Teilbetrag in Höhe von 131.633 DM sowie die persönliche Haftung für einen Betrag in dieser Höhe nebst 15% Jahreszinsen; wegen der Zahlungsverpflichtung unterwarfen sie sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Am 29.12.1993 schloss die Geschäftsbesorgerin in ihrem Namen mit der Beklagten zur Finanzierung des Kaufpreises und der Erwerbsnebenkosten zwei Realkreditverträge über 19.262 DM und 112.371 DM. Diese sahen vor, dass die Darlehen erst in Anspruch genommen werden durften, wenn die vereinbarten Sicherheiten bestellt waren. In der Anlage zu den jeweiligen Verträgen ist insoweit ein Hinweis auf die Grundschuld, nicht aber auf die Übernahme der persönlichen Haftung enthalten. Die Darlehensbeträge wurden abzüglich des vereinbarten Disagios auf Anweisung der Geschäftsbesorgerin ausgezahlt und zur Finanzierung des Erwerbs verwendet. Nachdem der Kläger seine Zinsleistungen eingestellt hatte, kündigte die Beklagte die Kredite aus wichtigem Grund und beabsichtigt die Zwangsvollstreckung.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Vollstreckungsgegenklage. Er macht ferner geltend, die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sei als Vollstreckungstitel unwirksam, da der Geschäftsbesorgungsvertrag und die in ihm enthaltene Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig seien. Die Beklagte hält dem entgegen, der Kläger könne sich nach Treu und Glauben auf die Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung nicht berufen, da er und seine Ehefrau sich wirksam verpflichtet hätten, ihr einen solchen Titel zu verschaffen. Mit ihrer für den Fall der teilweisen Erfolglosigkeit ihres Klageabweisungsbegehrens erhobenen Hilfswiderklage verlangt sie die Rückzahlung der Darlehen in Höhe von 57.858,78 € nebst Zinsen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Hilfswiderklage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der – vom Berufungsgericht zugelassenen – Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag und ihr Hilfswiderklagebegehren weiter.

#### Gründe:

Die Revision ist teilweise begründet. (...)

## II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. (...)

### 2. Die Vollstreckungsgegenklage ist unbegründet.

a) Die Beklagte muss sich – wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat – den Erwerb der Eigentumswohnung betreffende unrichtige Erklärungen des Vermittlers nicht gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH wird der im Rahmen von Bauherren-, Bauträger- oder Erwerbsermodellen auftretende Vermittler als Erfüllungsgehilfe im Pflichtenkreis der in den Vertrieb nicht eingeschalteten Bank nur insoweit tätig, als sein Verhalten den Bereich der Anbahnung des Kreditvertrages betrifft (st. Rspr., vgl. etwa Senatsurteile vom 3.6.2003, XI ZR 289/02, MittBayNot 2004, 37 und vom 14.10.2003, XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2333). Dies ist bei möglicherweise falschen Erklärungen, die im Zusammenhang mit dem Erwerb der Eigentumswohnung stehen, nicht der Fall (Senatsurteile vom 3.6.2003, XI ZR 289/02, MittBayNot 2004, 37, vom 14.10.2003, XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2333 und vom 23.3.2004, XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1225; vgl. auch BGH, Urteil vom 22.10.2003, IV ZR 398/02, DNotZ 2004, 776).

b) Auch eine Verletzung eigener Aufklärungspflichten der Beklagten hat das Berufungsgericht zu Recht nicht angenommen.

aa) Eine kreditgebende Bank ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger-

und Erwerbsermodellen zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. Dies kann der Fall sein, wenn die Bank im Zusammenhang mit der Planung, der Durchführung oder dem Vertrieb des Projekts über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausgeht, wenn sie einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinzutretenden besonderen Gefährdungstatbestand für den Kunden schafft oder dessen Entstehung begünstigt, wenn sie sich im Zusammenhang mit der Kreditgewährung sowohl an den Bauträger als auch an die einzelnen Erwerber in schwerwiegende Interessenkonflikte verwickelt oder wenn sie in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann (st. Rspr., vgl. etwa die Nachweise in dem Senatsurteil vom 23.3.2004, XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1225).

Solche besonderen Umstände hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei nicht festgestellt.

(1) Zu Recht hat es schlüssigen Vortrag des Klägers zu seiner Behauptung, die Beklagte sei über ihre Rolle als finanzierende Bank hinausgegangen, vermisst.

(2) Zutreffend ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, dass die Beklagte nicht wegen im Kaufpreis enthaltener und an den Vertrieb gezahlter – teils versteckter – Provisionen aufklärungspflichtig war. Eine Aufklärungspflicht kommt nach ständiger Rechtsprechung des BGH nur ausnahmsweise in Betracht, wenn die Provision zu einer so wesentlichen Verschiebung des Verhältnisses zwischen Kaufpreis und Verkehrswert der Kapitalanlage beiträgt, dass das Kreditinstitut – anders als hier – von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen musste (st. Rspr., vgl. etwa Senatsurteile vom 20.1.2004, XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524 und vom 23.3.2004, XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1225; BGH, Urteil vom 22.10.2003, IV ZR 398/02, DNotZ 2004, 776).

bb) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht auch im Hinblick auf das Lebensalter der Darlehensnehmer und die langfristigen Darlehensverpflichtungen kein vorvertragliches Aufklärungsverschulden der Beklagten angenommen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts fehlt es insoweit allerdings bereits an einer Aufklärungspflicht der Beklagten. Da die Darlehensvertragsformulare sowohl die Zinsbindungsfrist als auch die Laufzeit der Darlehen korrekt auswiesen, durfte die Beklagte davon ausgehen, dass auf Seiten der Darlehensnehmer, die sich in Kenntnis ihres Alters zum fremdfinanzierten Erwerb der Wohnung und der damit verbundenen langfristigen Darlehensverpflichtungen entschlossen hatten, insoweit ein Informationsbedarf nicht vorlag.

3. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht die gegen die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels gerichtete prozessuale Gestaltungsklage des Klägers für begründet gehalten.

a) Wie auch die Revision nicht in Zweifel zieht, ist die in der notariellen Urkunde vom 24.5.1993 von der Geschäftsbesorgerin als Vertreterin des Klägers und seiner Ehefrau erklärte Vollstreckungsunterwerfung mangels gültiger Vollmacht zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung unwirksam mit der Folge, dass kein wirksamer Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geschaffen wurde. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag, der so umfas-

sende Befugnisse wie hier enthält, ist nichtig (st. Rspr., siehe etwa Senatsurteile vom 9.11.2004, XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73 und vom 15.2.2005, XI ZR 396/03, Umdruck S. 8 f. m. w. N. sowie BGH, Urteil vom 8.10.2004, V ZR 18/04, DNotZ 2005, 201). Die Nichtigkeit erfasst neben der umfassenden Abschlussvollmacht auch die zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung erteilte Prozessvollmacht. Wie auch die Revision nicht in Zweifel zieht, ist die unwirksame Prozessvollmacht nicht etwa aus Rechtsscheingesichtspunkten in analoger Anwendung der §§ 172 ff. BGB als gültig zu behandeln, da diese Bestimmungen für die dem Geschäftsbesorger erteilte prozessuale Vollmacht keine Geltung haben (BGHZ 154, 283, 287; BGH, Urteile vom 22.10.2003, IV ZR 33/03, DNotZ 2004, 308 sowie IV ZR 398/02, DNotZ 2004, 776; Senatsurteile vom 18.11.2003, XI ZR 332/02, DNotZ 2004, 360, vom 2.12.2003, XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375 und vom 2.3.2004, XI ZR 267/02, BKR 2004, 236, 238).

b) Entgegen der Auffassung der Revision ist es dem Kläger nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht verwehrt, sich gegenüber der Beklagten auf die Nichtigkeit der notariellen Vollstreckungsunterwerfung vom 24.5.1993 zu berufen. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Kläger gegenüber der Beklagten verpflichtet wäre, sich hinsichtlich der Darlehensverbindlichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen (vgl. BGH, Urteile vom 22.10.2003, IV ZR 398/02, DNotZ 2004, 776 und IV ZR 33/03, DNotZ 2004, 308 sowie vom 10.3.2004, IV ZR 143/03, WM 2004, 922, 923; Senatsurteile vom 18.11.2003, XI ZR 332/02, DNotZ 2004, 360, vom 2.12.2003, XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375, vom 2.3.2004, XI ZR 267/02, BKR 2004, 236, 239 und vom 15.2.2005, XI ZR 396/03, Umdruck S. 11). Eine solche Verpflichtung hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht nicht angenommen.

aa) Anders als in den genannten Fällen, in denen der Bundesgerichtshof bislang den Einwand der finanzierenden Bank aus § 242 BGB für durchgreifend erachtet oder ihn jedenfalls erwogen hat, enthalten die Darlehensverträge hier keine Verpflichtung der Darlehensnehmer, die persönliche Haftung in Höhe des Grundschuldbetrages zu übernehmen und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. Dies macht auch die Revision nicht geltend.

bb) Sie will die Verpflichtung vielmehr aus dem notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrag vom 24.5.1993, der die Übernahme der persönlichen Haftung und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung enthält, herleiten. Das hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht abgelehnt.

(1) Allerdings scheidet eine Umdeutung der Unterwerfungserklärung in eine Verpflichtung des Klägers, einen entsprechenden Titel zu schaffen, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an § 9 AGBG. Es entspricht jahrzehntelanger Praxis, dass sich der mit dem persönlichen Kredit-schuldner identische Grundschuldbesteller bei Bankdarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muss; eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners liegt darin nach ständiger, vom Berufungsgericht unberücksichtigt gelassener Rechtsprechung des BGH nicht (BGHZ 99, 274, 282 f. = MittBayNot 1987, 81; Senatsurteile BGHZ 114, 9, 12 f. = MittBayNot 1991, 158, vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, DNotZ 2003, 203, vom 28.10.2003, XI ZR 263/02, MittBayNot 2004, 184 und vom 15.2.2005, XI ZR 396/03, Umdruck S. 14; BGH, Urteile vom 22.10.2003, IV ZR 398/02, DNotZ 2004, 776 und IV ZR 33/03, DNotZ 2004, 308). Der Umstand, dass die Darlehen des Klägers bei Abschluss des notariellen Kauf- und Werk-

lieferungsvertrages noch nicht aufgenommen waren, ändert hieran schon deshalb nichts, weil nach ständiger, vom Berufungsgericht ebenfalls unberücksichtigt gelassener Rechtsprechung des BGH auch künftige Forderungen Gegenstand von Unterwerfungserklärungen sein können (BGHZ 88, 62, 65; BGH, Urteile vom 23.11.1979, V ZR 123/76, WM 1980, 316, 317, vom 25.6.1981, III ZR 179/79, WM 1981, 1140, 1141 und vom 2.11.1989, III ZR 143/88, DNotZ 1990, 552). Der erhöhten Haftungsgefahr wird – was das Berufungsgericht übersieht – dadurch Rechnung getragen, dass der Schuldner, wenn der materielle Anspruch noch nicht besteht, nach §§ 795, 769 bzw. 732 Abs. 2 ZPO Eilmaßnahmen erwirken kann (*Münzberg* in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 794 Rdnr. 128). Die vom Berufungsgericht weiter vertretene Ansicht, die Situation sei insoweit ähnlich wie in Fällen, in denen ein Dritter formularmäßig zum persönlichen Schuldner erklärt wird, entbehrt jeder Grundlage.

(2) Eine persönliche Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung bei der Bestellung einer Grundschuld verstößt auch nicht gegen § 10 Abs. 2 VerbrKrG. Verboten ist danach nur die Entgegennahme eines Wechsels oder eines Schecks zur Sicherung eines Verbraucherkredits. Auf (vollstreckbare) abstrakte Schuldanerkenntnisse ist § 10 Abs. 2 VerbrKrG nicht analog anwendbar. Die in der Literatur vertretene Gegenansicht (vgl. MünchKommBGB/*Habersack*, 4. Aufl., § 496 Rdnr. 8, *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB [2004], § 496 Rdnr. 28, *Vollkommer*, NJW 2004, 818 ff., jew. m. w. N.) übersieht, dass es schon an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Die Erstreckung des Verbots des § 10 Abs. 2 VerbrKrG auf vollstreckbare notarielle Schuldanerkenntnisse ist im Rechtsausschuss des Bundestages beraten worden. Die Mehrheit des Ausschusses hat sie ausdrücklich abgelehnt (BT-Drucks. 11/8274, S. 22). Angesichts dessen spricht unter Berücksichtigung der dem Gesetzgeber bekannten jahrzehntelangen Praxis, dass sich Realkreditnehmer regelmäßig der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen unterwerfen müssen, nichts dafür, dass der Gesetzgeber diese Praxis unterbinden wollte. Er hat § 10 Abs. 2 VerbrKrG vielmehr bewusst auf Wechsel und Schecks beschränkt (Senatsbeschluss vom 23.11.2004, XI ZR 27/04, MittBayNot 2005, 300).

(3) Die Entscheidung des Berufungsgerichts, es fehle an einer wirksamen Verpflichtung des Klägers, sich hinsichtlich der Darlehensansprüche der Beklagten der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, erweist sich im Ergebnis dennoch als richtig. Der notarielle Kauf- und Werklieferungsvertrag vom 24.5.1993 enthält entgegen der Auffassung der Revision keine entsprechende Verpflichtung des Klägers.

(a) Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, fehlt eine ausdrückliche Verpflichtung im Vertrag. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist angesichts des Wortlauts des Vertrages, der zwar die entsprechenden Erklärungen des Klägers enthält, in dem aber von dessen Verpflichtung, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, keine Rede ist, nicht zu beanstanden.

(b) Entgegen der Auffassung der Revision liegt auch nicht in jeder abstrakten Vollstreckungsunterwerfung grundsätzlich zugleich eine Kausalvereinbarung, dass der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen habe (so allerdings MünchKommZPO/*Wolfsteiner*, 2. Aufl., § 794 Rdnr. 131). Personalsicherheiten tragen vielmehr ihren Rechtsgrund in sich selbst. Eines besonderen Sicherungsvertrages bedarf es insoweit nicht; Gläubiger und Schuldner können allerdings einen solchen schließen mit dem Inhalt, dass der Schuldner eine Personalsicherheit stellen muss (*Ganter* in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 2. Aufl.,

§ 90 Rdnr. 21; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 6. Aufl., Rdnr. 52).

Nichts spricht dafür, dass hier eine derartige Vereinbarung getroffen worden ist, mit der sich der Kläger und seine Ehefrau gegenüber der Beklagten verpflichtet hätten, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. Das Berufungsurteil enthält, anders als die Revision meint, keine Feststellungen zur Begründung einer Verpflichtung über den Wortlaut des Kauf- und Werklieferungsvertrages hinaus. Auch sonst ist eine solche nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere angesichts des für die Feststellung des übereinstimmenden Willens zu berücksichtigenden nachvertraglichen Verhaltens der Parteien (vgl. Senatsurteil vom 2.3.2004, XI ZR 288/02, WM 2004, 828, 829 m. w. N.). Die beiden – später abgeschlossenen – Darlehensverträge enthalten keinerlei Hinweis darauf, dass die Darlehen durch vollstreckbare Schuldanerkenntnisse in Höhe des Grundschuldbetrages zu besichern seien oder besichert würden. Ausdrücklich Bezug genommen wird allein auf die bestellte Grundschuld.

(c) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht daher auch eine am wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien orientierte Umdeutung der unwirksamen Unterwerfungserklärung in eine Verpflichtung des Klägers, sich hinsichtlich der Darlehensverbindlichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, abgelehnt.

4. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht die von der Beklagten für den Fall der teilweisen Erfolglosigkeit ihres Klageabweisungsantrags erhobene Hilfswiderklage auf Darlehensrückzahlung für nicht begründet erachtet hat, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind nach dem für die Revision zugrunde zulegenden Sachverhalt die Darlehensverträge wirksam zustande gekommen.

a) Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, sind die §§ 171 und 172 BGB nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des BGH auf die einem Geschäftsbesorger erteilte Abschlussvollmacht auch dann anwendbar, wenn dessen umfassende Bevollmächtigung – wie hier – unmittelbar gegen Art. 1 § 1 RBERG verstößt und nach § 134 BGB nichtig ist (siehe etwa BGH, Urteile vom 22.10.2003, IV ZR 33/03, DNotZ 2004, 308, vom 10.3.2004, IV ZR 143/03, WM 2004, 922, 924, vom 23.3.2004, XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1223 f., vom 20.4.2004, XI ZR 164/03, MittBayNot 2005, 36 und XI ZR 171/03, DNotZ 2004, 787 sowie vom 8.10.2004, V ZR 18/04, DNotZ 2005, 201). An dieser Rechtsprechung hält der Senat – wie er mit Urteilen vom 26.10.2004 (XI ZR 255/03, DNotZ 2005, 208, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) und vom 9.11.2004 (XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73 ff.) im einzelnen ausgeführt hat – auch unter Berücksichtigung der Entscheidungen des II. Zivilsenats vom 14.6.2004 und zwar auch unter Berücksichtigung der dort erörterten Frage der Schutzwürdigkeit der finanzierenden Banken (II ZR 393/02, WM 2004, 1529, 1531 und II ZR 407/02, DNotZ 2005, 29) jedenfalls für den Bereich kreditfinanzierter Grundstücksgeschäfte fest. Der Einwand der Revisionserwiderung, das Vertrauen der Bank auf eine wirksame Bevollmächtigung sei nur bei Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts schützenswert, rechtfertigt schon deshalb kein anderes Ergebnis, weil es an einem Verkehrsgeschäft nur fehlt, wenn die Vertragspartner – anders als hier – persönlich oder wirtschaftlich identisch sind (vgl. RGZ 143, 202, 206 f.; BGH, Urteile vom 2.4.1998, IX ZR 232/96, WM 1998, 1037, 1040 und vom 21.10.2002, II ZR 118/02, WM 2003, 25, 26; Senatsurteil vom 21.4.1998, XI ZR 239/97, WM 1998, 1277, 1278).

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, ein gemäß §§ 171, 172 BGB an die Vorlage einer Vollmachtsausfertigung anknüpfender Rechtsschein scheidet mit Rücksicht auf § 173 BGB aus, da der Beklagten der Verstoß der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte bekannt sein müssen, hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

Wie die Revision zu Recht geltend macht, war der Beklagten der Mangel der Vertretungsmacht hier weder bekannt noch musste sie ihn gemäß § 173 BGB kennen. Für die Frage, ob der Vertragspartner den Mangel der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts gemäß § 173 BGB kennt oder kennen muss, kommt es nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nicht auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der den Mangel der Vertretungsmacht begründenden Umstände an, sondern auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Mangels der Vertretungsmacht selbst (Senatsurteile vom 3.6.2003, XI ZR 289/02, MittBayNot 2004, 37, vom 2.12.2003, XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421, vom 16.3.2004, XI ZR 60/03, WM 2004, 1127, 1128, vom 23.3.2004, XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1224 und vom 9.11.2004, XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75).

Daran fehlt es hier. Dass die Beklagte positive Kenntnis von der Unwirksamkeit der Vollmacht hatte, ist nicht festgestellt. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts konnten damals alle Beteiligten den Verstoß des Geschäftsbesorgungsvertrages und der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz auch nicht erkennen. Zwar darf sich ein Vertragsgegner rechtlichen Bedenken, die sich gegen die Wirksamkeit der Vollmacht ergeben, nicht verschließen. Dabei sind an eine Bank, die über rechtlich versierte Fachkräfte verfügt, strengere Sorgfaltsanforderungen zu stellen, als an einen juristisch nicht vorgebildeten Durchschnittsbürger (BGH, Urteile vom 8.11.1984, III ZR 132/83, WM 1985, 10, 11 und vom 10.1.1985, III ZR 146/83, WM 1985, 596, 597). Allerdings dürfen auch im Rahmen des § 173 BGB die Anforderungen an eine Bank nicht überspannt werden (BGH, WM 1985, 10, 11). Der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens kann der Bank danach nur gemacht werden, wenn sie aus den ihr vorgelegten Unterlagen den rechtlichen Schluss ziehen musste, dass die Vollmacht unwirksam war (BGH, WM 1985, 596, 597; Senatsurteil vom 9.11.2004, XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75). Davon kann – anders als das Berufungsgericht meint – im Jahr 1993 keine Rede sein, da der Geschäftsbesorgungsvertrag und die zu seiner Durchführung erteilte Vollmacht einer damals weit verbreiteten und seinerzeit nicht angezweifelten Praxis entsprachen (vgl. BGH, Urteil vom 8.10.2004, V ZR 18/04, DNotZ 2005, 201), die Vollmacht notariell beurkundet war (BGH, Urteil vom 8.11.1984, III ZR 132/83, WM 1985, 10, 11) und 1994 nicht einmal ein Notar Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vollmacht haben musste (BGHZ 145, 265, 275 ff.). Den vor dem Jahr 2000 ergangenen Entscheidungen des BGH ließ sich nichts entnehmen, was für einen Verstoß eines umfassenden Treuhand- oder Geschäftsbesorgungsvertrages und der mit ihm verbundenen Vollmacht des Treuhänders/Geschäftsbesorgers gegen Art. 1 § 1 RBERG i. V. mit § 134 BGB gesprochen hätte (st. Rspr., vgl. etwa die Nachweise in dem Senatsurteil vom 9.11.2004, XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75). Dies gilt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht nur nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats, sondern nach der Rechtsprechung aller damit befassten Senate des BGH auch bei umfassenden Treuhandvollmachten, die – wie hier – einer Steuerberatungsgesellschaft erteilt wurden. Sowohl die vor Erlass des Berufungsurteils ergangenen Urteile des BGH vom 18.9.2001 (XI ZR 321/00, MittBayNot 2003, 46), vom 18.3.2003 (XI ZR 188/02, WM 2003, 919,

920), vom 2.12.2003 (XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421 f.) und vom 22.10.2003 (IV ZR 33/03, DNotZ 2004, 308) als auch die nach Erlass des Berufungsurteils veröffentlichten Urteile vom 10.3.2004 (IV ZR 143/03, WM 2004, 922, 924), vom 8.10.2004 (V ZR 18/04, DNotZ 2005, 201), vom 26.10.2004 (XI ZR 255/03, DNotZ 2005, 208), vom 9.11.2004 (XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75) und vom 11.1.2005 (XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 329) betreffen umfassende Vollmachten für Steuerberatungsgesellschaften.

Keiner der Senate hat – zu Recht – auch nur in Erwägung gezogen, für die Gutgläubigkeit der kreditgebenden Bank könnten bei der Vorlage einer Ausfertigung einer Steuerberatungsgesellschaft erteilten umfassenden notariellen Vollmacht besondere Anforderungen zu stellen sein. Die abweichende Ansicht des Berufungsgerichts entbehrt jeder Grundlage. Die in diesem Zusammenhang vom Berufungsgericht erörterte Rechtsprechung zur unerlaubten Rechtsberatung und Rechtsbesorgung durch Steuerberater rechtfertigt keine andere Beurteilung. Sie befasst sich nicht einmal mit der Frage, ob die im Rahmen von Steuersparmodellen durch Steuerberater ausgeführte treuhänderische Geschäftsbesorgung eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung darstellt. Die Beklagte war entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht etwa zu einer eingehenden Prüfung der Vereinbarkeit der Vollmacht der Geschäftsbesorgerin mit dem Rechtsberatungsgesetz verpflichtet. Da im Rahmen der §§ 172, 173 BGB keine allgemeine Überprüfungs- und Nachforschungspflicht besteht (BGHZ 144, 223, 230 = MittBayNot 2000, 427 und Urteile vom 2.5.2000, XI ZR 108/99, WM 2000, 1247, 1250 sowie vom 18.9.2001, XI ZR 321/00, MittBayNot 2003, 46), musste die Beklagte nicht nach bis dahin in Rechtsprechung und Literatur unentdeckten rechtlichen Problemen suchen (BGH vom 9.11.2004, XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75 f.).

c) Der danach anwendbare § 172 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Beklagten entweder spätestens bei Abschluss der Darlehensverträge eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin des Klägers ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde vorlag (st. Rspr., vgl. BGHZ 102, 60, 63; BGH vom 26.10.2004, XI ZR 255/03, DNotZ 2005, 208 und vom 9.11.2004, XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75, je m. w. N.) oder dass die Vollmacht dem Notar bei der Beurkundung des notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrags vorlag, dieser das Vorliegen der Vollmacht ausdrücklich in seine Verhandlungsniederschrift aufgenommen und deren Ausfertigung zusammen mit einer Abschrift der Vollmacht der Beklagten zugeleitet hat (vgl. BGHZ 102, 60, 65). Hierzu hat das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus konsequent – bislang keine Feststellungen getroffen.

d) Nach dem für die Revision zu Grunde zulegenden Sachverhalt erweist sich auch die weitere Ansicht des Berufungsgerichts als rechtsfehlerhaft, der Kläger hafte nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Rückzahlung der Darlehensvaluta, da er durch die Auszahlung zum Zwecke der Kaufpreiszahlung von keiner Verbindlichkeit frei geworden sei. Ein Darlehen gilt als empfangen, wenn der Kreditgeber es vereinbarungsgemäß an einen Dritten ausgezahlt hat (BGHZ 152, 331, 336 f.). Sofern die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht der Beklagten gegenüber als gültig zu behandeln ist, haben der Kläger und seine Ehefrau daher die Darlehenssumme empfangen, da die Darlehensvaluta in diesem Fall auf ihre Weisung ausgezahlt worden ist. War die Abschlussvollmacht unwirksam, scheidet ein Anspruch der Beklagten gegen den Kläger aus ungerechtfertigter Bereicherung von vornherein aus. Die Darlehenssumme ist in diesem Fall aufgrund der – unwirksamen – Anweisungen der Geschäftsbesorgerin

nicht an den Kläger und seine Ehefrau, sondern letztlich an andere Beteiligte ausgezahlt worden. Nur diese Zuwendungsempfänger kann die Beklagte auf Rückerstattung der Darlehensvaluta in Anspruch nehmen (vgl. BGH vom 20.4.2004, XI ZR 171/03, DNotZ 2004, 787 und vom 11.1.2005, XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 329, jew. m. w. N.).

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Aufsatz von *Reiß*, MittBayNot 2005, 371 (in diesem Heft).

4. BGB §§ 434 Abs. 1, 437, 444, 453 Abs. 3, 323 Abs. 1 (*Feuchtigkeit im Keller als verdeckter Mangel*)

- 1. Die unzureichende Isolierung der Wände des Kellergeschosses gegen Feuchtigkeit und der darauf beruhende, einer Besichtigung nicht ohne weiteres zugängliche Eintritt von Feuchtigkeit stellt regelmäßig einen für den Kaufentschluss maßgeblichen Mangel eines Gebäudes dar, den der Verkäufer redlicherweise insbesondere dann nicht verschweigen darf, wenn ihm die ausdrückliche Erklärung abverlangt worden war, verdeckte Mängel seien ihm nicht bekannt.**
- 2. Die Grunderwerbsteuer können die geschädigten Käufer, die aus Rechtsgründen die Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs erzwingen, regelmäßig im Wege der Vorteilsausgleichung analog § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung der Erstattungsansprüche an den Fiskus geltend machen.**

OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.10.2004, 17 U 7/04

Die Kläger verlangen im Wege des Rücktritts und Schadensersatzes die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über ein Erbbaurecht. Die Parteien schlossen am 20.6.2002 einen notariellen Kaufvertrag über das Erbbaurecht an dem Grundstück eingetragen im Grundbuch von M. Der Erwerbspreis betrug 230.000 €. § 3 Ziffer 2 des notariellen Vertrages enthält einen Gewährleistungsausschluss für Sachmängel und die Bestimmung, dass der Veräußerer nicht die Verwendbarkeit bzw. Eignung für bestimmte Zwecke oder Ziele schuldet. Ferner erklärte der Beklagte dort, dass ihm nicht erkennbare Mängel, insbesondere auch Altlasten, nicht bekannt seien.

Der Vertrag kam zustande unter Beteiligung des Maklers und Zeugen H., der gemeinsam mit dem Beklagten ein den Klägern vorvertraglich bekannt gewordenes Exposé erstellt hatte. Ausweislich dieses Exposés handelte es sich um eine voll unterkellerte Doppelhaushälfte, deren Kellergeschoss als Untergeschoss an der tiefer liegenden Gartenseite zu Wohnzwecken ausgebaut ist. Anfang 2002 wollte der Beklagte das Erbbaurecht veräußern und deshalb zunächst ein Verkehrswertgutachten einholen. Er wandte sich an den öffentlich bestellten Sachverständigen B., der bereits das Nachbarhaus begutachtet hatte. Anlässlich eines Besichtigungstermins am 9.6.2001 wies der Architekt B. den Beklagten darauf hin, dass das Anwesen über keine ausreichende Absicherung gegen sog. drückendes Wasser verfüge, man deshalb mit einer regelmäßigen Durchfeuchtung rechnen müsse und entsprechende Abdichtungsmaßnahmen überaus teuer seien. Der Beklagte teilte diese Auffassung nicht und beauftragte statt des Sachverständigen B. den öffentlich bestellten Sachverständigen K., der in seinem Gutachten vom 2.7.2001 zu einem Verkehrswert des Erbbaurechts in Höhe von 375.000 DM (= 191.734,45 €) gelangte. In dem Gutachten heißt es u. a.:

„Im Untergeschoss sind Wohn- und Aufenthaltsräume vorhanden. Sie sind durch Abdichtungsmaßnahmen gegen Feuchtigkeit zu sichern – Einbau einer Hebeanlage. Im Nebengebäude ist die Schaffung von Aufenthaltsräumen möglich nach Durchführung baulicher Maßnahmen: Abdichtung gegen Erdfeuchtigkeit, Maßnahmen des Wärmeschutzes. (...) Eine notwendige Ab-

dichtung des Untergeschosses gegen Feuchtigkeit ist an der Straßenseite herzustellen – an der Giebelseite und der Gartenseite sind die Außenflächen durch Tieferlegen des Geländes gegen Feuchtigkeit zu sichern.“

Vor Vertragsschluss wurde das auf dem Grundstück befindliche Haus von den Klägern drei Mal unter Einbeziehung der Kellerräume besichtigt. Zu einer dieser Besichtigungen zogen sie den Zeugen R. M. hinzu, den sie im Rahmen beabsichtigter Sanierungs- und Umbaumaßnahmen mit Architektenleistungen beauftragen wollten. Bei dieser Besichtigung wurde von dem Zeugen H. ein Trocknungsrand an der Innenseite der Kellerwand angesprochen unter Hinweis auf einen einmaligen Wassereintritt infolge eines Gewitterregens, dessen Auswirkungen behoben seien. Weitere Einzelheiten der Gesprächsinhalte anlässlich der Besichtigungen sind zwischen den Parteien streitig. Die unterirdisch liegenden Kelleraußenwände verfügten bei Vertragsschluss über keinen effektiven Feuchtigkeitsschutz. Die Innen- und Außenwandputzflächen im Sockelbereich wiesen Schadstellen auf.

Mit Anwaltsschreiben vom 12.3.2003 forderten die Kläger den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 31.3.2003 erfolglos zur Beseitigung näher spezifizierter feuchtigkeitsbedingter Mängel auf, andernfalls sie Rückabwicklung des Vertrages begehrten. Der Beklagte wies dies mit Anwaltsschreiben vom 24.4.2003 zurück. Die Kläger erklärten daraufhin mit Anwaltsschreiben vom 19.5.2003 den Rücktritt vom Vertrag. Mit ihrer Klage begehren sie u. a. neben der Rückzahlung des Kaufpreises von 230.000 € weitere bezifferte Positionen in Höhe von insgesamt 30.960,84 €.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Berufung des Beklagten ist nur in geringem Umfang begründet. Gem. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB ist das BGB in der ab dem 1.1.2002 geltenden Fassung anzuwenden.

Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, das landgerichtliche Urteil sei schon deshalb aufzuheben, weil in den Entscheidungsgründen die Anspruchsgrundlage nicht zutreffend aufgeführt sei. Allerdings befassen sich die vom Landgericht zitierten §§ 281 Abs. 5 i. V. m. 346 Abs. 1 BGB mit dem Rückgewähranspruch des Schuldners (hier des Beklagten), wenn der Gläubiger (hier die Kläger) Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt. Die Nennung einer unzutreffenden Anspruchsgrundlage bei im Übrigen zutreffender rechtlicher Würdigung vermag dem Rechtsmittel jedoch nicht zum Erfolg zu verhelfen (vgl. *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 24. Aufl., § 313 Rdnr. 19, 24).

Die Kläger haben gegen den Beklagten gem. §§ 453 Abs. 3, 434 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB nach Rücktritt vom notariellen Vertrag einen Anspruch auf Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises in Höhe von 230.000 €. Ferner haben sie gem. §§ 453 Abs. 3, 434 Abs. 1, 437 Nr. 3, 281 Abs. 1, 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hinsichtlich der geltend gemachten Schadenspositionen sowie einen Anspruch auf die begehrte Feststellung. Die Geltendmachung von Schadensersatz wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen, § 325 BGB (*Palandt/Putzo*, BGB, 63. Aufl., § 437 Rdnr. 43).

1. Der Beklagte hat die ihm aus dem notariellen Kaufvertrag vom 20.6.2002 gem. §§ 453 Abs. 3, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB obliegenden Verpflichtungen verletzt, denn er hat das Haus den Klägern nicht frei von Sachmängeln übergeben.

Allerdings folgt dies noch nicht aus § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB, denn die im notariellen Vertrag enthaltene Erklärung des Beklagten, ihm seien versteckte Mängel nicht bekannt, stellt keine Vereinbarung der Beschaffenheit i. S. dieser Vorschrift dar (*Palandt/Putzo*, § 434 BGB Rdnr. 68; BGH, NJW-RR 1992, 333). Das Haus ist jedoch deshalb nicht frei von Sach-

mängeln, weil infolge seiner tatsächlichen Beschaffenheit bei bestimmungsgemäßer Verwendung die Eignung vermindert ist (*Palandt/Putzo*, § 434 BGB Rdnr. 23). Zu Recht und mit zutreffender Begründung, der sich der Senat nach eigener Prüfung anschließt, ist das Landgericht bei Auslegung des notariellen Vertrags zu dem Ergebnis gekommen, dass auch unter Berücksichtigung von § 3 Nr. 2 des Vertrages jedenfalls die Freiheit von einer die Verwendung zu Wohnzwecken beeinträchtigenden Feuchtigkeit geschuldet sei. Dafür spricht auch die Anpreisung im Exposé, wonach das Kellergeschoss an der tiefer liegenden Gartenseite zu Wohnzwecken ausgebaut sei. Das Landgericht ist nach der Beweisaufnahme zu Recht davon ausgegangen, dass das Haus über keine hinreichende Isolierung gegen Feuchte (mehr) verfügte, es infolgedessen zum Eintritt von Feuchtigkeit in die Wände des Kellergeschosses gekommen sei und es zusätzlicher Sanierungsmaßnahmen zum Schutz gegen eindringende Feuchte bedürfe. Die unzureichende Isolierung der Wände des Kellergeschosses gegen Feuchtigkeit und der darauf beruhende Eintritt von Feuchtigkeit stellt regelmäßig – wie auch hier – einen für den Kaufentschluss maßgeblichen Mangel dar und begründet einen Fehler des Gebäudes (BGH, NJW-RR 1992, 333; OLG Hamm, OLGR Hamm 2001, 360, 362). Dies gilt umso mehr, wenn die im Keller gelegenen Räumlichkeiten – wie hier – nach der übereinstimmenden Vorstellung der Vertragsparteien teilweise zu Wohnzwecken genutzt werden sollen.

Die Angriffe des Beklagten gegen die landgerichtliche Beweiswürdigung greifen nicht durch. Gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellte Tatsachen seiner Verhandlung und Entscheidung zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Das Berufungsgericht hat regelmäßig die tatsächlichen Grundlagen und deren Wertung durch das zunächst tätig gewordene Gericht nur noch darauf zu überprüfen, ob die Begründung der erstinstanzlichen Entscheidung die Denkgesetze, Erfahrungsgrundsätze und die Verfahrensvorschriften beachtet (OLG Saarbrücken, NJW-RR 2003, 139; KG, MDR 2004, 533). Danach ist die landgerichtliche Beweiswürdigung nicht zu beanstanden. Entgegen den Ausführungen des Beklagten (...) hat das Landgericht das Vorliegen eines Mangels nach einer verfahrensrechtlich nicht zu beanstandenden Beweisnahme im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung gem. § 286 Abs. 1 ZPO nachvollziehbar begründet. Wie das Landgericht ausgeführt hat, kommt es nicht darauf an, ob vorliegend die Gefahr von „drückendem Wasser“ bestand oder die Feuchtigkeit lediglich durch „Erdfeuchte“ verursacht wurde und ob Siedlungshäuser aufgrund des damaligen Bautenstands keine oder nur minimale Abdichtungen gegen Erdfeuchte aufweisen. Zutreffend ist es dem dazu gestellten Beweisanspruch des Beklagten auf Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht nachgegangen. Maßgeblich sind die von den Zeugen bekundeten Durchfeuchtungen und der nicht – jedenfalls nicht mehr – vorhandene Feuchteschutz. Bereits aus den Angaben des sachverständigen Zeugen K. in seinem für den Beklagten erstellten Gutachten vom 2.7.2001 folgt, dass das Untergeschoss nicht ausreichend gegen Feuchtigkeit abgesichert war und es deshalb Abdichtungsmaßnahmen bzw. eines Tieferliegens des Geländes zum Schutz gegen Feuchtigkeit bedurfte. Nach den Bekundungen des sachverständigen Zeugen K. waren die von ihm festgestellten Feuchtigkeitsspuren z. B. am freistehenden Giebel auf die nicht ausreichend abgedichtete bzw. isolierte Außenwand eingedrungene Erdfeuchtigkeit zurückzuführen.

Daran vermag auch die in der Berufung vorgelegte Stellungnahme des sachverständigen Zeugen vom 19.5.2004 nichts zu ändern. Vielmehr werden auch darin eine Belastung durch Bodenfeuchtigkeit sowie Putzschäden an der Außenwand des Giebels, wie sie durch aufsteigende Feuchtigkeit erscheinen, bejaht. Zu Recht würdigt das Landgericht im Übrigen, dass auch der sachverständige Zeuge B. aufsteigende Feuchtigkeit und einen mangelnden Feuchtigkeitsschutz nicht nur im Nachbarhaus, sondern auch im streitigen Objekt festgestellt hat. Auch der Zeuge D. hat Feuchtigkeit mittels eines Feuchtemessgerätes im Kellergeschoss sowie eine nicht hinreichende Abdichtung gegen Feuchtigkeit festgestellt. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob sich das Ausmaß der eingedrungenen Feuchtigkeit bis zu der Besichtigung durch den Zeugen D. im Oktober 2002 infolge des nicht ordnungsgemäß angeschlossenen Regenfallrohres verstärkt und Feuchtigkeitsschäden hervorgerufen hatte. Dies vermag an der mangelnden Abdichtung gegen Feuchtigkeit und den auch von den übrigen Zeugen bekundeten früheren Feuchteinwirkungen nichts zu ändern. Im Übrigen ist dieser neue Vortrag des Beklagten gem. § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Es ist nicht ersichtlich, dass einer der Ausnahmegründe dieser Vorschrift vorliegen. Wie der Beklagte selbst vorträgt, hatten die Kläger vielmehr schon erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 12.3.2003 vorgetragen, dass hinter dem WC im Kellergeschoss ein massiver Wasserschaden zu verzeichnen sei aufgrund eines schon seit langem defekten Regenfallrohrs der Außenfassade. Der Beklagte ist danach nicht erst durch die Feststellung des in seinem Auftrag tätigen Sachverständigen B. (vgl. dessen Stellungnahme vom 13.1.2004) auf diesen Umstand aufmerksam geworden. Soweit sich der Beklagte im Schriftsatz vom 29.9.2004 erstmals zum Beweis seiner Behauptung, es habe zum Zeitpunkt der Übergabe des Anwesens an die Kläger keine übermäßige und anhaltende Feuchtigkeit vorgelegen, auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens beruft, war dies von dem mit Verfügung vom 8.9.2004 eingeräumten Schriftsatzrecht nicht umfasst und bot keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, §§ 525, 296 a, 156 ZPO.

2. Die Kläger können gem. §§ 453, 434 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB den gezahlten Kaufpreis zurückverlangen und daneben gem. §§ 437 Nr. 3, 280, 281 Abs. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung vom Beklagten verlangen. Sie haben ihm erfolglos Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt. Der Beklagte hat daraufhin die Nacherfüllung verweigert. Dem Rücktritt und der Geltendmachung des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung stehen §§ 323 Abs. 5 Satz 2, 281 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht entgegen. Der für die Unerheblichkeit beweispflichtige Beklagte (MünchKommBGB/Ernst, 4. Aufl., § 281 Rdnr. 149) hat dazu erstinstanzlich weder hinreichend vorgetragen noch Beweis angeboten. Soweit er erstmals in der Berufung unter Beweisantritt vorträgt, eine Abdichtung würde allenfalls Kosten in Höhe von 3.000–4.000 € verursachen und die vom Sachverständigen Zeugen B. für das Nachbarhaus genannten 32.000 DM brutto könnten entgegen dessen Auffassung mangels Vergleichbarkeit dieser Objekte nicht herangezogen werden, handelt es sich um neue Verteidigungsmittel im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO. Es sind keine hinreichenden Gründe vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass diese ausnahmsweise nach der genannten Vorschrift zuzulassen sind. Im Übrigen schuldet der Beklagte nicht nur eine Abdichtung, sondern die Sanierung. Nach den überzeugenden Bekundungen der sachverständigen Zeugen B. und K. handelt es sich dabei nicht nur um einen geringfügigen Betrag. Der Senat geht unter diesen Umständen davon aus, dass die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist,

zumal der Beklagte – wie unter 3. ausgeführt – arglistig gehandelt hat, was bei der Frage der Erheblichkeit der Pflichtverletzung – wie hier – zu berücksichtigen sein kann (Palandt/Heinrichs, § 281 BGB Rdnr. 48). Es bedarf deshalb keiner abschließenden Entscheidung, ob diese Schwelle gem. § 81 Abs. 1 Satz 3 deutlich höher anzusetzen ist als nach § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. (bejahend MünchKommBGB/Ernst, § 281 Rdnr. 147; § 323 Rdnr. 243).

3. Zu Recht und mit zutreffender Begründung ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der vertragliche Gewährleistungsausschluss nach § 3 Nr. 2 des notariellen Kaufvertrages gem. § 444 BGB nicht greift. Der Beklagte kann sich auf den Haftungsausschluss nicht berufen, weil er den Mangel arglistig verschwiegen hat.

Der Beklagte war verpflichtet, den Fehler zu offenbaren. Der Eintritt von Feuchtigkeit in die Kellerwände stellt regelmäßig – wie auch hier – einen für den Kaufentschluss maßgeblichen Mangel dar, den der Verkäufer redlicherweise nicht verschweigen darf. Hier kommt hinzu, dass dem Beklagten die ausdrückliche Erklärung abverlangt worden war, verdeckte Mängel seien ihm nicht bekannt (BGH, NJW-RR 1992, 333, 334 m. w. N.; OLG Frankfurt, OLG Frankfurt 1998, 39, 40). Danach bestand auch unter Berücksichtigung des Alters des Hauses eine Aufklärungspflicht. Allerdings handelt bei der Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels grundsätzlich nur derjenige arglistig, der einen Fehler zumindest für möglich hält, gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (BGH, NJW-RR 1992, 333, 334; NJW-RR 2003, 989, 990; OLG Frankfurt, OLG Frankfurt 1998, 39, 40). Dem Beklagten war der Mangel aufgrund der oben genannten Ausführungen der sachverständigen Zeugen K. u. a. in seinem Gutachten bekannt. Der Beklagte kann sich gerade im Hinblick auf diese Ausführungen nicht darauf berufen, er habe nicht vom Vorliegen eines zu offenbarenden Mangels ausgehen müssen. Auf die Durchfeuchtung und den mangelnden Feuchteschutz war er ferner bereits zuvor durch den sachverständigen Zeugen B. hingewiesen worden. Er hat zumindest damit gerechnet und billigend in Kauf genommen, dass die Kläger den Fehler nicht kannten und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätten. Das Landgericht hat insoweit zu Recht und mit zutreffender Begründung festgestellt, dass der Beklagte den Klägern den Mangel nicht mitgeteilt hat und diese auch nicht anderweitig Kenntnis erlangt haben. Weder im Exposé noch im notariellen Kaufvertrag findet sich ein Hinweis auf den Mangel. Vielmehr hat der Beklagte im notariellen Kaufvertrag ausdrücklich versichert, ihm seien versteckte Mängel nicht bekannt. Auch der Zeuge H. hat nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts die Kläger nicht über den Mangel aufgeklärt. Die Angriffe des Beklagten gegen die landgerichtliche Beweiswürdigung greifen auch insoweit nicht durch. Wie oben ausgeführt ist das Berufungsgericht bei der Überprüfung der erstinstanzlichen Beweiswürdigung in seiner Prüfungskompetenz beschränkt. Die landgerichtliche Beweiswürdigung lässt prüfungsrelevante Fehler nicht erkennen. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die Bekanntschaft des Zeugen H. mit der Familie des Beklagten sowie dessen Funktion als Makler gewürdigt hat. Entgegen der Auffassung des Beklagten hat es auch nicht verkannt, dass der Zeuge M. mit den Klägern einen Rechtsstreit führt. Es hat vielmehr ausdrücklich im Urteil gewürdigt, dass dieser Zeuge im Streit mit den Klägern über einen Architektenvertrag steht und es nicht abwegig erscheint, dass er sich

mit einer für sie vorteilhaften Aussage ein Wohlverhalten gleichsam „erkaufen“ wolle. Gleichwohl hat das Landgericht mit nachvollziehbarer Begründung innerhalb der Grenzen der freien Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO dem Zeugen M. anders als dem Zeugen H. geglaubt und gewürdigt, dass der Zeuge M. ohne Anlass auf die obige Möglichkeit hingewiesen und auf einen – von ihm so verstandenen – Kontakt des Klägers mit ihm Bezug genommen hat. Soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang die Verletzung rechtlichen Gehörs rügt, weil das Landgericht die Vernehmung des Zeugen beendet habe, ohne seinem Prozessbevollmächtigten ausreichend Gelegenheit zur Ausübung des Fragerechtes zu gewähren, greift auch diese Rüge nicht durch. Es ist weder hinreichend dargelegt noch sonst – insbesondere aus dem Protokoll – ersichtlich, dass dem Beklagtenvertreter in zu beanstandender Weise nicht hinreichend Gelegenheit zu Fragen an den Zeugen gegeben wurde. Dies ergibt sich auch nicht ansatzweise aus dem erstinstanzlich vom Beklagtenvertreter nachgereichten Schriftsatz vom 14.11.2003. Wenn der Beklagtenvertreter noch im Hinblick auf die vom Zeugen gegenüber dem Klägersvertreter erhobenen Vorwürfe fassungslos gewesen und deshalb keine weiteren Fragen an den Zeugen gestellt haben sollte, vermag dies nicht den erhobenen Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu rechtfertigen. Im Übrigen hat der Beklagte sein Rügerecht durch rügelose Verhandlung unmittelbar im Anschluss an die Beweisaufnahme verloren, §§ 534, 295, 370 Abs. 1 ZPO. Eine wirksame Rüge muss nach § 295 ZPO in der nächsten mündlichen Verhandlung erhoben werden. Darunter fällt auch ein sich – wie hier – gem. § 370 Abs. 1 ZPO unmittelbar an den angeblichen Verfahrensfehler anschließender Verhandlungstermin zur Hauptsache (Zöller/Greger, ZPO, § 295 Rdnr. 8; vgl. BFH, NVwZ-RR 1990, 335, 336). Der Senat sieht unter diesen Umständen keine Veranlassung zu einer Wiederholung der Beweisaufnahme.

