

5 **MittBayNot** Begründet 1864

September/Oktober 2004 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

Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Notar in Passau

Schriftleiter:

Dr. Markus Krebs,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Tiedtke/Fembacher: Änderungen der Kostenordnung durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz und Auswirkungen des § 14 Abs. 4 Nr. 4 UStG – grundlegende Änderungen und praktische Anwendungsprobleme **317**

Tiedtke/Wälzholz: Der BMF-Erlass vom 26.3.2004 zum gewerblichen Grundstückshandel – Neuerungen für die Praxis **325**

Krauß: Sozialfürsorgerecht 2005: Neuerungen im Rahmen des SGB XII und SGB II **330**

Mayer: Pflichtteil und Ertragswertprivileg **334**

Tagungsberichte

Heinze: Eröffnung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 10.5.2004 **339**

Schwab: Wettbewerb der Gesellschaftsrechte: Auslandsgesellschaften im deutschen Recht – Seminar des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität München am 5.3.2004 **340**

Lichtenwimmer: 7. ZEV-Jahrestagung am 30./31.1.2004 in Berlin **343**

Rechtsprechung

Wohnfläche als zentrales Beschaffenheitsmerkmal (BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 181/02) **353**
mit Anmerkung *Grziwotz* **355**

Fehlende Fälligkeit des Werklohns wegen Mängeln trotz Nutzung des Bauwerks (BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 198/02) **356**

Verfahrensstandschaft des werdenden Wohnungseigentümers vor Eintragung einer Vormerkung (KG, Beschluss vom 18.2.2004, 24 W 126/03) **360**

Vormerkbarkeit von Ansprüchen zugunsten künftiger, bei Vertragsschluss noch nicht lebender Dritter (LG Passau, Beschluss vom 20.3.2003, 2 T 201/02) **362**
mit Anmerkung *Metzger* **363**

Voraussetzungen der Ertragswertprivilegierung (OLG München, Urteil vom 14.1.2003, 23 U 1830/02) **369**

Inhalt

Aufsätze

Tiedtke/Fembacher: Änderungen der Kostenordnung durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz und Auswirkungen des § 14 Abs. 4 Nr. 4 UStG – grundlegende Änderungen und praktische Anwendungsprobleme **317**

Tiedtke/Wälzholz: Der BMF-Erlass vom 26.3.2004 zum gewerblichen Grundstücks-handel – Neuerungen für die Praxis **325**

Krauß: Sozialfürsorgerecht 2005: Neuerungen im Rahmen des SGB XII und SGB II **330**

Mayer: Pflichtteil und Ertragswertprivileg **334**

Tagungsberichte

Heinze: Eröffnung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 10.5.2004 **339**

Schwab: Wettbewerb der Gesellschaftsrechte: Auslandsgesellschaften im deutschen Recht – Seminar des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität München am 5.3.2004 **340**

Lichtenwimmer: 7. ZEV-Jahrestagung am 30./31.1.2004 in Berlin **343**

Buchbesprechungen

Larenz/Wolf: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (*Krebs*) **345**

Zimmermann: Erbschein und Erbscheinsverfahren (*Everts*) **345**

Ulmer: Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft (*Eigner*) **347**

Weigl: Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung (*Land*) **348**

Huhn/v. Schuckmann: Beurkundungsgesetz (*Bracker*) **349**

Langenfeld: Vertragsgestaltung (*Everts*) **350**

Pfleiderer: Einführung in das französische Immobilienrecht (*Simon*) **351**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Wohnfläche als zentrales Beschaffenheitsmerkmal (BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 181/02) **353**
mit Anmerkung *Grziwotz* **355**
2. Fehlende Fälligkeit des Werklohns wegen Mängeln trotz Nutzung des Bauwerks (BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 198/02) **356**
3. Keine Vereinbarung der VOB/B „im Ganzen“ bei auch nur kleineren Abweichungen (BGH, Urteil vom 22.1.2004, VII ZR 419/02) **356**

Inhalt (Fortsetzung)

4. Anforderungen an eine Vollmacht zur Mitteilung des Vorkaufsfalles durch den Notar (LG Frankfurt (Oder), Urteil vom 4.11.2003, 12 O 404/03) **358**

Sachen- und Grundbuchrecht

5. Auslegung eines Antrags auf Eigentumsumschreibung (BayObLG, Beschluss vom 9.3.2004, 2Z BR 34/04) **359**
6. Verfahrensstandschaft des werdenden Wohnungseigentümers vor Eintragung einer Vormerkung (KG, Beschluss vom 18.2.2004, 24 W 126/03) **360**
7. Keine Abgeschlossenheitsbescheinigung nötig bei rechtlicher Vereinigung zweier baulich verbundener Einheiten (Hans. OLG Hamburg, Beschluss vom 18.3.2004, 2 Wx 2/03) **361**
8. Vormerkbarkeit von Ansprüchen zugunsten künftiger, bei Vertragsschluss noch nicht lebender Dritter (LG Passau, Beschluss vom 20.3.2003, 2 T 201/02) **362**
mit Anmerkung *Metzger* **363**
9. Unterlassungsdienstbarkeit unter Verweis auf das BayNatSchG (LG München II, Beschluss vom 1.3.2004, 6 T 3705/03) **366**
10. Zuweisungsbefugnis des Bauträgers auch nach Veräußerung sämtlicher Einheiten (LG München II, Beschluss vom 11.3.2004, 6 T 4956/03) **366**

Familienrecht

11. Inhaltskontrolle von Eheverträgen (OLG Celle, Urteil vom 25.2.2004, 15 UF 178/03) **367**

Erbrecht

12. Voraussetzungen der Ertragswertprivilegierung (OLG München, Urteil vom 14.1.2003, 23 U 1830/02) **369**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Umwandlung der DG BANK in Aktiengesellschaft als identitätswahrender Rechtsformwechsel (*nur Leitsatz*) (BGH, Beschluss vom 27.2.2004, IXa ZB 162/03) **371**
14. Voreinzahlung auf künftige Kapitalerhöhung (BGH, Urteil vom 15.3.2004, II ZR 210/01) **372**
15. Haftung bei Firmenfortführung unter Übernahme prägender Firmenteile (BGH, Urteil vom 15.3.2004, II ZR 324/01) **373**
16. Keine Tilgung der Stammeinlageverpflichtung durch identische Barein- und Barauszahlung am selben Tag (BGH, Urteil vom 22.3.2004, II ZR 7/02) **373**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

17. Belehrungspflicht des nur die Annahme beurkundenden Zentralnotars gegenüber dem Anbietenden
(BGH, Urteil vom 4.3.2004, III ZR 72/03) **374**

Kostenrecht

18. Rechtsmittel gegen zurückgewiesenen Antrag auf Richterablehnung bei Notarkostenbeschwerde
(BayObLG, Beschluss vom 28.1.2004, 3Z BR 262/03) **378**
19. Notwendige Beteiligung der Notarkasse in Kostenverfahren
(BayObLG, Beschluss vom 17.3.2004, 3Z BR 32/04) **379**
20. Bewertung einer Bauverpflichtung
(OLG Hamm, Beschluss vom 17.2.2004, 15 W 315/03) **380**

Steuerrecht

21. Eigenheimzulage für Erwerb einer Wohnung aus der Konkursmasse des Ehegatten
(BFH, Urteil vom 19.2.2004, III R 54/01) **382**

Hinweise für die Praxis

1. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung **384**
2. Zweifelsfragen zum Eigenheimzulagengesetz (BFH-Urteil vom 20.3.2003, III R 55/00, BStBl 2004 II, 206)
Erstjahr im Sinne des § 5 EigZulG; Genossenschaftsförderung nach § 17 EigZulG
Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 2.3.2004,
IV C 3 – EZ 1010 – 6/04 (BStBl I, 363) **386**
3. Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblichem Grundstückshandel
Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 26.3.2004,
IV A 6 – S 2240 – 46/04 **386**

Standesnachrichten 394

Sonstiges III



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

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

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs
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

Änderungen der Kostenordnung durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz und Auswirkungen des § 14 Abs. 4 Nr. 4 UStG – grundlegende Änderungen und praktische Anwendungsprobleme

Von Notariatsoberrat *Werner Tiedtke* und Notarassessor *Tobias Fembacher*, München

Zum 1.7.2004 sind die durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz (KostRMOG)¹ eingeführten Neuregelungen der Kostenordnung (KostO) in Kraft getreten. Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit den für Notare bedeutsamen Änderungen der KostO, insbesondere mit der Einführung der allgemeinen Geschäftswertobergrenze von 60 Millionen Euro, der Schaffung des neuen Auslagentatbestandes gem. § 152 Abs. 2 Nr. 4 KostO zur Versicherungsprämie der Haftpflichtversicherung für den Einzelfall und den Neuerungen zu Verzinsung und Beitreibung notarieller Kostenforderungen. Weiteres Thema ist das Erfordernis der Angabe einer laufenden Rechnungsnummer auf notariellen Kostenberechnungen nach § 14 Abs. 4 Nr. 4 Umsatzsteuergesetz (UStG).

I. Geschäftswertobergrenze: 60 Millionen Euro

1. Grundsätze

Durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz wurde zum 1.7.2004 mit § 18 Abs. 1 Satz 2 KostO n. F. erstmals eine generelle Geschäftswertobergrenze eingeführt. Im Anschluss an die Festlegung des Geschäftswertsprinzips als Grundlage der Gebührenberechnung regelt diese Norm, dass der Geschäftswert „höchstens 60 Millionen Euro“ beträgt, „soweit nichts anderes bestimmt ist“. Die Kostenordnung kannte zwar schon bislang an mehreren Stellen Geschäftswertbegrenzungen. Beispiele dafür sind etwa § 39 Abs. 4 KostO², der den Geschäftswert für die Beurkundung von Gesellschaftsverträgen, Satzungen und Statuten sowie von Plänen und Verträgen nach dem Umwandlungsgesetz auf 5 Millionen Euro und den von

Handelsregisteranmeldungen auf 500.000 Euro begrenzt, sowie § 41 Abs. 4 KostO, wonach der Wert bei der Beurkundung von Vollmachten mit höchstens 500.000 Euro anzunehmen ist. Diese Begrenzungen des Geschäftswerts beziehen sich aber sämtlich auf einzelne inhaltlich abgegrenzte Spezialmaterien. Den Beteiligten kommen hier bei hohen Geschäftswerten also sowohl der Degressionsvorteil als auch die Geschäftswertobergrenze zugute.

2. Haftpflichtversicherung für den Einzelfall

Nun wird aber eine allgemeine Geschäftswertobergrenze von 60 Millionen Euro in der Kostenordnung etabliert. Diese wird mit der Schaffung eines neuen Auslagentatbestandes in § 152 Abs. 2 Nummer 4 KostO n. F. verbunden, wonach die gezahlte Prämie für eine für den Einzelfall abgeschlossene Haftpflichtversicherung gegen Vermögensschäden im Rahmen der Auslagen geltend gemacht werden kann, soweit die Prämie auf Haftungsbeträge von mehr als 60 Millionen Euro entfällt. Das Gesetz führt weiter aus, dass von der Gesamtprämie der Betrag zu erstatten ist, der sich aus dem Verhältnis der 60 Millionen Euro übersteigenden Versicherungssumme zu der Ge-

¹ BGBI I, 718.

² Zu Entwicklung und Hintergrund dieser Geschäftswertobergrenze vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl., § 39 Rdnr. 142 ff.; zu Einzelproblemen *Tiedtke*, MittBayNot 1997, 21.

samtversicherungssumme ergibt, soweit sich aus der Rechnung des Versicherers nichts anderes ergibt. Die Versicherungsprämie kann somit an den Kostenschuldner weitergegeben werden, jedoch nur anteilig.

§ 18 Abs. 1 Satz 2 KostO n. F. stellt eine punktuelle Neuregelung des notariellen Kostenrechts dar, das im Übrigen in seinem materiellen Gehalt vom Kostenrechtsmodernisierungsgesetz kaum betroffen ist. Die Vorgehensweise des Gesetzgebers ist hier also eine gänzlich andere als etwa im Zusammenhang mit den Gebühren der Rechtsanwälte. In diesem Bereich liegt mit dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) ebenfalls seit dem 1.7.2004 eine völlige Neukonzeption des Gebührensystems vor.

3. Konsequenzen anhand von Berechnungsbeispielen

Konsequenz des § 18 Abs. 1 Satz 2 KostO ist zunächst, dass insbesondere in den Fällen, in denen für den beurkundenden Notar in wirtschaftlicher Hinsicht ein extremes Haftungsrisiko besteht, die absolute Geschäftswertbegrenzung eingreift. Dieser Nachteil wird durch den zusätzlichen Auslagentatbestand nicht ausgeglichen, da ein Risiko über der Geschäftswertgrenze von 60 Millionen Euro wirtschaftlich ohnehin kaum versicherbar ist. Eine Anfrage der Autoren bei der Allianz hat dazu Folgendes ergeben:

Für eine Einzelobjektversicherung beträgt die Prämie je 1 Million Euro Versicherungssumme 1.000 Euro. Da es sich bei Deckungssummen von über 60 Millionen Euro um absolute Singularrisiken handelt, kann sich diese Prämie im Einzelfall noch verteuern. Zudem ist zu berücksichtigen, dass als Auslagen für eine Einzelfallversicherung nur der Prämienbetrag, der auf das Schadensrisiko über 60 Millionen Euro entfällt, geltend gemacht werden kann. Den Betrag der Versicherungsprämie für den möglichen Vermögensschaden bis 60 Millionen Euro hat der Notar zu tragen, ohne dass er ihn als Auslage auf den Kostenschuldner umlegen könnte. Dieser vom Notar selbst zu tragende Teil der Versicherungsprämie übersteigt in aller Regel die von ihm für eine bestimmte Amtstätigkeit nach der KostO zu berechnende(n) Gebühr(en). Dies zeigt sich bei den nachfolgenden Beispielen, die auf der Grundlage der Prämie von 1.000 Euro pro 1 Million Euro Versicherungsprämie basieren; bei Versicherung eines höheren Vermögensschadens bleibt das wirtschaftliche Ergebnis für den Notar gleich, weil die Versicherungsprämie linear steigt.

a) *Beurkundung eines Kaufvertrages, Geschäftswert 65 Mio. €*

^{20/10} Vertragsgebühr gem. § 36 Abs. 2 KostO = 52.274 € (^{20/10} Gebühr aus 60 Mio. €); Vollzugsgebühr (^{1/10} Gebühr nach § 146 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz KostO und zwei Betreuungsgebühren nach § 147 Abs. 2 KostO jeweils aus Teilwerten von 30 %) in Höhe von insgesamt 18.490,70 €, Gesamtbetrag aller Gebühren von 70.764,70 €;

anteilige vom Notar zu tragende Versicherungsprämie bei Haftpflichtversicherung über 65 Mio. € (60/65) = 60.000 €. Von der Gesamtversicherungsprämie von 65.000 € sind vom Kostenschuldner anteilig 5.000 € gem. § 152 Abs. 2 Nummer 4 KostO n. F. zu tragen.

Bei Abzug der vom Notar anteilig zu tragenden Versicherungsprämie verbleibt dem Notar ein Gebührenbetrag von 10.764,70 €. Davon sind im Bereich der Notarkasse München die vom Notar zu entrichtenden Abgaben abzuziehen, so dass dem Notar – wenn überhaupt – nur ein geringfügiger Gebührenbetrag verbleibt.

b) *Beurkundung eines Verschmelzungsvertrages, Geschäftswert 5 Mio. € gem. § 39 Abs. 4 KostO (Aktivvermögen des übertragenden Rechtsträgers angenommen mit 100 Mio. €)*

^{20/10} Gebühr gem. § 36 Abs. 2 KostO = 15.114 €, zusätzlich für die Zustimmungsbeschlüsse ^{20/10} Gebühr gem. § 47 KostO = 5.000 € und für die Registeranmeldungen zwei ^{5/10} Gebühren gem. §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO bei Annahme von Geschäftswerten von 25.000 € in Höhe von insgesamt 84 €, Gesamtbetrag aller Gebühren von 20.198 €;

anteilige vom Notar zu tragende Versicherungsprämie bei Haftpflichtversicherung über 100 Mio. € (60/100) = 60.000 €. Von der Gesamtversicherungsprämie von 100.000 € sind vom Kostenschuldner anteilig 40.000 € gem. § 152 Abs. 2 Nummer 4 KostO n. F. zu tragen.

Bei Abzug der vom Notar anteilig zu tragenden Versicherungsprämie ergibt sich für den Notar ein wirtschaftlicher Mindestverlust von 39.802 €, der sich noch um die im Bereich der Notarkasse München vom Notar zu entrichtenden Abgaben erhöht.

c) *Beurkundung einer Ausgliederung zur Neugründung, Geschäftswert 5 Mio. € (Aktivvermögen des ausgegliederten Betriebsteils angenommen mit 150 Mio. €)*

^{10/10} Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO = 7.557 €, zusätzlich für den Zustimmungsbeschluss ^{20/10} Gebühr gem. § 47 KostO = 5.000 € und für die Registeranmeldungen zwei ^{5/10} Gebühren gem. §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO bei Annahme von Geschäftswerten von 25.000 € in Höhe von insgesamt 84 €, Gesamtbetrag der Gebühren von 12.641 €;

anteilige vom Notar zu tragende Versicherungsprämie bei Haftpflichtversicherung über 150 Mio. € (60/150) = 60.000 €. Von der Gesamtversicherungsprämie von 150.000 € sind vom Kostenschuldner anteilig 90.000 € gem. § 152 Abs. 2 Nummer 4 KostO n. F. zu tragen.