Eine anderweitige Kenntnis der Kläger hat das Landgericht zu Recht verneint. Die Beschreibung der Außenwände im Exposé als „gegen Erdreich/Beton“ gibt dafür nichts her. Der Senat verkennt nicht, dass der Verkäufer grundsätzlich zu einer Aufklärung über Mängel, die einer Besichtigung zugänglich sind, nicht verpflichtet ist, weil der Käufer sie bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann (BGH, NJW-RR 1994, 907; OLG Hamm, OLGR Hamm 2001, 360, 362). Der Beklagte konnte im Hinblick auf die Erläuterungen des Maklers H. hinsichtlich eines einmaligen Hochwasserschadens jedoch nicht annehmen, die Kläger würden aufgrund der unstrittig teilweise sichtbaren Feuchtigkeitsspuren von einem fortbestehenden Mangel ausgehen. Auch der Zeuge M. hat anlässlich der Besichtigung der Räumlichkeiten nach seinen Bekundungen keine aktuelle Feuchte festgestellt. Es ist plausibel und nachvollziehbar, dass die Kläger im Hinblick auf den Hinweis des Zeugen H. auf den einmaligen Wasserschaden von weiteren Nachforschungen abgesehen haben. Im Übrigen war der Zeuge M., der als Architekt über eine größere Sachkunde als die Kläger verfügen müsste, nicht deren Wissensvertreter, denn er war von ihnen nicht als Verhandlungsführer oder Verhandlungshelfer in die Vertragsverhandlungen mit dem Beklagten eingeschaltet worden, sondern lediglich im Innenverhältnis für sie beratend tätig. Eine entsprechende Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB kommt unter diesen Umständen nicht in Betracht (BGH, NJW-RR 2003, 989, 990 m. w. N.).

4. Die Rechte der Kläger wegen des Mangels sind nicht gem. § 442 BGB wegen Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis ausgeschlossen. Insoweit ist der Beklagte beweispflichtig (Palandt/Putzo, § 442 BGB Rdnr. 6). Diesen Beweis

hat er unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen nicht erbracht. Im Übrigen würde eine grob fahrlässige Unkenntnis den Klägern nicht zum Nachteil gereichen gem. § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB, denn der Beklagte hat den Mangel arglistig verschwiegen.

5. Der Höhe nach beläuft sich der Zahlungsanspruch der Kläger auf 247.960,84 €. (...)

c) Die Grunderwerbsteuer in Höhe von 4.155 € und die Maklerprovision in Höhe von 8.004 € können die Kläger im Wege der Vorteilsausgleichung analog § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung der Erstattungsansprüche gegen den Fiskus und der Rückzahlungsansprüche gegen den Zeugen H. verlangen. Im Rahmen der Herstellungsverpflichtung nach § 249 BGB sind unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung auch die Vorteile zu berücksichtigen, die mit dem schädigenden Ereignis in adäquat-ursächlichen Zusammenhang stehen, sofern außerdem die Anrechnung dem Zweck des Schadensersatzes entspricht und den Schädiger nicht unbillig entlastet. Bei der Vorteilsausgleichung geht es nicht etwa um eine Einrede (Zurückbehaltungsrecht), die der Schädiger erst geltend machen müsste, sondern um eine Inhaltsbeschränkung, die dem Schadensersatzanspruch von vorne herein anhaftet (BGH, NJW 1982, 1145, 1146). Besteht der Vorteil – wie hier – in einem Anspruch gegen einen Dritten, muss dieser abgetreten werden (Palandt/Heinrichs, vor § 249 BGB Rdnr. 123). Bei einer vom Erwerber wie hier rechtlich erzwungenen Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs hat der Fiskus die Grunderwerbsteuer nach § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG 1983, Fassung vom 23.07.2002, zurückzuzahlen, was im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen ist (BGH, DNotZ 1993, 696, 697; OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.03.2002, 6 U 170/99).

Auch den Anspruch auf Erstattung der Maklerprovision gegen den Zeugen H. haben die Kläger Zug um Zug gegen Zahlung des Schadensersatzes an den Beklagten abzutreten. Die Geltendmachung des sog. großen Schadensersatzes aus Gründen, die eine Anfechtung des notariellen Erwerbsvertrages wegen arglistiger Täuschung – wie hier – ermöglicht hätten, führt jedenfalls dazu, dass der Provisionsanspruch des Maklers wegfällt (Palandt/Sprau, § 652 BGB Rdnr. 39 m. w. N.).

5. BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO § 14 Abs. 1 (*Keine ungesicherte Vorleistung bei Bürgschaft nach § 7 MaBV*)

**Verpflichtet sich der Verkäufer eines bebauten Grundstücks, dem Käufer eine den Anforderungen des § 7 MaBV entsprechende Urkunde auszuhändigen, ist die Vorleistung des Käufers nicht ungesichert.**

BGH, Urteil vom 10.3.2005, IX ZR 73/01; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Der Beklagte beurkundete am 30.12.1996 einen Vertrag, in dem der Zeuge D. S. (im Folgenden: Käufer) von der I. GmbH (im Folgenden: Verkäuferin) einen Miteigentumsanteil an einem gewerblich genutzten Grundstück in Chemnitz kaufte. Der Kaufpreis von brutto 1.202.856,90 DM sollte aus steuerlichen Gründen noch am 30.12.1996 vollständig gezahlt werden. Der Miteigentumsanteil war mit Gesamtgrundschulden in Höhe von insgesamt 29.000.000 DM zugunsten der B. AG in München belastet. Die Verkäuferin verpflichtete sich, das Teileigentum lastenfrei zu übertragen und dem Käufer „eine den Bestimmungen des § 7 MaBV entsprechende Bürgschaftsurkunde“ auszuhändigen. Zahlstelle war nicht die B. AG, sondern die D. AG Filiale Stuttgart, bei der das Geschäftskonto der Verkäuferin

geführt wurde. Der Käufer zahlte den [von der klagenden Bank finanzierten, Anm. d. Schriftleitung] Nettokaufpreis von 1.044.600 DM am 30.12.1996, ohne dass eine Bürgschaft gestellt worden wäre; den verbleibenden Kaufpreisanspruch in Höhe der Mehrwertsteuer (158.256,90 DM) beglich er im Januar 1997 durch Abtretung des Anspruchs auf Vorsteuerabzug. Am 2.2.1997 wurde im Rang nach den Grundpfandrechten eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers eingetragen. Am 3.5.1997 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Verkäuferin eröffnet.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg.

#### I.

Das Berufungsurteil kann bereits aus Verfahrensgründen keinen Bestand haben. (...)

#### II.

In der Sache führt die Revision zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagte sei seiner „doppelten Belehrungspflicht“ aus § 17 BeurkG nicht ausreichend nachgekommen. Nach dem Ergebnis der in erster Instanz durchgeführten Beweisaufnahme habe der Notar den Käufer zwar über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehrt, ihn insbesondere darauf hingewiesen, dass vor der Zahlung des Kaufpreises die Bürgschaft gestellt werden müsse. Die Belehrung über die den Käufer gegebenenfalls treffenden Nachteile einer ungesicherten Vorleistung sei jedoch unzureichend gewesen. Bei ausreichender Belehrung auch über die Folgen hätte der Käufer den Vertrag zwar geschlossen, jedoch erst nach Aushändigung der Bürgschaft bezahlt.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Belehrungspflichten des Notars bei ungesicherten Vorleistungen herangezogen. Wenn ein Urkundsbeteiligter eine ungesicherte Vorleistung erbringen soll, hat der Notar zum einen gemäß § 17 BeurkG über die Folgen zu belehren, die im Falle der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten (erste Pflicht), und zum anderen Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können (zweite Pflicht) (BGH, Urt. v. 2.7.1996, IX ZR 299/95, WM 1996, 2071; v. 15.1.1998, IX ZR 4/97, DNotZ 1998, 637; v. 15.4.1999, IX ZR 93/98, DNotZ 2001, 473; v. 12.2.2004, III ZR 77/03, MittBayNot 2004, 294).

Im vorliegenden Fall kommt eine Verletzung dieser beiden Pflichten jedoch schon deshalb nicht in Betracht, weil der Käufer nach dem Vertragsinhalt gerade keine ungesicherte Vorleistung erbringen sollte (vgl. BGH, Beschl. v. 24.9.1996, IX ZR 8/96, LM BeurkG Nr. 59 a).

Der Vertrag vom 30.12.1996 sah zwar eine Vorleistung des Käufers vor. Der Kaufpreis von 1.202.856,90 DM brutto war nach § 4 Abs. 3 des Vertrags bis zum 30.12.1996 – dem Tag des Vertragsschlusses – unmittelbar an die Verkäuferin zu zahlen. Deren Verpflichtung zur lastenfreien Übereignung des Miteigentumsanteils konnte bis zur Zahlung des Kaufpreises nicht erfüllt werden; das war auch gar nicht vorgesehen.

Die Vorleistung war jedoch nicht „ungesichert“. Die während der Beurkundungsverhandlung eingefügte Bestimmung in § 4 Abs. 5 des Vertrages verpflichtete die Verkäuferin, dem Käufer eine den Bestimmungen des § 7 MaBV entsprechende Bürgschaftsurkunde auszuhändigen. Gemäß § 7 Abs. 1 MaBV hat der Gewerbetreibende Sicherheit für alle etwaigen Ansprüche des Auftraggebers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner

Vermögenswerte zu leisten. Das bedeutet, dass der Gewerbetreibende, bevor er zur Ausführung des Auftrags Vermögenswerte des Auftraggebers erhält, die Vermögenswerte in dieser Höhe durch Bürgschaft abzusichern hat (Marcks, MaBV, 7. Aufl., § 7 Rdnr. 4). Der Gewerbetreibende hat die Bürgschaftsurkunde dem Auftraggeber auszuhändigen, bevor er von diesem Vermögenswerte erhält oder deren Verwendung genehmigt (§ 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV, auf den § 7 Abs. 1 Satz 2 MaBV verweist). Eine Bürgschaft nach § 7 MaBV sichert alle Geldansprüche des Auftraggebers, die sich aus mangelhafter oder unterlassener Erfüllung des Vertrags ergeben können (BGH, Beschl. v. 2.5.2002, VII ZR 178/01, MittBayNot 2002, 286, 287; Urt. v. 22.10.2002, XI ZR 393/01, DNotZ 2003, 117). Hätte der Käufer die Zahlung des Kaufpreises von der Aushändigung einer entsprechenden Bürgschaftsurkunde abhängig gemacht, könnte er sich nunmehr schadlos halten.

Die Sicherung, die auf Betreiben des Beklagten in den Vertrag eingefügt worden ist, war zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die angeratene Vorgehensweise – Übergabe der Bürgschaftsurkunde und anschließende Zahlung noch am 30.12.1996 – praktisch durchführbar gewesen wäre. Die Revisionserwiderung weist zwar darauf hin, der Beklagte habe nicht abgeklärt, ob eine Bürgschaft noch rechtzeitig beschafft werden konnte. Sie meint, die vorgeschlagene Sicherung sei deshalb riskant gewesen. Mit dem Argument, das Berufungsgericht habe „die wegen der terminlichen Enge besondere Risikolage“ übersehen, lässt sich jedoch die tatrichterliche Feststellung, die gewählte Art der Sicherung wäre praktisch durchführbar gewesen, nicht ausräumen, zumal auch die Revisionserwiderung nicht geltend macht, dass der Erhalt der Bürgschaft und die anschließende Zahlung an dem fraglichen Tag unmöglich gewesen wären.

c) Belehrungspflichten des Beklagten hinsichtlich der Gefahr, welche die Nichteinhaltung des vertraglich vorgesehenen Sicherungsmechanismus mit sich brachte, konnten sich daher allenfalls aus der analog § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO, § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG bestehenden erweiterten Belehrungspflicht ergeben (vgl. BGH, Beschl. v. 24.9.1996, IX ZR 8/96, a. a. O.). Muss ein Notar nach den besonderen Umständen des Einzelfalls, vor allem wegen der rechtlichen Anlage oder vorgesehenen Durchführung des Geschäfts, Anlass zu der Vermutung haben, einem Beteiligten drohe ein Schaden vor allem deswegen, weil er sich infolge mangelnder Kenntnis der Rechtslage der Gefahr nicht bewusst ist, so hat der Notar den gefährdeten Beteiligten aufzuklären und zu warnen (BGH, Urt. v. 9.1.2003, IX ZR 422/99, DNotZ 2003, 426; *Ganter* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1198 ff.).

Besonders „gefährlich“ war der Vertrag vom 30.12.1996 deshalb, weil er teilweise innerhalb weniger Stunden durchgeführt werden sollte. Der Kaufpreis sollte noch am 30.12.1996 gezahlt werden. Der daraus resultierenden Gefahr hat der Beklagte jedoch Rechnung getragen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte während des Beurkundungstermins auf die bis dahin fehlende Absicherung der vorzuleistenden Kaufpreiszahlung hingewiesen und die Vertragsbestimmung über die Bürgschaft handschriftlich in den Vertrag einfügen lassen. Während des Beurkundungstermins und nochmals bei der Verabschiedung hat er dem Käufer und G. als dem Vertreter der Verkäuferin gesagt, dass die Bürgschaft vor Zahlung des Kaufpreises beigebracht werden müsse; man möge zu diesem Zweck sofort die in der Nachbarschaft befindliche Filiale der D. aufsuchen. Mehr konnte der Beklagte in der gegebenen Situation nicht tun. Anhaltspunkte dafür, dass der Käufer diesem Rat nicht folgen würde,

gab es aus Sicht des Beklagten nicht. Weder der Käufer noch G. haben ihm gegenüber Bedenken erhoben. Die Stellung der Bürgschaft ist deshalb unterblieben, weil G. den Käufer nachträglich davon überzeugen konnte, dass die Zeit dafür nicht mehr reiche; bei diesem Gespräch war der Beklagte jedoch nicht mehr zugegen.

d) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung war der Beklagte nicht verpflichtet, den Parteien noch andere Sicherungsmöglichkeiten – insbesondere die Zahlung des Kaufpreises zu treuen Händen der Grundpfandgläubigerin – vorzuschlagen. Sogar dann, wenn eine Sicherung letztendlich nicht vereinbart wird, ist ein Notar nicht in jedem Fall verpflichtet, den Parteien alle denkbaren Sicherungsmöglichkeiten vorzuschlagen. In der Regel darf er sich damit begnügen, die sich nach dem Inhalt des Geschäfts sowie dem erkennbaren Willen der Vertragsparteien unter Berücksichtigung auch ihres Leistungsvermögens anbietenden, realistisch in Betracht kommenden Sicherungen zu nennen (BGH, Urt. v. 12.2.2004, III ZR 77/03, MittBayNot 2004, 294). Im vorliegenden Fall hätte die Zahlung des Kaufpreises an die Grundpfandgläubigerin nicht dem Willen der Verkäuferin entsprochen, die ausdrücklich Zahlung auf ihr Geschäftskonto verlangt hatte. Die vom Beklagten vorgeschlagene und in den Vertrag aufgenommene Sicherung etwaiger Rückzahlungsansprüche durch eine den Anforderungen des § 7 MaBV genügende Bürgschaft hätte ausgereicht, wenn sie beigebracht worden wäre. Anlass, weitere Sicherungsmöglichkeiten vorzuschlagen, gab es deshalb nicht.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den „Hinweisbrief“ des BGH, ZfIR 2005, 300 mit Kommentar *Grziwotz*, ZfIR 2005, 267, der das Schreiben des VII. Senats an die Beteiligten des Verfahrens „Freiburger Kommunalbauten“ so interpretiert, dass er seine im Beschluss vom 2.5.2002, VII ZR 178/01, dargelegte weite Auslegung des Sicherungsumfanges der Bürgschaft nicht mehr aufrecht erhält.

—

6. GBO § 53 Abs. 1 Satz 2 (*Unzulässige Eintragung eines Benutzungsrechts mangels hinreichender Kennzeichnung des Rechts*)

1. Die Eintragung „Nutzungsrecht an einem Teil der Grundstücksfläche für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks xy. Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom ... als Grunddienstbarkeit eingetragen am ...“ ist unzulässig, weil der Eintragungsvermerk den wesentlichen Inhalt des Rechts nicht erkennen lässt.
2. Grundbucheintragungen sind der Auslegung zugänglich. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen dabei nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.7.2004, 14 Wx 24/04

Aus den Gründen:

#### I.

Im Grundbuch ist eingetragen:

„Nutzungsrecht an einem Teil der Grundstücksfläche für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 26591/1.

Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 23.6.1982 als Grunddienstbarkeit eingetragen (...) am 8.7.1982.“

Die Eintragungsbewilligung lautet:

„Eine Grunddienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks Flst. Nr. 2657/7 für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 2659/1 des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 2659/1 die gesamte Grundstücksfläche des Grundstücks Flst. Nr. 2657/7 allein nutzen darf, die in dem angesiegelten Lageplan grün markiert ist.“

#### II.

Das gemäß den §§ 78, 80 GBO zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, die am 8.7.1982 erfolgte Grundbucheintragung sei mangels hinreichender Kennzeichnung des eingetragenen Rechts inhaltlich unzulässig und daher gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen. Hierzu sei das Grundbuchamt unter Aufhebung seiner den Antrag auf Löschung der Eintragung zurückweisenden Entscheidung vom 5.6.2003 anzuweisen.

2. Der mit der weiteren Beschwerde angefochtene Beschluss hält der rechtlichen Nachprüfung stand: Das Landgericht hat die Zulässigkeit der Erstbeschwerde zutreffend beurteilt und in der Sache richtig entschieden.

(...)

a) Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die von den Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 angeregte Amtslöschung – dahin ist ihre Anregung auf Eintragung eines Amtswiderspruchs zu verstehen – gegeben sind. Was mit der weiteren Beschwerde dagegen vorgebracht wird, greift nicht durch.

aa) Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine nach ihrem Inhalt unzulässige Grundbucheintragung von Amts wegen zu löschen.

Inhaltlich unzulässig ist eine Eintragung dann, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, nicht bestehen kann. Dies ist auch dann der Fall, wenn das Recht in einem wesentlichen Punkt so unklar ist, dass die Bedeutung des Eingetragenen auch bei zulässiger Auslegung nicht feststellbar ist (BayObLGZ 1990, 35 ff.; *Demharter*, GBO, 24. Aufl. 2002, § 53 Rdnr. 49).

Geht es – wie hier – um die Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet wird, kann gemäß § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Im Eintragungsvermerk selbst genügt danach die gesetzliche Bezeichnung des Rechts, wenn diese den wesentlichen Rechtsinhalt kennzeichnet (*Palandt/Bassenge*, BGB, 63. Aufl. 2004, § 874, Rdnr. 5). Bei Rechten dagegen, die – wie das bei einer Grunddienstbarkeit der Fall ist – einen verschiedenartigen Inhalt haben können, ist eine nähere, zumindest schlagwortartige Bezeichnung (z. B. als „Wegerecht“, „Wasserleitungsrecht“ o. ä.) erforderlich. Dies ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt (vgl. etwa BGHZ 35, 378, 382; OLG Hamm, DNotZ 1954, 207 ff. m. Anm. *Jansen*; *Palandt/Bassenge*, a. a. O.; *Demharter*, § 44 GBO Rdnr. 17 m. w. N.; MünchKommBGB/*Wacke*, 4. Aufl. 2004, § 874 Rdnr. 3; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 1145). Ebenso anerkannt ist, dass eine unzureichende Kennzeichnung der Dienstbarkeit im Eintragungsvermerk nicht durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden kann (OLG Düsseldorf, DNotZ 1958, 155, 156; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1148).

bb) Diesen Anforderungen entspricht die Grundbucheintragung vom 8.7.1982 nicht. Ihr ist lediglich zu entnehmen, dass es sich bei dem eingetragenen Recht um eine Benützungsdienstbarkeit (Fallgruppe 1 des § 1018 BGB) handeln soll. Es ist aber nicht erkennbar, in welchen einzelnen Beziehungen dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks ein Benützungsrecht zustehen soll (dazu, dass die Begrenzung des Benützungsrechts auf einen realen Grundstücksteil keine das Wesen der Benützungsdienstbarkeit ausmachende Beschränkung auf einzelne Nutzungsarten darstellt, vgl. KG, Rpfleger 1991, 411 f.; BayObLG, MDR 2003, 684 f.; *Demharter*, Anh. zu § 44 GBO Rdnr. 16; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1130).

Entgegen der vom Beteiligten Nr. 3 vertretenen Auffassung kann die für eine Zulässigkeit der Eintragung erforderliche Klarheit über den Inhalt des eingetragenen Rechts hier auch nicht durch Auslegung gewonnen werden. Richtig ist zwar, dass auch Grundbucheintragungen der – vom Rechtsbeschwerdegericht selbst und ohne Bindung an die Beurteilung durch das Landgericht vorzunehmenden (*Demharter*, § 78 GBO Rdnr. 17 m. w. N.) – Auslegung zugänglich sind. Abzustellen ist dabei auf Wortlaut und Sinn der Eintragungsvermerks und der – soweit zulässig – in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung, wie er sich für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des eingetragenen ergibt; außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (BGHZ 92, 359; *Demharter*, § 53 GBO Rdnr. 4; *Meikel/Streck*, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 1993, § 53 GBO, jeweils m. w. N.). Indessen fehlt es hier an jeglichen Anknüpfungspunkten für eine Auslegung:

Der Eintragungsvermerk als solcher lässt mangels Aussagekraft keine Schlüsse auf den Inhalt der Dienstbarkeit zu; entgegen der Auffassung des Beteiligten Nr. 3 ergibt sich aus dem Umstand, dass Berechtigter der jeweilige Eigentümer des Nachbargrundstücks sein sollte, nichts, denn anders als in den Fällen BayObLG, Rpfleger 1981, 479 (Elektrizitätsgesellschaft) und BayObLG, Rpfleger 1986, 296 f. (Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft) ist in Bezug auf einen bloßen Grundstücksnachbarn, der die unterschiedlichsten Nutzungsinteressen haben kann, ein typisches Nutzungsinteresse, das den Schluss auf ein konkretes Nutzungsrecht zuließe, nicht erkennbar; ob zur Auslegung des unzureichenden Eintragungsvermerks auf die Eintragungsbewilligung zurückgegriffen werden darf, ist zumindest zweifelhaft (verneinend etwa OLG Düsseldorf, DNotZ 1958, 155, 157), kann aber dahingestellt bleiben, weil hier auch die Eintragungsbewilligung das Nutzungsrecht des Berechtigten nicht konkretisiert – insbesondere ist daraus, dass der von dem Benützungsrecht betroffene Grundstücksteil im Lageplan grün markiert ist, mangels Vorschriften zur Farbgebung kein Schluss auf die Art der Nutzung ziehen; der vom Beteiligten Nr. 3 erst im Rechtsbeschwerdeverfahren mitgeteilte Umstand, dass im Baulastbuch der Gemeinde Allensbach für das Grundstück der Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 zugunsten des Grundstücks des Beteiligten Nr. 3 eine Baulast über die Zurverfügungstellung von drei Pkw-Stellplätzen eingetragen wurde, ist zur Qualifizierung der Grunddienstbarkeit schon deshalb nicht geeignet, weil sich im Grundbuch kein Hinweis hierauf ergibt und der Bestand der Baulast zudem nicht von dem einer Grunddienstbarkeit abhängt.

7. FGG § 141 a Abs. 1 Satz 2; ENeuOG Art. 1 § 23 Abs. 4 (*Deutsche Bahn AG: Zurechnung von Erklärungen im Grundbuchverfahren*)

1. **Eintragungen im Grundbuch zugunsten von Gesellschaften, die im Handelsregister gelöscht sind, sind zulässig.**
2. **Die Deutsche Bahn AG muss sich im Grundbuchverfahren Erklärungen und Bewilligungen der Bundesrepublik Deutschland – Bundeseisenbahnvermögen – zurechnen lassen. (Leitsätze des Einsenders)**

LG München II, Beschluss vom 16.8.2004, 6 T 2652/04; eingesandt von Notarassessor *Sebastian Ruhwinkel*, München

Aus den Gründen:

#### I.

Gegenstand des Verfahrens ist ein Grundstück von 4 qm. Mit notariellem Vertrag vom 10.1.1983 wurde es als erst noch zu vermessende Teilfläche des Stammgrundstückes von der Eigentümerin, der Bundesrepublik Deutschland – Bundeseisenbahnvermögen –, an die Erwerberin G verkauft. Auf die Eintragung einer Auflassungsvormerkung wurde verzichtet. Die Verkäuferin erklärte am 25.8.1983 für beide Vertragsparteien die Messungsanerkennung und die Auflassung des neu gebildeten Grundstücks sowie die Beantragung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch.

Der Antrag wurde aus nicht mehr nachzuvollziehenden Gründen in Bezug auf das verfahrensgegenständliche Grundstück vom Grundbuchamt nicht bearbeitet. Am 12.4.1999 wurde unter Bezugnahme auf Art. 1 § 23 Abs. 4 ENeuOG die Deutsche Bahn AG als neue Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen.

Mit Schreiben vom 16.3.2004 stellte der Notar unter Bezugnahme auf § 15 GBO namens aller Antragsberechtigten den Antrag, den Eigentumsübergang (sowie die bestellten beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten) im Grundbuch einzutragen.

Mittlerweile war über das Vermögen der Erwerberin G das Konkursverfahren durchgeführt worden und die Gesellschaft mit Verfügung vom 26.8.2003 wegen Vermögenslosigkeit gelöscht; dies wurde von Amts wegen ins Handelsregister eingetragen.

Mit Beschluss vom 31.3.2004 wies das Amtsgericht – Grundbuchamt – den Eintragungsantrag zurück mit der Begründung, die Erwerberin G sei infolge der Löschung im Handelsregister keine rechtsfähige Gesellschaft mehr und könne daher nicht als Rechtsträgerin ins Grundbuch eingetragen werden. Damit läge ein nicht behebbares Eintragungshindernis vor.

#### II.

(...)

Auch in der Sache hat es Erfolg.

Dem Antrag der Deutsche Bahn AG auf Eintragung der Auflassung und Eintragung der bestellten beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ist zu entsprechen, weil ein Eintragungshindernis nicht besteht.

1. Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis liegt nicht vor.

Mit der Vornahme der beantragten Eintragung würde das Grundbuch entgegen der Annahme des Grundbuchamtes nicht unrichtig, weil die G infolge ihres Erlöschens nicht mehr Rechtsträgerin sein könne.

Das Grundbuch hat die Bestimmung, die Rechte an Grund und Boden richtig und vollständig nachzuweisen. Mit dieser Zweckbestimmung wäre es nicht vereinbar, eine Eintragung vorzunehmen, deren Unrichtigkeit von vorne herein feststeht. Aus diesem Grund wird die Eintragung einer bereits verstorbenen natürlichen Person als unzulässig angesehen (KG, RPfleger 1975, 133 m. w. N.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 3347; kritisch *Hagena*, RPfleger 1975, 389). Darauf, dass eine nicht (mehr) existierende Person nicht sehenden Auges in das Grundbuch eingetragen werden darf, kommt es vorliegend jedoch nicht an, da die Annahme, die G sei infolge amtswegiger Löschung nicht mehr existent, unrichtig ist.

Die vorliegend nach § 141 a Abs. 1 Satz 2 FGG erfolgte Löschung der G bewirkt dann nicht die Vollbeendigung der Gesellschaft und damit auch nicht deren Wegfall als Rechts-subjekt, wenn tatsächlich noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Die Löschung hat nämlich keine konstitutive, sondern nur deklaratorische Wirkung (KG, ZWE 2001, 329; OLG Düsseldorf, GmbHR 1995, 233; BayObLG, BB 1983, 82; BGH, NJW 1979, 1987).

Stellt sich nach der Löschung heraus, dass entgegen vorheriger Annahme noch Vermögen vorhanden ist, besteht die Gesellschaft als parteifähige Liquidationsgesellschaft fort (BGH, NJW 2001, 304; BGH, NJW 1996, 2035; BGH, NJW 1982, 238; BPatG München, BPatE 44, 113; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl., § 74 Rdnr. 23; *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, 17. Aufl., § 60 Rdnr. 67). Die unzutreffende Löschung im Handelsregister ist ihrerseits, sofern vom Handelsregisterzweck geboten, nach § 142 FGG von Amts wegen wieder zu löschen (*Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, a. a. O.). Die Nachtragsliquidation findet nach der Vorschrift des § 66 Abs. 5 GmbHG statt. Die G hat noch einen vermögenswerten Anspruch auf Eigentumsverschaffung am verfahrensgegenständlichen Grundstück. Dass der Wert dieses Anspruchs angesichts der Grundstücksgröße niedrig ist, bleibt ohne Auswirkung. Das Eigentum am selbständigen Grundstück stellt in jedem Fall einen in eine Bilanz aufzunehmenden Aktivposten dar. Der Anspruch auf Eigentumsverschaffung ist demgemäß Aktivvermögen der – zu Unrecht – gelöschten G.

Diese besteht somit als Abwicklungsgesellschaft unter der bisherigen Firma mit dem Zusatz i. L. fort. Als solche kann und muss sie ins Grundbuch eingetragen werden.

2. Auch sonstige Eintragungshindernisse stehen dem Antrag nicht entgegen.

2.1. Die Einigung über den Eigentumsübergang und die Eintragungsbewilligung gem. §§ 20, 19 GBO, jeweils in der Form des § 29 GBO, liegen vor.

Einigung und Bewilligung wurden laut vorliegendem Notarvertrag von der G und der Bundesrepublik Deutschland – Bundesbahnvermögen – erklärt. Die Einigungsberechtigung als Ausfluss der sachlich-rechtlichen Verfügungsbefugnis sowie die Befugnis, sie auszuüben und auch die Bewilligungsberechtigung einschließlich der Bewilligungsbefugnis liegen zwar aufgrund des auf der Grundlage eines Übergabebescheides grundbuchamtlich vollzogenen Eigentumsübergangs gemäß Art. 1 § 23 Abs. 4 ENeuOG nun bei der Antragstellerin. Diese muss sich jedoch die Einigungserklärung und die Bewilligungserklärung ihrer Rechtsvorgängerin zurechnen lassen. Weder Einigung noch Bewilligung noch eine Zustimmungserklärung der jetzigen Rechtsinhaberin sind daher notwendig. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Wer im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Eigentümer wird, muss sich die Einigungserklärung und die Bewilligungser-

klärung seines Rechtsvorgängers zurechnen lassen. Es bedarf zur Eintragung des Eigentumswechsels aufgrund einer von dem Rechtsvorgänger erklärten Auflassung nicht der Zustimmung des als Eigentümer eingetragenen Gesamtrechtsnachfolgers (BGHZ 48, 356; BayObLGZ 90, 306, 312; *Demharter*, § 20 GBO Rdnr. 44, § 40 GBO Rdnr. 21).

Die Deutsche Bahn AG ist zwar nicht Gesamtrechtsnachfolgerin des als nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes verwalteten Bundeseisenbahnvermögens. Die Rechtsstellung der Deutsche Bahn AG als neue Rechtsinhaberin der – u. a. – aus dem Bundeseisenbahnvermögen ausgegliederten Liegenschaften ist jedoch durch die hierzu ergangenen gesetzlichen Regelungen der Rechtsstellung eines Gesamtrechtsnachfolgers nachgebildet worden. Die Art und Weise der Vermögensübertragung auf die Deutsche Bahn AG ist speziell geregelt. Gemäß § 20 Abs. 1, 2, § 21, § 3 Abs. 2 Nr. 1 ENeuOG sowie § 1 Abs. 1 DBGrG erfolgt die Ausgliederung von Vermögen (Liegenschaften) nicht durch rechtsgeschäftliche Einzelübertragung, sondern kraft Gesetzes.

§ 22 Abs. 1 ENeuOG räumt der Deutsche Bahn AG Verfügungsmacht über Liegenschaften bereits für den Zeitraum vor der Umschreibung der Rechtsänderung im Grundbuch ein. § 22 Abs. 2 ENeuOG stellt eine Parallele zu der für den Erben als Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers geltenden Bestimmung des § 40 Abs. 1 GBO dar. § 23 Abs. 5 Sätze 2 und 3 ENeuOG beschränkt die Rechtsstellung der Deutsche Bahn AG in Bezug auf die ihr kraft Gesetzes oder kraft konstitutiven Übergabebescheides oder notariell beurkundeten Rahmenvertrages vom 5.8.1996 (§ 23 Abs. 6 ENeuOG) – übertragenen Liegenschaften auf die Rechtsstellung ihrer Rechtsvorgänger, so dass – anders als sonst bei Singularübertragung – sämtliche Einwendungen auch gegen die Rechtsnachfolgerin erhoben werden können und ihr gegenüber alle Rechte und Ansprüche geltend gemacht werden können, die bereits gegenüber dem Rechtsvorgänger gegeben waren.

Die Rechtsvorschriften zeigen auf, dass die Deutsche Bahn AG in Bezug auf die ihr übertragenen Liegenschaften eine Rechtstellung einnehmen sollte, die der eines Gesamtrechtsnachfolgers angeglichen ist. Daher ist es gerechtfertigt, die im Grundbuchverkehr für Gesamtrechtsnachfolger geltenden Besonderheiten entsprechend anzuwenden.

Somit sind die vorliegenden Einigungs- und Bewilligungserklärungen ausreichend.

8. BGB §§ 107, 873, 1030, 1191, 1909 (*Überlassung eines mit Grundschuld, Nießbrauch und Rücküberweisungsvormerkung belasteten Grundstücks ist rechtlich vorteilhaft; keine Gesamtbetrachtung*)

1. **Ist die dingliche Übertragung eines Grundstücks an einen Minderjährigen bei isolierter Betrachtung lediglich rechtlich vorteilhaft, bedarf seine Auflassungserklärung auch dann nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder eines Ergänzungspflegers, wenn die zugrunde liegende schuldrechtliche Vereinbarung mit rechtlichen Nachteilen verbunden ist. Eine Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Rechtsgeschäfts ist in diesem Fall nicht veranlasst (Abgrenzung zu BGHZ 78, 28).**

2. **Die Übereignung eines Grundstücks an einen Minderjährigen ist auch dann lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn es mit einer Grundschuld belastet ist. Für die Belastung mit einem Nießbrauch gilt dies jedenfalls dann, wenn der Nießbraucher auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen hat.**
3. **Die aus der Eigentumsübertragung folgende Haftung des Erwerbers für die gewöhnlichen öffentlichen Lasten des Grundstücks begründet keinen Rechtsnachteil im Sinne des § 107 BGB.**

BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04; eingesandt von Notar Dr. *Ulrich Bracker*, Weilheim

#### *Aus den Gründen:*

Die Beteiligte zu 1 übertrug mit notariellem Überlassungsvertrag an ihre minderjährigen Kinder (Beteiligte zu 2 und 3) ein mit einer Grundschuld belastetes Grundstück im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. In der Urkunde räumte sich die Beteiligte zu 1 den lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch an dem Grundstück ein, wobei der Nießbraucher auch die außerordentlichen Lasten, die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die Zins- und Tilgungsleistungen für die dem eingetragenen Grundpfandrecht zugrundeliegenden Verbindlichkeiten zu tragen hat. Die Beteiligte zu 1 behielt sich jedoch das Recht vor, von dem schuldrechtlichen Teil des Vertrags zurückzutreten, wenn zu ihren Lebzeiten „einer der Erwerber den an ihn überlassenen Vertragsgrundbesitz ganz oder teilweise ohne vorherige Zustimmung des Veräußerers veräußert oder belastet oder wenn einer der Erwerber vor dem Veräußerer versterben sollte“. Zur Sicherung des durch die Ausübung des Rücktrittsrechts bedingten Übereignungsanspruchs wurde eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 1 bewilligt.

Das Grundbuchamt hat den Vollzugsantrag beanstandet, weil der Überlassungsvertrag wegen der mit etwaigen Rückübertragungsansprüchen der Beteiligten zu 1 zusammenhängenden Verpflichtungen für die minderjährigen Kinder nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Es hat deshalb aufgegeben, binnen bestimmter Frist den Überlassungsvertrag von einem zu bestellenden Pfleger genehmigen zu lassen und hierzu eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vorzulegen.

Die dagegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Das BayObLG möchte auch die weitere Beschwerde der Beteiligten zurückweisen. Es sieht sich daran jedoch durch den Beschluss des OLG Köln vom 11.6.2003 (ZMR 2004, 189 = Rpfleger 2003, 570 = RNotZ 2003, 515) gehindert und hat die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

## II.

Die Vorlage ist gemäß § 79 Abs. 2 GBO statthaft.

Das vorlegende Gericht meint, der die Auflassung enthaltende Überlassungsvertrag sei wegen des der Beteiligten zu 1 vorbehaltenen Rücktrittsrechts mit rechtlichen Nachteilen für die minderjährigen Beteiligten zu 2 und 3 verbunden und bedürfe deshalb insgesamt der Genehmigung durch einen an die Stelle der rechtlich verhinderten Eltern tretenden Ergänzungspfleger. Da es sich um ein Grundstücksgeschäft gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB handele, sei außerdem eine gerichtliche Genehmigung des Vertrags erforderlich, für deren Erteilung gemäß §§ 1909 Abs. 1, 1915 Abs. 1, 1821 Abs. 1 BGB das Vormundschaftsgericht zuständig sei. Die durch § 1643 Abs. 1

BGB in der seit dem 1.7.1998 geltenden Fassung begründete Zuständigkeit des Familiengerichts für die Genehmigungserteilung betreffe nur Rechtsgeschäfte der Eltern für das Kind, nicht jedoch Pflegergeschäfte. Demgegenüber vertritt das OLG Köln in seiner auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung vom 11.6.2003 (ZMR 2004, 189) die Ansicht, nach § 1643 Abs. 1 BGB falle auch die Genehmigung von Grundstücksgeschäften, die der Ergänzungspfleger anstelle der Eltern vornehme, in die Zuständigkeit des Familiengerichts.

Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage. Die unterschiedlich beantwortete Frage, welches Gericht nach §§ 1643 Abs. 1, 1909 Abs. 1, 1915 Abs. 1, 1821 Abs. 1 BGB für die Erteilung der erforderlichen Genehmigung zuständig ist, wenn ein Ergänzungspfleger über das Grundstück eines Minderjährigen verfügt oder diesen hierzu verpflichtet, ist für die dem Grundbuchamt nach § 20 GBO obliegende Prüfung einer rechtswirksam erklärten Auflassung (vgl. BGHZ 78, 28, 31; *Bauer* in *Bauer/von Oefe*, GBO, 1999, AT I Rdnr. 145; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 5. Aufl., Einl C Rdnr. 68) von Bedeutung. Damit geht es um die Auslegung des Grundbuchrechts betreffender Vorschriften im Sinne von § 79 Abs. 2 ZPO, worunter alle bei der Entscheidung über einen gestellten Eintragungsantrag angewendeten oder zu Unrecht außer acht gelassenen sachlich-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen zu verstehen sind, sofern sie – wie hier – auf bundesrechtlicher Grundlage beruhen (BGHZ 151, 116, 119 m. w. N.).

Soweit es die Zulässigkeit der Vorlage betrifft, ist der BGH an die rechtliche Beurteilung des vorlegenden Gerichts, es könne ohne die Beantwortung der streitigen Rechtsfrage nicht über die weitere Beschwerde entscheiden, gebunden (BGHZ 108, 372, 374; *Beschl. v. 2.10.2003*, V ZB 34/03, NJW 2003, 3550, 3551 zu § 28 Abs. 2 FGG; *Budde* in *Bauer/von Oefe*, § 79 GBO Rdnr. 16). Das vorlegende Gericht war auch nicht gehalten, die Vorlage auf den mit der angefochtenen Zwischenverfügung geforderten Nachweis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu beschränken. Zwar hat es sich an einer Entscheidung über die von dem Grundbuchamt verlangte Genehmigung des Überlassungsvertrags durch einen Ergänzungspfleger nicht durch die abweichende Rechtsauffassung des OLG Köln zur Frage der gerichtlichen Genehmigungszuständigkeit gehindert gesehen. Die Beurteilung der Notwendigkeit sowohl der einen als auch der anderen Genehmigung setzt jedoch jeweils die Klärung der Vorfrage voraus, ob die Auflassung nicht bereits deshalb wirksam ist, weil sie zu keinen rechtlichen Nachteilen für die Beteiligten zu 2 und 3 führt (§§ 107, 108 BGB). Wegen der ansonsten bestehenden Gefahr einander widersprechender Entscheidungen zu dieser Vorfrage kann entsprechend den zum Teilurteil gemäß § 301 ZPO entwickelten Grundsätzen (vgl. BGHZ 107, 236, 242; 120, 376, 380; BGH, *Urt. v. 27.5.1992*, IV ZR 42/91, NJW-RR 1992, 1053; *Urt. v. 23.1.1996*, VI ZR 387/94, NJW 1996, 1478) über die Erforderlichkeit beider Genehmigungen nur einheitlich entschieden werden, was eine Beschränkung der Vorlage auf einen der beiden abtrennbaren Teile des Verfahrensgegenstands ausschließt (vgl. BGH, *Beschl. v. 2.10.2003*, V ZB 34/03, NJW 2003, 3550, 3552).

## III.

Die weitere Beschwerde der Beteiligten ist zulässig (§§ 78, 80 GBO) und hat auch in der Sache Erfolg.

1. Die von den Beteiligten im Rahmen des Überlassungsvertrags vom 4.8.2003 erklärte Auflassung ist rechtswirksam, da die minderjährigen Beteiligten zu 2 und 3 durch den dinglichen Vertrag lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen (§ 107 BGB). Das Grundbuchamt durfte daher gemäß § 20

GBO die beantragte Eigentumsumschreibung nicht von der vorherigen Genehmigung des Überlassungsvertrags durch einen Ergänzungspfleger und durch das Vormundschaftsgericht abhängig machen. Die von dem vorlegenden Gericht für entscheidungserheblich gehaltene Frage nach der gerichtlichen Genehmigungszuständigkeit stellt sich somit nicht.

a) Die Auflassung ist nicht deshalb mit rechtlichen Nachteilen für die Beteiligten zu 2 und 3 verbunden, weil sich die Beteiligte zu 1 den Rücktritt von dem schuldrechtlichen Teil des Überlassungsvertrags vorbehalten hat. Zwar kann der Rücktrittsvorbehalt zu einer Belastung der Minderjährigen führen, weil sie im Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts nach Übertragung des Grundstückseigentums nicht nur ihren jeweiligen Miteigentumsanteil zurückzugewähren hätten (§ 346 Abs. 1 BGB), sondern darüber hinaus auch zum Wertersatz oder Schadensersatz, insbesondere wegen einer zwischenzeitlichen Verschlechterung des Grundstücks, verpflichtet sein könnten (§ 346 Abs. 2 bis 4 BGB). Dieser Rechtsnachteil ist jedoch ausschließlich Folge der zwischen den Beteiligten getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarungen. Ist der unter Rücktrittsvorbehalt stehende Schenkungsvertrag schwebend unwirksam (§§ 107, 108 Abs. 1 BGB), kann der dingliche Rechtserwerb als solcher nicht zu einer Haftung der Beteiligten zu 2 und 3 gemäß § 346 Abs. 2 bis 4 BGB führen.