Bei Abzug der vom Notar anteilig zu tragenden Versicherungsprämie ergibt sich für den Notar ein wirtschaftlicher Mindestverlust von 47.359 €, der sich noch um die im Bereich der Notarkasse München vom Notar zu entrichtenden Abgaben erhöht.

d) *Beurkundung eines Formwechselbeschlusses, Geschäftswert nach Aktivvermögen des formwechselnden Rechtsträgers angenommen mit 200 Mio. €*

^{20/10} Gebühr gem. § 47 KostO = Höchstgebühr 5.000 €. Hinzu kommt für die von den Anteilsinhabern abzugebenden und beurkundungspflichtigen Verzichtserklärungen aus einem hier angenommenen Teilwert von 2 Mio. € (Teilwert 1 %) ³ eine ^{10/10} Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO in Höhe von 3.057 € und für die Registeranmeldung bei einem angenommenen Geschäftswert von 25.000 € eine ^{5/10} Gebühr gem. §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO in Höhe von 42 €, Gesamtbetrag der Gebühren von 8.099 €;

anteilige vom Notar zu tragende Versicherungsprämie bei Haftpflichtversicherung über 200 Mio. € (60/200) = 60.000 €. Von der Gesamtversicherungsprämie von 200.000 € sind vom Kostenschuldner anteilig 140.000 € gem. § 152 Abs. 2 Nummer 4 KostO n. F. zu tragen.

³ Notarkasse, Streifzug durch die KostO, Rdnr. 802; Tiedtke, MittBayNot 1997, 209, und ZNotP 2001, 260.

Bei Abzug der vom Notar anteilig zu tragenden Versicherungsprämie ergibt sich für den Notar ein wirtschaftlicher Mindestverlust von 51.901 €, der sich noch um die im Bereich der Notarkasse München vom Notar zu entrichtenden Abgaben erhöht.

4. Belehrungspflicht über Versicherungsprämie?

Von besonderer Problematik ist im Notarkostenrecht der Umfang der Pflicht des Notars zur Belehrung über die für seine Tätigkeit anfallenden Kosten. Die den Notaren zufließenden Kosten, zu denen auch die Auslagen nach § 152 Abs. 2 KostO gehören, beruhen nicht auf einem bürgerlich-rechtlichen Vertragsverhältnis, sondern auf der Ausübung eines öffentlich-rechtlichen Amtes.⁴ Der öffentlich-rechtliche Charakter wird insbesondere dadurch deutlich, dass Notare ihre Kostenforderungen selbst nach § 155 KostO betreiben können. Nach § 140 Satz 1 KostO bestimmen sich die Kosten des Notars ausschließlich nach der KostO, soweit bundesrechtlich nichts anderes vorgeschrieben ist. § 17 BNotO verpflichtet den Notar, die gesetzlich vorgeschriebenen Kosten zu erheben. Ergänzende Bestimmungen enthalten die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer,⁵ wonach der Notar seine Kosten in angemessener Frist einzufordern und bei Nichtzahlung im Regelfall beizutreiben hat und jede Beteiligung Dritter an Gebühren ausgeschlossen ist. Die Richtlinienempfehlungen der BNotK sind in aller Regel von den Notarkammern übernommen worden, so auch von der Landesnotarkammer Bayern.⁶ Vereinbarungen über die Höhe der Kosten (Gebühren und Auslagen) sind gem. § 140 KostO unwirksam.

Aus diesen Grundsätzen heraus wird eine Belehrungspflicht des Notars über die gesetzlich anfallenden und damit unvermeidbaren Kosten von Rechtsprechung und Schrifttum verneint.⁷ Gleiches gilt für die Zahlungspflicht desjenigen, der die Tätigkeit des Notars in Anspruch nimmt, und bei mehreren Kostenschuldern für deren gesamtschuldnerische Haftung.⁸ Dies schließt aber nicht aus, dass der Notar den Beteiligten auf Befragen über die voraussichtlich anfallenden Kosten unter Einhaltung der notwendigen Sorgfalt zur Auskunft verpflichtet ist. Eine Kostenauskunft hat zwar keine bindende Kraft; aus einer unrichtigen Angabe der Gebührenhöhe könnte aber ein Anspruch auf Schadensersatz erwachsen, wenn bei zutreffender Auskunft das gebührenpflichtige Geschäft unterblieben wäre, was letztlich im Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO zu entscheiden ist.⁹

Eine Belehrungspflicht wird dem Notar jedoch dann auferlegt, wenn die Belehrung aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls geboten ist¹⁰ oder wenn sich der Beteiligte in einem offensichtlichen, für den Notar klar erkennbaren Irrtum über die Kostenhöhe befindet.¹¹ Der Notar ist zudem grundsätzlich verpflichtet, den billigsten Weg zu wählen, wenn bei

gleicher Sicherheit mehrere Gestaltungsmöglichkeiten bestehen; er hat mit anderen Worten unnötige Kosten zu vermeiden.¹² Will der Notar von diesem Grundsatz abweichen, kann es geboten sein, die Beteiligten über die kostenrechtlichen Auswirkungen zu belehren,¹³ wobei mögliche Kostenvergünstigungen einzuschließen sind. Beim Umfang der Belehrungspflicht kann es auch eine Rolle spielen, ob ein Beteiligter in Kenntnis der Kostenfolgen auf einer bestimmten Verfahrensweise besteht und nicht bereit ist, von seiner ständigen Praxis abzuweichen.¹⁴ Bleibt dem Notar die Gestaltung von den Beteiligten überlassen, ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Notar den sichersten und sachdienlicheren Weg wählen darf, d. h., eine Gestaltungsweise, die zwar geringere Kosten auslöst, darf nicht zu Lasten der Sicherheit für die Beteiligten gehen (andernfalls Schadensersatzpflicht des Notars). Sicherungsinteressen gehen also vor.

Nach § 16 KostO werden Kosten, die bei richtiger Sachbehandlung nicht entstanden wären, nicht erhoben.¹⁵ Eine unrichtige Sachbehandlung kann auch in einer unterlassenen Belehrung über die Kostenhöhe (bei Annahme einer Belehrungspflicht) liegen.¹⁶ Dies muss auch für die vom Kostenschuldner zu tragende (anteilige) Versicherungsprämie für eine für den Einzelfall vom Notar abgeschlossene Haftpflichtversicherung gegen Vermögensschäden gelten, soweit die Prämie auf Haftungsbeträge von mehr als 60 Millionen Euro entfällt. Nach der Legaldefinition des § 1 KostO zählen zu den Kosten die „Gebühren und Auslagen“. Die anteilig vom Kostenschuldner zu tragende Versicherungsprämie (§ 152 Abs. 2 Nr. 4 KostO n. F.) zählt zu den umlagefähigen Auslagen. Bei § 152 Abs. 2 Nr. 4 KostO handelt es sich um einen neuen Auslagentatbestand, in Bezug auf welchen eine Belehrungspflicht des Notars unter Berücksichtigung der vorgenannten Grundsätze zu bejahen sein dürfte. Gleich, ob der Abschluss einer Haftpflichtversicherung für den konkreten Einzelfall auf Wunsch des Notars oder auf Verlangen der Beteiligten erfolgt, ist dem Notar anzuraten, auf eine Weitergabe der anteiligen Versicherungsprämie an den Kostenschuldner hinzuweisen, schon um mögliche Einwendungen von vorneherein auszuschließen. Ein Hinweis erscheint auch aus der Sicht des Notars geboten, da im Falle einer Schadensersatzpflicht (sollte diese im Beschwerdeverfahren bejaht werden) die gesamte auf das Amtsgeschäft verwendete Tätigkeit wirtschaftlich ein Verlustgeschäft sein könnte.

5. Recht auf Ablehnung der Amtstätigkeit?

Beurkundungsrechtlich drängt sich angesichts dieser wirtschaftlichen Implikationen die Frage auf, ob ein Notar die Beurkundung verweigern kann, wenn die Beteiligten darauf bestehen, dass sich der Notar für die einzelne Beurkundung entsprechend versichert und die Versicherungsprämie im Einzelfall höher ausfallen würde als die Gebühren, die dem Notar aus dem Geschäft zufließen.

⁴ *Korintenberg/Lappe*, § 1 Rdnr. 11 und Vorbem. zu § 154–157 Rdnr. 1 ff.