Entgegen der Ansicht des vorlegenden Gerichts (vgl. auch BayObLGZ 1979, 49, 52; 1998, 139, 143; OLG Köln, ZMR 2004, 189, 190) lässt sich die Unwirksamkeit der Auflassung nicht daraus herleiten, dass man den Überlassungsvertrag als Gesamtheit betrachtet, also zwischen den mit seinem schuldrechtlichen Teil und seinem dinglichen Teil jeweils verbundenen Rechtsfolgen nicht differenziert. Allerdings hat der Senat in einem die Überlassung von Wohnungseigentum betreffenden Fall ausgesprochen, dass die Frage, ob ein Minderjähriger durch eine Schenkung seines gesetzlichen Vertreters lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, aus einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrags heraus zu beurteilen ist (BGHZ 78, 28, 35). Auf diese Weise sollte verhindert werden, dass bei lukrativem Charakter des Grundgeschäfts unbeschadet rechtlicher Nachteile, die mit der Übertragung des dinglichen Rechts verbunden sind, der gesetzliche Vertreter im Hinblick auf § 181 letzter Halbsatz BGB befugt ist, den Minderjährigen bei der Annahme der Auflassung zu vertreten oder die von dem Minderjährigen selbst erklärte Annahme zu genehmigen (BGHZ 78, 28, 34). Damit ging es in dem entschiedenen Fall allein darum, den Anwendungsbereich des § 181 letzter Halbsatz BGB einzuschränken, um dem Schutzzweck des § 107 BGB Geltung zu verschaffen. In der Literatur ist die von dem Senat befürwortete Gesamtbetrachtung kritisiert worden, weil sie gegen das dem geltenden Recht zugrunde liegende Trennungsprinzip verstoße (*Erman/Palm*, BGB, 11. Aufl., § 107 Rdnr. 5; *Jauernig*, JuS 1982, 576; *Feller*, DNotZ 1989, 66, 74; *Kern*, JA 1990, 281, 284; *Ultsch*, JURA 1998, 524, 528; zustimmend dagegen MünchKommBGB/Schwab, 4. Aufl., § 1909 Rdnr. 21; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl., § 107 Rdnr. 6; *Gitter*, JR 1981, 283, 284). Stattdessen ist vorgeschlagen worden, das für richtig gehaltene Ergebnis durch eine teleologische Reduktion des § 181 letzter Halbsatz BGB herbeizuführen (*Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl. § 107 Rdnr. 5; *Erman/Palm*, § 107 BGB Rdnr. 5 u. § 181 Rdnr. 28; *Jauernig*, JuS 1982, 576, 577; *Feller*, DNotZ 1989, 66, 75; *Ultsch*, a. a. O.). Ob diese Lösung vorzugswürdig ist, bedarf im vorliegenden Fall allerdings keiner Erörterung. Denn eine Gesamtbetrachtung ist nach der Begründung der genannten Senatsentscheidung jedenfalls dann nicht veranlasst, wenn das Grundgeschäft, wie hier, bereits bei isolierter Betrachtung mit Rechtsnachteilen für den

Minderjährigen verbunden und deshalb gemäß §§ 107, 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam ist. In diesem Fall fehlt es von vornherein an einer Verpflichtung, die der gesetzliche Vertreter im Wege des In-Sich-Geschäfts gemäß § 181 letzter Halbsatz BGB erfüllen könnte, so dass eine Umgehung des von § 107 BGB intendierten Schutzes nicht möglich ist (vgl. *Jauernig*, a. a. O.). Es bleibt damit bei dem auch im Rahmen von § 107 BGB geltenden Grundsatz (vgl. *Brox*, Allgemeiner Teil des BGB, 27. Aufl., Rdnr. 276; *Flume*, Allgemeiner Teil des BGB, Zweiter Band, 3. Aufl., S. 204 f.; *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, 2001, Rdnr. 1006; *Jauernig*, BGB, 11. Aufl., § 107 Rdnr. 2), dass Verfügungen als abstrakte Rechtsgeschäfte unabhängig von den ihnen zugrundeliegenden Kausalgeschäften zu beurteilen sind.

Schließlich hat die Unwirksamkeit der zwischen den Beteiligten getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarungen auch nicht gemäß § 139 BGB die Unwirksamkeit der Auflassung zur Folge. Zwar können Grundgeschäft und Erfüllungsgeschäft durch den Parteiwillen ausnahmsweise zu einer Einheit im Sinne dieser Vorschrift zusammengefasst werden. Eine solche Annahme rechtfertigt sich jedoch im Hinblick auf § 925 Abs. 2 BGB nicht in Bezug auf das Verhältnis zwischen Grundgeschäft und Auflassung (BGHZ 112, 376, 378; Urt. v. 23.2.1979, V ZR 99/77, NJW 1979, 1495, 1496; Urt. v. 24.5.1985, V ZR 47/84, NJW 1985, 3006, 3007; MünchKommBGB/Mayer-Maly/Busche, 4. Aufl., § 139 Rdnr. 22; vgl. auch *Staudinger/Roth*, BGB [2003], § 139 Rdnr. 54 f.).

b) Bei isolierter Betrachtung ist die Auflassung nicht mit Rechtsnachteilen für die Beteiligten zu 2 und 3 verbunden, die gemäß §§ 107, 108 Abs. 1 BGB eine Genehmigung des dinglichen Vertrags durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Ergänzungspfleger erforderlich machen würden.

aa) Grundsätzlich ist ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (BGHZ 78, 28, 33; vgl. auch BayObLGZ 1979, 49, 53; OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 289 f.; OLG Köln, ZMR 2004, 189, 191). Zwar träfe die Beteiligten zu 2 und 3 mit der Übereignung des Grundstücks eine bereicherungsrechtliche Verpflichtung zur Herausgabe des Miteigentums (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB), falls der zugrunde liegende, schwebend unwirksame Schenkungsvertrag nicht genehmigt werden sollte. Diese Verpflichtung wäre jedoch ihrem Umfang nach auf den noch vorhandenen Wert der rechtsgrundlosen Leistung beschränkt (§ 818 Abs. 3 BGB). Eine Beeinträchtigung ihres sonstigen Vermögens, die als Rechtsnachteil angesehen werden müsste, wäre daher nicht zu besorgen (vgl. MünchKommBGB/Schmitt, 4. Aufl., § 107 Rdnr. 32; *Staudinger/Dilcher*, BGB, 12. Aufl., § 107 Rdnr. 14; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., § 25 Rdnr. 24; *Flume*, a. a. O., S. 193; *Klüsener*, Rpfleger 1981, 258, 264; *Stürmer*, AcP 173 [1973], 402, 424).

bb) Ein rechtlicher Nachteil ist auch nicht darin zu sehen, dass das Grundstück der Beteiligten zu 1 mit einer Grundschuld belastet ist und dass gleichzeitig mit der Eigentumsänderung ein Nießbrauch und eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 1 in das Grundbuch eingetragen werden sollen.

Eine Grundschuld verpflichtet den Grundstückseigentümer gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB lediglich dazu, die Zwangsvollstreckung des Gläubigers in das Grundstück zu dulden (vgl. BGHZ 7, 123, 126). Die mit dem Erwerb des belasteten

Grundstücks verbundene Haftung der Beteiligten zu 2 und 3 ist demnach auf die ihnen zugewendete Sache beschränkt. Diese Haftung mindert zwar den im Eigentumserwerb liegenden Vorteil, beseitigt ihn jedoch nicht (BayObLGZ 1979, 49, 53; OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 290; *Erman/Palm*, § 107 BGB Rdnr. 6; MünchKommBGB/*Schmitt*, § 107 Rdnr. 40; *Palandt/Heinrichs*, § 107 BGB Rdnr. 4; *Soergel/Hefermehl*, § 107 BGB Rdnr. 4; *Flume*, a. a. O., S. 192; *Larenz/Wolf*, a. a. O., § 25 Rdnr. 24; *Klüsener*, Rpfleger 1981, 258, 261; *Stürner*, a. a. O., S. 429; a. A. *Lange*, NJW 1955, 1339, 1341). Allerdings kann sich eine den Eigentümer persönlich treffende Zahlungspflicht daraus ergeben, dass er die Kosten des zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück erforderlichen Titels tragen muss (*Staudinger/Wolfsteiner*, BGB [2002], § 1147 Rdnr. 18, 29). Ob dies einen Rechtsnachteil im Sinne von § 107 BGB darstellt, bedarf im vorliegenden Fall jedoch keiner Entscheidung. Ausweislich des Grundbuchs hat sich die Beteiligte zu 1 bei der Bestellung der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks unterworfen (§§ 800 Abs. 1, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Ein Vollstreckungstitel liegt daher bereits vor, so dass die Beteiligten zu 2 und 3 insoweit nicht mit weiteren Kosten belastet werden können. Mögliche deliktische Schadensersatzansprüche des Grundschuldgläubigers gemäß § 823 Abs. 1 BGB oder gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 1192 Abs. 1, 1133 bis 1135 BGB wegen einer Verschlechterung des belasteten Grundstücks (vgl. BGHZ 65, 211, 212) sind keine Folge des Eigentumserwerbs als solchem, sondern eines schuldhaften Verhaltens des Grundstückseigentümers. Ihretwegen bedarf die Auflassung daher keiner Genehmigung gemäß §§ 107, 108 Abs. 1 BGB, zumal eine solche Genehmigung nicht geeignet wäre, den Minderjährigen vor eigenem deliktischen Verhalten zu schützen (allgemein für Schadensersatzpflichten gemäß § 823 BGB: MünchKommBGB/*Schmitt*, § 107 Rdnr. 32).

Eine Auflassungsvormerkung (§ 883 BGB) setzt das Entstehen des zu sichernden schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs voraus (BGHZ 54, 56, 63; 150, 138, 142), begründet diesen jedoch nicht und hat auch sonst keine persönlichen Verpflichtungen des Grundstückseigentümers zur Folge. Ihre Eintragung beseitigt deshalb den mit dem Eigentumserwerb verbundenen Vorteil nicht (vgl. OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 291; *Klüsener*, Rpfleger 1981, 258, 261 f.). Das gleiche gilt für die Belastung eines Grundstücks mit einem Nießbrauch jedenfalls dann, wenn der Nießbraucher, wie hier, über §§ 1042 Satz 2, 1047 BGB hinaus auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen hat, der Eigentümer insoweit also nicht zum Aufwendungs- oder Verwendungsersatz gemäß §§ 1049, 677 ff. BGB verpflichtet ist (OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 290; vgl. auch BayObLGZ 1979, 49, 54 f.; OLG Köln, Rpfleger 1998, 159; OLG Celle, MDR 2001, 931 f.; OLG Köln, ZMR 2004, 189, 191; *Erman/Palm*, § 107 BGB Rdnr. 6; MünchKommBGB/*Schmitt*, § 107 Rdnr. 40; *Palandt/Heinrichs*, § 107 BGB Rdnr. 4; *Larenz/Wolf*, a. a. O., § 25 Rdnr. 24; *Stürner*, AcP 173 [1973], 402, 428).

cc) Die mit jeder Art von Grunderwerb verbundene Verpflichtung zur Tragung öffentlicher Lasten stellt jedenfalls insoweit keinen Rechtsnachteil im Sinne von § 107 BGB dar, als es sich um laufende Aufwendungen, insbesondere die Pflicht zur Entrichtung der Grundsteuer, handelt.

Dies folgt allerdings nicht daraus, dass die öffentlichen Grundstückslasten auf Gesetz oder Satzung beruhen, also nicht Gegenstand der zwischen den Parteien getroffenen rechts-

geschäftlichen Abreden sind (so jedoch *Erman/Palm*, § 107 BGB Rdnr. 6; MünchKommBGB/*Schmitt*, § 107 Rdnr. 39; RGRK-BGB/*Krüger-Nieland*, 12. Aufl., § 107 Rdnr. 17; *Soergel/Hefermehl*, § 107 BGB Rdnr. 4; *H. Westermann*, JZ 1955, 244, 245). Denn das Vermögen des Minderjährigen ist nicht weniger gefährdet, wenn der Eintritt eines Rechtsnachteils zwar von den Parteien des Rechtsgeschäfts nicht gewollt, vom Gesetz jedoch als dessen Folge angeordnet ist (vgl. *Larenz/Wolf*, a. a. O., § 25 Rdnr. 23; *Feller*, DNotZ 1989, 66, 70).

Richtig ist weiterhin, dass der Grundstückseigentümer für die Erfüllung seiner auf öffentlichem Recht beruhenden Abgabenverpflichtungen nicht nur dinglich, sondern auch persönlich haftet (BGH, Urt. v. 22.5.1981, V ZR 69/80, NJW 1981, 2127). Der Umstand, dass den Minderjährigen infolge eines Rechtsgeschäfts persönliche Leistungspflichten treffen, zwingt jedoch nicht in jedem Fall zu der Annahme, das Rechtsgeschäft bedürfe gemäß §§ 107, 108 Abs. 1 BGB einer Genehmigung. Der Senat hat bereits in seiner die Überlassung von Wohnungseigentum betreffenden Entscheidung darauf hingewiesen, dass zur Vermeidung einer zu engen Handhabung des § 107 BGB der Begriff der ausschließlichen Lukrativität unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Vorschrift auszulegen ist (BGHZ 78, 28, 35; ebenso OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 290; *Soergel/Hefermehl*, § 107 BGB Rdnr. 1). § 107 BGB bezweckt in erster Linie, den Minderjährigen vor einer Gefährdung seines Vermögens zu schützen. Da die Beurteilung der wirtschaftlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts allerdings mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein kann, knüpft die Vorschrift die Genehmigungsbedürftigkeit im Interesse der Rechtssicherheit an das formale Kriterium des rechtlichen Nachteils an, das im Regelfall eine Vermögensgefährdung indiziert (*Soergel/Hefermehl*, § 107 BGB Rdnr. 1; *Lange*, NJW 1955, 1339; *Stürner*, AcP 173 [1973], 402, 418 ff.). Diese Entscheidung des Gesetzgebers schließt es zwar aus, den von § 107 BGB vorausgesetzten rechtlichen Vorteil durch den wirtschaftlichen Vorteil zu ersetzen (BGHZ 78, 28, 35). Möglich ist es jedoch, bestimmte Rechtsnachteile wegen ihres typischerweise ganz unerheblichen Gefährdungspotentials als von dem Anwendungsbereich der Vorschrift nicht erfasst anzusehen (vgl. *Larenz/Wolf*, a. a. O., § 25 Rdnr. 23; *Stürner*, a. a. O., S. 420). Dies gilt jedenfalls für solche den Minderjährigen kraft Gesetzes treffenden persönlichen Verpflichtungen, die ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich derart unbedeutend sind, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnten. Unter diesen Voraussetzungen wäre es reiner Formalismus, würde man die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Erteilung einer Genehmigung abhängig machen, obwohl das Ergebnis der dabei vorzunehmenden Prüfung von vornherein feststünde. Mit der am Schutzzweck des § 107 BGB orientierten einschränkenden Auslegung ist eine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit nicht verbunden, wenn geschlossene, klar abgegrenzte Gruppen von Rechtsnachteilen ausgesondert werden, die nach ihrer abstrakten Natur typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen mit sich bringen (*Stürner*, a. a. O.; vgl. auch BGHZ 59, 236, 240 zur einschränkenden Auslegung von § 181 erster Halbsatz BGB). Eine derartige Fallgruppe stellt die Verpflichtung des Minderjährigen dar, die laufenden öffentlichen Grundstückslasten zu tragen. Die betreffenden Abgaben bemessen sich entweder nach dem Wert des Grundstücks oder nach den der öffentlichen Hand durch die Erbringung bestimmter Dienstleistungen entstehenden Kosten. Sie sind daher ihrem Umfang nach begrenzt, können in der Regel

aus den laufenden Erträgen des Grundstücks gedeckt werden und führen typischerweise zu keiner Vermögensgefährdung. Ihretwegen würde ein auf das Wohl des Minderjährigen bedachter gesetzlicher Vertreter oder Ergänzungspfleger seine Zustimmung zu einem Grunderwerb nicht verweigern. Dies rechtfertigt es, sie als rechtlich nicht nachteilig zu behandeln (*Staudinger/Dilcher*, § 107 BGB Rdnr. 15; *Stürner*, a. a. O., S. 427 f.; vgl. auch *Flume*, a. a. O., S. 192; für die Unbeachtlichkeit sämtlicher öffentlicher Lasten BayObLG, NJW 1967, 1912, 1913; NJW 1968, 941; *Erman/Palm*, § 107 BGB Rdnr. 6; MünchKommBGB/*Schmitt*, § 107 Rdnr. 39; *Palandt/Heinrichs*, § 107 BGB Rdnr. 4; RGRK-BGB/*Krüger-Nieland*, § 107 Rdnr. 2; *Soergel/Hefermehl*, § 107 BGB Rdnr. 4; *Feller*, DNotZ 1989, 66, 71; *Klüsener*, Rpfleger 1981, 461, 466; *H. Westermann*, JZ 1955, 244, 245; offen gelassen von BGHZ 15, 168, 169 f.; BGHZ 78, 28, 34). Ob dies auch für außerordentliche Grundstückslasten, insbesondere die Verpflichtung zur Entrichtung von Erschließungs- oder Anliegerbeiträgen, gilt, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Eine Belastung der Beteiligten zu 2 und 3 mit derartigen Pflichten ist nicht ersichtlich. Die bloß theoretische Möglichkeit, dass sie in Zukunft zu Anliegerbeiträgen oder ähnlichen außerordentlichen Lasten herangezogen werden könnten, stellt als solche keinen Rechtsnachteil dar. Insoweit würde es dem gesetzlichen Vertreter oder dem Ergänzungspfleger an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten fehlen, auf die sie ihre Entscheidung über die Erteilung oder die Versagung einer Genehmigung stützen könnten.

2. Nach alledem ist die von den Beteiligten erklärte Auflassung wirksam, ohne dass es einer Genehmigung durch einen Ergänzungspfleger oder einer gerichtlichen Genehmigung bedürfte. Das Grundbuchamt war daher – unter Aufhebung seiner Zwischenverfügung und der Beschwerdeentscheidung des Landgerichts – anzuweisen, von seinen Eintragungsbedenken Abstand zu nehmen.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Beachte hierzu auch die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des BGH vom 3.2.2005, V ZB 44/04, MittBayNot 2005, 413, mit Anmerkung *Feller*, MittBayNot 2005, 415 (in diesem Heft).

#### Anmerkung:

Die nach § 79 Abs. 2 GBO auf Grund eines Vorlagebeschlusses des BayObLG ergangene Entscheidung des BGH beschäftigt sich mit der Frage, ob eine Auflassung nur deswegen der Genehmigung durch einen Ergänzungspfleger bedürfe, weil das der Auflassung zu Grunde liegende schuldrechtliche Geschäft (Überlassungsvertrag) wegen der darin vorbehaltenen Rückforderungsrechte nicht lediglich rechtlich vorteilhaft (§ 107 BGB) sei.

1. Der erkennende Senat des BGH hat bekanntlich in einer Grundsatzentscheidung, die Frage, ob eine Schenkung lediglich rechtlich vorteilhaft sei, mit einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und dinglichen Vertrages beantwortet.<sup>1</sup> Nach der vom BGH postulierten Theorie der wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung wurde der erst mit der Auflassung verbundene rechtliche Nachteil bereits dem schuldrechtlichen Rechtsgeschäft angelastet, mit der Folge, dass bereits der Überlassungsvertrag nur unter Mitwirkung eines Ergänzungspflegers abgeschlossen werden konnte.

Diese wirtschaftliche Gesamtbetrachtung wurde in der Literatur nicht nur von mir unter anderem mit Verweis auf das Trennungsprinzip kritisiert.<sup>2</sup> Als Lösung wurde vorgeschlagen, § 181 letzter Halbsatz teleologisch dahingehend einzuschränken, dass er dann nicht anzuwenden sei, wenn mit dem Erfüllungsgeschäft ausnahmsweise ein rechtlicher Nachteil verbunden sei.<sup>3</sup> Der BGH stellt im entschiedenen Fall diesen Lösungsansatz vor, sieht sich aber – noch<sup>4</sup> – nicht veranlasst, zu prüfen, ob er vorzugswürdig sei, da bereits das Grundgeschäft mit Rechtsnachteilen verbunden sei und daher keine wirksame Verpflichtung begründen könne, die der gesetzliche Vertreter im Wege des Selbstkontrahierens erfüllen könne.<sup>5</sup>

In diesem Zusammenhang verhilft jedoch der BGH dem Trennungsprinzip wieder zu uneingeschränkter Geltung. Die Unwirksamkeit der Auflassung könne nicht daraus hergeleitet werden, dass man den rechtlich nachteiligen Überlassungsvertrag und die rechtlich lediglich vorteilhafte Auflassung als Gesamtheit betrachte. Die Auflassung als solche war nämlich nicht mit Rechtsnachteilen behaftet. Weder die dabei übernommene Grundschuld (a) noch der dem Veräußerer vorbehaltene Nießbrauch (b) noch öffentliche Lasten (c) vermochten hieran etwas zu ändern. Auch der durch Auflassungsvormerkung gesicherte bedingte Rücküberweisungsanspruch ließ den rechtlichen Vorteil der *Auflassung* nicht entfallen (d).

(a) Bei der Grundschuld ist dies grundsätzlich unzweifelhaft und unstreitig.<sup>6</sup> Da die Grundschuld nach § 800 ZPO sofort vollstreckbar war, konnte der BGH die Frage unbeantwortet lassen, ob nicht andernfalls die vom Minderjährigen zu tragenden Kosten des zur Zwangsvollstreckung erforderlichen Titels zu einer anderen Beurteilung hätten führen müssen.

(b) Hinsichtlich des Nießbrauchs begründet der BGH den lediglich rechtlichen Vorteil der Auflassung damit, dass der Nießbraucher auch die außerordentlichen Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Lasten übernommen habe. Diese Begründung überrascht insofern, als bei Schenkung eines mit einem Nießbrauch belasteten Grundstücks (dem gleichgestellt wird der Nießbrauchsvorbehalt<sup>7</sup>) anerkannt ist, dass der Vorteil durch den Nießbrauch nur eingeschränkt, nicht aber aufgehoben wird.<sup>8</sup> Das muss aber unabhängig von der Ausgestaltung des Nießbrauchs gelten, da die außerordentlichen Ausbesserungen und Erneuerungen sowie außerordentliche Lasten ohnehin der Eigentümer des geschenkten Grundbesitzes tragen würde. Somit kann es nicht darauf ankommen, ob die außergewöhnlichen Ausbesserungen und Lasten beim Eigentümer verbleiben oder aber auf den Nießbraucher abgewälzt werden.

(c) Auch die mit dem Grunderwerb verbundene Verpflichtung zur Tragung von Grundsteuer betrachtet der BGH zutreffend nicht als rechtlichen Nachteil. Damit liegt seit mehr als 90 Jahren erstmals wieder eine höchstrichterliche Äußerung<sup>9</sup>

<sup>2</sup> *Jauernig*, JuS 1982, 576; *Feller*, DNotZ 1989, 66, 73.

<sup>3</sup> *Jauernig*, JuS 1982, 576, 577; ausführlich *Feller*, DNotZ 1989, 66, 75 ff.

<sup>4</sup> Siehe aber BGH, Urteil vom 3.2.2005, V ZB 44/04, MittBayNot 2005, 413 (nachstehend abgedruckt).

<sup>5</sup> So bereits BGH, FamRZ 1961, 473, 475 für die inhaltsgleiche Ausnahmevorschrift des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter Halbsatz BGB.

<sup>6</sup> MünchKommBGB/*Schmitt*, BGB, 4. Aufl., § 107 Rdnr. 40 m. w. N.  
<sup>7</sup> *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl., § 107 Rdnr. 4; MünchKommBGB/*Schmitt*, § 107 Rdnr. 40 f.

<sup>8</sup> *Palandt/Heinrichs*, BGB, 64. Aufl., § 107 Rdnr. 4 m. w. N.

<sup>9</sup> So *Schmitt*, NJW 2005, 1090, 1091.

<sup>1</sup> BGHZ 78, 30 = NJW 1981, 109 = DNotZ 1981, 111.

dazu vor, dass öffentlich-rechtliche Lasten keinen nach § 107 BGB beachtlichen Rechtsnachteil begründen, obgleich der Minderjährige hierfür auch persönlich haftet.<sup>10</sup> Die Unerheblichkeit öffentlicher Lasten kann jedoch nicht bereits damit begründet werden, dass diese nicht Gegenstand der zwischen den Parteien getroffenen rechtsgeschäftlichen Abreden sind.<sup>11</sup> Denn das Vermögen des Minderjährigen ist nicht dadurch weniger gefährdet, dass der Rechtsnachteil zwar nicht gewollte, aber gesetzlich eintretende Folge des Rechtserwerbs ist.<sup>12</sup> Möglich sei es jedoch, bestimmte Rechtsnachteile wegen ihres typischerweise ganz unerheblichen Gefährdungspotenzials als von dem Anwendungsbereich der Vorschrift nicht erfasst anzusehen;<sup>13</sup> so hat auch der BGH zu Recht bereits bei der Überlassung von Wohnungseigentum vor einer zu engen Handhabung des § 107 BGB gewarnt.<sup>14</sup> Wenngleich der Minderjährige für die Grundsteuer auch persönlich haftet, ist die Grundsteuer als öffentliche Last dem Eigentum als Inhaltschranke immanent;<sup>15</sup> auch vermag sie das sonstige Vermögen des Minderjährigen typischerweise nicht zu gefährden.

(d) Den durch das vorbehaltenen Rücktrittsrecht denkbaren Anspruch auf Wert- oder Schadensersatz betrachtet der BGH zu Recht als rechtlichen Nachteil. Der BGH lastet diesen Rechtsnachteil jedoch zutreffend nicht der zu beurteilenden Auflassung, sondern ausschließlich dem schuldrechtlichen Rechtsgeschäft an.

Somit gelangt der BGH zu dem wenig überraschenden, richtigen Ergebnis, dass die Auflassung im zu beurteilenden Fall keinen Rechtsnachteil begründet, auch wenn das zu Grunde liegende schuldrechtliche Geschäft, die eigentliche „Überlassung“, nicht lediglich rechtlich vorteilhaft war. Für die Auflassung musste daher auch kein Ergänzungspfleger bestellt werden.

Man kann die Entscheidung des BGH dahingehend pointieren, dass auch nach der von ihm bislang vertretenen – und von mir abgelehnten – Theorie der „wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung“ allenfalls der rechtliche Nachteil des dinglichen Geschäfts das schuldrechtliche Geschäft „infizieren“ könne – nicht aber umgekehrt.

2. Somit stehen wir in der notariellen Praxis vor dem Dilemma, die Auflassung in den einschlägigen Fällen an sich vollziehen zu können und damit grundsätzlich auch vollziehen zu müssen (§ 53 BeurkG), selbst wenn das Grundgeschäft noch nicht rechtswirksam geworden sein sollte.

Dennoch wird man bei der gängigen Praxis bleiben, die Auflassung gemeinsam mit dem Grundgeschäft durch einen Ergänzungspfleger abschließen zu lassen oder zumindest den Vollzug der Auflassung zurückzustellen, bis ein Ergänzungspfleger das Grundgeschäft genehmigt hat. Dies umso mehr, als auch eine zur Absicherung von Rückforderungsrechten eingetragene „Rückauflassungsvormerkung“ unwirksam bliebe, so lange das Grundgeschäft noch nicht wirksam ist. Nur in absoluten Ausnahmefällen werden „alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen“ (§ 53 BeurkG), da bei endgültiger

Unwirksamkeit des Grundgeschäfts Kosten für die Rückabwicklung des dann rechtsgrundlos erfolgten Erwerbs anfallen würden. Ein solcher Ausnahmefall mag vorliegen, wenn die Beteiligten einen umgehenden dinglichen Rechtserwerb wünschen, weil nach h. M. erst dann die 10-Jahres-Frist für Pflichtteilsergänzungsansprüche (§ 2325 Abs. 3 BGB) zu laufen beginnt.<sup>16</sup> Der Wunsch nach sofortiger Erklärung der Auflassung mag auch steuerliche Hintergründe haben; denn auch die 10-Jahres-Frist für die erneute Geltendmachung des Freibetrags nach ErbStG wird erst dann in Gang gesetzt, wenn der Veräußerer alles für die Ausführung der Zuwendung Erforderliche getan hat.<sup>17</sup>

Notar Lutz Feller, Eggenfelden

<sup>16</sup> Vgl. MünchKommBGB/Frank, BGB, 3. Aufl., § 2325 Rdnr. 24; Palandt/Edenhofer, § 2325 BGB Rdnr. 22.

<sup>17</sup> ErbStR R 23 zu § 9 ErbStG.

#### 9. BGB § 107 (Erwerb eines vermieteten Grundstücks bei Vorbehaltensnießbrauch nicht lediglich rechtlich vorteilhaft)

**Ein auf den Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft ist für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB, auch wenn sich der Veräußerer den Nießbrauch an dem zu übertragenden Grundstück vorbehalten hat.**

BGH, Beschluss vom 3.2.2005, V ZB 44/04; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

#### Aus den Gründen:

Der Beteiligte zu 1 überließ mit notariellem Vertrag mehrere verpachtete landwirtschaftliche Grundstücke unter gleichzeitiger Erklärung der Auflassung seinen Enkelkindern, den Beteiligten zu 2 bis 4 zu gleichen Teilen. Er behielt sich jedoch den lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch an dem übertragenen Grundbesitz vor. Insoweit wurde bestimmt, dass der Nießbraucher auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außerordentlichen Lasten der Grundstücke zu tragen hat. Mit gleicher Urkunde bewilligten die Beteiligten zu 2 bis 4 die Eintragung eines nachrangigen Nießbrauchsrechts mit entsprechendem Inhalt zugunsten ihrer Mutter, der Beteiligten zu 5, in das Grundbuch.

Das Grundbuchamt hat die Anträge auf Eigentumsumschreibung beanstandet, weil die Schenkung der verpachteten Grundstücke für den minderjährigen Beteiligten zu 4 nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Es hat den Beteiligten aufgegeben, binnen bestimmter Frist einen Ergänzungspfleger bestellen zu lassen. Die dagegen gerichteten Beschwerden der Beteiligten sind erfolglos geblieben. Das OLG Frankfurt am Main möchte auch die weiteren Beschwerden zurückweisen. Es sieht sich daran jedoch durch den Beschluss des OLG Celle vom 16.2.2001 (OLGR Celle 2001, 159 = MDR 2001, 931) gehindert und hat die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

#### II.

Die Vorlage ist gemäß § 79 Abs. 2 GBO statthaft.

Das vorlegende Gericht meint, der Erwerb eines verpachteten Grundstücks sei für einen Minderjährigen wegen des damit

<sup>10</sup> BGH, NJW 1981, 2127.

<sup>11</sup> So jedoch noch BGH, NJW 1979, 102 f.; BGH, DNotZ 1981, 111, 114; MünchKommBGB/Schmitt, § 107 Rdnr. 39.

<sup>12</sup> Feller, DNotZ 1989, 66, 70; ebenso nunmehr auch der BGH.

<sup>13</sup> Vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., § 25 Rdnr. 25.

<sup>14</sup> BGH, DNotZ 1981, 111.

<sup>15</sup> Feller, DNotZ 1989, 66, 71.

verbundenen Eintritts in den von dem Veräußerer geschlossenen Pachtvertrag nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Dies gelte auch dann, wenn sich der Veräußerer den Nießbrauch an dem Grundstück vorbehalten habe. In diesem Fall trete der Minderjährige bereits mit dem Eigentumserwerb, wenn auch nur für eine juristische Sekunde, in den bestehenden Pachtvertrag ein. Darüber hinaus träfen ihn die Pflichten aus dem Pachtverhältnis jedenfalls mit Beendigung des Nießbrauchs. Der zwischen den Beteiligten geschlossene Überlassungsvertrag bedürfe deshalb der Genehmigung durch einen an die Stelle der rechtlich verhinderten Eltern tretenden Ergänzungspfleger. Demgegenüber vertritt das OLG Celle in seiner auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung vom 16.2.2001 (a. a. O.) die Ansicht, die Übertragung eines mit einem Nießbrauch belasteten vermieteten Grundstücks sei mit keinen rechtlichen Nachteilen für den minderjährigen Erwerber verbunden, so dass er die Auflassung selbst wirksam erklären könne.

Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage. Die unterschiedlich beantwortete Frage, ob ein Minderjähriger durch seine auf den Erwerb des Eigentums an einem nießbrauchbelasteten vermieteten oder verpachteten Grundstück gerichtete Willenserklärung lediglich einen rechtlichen Vorteil im Sinne von § 107 BGB erlangt, ist für die dem Grundbuchamt nach § 20 GBO obliegende Prüfung einer rechtswirksam erklärten Auflassung (vgl. Senat, BGHZ 78, 28, 31; *Bauer/von Oefele*, GBO, AT I Rdnr. 145; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 5. Aufl., Einl. C Rdnr. 68) von Bedeutung. Damit geht es um die Auslegung des Grundbuchrechts betreffender Vorschriften im Sinne von § 79 Abs. 2 GBO, worunter alle bei der Entscheidung über einen gestellten Eintragungsantrag angewendeten oder zu Unrecht außer acht gelassenen sachlichrechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen zu verstehen sind, sofern sie – wie hier – auf bundesrechtlicher Grundlage beruhen (BGHZ 151, 116, 119 m. w. N.).

### III.

Die weiteren Beschwerden sind zulässig (§§ 78, 80 GBO), in der Sache haben sie jedoch keinen Erfolg. (...)

2. Die weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 1 bis 4 sind ebenfalls unbegründet. Die im Rahmen des Überlassungsvertrags vom 22.12.2003 erklärte Auflassung (§ 925 BGB) führt zu rechtlichen Nachteilen für den minderjährigen Beteiligten zu 4 und ist deshalb schwebend unwirksam (§§ 107, 108 Abs. 1 BGB). Ohne die von dem Grundbuchamt verlangte Genehmigung der Auflassung durch einen Ergänzungspfleger darf die beantragte Eigentumsumschreibung nicht vorgenommen werden (§ 20 GBO).

a) Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (BGHZ 78, 28, 33; *Beschl. v. 25.11.2004*, V ZB 13/04, DNotZ 2005, 549 = *MittBayNot 2005*, 408 (in diesem Heft), zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Eine solche persönliche Haftung ist mit dem Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks verbunden. Gemäß §§ 566 Abs. 1, 581 Abs. 2, 593 b BGB tritt der Erwerber mit dem Eigentumsübergang (*Staudinger/Emmerich*, BGB [2003], § 566 Rdnr. 26) in sämtliche Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Miet- oder Pachtverhältnis ein. Er ist daher nicht nur zu der Überlassung des vermieteten oder verpachteten Grundstücks verpflichtet (§§ 535 Abs. 1, 581 Abs. 1, 585 Abs. 2 BGB); vielmehr können ihn insbesondere auch

Schadensersatz- und Aufwendungsersatzpflichten (§§ 536 a, 581 Abs. 2, 586 Abs. 2 BGB) sowie die Pflicht zur Rückgewähr einer von dem Mieter oder Pächter geleisteten Sicherheit (§§ 566 a, 581 Abs. 2, 593 b BGB) treffen. Hierbei handelt es sich nicht um typischerweise ungefährliche Rechtsnachteile, die bei der Anwendung des § 107 BGB von vornherein außer Betracht bleiben könnten (so jedoch *Stürmer*, AcP 173 [1973], 402, 431, 448; *Jerschke*, DNotZ 1982, 459, 473; *Stutz*, MittRhNotK 1993, 205, 211 für unbebaute verpachtete Grundstücke). Anders als die mit dem Grundstückserwerb verbundene Verpflichtung zur Tragung laufender öffentlicher Lasten (vgl. BGH, *Beschl. v. 25.11.2004*, V ZB 13/04, *MittBayNot 2005*, 408) sind die aus dem Eintritt in ein Miet- oder Pachtverhältnis resultierenden Pflichten ihrem Umfang nach nicht begrenzt. Ihre wirtschaftliche Bedeutung hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Ob die von ihnen ausgehenden Gefahren für das Vermögen des Minderjährigen im Hinblick auf die mit dem Grundstückserwerb verbundenen Vorteile hingenommen werden können, lässt sich deshalb nicht abstrakt beurteilen, sondern erfordert eine entsprechende einzelfallbezogene Prüfung durch den gesetzlichen Vertreter. Mit der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung (OLG Oldenburg, NJW-RR 1988, 839; OLG Karlsruhe, OLGR Karlsruhe 2000, 259, 260; *Rpfleger 2003*, 579; *BayObLG*, NJW 2003, 1129) und Literatur (*Bamberger/Roth/Wendtland*, BGB, § 107 Rdnr. 8; *Jauernig/Jauernig*, BGB, 11. Aufl., § 107 Rdnr. 4; *MünchKomm-BGB/Schmitt*, 4. Aufl., § 107 Rdnr. 48; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 64. Aufl., § 107 Rdnr. 4; *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, BGB [2002], § 1629 Rdnr. 233; *Feller*, DNotZ 1989, 66, 74; *Lange*, NJW 1955, 1339, 1341) ist deshalb davon auszugehen, dass der Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

b) Dies gilt auch dann, wenn sich der Veräußerer – wie hier – den Nießbrauch an dem zu übertragenden Grundstück vorbehalten hat (OLG Karlsruhe, OLGR Karlsruhe 2000, 259, 260; *Rpfleger 2003*, 579; *BayObLG*, NJW 2003, 1129). Selbst wenn man – entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts – annimmt, dass die Veräußerung in diesem Fall die miet- oder pachtvertraglichen Beziehungen zunächst unberührt lässt, der frühere Eigentümer also als Nießbraucher Vermieter oder Verpächter in dem unverändert fortbestehenden Miet- oder Pachtverhältnis bleibt (BFH, NJW 1989, 3175, 3176; *Schmidt-Futterer/Gather*, Mietrecht, 8. Aufl., § 567 Rdnr. 11; *Staudinger/Emmerich*, BGB [2003], § 567 Rdnr. 13; a. A. *BayObLG*, *Rpfleger 2003*, 579; offen gelassen von BGH, *Urt. v. 27.10.1982*, V ZR 177/81, NJW 1983, 1780, 1781), tritt der minderjährige Erwerber jedenfalls mit der Beendigung des Nießbrauchs, hier also mit dem Tod des Beteiligten zu 1, entsprechend § 1056 Abs. 1 BGB in die Pflichten aus dem dann noch bestehenden Miet- oder Pachtvertrag ein (*Staudinger/Emmerich*, § 567 BGB Rdnr. 13). Die damit begründete persönliche Haftung des Minderjährigen ist nicht etwa deshalb unbeachtlich, weil es sich, wie das OLG Celle (MDR 2001, 931, 932) meint, um einen mittelbaren Rechtsnachteil handelt, der aus der Eigentümerstellung als solcher resultiert. Tatsächlich ist die Belastung mit miet- oder pachtvertraglichen Pflichten eine Folge des dinglichen Erwerbsgeschäfts. Dass sie von dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien nicht umfasst sein muss, sondern kraft gesetzlicher Anordnung eintritt, ist im Hinblick auf den von § 107 BGB verfolgten Schutzzweck ohne Belang (vgl. BGH, *Beschl. v. 25.11.2004*, V ZB 13/04, *MittBayNot 2005*, 408 für öffentliche Grundstückslasten). Unerheblich ist auch, dass im Zeitpunkt der Erklärung der Auflassung noch nicht feststeht, ob und wann der minderjährige Erwerber in den von dem Über-

geber geschlossenen Miet- oder Pachtvertrag eintreten wird. Zwar genügt die bloß theoretische Möglichkeit einer zukünftigen Belastung nicht, um einen Rechtsnachteil im Sinne von § 107 BGB annehmen zu können (BGH, Beschl. v. 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408). Deshalb ist die Schenkung eines Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt nicht bereits deshalb rechtlich nachteilig, weil eine in Zukunft erfolgende Vermietung oder Verpachtung durch den Nießbraucher nicht ausgeschlossen werden kann. Ist das Grundstück dagegen bereits im Zeitpunkt der Auflassung vermietet oder verpachtet, besteht die hinreichend konkrete Möglichkeit, dass der Minderjährige bei Beendigung des Nießbrauchs mit Pflichten aus dem Miet- oder Pachtvertrag belastet werden kann. Dies genügt, um einen Rechtsnachteil anzunehmen (OLG Karlsruhe, OLGR Karlsruhe 2000, 259, 260). Insoweit gilt nichts anderes als bei einer Schenkung unter Rücktrittsvorbehalt, die nach allgemeiner Ansicht rechtlich nachteilig ist, weil der Minderjährige im Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts zum Wertersatz oder Schadensersatz, insbesondere wegen einer zwischenzeitlichen Verschlechterung des zurückzugewährenden Gegenstands, verpflichtet sein kann (BayObLG, Rpfleger 1974, 309, 310; OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 290; OLG Köln, Rpfleger 1998, 159; ZMR 2004, 189, 191; OLG Celle, MDR 2001, 931, 932; *Fembacher/Franzmann*, MittBayNot 2002, 78, 82 f.; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2004, 162).

c) Wegen der mit dem Eigentumserwerb verbundenen Rechtsnachteile konnte der minderjährige Beteiligte zu 4 die Auflassung nicht selbst wirksam erklären. Die nach §§ 107, 108 Abs. 1 BGB erforderliche Genehmigung der von ihm abgegebenen Auflassungserklärung können die Eltern des Beteiligten zu 4 nicht erteilen, weil seine Mutter als Tochter des Beteiligten zu 1 gemäß §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 erster Halbsatz BGB von der Vertretung ausgeschlossen ist und sich dieses Vertretungsverbot auch auf den Vater des Beteiligten zu 4 erstreckt (vgl. BGH, Urt. v. 14.6.1972, IV ZR 53/71, NJW 1972, 1708). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter Halbsatz BGB. Zwar ist der der Eigentumsübertragung zugrunde liegende Schenkungsvertrag (§ 516 Abs. 1 BGB) für den Beteiligten zu 4 lediglich rechtlich vorteilhaft, so dass die Auflassung ausschließlich der Erfüllung einer durch das schuldrechtliche Grundgeschäft wirksam begründeten Verbindlichkeit dient. Gleichwohl sind die Eltern des Beteiligten zu 4 daran gehindert, die Auflassung für diesen zu erklären oder die von ihm selbst erklärte Auflassung zu genehmigen, weil die in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter Halbsatz BGB normierte Ausnahme von dem Vertretungsverbot unter Berücksichtigung des Zwecks der §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 erster Halbsatz BGB, Kollisionen zwischen den Interessen des Kindes und den Interessen seiner Eltern zu vermeiden (*Palandt/Diederichsen*, § 1629 BGB Rdnr. 20), nicht gilt, wenn das in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende Rechtsgeschäft über den Erfüllungserfolg hinaus zu rechtlichen Nachteilen für den Vertretenen führt. Denn in diesem Fall trifft die § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter Halbsatz BGB zugrunde liegende Annahme, dass es bei der bloßen Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit zu keiner Interessenkollision kommen kann (*Ermann/Holzhauser*, BGB, 11. Aufl., § 1795 Rdnr. 10; vgl. auch *Kern*, JA 1990, 281, 282 zu § 181 letzter Halbsatz BGB), nicht zu, so dass es bei dem grundsätzlichen Vertretungsverbot verbleiben muss. Damit bedarf es, wie von dem Grundbuchamt verlangt, einer Genehmigung der Auflassung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger (§ 1909 Abs. 1 BGB).

### Anmerkung:

In seiner Entscheidung bestätigt der BGH zunächst die ganz überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass der Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei.<sup>1</sup>

Der dem Veräußerer vorbehaltene Nießbrauch lässt den rechtlichen Nachteil nicht entfallen. Zwar werden die Pflichten aus dem Mietverhältnis durch den Nießbrauch (noch) auf den Nießbraucher verlagert. Wer daher in einer Momentaufnahme ausschließlich auf den Zeitpunkt der Auflassung abstellt, kommt freilich zu dem gegenteiligen Schluss, dass die Auflassung lediglich rechtlich vorteilhaft sei.<sup>2</sup> Doch der Nießbrauch kann jederzeit erlöschen, mit der Folge, dass dann der Minderjährige auch mit seinem sonstigen Vermögen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Mietverhältnis haftet (§ 1056 Abs. 1 BGB i. V. m. § 566 Abs. 1 BGB).

Auch die Schenkung unter Rücktrittsvorbehalt ist nach allgemeiner Ansicht rechtlich nachteilig<sup>3</sup>, obwohl die persönliche Verpflichtung zum Wert- oder Schadensersatz – wenn überhaupt – erst später entsteht, wenn der Rücktritt tatsächlich erklärt wird. In entsprechender Anwendung der Rechtsgrundsätze zur Vormerkbarkeit künftiger Ansprüche ließe sich formulieren: Die Rechtsgrundlage für die persönliche Haftung des Minderjährigen ist trotz des Nießbrauchs bereits fest geschaffen, wenn der Grundbesitz bei Auflassung bereits vermietet/verpachtet ist. Bildhaft gesprochen, es macht eben auch rechtlich einen Unterschied, ob ich den Minderjährigen unter ein Damoklesschwert setze, das bereits an der Saaldecke hängt und nur von dem legendären Rosshaar gehalten wird oder ob ich den Minderjährigen nur der Gefahr aussetze, dass irgendwann ein Damoklesschwert über ihm aufgehängt werden könnte. Den rechtlichen Nachteil begründet der BGH m. E. daher zu Recht mit der „hinreichend konkreten Möglichkeit“ der Inanspruchnahme aus dem „schon bestehenden Mietverhältnis“.

Das eigentlich Interessante an der Entscheidung liegt aber darin, dass der BGH sich mit ihr von seiner Theorie der „wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung“ im Ergebnis wohl endgültig verabschiedet – leider ohne dies deutlich zu äußern. Der erkennende Senat des BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1981 den ausschließlichen rechtlichen Vorteil einer Schenkung in einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und dinglichen Vertrages auch bereits dann verneint, wenn erst der dingliche Vertrag zu Rechtsnachteilen führte.<sup>4</sup> Zumindest in der Rechtsprechung wurde getreu der Devise „Karlsruhe locuta, causa finita“ die „wirtschaftliche Gesamtbetrachtung“ durch die vom BGH verordnete Brille für bald ein Vierteljahrhundert als verbindliche juristische Sichtweise adaptiert.<sup>5</sup>

Derselbe Senat des BGH hat in seiner erst einige Monate zuvor ergangenen Entscheidung<sup>6</sup> zwar die in der Literatur gegen die „wirtschaftliche Gesamtbetrachtung“ geäußerte Kri-

<sup>1</sup> *Feller*, DNotZ 1989, 66, 72; MünchKommBGB/*Schmitt*, BGB, 4. Aufl., § 107 Rdnr. 48; BayObLG, DNotZ 2003, 711.

<sup>2</sup> *Everts*, ZEV 2004, 232.

<sup>3</sup> So treffend der BGH in der vorliegenden Entscheidung, m. w. N.

<sup>4</sup> BGHZ 78, 30 = NJW 1981, 109 = DNotZ 1981, 111.

<sup>5</sup> Z. B. OLG Oldenburg, DNotZ 1989, 92; BayObLG, DNotZ 2003, 711, 712.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 mit Anm. *Feller*, MittBayNot 2005, 412 (in diesem Heft).

tik aufgegriffen und sich wieder uneingeschränkt zum Trennungsprinzip bekannt. Der im Jahre 2004 entschiedene Fall bot jedoch noch keine Gelegenheit, sich mit der als Alternative zur „wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung“ vorgeschlagenen teleologischen Reduktion des § 181 letzter Halbsatz BGB<sup>7</sup> auseinanderzusetzen, weil bereits die Schenkung rechtlich nachteilig, das Erfüllungsgeschäft hingegen lediglich rechtlich vorteilhaft war. Der neuen Entscheidung aus dem Jahre 2005 lag nunmehr der gleichsam spiegelbildliche Fall einer lediglich rechtlich vorteilhaften Schenkung zugrunde, die durch eine mit Rechtsnachteilen behaftete Auflassung erfüllt werden sollte. Bei derselben Konstellation hatte der BGH im Jahre 1981 erstmals die „wirtschaftliche Gesamtbetrachtung“ angestellt, mit dem Ergebnis, dass auch die Schenkung der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers bedürfe.