⁵ DNotZ 1999, 259.

⁶ Vgl. Amtliches Mitteilungsblatt der Landesnotarkammer Bayern und der Notarkasse München, Nr. 3/99.

⁷ *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 16 Rdnr. 49 m. w. N.

⁸ KG, DNotZ 1969, 245; BayObLG, JurBüro 1982, 1549; MittBayNot 1988, 140; *Schippel*, BNotO, 7. Aufl., § 17 Rdnr. 15.

⁹ OLG Düsseldorf, DNotZ 1954, 454 mit Anm. *Ackermann*; OLG Celle, DNotZ 1954, 436; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 140 Rdnr. 3.

¹⁰ BGH, WM 1968, 1942; KG, DNotZ 1969, 245; BayObLG, MittBayNot 1988, 247 = JurBüro 1988, 1706.

¹¹ OLG Zweibrücken, JurBüro 1989, 661; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 16 Rdnr. 49.

¹² OLG Köln, JurBüro 1990, 75; OLG Karlsruhe, JurBüro 1992, 549; *Daimer/Reithmann*, Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars, Rdnr. 41.

¹³ Vgl. z. B. OLG Hamm, DNotZ 1969, 248; OLG Frankfurt/Main, JurBüro 1977, 1755; OLG Oldenburg, JurBüro 1974, 70; OLG Karlsruhe, Justiz 1976, 81.

¹⁴ BayObLG, MittBayNot 2000, 575 mit Anm. *Tiedtke* = DNotl-Report 2000, 193 = ZNotP 2001, 78; OLG Köln, MittBayNot 1999, 399.

¹⁵ OLG Celle, JurBüro 1976, 511; OLG Hamm, JurBüro 1963, 638; OLG Köln, JurBüro 1975, 224.

¹⁶ *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 16 Rdnr. 49 ff.

Die Vorschriften der §§ 14 BNotO, 4 BeurkG bieten für diesen Fall, in dem der Notar ökonomisch betrachtet letztlich ein Verlustgeschäft machen würde, keinen unmittelbaren Ansatzpunkt. Diese Normen beinhalten zwar Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Urkundsgewährungspflicht, wenn die Mitwirkung des Notars bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden.¹⁷ Das mögliche wirtschaftliche Risiko, das für den Notar mit der Beurkundung verbunden ist, spielt in diesem Zusammenhang jedoch keine Rolle, so dass eine Ablehnungspflicht des Notars nach §§ 14 BNotO, 4 BeurkG nicht besteht.

Allerdings räumt § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO dem Notar die Möglichkeit ein, die Urkundstätigkeit bei Vorliegen eines „ausreichenden Grundes“ zu verweigern. Die Vorschrift statuiert, anders als §§ 14 BNotO, 4 BeurkG, also keine Ablehnungspflicht des Notars, sondern gibt ihm ein Ablehnungsrecht. Als „ausreichende Gründe“ werden etwa die Enthaltung wegen Befangenheit nach § 16 Abs. 2 BNotO, die Nichtleistung eines berechtigterweise angeforderten Kostenvorschusses oder eine Verhinderung aus tatsächlichen Gründen wie z. B. Krankheit betrachtet.¹⁸ Grundsätzlich gilt, dass der unbestimmte Rechtsbegriff des „ausreichenden Grundes“ vor dem Hintergrund der Aufgaben und der Stellung des Notars in der Rechtspflege auszulegen ist.¹⁹ Insbesondere die Unabhängigkeit des Notars und die Freiheit seiner Berufsausübung dürfen durch ein bestimmtes Ersuchen der Beteiligten nicht gefährdet werden. Als „ausreichender Grund“ für die Ablehnung einer Beurkundung im Sinne des § 15 Abs. 1 BNotO ist es daher anzusehen, wenn Beteiligte vom Notar den Abschluss einer bestimmten Versicherung für den Einzelfall verlangen und ihm damit eine bestimmte Art und Weise seiner Berufsausübung ansinnen. Würde eine Auslegung der §§ 14, 15 BNotO den Notar in dieser Situation zum Abschluss der entsprechenden Versicherung verpflichten, so wäre dies ein unverhältnismäßiger Eingriff in die durch Art. 12 GG gewährleistete Berufsausübungsfreiheit des Notars. Daher besteht für den Notar in der geschilderten Konstellation ein Ablehnungsrecht aus § 15 Abs. 1 BNotO.

6. Wirtschaftliche Rechtfertigung der Gebührenobergrenze?

Neben den durch den Gesetzgeber wohl nicht eingehend bedachten wirtschaftlichen Auswirkungen haftet der Einführung der allgemeinen Geschäftswertobergrenze auch etwas Willkürliches an, da die Begrenzung auf gerade 60 Millionen Euro durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Sollte Hintergrund der Überlegungen des Gesetzgebers auch gewesen sein, durch die Neuregelung dem pauschalen Vorwurf zu begegnen, die deutschen Notargebühren seien im internationalen Vergleich zu hoch, so ist die absolute und allgemeine Begrenzung des Geschäftswerts mit Sicherheit nicht der richtige Ansatzpunkt, um dieser Kritik entgegenzuwirken. Denn die Obergrenze „verbilligt“ das Angebot der notariellen Beurkundung gerade für die wirtschaftlich besonders leistungsstarken Beteiligten, nicht für die große Masse der Rechtsuchenden.

¹⁷ Schippel, § 14 Rdnr. 10, weist darauf hin, dass insoweit eine spezielle *Rechtmäßigkeits*verantwortung des Notars bestehe.

¹⁸ Vgl. Schippel, § 15 Rdnr. 61 ff.; Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, § 15 BNotO, Rdnr. 25; Winkler, MittBayNot 1998, 141/143.

¹⁹ Dazu Schippel/Reithmann, § 15 Rdnr. 61, der darauf hinweist, dass die Beurkundung keine Begleitumstände aufweisen dürfe, die an der Rolle des Notars als „freiem Diener am Recht“ zweifeln lassen könnten.

II. Verzinsung der Kostenforderungen nach § 154 a KostO

1. Grundsätze

Durch die Neuregelung des § 154 a KostO ist nunmehr ausdrücklich angeordnet, dass notarielle Kostenforderungen durch den Zahlungspflichtigen im Grundsatz zu verzinsen sind. Diese Klarstellung durch den Gesetzgeber ist in jedem Fall zu begrüßen. Denn bislang war die Verzinsungspflicht im Hinblick auf notarielle Kostenforderungen umstritten.²⁰ Der Bundesgerichtshof vertrat allerdings in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die bürgerlich-rechtlichen Regelungen über Verzugszinsen auf den notariellen Kostenanspruch als öffentlich-rechtliche Forderung keine Anwendung finden würden.²¹ Eine andere Betrachtung war aber wohl schon seit 1.1.2002 geboten. Denn durch den zu diesem Zeitpunkt neu eingeführten § 17 Abs. 4 KostO wurde zwar geregelt, dass Ansprüche auf Zahlung und Rückerstattung von Kosten nicht verzinst werden. Allerdings stellte § 143 Abs. 1 KostO klar, dass neben anderen Vorschriften des Ersten Teils der KostO auch die Verzinsungsregelung in § 17 Abs. 4 KostO keine Anwendung finden sollte, wenn die Gebühren für die Tätigkeit des Notars diesem selbst zufließen, wie es z. B. in Bayern der Fall ist. Im Umkehrschluss war also schon bislang der Kostenanspruch des sog. Gebührennotars nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zu verzinsen,²² auch wenn es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlte.

Voraussetzung für das Entstehen des Anspruchs auf Verzugszinsen ist nunmehr nach § 154 a KostO n. F., dass dem Kostenschuldner eine vollstreckbare Ausfertigung der Kostenrechnung zugestellt wird, welche Angaben über die Höhe der zu verzinsenden Forderung, den Verzinsungsbeginn und den Zinssatz enthält. Die Verzinsung beginnt dann einen Monat nach Zustellung der entsprechenden Ausfertigung.

2. Fälligkeit und Verzugsfall

a) Fälligkeit der zu verzinsenden Gebühren

Nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen, die auch auf Kostenforderungen der Notare anzuwenden sind, tritt Verzug ein, wenn der Schuldner auf eine fällige Schuld keine Leistung erbringt (§ 286 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine Geldschuld ist (nur) während des Verzugs zu verzinsen (§ 288 Abs. 1 Satz 1 BGB). Bei Kostenforderungen des Notars tritt die Fälligkeit einer Gebühr nicht mit Rechnungsstellung ein, sondern gem. § 7 KostO mit der Beendigung des konkreten gebührenpflichtigen Geschäfts; Auslagen werden sofort nach ihrer Entstehung fällig. Auch wenn durch das Erstellen einer (Gesamt-)Kostenberechnung für mehrere Gebühren auslösende Tätigkeiten nach außen der Eindruck entstehen könnte, für alle Rechnungsbeträge sei von einem einheitlichen Fälligkeitszeitpunkt auszugehen, muss nach dem System der Kostenordnung die Fälligkeit jeder einzelnen Gebühr nach ihrem Tatbestandsmerkmal bestimmt werden.