Doch wer A sagt, muss bekanntlich auch B sagen. Juristisch gewendet: Wer wieder „Trennungsprinzip gilt uneingeschränkt!“ sagt<sup>8</sup>, kann im Falle einer rechtlich vorteilhaften Schenkung den Minderjährigenschutz bei der mit Rechtsnachteilen verbundenen Auflassung nur noch mit der vorgeschlagenen teleologischen Reduktion des § 181 letzter Halbsatz BGB verwirklichen. Nach diesem Vorschlag sollte § 181 letzter Halbsatz BGB<sup>9</sup> dann nicht gelten, wenn das in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende Rechtsgeschäft über den Erfüllungserfolg hinaus ausnahmsweise mit Rechtsnachteilen für den Vertretenen verbunden ist.<sup>10</sup> Eben diesem Vorschlag ist der BGH nun mit der reichlich lapidaren Begründung gefolgt, dass es sonst zu einem Interessenkonflikt kommen könne. Wer mit einigem Aufwand versucht hat, die Theorie der „wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung“ zu widerlegen und stattdessen die teleologische Reduktion des § 181 letzter Halbsatz BGB zu begründen<sup>11</sup>, verfolgt mit einigem Erstaunen, auf welch' leisen Sohlen es dem BGH nunmehr gelingt, sich aus dem von ihm errichteten, als hinfällig erkannten Gedankengebäude fort zu stehlen. Man hätte sich gewünscht, der BGH hätte die Baufähigkeit der „wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung“ den Rechtsanwendern in aller Deutlichkeit verkündet. Dessen ungeachtet gelangt eine *juristische* Gesamtbetrachtung der Entscheidung aus 2004 und der hier besprochenen Entscheidung zu dem Ergebnis, dass schuldrechtliches und dingliches Geschäft nunmehr getrennt darauf überprüft werden können, ob sie lediglich rechtlich vorteilhaft sind.

In der notariellen Praxis hat dies zur angenehmen Folge, dass man beim zeitlichen Auseinanderfallen von Überlassungsvertrag und Auflassung, wie beispielsweise bei der Überlassung noch nicht vermessener Teilflächen, den Überlassungsvertrag und die Auflassung getrennt und isoliert betrachten kann. Folgende Beispiele mögen dies veranschaulichen:

Ist die Überlassung einer noch nicht vermessenen Teilfläche lediglich rechtlich vorteilhaft, muss bei Abschluss des schuldrechtlichen Überlassungsvertrages ein Ergänzungspfleger auch dann nicht mitwirken, wenn die überlassene Teilfläche vermietet/verpachtet oder aber mit einer Reallast<sup>12</sup> belastet ist. In konsequenter Anwendung des Trennungsprinzips ist

<sup>7</sup> *Jauernig*, JuS 1982, 576, 577; *Feller*, DNotZ 1989, 66, 75 ff.

<sup>8</sup> So der BGH in der vorstehend besprochenen Entscheidung.

<sup>9</sup> Und der inhaltsgleiche § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter Halbsatz BGB.

<sup>10</sup> *Jauernig*, JuS 1982, 576, 577; *Feller*, DNotZ 1989, 66, 76 ff.

<sup>11</sup> *Feller*, DNotZ 1989, 66, 73 ff.

<sup>12</sup> Die Auflassung eines mit einer Reallast belasteten Grundbesitzes ist wegen der persönlichen Haftung (§ 1108 BGB) nach unbestrittener allgemeiner Ansicht rechtlich nachteilig; vgl. *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl., § 107 Rdnr. 4. MünchKommBGB/*Schmitt*, § 107 Rdnr. 40.

erst bei Messungsanerkennung und Auflassung zu klären, ob ein Vertretungshindernis besteht, weil die Auflassung zu Rechtsnachteilen führen kann. Handelt es sich um die Überlassung von Grundbesitz, der nicht erst vermessen werden muss, besteht aber ein Vertretungshindernis nur bei der Auflassung, nicht jedoch beim schuldrechtlichen Geschäft, wird man sich in geeigneten Fällen mit der Beurkundung einer Überlassungsverpflichtung<sup>13</sup> begnügen können. Die Beurkundung der Auflassung mag dann ausgesetzt bleiben bis das bei ihr bestehende Vertretungshindernis entfallen ist – sei es, dass der Minderjährige volljährig geworden ist, der Grundbesitz nicht mehr vermietet/verpachtet ist oder die eingetragene Reallast gelöscht werden konnte.

Notar *Lutz Feller*, Eggenfelden

<sup>13</sup> Die selbsttendend mit einer Eigentumsvormerkung zu sichern ist.

10. UWG §§ 3, 4 Nr. 11; RBERG Art. 1 § 1 (*Testamentsvollstreckung durch Steuerberater*)

**1. Art. 1 § 1 RBERG zählt zu den Vorschriften i. S. des § 4 Nr. 11 UWG, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher, das Marktverhalten zu regeln.**

**2. Die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ist keine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i. S. von Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG.**

BGH, Urteil vom 11.11.2004, I ZR 182/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

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

Der Kläger sieht hierin einen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz. Er hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken im Zusammenhang mit seinen übrigen steuerrechtlichen Tätigkeiten Testamentsvollstreckungen anzubieten.

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

Mit der (vom Senat zugelassenen) Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

I.

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

Der Beklagte verfüge als Steuerberater nicht über die für die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erforderliche Erlaubnis. Die Werbung des Beklagten sei daher unlauter i. S. des § 1 UWG a. F. Die geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung sei eine nach dem Rechtsberatungsgesetz erlaubnispflichtige Tätigkeit. Sie sei darauf gerichtet und geeignet, konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers liege überwiegend auf rechtlichem und nicht auf wirtschaftlichem Gebiet. Ein Erblasser sehe bei der Anordnung einer Testamentsvollstreckung gerade auch Probleme rechtlicher Art voraus.

Ansonsten würde er auf die mit Kosten verbundene Einsetzung eines Testamentsvollstreckers verzichten. Rechtliche Fallgestaltungen könnten überwiegend besser und bei komplizierten Auseinandersetzungsverträgen sogar ausschließlich nur von Rechtskundigen gelöst werden.

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

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

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

## II.

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

1. Die Beurteilung des mit dem Klageantrag geltend gemachten Unterlassungsanspruchs richtet sich nach dem im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht (vgl. BGH, Urt. v. 5.2.2004, I ZR 90/01, GRUR 2004, 522, 523; Urt. v. 11.3.2004, I ZR 304/01, GRUR 2004, 860, 862. Es sind daher die Bestimmungen des gemäß § 22 Satz 1 am 8.7.2004 in Kraft getretenen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3.7.2004 (BGBl I S. 1414) anzuwenden. Allerdings kann ein auf Wiederholungsgefahr gestützter Unterlassungsanspruch nur bestehen, wenn das beanstandete Verhalten auch zur Zeit der Begehung wettbewerbswidrig war.

2. Nach § 4 Nr. 11 UWG handelt derjenige unlauter i. S. des § 3 UWG, der einer gesetzlichen Bestimmung zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Zu den Vorschriften, die im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher, auch das Verhalten von Unternehmen bestimmen, zählt Art. 1 § 1 RBERG (vgl. zu § 1 UWG a. F.: BGH, Urt. v. 13.3.2003, I ZR 143/00, GRUR 2003, 886, 889; Urt. v. 20.11.2003, I ZR 104/01, GRUR 2004, 253, 254, jeweils m. w. N.; zu § 4 Nr. 11 UWG: *Baumbach/Hefermehl/Köhler*,

UWG, 23. Aufl., § 4 Rdnr. 11.63; *Harte/Henning/v. Jagow*, UWG, § 4 Nr. 11 Rdnr. 115; *Ullmann*, GRUR 2003, 817, 824). Unerheblich ist, dass Art. 1 § 1 RBERG, der eine Erlaubnispflicht für eine geschäftsmäßige Rechtsberatung vorsieht, auch über den Marktzutritt bestimmt. Dadurch wird der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG nicht ausgeschlossen, weil auch Marktzutrittsregelungen eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion haben können; insbesondere können sie dem Verbraucherschutz dienen (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487, S. 19; *Ullmann*, GRUR 2003, 817, 824; *Baumbach/Hefermehl/Köhler*, § 4 KWG Rdnr. 11.63; vgl. auch zu § 1 UWG a. F.: BGHZ 150, 343, 348).

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

a) Nach dieser Vorschrift darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist. Ob die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers grundsätzlich eine erlaubnispflichtige Tätigkeit nach Art. 1 § 1 RBERG darstellt, ist umstritten (bejahend: OLG Karlsruhe, NJW-RR 1994, 236, 237; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 280 f. und 566; *Schaub*, MittBayNot 2001, 90 f.; *Stracke*, ZEV 2001, 250; *ders.*, Die geschäftsmäßige Rechtsberatung durch Testamentsvollstrecker, 1999, S. 248 f.; *Bonefeld*, ZERB 2000, 171, 172; *Henssler*, ZEV 1994, 261, 262; *Senge* in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, RBERG R 55, Art. 1 § 5 Rdnr. 17 und 38; *Chemnitz/Johnigk*, Rechtsberatungsgesetz, 11. Aufl., Art. 1 § 3 Rdnr. 435 und § 5 Rdnr. 561; *Rennen/Caliebe*, Rechtsberatungsgesetz, 3. Aufl., Art. 1 § 3 Rdnr. 49; *Weth* in Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl., Art. 1 § 3 RBERG Rdnr. 41–43; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2197 Rdnr. 65 f.; im Falle der Ernennung von Banken als Testamentsvollstrecker: *Schaub*, FamRZ 1995, 845, 846; *Leverenz*, ZBB 1995, 156, 159; a. A.: *Vortmann*, WM 1995, 1745, 1746; *ders.*, WuB VIII D Art. 1 § 1 RBERG 4.02; *Kleine-Cosack*, BB 2000, 2109 ff.; *ders.*, EWiR 2000, 979 f.; *Watrin*, DStR 2002, 422, 424). Teilweise wird in der Literatur nach dem Umfang und dem Schwerpunkt der Tätigkeit im Einzelfall differenziert (MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, 4. Aufl., § 2197 Rdnr. 9; *Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, § 2197 Rdnr. 30; *Sandkühler*, DNotZ 2001, 645, 646). Zum Teil wird die Testamentsvollstreckung von Steuerberatern oder Banken auch nach Art. 1 § 3 Nr. 6 oder § 5 Nr. 2 oder Nr. 3 RBERG als zulässig angesehen (OLG Karlsruhe, AnwBl. 1992, 333; LG Krefeld, DStRE 2000, 615, 616; LG Detmold, WM 2001, 2441, 2442; Lang, NJW 1999, 2332, 2333; *Bamberger/Roth/Mayer*, § 2197 BGB Rdnr. 30; *Grunewald*, ZEV 2000, 460; *Streck*, DStR 1991, 592, 594; *Best*, DStR 2000, 2000, 2001; *Bork*, WM 1995, 225, 226 ff.; *Zeller*, WuB VIII D Art. 1 § 3 RBERG 1.94; für eine analoge Anwendung des Art. 1 § 3 Nr. 6: *Leverenz*, ZBB 1995, 156, 165 ff.).

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i. S. des Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG vor, wenn eine geschäftsmäßige Tätigkeit darauf gerichtet und geeignet ist, konkrete fremde Rechtsangelegenheiten zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Dabei ist zur Abgrenzung erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung von erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung auf den Kern und den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen, weil eine Besorgung wirtschaftlicher Belange vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft ist. Es ist daher zu fragen, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht (BGH, Urt. v. 6.12.2001, I ZR 101/99, GRUR 2002, 993, 995; BGH, GRUR 2003, 886, 887). Davon ist im Ansatz auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat jedoch bei der Beurteilung der Frage, ob der Schwerpunkt der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers auf rechtlichem oder wirtschaftlichem Gebiet liegt, einseitig auf die mit der Testamentsvollstreckung verbundene Verwirklichung und Gestaltung der konkreten Rechtsverhältnisse abgestellt und der wirtschaftlichen Seite der Testamentsvollstreckung zu wenig Bedeutung beigemessen.

aa) Ein Testamentsvollstrecker hat nach § 2203 BGB die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Er hat den Nachlass zu verwalten und ist berechtigt, ihn in Besitz zu nehmen und über Nachlassgegenstände zu verfügen (§ 2205 BGB) sowie Forderungen einzuziehen. Wenn mehrere Erben vorhanden sind, hat er die Auseinandersetzung nach näherer Maßgabe des § 2204 BGB zu bewirken. Seine Aufgaben können sich auf den gesamten Nachlass, auf einen einzelnen Nachlassgegenstand oder ein Vermächtnis beziehen (vgl. BGHZ 13, 203, 205 f. m. w. N.). Die Testamentsvollstreckung kann auf eine Abwicklungsvollstreckung, eine Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 Satz 1 Halbs. 1 BGB) oder eine Dauervollstreckung (§ 2209 Satz 1 Halbs. 2 BGB) gerichtet sein. Der Testamentsvollstrecker kann beschränkt oder unbeschränkt zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass berechtigt sein (§§ 2206 ff. BGB). Auch das Recht zur Prozessführung steht ihm nach §§ 2212, 2213 BGB zu.

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

bb) Die Frage, ob die Testamentsvollstreckung allgemein eine nach Art. 1 § 1 RBERG erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ist, hängt jedoch nicht vom jeweiligen Einzelfall ab. Für die Einstufung als erlaubnispflichtige Rechtsberatung kann angesichts dessen, dass nahezu alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen sind und eine wirtschaftliche Betätigung kaum ohne rechtsgeschäftliches Handeln möglich ist oder ohne rechtliche Wirkung bleibt, nicht allein auf die rechtlichen Formen und Auswirkungen des Verhaltens abgestellt werden. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die grundgesetzlich geschützte Berufsfreiheit des Einzelnen, der geschäftsmäßig die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ausüben will, ist

vielmehr eine abwägende Beurteilung des jeweils beanstandeten Verhaltens danach erforderlich, ob es sich bei ihm um eine Rechtsbesorgung oder um eine Tätigkeit handelt, die ohne Beeinträchtigung ihrer Qualität und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege auch von anderen Dienstleistern erfüllt werden kann. Dabei sind die öffentlichen Belange (Sicherung der Qualität der Dienstleistung und Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege), die den Erlaubnisvorbehalt des Rechtsberatungsgesetzes rechtfertigen, gegen die Berufsfreiheit desjenigen abzuwägen, dem wegen des Fehlens einer entsprechenden Erlaubnis die Vornahme bestimmter Handlungen untersagt werden soll (BVerfG, WRP 2002, 1423, 1425; BGH, GRUR 2002, 993, 995; GRUR 2003, 886, 887). In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, ob der Auftraggeber im Rahmen der Geschäftsbesorgung eine besondere rechtliche Prüfung des Inhalts des Geschäfts oder der mit diesen verbundenen Risiken ausdrücklich wünscht oder zumindest erkennbar erwartet. Die entsprechende Erwartung richtet sich im Zweifel nach der Person und der Qualifikation des Geschäftsbesorgers, nach den verkehrstypischen Gepflogenheiten und nach den objektiven Maßstäben des jeweiligen Geschäfts (BGH, Urt. v. 30.3.2000, I ZR 289/97, GRUR 2000, 729, 730 m. w. N.).

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

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

Es lässt sich danach nicht feststellen, dass die öffentlichen Belange des Rechtsberatungsgesetzes – die Qualität der Dienstleistung in rechtlicher Hinsicht zu sichern oder die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu erhalten – gegenüber der Freiheit der Berufsausübung derjenigen, die das Amt des Testamentsvollstreckers ausüben, überwiegen.

mentsvollstreckers versehen, überwiegen. Ein Verbot der geschäftsmäßigen Ausübung des Amtes des Testamentsvollstreckers ohne Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit somit nicht gerechtfertigt. Entsprechendes gilt für ein Verbot des Anbietens geschäftsmäßiger Testamentsvollstreckung.

11. UWG §§ 3, 4 Nr. 11; RBERG Art. 1 § 1 (*Testamentsvollstreckung durch Banken*)

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

BGH, Urteil vom 11.11.2004, I ZR 213/01; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist in NJW 2005, 969 abgedruckt. Siehe hierzu und zum vorstehenden Urteil auch den Aufsatz von *J. Mayer*, MittBayNot 2005, 366 (in diesem Heft).

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. GmbHG § 4 a; EG Art. 43, Art. 48 (*Keine Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz einer GmbH ins Ausland*)

**Eine Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz einer GmbH in einen anderen Mitgliedsstaat der EU kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 30.11.2004, 6 Wx 4/04

#### Aus den Gründen:

Die 1991 in W. gegründete Antragstellerin ist nach wiederholter Sitzverlegung seit dem 13.10.2003 mit Sitz in B. im Handelsregister des Amtsgerichts N. eingetragen.

Durch Abtretung erwarb der italienische Staatsangehörige S. sämtliche Geschäftsanteile an der Antragstellerin. Mit notarieller Urkunde vom 4.12.2003 bestellte sich der Alleingesellschafter unter Abberufung des bisherigen Geschäftsführers zum neuen alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer und beschloss, den Sitz der Gesellschaft unter Änderung der Satzung nach P. (Italien) zu verlegen. Durch weitere Urkunde vom gleichen Tage meldete er die Änderungen bei dem Handelsregister an und beantragte, die Eintragungen auch getrennt vorzunehmen.

Das Registergericht hat den Geschäftsführerwechsel im März 2004 eingetragen. Die Anmeldung der Sitzverlegung hat das Gericht durch Beschluss vom 11.5.2004 zurückgewiesen, weil die Verlegung des Sitzes ins Ausland nicht eintragungsfähig sei. Nach deutschem Gesellschaftsrecht könne die in Deutschland errichtete GmbH ihren Sitz nicht identitätswahrend in das Ausland, auch nicht in einen anderen EU-Mitgliedstaat, verlegen. Der Beschluss über die Verlegung des

Satzungssitzes nach Italien habe die Auflösung der GmbH zur Folge. (...)

#### II.

Die weitere Beschwerde ist statthaft und auch sonst zulässig, insbesondere formgerecht eingelegt (§§ 27 Abs. 1, 29 Abs. 1 FGG). Das Rechtsmittel ist aber unbegründet, denn die angefochtene Beschwerdeentscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

1. Amts- und Landgericht als Tatsacheninstanzen sind erkennbar davon ausgegangen, dass der Gesellschafterbeschluss vom 4.12.2003 darauf gerichtet ist, sowohl den Sitzungssitz als auch den effektiven Verwaltungssitz nach Italien zu verlegen und die Geschäfte künftig von der im Beschluss angegebenen italienischen Geschäftsadresse aus zu führen. Die weitere Beschwerde gibt keinen Anlass, einen anderen Sachverhalt anzunehmen. Die Antragstellerin stützt ihr Rechtsmittel auf die Rüge, die nach dem Gemeinschaftsrecht der EU zu gewährleistende Niederlassungsfreiheit verbiete es, eine Gesellschaft eines Mitgliedstaats darin zu behindern, ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben.

2. Die mit der weiteren Beschwerde erhobene Rüge verfährt nicht. Die von der Antragstellerin angemeldete Sitzverlegung nach Italien ist zu Recht abgelehnt worden. Die satzungsändernde Verlegung des Sitzes einer nach deutschem Recht gegründeten GmbH in das Ausland kann nicht in das deutsche Handelsregister eingetragen werden. Das gilt auch für die Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat der EU. Das Gemeinschaftsrecht ist nicht verletzt.

a) Eine Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz in das Ausland führte nach deutschem internationalem Gesellschaftsrecht – welches von der Sitzanknüpfung ausgeht – zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts, gleichviel ob der Zuzugstaat seinerseits der Sitz- oder aber der Gründungstheorie folgt (vgl. OLG Hamm, NJW 2001, 2183 f.; OLG Hamm, NJW-RR 1998, 615; BayObLG, NJW-RR 1993, 43 ff.; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Aufl. 1998, Rdnr. 606, 656; *MünchKommBGB/Kindler*, IntGesR, 3. Aufl., Rdnr. 400; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., § 4 a Rdnr. 22; *Michalski/Leible*, GmbHG, Bd. 1, Syst. Darst. 2 Rdnr. 134; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., Einl. Rdnr. 335; *Horn*, NJW 2004, 893, 897; *Weller*, DStR 2004, 1218 f.; *Behrens*, IPRax 2000, 384, 388). Sachlich-rechtlich ist das Recht des Wegzug- und das des Zuzugstaates zu beachten. Ein Fortbestehen der Gesellschaft hat zur Voraussetzung, dass beide Rechtsordnungen den grenzüberschreitenden Fortbestand ermöglichen. Das am bisherigen (Gründungs-)Sitz geltende Recht müsste die Sitzverlegung in das Ausland zulassen, die Gesellschaft müsste ferner diejenigen Bedingungen erfüllen, von denen das Recht des neuen Sitzstaates die Fortexistenz der Gesellschaft abhängig macht (vgl. BayObLG, DNotZ 2004, 725; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rdnr. 606; *MünchKommBGB/Kindler*, IntGesR, Rdnr. 400; *Michalski/Leible*, a. a. O., Rdnr. 134; *Jasper* in MünchHdb. GesR, Bd. 3, 2. Aufl., § 75 Rdnr. 118).

Da – wie noch auszuführen ist – das deutsche Gesellschaftsrecht als das Recht des Gründungs- und bisherigen Sitzstaates eine die Identität der Gesellschaft wahrende Sitzverlegung in das Ausland nicht zulässt, kommt es für die hier zu entscheidende Frage der Eintragung der Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes in das deutsche Register nicht darauf an, ob die Rechtsordnung des Zuzugstaates Italien eine nach Sitzverlegung fortbestehende Gesellschaft anerkennt oder die Neu-

gründung verlangt (vgl. BayObLG, DNotZ 2004, 725; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rdnr. 606; *Michalski/Leible*, Syst. Darst. 2, Rdnr. 134).

b) Nach gegenwärtigem Recht ist eine Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz einer in Deutschland errichteten GmbH in das Ausland – auch wenn es um den Wegzug in einen anderen Mitgliedstaat der EU geht – nicht möglich und deshalb die Registereintragung der Sitzverlegung abzulehnen (vgl. BayObLG, DNotZ 2004, 725; OLG Hamm, NJW 2001, 2183 f.; OLG Düsseldorf, NJW 2001, 2184 f.; OLG Hamm, NJW-RR 1998, 615; BayObLG, DNotZ 1993, 187; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rdnr. 652, 655; MünchKommBGB/Kindler, IntGesR, Rdnr. 399 f.; *Lutter/Hommelhoff*, § 4 a Rdnr. 20, 22; *Michalski/Leible*, Syst. Darst. 2, Rdnr. 133 f.; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl., § 4 a Rdnr. 10; *Triebel/von Hase*, BB 2003, 2409, 2414). Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass das Bestehen einer Kapitalgesellschaft nach deutschem Gesellschaftsrecht – für die GmbH ergibt sich das aus § 4 a GmbHG – zwingend einen in der Satzung bestimmten inländischen Geschäftssitz erfordert (vgl. BGHZ 25, 134, 144; BGHZ 29, 320, 328; BayObLG, DNotZ 2004, 725; OLG Hamm, NJW 2001, 2183 f.; jeweils m. w. N.). Aus diesem Grund würde die Gesellschaft bei grenzüberschreitender Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz ihre Rechtsfähigkeit auf der Grundlage ihres bisherigen Personalstatuts verlieren. Eine identitätswahrende Auswanderung einer deutschen Gesellschaft lässt das geltende Recht nicht zu.

Weil die in den Mitgliedstaaten der EU unterschiedlichen nationalen Regelungen des Gesellschaftsrechts in kollisionswie sachlich-rechtlicher Hinsicht bislang nicht harmonisiert sind, gilt für die Sitzverlegung innerhalb des Gemeinschaftsgebiets nichts anderes. Es erscheint allerdings absehbar, dass der von der EU-Kommission unter Abänderung des früheren Vorentwurfs (ZIP 1997, 1721 ff.) derzeit erarbeitete neue Vorschlag einer 14. Richtlinie zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vorsehen wird, die identitätswahrende Sitzverlegung unter Änderung des Gesellschaftsstatuts zu ermöglichen (vgl. dazu *Leible*, ZGR 2004, 531, 538 ff.). Inwieweit die künftige europäische Rechtsetzung die Rechtslage ändern wird, ist für die Beurteilung des Streitfalls aber ohne Belang, weil sich der Senat nach dem im Zeitpunkt seiner Entscheidung geltenden Recht zu richten hat.

c) Der umstrittenen Frage, ob der Beschluss, der die unzulässige Sitzverlegung in das Ausland bestimmt, als Auflösungsbeschluss anzusehen ist (so die noch herrschende Meinung, u. a. OLG Hamm, NJW 2001, 2183 f.; BayObLG, DNotZ 1993, 187; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rdnr. 651 ff.; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 4 a Rdnr. 10; offen lassend: BayObLG, DNotZ 2004, 725), oder ob entsprechend § 241 Nr. 3 AktG von dessen Nichtigkeit auszugehen ist (so die Gegenmeinung, u. a. MünchKommBGB/Kindler, IntGesR, Rdnr. 399; *Michalski/Leible*, Syst. Darst. 2, Rdnr. 133; *Triebel/von Hase*, BB 2003, 2409, 2414), muss nicht nachgegangen werden. Nach beiden Sichtweisen ist die Eintragung der Sitzverlegung in das Handelsregister ausgeschlossen.

d) Die Sachbeurteilung steht nicht im Widerspruch zum Recht der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere gebietet das nach Art. 43 und 48 EG (früher Art. 52 und 58 EGV) geltende Verbot der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit keine andere Bewertung.

Allerdings bedeutet die Beurteilung des Senats in der Sache ein Hindernis für die von der Antragstellerin erstrebte Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat und ist deshalb an der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 und 48 EG zu messen.

Die Niederlassungsfreiheit nach dem heutigen Stand des Gemeinschaftsrechts führt aber nicht dazu, die in Rede stehende Beschränkung einer identitätswahrenden grenzüberschreitenden Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes einer Gesellschaft als gemeinschaftsrechtswidrig anzusehen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (NJW 1989, 2186 ff. – Daily Mail) gewährt die Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft, die nach der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates gegründet ist und in diesem ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nicht das Recht, den Sitz der Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedstaates in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Der EuGH stellt in seiner Entscheidung, welche die Folgen einer Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer englischen private limited company in die Niederlande behandelt, maßgebend darauf ab, dass für natürliche Personen einerseits und Gesellschaften andererseits eine differenzierende Beurteilung geboten ist. Im Gegensatz zu natürlichen Personen werden Gesellschaften aufgrund einer Rechtsordnung, und zwar beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts, aufgrund einer nationalen Rechtsordnung gegründet. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, haben die Gesellschaften keine Realität. Ihre Niederlassungsfreiheit realisieren die Gesellschaften im Allgemeinen durch die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften, wie es das Gemeinschaftsrecht ausdrücklich vorsieht. Die Unterschiede, die die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung sowie hinsichtlich der Möglichkeit und gegebenenfalls der Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes aufweisen, stellen Fragen dar, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragschlusses bedürfen (EuGH, a. a. O.).

Zwischenzeitlich hat der EuGH (NJW 99, 2027 ff. – Centros; NJW 2002, 3614 ff. – Überseering; NJW 2003, 3331 ff. – Inspire Art) Beschränkungen des Zuzugstaates gegenüber nach dem Recht anderer Mitgliedstaaten gegründeten Gesellschaften für unvereinbar mit der nach Art. 43 und 48 EG zu gewährenden Niederlassungsfreiheit erklärt. Die Entscheidungen bedeuten nicht eine Abkehr von den Aussagen der Daily Mail-Entscheidung des Jahres 1988. Der EuGH hat sich in der Überseering-Entscheidung und in der Inspire Art-Entscheidung auf die Daily Mail-Entscheidung ausdrücklich bezogen. Insbesondere hat der Gerichtshof mit der Inspire Art-Entscheidung die Unterscheidung zwischen Zuzug- und Wegzugbeschränkungen für Gesellschaften betont (NJW 2003, 3333). Der EuGH hat demnach bestätigt, dass gesellschaftsrechtliche Bestimmungen des Wegzugstaates, nach denen ein grenzüberschreitender Sitzwechsel zum Verlust der Eigenschaft als Gesellschaft des Wegzugstaates führt, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind (vgl. dazu: BayObLG, DNotZ 2004, 725; OLG Hamm, NJW 2001, 2183 f.; OLG Düsseldorf, NJW 2001, 2184 f.; *Lutter/Hommelhoff*, § 4 a Rdnr. 22; *Behrens*, IPRax 2000, 384, 389; *Lutter*, BB 2003, 7, 10; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3592; *Triebel/von Hase*, BB 2003, 2409 f., 2414; *Drygala*, EWiR 2003, 1029 f.; *Leible*, ZGR 2004, 531, 536; *Horn*, NJW 2004, 893, 897; kritisch: *Probst/Kleinert*, MDR 2003, 1265, 1267; *Bayer*, BB 2003, 2357, 2363; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 29; anderer Ansicht: AG Heidelberg, NZG 2000, 927, 929 in dem aus formellen Gründen unzulässigen Vorlagebeschluss – EuGH, NZG 2001, 1027 f.; *Wertbruch*, NZG 2003, 618, 620).

Anlass, die Daily Mail-Beurteilung als überholt anzusehen, geben auch nicht die jüngsten Entscheidungen des EuGH

vom 11.3.2004 (NJW 2004, 2439 ff. – de Lasteyrie du Saillant) und vom 5.10.2004 (EuZW 2004, 701 ff. – Caixa-Bank). Die de Lasteyrie du Saillant-Entscheidung behandelt die Verlegung des Wohnsitzes einer natürlichen Person. Der EuGH hat eine französische Regelung, welche die Besteuerung bestimmter stiller Reserven anlässlich des Wegzugs einer natürlichen Person anordnet, als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Wegzugsbeschränkung beanstandet. Die Entscheidungsgründe geben indes keinen Anhalt dafür, dass der EuGH von der nach der Daily Mail-Entscheidung gebotenen unterschiedlichen Beurteilung von natürlichen Personen einerseits und Gesellschaften andererseits abrücken wollte (vgl. *Weller*, DStR 2004, 1218 ff. m. w. Anm. zu BayObLG, DNotZ 2004, 725; *Körner*, IStR 2004, 424, 430 f. unter kritischer Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Interpretation von *Kleinert/Probst*, DB 2004, 673 ff., s. a. *dies.*, NJW 2004, 2425 f.). Gegenstand der Caixa-Bank-Entscheidung ist eine französische Regelung, die es einem Kreditinstitut, das Tochtergesellschaft einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaft ist, verbietet, Sichteinlegekonten zu verzinsen. Der Gerichtshof hat die Regelung als mit Art. 43 EG unvereinbar erklärt, weil sie für die Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten ein ernsthaftes, den Zugang zum Markt beeinträchtigendes Hindernis bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten durch eine Tochtergesellschaft darstellt. Die Entscheidung betrifft die Rechtsstellung der Tochtergesellschaft einer ausländischen Gesellschaft in Frankreich und zwar in Bezug auf die Möglichkeiten, auf dem Markt des Zuzugstaates wirksam in Wettbewerb zu treten. Beachtliches für die Frage der Wegzugsbeschränkung im Falle der Sitzverlegung einer Gesellschaft gibt die Entscheidung nicht her.

Die Rechtslage des Gemeinschaftsrechts in der Frage der Behandlung des Wegzugs einer nach nationalem Recht gegründeten Gesellschaft durch Verlegung ihres satzungsmäßigen Sitzes in das Ausland hat eine Änderung bis heute nicht erfahren. Die Sitzverlegungsrichtlinie ist – wie ausgeführt – erst in der Vorbereitung. Die seit dem 14.10.2004 im Gemeinschaftsgebiet geltende EG-Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Nr. 2157/2001 vom 8.10.2001, ABl. EG L 294 S. 1) – der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 26.5.2004 (Text: [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de)) ist bislang nicht in Kraft getreten – betrifft die gemeinschaftsrechtliche Rechtsform der europäischen Gesellschaft (Sozietas Europaea) und ist deshalb für die Beurteilung der deutschen GmbH ohne Bedeutung.

Demnach stellt die im vorliegenden Fall zu beurteilende, auf nationalem Gesellschaftsrecht fußende Beschränkung des Wegzugs einer Gesellschaft nicht einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 und 48 EG dar (so BayObLG, DNotZ 2004, 725; OLG Hamm, NJW 2001, 2183 f.; OLG Düsseldorf, NJW 2001, 2184 f.; OLG Hamm, NJW-RR 1998, 615; BayObLG, DNotZ 1993, 187; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rdnr. 680; *Lutter/Hommelhoff*, § 4 a Rdnr. 22; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 4 a Rdnr. 10; *Körner*, IStR 2004, 424, 430 f.; *Horn*, NJW 2004, 893, 897). Der Senat folgt dem BayObLG (DNotZ 2004, 725; DNotZ 1993, 187) wie dem OLG Hamm (NJW 2001, 2183 f.; NJW-RR 1998, 615) und dem OLG Düsseldorf (NJW 2001, 2184 f.) auch darin, dass mit Rücksicht auf die Daily Mail-Entscheidung des EuGH kein Anlass besteht, in der hier zu entscheidenden Frage eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen (Art. 234 EG).

13. GmbHG §§ 5 Abs. 4; 7 Abs. 2; 8 Abs. 2; 9 c (*Einzahlung der Stammeinlage unmittelbar vor Abschluss des Gesellschaftsvertrags*)

**Hat der einzige Gesellschafter einer Einpersonen-GmbH die Stammeinlage bereits unmittelbar vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages auf ein auf den Namen der Gesellschaft angelegtes Konto eingezahlt und überträgt er in der Gründungsurkunde das Stammkapital auf die Gesellschaft, so liegt keine Sachgründung, sondern eine Erfüllung der Bareinlageverpflichtung vor, wenn diese Vorauszahlung mit einer klaren Zweckbestimmung getroffen wurde und der Stammeinlagebetrag zur Zeit der Übernahme durch die Vorgesellschaft noch als ausscheidbarer Vermögensgegenstand unangetastet vorhanden und vom übrigen Vermögen isoliert und abgrenzbar ist.**

OLG Frankfurt, Beschluss vom 24.1.2005, 20 W 415/04

*Aus den Gründen:*

Der Alleingesellschafter und Geschäftsführer meldete unter dem 3.3.2004 die Gesellschaft zur Eintragung im Handelsregister an. In der Anmeldung versicherte er, dass die übernommene Stammeinlage in voller Höhe in bar an die Gesellschaft eingezahlt wurde und der eingezahlte Betrag sich endgültig in seiner freien Verfügung als Geschäftsführer befinde. In der notariellen Urkunde zur Errichtung der Gesellschaft vom selben Tage beschloss der Alleingesellschafter den der notariellen Niederschrift als Anlage beigefügten Gesellschaftsvertrag und führte des Weiteren aus: „Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt insgesamt 25.000 €. Es wurde bereits am 26.2.2004 eingezahlt und wird hiermit auf die GmbH übertragen.“

Der Anmeldung beigefügt war die beglaubigte Fotokopie eines vorgedruckten Girovertrages über die Eröffnung eines Geschäftsgirokontos. Als Kontoinhaber ist der Name des Geschäftsführers mit der handschriftlichen Ergänzung „...“ angegeben. Weiterhin beigefügt war die beglaubigte Fotokopie des ersten Kontoauszuges für dieses Konto wonach als einzige Kontobewegung am 26.2.2004 die Umbuchung eines Betrages von 25.000 € vermerkt war, so dass das Konto einen Habensbestand von 25.000 € aufwies. Als Kontoinhaber ist der Name des Alleingeschafters aufgedruckt, welcher durch Änderungsvermerk handschriftlich ebenfalls um den Zusatz „...“ ergänzt wurde.

Der Registerrichter wies die Anmeldung mit Beschluss vom 14.4.2004 zurück. (...) Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das Landgericht zurück.

## II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig und führt auch in der Sache zum Erfolg, da die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO). Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen handelt es sich nicht um eine Sacheinlage, die besondere Festsetzungen im Gesellschaftsvertrag nach § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG erfordert.

Wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet (§ 7 Abs. 1 GmbHG), so hat der Registerrichter nach § 9 c GmbHG zu prüfen, ob die Gesellschaft entsprechend den gesetzlichen Vorschriften errichtet worden ist und die für die Anmeldung notwendigen Urkunden und Unterlagen in ordnungsgemäßer Form vorgelegt worden sind. Nach § 7 Abs. 2 GmbHG darf die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister erst erfolgen, wenn auf die Stammeinlagen die dort näher vorgeschriebenen

Beträge eingezahlt worden sind. Für die Einpersonengesellschaft ist nach § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG erforderlich, dass die gesamte Stammeinlage vor der Anmeldung gezahlt wird oder der Gründer für den über die Mindesteinlage des § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG hinausgehenden Betrag eine Sicherung bestellt. Dementsprechend haben nach § 8 Abs. 2 GmbHG der oder die Geschäftsführer im Falle einer Bargründung zu versichern, dass die nach § 7 Abs. 2 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet, wobei sich im Falle einer Einpersonengründung ohne vollständige Einzahlung der Stammeinlage die Versicherung auch auf die Bestellung der erforderlichen Sicherung nach § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG zu erstrecken hat.

Die Zahlung der Geldeinlage kann durch Hingabe von Bargeld oder – wie in der Praxis weithin üblich – durch Gutschrift auf ein Konto der sog. Vorgesellschaft erfolgen. Diese Vorgesellschaft entsteht jedoch erst mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages bzw. der Errichtungserklärung des Einpersonengesellschafters in notarieller Form und wird als körperschaftlich organisiertes eigenständiges Rechtsgebilde einhellig in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, welches bereits am Rechtsverkehr teilnehmen, Vermögen erwerben kann sowie als konto- und grundbuchfähig sowie aktiv und passiv parteifähig anerkannt wird (vgl. hierzu im Einzelnen *Balser/Bokelmann/Piorreck*, Die GmbH, 13. Aufl., Rdnr. 2 ff.; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 17. Aufl., § 11 Rdnr. 6 ff.). Demgegenüber können bereits im Stadium vor der Errichtung des Gesellschaftsvertrages erbrachte Zahlungen die Bareinlageverpflichtung grundsätzlich nicht erfüllen. Dies gilt insbesondere für Zahlungen an Vorgründungsgesellschaften, die wegen fehlender Identität mit der Vorgesellschaft mit deren Entstehung durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages nicht auf diese übergehen, sondern durch ein gesondertes Einbringungs-geschäft auf diese übertragen werden müssen (*Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 7 Rdnr. 5; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl., § 11 Rdnr. 20; *Lutter/Bayer*, GmbHG, 16. Aufl., § 11 Rdnr. 2; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 22; BGH, NJW 1992, 2698 und GmbHR 2001, 293). So wurde in der obergerichtlichen Rechtsprechung insbesondere die Zahlung an eine Vorgründungsgesellschaft, die mit diesen Geldmitteln den Geschäftsbetrieb für die zukünftige Gesellschaft bereits aufnimmt und dieser erst später übertrug, nicht als Erfüllung einer Bareinlage, sondern als die Sacheinlage eines bereits bestehenden Unternehmens gewertet (vgl. BGH, NJW 1992, 2698). Von diesen Grundsätzen sind die Vorinstanzen zunächst zutreffend ausgegangen.

Sie haben jedoch nicht berücksichtigt, dass nach verbreiteter Auffassung in Literatur und Rechtsprechung eine Zahlung auf die Stammeinlage im Vorgründungsstadium ausnahmsweise dann als Erfüllung der Bareinlageverpflichtung anerkannt wird, wenn diese Vorauszahlung mit einer klaren Zweckbestimmung getroffen wurde und der Stammeinlagebetrag zur Zeit der Übernahme durch die Vorgesellschaft noch als ausscheidbarer Vermögensgegenstand unabgetastet vorhanden und vom übrigen Vermögen isoliert und abgrenzbar ist (vgl. OLG Düsseldorf GmbHR 1994, 398; OLG Stuttgart, GmbHR 1995, 118; *Scholz/Winter*, GmbHG, § 7 Rdnr. 27; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 7 Rdnr. 15; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 7 Rdnr. 5).

Zwar ist den Vorinstanzen beizupflichten, dass es auch in diesen Fällen der Zahlung der Stammeinlage im Vorgründungsstadium zusätzlich der Übertragung auf die Vorgesellschaft bedarf, sobald diese durch Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages zur Entstehung gelangt. Ist diese

Übertragung in der zeitnah errichteten Gründungsurkunde ausdrücklich erfolgt, steht außerdem der Stammeinlagebetrag zu diesem Zeitpunkt als ausscheidbarer und vom übrigen Vermögen des Geschäftsführers isolierter Vermögensgegenstand noch unangetastet in voller Höhe zur freien Verfügung des Geschäftsführers und wird die konkrete Art der Erbringung der Stammeinlage gegenüber dem Registergericht offen gelegt und nachgewiesen, so rechtfertigt allein die rechtsdogmatische notwendige Konstruktion der Übertragung des Vermögenswertes auf die Vorgesellschaft noch nicht die Annahme einer Sachgründung. Denn auch in den Fällen sonstiger erfüllungshalber hingegebener Leistungen wie z. B. ausländische Devisen, Scheck oder Wechsel, wird von einer Erfüllung der Bareinlage ausgegangen, sobald – etwa durch Umtausch in Euro, endgültige und vorbehaltlose Scheckzahlung oder Zahlung auf den Wechsel in bar – eine Umsetzung in eine der zulässigen Leistungsformen erfolgt ist. Deshalb ist auch in diesem Fall von der Erbringung einer Bareinlage auszugehen (vgl. *Lutter-Hommelhoff*, GmbHG, § 7 Rdnr. 10 und 11; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 7 Rdnr. 5; *Scholz/Winter*, GmbHG, § 7 Rdnr. 27; *Kanzleiter*, DNotZ 1994, 701; OLG Düsseldorf und OLG Stuttgart jeweils a. a. O.; OLG Frankfurt, DB 1992, 1335; darauf hindeutend auch BGH, NJW 1992, 2698 und 2001, 1648; eingehend hierzu *Spiegelberger/Walz*, GmbHR 1998, 761, 763 und *D. Mayer*, FS Schippel, 1996, S. 471, 477 ff.).

Die vorgenannten Ausnahmevoraussetzungen sind im vorliegenden Falle sämtlich erfüllt: Der Stammeinlagebetrag von 25.000 € wurde am 26.2.2004 von dem Privatkonto des Geschäftsführers für ein an diesem Tage im Vorgriff auf die GmbH-Gründung bereits auf den Namen der Gesellschaft errichtetes Geschäftskonto umgebucht, stand dort bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages wenige Tage später am 3.3.2004 als ausscheidbarer und vom übrigen Vermögen isolierbarer Vermögensgegenstand ungeschmälert zur freien Verfügung des Geschäftsführers und wurde in der Gründungsurkunde ausdrücklich auf die (Vor-)Gesellschaft unter Offenlegung sämtlicher Umstände gegenüber dem Registergericht übertragen.

Da somit nicht von einer Sachgründung, sondern von einer Bargründung der GmbH auszugehen ist, waren der angefochtene Beschluss sowie der vorausgegangene Beschluss des Registergerichts aufzuheben. Das Registergericht wird über den Eintragungsantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu befinden haben. Hierbei hat es in eigener Verantwortung zu prüfen und zu entscheiden, ob die übrigen Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sind, insbesondere ob es – wie zwischenzeitlich von der Handwerkskammer geltend gemacht wurde – wegen des Unternehmensgegenstandes der Eintragung in die Handwerksrolle bedarf.

14. GmbHG §§ 55 Abs. 4, 5 Abs. 3 Satz 2 (*Barkapitalerhöhung bei einer GmbH um einen nicht durch 50 € teilbaren Betrag*)

**Eine Kapitalerhöhung um einen nicht durch 50 € teilbaren Betrag verstößt nicht gegen § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG, wenn sie durch Erhöhung des Nennbetrags des Geschäftsanteils erfolgt und der Anpassung des Geschäftsanteils auf einen durch 50 € teilbaren Betrag dient. (Leitsatz der Schriftleitung)**

KG, Beschluss vom 8.2.2005, 1 W 203/03

*Aus den Gründen:*

Die Beteiligte ist seit dem 8.12.1998 in das Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg eingetragen. Aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses vom 5.11.2001 ist das Stammkapital der Gesellschaft auf Euro umgestellt und auf 25.580 € erhöht worden. Dieser Beschluss ist am 30.11.2001 in das Handelsregister eingetragen worden. Am 11.10.2002 beschloss der nunmehr alleinige Gesellschafter u. a. die Erhöhung des Stammkapitals um 20 € auf 25.600 €. Mit Schreiben vom 24.10.2002 hat der Registerrichter darauf hingewiesen, dass die Kapitalerhöhung daran scheitert, weil die Stammeinlage nicht durch 50 € zu teilen sei. (...)

## II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig. Sie hat auch Erfolg. Die beschlossene Stammkapitalerhöhung kann in das Handelsregister eingetragen werden.

1. Das Landgericht ist zu Recht von einer zulässigen Beschwerde der Gesellschaft ausgegangen. Allerdings folgt dies nicht daraus, dass das Schreiben vom 24.10.2004 als Zwischenverfügung anzusehen wäre, die bereits nach § 26 Satz 2 der HRV selbständig anfechtbar wäre. Denn eine Zwischenverfügung setzt voraus, dass ein behebbarer Mangel vorliegt. Ein derartiger Mangel ist aber bei dem vom Amtsgericht beanstandeten Verstoß gegen § 5 Abs. 3 GmbHG, der nach § 55 Abs. 4 GmbHG auch bei der Kapitalerhöhung zu beachten ist, nicht gegeben. Denn dieser Mangel, der das Registergericht nach § 57 a GmbHG in Verbindung mit § 9 c Absatz 1 Satz 1 GmbHG zu einer Ablehnung der Eintragung verpflichtet, ist nicht behebbare. Die Regelung in § 5 Abs. 3 GmbHG ist als zwingende Gesetzesnorm anzusehen, wobei ein Verstoß zur Nichtigkeit der Festsetzung führt (vgl. *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Aufl., § 5 Rdnr. 35). Diese Nichtigkeit kann nur durch eine Neuvornahme des Erhebungsbeschlusses beseitigt werden (vgl. *Scholz/Priester*, GmbHG, § 54 Rdnr. 47). Dann aber stellt sich der Hinweis in der Verfügung vom 24.10.2004 tatsächlich nur als mit der Beschwerde nicht angreifbare Meinungsäußerung dar (vgl. dazu OLG Köln, Rpfleger 1978, 21; OLG Hamm, Rpfleger 1973, 172; *Müther*, Praxis des Handelsregisters, 2003, § 15 Rdnr. 8; allgemein *Keidel/Kahl*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 19 Rdnr. 6). Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist aber gleichwohl als nach dem auch im Verfahren in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Grundsatz der Meistbegünstigung (vgl. *Keidel/Kahl*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 19 Rdnr. 36) statthaft anzusehen, weil das Amtsgericht selbst von einer anfechtbaren Zwischenverfügung ausgegangen ist.

2. Das Landgericht hat die Beschwerde der Gesellschaft als unbegründet angesehen, weil sich aus der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung nicht ergebe, welcher der von dem Alleingesellschafter gehaltenen Geschäftsanteile über 15.340 € und viermal 2.560 € um 20 € erhöht werde. Selbst wenn man den Beschluss dahin auslege, dass zunächst stillschweigend eine Zusammenlegung der Geschäftsanteile zu einem Geschäftsanteil über 25.580 € erfolgt sei, verstoße der Kapitalerhebungsbetrag gegen § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG, der eine Teilbarkeit durch 50 € verlange.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Die Kapitalerhöhung scheitert nicht daran, dass nicht erkennbar wäre, welcher der mehreren Geschäftsanteile erhöht wird. Zu Recht ist das Landgericht dabei davon ausgegangen, dass ein zu erhöhender Geschäftsanteil bestimmt bezeichnet

werden muss. Dies folgt hier schon daraus, dass die Kapitalerhöhung – zulässiger Weise (vgl. BGHZ 63, 116 = NJW 1975, 118) – im Wege der Nennwerterhöhung erfolgen soll, die besonderen Voraussetzungen unterliegt. Diese besonderen Voraussetzungen folgen daraus, dass eine Aufstockung nur dann als zulässig anzusehen ist, wenn eine Haftung der Rechtsvorgänger nicht in Betracht kommt, weil die alten Anteile entweder voll eingezahlt sind und eine Nachschusspflicht nicht besteht oder sich noch in der Hand der Gründer bzw. ihrer Gesamtrechtsnachfolger befinden (vgl. BGHZ 63, 116 = NJW 1975, 118; *Scholz/Priester*, § 55 GmbHG Rdnr. 25; *Müther*, a. a. O., § 5 Rdnr. 155, jew. m. w. N.). Die Notwendigkeit der Bestimmung des betroffenen Anteils ergibt sich aber auch daraus, dass das GmbH-Gesetz von bestimmten Geschäftsanteilen ausgeht, die auch bei einem Erwerb durch eine Person ihre Selbständigkeit behalten (§ 15 Abs. 2 GmbHG) und in ihrer jeweiligen Ausgestaltung, wie des Nennwertes (§ 5 Abs. 3 Satz 1 GmbHG), durchaus unterschiedlich sein können. Ein Verstoß gegen eine notwendige Bestimmung des betroffenen Anteils liegt aber nicht vor, weil – was auch das Landgericht erwogen, aber offen gelassen hat – von einer zumindest stillschweigenden Zusammenlegung der Anteile zu einem Anteil über 25.580 € auszugehen ist, der um 20 € erhöht werden soll. Dies ergibt sich aus der Fassung des Erhebungsbeschlusses vom 11.10.2002, in dem es heißt: „... wobei die Stammkapitalerhöhung nicht durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile, sondern durch Aufstockung des Nennbetrages des von uns gehaltenen Geschäftsanteiles erfolgt. Der Verein als alleiniger Gesellschafter wird zur Übernahme der Nennbetragserhöhung des Geschäftsanteils ... zugelassen.“ Diese Zusammenlegung ist auch wirksam, weil sie keiner besonderen Form bedarf und in dem Gesellschaftsvertrag in § 7 Abs. 1 ausdrücklich vorgesehen ist. Dabei kann offen bleiben, ob die dort genannte Zustimmung bestimmter Gremien notwendig war und auch vorlag. Denn das Fehlen dieser Zustimmung, wenn sie nicht ohnehin nur interne Wirkung haben sollte, macht die Zusammenlegung nicht unwirksam, weil der Beschluss durch den Alleingesellschafter getroffen wurde und damit wegen seiner nur punktuell wirkenden Satzungsdurchbrechung jedenfalls nicht nichtig war (vgl. dazu BGHZ 123, 15, 19 = NJW 1993, 2246; BGH, WM 1981, 1218, 1219). Darüber hinaus waren auch alle Geschäftsanteile eingezahlt. Eine Nachschusspflicht ist im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen, so dass auch eine Haftung der Rechtsvorgänger nicht in Betracht kommt.

b) Die Kapitalerhöhung um 20 € verstößt nicht gegen § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG. Diese Vorschrift findet nicht nur im Rahmen der Gründung, sondern auch im Rahmen der Kapitalerhöhung nach § 55 Abs. 4 GmbHG Anwendung. Die Regelung betrifft aber entgegen der Auffassung der Vorinstanzen nicht den Erhebungsbetrag, sondern den Stammeinlagebetrag, der die Grundlage für einen selbständigen Geschäftsanteil darstellt, vgl. § 14 GmbHG. Sie gilt daher bei der Kapitalerhöhung durch eine Aufstockung des Nennwertes eines Geschäftsanteils nur für den dann erhöhten Nennwertbetrag. Dies ergibt sich daraus, dass im Rahmen der Gründung von jedem Gesellschafter nur eine Stammeinlage übernommen werden kann, so dass mit der Übernahme der Stammeinlage zugleich die Ausgestaltung des späteren Geschäftsanteils festgelegt ist. Eine Notwendigkeit zur Anwendung dieser Regelung auch im Fall der Aufstockung des Nennbetrags auf den Erhebungsbetrag ergibt sich – wie letztlich auch das Amtsgericht in dem Schreiben vom 24.10.2002 angenommen hat – nicht. Denn durch die Regelungen in § 5 GmbHG soll die Umlauffähigkeit der GmbH-Geschäftsanteile eingeschränkt werden und eine stärkere Bindung der Gesellschafter an die

Gesellschaft erreicht werden als bei einer auf Aufnahme einer unbestimmten Vielzahl von Gesellschaftern ausgerichteten Aktiengesellschaft. Daher kommt es entscheidend auf die Ausgestaltung des Geschäftsanteils und nicht auf den Erhöhungsbetrag bei der Kapitalerhöhung an. Zu Recht hat das Amtsgericht auch darauf hingewiesen, dass die gesetzlich vorgesehenen Kapitalmaßnahmen, die die Bildung von Geschäftsanteilen ermöglichen, die lediglich durch 10 € teilbar sind, wie die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§ 57 h Absatz 1 Satz 2 GmbHG), die vereinfachte Kapitalherabsetzung (§ 58 a Absatz 3 Satz 1 GmbHG), die hier gerade durch die Gesellschaft vorgenommene Umstellung des Stammkapitals auf Euro (§ 86 Abs. 1 Satz 4 GmbHG) oder die Kapitalerhöhung zum Zwecke der Verschmelzung (§ 55 Abs. 1 Satz 2 UmwG), die Herstellung von üblichen, durch 50 € teilbaren Geschäftsanteilen im Rahmen der Bar- oder Sachkapitalerhöhung nicht verhindern sollen. Eine Beschränkung der Gesellschafter auf eine der soeben genannten Kapitalmaßnahmen zur Glättung des Stammkapitals und der Geschäftsanteile ist auch aus Gläubigerschutzgründen nicht erforderlich. Danach war hier von der Zulässigkeit der Erhöhung um 20 € auszugehen, weil der durch die Aufstockung entstehende Geschäftsanteil den Anforderungen des § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG genügt.

Dieser Entscheidung steht auch nicht die vom Landgericht herangezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24.10.1974 (BGHZ 63, 116 = NJW 1975, 118) entgegen. Denn der Bundesgerichtshof hatte dort nur die Frage zu entscheiden, ob eine Kapitalerhöhung um einen unter dem in § 5 Abs. 1 Alt. 2 GmbHG liegenden Betrag zu einer Aufstockung des Nennwertes eines bereits bestehenden Geschäftsanteils möglich ist oder ob jeweils bei der Kapitalerhöhung notwendiger Weise jeweils neue Geschäftsanteile zu bilden sind, die dann den Mindesteinlagebetrag erreichen müssen. Er hat nicht allgemein ausgesprochen, dass ein Erhöhungsbetrag in jedem Fall durch den Betrag nach § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG teilbar sein muss. Aus diesem Grund ist auch eine Vorlage nach § 28 FGG nicht erforderlich.

## Beurkundungs- und Notarrecht

15. GG Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 33 Abs. 2; BNotO § 7 Abs. 1 (*Vereinbarkeit der Landeskinderklausel mit Art. 12 Abs. 1 GG*)

**§ 7 Abs. 1 BNotO dient dem öffentlichen Interesse einer geordneten Rechtspflege, insbesondere der Qualitätssicherung im hauptberuflichen Notariat. Art. 12 Abs. 1 GG verbietet aber die schematische Berufung auf den Regelvorrang für sog. Landeskinder. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob der Regelvorrang Bestand haben kann; andernfalls ist in einen umfassenden Eignungsvergleich der Bewerber einzutreten. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BVerfG, Beschluss vom 28.4.2005, 1 BvR 2231/02, 1 BvR 572/03, 1 BvR 586/03, 1 BvR 629/03

*Aus den Gründen:*

Die Beschwerdeführer sind zu hauptberuflichen Notaren in den neuen Bundesländern bestellt und wenden sich gegen

Auswahlentscheidungen zugunsten landesangehöriger Notarassessoren bei der Besetzung von Notarstellen in den alten Bundesländern.

### I.

Nach § 6 Abs. 3 Satz 1 der Bundesnotarordnung (BNotO) richtet sich die Reihenfolge bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern um das Amt des Notars nach der persönlichen und fachlichen Eignung unter Berücksichtigung der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung und der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen. Zur hauptberuflichen Amtsausübung als Notar soll nach der so genannten Landeskinderklausel aus § 7 Abs. 1 BNotO in der Regel nur bestellt werden, wer einen dreijährigen Anwärterdienst als Notarassessor geleistet hat und sich im Anwärterdienst des Landes befindet, in dem er sich um die Bestellung bewirbt. Bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern nach § 6 Abs. 3 BNotO sind nur solche Umstände zu berücksichtigen, die bei Ablauf der Bewerbungsfrist vorlagen. Die Landesjustizverwaltung kann für den Fall des § 7 Abs. 1 BNotO einen hiervon abweichenden Zeitpunkt bestimmen (§ 6 b Abs. 4 BNotO).

Die so genannte Landeskinderklausel ist im Jahre 1991 in § 7 Abs. 1 BNotO eingefügt worden (Gesetz zur Änderung des Berufsrechts der Notare und der Rechtsanwälte vom 29. Januar 1991, BGBl I, S. 150). In der Begründung des Gesetzesentwurfs heißt es hierzu, dass damit auf die für die notarielle Tätigkeit bedeutsamen landesrechtlichen Besonderheiten Rücksicht genommen werden solle. Hierzu zähle insbesondere das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Diese Besonderheiten ließen eine durch den Anwärterdienst des betreffenden Landes vermittelte Einführung notwendig erscheinen (BT-Drucks. 11/6007, S. 11).

### II.

1. a) Der Beschwerdeführer zu 1) hat im Jahre 1986 in Nordrhein-Westfalen die einstufige Juristenausbildung mit der Note „sehr gut“ abgeschlossen. Von Januar 1989 bis einschließlich März 1991 war er Notarassessor im Bereich der Rheinischen Notarkammer. Zum 1.4.1991 wurde er in Thüringen zum Notar bestellt. Seine Bewerbung auf die im Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen vom 15.1.2001 mit einer Bewerbungsfrist bis zum 15.2.2001 ausgeschriebene Notarstelle in G. wurde vom Justizministerium abschlägig beschieden. Der ausgewählte Mitbewerber, der in den Jahren 1992 und 1996 die juristischen Staatsexamina jeweils mit der Note „vollbefriedigend“ abgelegt hat, wurde mit Wirkung zum 1.7.1998 Notarassessor in Nordrhein-Westfalen; in einer dienstlichen Beurteilung vom März 2001 wurden seine Fähigkeiten und fachlichen Leistungen mit „gut“ (13 Punkte) bewertet.

Auf Nachfrage des Beschwerdeführers zu 1) erklärte das Justizministerium, dass es im Rahmen seines Ermessens von der Regel des § 7 Abs. 1 BNotO Gebrauch gemacht habe, wonach unter anderem nur zum Notar bestellt werden solle, wer sich im Anwärterdienst des Landes befinde, in dem er sich um die Bestellung bewirbt. Da ein solcher qualifizierter Bewerber zur Verfügung stehe, der im Zeitpunkt der Besetzung den Regeln des Anwärterdienstes im Bereich der Rheinischen Notarkammer abgeleistet haben werde, habe die Bewerbung des Beschwerdeführers zu 1) keinen Erfolg.

b) Das Oberlandesgericht wies die Anträge des Beschwerdeführers zu 1) auf gerichtliche Entscheidung sowie auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurück, weil das Justiz-

ministerium von dem ihm nach § 7 BNotO eingeräumten Ermessen fehlerfrei Gebrauch gemacht habe. Die Justizhoheit der Länder erlaube es jedenfalls grundsätzlich, den Bewerberkreis auf die Personen zu beschränken, die sich im Anwärterdienst des jeweiligen Landes befänden. Wenn ein geeigneter landeseigener Notarassessor zur Verfügung stehe, komme ihm der Regelvorrang zugute.

Der Bundesgerichtshof wies die sofortige Beschwerde des Beschwerdeführers zu 1) zurück. Wenn ein erheblich überdurchschnittlich geeigneter Notarassessor, der die Ernennungsvoraussetzungen erfülle, mit einem in einem anderen Bundesland bereits amtierenden Notar konkurriere, könne die Justizverwaltung ihr Auswahlermessen in dem Sinne ausüben, dass sie „ihrem“ Notarassessor den Vorzug gebe, ohne zuvor in einen näheren Leistungsvergleich zwischen diesen beiden Bewerbern einzutreten. Es liege auch kein Ermessensfehler darin, dass der Mitbewerber trotz des noch nicht vollständig abgeleisteten Anwärterdienstes ausgewählt worden sei. Die Soll-Vorschrift des § 7 Abs. 1 BNotO lasse insoweit Ausnahmen zu, wie sich auch im Zusammenhang mit § 6 b Abs. 4 Satz 2 BNotO ergebe. Hiernach könne auf den voraussichtlichen Ernennungszeitpunkt abgestellt werden.

2. a) Die Beschwerdeführer zu 2) bis 4) bewarben sich auf zwei im April 2002 für die Freie und Hansestadt Hamburg mit einer Bewerbungsfrist bis zum 31.5.2002 ausgeschriebene Notarstellen. Im Rahmen ihrer Ausschreibung machte die Justizbehörde von der Möglichkeit des § 6 b Abs. 4 Satz 2 BNotO Gebrauch und bestimmte als maßgeblichen Zeitpunkt für die Länge des Anwärterdienstes gemäß § 7 Abs. 1 BNotO den Zeitpunkt der Bestellung zum Notar.

aa) Der Beschwerdeführer zu 2) bestand die Erste Juristische Staatsprüfung mit „befriedigend“, die Zweite Juristische Staatsprüfung mit „vollbefriedigend“ (10,94 Punkte). Zum November 1995 trat er seinen Dienst als Notarassessor in Sachsen-Anhalt an, seit Mai 1999 ist er in diesem Bundesland zum Notar bestellt. Ihm wurde von der Justizbehörde eine gute persönliche Eignung attestiert. Hinsichtlich der fachlichen Eignung bleibe er jedoch hinter den ausgewählten Assessoren zurück.

bb) Der Beschwerdeführer zu 3) bestand das Erste Juristische Staatsexamen mit „vollbefriedigend“ und die Zweite Juristische Staatsprüfung im Jahr 1989 mit „befriedigend“ (7,75 Punkte). 1991 absolvierte er einen Einführungskurs für Notare und ein einmonatiges Praktikum in einem bayerischen Notariat. Anschließend wurde ihm bescheinigt für den Aufbau eines Notariats in den neuen Bundesländern gut geeignet zu sein. Im Oktober 1991 wurde er in Sachsen zum Notar bestellt. Bei der Auswahlentscheidung der Justizbehörde fielen zu seinen Lasten insbesondere die schwächeren Examensnoten ins Gewicht; darüber hinaus wurde die persönliche Eignung des Beschwerdeführers zu 3) zurückhaltend beurteilt.

cc) Der Beschwerdeführer zu 4) legte beide juristische Staatsexamina mit „befriedigend“ ab (6,88 und 8,44 Punkte). Nachdem er zunächst als Rechtsanwalt tätig gewesen war, absolvierte er 1991 ein viereinhalbmonatiges Vollzeitpraktikum in einem Hamburger Notariat und besuchte mehrere Fortbildungsveranstaltungen. Im Februar 1992 wurde er zum Notar in Mecklenburg-Vorpommern bestellt und war im Jahre 1998 mehrere Male für jeweils einige Tage als Vertreter verschiedener Hamburger Notare tätig. Im Rahmen ihrer Auswahlentscheidung äußerte die Justizbehörde Zweifel an der persönlichen Eignung des Beschwerdeführers zu 4).

b) Die beiden von der Justizbehörde ausgewählten Bewerber sind seit März bzw. April 2000 Notarassessoren in Hamburg und verfügen über uneingeschränkt positive Beurteilungen. Sie haben das Erste Juristische Staatsexamen mit „gut“ bzw. „vollbefriedigend“ und das Assessorexamen mit „gut“ (11,61 Punkte) bzw. „sehr gut“ (14,00 Punkte) bestanden. Nachdem das Oberlandesgericht in Eilbeschlüssen Zweifel an der Anwendbarkeit des § 6 b Abs. 4 Satz 2 BNotO geäußert hatte, nahm die Justizbehörde ihre Auswahlentscheidung zurück und entschied sich im Rahmen einer neuen Bewerberauswahl auf der Grundlage des § 6 b Abs. 4 Satz 1 BNotO wiederum für die beiden hamburgischen Notarassessoren. Diese seien auch bei Berücksichtigung eines nur zweijährigen Vorbereitungsdienstes fachlich und persönlich besser geeignet. Unabhängig von ihrer besseren Eignung sei ihnen als Landeskindern ohnehin der Vorzug vor den Beschwerdeführern zu 2) bis 4) als „Seiteneinsteigern“ zu geben.

c) Die von den Beschwerdeführern zu 2) bis 4) gegen die Auswahlentscheidung gestellten Anträge auf Erlass von einstweiligen Anordnungen wies das Oberlandesgericht zurück. Die Justizbehörde habe ihre Auswahlentscheidung in erster Linie auf die bessere persönliche und fachliche Eignung der von ihr ausgewählten Bewerber gestützt und sei damit in einen Leistungsvergleich eingetreten. Unzutreffend sei, dass eine an der Bestenauslese orientierte Vergleichsauswahl nur hinsichtlich solcher Bewerber getroffen werden dürfe, die den Vorbereitungsdienst vollständig abgeleistet hätten; vielmehr sei dann, wenn sich bewerbende Landeskindern diese Voraussetzung nicht erfüllten, nach Maßgabe des § 6 Abs. 3 BNotO auszuwählen. Dass die Justizbehörde dem Ergebnis des Zweiten Juristischen Staatsexamens ein hohes Gewicht beigemessen habe, sei nicht zu beanstanden, zumal sie auch Berufserfahrung, Notarassessorendienst und das Ergebnis des Ersten Juristischen Staatsexamens in die Auswahlentscheidung einbezogen habe.

3. a) Der Beschwerdeführer zu 1) erhob bereits am Tag nach der Verkündung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs Verfassungsbeschwerde und beantragte den Erlass einer einstweiligen Anordnung. Am nachfolgenden Tag ernannte das Justizministerium den Mitbewerber zum Notar. Daraufhin nahm der Beschwerdeführer zu 1) den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurück.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt er eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 sowie Art. 33 Abs. 1 und 2 GG. Er hält insbesondere die schematische Berufung auf die Landeskinderklausel des § 7 Abs. 1 BNotO für verfassungswidrig.

b) Nach Erhebung der Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu 2) bis 4) hat die Justizbehörde Hamburg das Ausschreibungsverfahren abgebrochen. Die drastische Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation und der daraus folgende Rückgang des Urkundenaufkommens erlaubten es nicht, weiterhin von der bisherigen Bedarfsbeurteilung auszugehen. Zudem führe der Einsatz der elektronischen Datenverarbeitung dazu, dass die Richtzahl von 1.300 bereinigten Urkundengeschäften nicht mehr den heutigen Gegebenheiten entspreche. Fasse man die Änderungen zusammen, ergebe sich ein rechnerischer Bedarf von 77,6 Notarstellen; gegenwärtig gebe es in Hamburg 79 Notare sowie zwei Verwaltungen von Notariaten. Darüber hinaus habe das Oberlandesgericht die Auffassung vertreten, dass das unter Anwendung des § 6 b Abs. 4 Satz 2 BNotO durchgeführte Auswahlverfahren zu wiederholen sei. Dies sei nur möglich, wenn das beantragte Auswahlverfahren abgebrochen werde.

Mit ihren Verfassungsbeschwerden rügen die Beschwerdeführer zu 2) bis 4) eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 33 GG. Der Beschwerdeführer zu 3) macht darüber hinaus geltend, in seinen Grundrechten aus Art. 6 Abs. 1 und 2 sowie Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt zu sein; der Beschwerdeführer zu 4) sieht sich zusätzlich in seinem Recht aus Art. 19 Abs. 4 GG verletzt. Die Beschwerdeführer zu 2) bis 4) halten die Bevorzugung von landeseigenen Notarassessoren ohne individuelle Ermessensentscheidung für verfassungswidrig. Sie verweisen im Besonderen darauf, dass die ausgewählten Mitbewerber die Regelanwärterzeit von drei Jahren nicht erfüllt hätten, sie selbst hingegen erfahrene Notare seien.

4. (...)

B.

I.

Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu 1) zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung eines der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt ist (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Auch die weiteren Voraussetzungen des § 93 c Abs. 1 BVerfGG für eine stattgebende Kammerentscheidung liegen vor. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer zu 1) in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 GG.

1. Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu 1) ist zulässig. Ihm fehlt für sein Begehren, das auf Feststellung der Verfassungsrechtsverletzung und letztendlich auf Neubewertung seiner Bewerbung gerichtet ist, nicht das Rechtsschutzinteresse, obwohl wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität die bereits erfolgte Bestellung des ausgewählten Bewerbers nicht widerrufen und der Beschwerdeführer zu 1) auf der diesem übertragenen Notarstelle nicht ernannt werden kann (vgl. hierzu BGH, NJW 1993, 2040; DNotZ 1996, 905; DNotZ 1999, 252). Auch wenn sich das Justizministerium hierbei nicht über eine einstweilige Anordnung hinweggesetzt hat, wurde dem Beschwerdeführer zu 1) durch die umgehende Ernennung des Mitbewerbers faktisch die Möglichkeit genommen, die Besetzung der Notarstelle durch eine verfassungsgerichtliche Eilentscheidung zu verhindern. Daher folgt aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) in Verbindung mit den zu wahren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 GG, dass dem Beschwerdeführer zu 1) die Weiterverfolgung des Bewerbungsverfahrensanspruchs im Wege der Verfassungsbeschwerde möglich sein muss (vgl. BVerfG, NJW 2005, 50).

2. Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu 1) wirft keine Fragen von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung auf (§ 33 a Abs. 2 lit. a BVerfGG). Das Bundesverfassungsgericht hat die für die Beurteilung des Falles maßgeblichen Fragen zur Anwendbarkeit des Art. 12 GG auf den „staatlich gebundenen“ Beruf des Notars (vgl. BVerfGE 110, 304, 321 m. w. N.) und zur verfassungsrechtlich zulässigen Reichweite von Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit (BVerfGE 101, 331, 347 m. w. N.) schon entschieden. Es hat zum Grundrechtsschutz von Notaren auch bereits grundsätzlich geklärt, dass gesetzliche Regelungen nicht zu beanstanden sind, die Art. 12 Abs. 1 GG nur so weit zur Geltung kommen lassen, als es das öffentliche Interesse an einer geordneten Rechtspflege gestattet (vgl. BVerfGE 17, 371, 380).

3. Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu 1) ist begründet im Sinne des § 93 c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG.

a) Grundlage der angegriffenen Entscheidungen ist § 7 Abs. 1 BNotO. Die Vorschrift selbst hält einer Prüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG stand, weil sie einer Auslegung und Anwendung zugänglich ist, die den dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht. Das öffentliche Interesse an einer geordneten Rechtspflege zählt zu den Gemeinwohlbelangen, die namentlich bei Notaren einen Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 17, 371, 380). Die Landeskinderklausel aus § 7 Abs. 1 BNotO dient diesem Ziel in zweierlei Hinsicht, wobei auch mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit der Regelung keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Zunächst soll mit dem Regelvorrang zugunsten von Notarassessoren im Dienst des jeweiligen Bundeslandes auf die landesrechtlichen Besonderheiten Rücksicht genommen werden, die für die notarielle Tätigkeit – etwa im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit – bedeutsam sind (vgl. Begründung des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung – BT-Drucks. 11/6007; *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurGG, 2. Aufl. 2004, § 7 BNotO Rdnr. 8; *Schippel*, BNotO, 7. Aufl. 2000, Rdnr. 8). Vor allem aber obliegt es den Ländern, aufgrund der ihnen insoweit zustehenden Justizhoheit (vgl. dazu BVerfGE 28, 21, 33) für eine den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entsprechende Zahl von Notaren Sorge zu tragen (vgl. § 4 BNotO) und die hohe Qualität des hauptberuflichen Notariats zu sichern (vgl. BVerfG, DNotZ 2002, 891). Dies setzt bei der Bestellung von Notaren zur hauptberuflichen Amtsausübung eine Bedarfsprognose der zuständigen Landesjustizverwaltung und den Aufbau eines geordneten Anwärterdienstes mit einer hinreichenden Zahl qualifizierter Notarassessoren voraus (vgl. *Eylmann/Vaasen*, a. a. O.).

Die Funktionsfähigkeit dieses Systems der Vorsorge für ein in jeder Hinsicht ausreichendes Angebot notarieller Leistungen wird in Frage gestellt, wenn nicht im Regelfall bei der Besetzung von Notarstellen Bewerber aus dem Anwärterdienst des jeweiligen Landes berücksichtigt werden. Anderenfalls könnte den Notarassessoren, die entsprechend dem prognostizierten Bedarf eingestellt und ausgebildet wurden, keine berufliche Perspektive in Gestalt einer zeitnahen Bestellung zum Notar geboten werden. Dies würde die Attraktivität des Notaranwärterdienstes mindern und es deshalb empfindlich erschweren, Berufsanfänger mit hinreichender persönlicher und fachlicher Qualifikation für die Vorbereitung auf das Notaramt zu gewinnen. Aus der Sicht der landesangehörigen Notarassessoren findet dieses Gemeinwohlziel Ausdruck in ihrer Anwartschaftsposition hinsichtlich des Notarantes und der Fürsorgepflicht der Landesjustizverwaltung, die das Vertrauen in den künftigen Erwerb einer Notarstelle nicht enttäuschen darf (vgl. *Schippel*, § 7 Rdnr. 14 f.).

b) Allerdings lässt die Gewährleistung der Berufsfreiheit der Notare in Art. 12 Abs. 1 GG eine schematische Berufung auf den Regelvorrang für „Landeskinder“ bei der Entscheidung für einen Bewerber nicht zu. Die Justizverwaltung hat bei jeder einzelnen Auswahlentscheidung das Interesse an einer geordneten Rechtspflege in den Blick zu nehmen und zu überprüfen, ob dieses Gemeinwohlziel ein Festhalten an dem Regelvorrang rechtfertigen kann. Die öffentlichen Interessen sind im Hinblick auf die Grundrechte der Bewerber zu gewichten und mit verhältnismäßigen Mitteln durchzusetzen (vgl. BVerfG, DNotZ 2002, 891). § 7 Abs. 1 BNotO ermöglicht die gebotene Berücksichtigung der geschilderten Wertentscheidungen des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 19, 1, 8),

weil die Bestimmung einen Vorrang der landesangehörigen Notarassessoren nur „in der Regel“ vorsieht.

c) Die Auswahlentscheidung des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen genügt diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht.

aa) Dem landesangehörigen Notaranwärter wurde bereits aufgrund des § 7 Abs. 1 BNotO der Vorrang eingeräumt und lediglich geprüft, ob er ausreichend qualifiziert ist. Dem Beschwerdeführer zu 1) hat das Justizministerium zwar schriftlich mitgeteilt, im Rahmen seines Ermessens vom Regelvorrang landeseigener Notaranwärter Gebrauch gemacht zu haben; ausweislich des Besetzungsvorgangs wurde indessen die Bewerbung des Beschwerdeführers aufgrund des Landeskinderprivilegs von vornherein nicht berücksichtigt. Oberlandesgericht und Bundesgerichtshof haben diese Entscheidung nicht beanstandet. Die Gerichte gehen vielmehr ebenfalls davon aus, dass sich ein näherer Leistungsvergleich zwischen einem landeseigenen Notarassessor und einem amtierenden landesfremden Notar jedenfalls dann erübrigt, wenn der konkurrierende Notarassessor erheblich überdurchschnittlich geeignet ist.

bb) Eine derartige Auslegung und Anwendung des § 7 Abs. 1 BNotO wird dem Grundrecht des landesfremden Notarbewerbers aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht gerecht. Eine Ausnahme vom Regelvorrang des landesangehörigen Notarbewerbers muss vielmehr im Hinblick auf die Berufsfreiheit des landesfremden Mitbewerbers schon dann in Betracht kommen, wenn das Interesse an einer geordneten Rechtspflege im konkreten Fall den Vorrang nicht erfordert. Dann ist es verfassungsrechtlich geboten, dass die Justizverwaltung in einen Eignungsvergleich unter Einbeziehung aller Bewerber eintritt. Andererseits ist die zuständige Landesjustizverwaltung nicht gezwungen, im Falle eines Konkurrenzverhältnisses von Notaren und landesangehörigen Notarassessoren, die ihren dreijährigen Anwärterdienst noch nicht beendet haben, von vornherein dem Notar den Vorrang einzuräumen. Der dreijährige Anwärterdienst hat, wie der Regelvorrang für „Landeskinder“, nur insoweit Bedeutung, als er dem Interesse an einer geordneten Rechtspflege dient. Es handelt sich ebenfalls nur um eine Regelvoraussetzung, weshalb im Einzelfall geprüft werden muss, ob sie im Hinblick auf die Grundrechte der Bewerber zur Geltung kommen kann.

Das Justizministerium hat diese Schlussfolgerungen nicht gezogen. Die Gerichte haben zwar die Gründe für den gesetzlichen Regelvorrang von Landeskindern ausführlich dargelegt, haben aber nicht berücksichtigt, dass diese auch für den jeweiligen Einzelfall Geltung beanspruchen müssen. Damit haben sie die Berufsfreiheit des Beschwerdeführers zu 1) in nicht gerechtfertigter Weise verkürzt.

cc) Eine individuelle Auswahlentscheidung ist vorliegend aufgrund der hohen Qualifikation des Beschwerdeführers zu 1) in besonderem Maße geboten. Er hat nicht nur die einstufige Juristenausbildung mit „sehr gut“ abgeschlossen, sondern verfügt auch über eine zehnjährige Berufserfahrung als Notar. Letztere spielt für die Bestellung zum Notar eine wichtige Rolle. Sie soll für den Regelfall durch das Erfordernis eines dreijährigen Vorbereitungsdienstes (vgl. § 7 Abs. 1 BNotO) sichergestellt werden, wobei das Gesetz jedoch einen Erwerb der notwendigen Berufserfahrung außerhalb des Vorbereitungsdienstes nicht ausschließt. Darüber hinaus verfügt der Beschwerdeführer zu 1) ersichtlich auch über Kenntnisse im nordrhein-westfälischen Landesrecht, weil er mehr als zwei Jahre als Notarassessor im Bereich der Rheinischen Notarkammer tätig war.

Ob demgegenüber das Gemeinwohlziel eines der Qualität des hauptberuflichen Notariats entsprechenden Anwärterdienstes maßgeblich zu Lasten des Beschwerdeführers zu 1) ins Gewicht fallen kann, ist zweifelhaft. Da der konkurrierende Notarassessor zum Zeitpunkt des Ablaufs der Bewerbungsfrist den dreijährigen Anwärterdienst noch nicht abgeschlossen hatte, erscheint fraglich, ob das Vertrauen des Notarnachwuchses bei Auswahl eines amtierenden Notars merklich enttäuscht werden konnte.

dd) Justizverwaltung und Gerichte haben nach alledem der Berufsausübungsfreiheit des Beschwerdeführers zu 1) nicht in ausreichendem Maße Rechnung getragen. Sie werden zu prüfen haben, ob der Regelvorrang des Landeskindes im konkreten Fall vor dem Hintergrund der Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Rechtspflege Bestand haben kann, und werden im Falle der Verneinung dieser Frage in einen umfassenden Eignungsvergleich eintreten müssen.

## II.

Die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu 2) bis 4) werden nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Voraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen.

1. Die Verfassungsbeschwerden sind allerdings zulässig.

a) Da den Beschwerdeführern zu 2) bis 4) die Erschöpfung des Hauptsacherechtswegs nicht zumutbar ist, kann die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes im vorliegenden Fall selbstständig Gegenstand von Verfassungsbeschwerden sein (vgl. BVerfGE 86, 15, 22). Alle maßgeblichen Grundrechtsfragen haben sich bereits in den gerichtlichen Eilverfahren gestellt. Das Oberlandesgericht hat außerdem angekündigt, die Entscheidungen in der Hauptsache zurückzustellen, bis über die vorliegenden Verfassungsbeschwerden entschieden ist.

b) Die Entscheidung der Justizbehörde, das Ausschreibungsverfahren abzubrechen, führt nicht zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerden. Denn der Abbruch des Ausschreibungsverfahrens hält einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand und ist daher als Organisationsentscheidung ohne Verwaltungsaktcharakter ohne vorherige Aufhebung unwirksam.

Die Wahrung der Rechte der Notarbewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG verlangt eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung (vgl. BVerfG, DNotZ 2002, 889; DNotZ 2002, 891). Dieser Grundsatz ist auch für den Abbruch eines laufenden Verfahrens zu beachten; denn durch diese Maßnahme lässt sich die Zusammensetzung des Bewerberkreises steuern. Mit jedem Abbruch einer Ausschreibung und der anschließenden erneuten Ausschreibung der Notarstelle wird die Bewerbersituation durch das Nachrücken dienstjüngerer Notarassessoren verändert. Die Berufsfreiheit und das Recht der Bewerber auf Chancengleichheit erlauben daher den Abbruch eines laufenden Verfahrens nur unter der Voraussetzung, dass hierfür sachlich nachvollziehbare Gründe vorhanden sind. An solchen fehlt es insbesondere dann, wenn die einmal vorgenommene Ausschreibung einer Stelle, auf die Bewerbungen vorliegen, mit der Begründung abgebrochen wird, die Justizverwaltung halte das Notariat – bei zahlenmäßig unverändertem Bedarf – nunmehr für entbehrlich oder jedenfalls die Besetzung für nicht mehr dringlich (vgl. BVerfG, DNotZ 2002, 891). Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe rechtfertigen die von der Justizbehörde vorgebrachten Gründe den Abbruch des laufenden Verfahrens nicht.

aa) Eine Anpassung des Urkundswertes von 1.300 auf 1.400 bereinigte Urkunden wegen des Einsatzes der elek-

tronischen Datenverarbeitung mag zwar grundsätzlich angebracht sein, die Notwendigkeit, deshalb das laufende Ausschreibungsverfahren abzubrechen, erschließt sich indessen nicht. Insbesondere hat es in der Zeit nach der Ausschreibung der Notarstellen im April 2002 in diesem technischen Bereich keine signifikanten Änderungen gegeben, die nicht vorhersehbar gewesen wären.

bb) Gleiches gilt für den Rückgang des Urkundenaufkommens aufgrund der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung. Nach den von der Justizbehörde vorgelegten Zahlen der Jahre 1996 bis 2002 erreichte die Anzahl der bereinigten Urkundengeschäfte im Jahr 1999 ihren Höchststand und nimmt seitdem kontinuierlich ab. Gleichwohl war die Zahl im Jahr 2001 noch immer höher als 1996; erst 2002 war ein stärkerer Rückgang zu verzeichnen. Ob hieraus schon eine Tendenz abgelesen werden kann, die Anlass genug ist, die Bedarfsberechnung zu ändern und in ein laufendes Bewerbungsverfahren einzugreifen, erscheint fraglich. Selbst wenn aber der Justizbehörde insoweit Organisationsermessen zugestanden wird, bleibt immer noch ein größerer als der von der Justizbehörde berechnete Bedarf, weil – wie oben ausgeführt – eine Anpassung des Urkundensrichtwertes nicht geboten ist.

cc) Die nach Ansicht des Oberlandesgerichts rechtswidrige Anwendung des § 6 b Abs. 4 Satz 2 BNotO rechtfertigt den Abbruch des Auswahlverfahrens ebenfalls nicht. Die Weiterführung des begonnenen Auswahlverfahrens durch die Justizbehörde unter nunmehriger Anwendung des § 6 b Abs. 4 Satz 1 BNotO trotz anders lautender Ankündigung in der Ausschreibung berührt nur die Grundrechte potentieller Bewerber, die wegen der Ankündigung der Anwendung des § 6 b Abs. 4 Satz 2 BNotO von einer Bewerbung abgesehen haben. Sachlich gerechtfertigt wäre es daher, zur Gewährleistung des Grundrechtsschutzes dieser potentiellen Bewerber das Ausschreibungsverfahren abzubrechen, um anschließend eine Neuausschreibung ohne entsprechende Ankündigung vorzunehmen. Eine erneute Ausschreibung soll hier jedoch nicht erfolgen. Auf die am Auswahlverfahren beteiligten Bewerber kann die Justizbehörde in diesem Zusammenhang nicht verweisen; denn für die hat der vom Oberlandesgericht beanstandete Fehler keine Auswirkungen. Ein sachlicher Grund für einen Abbruch der Ausschreibung ohne nachfolgende Neuausschreibung ist daher nicht gegeben.

dd) Ist nach alledem wegen der Unwirksamkeit des Abbruchs von einer Fortdauer des Ausschreibungsverfahrens auszugehen, besteht auch ein Rechtsschutzinteresse für die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu 2) bis 4).

2. Die zulässigen Verfassungsbeschwerden haben aber keine Aussicht auf Erfolg.

Die angegriffene Auswahlentscheidung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Justizbehörde hat sich nicht schematisch auf den Regelvorrang von „Landeskindern“ des § 7 Abs. 1 BNotO zurückgezogen, sondern ausweislich ihrer Bescheide den landesangehörigen Notarassessoren wegen besserer fachlicher und persönlicher Eignung den Vorzug gegeben. Lediglich im Konjunktiv ist angefügt, dass auch unabhängig von deren besserer Eignung den Assessoren als „Landeskindern“ der Vorzug vor den Beschwerdeführern zu 2) bis 4) als „Seiteneinsteigern“ zu geben gewesen wäre. Die tragende Begründung ist dies nicht. Dem Vermerk der Justizbehörde zur erneuten Auswahlentscheidung lässt sich nichts anderes entnehmen. Die Justizbehörde ist hiernach in einen umfassenden und ausführlichen Eignungsvergleich eingetreten und hat insbesondere auch die langjährige Berufserfahrung der Beschwerdeführer zu 2) bis 4) berücksichtigt. Von

einem generellen Vorrang von Notarassessoren, die ihren dreijährigen Anwärterdienst noch nicht vollständig abgeleistet haben, gegenüber Notaren ist sie dabei nicht ausgegangen. Das Oberlandesgericht hat die Auswahlentscheidungen daher mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG zu Recht nicht beanstandet.

Für ungerechtfertigte Eingriffe in die weiterhin als verletzt gerügten Grundrechte bestehen keine Anhaltspunkte.

16. BeurkG § 54 a; KostO §§ 147 Abs. 2, 149 (*Regelmäßige keine Abwicklung eines Grundstückskaufvertrags über Notaranderkonto*)

1. **Der Notar darf eine Verwahrungsgebühr gemäß § 149 Abs. 1 KostO nur dann beanspruchen, wenn hierfür ein „berechtigtes Sicherungsinteresse“ der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht (§ 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG). Da sich die Sicherung der Erfüllung der wechselseitigen Vertragspflichten bei einem notariellen Kaufvertrag grundsätzlich auch durch eine Vertragsgestaltung mit direkter Kaufpreiszahlung erreichen lässt, müssen im Einzelfall besondere weitere Umstände vorliegen, die den grundsätzlich sicheren Weg einer direkten Kaufpreiszahlung ausnahmsweise als nicht sicher genug erscheinen lassen, um das „berechtigtes Sicherungsinteresse“ für eine Verwahrungstätigkeit des Notars bejahen zu können.**
2. **Ein „berechtigtes Sicherungsinteresse“ für eine notarielle Verwahrungstätigkeit besteht – ohne Hinzutreten weiterer besonderer Umstände – dann nicht, wenn die von den Käufern abzulösenden Grundschulden ohne Finanzierung gelöscht werden können, obwohl der Nennbetrag der zu löschenden Grundpfandrechte den Kaufpreis übersteigt, der Verkäufer vor der Vertragsbeurkundung den Notar jedoch darauf hingewiesen hat, dass die Grundpfandrechte mit einem niedrigeren Betrag valutieren als der zu zahlende Kaufpreis.**

OLG Bremen, Beschluss vom 18.3.2004, 1 W 1/04

*Aus den Gründen:*

(...) Mit der weiteren Beschwerde verfolgen die Beschwerdeführer ihren – bei dem Landgericht ohne Erfolg gebliebenen – Antrag weiter, die Kostenberechnung des Beschwerdegegners dahin abzuändern, dass die von dem Notar festgesetzte Gebühr für die treuhänderische Verwaltung des auf Notaranderkonto hinterlegten Kaufpreises nach einem Wert von 649.795,93 € gem. § 149 KostO in Höhe von 1.661,99 € nebst Mehrwertsteuer entfällt und insoweit lediglich eine Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO in Höhe von 178,50 € zuzüglich Mehrwertsteuer für die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit angesetzt wird.

Der Antrag der Beschwerdeführer ist begründet, da der Beschwerdegegner bei dem vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt die in Ansatz gebrachte Verwahrungsgebühr gem. § 149 Abs. 1 KostO nicht beanspruchen darf, weil die Verwahrungstätigkeit bei richtiger Behandlung der Sache nicht angefallen wäre und der Notar deshalb (§ 16 Abs. 1 Satz 1 KostO) für eine solche Tätigkeit eine Gebühr nicht berechnen darf, sondern lediglich eine Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO.

1. Nach § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG, der – wie die übrigen Regelungen der §§ 54 a–e BeurkG – durch Gesetz vom 31.8.1998 (BGBl. I, 2585) eingefügt worden ist, darf der Notar Geld zur Verwahrung nur entgegennehmen, wenn hierfür ein „berechtigtes Sicherungsinteresse“ der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht. Daran fehlt es vorliegend.

1.1. Die Neufassung des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG soll einer formularmäßig vorgesehenen Verwahrung entgegenwirken (BT-Drucksache 13/4184, 37; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, 5. Aufl. 2003, § 23 BNotO Rdnr. 39; *Winkler*, 15. Aufl. 2003, § 54 a BeurkG Rdnr. 11). Die notarielle Verwahrung soll vielmehr auf solche Fälle beschränkt werden, in denen sie tatsächlich notwendig ist, um das von den Beteiligten erstrebte Ziel zu erreichen (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, ebenda). Entgegen einer verbreiteten früheren Praxis soll die Verwahrung bei Grundstücksgeschäften nicht mehr die Regel, sondern die Ausnahme sein (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 23 BNotO Rdnr. 40).

Ob ein „berechtigtes Sicherungsinteresse“ der Beteiligten im Sinne des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG im Einzelfall gegeben ist, bestimmt sich allein nach objektiven Kriterien; der bloße einvernehmliche Wunsch der Beteiligten nach einer Verwahrung genügt nicht (*Winkler*, § 54 a BeurkG Rdnr. 10; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 23 BNotO Rdnr. 40; *Eylmann/Vaasen-Hertel*, § 54 a BeurkG Rdnr. 4). Da sich die Sicherung der Erfüllung der wechselseitigen Vertragspflichten bei einem Kaufvertrag grundsätzlich auch durch eine Vertragsgestaltung mit direkter Kaufpreiszahlung erreichen lässt (*Winkler*, § 54 a BeurkG Rdnr. 13), müssen im Einzelfall besondere weitere Umstände vorliegen, die den grundsätzlich sicheren Weg einer direkten Kaufpreiszahlung ausnahmsweise als nicht sicher genug erscheinen lassen, um das „berechtigtes Sicherungsinteresse“ für eine Verwahrungstätigkeit des Notars bejahen zu können (*Winkler*, § 54 a BeurkG Rdnr. 13 f.; vgl. auch *Tönnies*, ZNotP 1999, 419).

Zu der Frage, wann ein „berechtigtes Sicherungsinteresse“ im Einzelfall zu bejahen oder zu verneinen ist, sind in Anlehnung an ein Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 11.1.1996 (abgedruckt bei *Weingärtner*, Notarrecht, Nr. 298) in der kommentierenden Literatur diesbezügliche Regelbeispiele in Form von Fallgruppen gebildet worden (siehe nur *Winkler*, § 54 a BeurkG Rdnr. 8 ff.; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 23 BNotO Rdnr. 42 ff.; *Eylmann/Vaasen-Hertel*, § 54 a BeurkG Rdnr. 6 ff.; *Brambring*, DNotZ 1999, 381, 386; *Weingärtner*, DNotZ 1999, 393 ff.; siehe z. B. auch die sog. Hammer Leitlinien, Kammerreport der Notarkammer Hamm 5/2001, S. 36, 37 f.).