Der kostenrechtliche Begriff der „Beendigung“ ist mit der Erfüllung eines in der KostO bestimmten Gebührentatbestandes gleichzusetzen.²³ Danach werden beispielsweise fällig:

²⁰ Vgl. Korintenberg/Bengel/Tiedtke, § 154 Rdnr. 4.

²¹ Z. B. BGH, NJW 1989, 2615; zuvor bereits OLG Düsseldorf, DNotZ 1981, 76; Hansens, DNotZ 1983, 541.

²² So auch Korintenberg/Bengel/Tiedtke, KostO, § 154 Rdnr. 4 a; Hüttinger/Wudy, NotBZ 2002, 41.

²³ Streifzug, Rdnr. 474.

- die Beurkundungsgebühr mit Unterzeichnung der Niederschrift,
- die Beschlussgebühr mit Unterzeichnung der Beschlussniederschrift,
- die Beglaubigungsgebühr nach § 45 KostO mit Unterzeichnung des Beglaubigungsvermerks,
- Vollzugsgebühren mit Beendigung der Vollzugstätigkeiten, wenn mehrere Vollzugstätigkeiten durchzuführen sind, mit Eingang der letzten Genehmigung oder Bescheinigung,
- Betreuungsgebühren nach § 147 Abs. 2 KostO mit Beendigung der gebührenpflichtigen Tätigkeit, z. B. die Gebühr für die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit mit Absendung der Fälligkeitsmitteilung, die Gebühr für die Überwachung der Auflassung mit der Vorlage der Urkunde an das Grundbuchamt zum Vollzug der Auflassung,
- Entwurfsgebühren nach § 145 Abs. 1 KostO mit Fertigstellung des Entwurfs, solche nach § 145 Abs. 3 KostO nach Aushändigung und endgültigem Unterbleiben der beabsichtigten Beurkundung.

b) Vollstreckbare (Ausfertigung der) Kostenberechnung mit Zinsangabe

aa) Allgemeine Hinweise zum Zitiergebot

Das gesetzliche Privileg des § 155 Satz 1 KostO, wonach sich Notare selbst einen Titel für die Beitreibung ihrer Kosten verschaffen können, steht im Kontext mit § 154 Abs. 2 KostO. Danach muss der Notar seine Kostenberechnung nach den strengen Anforderungen des Zitiergebotes erstellen. Neben dem Geschäftswert, einer kurzen Bezeichnung des jeweiligen Gebührentatbestandes und der Auslagen, den Beträgen der angesetzten Gebühren und Auslagen sowie etwa verauslagter Gerichtskosten und empfangener Vorschüsse²⁴ müssen auch die Kostenvorschriften, ggf. mit Absätzen und sonstigen Untergliederungen, angegeben werden.²⁵ Eine notarielle Kostenberechnung, die diesen Anforderungen nicht entspricht, ist nach ständiger Rechtsprechung formunwirksam und deshalb im Beschwerdeverfahren nach § 156 Abs. 1 KostO ohne sachliche Prüfung des Kostenanspruchs des Notars aufzuheben.²⁶ Daraus folgt, dass die Formunwirksamkeit der Kostenberechnung auch die von dem Notar nach § 155 Satz 1 KostO erteilte Vollstreckungsklausel ergreift und daher keine geeignete Grundlage für die Beitreibung des Kostenbetrages im Wege der Zwangsvollstreckung darstellen kann.²⁷ Die Formunwirksamkeit der Kostenberechnung führt zwangsläufig dazu, dass sie auch nicht die Ausschlussfrist des § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO in Lauf setzen kann.

Das Zitiergebot spielt auch bei Verjährungsfragen eine Rolle. Die Verjährung beginnt nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KostO erneut u. a. durch Übersendung einer den Formvorschriften des § 154 KostO entsprechenden Kostenberechnung (Zahlungsaufforderung) an den Kostenschuldner²⁸ sowie durch eine

dem Kostenschuldner mitgeteilte Stundung. Voraussetzung für einen Verjährungsneubeginn durch Stundung ist jedoch, dass dem Schuldner eine formgerechte Kostenberechnung nach § 154 KostO zugegangen ist oder gleichzeitig übersandt wird.²⁹ Weist die Kostenberechnung Formmängel auf, taugt sie nicht zur Herbeiführung des Verjährungsneubeginns,³⁰ auch dann nicht, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung durch den Gerichtsvollzieher zugestellt wird.

bb) Beseitigung von Formmängeln

Entspricht die Kostenberechnung nicht den Formerfordernissen des § 154 Abs. 2 KostO, so hat der Notar die Möglichkeit, diese Formmängel durch die nachträgliche Übersendung einer ordnungsgemäßen Kostenberechnung zu beheben. Dies ist auch im Verfahren der weiteren Beschwerde zulässig, allerdings nur, wenn das Landgericht eine sachliche Entscheidung über die Kostenberechnung getroffen und dabei den bestehenden Formmangel übergangen hat.³¹ Soweit Gebühren und Auslagen in Rechnung gestellt sind, die noch nicht fällig sind, jedoch als Vorschuss erhoben werden, muss § 8 KostO mit angegeben werden.

Muster einer Kostenberechnung am Beispiel eines Grundstückskaufvertrages

Notar Dr. Alfons Mustermann	Musterstadt, 10.7.2004
Hauptstraße 100	
88888 Musterstadt	USt-IdNr.:
	(alternativ: Steuernummer)

Rechnungsnummer: Kostenregister Nr. 980/04 (s. hierzu Abschn. V.)

Herrn
Rolf Maier
Einsteinstraße 1
99999 A-Stadt

Kostenberechnung nach § 154 KostO

für die Beurkundung des Kaufvertrages samt Vollzugs- und Betreuungstätigkeiten mit der Firma XY-GmbH vom 8.5.2004, URNr. 980/04

Sehr geehrter Herr Maier,

für meine Amtstätigkeiten erteile ich die Kostenberechnung entsprechend den Bestimmungen der Kostenordnung (KostO). Bitte überweisen Sie den sofort fälligen Betrag unter Angabe der Kosten-Reg. Nr. auf eines der angegebenen Konten.

Kosten-Reg. Nr. 980/04

§§ 141, 32 KostO (alle Paragraphen sind die der KostO)

Gebühren:

§ 36 Abs. 2 Beurkundungsgebühr aus Geschäftswert 300.000 € (§ 20 Abs. 1)	1.014,00 €
§§ 8, 146 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz Vollzugsgebühr aus Geschäftswert 300.000 € (§ 146 Abs. 4)	253,50 €
§§ 8, 147 Abs. 2 Fälligkeitsüberwachung aus Geschäftswert 90.000 € (§ 30 Abs. 1)	96,00 €

²⁴ BayObLG, MittBayNot 2004, 298; *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2004, 285.

²⁵ BayObLG, JurBüro 1984, 914 und 1228; DNotZ 1991, 406; OLG Zweibrücken, JurBüro 1989, 661; OLG Hamm, JurBüro 1992, 343; 2000, 152.

²⁶ OLG Hamm, DNotZ 1971, 756; JurBüro 2000, 152; ebenso BayObLGZ 1981, 348, 351.

²⁷ *Rohs/Wedewer*, KostO, § 155 Rdnr. 2.

²⁸ *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 143 Rdnr. 7; *Rohs/Wedewer*, § 143 Rdnr. 6 a; OLG Düsseldorf, DNotZ 1976, 253 = MittBayNot 1975, 191; OLG Frankfurt, DNotZ 1987, 180; OLG Schleswig, DNotZ 1996, 474; OLG Hamm, zuletzt ZNotP 2000, 40; LG Würzburg, ZNotP 2000, 167.

²⁹ *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 143 Rdnr. 7; KG, DNotZ 1962, 428; BayObLG MittBayNot 1991, 31.

³⁰ *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 154 Rdnr. 13; Streifzug, Rdnr. 1076.

³¹ *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 156 Rdnr. 10 mit Hinweis auf OLG Hamm, KostRspr. Nr. 187.