Danach ist ein berechtigtes Sicherungsinteresse der Vertragsbeteiligten i. S. von § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG (z. B.) dann anzunehmen, wenn aus dem Kaufpreis eine oder mehrere grundpfandrechtlich gesicherte Verbindlichkeiten des Verkäufers abzulösen sind und der Käufer den Kaufpreis über mehrere Kreditgeber finanzieren muss, während ein berechtigtes Sicherungsinteresse (z. B.) dann fehlt, wenn das Kaufobjekt nur mit mehreren abzulösenden Grundpfandrechten für verschiedene Gläubiger belastet ist (m. w. N., jeweils a. a. O.).

1.2. Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt ist vor dem Hintergrund der genannten Fallgruppen durch folgende Umstände gekennzeichnet: Den in dem von dem Beschwerdegegner beurkundeten Kaufvertrag vereinbarten Kaufpreis haben die Beschwerdeführer unstreitig vollständig aus dem Erlös des kurz zuvor erfolgten Verkaufs ihres Grundstücks bezahlt; auch den Verkauf des letztgenannten Grundstücks hatte der Beschwerdegegner beurkundet. Weiter ist festzuhalten, dass

der von den Beschwerdeführern gezahlte Kaufpreis für das von ihnen gekaufte Grundstück ohne weiteres ausreichte, um die von den Beschwerdeführern nicht übernommenen Grundpfandrechte in Abteilung III des Grundbuchs, nämlich drei Grundschulden zum Nennbetrag von insgesamt 1.015.808,60 €, die mit 348.868,84 € valutierten, abzulösen.

Aufgrund der vorgenannten (unstreitigen) Umstände bestand mithin objektiv bei Beurkundung des Kaufvertrages eine Situation, bei der

a) die drei von den Beschwerdeführern abzulösenden Grundschulden ohne Finanzierung der Beschwerdeführer aus dem Erlös des von dem Beschwerdegegner zuvor beurkundeten Verkaufs eines Grundstücks der Beschwerdeführer gelöscht werden konnten und auch abgelöst worden sind, und

b) eine Finanzierung des Kaufpreises nicht erforderlich war und auch nicht erfolgt ist.

1.3. Bei einer solchen Situation durfte der Notar ein objektives Sicherungsinteresse der Beschwerdeführer an einer Kaufvertragsabwicklung über Anderkonto – ohne Hinzutreten weiterer besonderer Umstände – nicht bejahen. Der Begriff des „berechtigtes Sicherungsinteresses“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Anwendung eine Abwägung der vorhandenen Interessen und eine Prognose der künftigen Abwicklungsmöglichkeiten enthält, weshalb dem Notar ein „gewisser Beurteilungsspielraum“ zuzubilligen sein mag (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 23 BNotO Rdnr. 41).

Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdegegner den Bereich des ihm zustehenden Beurteilungs- und Handlungsspielraums überschritten. Richtig ist zwar, dass der Nennbetrag der zu löschenden Grundpfandrechte den von den Beschwerdeführern zu zahlenden Kaufpreis überstieg und der Notar keine sichere Kenntnis des tatsächlichen Valutenstandes der Grundpfandrechte hatte. Wie sich aus dem Inhalt des Notarvertrages ergibt, hatte der Notar jedoch die Kaufvertragsparteien vor der Beurkundung auf diesen Umstand hingewiesen, worauf der Verkäufer ergänzend erklärt hatte, die Grundschulden valutierten lediglich mit einem Betrag, der deutlich niedriger lag als der von den Beschwerdeführern zu zahlende Kaufpreis. Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Erklärung des Verkäufers zu dem Valutenstand der Grundschulden unzutreffend sein könnte, hatte der Beschwerdegegner nicht.

Der Notar durfte das objektive Sicherungsinteresse der Beschwerdeführer an einer Kaufvertragsabwicklung über Anderkonto auch nicht deshalb bejahen, weil nach seiner – von den Beschwerdeführern bestrittenen – Darstellung die Beschwerdeführerinnen zu 2) einen Bruchteil des Kaufpreises (2/5) habe finanzieren müssen. Selbst wenn es sich so verhalten hat, reicht die Notwendigkeit der (Teil-)Finanzierung des Kaufpreises durch (lediglich) eine Bank nicht aus, um ein berechtigtes Sicherungsinteresse der Beschwerdeführer zu bejahen. Vielmehr liegt ein berechtigtes Sicherungsinteresse der Käufer an der notariellen Verwahrung des Kaufpreises erst dann vor, wenn aus dem Kaufpreis eine oder mehrere grundpfandrechtlich gesicherte Verbindlichkeiten des Verkäufers abzulösen sind und der Käufer den Kaufpreis über mehrere Kreditgeber finanzieren muss. Wird die Kaufpreiszahlung nur über eine einzige Bank vorgenommen, so kann dies auch bei Ablösung mehrerer Grundpfandgläubiger durch Direktzahlung geschehen; die Abwicklung über Anderkonto bietet für den Käufer keine Vorteile gegenüber einer Direktzahlung auf Fälligkeitsmitteilung des Notars hin, in der der Notar auflistet, welche Beträge den einzelnen abzulösenden Gläubigern zur Erfüllung der ihm auferlegten Treuhandaufträge zu überweisen sind, so dass in diesem Fall kein durch

Notaranderkonto abzusicherndes Eigeninteresse der Käufer besteht (*Winkler*, § 54 a BeurkG Rdnr. 33; *Eylmann/Vaasen-Hertel*, § 54 a BeurkG Rdnr. 14; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 23 BNotO Rdnr. 43, jeweils m. w. N.; siehe auch Hammer Leitlinien, a. a. O., S. 37 lit. f).

Deshalb kommt es schließlich auch nicht darauf an, ob bei einer Verzögerung des Zahlungseingangs hinsichtlich des früheren Kaufvertrages auch der Beschwerdeführer zu 1) den Kaufpreis für das mit dem späteren Vertrag erworbene Objekt hätte zwischenfinanzieren müssen; dass in einem solchen Fall der von der von den Beschwerdeführern zu zahlende Kaufpreis über mehrere Kreditgeber hätte finanziert werden müssen, ist weder vorgetragen, noch sonst ersichtlich.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die nachfolgende Entscheidung des KG und die Anmerkung von *Sandkühler*, MittBayNot 2005, 432 (in diesem Heft).

17. BeurkG § 54 a; KostO §§ 16 Abs. 1, 156 Abs. 2; BNotO § 19 (*Abwicklung eines Grundstückskaufvertrags über Notaranderkonto nicht sachwidrig*)

1. **Das Vorliegen eines berechtigtes Sicherheitsinteresse bestimmt sich nach objektiven Kriterien und steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien.**
2. **Ein berechtigtes Sicherungsinteresse für die Abwicklung eines Grundstückskaufvertrags über Notaranderkonto besteht bei einem überwiegend kreditfinanzierten Kauf mit Sicherung durch erstrangige Grundschuld bei gleichzeitiger Ablösung einer erstrangigen Grundschuld zu Gunsten eines anderen Kreditinstituts. Dabei sind auch die Sicherungsinteressen der beteiligten Kreditinstitute zu beachten. (Leitsätze des Rezensenten)**

KG, Beschluss vom 25.5.2004, 1 W 472/01

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Kostenberechnung des Notars betreffend die Verwahrung von Geldern. Mit notariellem Vertrag verkauften die Verkäufer eine Eigentumswohnung zum Preis von 600.000 DM an den Beteiligten. Nach § 3 des Kaufvertrages sollte der Beteiligte den Kaufpreis in zwei Raten (430.000 DM bis zum 30.9.1998, 170.000 DM bis zum 31.12.1998) beim Notar hinterlegen; dieser sollte den Kaufpreis nach Maßgabe der Regelung in § 3 Abs. 4 des Vertrages an die Verkäufer weiterleiten. Übergabe sollte am 1.10.1998 sein. § 7 Abs. 1 des Vertragstextes lautet: „Die Kosten dieses Vertrages, seiner Durchführung, die Hebegebühr, die Grunderwerbsteuer trägt Erwerber, sofern nicht Verkäufer Kosten nach diesem Vertrag zu tragen hat.“ Auf das Anderkonto wurden die Kaufpreistraten in Höhe von 430.000 DM (finanziert über ein Kreditinstitut, gesichert durch eine Grundschuld) und 170.000 DM eingezahlt und der Restbetrag nach Maßgabe des Kaufvertrages, insbesondere nach Ablösung einer Grundschuld in Höhe von 320.000 DM an die Verkäufer weitergeleitet. Der Beteiligte erhebt gegen die geltend gemachten Hebegebühren Einwendungen.

Das Landgericht hat auf Antrag des Notars dessen Kostenrechnung bestätigt: Ihm sei weder eine unrichtige Sachbehandlung i. S. d. § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO noch eine haftungsbegründende Amtspflichtverletzung vorzuwerfen, aus der ein Wegfall der Pflicht zur Zahlung der Hebegebühren abzuleiten sei.

Mit weiterer Beschwerde rügt der Beteiligte, das Landgericht habe den Umfang der Belehrungspflicht des Notars im Zusammenhang mit der Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto verkannt. In weiten Teilen der Bundesrepublik werde in vergleich-

baren Fällen die Abwicklung über ein Notaranderkonto als sachwidrig angesehen, sofern nicht die Beteiligten ausdrücklich eine solche Vertragsgestaltung wünschten. Zudem hätten die Vertragsbeteiligten den Notar ausdrücklich davon in Kenntnis gesetzt, dass sie die aufwandsloseste und kostengünstigste Abwicklung wünschten, weil sie befreundet seien und sich gegenseitig in finanziellen Dingen uneingeschränkt vertrauten. Bei pflichtgemäßer Information durch den Notar hätten die Vertragspartner von der Abwicklung über das Notaranderkonto abgesehen mit der Folge, dass die mit der Kostenrechnung verlangten Gebühren nicht entstanden wären.

Der Notar entgegnet, die von ihm gewählte Vertragsgestaltung entspreche dem sichersten und in Berlin üblichen Weg. Angesichts der abzulösenden Grundpfandrechte sei die Einrichtung des Anderkontos sinnvoll gewesen. Die Behauptung des Beteiligten, sie hätten ihn über ihren Wunsch nach aufwandsloser und kostengünstiger Abwicklung informiert, sei zudem falsch. Der Beteiligte selbst habe eingeräumt, sich nicht mehr an den Wortlaut seiner Erklärung erinnern zu können.

*Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde des Beteiligten ist erfolglos. (...)

#### II.

Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Notar angesichts der Umstände des Wohnungskaufvertrages die Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto vorgeschlagen hat. Anlass, die Vertragsparteien auf die Möglichkeit einer kostengünstigeren Abwicklung hinzuweisen, hatte der Notar nicht. Folglich ist die Zahlungspflicht des Beteiligten weder unter dem Gesichtspunkt einer Amtshaftung des Notars (§ 19 BNotO) noch wegen unrichtiger Sachbehandlung (§ 16 Abs. 1 KostO) entfallen. Dies hat das Landgericht im Ergebnis zutreffend ausgeführt.

1. Der Beteiligte kann den vom Notar verlangten Hebegebühren keine gegenläufigen Amtshaftungsansprüche nach § 19 BNotO in gleicher Höhe entgegenhalten.

a) Ein Notar hat bei der Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte den Grundsatz des sichersten Weges zu beachten, muss also grundsätzlich die Maßnahmen vorschlagen und ergreifen, die zum materiellen Rechtserfolg führen (*Schippel*, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 17 Rdnr. 12 ff.). Zugleich hat der Notar, dem bei einer Amtstätigkeit oder auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege die Gestaltung des Rechtsgeschäfts überlassen worden ist, darauf Bedacht zu nehmen, möglichst den billigsten Weg zu wählen und die Entstehung unnützer Kosten zu vermeiden. Stehen verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Wahl, muss der Notar grundsätzlich auf den billigeren Weg hinweisen, wenn dieser eine für die Erreichung des gewollten Erfolges angemessene und zumindest in gleicher Weise sichere und zweckmäßige rechtliche Form darstellt (*Senat*, JurBüro 1988, 630 m. w. N.; vgl. auch *Schippel/Vetter*, § 17 BNotO Rdnr. 7 m. w. N.).

Vor dem Hintergrund dieses Spannungsfeldes zwischen Sicherheit und kostengünstigstem Weg konkretisiert § 54 a BeurkG (in der Fassung vom 31.8.1998, in Kraft seit dem 8.9.1998) die Amtspflichten des Notars im Zusammenhang mit der finanziellen Abwicklung von Verträgen so, dass ein Notar Geld zur Verwahrung nur entgegennehmen darf, wenn hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht.

Ob ein berechtigtes Sicherheitsinteresse vorliegt, bestimmt sich nach objektiven Kriterien und steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien (Regierungsbegründung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 13/4184, S. 37 f., *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rdnr. 1582 ff., 1584; *Schlü-*

ter/*Knippenkötter*, Die Haftung des Notars, 2004, Rdnr. 405, jeweils m. w. N.). Ein berechtigtes Sicherungsinteresse i. S. d. § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG ist gegeben, wenn nicht das Geschäft nach objektiven Kriterien ebenso gut durch andere Mittel als die Verwahrung abgesichert werden kann (Senat, Beschluss vom 15.8.2003, 1 W 321/02).

Bereits vor Inkrafttreten des § 54 a BeurkG war der Notar nach § 11 Abs. 1 Satz 2 DOnot a. F. zu der Prüfung verpflichtet, „ob der Inhalt des Treuhandauftrages sowohl den Bedürfnissen einer korrekten Geschäftsabwicklung als auch dem Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen genügt“. Die Bundesnotarkammer, auf deren Vorschlag die Neuregelung des § 54 a BeurkG im Jahre 1998 zurückgeht, hat hierzu mit Rundschreiben Nr. 1/1996 vom 11.1.1996 Fallkonstellationen vorgeschlagen, in denen typischerweise ein berechtigtes Sicherungsinteresse vorliegen soll, das die Einrichtung eines Notaranderkontos rechtfertigen kann; mit Rundschreiben Nr. 31/2000 vom 4.9.2000 hat die Bundesnotarkammer diese Vorschläge erneut bekräftigt. Danach soll ein berechtigtes Sicherungsinteresse i. S. d. § 54 a BeurkG u. a. in Betracht kommen, wenn besonderer Koordinationsbedarf bei rangrichtiger Eintragung von Finanzierungsgrundpfandrechten und Ablösung bestehender Grundpfandrechte Dritter besteht, insbesondere bei Beteiligung mehrerer kaufpreisfinanzierender Banken [Rundschreiben Nr. 1/1996, III. 1. a)]. Die vorstehenden Grundsätze hatte der Notar bei der ab September 1998 vorgesehenen Durchführung des Verwahrungsgeschäfts und folglich auch bei der den Verwahrungsantrag enthaltenden Beurkundung vom 22.4.1998 zu beachten.

Verstößt ein Notar schuldhaft gegen Amtspflichten, die ihn gegenüber seinem Auftraggeber treffen, hat er ihm gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Im Verfahren nach § 156 KostO kann der Auftraggeber seiner Pflicht zur Zahlung der Notarvergütung einen derartigen dasselbe Geschäft betreffenden Schadensersatzanspruch entgegenhalten (*Hartmann*, Kostengesetze, 32. Aufl. 2003, § 156 KostO Rdnr. 6 – Stichwort Aufrechnung m. w. N.).

b) Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist nicht zu beanstanden, dass der Notar im Vertragsentwurf eine Zahlung über ein Notaranderkonto vorgesehen und die Vertragspartner nicht auf die theoretische Möglichkeit hingewiesen hat, das Grundstücksgeschäft auch ohne die Zahlungsabwicklung über das Notaranderkonto durchzuführen.

(1) Auf Grundlage der Informationen, die dem Notar bei Formulierung des Vertrages vom 22.4.1998 und während seiner nachfolgenden Durchführung vorlagen, war die Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto durch ein berechtigtes Sicherungsinteresse i. S. d. § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG gerechtfertigt.

Es handelte sich entgegen der Auffassung des Beteiligten nicht lediglich um ein Austauschgeschäft „Wohnungseigentum gegen Geld“ ohne jede Besonderheit. Vielmehr ging es um einen überwiegend bankfinanzierten Kauf mit Sicherung des Finanzierungsdarlehens durch erstrangige Grundschuld; zugleich war eine erstrangige Grundschuld zugunsten einer anderen Bank vorhanden, die aus dem Kaufpreis abzulösen war. Die Verkäufer benötigten die Valuta ihrerseits zur Finanzierung eines anderweitig abgeschlossenen Kaufvertrages.

Bei dieser Konstellation waren die Sicherungsinteressen nicht nur der unmittelbaren Vertragsparteien zu bedenken, sondern auch diejenigen der beteiligten Banken, von deren Einverständnis mit der vorgesehenen Vertragsabwicklung der Ein-

tritt des erstrebten rechtlichen Erfolges abhing. Insofern geht der Hinweis des Beteiligten fehl, die Vertragsparteien hätten zu Beginn der Vertragsprozedur gegenüber dem Notar zum Ausdruck gebracht, sie vertrauten einander und wünschten die Vertragsgestaltung mit den wenigsten eingebauten „Sicherungen“ und Komplikationen. Die Frage der gebotenen Sicherungen war nicht allein von den Vertragspartnern zu beantworten: Von der kaufpreisfinanzierenden Bank hing es ab, unter welchen Bedingungen sie zur Auszahlung des Kaufpreises bereit war; die Konditionen, nach denen die bestehende Grundschuld abzulösen war, hingen wiederum von den Absprachen mit deren Inhaberin ab, die zugleich finanzierende Bank des von Verkäuferseite erworbenen Objekts war. Bei der Verfolgung des sichersten Weges waren diese Umstände zu berücksichtigen, weil ohne die Berücksichtigung dieser Umstände der Vertrag offensichtlich nicht durchführbar war. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass die kaufpreisfinanzierende Bank bereit gewesen wäre, das Kaufpreisdarlehen schon vor Sicherstellung der Grundschuldeintragung direkt an die Verkäufer oder deren Bank zu zahlen, bestanden bei Vertragsschluss und bis zum Abschluss der Vertragsabwicklung nicht. Vielmehr hat die kaufpreisfinanzierende Bank noch mit Schreiben vom 6.10.1998 an den Notar zunächst als Voraussetzung für die Verfügung des Notars über die geleistete Treuhandszahlung in Höhe von 430.000 DM gefordert, die Grundschuld zu ihren Gunsten müsse eingetragen sein; erst mit Schreiben vom 8.10.1998 hat sie sich mit der Sicherstellung der Grundschuldeintragung begnügt. Ebenso wenig war eine Bereitschaft der eingetragenen Grundpfandgläubiger erkennbar, vorab einer Löschung ihrer erstrangigen Grundschuld zuzustimmen, um den Weg für die Sicherung des Finanzierungsdarlehens frei zu machen.

Damit entsprach es dem Gebot des „sichersten Weges“, zur Koordination von Löschung und Eintragung von Grundschulden ein Notaranderkonto einzurichten. Die Auffassung des Beteiligten, die Abwicklung über das Notaranderkonto sei „rechtlich wie wirtschaftlich unsinnig“ gewesen, trifft nicht zu.

Auf die nachträglich erhobene Behauptung des Beteiligten, die kaufpreisfinanzierende Bank wäre „ohne weiteres“ bereit gewesen, den Darlehensbetrag direkt an die Verkäufer oder deren Bank zu zahlen, kommt es für die Beurteilung des Pflichtverstoßes nicht an. Selbst wenn dies zutreffen sollte, ist das jedenfalls für den Notar im Verlauf der Vertragsformulierung und -abwicklung nicht erkennbar geworden, so dass ihm nicht vorzuwerfen ist, dies nicht berücksichtigt zu haben. Der Beteiligte übersieht zudem, dass auch die Verkäufer und deren Bank ein vom Notar zu beachtendes Sicherungsinteresse hatten, da die Kaufpreiszahlung eine auf dem von den Käufern neu anzuschaffenden Objekt zu bestellende Grundschuld valutieren sollte.

(2) Dem Notar ist auch nicht der Vorwurf zu machen, den Beteiligten nicht auf die Möglichkeit einer billigeren Vertragsabwicklung ohne Notaranderkonto hingewiesen zu haben.

Die Möglichkeit, Grundstücksverträge auch ohne Notaranderkontenvereinbarungen zu schließen, war dem Beteiligten nach eigener Darstellung bekannt, so dass eine Belehrungsbefürdigung nicht ersichtlich ist. (...) Bei dieser Vorgeschichte ist der Vorwurf des Beteiligten nicht nachvollziehbar, der Notar habe ihn insoweit schadensursächlich unzureichend belehrt, denn er hat den streitgegenständlichen Vertrag mit der Klausel über das Notaranderkonto trotz seiner Vorerfahrungen mit Grundstückskaufverträgen ohne eine solche Klausel geschlossen. Dass bei der Abwicklung über ein Notaranderkonto Hebegebühren entstehen würden, war aus der Kosten-

regelung in § 7 des Vertrages ersichtlich. Eines ausdrücklichen Hinweises des Notars bedurfte es daher nicht.

Der Notar war auch nicht – ohne Bezug zum konkreten Vertragsschluss – gehalten, den Vertragspartnern die regional unterschiedliche Handhabung der Anderkonten darzustellen (vgl. *Zugehör/Ganter/Hertel*, a. a. O., Rdnr. 1587). Zwar kommt je nach Fallgestaltung eine Direktzahlung beim Grundstückserwerb durchaus in Betracht (vgl. die Darstellung im Schreiben der BNotK vom 11.1.1996, II. Nr. 1). Dies setzt jedoch die Bereitschaft nicht nur der Vertragsparteien, sondern auch sämtlicher beteiligter Banken voraus, so zu verfahren. Dafür bestanden für den Notar keine Anhaltspunkte; auch der Beteiligte hat dies nicht behauptet.

2. Der Anspruch des Notars auf Zahlung der Hebegebühren ist nicht nach §§ 141, 16 Abs. 1 KostO wegen unrichtiger Sachbehandlung entfallen.

a) Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 16 Abs. 1 KostO liegt nach ganz überwiegender und vom Senat geteilter Ansicht vor, wenn dem Notar ein offen zugute tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist; die darin liegende Beschränkung der Beurteilung auf eindeutige Sachverhalte soll das Kostenerhebungsverfahren von rechtlich oder tatsächlich zweifelhaften Fragen freihalten. Als Folge der unrichtigen Sachbehandlung werden diejenigen Kosten nicht erhoben, die bei richtiger Sachbehandlung nicht entstanden wären; dagegen sind Kosten, die auch bei richtiger Sachbehandlung entstanden wären, auch hier zu erheben (vgl. Senat, KGR 2002, 145 m. w. N.).

b) Diese Voraussetzungen einer unrichtigen Sachbehandlung hat das Landgericht zutreffend verneint. Ergänzend wird auf die vorstehenden Ausführungen zu II. 1. verwiesen: Dem Notar ist kein Pflichtverstoß vorzuwerfen, erst recht kein offensichtlicher Fehler.

### Anmerkung:

Zum Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 18.3.2004, 1 W 1/04, MittBayNot 2005, 428 (in diesem Heft) sowie zum vorstehenden Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 25.5.2004, 1 W 472/01:

„Der Notar darf Geld zur Verwahrung nur entgegennehmen, wenn hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht.“ So regelt es seit September 1998 § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG mit dem gesetzgeberisch formulierten Ziel, einer formularmäßig vorgesehenen Verwahrung entgegen zu wirken. In Abkehr von einer bis dahin weit verbreiteten Praxis soll die Verwahrung der Kaufpreise auf Notaranderkonten bei der Abwicklung von Grundstückskaufverträgen nicht mehr die Regel, sondern die Ausnahme bilden. Die notarielle Verwahrung bleibt für die Fälle vorbehalten, in denen sie tatsächlich notwendig ist, um das von den Beteiligten erstrebte Ziel zu erreichen.<sup>1</sup> Die verordnete Zurückdrängung der Verwahrungsgeschäfte ist seinerzeit von denjenigen Notaren, für die die Abwicklung von Grundstückskaufverträgen im Direktzahlungsverfahren terra incognita war, mit großer Skepsis aufgenommen worden. Der Paradigmenwechsel wurde als zu krass empfunden, die Diskussion um die Auslegung des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG mithin lebhaft geführt.<sup>2</sup>

Vor diesem Hintergrund hätte es nicht verwundert, wenn die Vorschrift auch die Rechtsprechung nachhaltig beschäftigt hätte. Indes ist dies nicht der Fall. Nach einer kurzen Umsetzungsphase, die von den regionalen Notarkammern, der Bundesnotarkammer und dem Fachinstitut für Notare im Deutschen Anwaltsinstitut intensiv begleitet wurde, setzte sich die in Süddeutschland seit jeher praktizierte Direktzahlungsmethode bei Grundstückskaufverträgen als Regelmodell durch; die Zahl der Verwahrungsgeschäfte ging drastisch zurück (im Bezirk der Notarkammer Hamm, deren Geschäftsführer der Verfasser ist, um bis zu 70 %). Rechtssicherheit gab die Bildung von Fallgruppen<sup>3</sup>, die breite Anerkennung gefunden hat. Darüber hinaus war ausschlaggebend für die Akzeptanz des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG, dass die Justizverwaltungen bereit waren, in der Aufsichtspraxis den Beurteilungsspielraum der Notare anzuerkennen.<sup>4</sup> Übereinstimmung besteht schließlich weitgehend darüber, dass der Begriff des berechtigten Interesses objektiv zu verstehen ist.<sup>5</sup> Allein der Wunsch der Beteiligten nach einer Verwahrung rechtfertigt sie in der Regel nicht.<sup>6</sup>

Eine Recherche in den einschlägigen juristischen Datenbanken ergibt, dass veröffentlichte Rechtsprechung zur Auslegung des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG bis vor kurzem kaum vorlag. Die letzte veröffentlichte Entscheidung war, soweit ersichtlich, der Beschluss des Landgerichts Dortmund vom 7.1.2002, der – zu Unrecht – feststellte, dass ein berechtigtes Sicherungsinteresse zur Übernahme eines Verwahrungsgeschäftes bereits dann vorliege, wenn die Vertragsparteien dies übereinstimmend wünschen.<sup>7</sup> Die Beschlüsse des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 18.3.2004 und des Kammergerichts vom 25.5.2004 sind die ersten obergerichtlichen Entscheidungen, die sich mit dem berechtigten Sicherungsinteresse für die Übernahmen eines Verwahrungsgeschäftes auseinander setzten. Beide Beschlüsse sind im Rahmen von Kostenbeschwerdeverfahren gemäß § 156 KostO ergangen, in denen sich die Kostenschuldner jeweils gegen die Geltendmachung der Hebegebühren gemäß § 149 KostO gewandt hatten.

Der Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen, der schulbuchmäßig deutlich macht, warum der Notar im zu entscheidenden Fall nicht von einem berechtigten Sicherungsinteresse der Beteiligten ausgehen durfte, verdient uneingeschränkte Zustimmung. Der abzuwickelnde Kaufvertrag war im August 2002 beurkundet worden. Die Käufer konnten den zu zahlenden Kaufpreis vollständig aus dem kurz zuvor erfolgten Verkauf einer Immobilie belegen; jener Vertrag war von demselben Notar beurkundet worden. Die abzulösenden Grundschulden valutierten deutlich unter dem Kaufpreis; bei ihrer Löschung waren keine Probleme zu erwarten. Der Senat stellt in seiner Entscheidung zunächst die anerkannten Leitlinien zur Auslegung des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG dar und kommt zu dem Zwischenergebnis, dass ein berechtigtes Sicherungsinteresse der Vertragsbeteiligten vorliegen kann, wenn aus dem Kaufpreis eine oder mehrere grundpfandrechtlich gesicherte Verbindlichkeiten des Verkäufers abzulösen sind *und* der Käufer den Kaufpreis über mehrere Kreditgeber finanzieren muss. Diese Voraussetzungen

<sup>3</sup> Vgl. *Tönnies*, ZNotP 1999, 419; *Brambring*, DNotZ 1999, 381, 386; Rundscheiben der BNotK vom 11.1.1996, bestätigt durch Rundschreiben vom 4.9.2000.

<sup>4</sup> Hierzu *Zimmermann*, DNotZ 2000, 164, 167.

<sup>5</sup> A. A. *Möhrle*, DB 2000, 605.

<sup>6</sup> *Arndt/Lerch/G. Sandkühler*, § 23 Rdnr. 40 m. w. N.

<sup>7</sup> NotBZ 2002, 187.

<sup>1</sup> *Arndt/Lerch/G. Sandkühler*, BNotO, 5. Aufl. 2003, § 23 Rdnr. 39 ff.

<sup>2</sup> Vgl. nur *Brambring*, DNotZ 1999, 381; *Zimmermann*, DNotZ 2000, 164.

seien freilich nicht gegeben gewesen. Selbst wenn – was von den Käufern in dem Verfahren bestritten worden ist – ein Teil des Kaufpreises über eine Bank hätte finanziert werden müssen, hätte dies den Notar nicht zur Einrichtung eines Notaranderkontos veranlassen dürfen, denn in diesen Fällen – Ablösung eines oder mehrerer Grundpfandrechte, Finanzierung aus einer Hand – bestehe ein berechtigtes Sicherungsinteresse in der Regel nicht. Dem ist nichts hinzuzufügen; das Hanseatische Oberlandesgericht in Bremen hat Recht.

Auf scharfe Ablehnung muss dagegen der Beschluss des Kammergerichts vom 25.5.2004 stoßen. Auffallend an dieser Entscheidung ist zunächst die überlange Verfahrensdauer. Der zugrunde liegende Vertrag über die Veräußerung einer Eigentumswohnung wurde von dem Notar am 22.4.1998, und damit vor Inkrafttreten des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG, beurkundet. Die Abwicklung des Kaufpreises erfolgte wie vertraglich vereinbart bis Ende 1998 über ein Notaranderkonto. Die Kostenbeschwerde gegen die Geltendmachung der Hebegebühren wurde beim Landgericht Berlin im Jahre 1999 anhängig gemacht. Die weitere Beschwerde gegen den zurückweisenden Beschluss des Landgerichts Berlin erreichte das Kammergericht am 16.8.2001. Das Kammergericht brauchte also über drei Jahre, um die weitere Beschwerde gegen die geltend gemachten Hebegebühren zurückzuweisen. In dieser überlangen Verfahrensdauer mag ein Grund für die etwas verwirrende Argumentation der Entscheidung zu sehen sein.

In der Sache würde man dem Kammergericht ohne weiteres zustimmen können, wenn es darauf abgestellt hätte, dass der Vertrag Monate vor Inkrafttreten der BNotO-Novelle des Jahres 1998 beurkundet und wenige Wochen nach deren Inkrafttreten vollständig abgewickelt war. Zutreffend hat der Notar in dem Verfahren darauf hingewiesen, dass er das *damals* völlig übliche Verfahren gewählt hatte; eine fehlerhafte Sachbehandlung im Sinne des § 16 KostO oder gar eine zum Schadensersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung war dem Notar nicht vorzuwerfen. Aus welchen Gründen auch immer sieht sich das Kammergericht indes gehalten, die von dem Notar vorgesehene Vertragsgestaltung am Maßstab des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG zu messen, wobei es fälschlich davon ausgeht, dass die Vorschrift das Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und kostengünstigstem Weg auflösen solle. In seiner weiteren Argumentation orientiert sich das Kammergericht sodann an den bereits erwähnten Rundschreiben der Bundesnotarkammer und stellt fest, dass von einem berechtigten Sicherungsinteresse ausgegangen werden könne, wenn bei Anwendung objektiver Maßstäbe besonderer Koordinationsbedarf bei der rangrichtigen Eintragung von Finanzierungsgrundpfandrechten und der Ablösung bestehender Grundpfandrechte Dritter bestehe, insbesondere bei der Beteiligung mehrerer kaufpreisfinanzierender Banken.

Umso mehr verblüfft es, dass der Senat im Folgenden von dieser Linie abweicht und für den zu entscheidenden Fall feststellt, dass ein berechtigtes Sicherungsinteresse gegeben gewesen sei, weil es um einen überwiegend bankfinanzierten Kauf mit Sicherung des Finanzierungsdarlehens durch erst-rangige Grundschuld bei gleichzeitiger Ablösung der erst-rangig eingetragenen Grundschuld zugunsten einer anderen Bank gegangen sei. Keine Rede ist mehr von dem theoretisch aufgestellten Erfordernis einer mehrseitigen Finanzierung bei gleichzeitiger Ablösung mehrerer Grundpfandrechte. Vielmehr rechtfertigt das Kammergericht seine Abwendung von den allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätzen zu § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG mit der unhaltbaren Begründung, auch die *kaufpreisfinanzierende Bank* hätte ihr Einverständnis mit der Direktzahlung erklären müssen. Diese Fehlinterpretation

des unbestimmten Rechtsbegriffes „berechtigtes Sicherungsinteresse“ gipfelt in folgender Feststellung: „Zwar kommt je nach Fallgestaltung eine Direktzahlung beim Grundstückserwerb durchaus in Betracht (...). Dies setzt jedoch die Bereitschaft nicht nur der Vertragsparteien, sondern auch sämtlicher beteiligter Banken voraus, so zu verfahren.“ Wie sich diese Ausführungen mit der einleitenden Feststellung vereinbaren lassen, ein berechtigtes Sicherungsinteresse bestimme sich nach objektiven Kriterien, bleibt ein Geheimnis des Senats. Während der bereits zitierte Beschluss des Landgerichts Dortmund immerhin „nur“ auf den Willen der Vertragsbeteiligten abstellte, öffnet das Kammergericht der längst als überwunden geglaubten Verweigerungshaltung bestimmter Banken gegenüber der Direktzahlungsmethode wieder Tür und Tor. Dem muss energisch widersprochen werden. Auf das Interesse der Banken an einer aus ihrer Sicht „schlanken“ Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages über Notaranderkonto kommt es nicht an.

Nur *colorandi causa* sei abschließend darauf hingewiesen, dass das Kammergericht rechtsfehlerhaft auch davon ausgegangen ist, die Direktzahlung des Kaufpreises nach Fälligkeitsmitteilung des Notars sei auch deshalb undurchführbar gewesen, weil die finanzierende Bank die Sicherstellung der erst-rangigen Eintragung einer Grundschuld zu ihren Gunsten verlangt hatte. Bei solchen Entscheidungen stellt man sich unwillkürlich die Frage, ob es nicht besser wäre, wenn den Spruchkörpern in Beschwerdesachen mit notariellem Einschlag (ebenso wie den Notarsenaten bei den Oberlandesgerichten) zumindest ein Notar als ehrenamtlicher Richter angehören würde.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Hanseatische Oberlandesgericht in Bremen die allgemein anerkannten Auffassungen zur Auslegung des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG in vorbildlicher Weise anwendet. Über den Beschluss des Kammergerichts Berlin muss leider das Gegenteil gesagt werden.

Rechtsanwalt *Christoph Sandkühler*,  
Geschäftsführer der Notarkammer Hamm

## Kostenrecht

18. KostO § 147 Abs. 2 (*Überwachung der Kaufpreiszahlung löst zusätzliche Gebühr aus*)

1. **Für seine mit der Überwachung der Kaufpreiszahlung verbundene Tätigkeit erhält der Notar neben der Beurkundungsgebühr und der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Überwachung der Fälligkeit des Kaufpreises eine zusätzliche Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO.**
2. **Die Gebühr für die Überwachung der Kaufpreiszahlung entsteht auch dann, wenn der Notar seine Überwachungstätigkeit darauf beschränkt, bei dem Verkäufer eine Bestätigung des Zahlungseingangs anzufordern.**
3. **Bei der Bemessung der Gebühr ist dem im Einzelfall geringen Umfang der entfalteteten Tätigkeit in der Weise Rechnung zu tragen, dass nicht der volle Geschäftswert, sondern nur ein dem geringen Umfang der Tätigkeit entsprechender Bruchteil desselben angesetzt wird.**

BGH, Beschluss vom 12.5.2005, V ZB 40/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Aus den Gründen:*

Der Kostengläubiger beurkundete einen Grundstückskaufvertrag, an dem die Kostenschuldner als Käufer beteiligt waren. Nach § 3 des Vertrags sollte der Notar den Vertragsbeteiligten das Vorliegen der für die Fälligkeit des Kaufpreises vorausgesetzten Genehmigungen, Eintragungen und Löschungen mitteilen. In § 7 heißt es sodann:

„Die Vertragsteile weisen den Notar hiermit an, diese Urkunde erst dann dem Grundbuchamt zum Vollzug vorzulegen, wenn

- a) der Verkäufer schriftlich bestätigt, den Kaufpreis ohne evtl. Verzugszinsen erhalten zu haben oder
- b) der Käufer die Kaufpreiszahlung entsprechend nachweist.

Der Notar hat hierbei zu prüfen, ob die Kaufpreisbestätigung des Verkäufers vollständig den korrekten Erhalt der Kaufpreissumme wiedergibt und von den empfangsberechtigten Personen abgezeichnet ist.

Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Notar zu überwachen, dass Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften dieser Urkunde nur auszugsweise, also ohne Auflassung, erteilt werden.“

Auftragsgemäß teilte der Kostengläubiger den Kostenschuldnern mit, dass bis auf die – von ihnen selbst festzustellende – Räumung alle Fälligkeitsvoraussetzungen vorlägen. Die Verkäufer bat er am gleichen Tage, ihm die Kaufpreiszahlung nach Eingang zu bestätigen. Nachdem die von beiden Verkäufern unterzeichnete Bestätigung bei ihm eingegangen war, stellte er den Umschreibungsantrag. In seiner Kostenberechnung hat er für die Fälligkeitsüberwachung eine  $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach einem Wert von 30 % des Kaufpreises und für die Kaufpreisüberwachung eine  $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach einem Wert von 10 % des Kaufpreises geltend gemacht.

Gegen den Ansatz dieser Gebühr wenden sich die Kostenschuldner mit der Begründung, der Kostengläubiger habe keine gebührenrelevante Tätigkeit entfaltet. Auf ihre Beschwerde hat das Landgericht die Kostenberechnung geändert und um die Gebühr für die Kaufpreisüberwachung nebst Mehrwertsteuer gekürzt. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Kostengläubigers, der das OLG Oldenburg unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung (Nds. Rpfl 1997, 171; 1994, 330) stattgeben möchte. Es sieht sich daran aber namentlich durch die Beschlüsse des OLG Köln (MittRhNotK 1991, 226) und des OLG Celle (Nds. Rpfl. 2000, 34) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH vorgelegt.

## II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO in Verbindung mit § 28 Abs. 2 FGG).

1. Das vorliegende Gericht ist der Ansicht, die im Vertrag vorgesehene Kaufpreisüberwachung sei eine eigenständige Tätigkeit, für die grundsätzlich eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anzusetzen sei. Das gelte auch dann, wenn der Notar – wie hier – den Eingang des Kaufpreises nicht selbst anhand von Kontounterlagen oder Bankauskünften geprüft, sondern seine Tätigkeit auf die Anforderung einer Bestätigung des Kaufpreiseingangs durch den Verkäufer beschränkt habe.

Demgegenüber vertreten die anderen genannten Oberlandesgerichte die Ansicht, der Notar werde in einem solchen Fall nicht in prüfender oder überwachender Funktion tätig. Seine Tätigkeit beschränke sich dann inhaltlich auf die Entgegennahme der Bestätigung und löse keine gesonderte Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus. Das vorliegende Gericht und die genannten anderen Gerichte sind mithin unterschiedlicher Auffassung in der Frage, ob der Notar im Auftrag eines Beteiligten eine eigenständige Tätigkeit im Sinne von § 147 Abs. 2

KostO ausübt, wenn er vor Stellung des Umschreibungsantrags den Eingang des Kaufpreises festzustellen hat und diese Feststellung durch Einholung einer Bestätigung des Verkäufers erfolgt. Dies trägt die Vorlage.

2. Ihrer Statthaftigkeit steht auch nicht entgegen, dass das Vorlageverfahren bei der Notarkostenbeschwerde erst durch Art. 33 Nr. 3 des Zivilprozessreformgesetzes vom 27.7.2001 (BGBl I, S. 1887) eingeführt worden ist und die Auffassung des vorlegenden Gerichts von Entscheidungen abweicht, die vor dem 1.1.2002 ergangen sind (Senat, MittBayNot 2003, 235).

## III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2, 4 KostO). Sie hat auch in der Sache Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht nämlich auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO), weil der Kostengläubiger für die Kaufpreisüberwachung zu Recht eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO angesetzt hat.

1. Für die mit der Kaufpreisüberwachung verbundene Tätigkeit des Kostengläubigers konnte neben der Beurkundungsgebühr und der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Überwachung der Fälligkeit des Kaufpreises eine zusätzliche Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entstehen. Die Tätigkeit des Kostengläubigers bei der Kaufpreisüberwachung wird weder durch die eine noch durch die andere Gebühr abgegolten.

a) Die Überwachung der Kaufpreiszahlung unter Einschaltung des Verkäufers wird allerdings teilweise als Nebengeschäft der Beurkundung angesehen, für das ein gesondertes Entgelt nicht anfällt (vgl. *Rohs/Wedewer/Rohs*, KostO [Stand Dez. 2002], § 147 Rdnr. 13 a, b; *Bund*, DNotZ 1997, 27, 28 f.; wohl auch *Hartmann*, KostenG, 34. Aufl., § 147 KostO Rdnr. 39). Die Beurkundungstätigkeit werde nur vorübergehend unterbrochen und mit der Einreichung des Umschreibungsantrags abgeschlossen. Der Notar habe das Geschäft nicht schneller zu vollziehen, als es den Absichten der Beteiligten entspreche (KG, DNotZ 1983, 248, 249). Diese Betrachtung mag in dem hier nicht gegebenen Fall angebracht sein, dass die Einreichung des Umschreibungsantrags allein von einer Anweisung des Verkäufers abhängt, die der Notar nicht zu prüfen hat (vgl. LG Bonn, MittBayNot 1975, 140, 141). Dem hier zu beurteilenden Fall, dass der Umschreibungsantrag erst gestellt werden soll, wenn die vertragsgemäße Zahlung des Kaufpreises von dem Verkäufer bestätigt oder sonst nachgewiesen ist, wird diese Beurteilung dagegen nicht gerecht. In einem solchen Fall hat der Notar gerade nicht ohne Entfaltung eigener Tätigkeit abzuwarten, bis die Parteien die vertraglichen Voraussetzungen für die Umschreibung geschaffen haben und er den Vollzug des Vertrages veranlassen kann. Nach dem Willen der Parteien hat er vielmehr die Aufgabe, vor dem Vollzug des Vertrages eigenverantwortlich festzustellen, ob die vertragsgemäße Zahlung als Voraussetzung für die Stellung des Umschreibungsantrags erfolgt ist. Dazu muss der Notar eigene Ermittlungen anstellen und ihr Ergebnis prüfen (LG Krefeld, MittRhNotK 1981, 22, 23). Das aber ist nicht mehr Teil der Beurkundungstätigkeit (BGH, DNotZ 2000, 287, 288 für Fälligkeitsprüfung) und gehört auch nicht zum Vollzug des Vertrags (BayObLG, JurBüro 1984, 273, 274; a. M. OLG Celle, Nds. Rpfl. 1995, 268, 269). Es handelt sich vielmehr um eine eigenständige Betreuungstätigkeit, die der Kostengläubiger, ohne hierzu verpflichtet zu sein, im Auftrag der Parteien neben der Beurkundung und dem Vollzug übernommen hat. Sie ist deshalb nach § 147 Abs. 2 KostO gesondert zu vergüten (ebenso OLG Düsseldorf, JurBüro 1975, 501, 502; *Klein*, MittRhNotK 1991, 228).

b) Die für die Kaufpreisüberwachung entfaltete Tätigkeit wird auch nicht durch die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO abgegolten, die der Kostengläubiger für die Überwachung eines Teils der Fälligkeitsvoraussetzungen – von dem Landgericht unbeanstandet – angesetzt hat. Beide Tätigkeiten, die Fälligkeitsüberwachung und die Kaufpreisüberwachung, dienen zwar der Durchführung eines einheitlichen Kaufvertrags. Das aber macht sie nicht zu einem einheitlichen Geschäft (BayObLG, JurBüro 1984, 273, 274; OLG Zweibrücken, JurBüro 1982, 904, 905; OLG Düsseldorf, DNotZ 1978, 701 f.; NJW-RR 1996, 55; OLG Köln, JurBüro 1990, 80; LG Krefeld, MittRhNotK 1981, 22, 23; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 147 Rdnr. 92; *Mümmeler*, JurBüro 1995, 296, 297 und 300). Sie werden nicht nur zu unterschiedlichen Zeitpunkten vorgenommen, sondern haben vor allem auch einen verschiedenen Inhalt (BayObLG, JurBüro 1984, 273, 274; OLG Köln, MittRhNotK 1991, 226, 228). Die Fälligkeitsüberwachung nimmt der Notar im Interesse des Käufers wahr. Ihr Gegenstand ist der Eintritt der Voraussetzungen für die Fälligkeit des Kaufpreises, mit deren Feststellung und Prüfung die Parteien den Notar beauftragt haben. Demgegenüber hat der Notar bei der Kaufpreisüberwachung im Interesse des Verkäufers festzustellen und zu prüfen, ob der Kaufpreis vertragsgemäß gezahlt worden ist und die Umschreibung beantragt werden kann (und muss).