§§ 8, 147 Abs. 2 Vollzugsüberwachung aus Geschäftswert 90.000 € (§ 30 Abs. 1)	96,00 €
Dokumentenpauschale, §§ 8, 136 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 4 Nr. 1, 152 Abs. 1	29,50 €
Auslagen (Porto, Fax, Telefon), §§ 8, 152 Abs. 2 Nr. 1 u. 2	16,00 €
Zwischensumme	1.505,00 €
Mehrwertsteuer, § 151 a, 16 %	240,08 €
Rechnungsbetrag	<u>1.745,80 €</u>
Bankverbindung	
Notar	

cc) Zinsangabe in der Kostenberechnung

Für die Vollstreckung der Zinsforderungen (§ 155 Satz 1 KostO n. F.), die der Notar nach § 154 a KostO n. F. zu erheben hat, stellt sich das allgemeine vollstreckungsrechtliche Problem, welche Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit des vollstreckbaren Anspruchs zu stellen sind. Grundsätzlich gilt, dass ein Geldbetrag zum Zwecke der Zwangsvollstreckung genau bestimmt sein muss; bloße Bestimmbarkeit soll nicht ausreichen.³² Dies ist bei Zinsforderungen begrifflich nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nach Verzinsungsbeginn möglich, nicht jedoch bis zum Zeitpunkt des Verzugsendes, da dieses unbestimmt ist und daher der Zinsbetrag nicht genau zahlenmäßig bestimmt im Titel angegeben werden kann. Daher reicht es für Zinsforderungen aus, wenn der Betrag sich ohne weiteres aus den Angaben der Urkunde bzw. im Fall des § 154 a KostO der vollstreckbaren Kostenberechnung berechnen lässt.³³

Die vollstreckbare Kostenberechnung hat im Hinblick auf die Zinsen somit folgende Angaben zu enthalten: die genaue Bezeichnung des zu verzinsenden Rechnungsbetrags, den Zinssatz sowie den Verzinsungsbeginn, der nach der gesetzlichen Regelung einen Monat nach Zustellung liegt. Die Zustellung ließe sich dann durch das entsprechende Vollstreckungsprotokoll (Zustellungsprotokoll) des Gerichtsvollziehers nachweisen. Im folgenden Beispielfall wird unterstellt, dass alle Gebühren und Auslagen im Zeitpunkt des Zustellungsauftrags an den Gerichtsvollzieher nach Beendigung aller Vollzugs- und Nebentätigkeiten fällig geworden sind.

Es fallen folgende Zinsen an (§ 154 a KostO):

Aus der Gesamtforderung von 1.745,80 €,³⁴ beginnend einen Monat nach der Zustellung,³⁵ fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB jährlich,³⁶ das sind derzeit 6,13 %³⁷ jährlich, entspricht Tageszins von derzeit 0,29 €.

³² Zöller, ZPO, § 794 Rdnr. 26 b; anders Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl. 2002, vor § 704 Rdnr. 16, die auch „Bestimmbarkeit“ genügen lassen, sofern sich diese aus dem Titel selbst ergibt.

³³ Thomas/Putzo, a. a. O., Rdnr. 20, weisen darauf hin, dass Zinsen nach Höhe und Laufzeit bestimmt sein müssten. BGHZ 122, 16/22 lässt die Bestimmung von Zinsen auf der Grundlage des Diskont- bzw. Basiszinssatzes ausreichen.

³⁴ Bezeichnung des zu verzinsenden Rechnungsbetrages.

³⁵ Angabe des Zinsbeginns.

³⁶ Angabe des Zinssatzes.

³⁷ Seit dem 1.1.2004 beträgt der Basiszinssatz gem. § 247 BGB 1,14 %; der Basiszinssatz ab 1.7.2004 war bei Abfassung des Beitrags noch nicht veröffentlicht, so dass dem Berechnungsbeispiel der letzte Basiszinssatz zugrunde gelegt wurde.

Sind nicht alle Gebühren und Auslagen fällig, die im Gesamtrechnungsbetrag enthalten sind, ist der zu verzinsende Betrag um die noch nicht fälligen Beträge zu verringern. Werden einzelne Gebühren erst nach der Zustellung der vollstreckbaren (Ausfertigung der) Kostenberechnung fällig, müsste wegen der auf die später fällig werdenden Beträge entfallenden Zinsen erneut zugestellt werden.

dd) Formulierung der Vollstreckungsklausel

Der Notar treibt seine Kosten und die darauf entfallenden Zinsen aufgrund einer mit der Vollstreckungsklausel, die er sich selbst erteilt, versehenen Ausfertigung der Kostenberechnung gem. § 154 KostO nach den Vorschriften der ZPO bei (§ 155 Satz 1 KostO). Eine solche Klausel könnte nach Ergänzung der Kostenberechnung durch die Zinsberechnung folgenden Wortlaut haben (§ 725 ZPO):

Vorstehende Ausfertigung, die bis auf die Bestimmungen über die Zinsen mit der Urschrift übereinstimmt, erteile ich mir, Notar Dr. Alfons Mustermann, Notar in Musterstadt, zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen den Kostenschuldner Rolf Maier.

Musterstadt, den 30.8.2004

Dr. Mustermann, Notar (Siegel)

ee) Vollstreckbare Kostenberechnung mit Zinsbestimmung

Entspricht die dem Kostenschuldner erteilte Kostenberechnung nicht den Anforderungen des § 154 KostO, ist die Betreibung aufgrund einer vollstreckbaren Ausfertigung der ursprünglichen Kostenberechnung nicht möglich; jedoch können Formmängel dadurch beseitigt werden, dass sich der Notar eine vollstreckbare Kostenberechnung erteilt. Der Notar erstellt also eine neue, nunmehr formgerechte Kostenberechnung, die auch die Zinsberechnung enthält, und erteilt sich darauf die Vollstreckungsklausel. Die Vollstreckungsklausel könnte in diesem Fall wie folgt lauten:

Vorstehende Kostenberechnung erteile ich mir, Notar Dr. Alfons Mustermann, Notar in Musterstadt, zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen den Kostenschuldner Rolf Maier.

Musterstadt, den 30.8.2004

Dr. Mustermann, Notar (Siegel)

3. Verzicht auf die Geltendmachung der Verzugszinsen?

Fraglich ist, ob der Notar verpflichtet ist, die gesetzlich vorgesehenen Verzugszinsen geltend zu machen bzw. ob ein Verzicht darauf einen Verstoß gegen das Verbot der Gebührenvereinbarung nach § 140 KostO darstellen würde. Nach § 140 Satz 2 KostO sind Vereinbarungen „über die Höhe der Kosten“ unwirksam. Da nach der Legaldefinition des § 1 KostO unter Kosten „Gebühren und Auslagen“ zu verstehen sind, würde ein Verzicht auf die Geltendmachung von Zinsen nach dem Wortlaut der Vorschrift noch nicht gegen § 140 Satz 2 KostO verstoßen. Denn Zinsforderungen fallen weder unter Gebühren, die für die Amtstätigkeit des Notars erhoben werden, noch unter den Begriff der Auslagen, sondern stellen Ansprüche dar, die erst als Folge der Nichtzahlung fälliger Kosten entstehen.

Allerdings geht die ratio legis des § 140 Satz 2 KostO über diese enge Wortlautbetrachtung hinaus.³⁸ Das Verbot der Gebührenvereinbarung soll die berufliche Unabhängigkeit des

³⁸ Korintenberg/Bengel/Tiedtke, § 140 Rdnr. 8.

Notars sichern und verhindern, dass Notare in einen Wettbewerb um das kostengünstigste Angebot ihrer Amtstätigkeit treten. Für dieses weite teleologische Verständnis des § 140 KostO spricht u. a. auch, dass die vertragliche Abrede einer Stundung bzw. einer Ratenzahlung ohne Vorlage besonderer Gründe (z. B. wirtschaftliche Schwierigkeiten des Kostenschuldners, bei Vollstreckungsmaßnahmen geringe Erfolgsaussichten) eine unzulässige Gebührenvereinbarung darstellen soll.³⁹ Dies muss auch für den Erlass von Verzugszinsen gelten, da hier nicht nur die Fälligkeit einer Forderung des Notars hinausgeschoben würde wie etwa bei der Stundung, sondern gänzlich auf die Erfüllung einer gesetzlichen Forderung verzichtet würde. Der Erlass von Zinsen unterfällt somit dem Verbot des § 140 Satz 2 KostO.

III. Verzinsung von Rückzahlungsansprüchen nach § 157 Abs. 1 Satz 2 KostO

§ 157 KostO regelte in Abs. 1 Satz 2 schon bisher eine Schadensersatzpflicht des Notars, wenn der Kostenschuldner Einwendungen gegen die Kostenberechnung innerhalb eines Monats seit der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung im Wege der Beschwerde gem. § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO erhoben hat und der Notar ungeachtet dessen trotzdem die Zwangsvollstreckung betrieb. Da auch Zinsen zu dem zu ersetzenden Schaden zählen, traf den Notar in diesem Fall bereits nach bisheriger Rechtslage eine Verzinsungspflicht. Mit Wirkung zum 1.7.2004 wurde § 157 Abs. 1 KostO dahingehend ergänzt, dass der Notar im Falle des Satzes 2 den zu viel empfangenen Betrag vom Tag des Eingangs der Beschwerde bei dem Landgericht an mit jährlich fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu verzinsen hat. Im Übrigen kann der Kostenschuldner eine Verzinsung des zu viel gezahlten Betrags nicht fordern; die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens ist, wie bisher, jedoch nicht ausgeschlossen.

Mit der Ergänzung der Zinsregelung auf Erstattungsansprüche des Kostenschuldners wird die Zinshöhe damit auf die Höhe des Zinsanspruchs des Notars nach § 154 a KostO angeglichen. Darüber hinaus erfolgt eine klare Regelung über den Zinsbeginn (ab dem Tag des Eingangs der Beschwerde beim Landgericht). Eine Verzinsung des Erstattungsanspruchs aus Gründen der Rückzahlung eines Vorschusses, weil etwa die beantragte Amtstätigkeit durch Antragsrücknahme nicht durchgeführt wird, ist durch die nunmehr klare Regelung in § 157 Abs. 1 KostO ausgeschlossen. Eine Verzinsung ist nur für den Fall des § 157 Abs. 1 Satz 2 KostO vorgesehen und im Übrigen ausgeschlossen.

IV. Einzelfragen – sonstige Änderungen der KostO

1. § 32 Abs. 1 Satz 2 KostO (Anpassung wegen Geschäftswertbegrenzung)

Eine Änderung des § 32 Abs. 1 Satz 2 KostO erfolgte ausschließlich im Hinblick auf die Einführung einer generellen Wertobergrenze gem. § 18 Abs. 1 KostO von 60 Millionen Euro. Die in § 32 Abs. 1 Satz 2 KostO enthaltene Tabelle wurde entsprechend angepasst. Strukturelle Änderungen ergaben sich dadurch nicht.

2. § 136 KostO (Ablichtung)

In den Regelungen zur Dokumentenpauschale wurde durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz der Begriff der „Ab-

schrift“ durch „Ablichtung“ ersetzt. Damit soll der Sprachgebrauch des Gesetzes dem technischen Fortschritt angepasst werden. Hier ist jedoch Skepsis angebracht. Denn unter den Begriff der „Abschrift“ lassen sich vom allgemeinen Sprachverständnis her verschiedene Methoden der Vervielfältigung subsumieren. Dazu zählen sowohl die tatsächliche Abschrift per Hand als auch die Photokopie oder der Neuausdruck aus dem Computer. „Ablichtung“ weist jedoch ausschließlich auf das Verfahren der Photokopie hin. Zudem ist fraglich, ob das Ausdrucken von als Graphik hinterlegten Dateien durch moderne Kopiergeräte sprachlich noch unter den Begriff der „Ablichtung“ zu fassen ist.

3. § 137 KostO (Auslagen)

Die Auslagenerhebung für die Gebührennotare ist im Wesentlichen in § 152 Abs. 2 KostO geregelt. Die in § 137 KostO in 17 Unterziffern geregelten Auslagentatbestände betreffen die Notare nur in geringem Umfang: Nr. 1 Entgelte für Telegramme; Nr. 2 b) Entgelte für Einschreiben mit Rückschein; Nr. 7 c) Ersatz von 0,30 € für jeden gefahrenen Kilometer bei Amtstätigkeiten außerhalb der Amtsräume und Einsatz des eigenen Kfz, sofern nicht § 153 KostO anzuwenden ist.⁴⁰ Wenn § 137 KostO in Betracht kommt, muss im Hinblick auf das Zitiergebot der konkrete Auslagentatbestand durch Nennung der Unterziffer gekennzeichnet werden. Alle übrigen Anpassungen des § 137 KostO betreffen die Gerichte, soweit nicht andere Kostengesetze einschlägig sind.

4. § 148 a KostO (Vollstreckbarerklärung)

§ 148 a KostO (eingefügt durch Gesetz vom 17.12.1990⁴¹, geändert durch Gesetz vom 24.6.1994⁴² und durch Gesetz vom 30.1.2002⁴³, ist in der notariellen Praxis weitgehend unbekannt. Diese Bestimmung regelt die kostenrechtliche Behandlung des Verfahrens über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung (§§ 796 a bis 796 c ZPO) oder eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut (§ 1053 ZPO) und durch das Gesetz zur Änderung des Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetzes vom 30.1.2002⁴⁴ (AVAG) auch die Kostenerhebung für Verfahren über einen Antrag auf Vollstreckbarerklärung nach § 55 AVAG oder für die Ausstellung einer Bescheinigung nach § 56 AVAG.

Am 22.12.2000 hat der Europäische Rat die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen⁴⁵ erlassen. Sie gilt in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (mit Ausnahme Dänemarks) unmittelbar. Das Gesetz enthält die ergänzenden Durchführungsbestimmungen zur genannten EG-Verordnung und fügt sie in das Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen⁴⁶ ein. Durch die neue Verordnung werden die Anerkennung und das Verfahren der Vollstreckbarerklärung gestrafft und vereinfacht; zudem werden sie künftig nicht mehr von Amts wegen vor Erteilung der Vollstreckbarerklärung, sondern nur noch auf Rechtsbehelf des Schuldners geprüft. Die Prüfung der Voraussetzungen für

⁴⁰ Siehe hierzu III. 6.

⁴¹ BGBl I, 2847.

⁴² BGBl I, 1325.

⁴³ BGBl I, 564.

⁴⁴ Siehe Fn. 46.

⁴⁵ Brüssel-I-Verordnung; Abl. EG 2001 Nr. L 12 S. 1.

⁴⁶ Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz – AVAG vom 19.2.2001, BGBl I, 288.

³⁹ Korintenberg/Bengel/Tiedtke, § 140 Rdnr. 8.

die Vollstreckbarerklärung in dem Vollstreckungsstaat soll durch eine einheitlich gestaltete Bescheinigung im Ursprungsstaat erleichtert werden. Im durch die Verordnung neu gefassten § 55 AVAG kann in einem Verfahren, das die Vollstreckbarerklärung einer notariellen Urkunde zum Gegenstand hat, diese Urkunde auch von einem Notar für vollstreckbar erklärt werden. § 56 AVAG regelt die innerstaatliche Zuständigkeit zur Ausstellung von Bescheinigungen nach den Art. 54, 57 und 58 der EG-Verordnung i. V. m. den Anhängen V und VI; die Bescheinigung soll den Gerichten im ersuchten Mitgliedstaat die Prüfung der Anerkennungs- und Exequaturvoraussetzung erleichtern. § 56 AVAG überträgt die Aufgabe, eine solche Bescheinigung auszustellen, der Stelle, der auch die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Titels obliegt, da die Bescheinigung im Prinzip ebenso wie die Vollstreckungsklausel die Funktion hat, Bestand und Vollstreckbarkeit des Titels zu dokumentieren.

§ 148 a Abs. 3 KostO regelt die kostenrechtlichen Vorschriften, wonach der Notar für Verfahren über einen Antrag auf Vollstreckbarerklärung einer notariellen Urkunde nach § 55 Abs. 3 AVAG seit 1.7.2004 eine Festgebühr in Höhe von 200 € (früher 72 €) erhält. Für die Ausstellung einer Bescheinigung nach § 56 AVAG entsteht eine Gebühr in Höhe von 10 €. Es handelt sich um wertunabhängige Gebühren.

5. § 152 Abs. 2 KostO (Ablichtung, Vergütungen Dolmetscher, Urkundszeugen)

Neben der Ersetzung des Begriffs „Abschrift“ durch „Ablichtung“⁴⁷ wurde § 152 Abs. 2 Nr. 3 KostO (an Gebärdensprachdolmetscher und Urkundszeugen zu zahlende Vergütungen und Auslagen) neu gefasst und eine neue Nr. 4 (Versicherungsprämie für eine für den Einzelfall abgeschlossene Haftpflichtversicherung)⁴⁸ angefügt.