2. Diese gesonderte Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Kaufpreisüberwachung entsteht auch dann, wenn der Notar seine Tätigkeit bei der Kaufpreisüberwachung darauf beschränkt, bei dem Verkäufer eine Bestätigung des Eingangs anzufordern.

a) Ebenso wie von dem vorliegenden Oberlandesgericht wird in der Rechtsprechung anderer Gerichte und in der Literatur die Auffassung vertreten, die Kaufpreisüberwachung sei auch in diesem Fall eine eigenständige Tätigkeit (OLG Zweibrücken, DNotZ 1974, 109, 110; JurBüro 1982, 904, 905; OLG Düsseldorf, DNotZ 1975, 374, 375; LG Koblenz, MittRhNotK 1994, 187, 188; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 147 Rdnr. 91; *Retzer*, DNotZ 1983, 250, 251; *Mümmeler*, JurBüro 1982, 1713; *Klein*, Rpfleger 1988, 178, 180 und MittRhNotK 1991, 228; *Reithmann*, DNotZ 2000, 254, 255). Der Notar habe nämlich zu prüfen, ob die Kaufpreisbestätigung des Verkäufers den Erhalt des Kaufpreises vertragsgemäß wiedergebe und von den empfangsberechtigten Personen unterzeichnet sei. Auch habe er organisatorisch sicherzustellen, dass bis dahin von der erklärten Auflassung kein Gebrauch gemacht wird. Unterliefen dem Notar hierbei Fehler, hafte er dem Verkäufer für den eintretenden Schaden. Ein etwa geringerer Umfang seiner Tätigkeit sei bei der Bemessung der Gebührenhöhe zu berücksichtigen, hindere aber ihr Entstehen als solches nicht.

b) Demgegenüber vertreten die Oberlandesgerichte Köln (MittRhNotK 1991, 226, 227; ebenso: JurBüro 1990, 80, 81; MittRhNotK 1996, 103, 106; RNotZ 2003, 401, 402) und Celle (Nds. Rpf. 2000, 34, 35) sowie das Kammergericht (DNotZ 1983, 248, 249) die Ansicht, der Notar werde nicht in prüfender oder überwachender Funktion tätig, wenn er lediglich die Bestätigung des Verkäufers abzuwarten habe. Seine Tätigkeit beschränke sich dann inhaltlich auf die Entgegennahme der Bestätigung. Die Einreichung des Umschreibungsantrags werde im Ergebnis nur zeitlich hinausgezögert.

3. Der Senat folgt der unter 2. a) genannten Ansicht.

a) Für eine dem Notar im Kaufvertrag aufgegebene Kaufpreisüberwachung fällt eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an, wenn und weil der Notar dann im Auftrag der Parteien

eigenverantwortlich zu prüfen hat, ob der Kaufpreis vertragsgemäß gezahlt worden ist. Darüber besteht kein Streit. Einigkeit besteht auch darüber, dass das Entstehen der Gebühr, wie stets, nicht davon abhängt, ob die Prüfung dem Notar mehr oder weniger Aufwand bereitet. Nach beiden Ansichten ist es grundsätzlich auch ohne Bedeutung, wie der Notar die ihm auftragene Prüfung durchführt, ob er etwa den Käufer um die Vorlage von Unterlagen bittet oder ob er sich mit dem finanzierenden Kreditinstitut in Verbindung setzt. Bei diesem Ausgangspunkt kann es keinen Unterschied machen, ob der Notar die vertragsgemäße Zahlung des Kaufpreises durch Rückfrage beim Verkäufer oder in anderer Weise feststellt. Die Rückfrage beim Verkäufer ist eine der ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten, den Eingang des Kaufpreises in Erfahrung zu bringen (LG Krefeld, MittRhNotK 1981, 22, 23). Sie mag ihm die Prüfung erleichtern, enthebt ihn aber nicht der ihm obliegenden Prüfung, ob der Kaufpreis vertragsgemäß gezahlt wurde. Der Notar darf eine Bestätigung des Verkäufers nicht ungeprüft hinnehmen. Er muss auch sie auf ihre Vertragsgemäßheit überprüfen und darf den Umschreibungsantrag erst stellen, wenn gegen ihre Richtigkeit und Echtheit Bedenken nicht zu erheben sind.

b) Die Prüfung der Bestätigung des Verkäufers mag dem Notar wenig Aufwand bereiten, wenn der Verkäufer, wie hier, ein von dem Notar vorbereitetes Formularschreiben verwendet, ohne Zusätze und Abänderungen ordnungsgemäß unterschreibt und rasch zurücksendet. Darin unterscheidet sich die Verkäuferbestätigung aber nicht von anderen Aufklärungsmitteln. Bei der Anforderung einer Bankbescheinigung wird der Notar oft ähnlich wenig Aufwand haben. Die Prüfung der Kaufpreiszahlung durch eine Bestätigung des Verkäufers kann dem Notar aber auch mehr Mühe bereiten als der Einsatz anderer Aufklärungsmittel. So kann es notwendig sein, den Verkäufer zur Erteilung der Bestätigung anzuhalten, wenn er sich nicht rührt. Die Bestätigung selbst kann auslegungsbedürftig oder deshalb schwierig zu prüfen sein, etwa weil der Kaufpreis in Raten zu zahlen ist oder dem Verkäufer selbst nicht in vollem Umfang persönlich zukommen, sondern etwa teilweise zur Ablösung von nicht übernommenen Grundpfandrechten verwendet werden soll. Auch kann die Einholung mehrerer Bestätigungen notwendig sein, etwa wenn der Kaufpreis mehreren Verkäufern anteilig zu zahlen ist. Damit unterscheidet sich die Verkäuferbestätigung nicht signifikant von den anderen in Betracht kommenden Mitteln, den Eingang des Kaufpreises festzustellen. Das Entstehen der Gebühr kann nicht davon abhängen, welches Mittel der Aufklärung im Einzelfall Erfolg verspricht oder von dem Notar aus anderen Gründen eingesetzt wird.

c) Schließlich wäre eine Unterscheidung nach dem eingesetzten Aufklärungsmittel gebührenrechtlich auch nicht durchführbar. Löste die Feststellung der Kaufpreiszahlung durch Anforderung einer Verkäuferbestätigung keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus, dürfte der Notar eine solche Gebühr auch bei dem Einsatz anderer Aufklärungsmittel nicht erheben. Denn die Wahl dieser Aufklärungsmittel stellte sich als unrichtige Sachbehandlung dar, weil die Anforderung einer Verkäuferbestätigung regelmäßig zur Feststellung des Zahlungseingangs möglich und ausreichend, als gebührenfreier Weg der Feststellung aber vorzuziehen wäre. Ein solches Ergebnis wäre sachwidrig. Die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entsteht nicht deshalb, weil der Notar eine bestimmte Maßnahme zur Feststellung des Zahlungseingangs ergreift. Sie entsteht vielmehr deshalb, weil der Notar nach dem Willen der Parteien vor dem Vollzug des Vertrags eigenständig zu ermitteln und zu prüfen hat, ob der Kaufpreis entsprechend dem Vertrag gezahlt ist. Diese Tätigkeit entfaltet der Notar

unabhängig davon, welches Aufklärungsmittel er einsetzt. In dessen Auswahl ist der Notar zudem nicht frei. Er hat vielmehr das Mittel einzusetzen, mit dem er die ihm obliegende Feststellung zügig und sicher durchführen kann. Dazu kann es auch angezeigt sein, mehrere Mittel parallel einzusetzen, etwa die finanzierende Bank und den Verkäufer anzuschreiben. Der im Einzelfall größere oder geringere Aufwand kann nur für die Bemessung der Gebühr, nicht aber für ihr Entstehen oder Nichtentstehen maßgeblich sein und ist im Rahmen von § 30 Abs. 1 KostO zu berücksichtigen (BayObLG, DNotZ 1980, 185; KG, DNotZ 1981, 204).

4. Dem hier geringen Umfang seiner Tätigkeit zur Kaufpreisüberwachung hat der Kostengläubiger dadurch Rechnung getragen, dass er seiner Kostenberechnung einen Wert von nur 10 % des Kaufpreises zugrunde gelegt hat. Das ist nicht zu beanstanden (vgl. *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 147 Rdnr. 91; *Rohs/Wedewer/Rohs*, § 147 Rdnr. 13a).

## Öffentliches Recht

19. BGB § 313; BSHG § 91; SGB IV § 16; GSiG § 1 (*Vorrang von Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz gegenüber Unterhaltsansprüchen*)

**Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz sind gegenüber Unterhaltsansprüchen vorrangig in Anspruch zu nehmen. Im Hinblick auf diesen Vorrang sind dem Unterhaltsbedürftigen gegebenenfalls entsprechende fiktive Einkünfte zuzurechnen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Saarbrücken, Urteil vom 24.6.2004, 6 UF 77/03

Der Kläger wurde durch das AG – Familiengericht – verurteilt, Elternunterhalt in Höhe von 624 DM (auf die Berufung hin durch Vergleich vor dem OLG auf 725 DM erhöht) für seine bedürftige Mutter zu leisten, die lediglich über eine Altersrente in Höhe von 117,26 € verfügt. Ein Antrag der beklagten Mutter auf Bezug von Grundsicherungsleistungen wurde mit Bescheid vom 2.4.2003 mit Verweis auf die Unterhaltszahlungen des Klägers bestandskräftig abgelehnt. Der Kläger begehrt nun Abänderung des vor dem OLG geschlossenen Vergleichs gemäß § 323 ZPO und trägt vor, sein Vermögen sei wegen rapider Kursverluste der im Depot gehaltenen Aktien deutlich verringert, ohne dass ihm dies unterhaltsrechtlich vorzuwerfen sei.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die zulässige Berufung ist begründet, denn der Kläger schuldet ab Rechtshängigkeit der Klage der Beklagten keinen Unterhalt mehr, so dass der streitgegenständliche Vergleich entsprechend abzuändern ist.

Die vorliegend erhobene Abänderungsklage ist zulässig und insbesondere nach § 323 ZPO statthaft, weil der Kläger geltend macht, dass wegen nach Abschluss des Vergleichs eingetretener Umstände seine Unterhaltsverpflichtungen entfallen sei. Auch ist entsprechend der zutreffenden, von der Beklagten nicht in Zweifel gezogenen Feststellung des Familiengerichts nicht davon auszugehen, dass die Parteien eine Abänderung des Vergleichs ausgeschlossen haben.

Der Kläger kann im Ergebnis auch eine entsprechende Abänderung des Vergleichs verlangen. Dessen Abänderbarkeit beurteilt sich nach den Grundsätzen des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB (vgl. BGH,

FamRZ 1995, 665; FamRZ 2001, 1687; *Wendl/Thalmann*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 8 Rdnr. 169 ff. m. w. N.). Danach ist die Frage, ob eine Störung der Geschäftsgrundlage eingetreten ist, nach dem der Einigung zu Grunde gelegten Parteiwillen zu beurteilen. Eine Anpassung an veränderte Umstände ist dabei dann gerechtfertigt, wenn es einem Beteiligten nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, an der bisherigen Regelung festgehalten zu werden. Als Ausgangspunkt dieser Beurteilung sind zunächst die Grundlagen, die für den ursprünglichen Titel maßgebend waren, genau zu ermitteln, und es ist zu prüfen, welche Änderungen zwischenzeitlich eingetreten sind und welche Auswirkungen sich daraus für die Unterhaltshöhe ergeben (BGH, FamRZ 1992, 539). Lässt sich für einzelne Teile des Unterhaltsvergleichs kein Parteiwille mehr feststellen oder sind die Berechnungsgrundlagen nicht nachvollziehbar, ist eine Neuberechnung wie bei einer Erstfestsetzung vorzunehmen (vgl. BGH, FamRZ 2001, 1140; *Wendl/Thalmann*, § 8 Rdnr. 171), wobei die Darlegungs- und Beweislast für den Wegfall der Geschäftsgrundlage der Abänderungskläger trägt (vgl. *Wendl/Thalmann*, § 8 Rdnr. 166). Dieser hat daher die wesentlichen Umstände, die für die Ersttitulierung maßgebend waren, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kommt es im Ergebnis nicht darauf an, ob das Familiengericht zu Recht davon ausgegangen ist, dass eine Abänderung des Vergleichs mit den derzeitigen Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Klägers nicht begründet werden kann, wofür einiges spricht. Denn es hat sich gegenüber dem Vergleich insofern eine Änderung ergeben, als die Beklagte durch das am 1.1.2003 in Kraft getretene Grundsicherungsgesetz (GSiG) Leistungsansprüche hat, die sie vorrangig zur Bedarfsdeckung einsetzen muss.

Nach §§ 1 Nr. 1, 2 GSiG haben Personen, die wie die Beklagte das 65. Lebensjahr vollendet und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben, Anspruch auf Leistungen der beitragsunabhängigen, bedarfsorientierten Grundsicherung, soweit sie ihren Lebensunterhalt nicht aus ihrem Einkommen und Vermögen bestreiten können. Dabei bleiben Unterhaltsansprüche der Berechtigten gegenüber ihren Kindern und Eltern unberücksichtigt, sofern deren jährliches Gesamteinkommen i. S. des § 16 SGB IV unter einem Betrag von 100.000 € liegt, wobei vermutet wird, dass das Einkommen der Unterhaltspflichtigen diese Grenze nicht überschreitet (vgl. *Wendl/Pauling*, § 2 Rdnr. 603 a; *Mün-der*, NJW 2002, 3663).

Daraus folgt, dass die Beklagte im Streitfall vorrangig Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz in Anspruch zu nehmen hat. Dabei wird mangels gegenteiligen Sachvortrags davon ausgegangen, dass der Kläger – und dessen Schwester – die Einkommensgrenze von 100.000 € nicht überschreiten, und damit zu den „privilegierten Verwandten“ gehören, die nach der Zielsetzung des Grundsicherungsgesetzes gerade nicht zu Unterhaltszahlungen herangezogen werden sollen, weil das Gesetz versteckter und verschämter Altersarmut abhelfen und dem Umstand entgegenwirken will, dass vor allem ältere Menschen keine Sozialhilfeansprüche geltend gemacht hätten, um ihre Kinder nicht der Gefahr eines Unterhaltsrückgriffs auszusetzen (vgl. BGH, FamRZ 2002, 1698; *Wendl/Pauling*, § 2 Rdnr. 603 a; *Koch*, JR 2003, 287; *Klinkhammer*, FamRZ 2002, 997). Demzufolge handelt es sich hier anders als bei der Sozialhilfe nicht um eine subsidiäre Sozialleistung, und es gibt auch keinen Anspruchsübergang wie in § 91 BSHG. Auch ist die Frage, inwiefern Ansprüche nach dem Grundsicherungsgesetz bestehen, entgegen der vom Saarpfalz-Kreis in dem Ablehnungsbescheid (...) vertretenen Auf-

fassung jedenfalls unter den gegebenen Umständen unbeeinflusst von Unterhaltszahlungen der Kinder an die Berechtigte zu beurteilen. Dies gilt grundsätzlich für die Zukunft und für die Vergangenheit jedenfalls dann, wenn die Zahlungen nicht freiwillig, sondern, wie hier, aufgrund eines Zahlungstitels geleistet wurden (vgl. *Wendl/Dose*, § 1 Rdnr. 467 a; *Münder*, NJW 2002, 3663).

Im Hinblick auf den Vorrang der Ansprüche nach den Grundsicherungsgesetz sind der Beklagten entsprechende fiktive Einkünfte zuzurechnen, denn sie hat es leichtfertig versäumt, diese Ansprüche durchzusetzen (vgl. OLG Hamm, FamRB 2004, 178; *Wendl/Dose*, § 1 Rdnr. 467 a).

Dabei entlastet es die Beklagte nicht, dass ihr Antrag auf Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz vom Saarpfalz-Kreis abgelehnt wurde, denn dies geschah offensichtlich fehlerhaft, da die Ablehnung entscheidend auf die Unterhaltsleistungen der Kinder der Beklagten gestützt wurde und damit der Intention des Grundsicherungsgesetzes zuwiderlief. Unter diesen Umständen hätte die Beklagte gegen den Ablehnungsbescheid einen Rechtsbehelf – mit Erfolg – einlegen können und müssen.

Die Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz hätten sich auf monatlich 750,98 € belaufen. Dies ergibt sich aus dem Bescheid des Saarpfalz-Kreises vom 2.4.2003. Dort ist der Bedarf der Beklagten mit 863,73 € errechnet worden, auf die ihre Altersrente von 117,26 €, bereinigt um die Beiträge zur Haftpflichtversicherung in Höhe von 4,51 €, anzurechnen ist, woraus sich Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz von monatlich 750,98 € ergeben. Diese sind neben der Altersrente der Beklagten auf deren monatlichen Bedarf anzurechnen.

Der vorliegend unterhaltsrechtlich maßgebende Bedarf der Beklagten ist mangels gegenteiliger Gesichtspunkte, die sich weder aus dem Vorbringen der Parteien – auch nach einem entsprechenden Hinweis des Senats – noch aus den sonstigen Umständen ergeben, auf der Grundlage des Vergleichs zu ermitteln. Danach beläuft sich der nach Abzug des Renteneinkommens verbleibende ungedeckte Bedarf auf 741,37 € (= 2 × 725 DM) und ist somit geringer als die Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz, die, wie bereits oben ausgeführt, bedarfsdeckend anzurechnen sind. (...)

## Anmerkung:

### I. Konflikt zwischen Sozialleistung und Unterhalt

Es überrascht nicht, dass die Konfliktsituation zwischen dem öffentlich-rechtlichen Tatbestand<sup>1</sup> der bedarfsorientierten Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (§§ 41 ff. SGB XII, früheres Grundsicherungsgesetz = GSiG), einerseits, und bürgerlich-rechtlichen Unterhaltstatbeständen andererseits, zu den intensiv diskutierten Anwendungsproblemen zählt.

Bereits im Bereich der „klassischen Sozialhilfe“ war die Abstimmung zwischen staatlicher Leistung und Unterhaltspflichtung alles andere als zufriedenstellend: Erwähnt sei beispielweise die gesetzliche Freistellung von Verwandten zweiten oder entfernteren Grades im Sozialhilferecht (§ 94 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alt. 2 SGB XII), die Anerkennung teilweise großzügigen – insbesondere eigengenutzten – Schonvermögens beim Sozialhilfebezieher (§ 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII), während unterhaltsrechtlich auch insoweit eine vorrangige Verwertungspflicht bestünde, sowie die – bis zum 31.12.2004

wegen §§ 79, 81 BSHG noch deutlich erhöhte – Freistellung von „Schoneinkommen“ des Leistungsbeziehers im Rahmen der Hilfe in besonderen Lebenslagen. Das BSHG hat diesen Systembruch bis 31.12.2004 dadurch aufzufangen versucht, dass es dem Unterhaltsverpflichteten dieselbe Schonung ange-deihen ließ wie dem potentiell Unterhaltsberechtigten (sogenannte „öffentlich-rechtliche Vergleichsberechnung“ gemäß § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BSHG). Diese ist ab 1.1.2005 in das SGB XII nicht übernommen worden, genauer: zurückgestutzt worden auf die auch bisher ungeschriebene beachtete Regel, der Zahlungspflichtige dürfe nicht selbst sozialhilfeberechtigt werden, § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB XII. Maßgeblich sind insoweit also nunmehr allein die unterhaltsrechtlichen Freistellungstatbestände, die sich in der zwischenzeitlich gefestigten Rechtsprechung des BGH<sup>2</sup> und den diesbezüglichen Selbsthalten nach der Düsseldorfer Tabelle (ab 1.7.2005 bekanntlich mindestens 1.400 € zuzüglich des hälftigen übersteigenden Betrages) niedergeschlagen haben.<sup>3</sup> Auf der anderen Seite stützt sich das Unterhaltsrecht teilweise auch auf fiktive Leistungsfähigkeiten (etwa beim Verstoß gegen Erwerbsobliegenheiten), die jedoch wiederum sozialhilferechtlich als nicht präsen-te Bedarfsdeckungsmittel außer Betracht zu bleiben haben.

Im Bereich der Altersgrundsicherung wird diese „naturegegebene Konfliktlage“ weiter dadurch verschärft, dass über den Schutzzweck des (vormaligen) GSiG keine eindeutige Aussage möglich ist: Im Vordergrund steht naturgemäß die Bekämpfung der „verschämten Altersarmut“, so dass stationär untergebrachte (pflegebedürftige) Personen, die angesichts der exorbitant hohen Kosten die Inanspruchnahme des Sozialhilfeträgers ohnehin nicht vermeiden können, außerhalb des Blickfelds liegen (eine zu überwindende psychologische Hemmschwelle kann dort nicht mehr vorhanden sein).<sup>4</sup> Andererseits sollte die Grundsicherungsleistung nach der Begründung des Gesetzesentwurfs lediglich die Situation des Hilfeempfängers bessern, ihm also den Schritt erleichtern, existenzsichernde Leistungen in Anspruch zu nehmen, jedoch nicht eine Entlastung der Unterhaltspflichtigen bezwecken. Deren verringerte Heranziehung war vielmehr nach der ursprünglichen Konzeption lediglich ein Rechtsreflex, aus dem die Unterhaltspflichtigen keine eigenen Rechte herleiten können sollten.<sup>5</sup> Die Ursprungskonzeption des Gesetzes zielte daher darauf ab, lediglich die Legalzession nach § 91 BSHG im Verhältnis zu Verwandten in gerader Linie (teilweise) auszuschließen, so dass es dem „nicht mehr verschämten“ Unterhaltsberechtigten freigestanden hätte, auf die Sozialleistung zu verzichten und statt dessen den Unterhaltspflichtigen selbst in Anspruch zu nehmen. Entschied er sich jedoch für die Grundsicherungsleistung, sollte jedenfalls das Grundsicherungsamt keinen Regress beim Unterhaltsschuldner nehmen können. Im Vermittlungsausschuss wurde jedoch statt dessen eine materielle Freistellung (außerhalb der reinen Regressvorschriften) dadurch vorgenommen, dass gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 GSiG Unterhaltsansprüche gegen Kinder<sup>6</sup> und Eltern nur dann zum Einkommen bzw. als Anspruch zum Vermögen des Antragsberechtigten zählen sollten, wenn das jährliche Gesamteinkommen gemäß § 16 SGB IV für die

<sup>2</sup> Vgl. *Krauß*, DNotZ 2004, 502 ff. und 580 ff.

<sup>3</sup> Bestätigt in dem kürzlich veröffentlichten Beschluss des BVerfG zum vereinzelt gebliebenen Versuch des Sozialamts Bochum, künstliche Leistungsfähigkeit durch ein aufgedrängtes Darlehen zu schaffen, Beschluss vom 7.6.2005, 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051.

<sup>4</sup> Vgl. BR-Drucks. 764/00, S. 167.

<sup>5</sup> Vgl. *Klinkhammer*, FamRZ 2003, 1795.

<sup>6</sup> Damit erst recht – über den Wortlaut hinaus – wohl auch Enkel.

<sup>1</sup> Nunmehr sozialrechtlich, vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 6 a SGG.

jeweilige Einzelperson<sup>7</sup> über jährlich 100.000 € liegt. Vollends verdunkelt wird der Wertungshintergrund schließlich dadurch, dass mit dem 1.1.2005 das Grundsicherungsgesetz als §§ 41 bis 46 in das SGB XII übernommen wurde, so dass beispielsweise der Nachrangigkeitsgrundsatz des § 2 SGB XII auch hierfür gelten würde und der bisher nicht eröffnete Unterhaltsregress nunmehr zu Gebote steht, allerdings mit der oben genannten Bereichsausnahme gegenüber Verwandten in gerader Linie unter 100.000 € Jahreseinkommen, § 94 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 SGB XII.

Das Urteil des OLG Saarbrücken gibt daher Anlass zu einer kurzen Übersicht über die Wechselbezüglichkeit von Altersgrundsicherungsleistung einerseits und Unterhaltsanspruch andererseits, und zwar differenziert nach privilegierten Unterhaltssachverhalten<sup>8</sup> und nicht privilegierten Unterhaltstatbeständen<sup>9</sup>:

## II. Privilegierte Unterhaltstatbestände

### 1. Berücksichtigung von Grundsicherungsleistungen im Rahmen der Unterhaltsermittlung?

Im Verhältnis zu „privilegierten Verwandten“, also Abkömmlingen oder Elternteilen mit jährlichem Gesamteinkommen unter 100.000 €, d. h. gleichgültig ob gegebenenfalls aus redundantem Vermögen Unterhalt zu leisten wäre, sind tatsächlich bezogene Grundsicherungsleistungen als Einkommen des Unterhaltsgläubigers ohne Frage zu berücksichtigen.

Die Anrechnung tatsächlich bewilligter und gezahlter Grundsicherungsleistungen als Einkommen dürfte unabhängig davon gelten, ob die Grundsicherung korrekt berechnet und zu Recht bewilligt wurde oder nicht.<sup>10</sup> Es handelt sich nicht um einen Unterhaltsvorschuss, sondern um eine dauerhaft zuzuwendende Leistung zur Unterhaltssicherung. Das noch unter Geltung des Grundsicherungsgesetzes weiter ins Feld zu führende Argument, die Sozialleistung sei nicht subsidiär, lässt sich seit der Eingliederung in §§ 41 bis 46 SGB XII und der damit „miterworbenen“ Geltung des Nachrangprinzips des § 2 SGB XII allerdings nicht mehr aufrechterhalten.

Das Urteil des OLG Saarbrücken überträgt diesen Grundsatz in Übereinstimmung mit bisherigen Literaturauffassungen<sup>11</sup> auf den bloßen Anspruch auf Grundsicherungsleistungen: Auch dieser ist – als „fiktives Einkommen“ bedarfsmindernd anzurechnen. Dies gelte selbst dann – und damit geht das Urteil über den bisherigen Meinungsstand hinaus –, wenn eine bestandskräftige abweisende Entscheidung des Grundsicherungsamts bereits vorliege, die den Leistungsbezug mit Blick auf tatsächlich bezogene Unterhaltszuwendungen des an sich privilegierten Verwandten (nachstehend unter 2.) und damit fehlerhafterweise ablehnt. Die zur Anrechnung fiktiven Einkommens führende Obliegenheitsverletzung liege im Unterlassen der Einlegung eines Rechtsmittels gegen die rechtswidrige Ablehnung!

<sup>7</sup> Hierauf ist wohl trotz des undeutlichen Wortlauts „ihren Kindern und Eltern“ abzustellen, *Münder*, NJW 2002, 3661; *Krauß*, MittBayNot 2002, 248.

<sup>8</sup> Nachstehend II., also im Bereich des Verwandtenunterhalts ohne Überschreiten der Einkommensgrenze.

<sup>9</sup> Nachstehend III., also im Bereich des Verwandtenunterhalts bei Überschreitung der Einkommensgrenze bzw. des naheheiligen oder Getrenntlebens-Unterhalts unter (Ehe-)Partnern.

<sup>10</sup> Ebenso *Klinkhammer*, NJW 2003, 1001.

<sup>11</sup> Zuvorderst *Wendl/Dose*, Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis, 6. Aufl., § 1 Rdnr. 467 b.

### 2. Anrechnung von Unterhalt als Einkommen im Rahmen der Grundsicherungsberechnung?

Dass das bloße Bestehen eines Unterhaltsanspruchs gegenüber „privilegierten Verwandten“ im Rahmen der Ermittlung des einzusetzenden Einkommens bzw. (hier) Vermögens des Grundsicherungsbeziehers unberücksichtigt bleibt, entspricht bereits dem Gesetzeswortlaut (§ 43 Abs. 2 Satz 1 SGB XII). Noch nicht vollständig geklärt ist jedoch, ob dies auch dann gilt, wenn solcher Unterhalt tatsächlich geleistet wird, es also nicht beim bloßen Anspruch (der zudem gemäß § 94 SGB XII in diesem Fall nicht überleitbar ist) verbleibt. Das OLG Saarbrücken vertritt mit erstaunlich knapper Begründung die Auffassung, auch tatsächlich erbrachte Zahlungen seien – jedenfalls dann, wenn sie nicht freiwillig, sondern (wie hier) aufgrund eines Zahlungstitels geleistet würden – aus dem grundsicherungsrechtlich relevanten Eigeneinkommen auszuscheiden, da der (beispielsweise aus der Zeit vor Inkrafttreten des Grundsicherungsgesetzes, 1.1.2003, stammende) Titel gemäß § 323 ZPO der Abänderung (Herabsetzung um den fiktiv anzurechnenden Grundsicherungsbetrag) unterliege.

Fast noch häufiger anzutreffen sind jedoch die Sachverhalte, in denen der an sich privilegierte Verwandte Unterhalt an den potentiellen Altersgrundsicherungsbezieher nicht aufgrund eines Titels entrichtet, sondern entweder freiwillig aus moralischem Antrieb oder im (irrigen) Glauben, zu einer solchen Leistung verpflichtet zu sein. Es entspräche allgemeinen sozialrechtlichen und sozialhilferechtlichen Grundsätzen, solche „ohne Zwang“ tatsächlich geleistete Zahlungen, auch wenn sie von privilegierten Verwandten stammen, als bedarfsminderndes Einkommen zu berücksichtigen: Gemäß § 84 Abs. 2 SGB XII sollen freiwillige Zuwendungen nur dann außer Betracht bleiben, wenn ihre Berücksichtigung für den Leistungsberechtigten eine besondere Härte bedeuten würde (woran es in diesem Fall wohl fehlt, da dem Gesetzeszweck der Altersgrundsicherung, die verschämte Armut zu beenden, bereits durch unmittelbaren Bezug von Unterhalt Genüge getan wurde). Ähnlich verfährt die sozialrechtliche Praxis außerhalb des Sozialhilferechts,<sup>12</sup> welcher kürzlich der BayVGH – noch zum bisherigen GSIG – gefolgt ist.<sup>13</sup> Auch die (im Urteil des OLG Saarbrücken nicht zitierte) überwiegende Literatur vertritt diese Auffassung.<sup>14</sup> Daraus kann sich ein ungewöhnlicher „Schaukeleffekt“ ergeben, der typisch ist für die unbefriedigende Aufarbeitung der Schnittstelle zwischen Unterhaltsrecht und Sozialleistung: Der tatsächlich (wenngleich freiwillig) gezahlte Unterhalt mindert (sofern er tatsächlich anzurechnen ist, wie der bisher herrschenden Auffassung entsprechend) den Grundsicherungsanspruch, dadurch steigt wiederum der Unterhaltsanspruch, so dass nach wiederholter Durchführung der Anrechnung letztendlich der Grundsicherungsanspruch vollständig ausscheidet und die Unterhaltspflicht bis auf das bürgerlich-rechtliche Maximalmaß (beim Elternunterhalt allerdings in der bekannt abgemilderten Form) ansteigt.

Als „Ausweg“ aus dem Dilemma wird teilweise die Grundsicherungsbehörde für verpflichtet angesehen, den Betroffenen dahingehend zu beraten, dass er freiwillige Leistungen einstellen könne.<sup>15</sup> Andere wiederum vertreten die Auffassung, der bedürftige Elternteil, der seine Kinder veranlasse,

<sup>12</sup> So etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.8.1997, ZMR 1998, 113, zum Wohngeld.

<sup>13</sup> Urteil vom 5.2.2004, FamRZ 2005, 72.

<sup>14</sup> Etwa *Klinkhammer*, FamRZ 2002, 999; *Mrozynski*, ZfSH/SGB 2004, 210 m. w. N.; anderer Ansicht *Wendl/Dose*, § 1 Rdnr. 467 a.

<sup>15</sup> Etwa *Münder*, NJW 2002, 3663.

freiwillige Zahlungen einzustellen, verliere seinen Grundsicherungsanspruch, da er seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig herbeigeführt habe.<sup>16</sup>

Entwickelt man den Leitsatz des OLG Saarbrücken weiter, kann kein Zweifel an der Berechtigung zur Einstellung „freiwilliger“ Leistungen bestehen: wenn sogar ein Anspruch auf Anpassung (Herabsetzung bzw. Einstellung) titulierter Unterhaltsleistungen besteht, dürfen erst recht untitulierte Leistungen für die Zukunft auf das Maß zurückgeführt werden, das unter Berücksichtigung des fiktiv zu ermittelnden Grundsicherungsbetrags gegebenenfalls noch als geschuldet verbleibt, ohne dass er oder der Grundsicherungsberechtigte Sanktionen zu befürchten hätten. Mag diese Privilegierungswirkung für den Unterhaltsschuldner auch nicht im primären Fokus des Gesetzgebers gestanden haben, so tritt sie doch als notwendiger Reflex ein, um den Gesetzeswortlaut des § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB XII nicht ad absurdum zu führen.

### III. Nichtprivilegierte Unterhaltstatbestände

Im Verhältnis zu nichtprivilegierten Unterhaltsschuldnern<sup>17</sup> stellt sich die Rechtslage deutlich einfacher dar:

Eine Anrechnung gewährter Grundsicherung als Einkommen zur Minderung des Unterhaltsanspruchs unterbleibt, und zwar selbst dann, wenn die Grundsicherung (versehentlich) ohne Rücksicht auf den bürgerlich-rechtlichen Unterhaltsanspruch oder die bürgerlich-rechtliche Unterhaltsleistung gewährt wurde. Der nichtprivilegierte Unterhaltsschuldner soll durch die steuerfinanzierte Leistung nicht – auch nicht im Reflexweg – begünstigt werden. Der Unterhaltsanspruch besteht also trotz anderweitiger Bedarfsdeckung in voller Höhe.<sup>18</sup>

Auch umgekehrt ist die nicht privilegierte Unterhaltspflicht im Rahmen der Grundsicherungsberechnung zu berücksichtigen. Wird der Unterhalt jedoch nicht tatsächlich geleistet, sondern harrt der diesbezügliche Anspruch noch seiner Durchsetzung, musste bisher – mangels diesbezüglicher Regressmöglichkeit im GSiG – der Bedürftige darauf verwiesen werden, zunächst Sozialhilfe zu beantragen, so dass über den gesetzlichen Unterhaltsanspruchsübergang (nunmehr § 94 SGB XII) der Sozialleistungsträger den Unterhalt selbst einfordern und damit nachträglich die Subsidiarität wiederherstellen konnte. Dieser Umweg ist seit dem 1.1.2005 nicht mehr erforderlich, da nunmehr, aufgrund Eingliederung in das SGB XII, im Verhältnis zu nicht privilegierten Unterhaltsschuldnern die *cessio legis* unmittelbar greift. Wenigstens insoweit ist eine Vereinfachung der Abläufe eingetreten.

Lediglich zur Abgrenzung sei darauf hingewiesen, dass für die begrifflich verwandte sogenannte „Grundsicherungsleistung für Arbeitssuchende“ des SGB II (landläufig „Hartz IV“) andere Grundsätze gelten:

Eine Privilegierung eines bestimmten Kreises von Unterhaltsschuldnern (Verwandte mit einem Gesamtbetrag der Einkünfte gemäß § 2 Abs. 2 EStG unter 100.000 € pro Jahr) existiert dort nicht. Allerdings ist der Unterhaltsregress in § 33 SGB II (nicht im Sinn der modernen *cessio legis*, sondern durch Verwaltungsakt mit der Folge des Wiederauflebens der

Zweigleisigkeit der Rechtswegzuständigkeiten<sup>19</sup>) gegenüber Verwandten in anderer Weise abgedeckt: Gegen sie gerichtete Unterhaltsansprüche dürfen nicht übergeleitet werden, solange der Anspruch nicht durch den Inhaber selbst geltend gemacht wurde. Das Risiko, für erwerbsfähige arbeitslose Eltern als unterhaltspflichtiges Kind (oder Enkel) in Anspruch genommen zu werden, besteht also – anders als bei nicht erwerbsfähigen, etwa pflegebedürftigen, Eltern – nur dann, wenn die Eltern ihrerseits diese Zahlungen einfordern. Nur Unterhaltsansprüche minderjähriger oder bis 25 Jahre alter Kinder ohne abgeschlossene Berufsausbildung gegen ihre Eltern sind stets überleitbar, ohne Rücksicht auf ihre Geltendmachung durch die Kinder.

Notar Dr. *Hans-Frieder Krauß*, LL.M. (Michigan), Hof

**19** Auch im Übrigen ist die Norm administrativ missglückt: Sofern nicht eine Arbeitsgemeinschaft nach § 44 b Abs. 3 SGB II einheitlich handelt, hat jeder Träger einen eigenen Verwaltungsakt zu erlassen, also die Kommunalbehörde für die Unterkunftskosten, die Agentur für Arbeit für die Regelleistung. Die Rechtslage wird weiter dadurch erschwert, dass – den Hinweisen der Bundesagentur wie der früheren sozialhilferechtlichen Praxis zufolge – in einem zweistufigen Verwaltungsverfahren zunächst der Unterhaltsanspruch dem Grund nach überzuleiten ist und sodann die Bezifferung des übergegangenen Unterhaltsanspruchs in einer späteren Anzeige erfolgt. Dadurch liegen zwei selbständige anfechtbare Verwaltungsakte vor. Vermutlich wird (anders als in § 140 AFG / § 203 SGB III) nicht nur der Leistungsbezieher, sondern auch der Unterhaltsschuldner anfechtungsberechtigt sein, zumal in § 33 SGB II (anders als bei der „alten Arbeitslosenhilfe“) Vorschriften zum Schuldnerschutz aufgenommen wurden, die bei der Überleitung zu beachten sind.

20. ThürKO § 67 Abs. 1 Satz 2; BGB § 134 (*Verstoß gegen „Verschleuderungsverbot“ führt zu Nichtigkeit*)

**Die Vorschrift des § 67 Abs. 1 Satz 2 ThürKO – kein Gemeindevermögen zu verschenken (oder zu verschleudern) – ist Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. Verträge, die gegen das „Verschleuderungsverbot“ verstoßen, sind nichtig.**

Thüringer OLG, Urteil vom 2.3.2005, 4 U 943/01

#### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist über den Internetauftritt des Gerichts unter <http://www.thueringen.de/olg/urteil/infothek10.html> abrufbar.

#### Anmerkung:

§ 67 Abs. 1 Satz 2 ThürKO hat folgenden Wortlaut: „Vermögensgegenstände dürfen in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden.“ Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO sieht in ähnlicher Weise vor, dass Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden dürfen. Zusätzlich enthalten § 67 Abs. 5 ThürKO und Art. 75 Abs. 3 BayGO bzw. Art. 12 Abs. 2 Satz 2 BV ein Verschenkungsverbot hinsichtlich des Gemeindevermögens, sofern nicht ausnahmsweise die unentgeltliche Übertragung der Erfüllung einer gemeindlichen Aufgabe dient und durch eine (teil-)entgeltliche Veräußerung der angestrebte Zweck nicht erreicht werden kann. Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BayObLG handelt es sich bei den kommunalrechtlichen Vorschriften um Verbotsgesetze.<sup>1</sup> Ein dagegen verstößender Grundstückskauf ist nichtig. Er wird auch durch den Grundbuchvollzug nicht geheilt.<sup>2</sup>

<sup>16</sup> *Günther*, Forum Familien- und Erbrecht (FF) 2003, 12 unter Hinweis auf § 2 Abs. 3 Satz 2 GSiG (nunmehr § 41 Abs. 3 SGB XII).

<sup>17</sup> Also Verwandten mit einem 100.000 € übersteigenden Gesamtbetrag der Einkünfte, ferner – ohne Rücksicht auf deren Einkommen – unterhaltspflichtige, getrenntlebende Ehegatten/Lebenspartner und geschiedene Ehegatten/Lebenspartner nach Auflösung der Partnerschaft.

<sup>18</sup> So ausdrücklich OLG Zweibrücken, FamRZ 2003, 1850.

Zur praktischen Abwicklung soll bei Grundstücksveräußerungen dem Antrag auf Grundbucheintragung eine schriftliche Feststellung der vertretungsberechtigten Personen der Gemeinde beigelegt werden, dass eine Veräußerung unter Wert nicht vorliegt oder eine unentgeltliche Veräußerung wegen Erfüllung einer näher zu bezeichnenden kommunalen Aufgabe zulässig ist.<sup>3</sup> Diese Feststellung genügt für den Grundbuchvollzug als Nachweis.<sup>4</sup> Diese Erklärung bindet Notar und Grundbuchamt nicht; in der Praxis werden sie aber einen Verstoß gegen die Verbotsnorm kaum feststellen können. Ein grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung mag zwar noch auffallen;<sup>5</sup> die Aufgabenerfüllung ist jedoch der Kenntnis von Notar und Grundbuchamt entzogen. Unzutreffende Angaben können allerdings Anlass zu disziplinarischen Maßnahmen und zur Geltendmachung von Regressansprüchen gegen die verantwortlichen Vertreter der Kommune sein.<sup>6</sup>

Notar Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

1 BayObLG, Beschl. v. 12.4.1983, BReg. 2Z 21/83, BayObLGZ 1983, 85 = BayVBl 1983, 378; BayObLG, Beschl. v. 22.6.1995, 2Z BR 42/95, BayObLGZ 1995, 225, 227 = BayVBl 1995, 667 u. BayObLG, Urt. v. 5.3.2001, 5Z BR 174/99, BayObLGZ 2001, 54, 58 f.

2 Vgl. auch *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 75 GO Rdnr. 11.

3 IMBek v. 15.5.1992, AllMBI, S. 535.

4 BayObLG, Beschl. v. 22.6.1995, 2Z BR 42/95, BayObLGZ 1995, 225 = BayVBl 1995, 667.

5 Vgl. *Krüger* in RWS-Forum 23, Immobilienrecht 2002, 2004, S. 1, 4 ff.

6 So ausdrücklich *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Art. 75 GO Rdnr. 11.

21. ErbStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 (*Mittelbare Grundstücksschenkung bei Eigentumsumschreibung vor Überlassung Geldbetrag*)

1. **Sagt der Schenker dem Bedachten den für den Kauf eines bestimmten Grundstücks vorgesehenen Geldbetrag vor dem Erwerb des Grundstücks zu und stellt er ihm den Betrag bis zur Tilgung der Kaufpreisschuld zur Verfügung, liegt eine mittelbare Grundstücksschenkung auch dann vor, wenn der Bedachte bereits vor der Überlassung des Geldes Eigentümer des Grundstücks geworden war (Änderung der Rechtsprechung).**
2. **Ein Grundstück kann aufgrund entsprechender Abreden auch dadurch (mittelbar) geschenkt werden, dass der Schenker dem Bedachten einen ihm zustehenden Anspruch auf Übereignung des Grundstücks unentgeltlich abtritt oder ihm die Mittel für den Erwerb eines solchen Anspruchs gewährt.**

BFH, Urteil vom 10.11.2004, II R 44/02

Die Klägerin ist Gesellschafterin einer GbR, an der auch ihr Ehemann sowie ein weiteres Ehepaar beteiligt sind. Die Gesellschafter der GbR kauften mit notariell beurkundetem Vertrag vom 22.10.1991 zum Gesamthandseigentum der GbR einen Rückübertragungsanspruch, der den Verkäufern hinsichtlich eines im Beitrittsgebiet belegenen Grundstücks zustand. Der Kaufpreis sollte mit Eintragung der Käufer als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch fällig werden.

Nachdem der Bescheid vom 26.10.1992 über die Rückübertragung des Grundstücks auf die Gesellschafter der GbR unanfechtbar geworden und der darin festgelegte Ablösebetrag am 18.12.1992 hinterlegt worden war, wurden sie gemäß § 34 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 18 a Satz 1 VermG Eigentümer des Grundstücks. Das Grundbuch wurde am 6.4.1993 durch Eintragung der Gesellschafter als Eigentümer in GbR berichtigt (vgl. § 34 Abs. 2 Satz 1 VermG).

Die Klägerin erhielt mit schriftlichem Vertrag vom 16.2.1993 von ihrem Ehemann eine „ehebedingte Zuwendung“ in Höhe des im Innenverhältnis der GbR auf sie entfallenden Kaufpreisanteils von 720.000 DM zugesagt. Sie durfte diesen Betrag nur für den Erwerb des zum Gesamthandseigentum der GbR angeschafften Grundstücks verwenden. Die entsprechende Überweisung vom Ehemann an die Klägerin und die Weiterüberweisung durch diese an die Verkäufer erfolgten Mitte März 1993.

Das beklagte Finanzamt – FA – beurteilte die Zuwendung des Ehemanns an die Klägerin nicht als mittelbare Grundstücksschenkung, sondern als Geldschenkung von 720.000 DM und setzte gegen die Klägerin nach Berücksichtigung eines Freibetrags von 250.000 DM Schenkungsteuer in entsprechender Höhe fest. Einspruch und Klage blieben erfolglos.

*Gründe:*

## II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

1. Das FG hat seine Entscheidung, es liege keine mittelbare Grundstücksschenkung vor, zu Unrecht allein auf den Gesichtspunkt gestützt, dass die Klägerin schon vor der schriftlichen Zusage der Zuwendung des Betrags von 720.000 DM bzw. vor der Zuwendung selbst zusammen mit den anderen Gesellschaftern der GbR Gesamthandseigentümerin des Grundstücks geworden war, und deshalb dem Vorbringen der Klägerin, ihr Ehemann habe ihr bereits bei Abschluss des Kaufvertrags mündlich (oder konkludent) zugesagt, ihr die anteiligen Mittel für den Kauf zu schenken, keine Bedeutung beigemessen. Dies ist ein materieller Rechtsfehler, der im Revisionsverfahren zu beachten ist, ohne dass es auf eine ordnungsgemäße Verfahrensrüge (§ 120 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b FGO) ankommt (BFH vom 27.10.1992, VIII R 41/89, BFHE 170, 1, BStBl II 1993, 569, Nr. 4 a; vom 27.4.1999, III R 21/96, BFHE 189, 255, BStBl II 1999, 670).

a) Der Schenkungsteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; vgl. auch § 516 Abs. 1 BGB). Der Gegenstand der Schenkung richtet sich nach bürgerlichem Recht (BFH-Urteile vom 5.2.1986, II R 188/83, BFHE 146, 164, BStBl II 1986, 460; vom 6.3.2002, II R 85/99, BFH/NV 2002, 1030). Auszugehen ist danach zunächst vom Parteiwillen, im Falle der freigebigen Zuwendung vom Willen des Zuwendenden, d. h. davon, was dem Bedachten nach dem Willen des Schenkers geschenkt sein soll. Entscheidend für die Bestimmung des Schenkungsgegenstandes ist indes, wie sich die Vermögensmehrung im Zeitpunkt der Ausführung der Schenkung beim Bedachten darstellt, d. h. worüber der Bedachte im Verhältnis zum Schenker – endgültig – tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann. Dies ist die den steuerpflichtigen Erwerb (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG) darstellende Bereicherung des Bedachten, an die die Wertermittlung gemäß den §§ 11, 12 ErbStG in der jeweils geltenden Fassung anknüpft (BFH, Urteile vom 26.9.1990, II R 50/88, BFHE 162, 139, BStBl II 1991, 32; vom 9.11.1994, II R 87/92, BFHE 176, 53, BStBl II 1995, 83; vom 13.3.1996, II R 51/95, BFHE 180, 174, BStBl II 1996, 548; vom 17.6.1998, II R 51/96, BFH/NV 1998, 1378; vom 21.5.2001, II R 10/99, BFH/NV 2001, 1404, und in BFH/NV 2002, 1030).

b) Der Gegenstand, um den der Beschenkte bereichert wird, muss sich nicht vorher in derselben Gestalt im Vermögen des Schenkers befunden haben und wesensgleich übergehen. „Entreicherungsgegenstand“ und „Bereicherungsgegenstand“

brauchen nicht identisch zu sein. In der Hingabe von Geld zum Erwerb eines Grundstücks kann eine Grundstücksschenkung (sog. mittelbare Grundstücksschenkung) gesehen werden. Dies setzt voraus, dass der Beschenkte im Verhältnis zum Schenker nicht über das ihm ggf. übergebene Geld, sondern (erst) über das Grundstück frei verfügen kann; in diesem Fall ist der Beschenkte nicht um die Geldsumme, sondern erst um das mit den zur Verfügung gestellten Geldmitteln erworbene Grundstück bereichert (BFH, BFHE 180, 174, BStBl II 1996, 548, m. w. N.; vgl. auch BFH, Urteil vom 4.12.2002, II R 75/00, BFHE 200, 406, BStBl II 2003, 273).

Die Voraussetzungen einer mittelbaren Grundstücksschenkung sind erfüllt, wenn der Schenker dem Bedachten den für den Grundstückskauf bestimmten Geldbetrag bis zum Zeitpunkt des Grundstückserwerbs zusagt (R 16 Abs. 1 Satz 4 ErbStR 2003) und bis zur Tilgung der Kaufpreisschuld zur Verfügung stellt. Die Zusage bedarf nicht der in § 518 Abs. 1 BGB bestimmten Form, muss aber nachweisbar sein. Werden die Geldmittel erst nach Erwerb des Grundstücks zugesagt oder erhält sie der Bedachte erst nach Bezahlung des Kaufpreises, scheidet eine mittelbare Grundstücksschenkung aus. In einem solchen Fall stellt sich die Vermögensmehrung im Zeitpunkt der Ausführung der Schenkung beim Bedachten als Geldzuwendung dar.

Soweit dem Urteil in BFHE 176, 53, BStBl II 1995, 83 die Auffassung zugrunde liegt, für die Bestimmung des Schenkungsgegenstandes sei nicht das Versprechen der Zuwendung, sondern allein die Zuwendung selbst entscheidend, hält der Senat daran nach erneuter Prüfung nicht mehr fest. Diese Auffassung ist zu eng; sie berücksichtigt nicht hinreichend den Parteiwillen bzw. den Willen des Zuwendenden. Eine mittelbare Grundstücksschenkung schied in dem seinerzeitigen Fall deshalb aus, weil die Bedachte die Herstellungskosten für die auf ihrem Grundstück errichtete Maschinenhalle bereits bezahlt hatte, als sie von der Schenkerin die zugesagten Mittel erhielt.

2. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat keine Feststellungen zu der nach dem Vorbringen der Klägerin bereits bei Abschluss des Kaufvertrags vorliegenden Schenkungsabrede getroffen. Diese Feststellungen sind nunmehr nachzuholen. Die Vorentscheidung stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 126 Abs. 4 FGO). Einer mittelbaren Grundstücksschenkung steht im Streitfall nicht entgegen, dass Gegenstand des Kaufvertrags vom 22.10.1991 nicht das Grundstück selbst, sondern ein Rückübertragungsanspruch war.

a) Eine mittelbare Grundstücksschenkung kann nicht nur durch Hingabe von Geld zum Grundstückserwerb bewirkt werden. Wie der Senat bereits entschieden hat (BFH, BFH/NV 2001, 1404), kann ein Grundstück auch in der Weise (mittelbar) geschenkt werden, dass der Schenker einen ihm zustehenden Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks unentgeltlich auf den Bedachten überträgt, sofern der Bedachte im Innenverhältnis zum Schenker ausschließlich die Erfüllung des abgetretenen Anspruchs herbeiführen darf und nicht befugt ist, über den Anspruch durch Weiterübertragung zu verfügen.

Ist im Innenverhältnis eine solche Zweckbindung vereinbart, liegt eine mittelbare Grundstücksschenkung auch dann vor, wenn der Schenker dem Bedachten bis zu den oben genannten Zeitpunkten Geldmittel für den Erwerb eines Anspruchs auf Übereignung eines bestimmten Grundstücks zusagt und überlässt. Auch in einem solchen Fall soll der Bedachte im Verhältnis zum Schenker endgültig erst über das Grundstück tatsächlich und rechtlich frei verfügen können.

b) Ergeben die vom FG nachzuholenden Feststellungen, dass der Ehemann der Klägerin den Betrag von 720.000 DM den dargelegten Grundsätzen entsprechend rechtzeitig zugesagt hatte, liegt danach eine mittelbare Grundstücksschenkung vor. Die Klägerin konnte aufgrund der gesamthänderischen Bindung als Gesellschafterin der GbR (§§ 718, 719 Abs. 1 BGB) über den von den Gesellschaftern der GbR gekauften Rückübertragungsanspruch nicht in der Weise verfügen, dass sie den ihr rechnerisch zustehenden Anteil an dem Anspruch auf einen Dritten übertrug. Sie konnte im Verhältnis zu ihrem Ehemann als Schenker und Mitgesellschafter im Rahmen der gesamthänderischen Bindung nur über das Grundstück selbst verfügen. Das ist entscheidend.

3. Lässt sich eine rechtzeitige Schenkungsabrede zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann nicht feststellen, steht der Schenkungssteuerpflicht nicht entgegen, dass die Überlassung des Geldbetrages von 720.000 DM im Vertrag vom 16.2.1993 als „ehebedingte Zuwendung“ bezeichnet wurde. Unabhängig davon, ob zivilrechtlich eine ehebedingte Zuwendung vorliegt, unterliegen Schenkungen unter Ehegatten der Schenkungssteuer (BFH, Urteil vom 2.3.1994, II R 59/92, BFHE 173, 432, BStBl II 1994, 366). Dies stellt auch die Klägerin nicht in Frage.

22. GrEStG §§ 16 Abs. 5, 18, 19, 1 Abs. 3 Nr. 1 (Anzeigepflichten nach § 18 und § 19 GrEStG; Steuerentstehung bei Treuhandvertrag)

**Eine Anzeige ist i. S. des § 16 Abs. 5 GrEStG ordnungsgemäß, wenn der Erwerbsvorgang innerhalb der Anzeigefristen dem Finanzamt in einer Weise bekannt wird, dass es die Verwirklichung eines Tatbestands nach § 1 Abs. 2, 2 a und 3 GrEStG prüfen kann. Aufgrund eines innerhalb der Anzeigefrist zu stellenden Fristverlängerungsantrags können noch fehlende Angaben binnen einer vom Finanzamt zu setzenden angemessenen Frist nachgereicht werden.**

BFH, Beschluss vom 20.1.2005, II B 52/04

Der Antragsteller und Beschwerdeführer war mit einem weiteren Gesellschafter zu je 50 v. H. Gesellschafter der M-GmbH, zu deren Vermögen Grundstücke in zwei Bundesländern gehörten. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 22.5.2002 traten der weitere Gesellschafter seinen Geschäftsanteil und ferner der Antragsteller von seinem Geschäftsanteil einen Teilbetrag von 25.000 DM an W ab.

In einem notariell beurkundeten Treuhandvertrag vom 3.6.2002 vereinbarten der Antragsteller und W, dass W die von ihr am 22.5.2002 übernommenen Geschäftsanteile treuhänderisch für den Antragsteller hält. Diesen Vertrag zeigte der beurkundende Notar mit einer am 12.8.2002 beim Finanzamt – FA – eingegangenen Veräußerungsanzeige an. Auf eine im Hinblick auf § 1 Abs. 3 GrEStG erfolgte Anfrage des FA beim Antragsteller nach dem Grundbesitz der M-GmbH zeigte dieser dem FA mit einem am 30.12.2002 eingegangenen Schreiben an, dass mit dem Treuhandvertrag der Tatbestand des § 1 Abs. 3 GrEStG erfüllt worden sei. Der Antragsteller und W hoben den Treuhandvertrag mit notariell beurkundetem Vertrag vom 6.5.2003 auf.

Mit an den Antragsteller ergangenen Bescheid über die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer vom 7.7.2003 stellte das FA für die durch den Treuhandvertrag vom 3.6.2002 verwirklichte Vereinigung aller Anteile an der M-GmbH in der Hand des Antragstellers die Besteuerungsgrundlagen gesondert fest. Die Anwendung des § 16 Abs. 1 GrEStG lehnte das FA unter Berufung auf § 16 Abs. 5 GrEStG wegen nicht ordnungsgemäßer Anzeige des Erwerbsvorgangs ab. Über den Einspruch des Antragstellers hat das FA noch nicht entschieden.

Der Antragsteller beantragte zunächst beim FA, die Vollziehung des Feststellungsbescheids auszusetzen und verwies darauf, dass die Gesellschafterversammlung der M-GmbH die nach § 7 ihres Gesellschaftsvertrags erforderliche Zustimmung zum Treuhandvertrag nicht erteilt habe und die Grunderwerbsteuer demgemäß nicht entstanden sei. Ferner beantragte der Antragsteller, die Frist für die Anzeigerrückmeldung gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 AO rückwirkend zu verlängern. Durch Bescheid vom 1.10.2003 setzte das FA die Vollziehung des Feststellungsbescheids lediglich für ein Grundstück der M-GmbH in Höhe von 1962/6080 der Bemessungsgrundlage aus. Ferner lehnte das FA die rückwirkende Fristverlängerung der Anzeigepflicht ab; über den hiergegen erhobenen Einspruch des Antragstellers hat das FA noch nicht entschieden.

Das Finanzgericht hat den Aussetzungsantrag abgelehnt und hierzu ausgeführt, der Treuhandvertrag vom 3.6.2002 sei wirksam und durch seinen Abschluss sei der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG verwirklicht worden. Die spätere Aufhebung des Treuhandvertrags sei gemäß § 16 Abs. 5 GrEStG nicht zu berücksichtigen, weil sowohl der beurkundende Notar als auch der Antragsteller den Erwerbsvorgang wegen Überschreitung der zweiwöchigen Anzeigefrist (§ 18 Abs. 3, § 19 Abs. 3 GrEStG) nicht ordnungsgemäß angezeigt hätten. Die Entscheidung des FG ist in EFG 2004, 1148 veröffentlicht.

#### Gründe:

### II.

Die Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Bescheids über die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer. Das FG hat zu Unrecht ernstliche Zweifel i. S. des § 69 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 FGO an der Rechtmäßigkeit dieses Feststellungsbescheids verneint.

1. Zwar hat das FG zutreffend angenommen, dass der Abschluss des Treuhandvertrags die Steuerpflicht nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ausgelöst hat. Der Antragsteller erhielt aufgrund dieses Vertrags einen Anspruch auf Übertragung der für ihn von W treuhänderisch gehaltenen Anteile an der M-GmbH. Durch die Übertragung würden, da der Antragsteller die restlichen Anteile an der M-GmbH hielt, alle Anteile an der M-GmbH in der Hand des Antragstellers teils unmittelbar, teils mittelbar vereinigt. Damit ist der Steuertatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllt (BFH vom 28.11.1979, II R 117/78, BFHE 130, 66, BStBl II 1980, 357; vom 5.11.1986, II R 237/85, BFHE 148, 340, BStBl II 1987, 225; *Hofmann/Hofmann*, GrEStG, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 151).

Die Steuer aus § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist auch bereits mit Abschluss des Treuhandvertrags entstanden (§ 38 AO). Der Wirksamkeit des Treuhandvertrags steht die in § 7 des Gesellschaftsvertrags der M-GmbH vorgesehene Zustimmung der Gesellschafterversammlung u. a. zur Übertragung von Geschäftsanteilen und zu jeder anderen Verfügung über Geschäftsanteile nicht entgegen. Ein solches statutarische Zustimmungserfordernis erstreckt sich nicht auf die Abtretung eines Geschäftsanteils durch den einen Gesellschafter einer zweigliedrigen GmbH an den anderen (RFH vom 16.5.1929, II A 107/29, JW 1929, 2205; *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Aufl., § 15 Anm. 101). In diesem Fall kann auch für die vertragliche Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils, wie sie vorliegend durch den Treuhandvertrag für W begründet wurde, nichts anderes gelten, zumal ein schuldrechtlicher Vertrag auf Abtretung von Geschäftsanteilen in seiner Wirksamkeit ohnehin nicht durch das (statutarische) Erfordernis einer Genehmigung der Abtretung berührt wird (*Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 17. Aufl., § 15 Rdnr. 41; *Scholz/Winter*, GmbHG, § 15 Anm. 79).

2. Das FG hat aber im Ergebnis unzutreffend die Aussetzung der Vollziehung des Bescheids über die gesonderte

Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer im Hinblick auf einen Antrag des Antragstellers nach § 16 GrEStG, dessen Ablehnung das FA mit dem Bescheid über die gesonderte Feststellung verbinden konnte (vgl. *Hofmann/Hofmann*, GrEStG, § 17 Rdnr. 23), abgelehnt. Zwar steht § 16 Abs. 5 GrEStG einem Anspruch des Antragstellers nach § 16 Abs. 1 oder Abs. 2 GrEStG auf Nichtfeststellung der Besteuerungsgrundlagen grundsätzlich entgegen. Gleichwohl ist deshalb Aussetzung der Vollziehung zu gewähren, weil dem Antragsteller die vom Senat nunmehr entwickelten Grundsätze zum Umfang einer i. S. des § 16 Abs. 5 GrEStG ordnungsgemäßen Anzeige noch nicht bekannt sein konnten.

a) Nach § 16 Abs. 5 GrEStG gelten die Absätze 1 bis 4 dieser Vorschrift nicht, wenn einer der in § 1 Abs. 2, 2a und 3 GrEStG bezeichneten Erwerbsvorgänge rückgängig gemacht wird, der nicht ordnungsgemäß angezeigt (§§ 18, 19 GrEStG) war. Das Erfordernis ordnungsgemäßer Anzeige umfasst zwar nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 5 GrEStG sämtliche in §§ 18 und 19 i. V. m. § 20 GrEStG normierten Anforderungen an eine Anzeige. Die Vorschrift bedarf jedoch insoweit einer einschränkenden Auslegung.

§ 16 Abs. 5 GrEStG dient der Sicherung der Anzeigepflichten aus §§ 18 und 19 GrEStG und wirkt dem Anreiz entgegen, durch Nichtanzeige einer Besteuerung der in dieser Vorschrift genannten Erwerbsvorgänge zu entgehen. Insbesondere soll die Vorschrift den Beteiligten die Möglichkeit nehmen, einen dieser Erwerbsvorgänge ohne weitere steuerliche Folgen wieder aufheben zu können, sobald den Finanzbehörden ein solches Geschäft bekannt wird (vgl. die Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift des § 17 Abs. 4 GrEStG 1940, RStBl 1940, 412).

Unter Berücksichtigung dieses Normzwecks ist eine Anzeige schon dann i. S. des § 16 Abs. 5 GrEStG ordnungsgemäß, wenn der Vorgang innerhalb der Anzeigefristen der §§ 18 Abs. 3 und 19 Abs. 3 GrEStG dem Finanzamt in einer Weise bekannt wird, dass es die Verwirklichung eines Tatbestands nach § 1 Abs. 2, 2a und 3 GrEStG prüfen kann. Dazu reicht es regelmäßig aus, wenn die Anzeige die einwandfreie Identifizierung von Veräußerer, Erwerber und Urkundsperson (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 GrEStG) und ggf. der Gesellschaft (§ 20 Abs. 2 GrEStG) ermöglicht und der Anzeige die in § 18 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 19 Abs. 4 Satz 2 GrEStG genannten Abschriften beigelegt werden. Ist dies geschehen, so kann sich der Steuerpflichtige aufgrund der Ermittlungsmöglichkeiten der Finanzbehörden der Besteuerung nicht mehr entziehen und den Erwerbsvorgang auch nicht mehr, bevor er den Finanzbehörden bekannt wird, ohne steuerliche Folgen wieder aufheben. Soweit eine Anzeigepflicht sowohl nach § 18 als auch nach § 19 GrEStG besteht, ist den Zwecken des § 16 Abs. 5 GrEStG schon dann genügt, wenn nur einer der Anzeigeverpflichteten die Anzeige im vorbenannten Umfang erstattet.

Unter Berücksichtigung des Übermaßverbots verlangt es der Normzweck des § 16 Abs. 5 GrEStG hingegen nicht, dass die innerhalb der Anzeigefrist erstattete Anzeige in jeder Hinsicht den Anforderungen der §§ 18 und 19 i. V. m. § 20 GrEStG genügt. Insbesondere kann es – so etwa bei von dem Erwerbsvorgang i. S. des § 1 Abs. 2, Abs. 2a und Abs. 3 GrEStG betroffenem umfangreichem Grundbesitz – gegen das Übermaßverbot verstoßen, die Rechtsfolgen des § 16 Abs. 5 GrEStG etwa bei innerhalb der Anzeigefrist lediglich unvollständiger Bezeichnung der Grundstücke nach Grundbuch, Kataster, Straße und Hausnummer (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG) oder bei unvollständigen Angaben zur Größe des Grundstücks

und bei bebauten Grundstücken zur Art der Bebauung (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG) eintreten zu lassen.

Ist dem Finanzamt innerhalb der Anzeigefrist der jeweilige Erwerbsvorgang in einer Weise bekannt geworden, dass es die Verwirklichung eines Tatbestands nach § 1 Abs. 2, Abs. 2 a und Abs. 3 GrEStG prüfen kann, können in der Anzeige noch fehlende Angaben innerhalb einer vom Finanzamt zu setzenden angemessenen Frist nachgereicht werden. Dazu bedarf es eines innerhalb der Anzeigefrist zu stellenden Fristverlängerungsantrags. Die Möglichkeit der Fristverlängerung ergibt sich für die Anzeigen der Beteiligten unmittelbar aus § 109 AO, weil Anzeigen der Beteiligten gemäß § 19 Abs. 5 GrEStG Steuererklärungen im Sinne der AO sind. Für die nach § 18 GrEStG Anzeigeverpflichteten ergibt sich die Möglichkeit der Fristverlängerung in analoger Anwendung des § 109 AO.

b) Die vom Antragsteller begehrte weiter gehende Herabsetzung der Anforderungen an eine i. S. des § 19 Abs. 5 GrEStG ordnungsgemäße Anzeige scheidet hingegen aus.

Die etwaige Unkenntnis eines Beteiligten über seine Anzeigepflicht nach § 19 GrEStG schließt die Anwendung des § 16 Abs. 5 GrEStG nicht aus. Für die Anwendung des § 16 Abs. 5 GrEStG ist unerheblich, aus welchen Gründen ein von dieser Vorschrift erfasster Erwerbsvorgang nicht ordnungsgemäß angezeigt wurde. Denn die gesetzlich vorgeschriebene Pflicht der Beteiligten zur Anzeige der der Grunderwerbsteuer unterliegenden Vorgänge ist objektiver Natur und besteht unabhängig von subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten des zur Anzeige Verpflichteten. Daher ist die Anzeigepflicht der Beteiligten nicht davon abhängig, ob und inwieweit diese die Grunderwerbsteuerpflichtigkeit eines Rechtsvorgangs erkannt haben bzw. wussten, dass insoweit eine Anzeigepflicht bestand (BFH, Urteil vom 12.6.1996, II R 3/93, BFHE 180, 474, BStBl II 1996, 485).

Ebenso kommt nach Ablauf der Anzeigefrist eine rückwirkende Fristverlängerung (§ 109 Abs. 1 Satz 2 AO) zur erstmaligen Erstattung der Anzeige nicht in Betracht. Bei der Ermessensentscheidung über eine rückwirkende Fristverlängerung ist maßgeblich der Zweck der Frist zu berücksichtigen (Tipke/Kruse, AO, § 109 Rdnr. 4). Der Zweck des § 16 Abs. 5 GrEStG, die Beteiligten durch die hier angeordneten nachteiligen Folgen einer Verletzung der Anzeigepflicht zur ordnungsgemäßen – insbesondere auch fristgerechten – Anzeigenerstattung anzuhalten, steht einer Verpflichtung der Finanzbehörde zur rückwirkenden Fristverlängerung für die erstmalige Erstattung der Anzeige entgegen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Anzeigeverpflichtete – wie vorliegend der Antragsteller – seinen Antrag auf rückwirkende Fristverlängerung lediglich mit der Unkenntnis seiner Anzeigepflicht begründet.

Schließlich scheidet bei Versäumung der Anzeigefrist regelmäßig eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 110 AO) aus. Es kann offen bleiben, ob bei Versäumung der Frist zur Anzeige nach § 19 Abs. 3 GrEStG wegen ihrer Ausgestaltung als Steuererklärungsfrist überhaupt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 110 AO in Betracht kommt (dazu z. B. *Söhn* in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, § 110 AO Rdnr. 7, m. w. N.). Jedenfalls scheidet im Streitfall eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand an einem Verschulden des Antragstellers, da sich dieser keine Kenntnis über seine Anzeigepflicht nach § 19 GrEStG verschafft hat.

3. In Anwendung der vorstehenden Rechtsgrundsätze ist dem Antragsteller Aussetzung der Vollziehung zu gewähren. Zwar wurden im Streitfall die Anzeigefristen nicht gewahrt,

weil sowohl der gemäß § 18 Abs. 2 Satz 2 GrEStG für den von ihm beurkundeten Treuhandvertrag anzeigepflichtige Notar als auch der Antragsteller, der als Erwerber der Anteile und Steuerschuldner (§ 13 Nr. 5 Buchst. b i. V. m. § 19 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG) ebenfalls zur Anzeige des Treuhandvertrags verpflichtet war, ihre Anzeige jeweils erst nach Ablauf der Anzeigefrist (§ 18 Abs. 3, § 19 Abs. 3 GrEStG) erstattet haben. Die Anwendung des § 16 Abs. 5 GrEStG scheidet jedoch bei summarischer Prüfung aus, weil die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Anzeige i. S. des § 16 Abs. 5 GrEStG bislang nicht geklärt waren und Antragsteller sowie beurkundendem Notar nicht die vom Senat nunmehr bejahte Möglichkeit bekannt sein konnten, innerhalb der Anzeigefrist deren Verlängerung zu beantragen.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Aufsatz von *Gottwald*, MittBayNot 2005, 378 (in diesem Heft).

23. UStG §§ 15, 1 Abs. 1 a, 2 Abs. 1 (*Vorsteuerabzug einer Vorgründungsgesellschaft*)

**Eine zur Gründung einer Kapitalgesellschaft errichtete Personengesellschaft (sog. Vorgründungsgesellschaft), die nach Gründung der Kapitalgesellschaft die bezogenen Leistungen in einem Akt gegen Entgelt an diese veräußert und andere Ausgangsumsätze von vornherein nicht beabsichtigt hatte, ist zum Abzug der Vorsteuer für den Bezug von Dienstleistungen und Gegenständen ungeachtet dessen berechtigt, dass die Umsätze im Rahmen einer Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Maßgebend sind insoweit die beabsichtigten Umsätze der Kapitalgesellschaft.**

BFH, Urteil vom 15.7.2004, V R 84/99

Die Klägerin ist eine am 1.10.1996 gegründete (Personen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Als Vorgründungsgesellschaft war ihr einziger Gesellschaftszweck, die Gründung der Firma F-AG (AG) vorzubereiten. Hierzu mietete sie Büroräume an, erwarb Anlagegüter und ließ in den Büroräumen Einbauten durchführen. Außerdem versandte sie Informationsschreiben und betrieb Werbung für die noch zu gründende AG. Nach Gründung der AG mit notarieller Urkunde vom 28.11.1996 stellte sie ihre Tätigkeit ein und übertrug in Erfüllung ihres Gesellschaftszwecks ihre gesamten zuvor erworbenen Gegenstände zum Kaufpreis von 87 495,29 DM auf die neu gegründete AG. Die AG konnte ohne weiteres Zutun ihre unternehmerische Tätigkeit in den von der Klägerin angemieteten und für die Bedürfnisse der AG eingerichteten Büroräumen aufnehmen.

Die Klägerin behandelte diesen Vorgang als nicht steuerbare Geschäftsveräußerung. Die ihr für die in Anspruch genommenen Leistungen in Rechnung gestellte Umsatzsteuer machte sie erfolglos als Vorsteuer geltend. Nach Ansicht des beklagten Finanzamts (FA) war die Klägerin nicht Unternehmerin, weil ihr einziger – beabsichtigter – Ausgangsumsatz die nach § 1 Abs. 1 a UStG nicht als Lieferung zu behandelnde Geschäftsveräußerung war.

Das FG gab der Klage mit der Begründung statt, der Grundsatz der Neutralität der Umsatzsteuer gebiete die Berücksichtigung der Vorsteuer, auch wenn die Klägerin von vornherein

nur beabsichtigt habe, die bezogenen Leistungen nicht selbst zur Ausführung besteuert Umsätze zu verwenden, sondern die Leistungen nur im Hinblick auf die wirtschaftliche Tätigkeit der zu gründenden AG bezogen habe (EFG 2000, 40). Hiergegen wendet sich das FA mit der Revision.

Der erkennende Senat des BFH hat mit Beschluss vom 23.1.2002, V R 84/99, BFHE 197, 364, das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Ist eine allein mit dem Ziel der Gründung einer Kapitalgesellschaft errichtete (Personen-)Gesellschaft zum Abzug der Vorsteuer für den Bezug von Dienstleistungen und Gegenständen berechtigt, wenn sie nach Gründung der Kapitalgesellschaft die bezogenen Leistungen in einem Akt gegen Entgelt an die später gegründete Kapitalgesellschaft veräußert und andere Ausgangsumsätze von vornherein nicht beabsichtigt waren und wenn in dem betreffenden Mitgliedstaat die Übertragung des Gesamtvermögens so behandelt wird, als ob keine Lieferung bzw. Dienstleistung vorliegt (Art. 5 Abs. 8 Satz 1, Art. 6 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern 77/388/EWG in der Fassung der Richtlinie 95/7/EG des Rates vom 10.4.1995 (Richtlinie 77/388/EWG))?“

Der EuGH hat die Frage mit Urteil vom 29.4.2004, Rs. C-137/02 (Faxworld), UR 2004, 362, wie folgt beantwortet:

„Eine allein mit dem Ziel der Gründung einer Kapitalgesellschaft errichtete Personengesellschaft ist zum Abzug der Vorsteuer für den Bezug von Dienstleistungen und Gegenständen berechtigt, wenn entsprechend ihrem Gesellschaftszweck ihr einziger Ausgangsumsatz die Übertragung der bezogenen Leistungen mittels eines Aktes gegen Entgelt an die Kapitalgesellschaft nach deren Gründung war und wenn, weil der betreffende Mitgliedstaat von der in den Artikeln 5 Abs. 8 und 6 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die Übertragung des Gesamtvermögens so behandelt wird, als ob keine Lieferung oder Dienstleistung vorliegt.“

Das FA meint, das Urteil des EuGH sei so zu verstehen, dass umsatzsteuerrechtlich – entgegen der nationalen zivilrechtlichen Beurteilung – auch die Vorgründungsgesellschaft als mit der Kapitalgesellschaft identisch zu behandeln sei. Deshalb seien der Kapitalgesellschaft die Leistungsbezüge der Vorgesellschaft zuzurechnen und bei ihr zu berücksichtigen. Der BFH müsse klarstellen, dass sich das Urteil nur auf die Identität der Vorgründungsgesellschaft mit der Kapitalgesellschaft beziehe, und dass nicht „jede (Privat-)Person die Umsatzsteuer für Eingangsumsätze in Anspruch nehmen kann, sofern ein Unternehmer hiermit zukünftig wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt“.

*Gründe:*

## II.

Die Revision ist unbegründet. Eine allein mit dem Ziel der Gründung einer Kapitalgesellschaft errichtete (Personen-)Gesellschaft, die nach Gründung der Kapitalgesellschaft die bezogenen Leistungen in einem Akt gegen Entgelt an die später gegründete Kapitalgesellschaft veräußert und andere Ausgangsumsätze von vornherein nicht beabsichtigt hatte, ist zum Abzug der Vorsteuer für den Bezug von Dienstleistungen und Gegenständen ungeachtet dessen berechtigt, dass die Umsätze im Rahmen einer Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Maß-

gebend sind insoweit die mit der Kapitalgesellschaft beabsichtigten Umsätze.

1. Nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG kann der Unternehmer die folgenden Vorsteuerbeträge abziehen: die in Rechnungen i. S. des § 14 UStG gesondert ausgewiesene Steuer für Lieferungen oder sonstige Leistungen, die von anderen Unternehmern für sein Unternehmen ausgeführt worden sind.

a) Diese Voraussetzungen liegen – entgegen der Auffassung des FA – im Streitfall vor, denn die Klägerin hat die Eingangsleistungen für die Vorbereitung der wirtschaftlichen Tätigkeit der zu gründenden Kapitalgesellschaft bezogen. Dem Vorsteuerabzug der Klägerin steht nicht entgegen, dass nach nationalem Zivilrecht das von der Vorgründungsgesellschaft, der Klägerin, erworbene Vermögen und die von ihr begründeten Rechte und Pflichten nicht ohne weiteres auf die zu gründende Kapitalgesellschaft übergehen, sondern durch besonderes Rechtsgeschäft übertragen werden müssen, und deshalb die beabsichtigte Tätigkeit nicht von demselben Unternehmer ausgeübt wird (vgl. EuGH, UR 2004, 362 Rdnr. 28 letzter Satz).

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Person Leistungen für Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bezogen hat und deshalb Steuerpflichtige i. S. der Sechsten Richtlinie des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern 77/388/EWG (Unternehmer i. S. des § 2 UStG) ist, muss außer Betracht bleiben, dass die Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG nicht der Umsatzsteuer unterliegt; hierzu hat der EuGH in Rdnr. 29 entschieden, dass der Anwendungsbereich des Art. 4 der Richtlinie 77/388/EWG nicht dadurch geändert werden kann, dass ein Mitgliedstaat von der durch Art. 5 Abs. 8 dieser Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die – entgeltliche oder unentgeltliche oder durch Einbringung in eine Gesellschaft bewirkte – Übertragung des Gesamtvermögens oder eines Teilvermögens als nicht steuerbar zu behandeln.

b) Die Klägerin – und nicht, wie das FA offenbar meint, die noch zu gründende Kapitalgesellschaft – ist berechtigt, die ihr für die Vorbereitung der Gründung der Kapitalgesellschaft bezogenen in Rechnung gestellten Vorsteuerbeträge nach Maßgabe der von der Kapitalgesellschaft nach ihrer Gründung beabsichtigten Umsätze geltend zu machen.

Zwar hatte die Klägerin als Vorgründungsgesellschaft nicht die Absicht, selbst besteuerte Umsätze auszuführen, weil ihr einziger Gesellschaftszweck die Vorbereitung der Tätigkeit der Aktiengesellschaft war, dennoch betrifft die Mehrwertsteuer, die die Klägerin abziehen will, Leistungen, die sie zur Durchführung von besteuerten Umsätzen in Anspruch genommen hatte, auch wenn es sich dabei nur um beabsichtigte Umsätze der Kapitalgesellschaft handelte (EuGH, UR 2004, 362 Rdnr. 41). Um die Neutralität der Umsatzsteuer zu gewährleisten und mit Rücksicht darauf, dass im Fall der nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung der Erwerber umsatzsteuerrechtlich Rechtsnachfolger des Übertragenden ist (§ 1 Abs. 1 a UStG), kann unter diesen spezifischen Umständen eine „Vorgründungsgesellschaft als Übertragender die besteuerten Umsätze des Begünstigten der Übertragung, nämlich der Aktiengesellschaft, berücksichtigen . . . , um die Vorsteuer auf die Eingangsleistungen, die sie für die Zwecke der besteuerten Umsätze des Begünstigten der Übertragung in Anspruch genommen hat, abzuziehen“ (EuGH, UR 2004, 362 Rdnr. 42).

Hiernach stand der Klägerin der Vorsteuerabzug zu, denn die Klägerin hat die Leistungen für die unternehmerische Tätigkeit der am 28.11.1996 des Streitjahres 1996 gegründeten AG bezogen.

24. GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 3 Nr. 3; KAGG §§ 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 (*Grunderwerbsteuer bei Erwerb einer Kapitalanlagegesellschaft*)

**Der Erwerb aller Anteile an einer Kapitalanlagegesellschaft i. S. von § 1 Abs. 1 KAGG unterliegt nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG der Grunderwerbsteuer. Von diesem Erwerb erfasst werden auch die von der Kapitalanlagegesellschaft im Sondervermögen nach § 6 Abs. 1 KAGG gehaltenen Grundstücke.**

BFH, Urteil vom 29.9.2004, II R 14/02

**Hinweis der Schriftleitung:**

Das Urteil ist etwa in ZfIR 2005, 211 und GmbHR 2005, 1546 abgedruckt.

---

25. AO § 39 Abs. 2 Nr. 2; EStG §§ 21, 9 (*Kein Anschaffungsvorgang bei Grundstückseinbringung in personenidentische GbR*)

**1. Bringen Bruchteilseigentümer Grundstücke zu unveränderten Anteilen in eine personenidentische Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Vermietungseinkünften ein, liegt steuerrechtlich kein Anschaffungsvorgang vor, weil die Gesellschafter gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO weiterhin im bisherigen Umfang als Bruchteilseigentümer der Grundstücke anzusehen sind.**

**2. Schuldzinsen sind als Werbungskosten abziehbar, wenn sie für ein Darlehen gezahlt worden sind, das tatsächlich zum Erzielen von Einkünften verwendet worden ist.**

BFH, Urteil vom 6.10.2004, IX R 68/01

**Hinweis der Schriftleitung:**

Das Urteil ist im BStBl. 2005 II, 324 abgedruckt.

## STÄNDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Hans Holz, Speyer, verstorben am 19.6.2005

Notar a. D. Dr. Helmut Stummer, München, verstorben am 8.8.2005

Notar a. D. Dr. Karl Bertzel, Zweibrücken, verstorben am 20.8.2005

#### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.11.2005:

Notar Dr. Uli Armbruster, Nürnberg

Mit Wirkung vom 1.2.2006:

Notar Heinrich Döbereiner, Weilheim i. OB

Mit Wirkung vom 1.3.2006:

Notar Dr. Karl-Heinz Steinbauer, München

#### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.8.2005:

Zweibrücken (in Sozietät mit Notar Dieter Greiner)	der Notarassessorin Dorothee Vogel (bisher in Ludwigshafen Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)
--	---

Mit Wirkung vom 1.9.2005:

Amberg (in Sozietät mit Notar Christian Hantke)	dem Notar Klaus Engelhardt (bisher in Cham)
---	---

Augsburg (in Sozietät mit Notar Rasso Rapp)	dem Notar Tobias Feist (bisher in Höchstädt a. d. Donau)
---	---

Kitzingen (in Sozietät mit Notar Dr. Christof Münch)	dem Notar Dr. Ludwig Hofstetter (bisher in Marktheidenfeld)
--	---

Münchberg	dem Notar Ulrich Schnabel (bisher in Oberviechtach)
-----------	---

München (in Sozietät mit Notarin Eva Rumpf)	dem Notar Dr. Georg Westermeier (bisher in Passau)
---	--

Mit Wirkung vom 1.10.2005:

Würzburg (in Sozietät mit Notar Dr. Peter Limmer)	dem Notar Dr. Wolfgang Friederich (bisher in Mindelheim)
---	--

#### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.8.2005:

Anja Heringer, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler)

Christian Müller, Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Frauhammer)

Mit Wirkung vom 1.9.2005:

Matthias Meyer, Ludwigshafen am Rh. (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)

#### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Berichtigung:

Notarassessor Dr. Markus Stuppi, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob), ab 15.5.2005 in Frankenthal (Geschäftsführer der Notarkammer Pfalz)

Notarassessorin Dr. Constanze Kübel, Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak/Regler), führt nach Eheschließung den Ehenamen Huber

Notarassessorin Dr. Natascha Hühnerbein, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Brandmüller), führt nach Eheschließung den Ehenamen Krist

Notarassessorin Monika Endt, München (Notarkasse A.d.ö.R.), führt nach Eheschließung den Ehenamen Schmid  
Notarassessor Roland Nagel, Sonthofen (Notarstellen Dr. Obermaier/Caspary), wurde mit Wirkung vom 3.3.2005 promoviert

Notarassessor Sebastian Lach, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter), auf eigenen Wunsch ausgeschieden mit Wirkung vom 1.7.2005

Notarassessor Rüdiger Mattes, Zweibrücken (Notarstellen Greiner/Dr. Kiefer), ab 1.7.2005 in Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob)

Notarassessor Christoph Moes, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Brandmüller), ab 4.7.2005 in München (Notarstellen Dr. Eckhardt/Spoerer)

Notarassessorin Nicola Struck, München (Notarstellen Frhr. von Oefele/Dr. Götte), ab 16.8.2005 in München (Notarstelle Dr. Kreuzer)

Notarassessor Dr. David König, Eggenfelden (Notarstelle Feller), ab 1.9.2005 in München (Notarstelle Dr. Schaub)

Notarassessor Tobias Greiner, München (Notarstellen Dr. Schalkhauser/Dr. Wenner), ab 5.9.2005 in Rosenheim (Notarstelle Lederer)

Notarassessorin Susanne Kappler, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Twehues), ab 9.9.2005 in Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Notarassessor Christian Steer, Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/ Dr. Albrecht), ab 9.9.2005 in Berlin (Deutscher Notarverein)

Notarassessor Peter Eckersberger, Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht), ab 15.9.2005 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Armbruster/Bensch)

Inspektor i. N. Joachim Pfaudler, Kempten (Notarstelle Dr. Reuter), ab 1.6.2006 in Kaufbeuren (Notarstelle Lang)

**6. Höhergruppierungen:**

Mit Wirkung vom 1.7.2005:

*Zum Notariatsoberrat i. N. (VerGr. I b BAT):*

Walfried Weber, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob)

*Zum Notariatsrat i. N. (VerGr. II a BAT):*

Herbert Schalli, Nürnberg (Notarstellen Dr. Budnick/Pöllmann-Budnick)

*Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. II a BAT):*

Dieter Deck, München (Notarstelle Dr. Schmied)

Werner Heinz, Ansbach (Notarstelle Appel)

*Zum Amratsrat i. N. (VerGr. III BAT):*

Wolfgang Breitenbach, Bad Brückenau (Notarstelle Dr. Höhn)

Rudolf Eyerer, Fürth (Notarstellen Schmeißer/Stoll)

Markus Kommer, Marktobendorf (Notarstelle Dr. Perret)

Richard Pfaffelhuber, Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Georg Singer, München (Notarstelle Höfling)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (VerGr. IV a BAT):*

Klaus Hangl, Wasserburg a. Inn (Notarstellen Dr. Bartsch/Martin)

Markus Hilbig, Rehau (Notarstelle Dr. Heinemann)

Gerd Langner, Bayreuth (Notarstellen Dr. Roßner/Zuber)

Stefan Vané, Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak/Regler)

Irene Witzel, Arnstein (Notarstelle Stein)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (VerGr. IV b BAT):*

Roland Anderle, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Florian Fuß, Rosenheim (Notarstellen Dr. Düwel/Regensburger)

Sonja Hafenmaier, Sonthofen (Notarstellen Dr. Obermaier/Caspary)

Stefan Hautum, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/Thoma)

Christiane Huhn, München (Notarstelle Dr. Karl)

Christine Kölbl, München (Notarstellen Oberseider/Ruhland)

Claudia Liehr, München (Notarstellen Dr. Steinbauer/Predel)

Christian Loderer, Dachau (Notarstellen Bock/Dr. Triller)

Quach Du Thuy, Wolfratshausen (Notarstellen Dr. Adler/Huber)

Volker Reichert, Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfuß/Dr. Brückner)

Martin Roedel, München (Notarstelle Singer/Dr. Anton)

Yvonne Schmitt, Speyer (Notarstellen Dr. Rieder/Rohr)

Tanja Stöger, Freising (Notarstellen Schmidl/Schmidl)

Angela Weiß, Augsburg (Notarstelle Röder)

Mit Wirkung zum 1.8.2005:

*Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. II a BAT):*

Wilhelm Amberg, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp)

*Zur Amratsrätin i. N. (VerGr. III BAT):*

Erika Scheiding, Selb (Notarstelle Dr. Roßner)

*Zur Amtfrau i. N. (VerGr. IV a BAT):*

Gudrun-Elly Eder, München (Notarstelle Porath)

**Anschriften- und Rufnummernänderungen:**

Lindenberg i. Allgäu, Notarstelle Dr. Hipler, Hauptstraße 53, 88161 Lindenberg i. Allgäu

München, Notarstellen Dr. Schalkhaußer/Dr. Wenner, Perusastraße 5, 80333 München, E-Mail: notare@perusa5.de

Hilpoltstein, Notarstelle Dr. Twehues, Telefon 09174 97799-0, Fax 09174 9779977

---

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer  
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, mittbaynot@notarkasse.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

## SONSTIGES

### Veranstaltungen des DAI

1. Notarforum: Ausgewählte Einzelfragen zum Wohnungseigentum in der notariellen Praxis – unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidung des BGH vom 2.6.2005 zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümer (Hügel, Langhein, Wenzel)  
16.9.2005 in Hamburg
  2. Dritte Jahresarbeitstagung des Notariats – Aktuelle Fragestellungen aus allen notarrelevanten Rechtsgebieten (Amann, Basty, Gaier, Gottwald, Heidinger, Hertel, von Heymann, Hügel, Kapsa, Krüger, Kurzwelly, Mayer, Püls, Süß, Viskorf, Wandel, Wendt, Wenzel, Wälzholz, Wöstmann)  
22.–24.9.2005 in Bonn
  3. Vollstreckungsfeste Vertragsgestaltung (Amann, Morvilus)  
7.10.2005 in Münster
  4. Aktienrecht in der Praxis (Krieger, Priester)  
7.–8.10.2005 in Frankfurt
  5. Ausgewählte Fragen des Ehevertragsrechts – mit Buch und CD-ROM (Münch)  
15.10.2005 in Stuttgart
  6. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag (Krauß)  
21.10.2005 in Kassel  
22.10.2005 in Düsseldorf
  7. Intensivkurs Erbrecht – Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Grundzüge und Probleme des Pflichtteilsrechts und vorbereitende Erbfolge (Frenz, Kössinger, Nieder)  
27.–29.10.2005 in Bad Homburg
  8. Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis (Heckschen, Reul, Wienberg)  
28.10.2005 in Kiel
  9. Update Grundstückskaufvertrag – mit Buch und CD-ROM (Krauß)  
28.10.2005 in Gelsenkirchen  
29.10.2005 in Osnabrück
- Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de).

**Neuerscheinungen**

1. Bezenberger: Das Kapital der Aktiengesellschaft. Otto Schmidt, 2005. 473 S., 128 €
2. Crezelius/Hirte/Vieweg (Hrsg.): Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag. Gesellschaftsrecht – Rechnungslegung – Sportrecht. Otto Schmidt, 2005. 1 334 S., 198 €
3. Dauner-Lieb/Heidel/Ring (Hrsg.): Anwaltkommentar BGB. Band 2: Schuldrecht. Dt. Anwaltverlag, 2005. 4 414 S., 298 €
4. Emmerich/Habersack: Aktien- und GmbH-Konzernrecht. 4., überarb. Aufl., Beck, 2005. 860 S., 110 €
5. Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Erbrecht. Luchterhand, 2005. 1 542 S., 109 €
6. Gerhardt/Heintschel von Heinegg/Klein (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Familienrecht. 5., überarb. Auflage, Luchterhand, 2005. 2 144 S. + CD-ROM, 119 €
7. Gummert (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht. Beck, 2005. 1 270 S., 148 €
8. Hagen/Brambring/Krüger/Hertel: Der Grundstückskauf. 8., neubearb. Aufl., RWS, 2005. 442 S., 42 €
9. Kniffka/Quack/Vogel/Wagner: Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode zum 65. Geburtstag. Beck, 2005. 738 S., 138 €
10. Jansen/Jansen: Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht. 7. Aufl., NWB, 2005. 240 S., 39 €
11. Langenfeld: Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen. 5., überarb. Aufl., Beck, 2005. 389 S. + CD-ROM, 49,50 €
12. Limmer/Hertel/Frenz/Mayer: Würzburger Notarhandbuch. ZAP, 2005. 2 928 S. + CD-ROM, 148 €
13. Lutter/Hommelhoff (Hrsg.): Die Europäische Gesellschaft. Prinzipien, Gestaltungsmöglichkeiten und Grundfragen aus der Praxis. Otto Schmidt, 2005. 372 S., 99 €
14. Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis. ZAP, 2005. 211 S., 32 €
15. Pahlke/Franz: Grunderwerbsteuergesetz. 3., neubearb. Aufl., Beck, 2005. 667 S., 75 €
16. Rieck (Hrsg.): Ausländisches Familienrecht. Beck, 2005. 628 S. + CD-ROM, 98 €
17. Roth/Altmeppen: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung GmbHG. 5., neubearb. Aufl., Beck, 2005. 1 123 S., 75 €
18. K. Schmidt (Hrsg.): Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch. Band 1: Erstes Buch. Handelsstand §§ 1–104. 2. Aufl., Beck, 2005. 1 527 S., 225 €
19. Schömmel/Steinhauer/Haydu: Internationales Erbrecht Frankreich. Beck, 2005. 196 S., 36 €
20. Sommer: Gesellschaftsverträge der GmbH & Co. KG. 3. Aufl., Beck, 2005. 308 S. + CD-ROM, 29 €
21. Streck/Mack/Olbing: Unternehmensnachfolge – Testamentsberatung und Erben. Stollfuß, 2005. 193 S., 52,80 €
22. Sudhoff: Unternehmensnachfolge. 5., überarb. Aufl., Beck, 2005. 1 343 S., 118 €
23. Suppliet: Ausgliederung nach § 168 UmwG – eine Möglichkeit zur Privatisierung von Unternehmen öffentlicher Körperschaften. Köster, 2005. 260 S., 29,80 €
24. Zimmer/Krause/Kersten: Handbuch für Notarfachangestellte. 3., überarb. Aufl., Luchterhand, 2005. 628 S., 44 €
25. Zimmermann/Dorsel: Eheverträge, Scheidungs- und Unterhaltsvereinbarungen. 4. Aufl., Dt. Anwaltverlag, 2005. 335 S. + CD-ROM, 54 €



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F