6. § 153 KostO (Reisekosten)

Der Notar, dem die Gebühren für seine Tätigkeit selbst fließen, erhält im Falle einer Geschäftsreise als Reisekosten bei Benutzung eines eigenen Kraftfahrzeugs Fahrtkosten gem. § 153 Abs. 4 KostO seit 1.7.2004 für jeden gefahrenen Kilometer 0,30 € (früher 0,27 €) und (was bisher schon galt) darüber hinaus die aus Anlass der Kfz-Nutzung bei der Geschäftsreise regelmäßig anfallenden baren Auslagen, insbesondere die Parkgebühren. Bei Benutzung anderer Verkehrsmittel erhält der Notar (wie bisher) die tatsächlichen Aufwendungen, soweit sie angemessen sind. Wann eine Geschäftsreise des Notars vorliegt, regelt § 153 Abs. 1 KostO (Reiseziel außerhalb der Gemeinde, in der sich der Amtssitz oder die Wohnung des Notars befindet). Nimmt der Gebührennotar außerhalb seiner Amtsräume eine gebührenpflichtige Tätigkeit vor und ist die Auswärtstätigkeit nicht als Geschäftsreise i. S. v. § 153 Abs. 1 KostO einzuordnen, erfolgt die Abrechnung des Kilometergeldes über § 137 Nr. 7 c) KostO,⁴⁹ da eine analoge Anwendung des § 153 Abs. 4 KostO ausgeschlossen ist. Auch danach ist bei Benutzung des eigenen Kraftfahrzeuges seit 1.7.2004 für jeden gefahrenen Kilometer ein Betrag von 0,30 € zu erheben (früher 0,27 €).

Geändert wurden auch die Beträge der Tage- und Abwesenheitsgelder bei einer Geschäftsreise. Diese betragen seit 1.7.2004 bei einer Abwesenheit von nicht mehr als vier Stunden 20 € (früher 15 €), von mehr als vier bis acht Stunden 35 € (früher 31 €) und von mehr als acht Stunden 60 €

(früher 56 €). Die Hälfte dieser Sätze ist nach wie vor auf die in § 58 Abs. 1 KostO bestimmte Zusatzgebühr anzurechnen.

7. § 162 KostO (Wegfall der Ermäßigung nach Einigungsvertrag)

Nach dem Einigungsvertrag galt eine besondere Gebührenermäßigung für Kostenschuldner, die ihren Wohnsitz oder Sitz der Hauptniederlassung, bei einer Handelsgesellschaft den Sitz der Gesellschaft, in den neuen Bundesländern haben.⁵⁰ Von der Ermäßigung wurden – im Gegensatz zu § 144 KostO – alle Notargebühren erfasst, nicht jedoch Dokumentenpauschalen und sonstige Auslagen.⁵¹ Voraussetzung für die Ermäßigung war, dass die gebührenpflichtige Tätigkeit von einem Notar im Beitrittsgebiet vorgenommen wurde; auf Notare in den alten Bundesländern war die Ermäßigungsvorschrift nicht anzuwenden.⁵² Der Ermäßigungssatz betrug zuletzt 10 % (20 % vor dem 1.7.1996). Soweit in bundesrechtlichen Vorschriften ein höherer Ermäßigungssatz festgelegt ist, galt dieser.

Am 28.2.2002 ist das „Gesetz zur Aufhebung der für die Kostengesetze nach dem Einigungsvertrag geltenden Ermäßigungssätze für den Teil des Landes Berlin, in dem das Grundgesetz vor dem 3.10.1990 nicht galt“ verkündet worden.⁵³ Durch dieses Gesetz, das am 1.3.2002 in Kraft getreten ist, wurde diese besondere Gebührenermäßigung nur für den früheren Ostteil Berlins aufgehoben.

Durch das KostRMOG wurde durch Einfügung eines neuen Satzes bei § 162 KostO die Ermäßigungsvorschrift gem. Einigungsvertrag im Wege der Rechtsangleichung mit Wirkung zum 1.7.2004 auch für das übrige Beitrittsgebiet aufgehoben, so dass diese Ermäßigungsbestimmung generell weggefallen ist.

8. § 163 KostO (Übergangsvorschrift zum Kostenrechtsmodernisierungsgesetz)

§ 163 KostO regelt eine Übergangsvorschrift im Hinblick auf die Anwendung der für die Beschwerde und Erinnerung anzuwendenden Vorschriften. Danach finden für die Erinnerung und die Beschwerde die vor dem 1.7.2004 geltenden Vorschriften weiter Anwendung, wenn die Kosten vor dem 1.7.2004 angesetzt oder die anzufechtende Entscheidung vor dem 1.7.2004 der Geschäftsstelle übermittelt worden ist. Diese Vorschrift ergänzt die generellen Übergangsregelungen nach § 161 KostO.

9. Sonstige Änderungen der KostO

Alle weiteren Änderungen der Kostenordnung durch das KostRMOG betreffen im Wesentlichen die Gerichte und bedürfen im Hinblick auf die Anwendung für die Notare keiner näheren Erläuterung.

V. Angabe der „laufenden Rechnungsnummer“ nach § 14 Abs. 4 UStG

Nach der zum 1.1.2004 in Kraft getretenen Neuregelung des § 14 Abs. 4 Nr. 4 Umsatzsteuergesetz (UStG)⁵⁴ setzt die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs u. a. voraus, dass in den durch

⁴⁷ Siehe insoweit III. 2.

⁴⁸ Siehe insoweit I.

⁴⁹ Streifzug, Rdnr. 98.

⁵⁰ Die Regelung findet sich in Anlage 1 Kap. III, Sachgebiet A, Abschn. III Nr. 20 a des Einigungsvertrages.

⁵¹ *Korintenberg/Lappe*, Anhang A Rdnr. 9.

⁵² OLG Düsseldorf, DNotZ 1996, 477; OLG Schleswig, DNotZ 1996, 922; Rundschriften der Bundesnotarkammer vom 3.7.1996.

⁵³ Ermäßigungssatz-Aufhebungsgesetz Berlin – KostGErmAufhGBln vom 22.2.2002, BGBl I, 981.

⁵⁴ Vgl. dazu zuletzt *Schubert*, MittBayNot 2004, 237, sowie die Beiträge von *Pöppel*, MittBayNot 2004, 102 ff., und *Haeder/Wegerhoff*, NotBZ 2004, 58 ff.

den Unternehmer gestellten Rechnungen „eine fortlaufende Nummer mit einer oder mehreren Zahlenreihen, die zur Identifizierung der Rechnung vom Rechnungsaussteller einmalig vergeben wird (Rechnungsnummer)“ angegeben wird. Für die Praxis der notariellen Kostenberechnungen stellt sich nun die Frage, wie der Begriff der „fortlaufenden Rechnungsnummer“ zu verstehen ist. Bei einer Auslegung des Wortlauts der Norm wird man zu dem Ergebnis kommen müssen, dass mit „fortlaufender Rechnungsnummer“ in der Tat ein aufsteigendes Zahlensystem zu verstehen ist, in der jede vom Notar ausgestellte Rechnung mit einer eigenen Ziffer versehen ist.

Dem entspricht die praktische Handhabung in den bayerischen Notariaten bislang nicht. Vielmehr wird in der Regel auf den notariellen Kostenberechnungen die jeweilige Nummer aus dem Kostenregister angegeben. Diese Nummern sind in Einzelfällen jedoch nicht im Wortsinne „fortlaufend“, da in verschiedenen Konstellationen mit „Bruchnummern“ gearbeitet wird, z. B., wenn es für eine bestimmte notarielle Urkunde zu einer Kostenaufteilung unter mehreren Beteiligten kommt und die Rechnung an den Beteiligten A etwa mit Nr. 1/A und an den Beteiligten B mit 1/B bezeichnet wird. Ähnlich verhält es sich, wenn der Notar eine Kostenberechnung lediglich für den Entwurf einer Urkunde stellt oder eine notarielle Leistung berechnet wird, die in keinem Zusammenhang mit einer bestimmten Urkundennummer steht, beispielsweise bei der Erteilung einer beglaubigten Abschrift durch den Notar.

Allerdings ist, zumindest in Verbindung mit dem Kostenregister, aufgrund dieses in der Praxis vorherrschenden Systems immer genau zuzuordnen, für welche umsatzsteuerliche Leistung die Rechnung gestellt wird. Es besteht also keine Gefahr „fiktiver“ Rechnungsstellungen. Die Notarkasse hat

deshalb in ihrem Rundschreiben vom 19.1.2004 die Auffassung vertreten, dass der inhaltlichen Zielsetzung der gesetzlichen Neuregelung, nämlich Umsatzsteuerbetrag möglichst zu vermeiden, durch die Angabe der Kostenregisternummer ausreichend Rechnung getragen werde.⁵⁵ Eine andere Auffassung vertrat die Oberfinanzdirektion München, die auf den Wortlaut der Regelung abstellte und in einer Stellungnahme gegenüber der Notarkasse ein System einer zahlenmäßig fortlaufenden Nummerierung präferierte.⁵⁶

Das Anliegen des Gesetzgebers, Umsatzsteuerbetrag zu minimieren, ist selbstverständlich unterstützenswert. Allerdings reicht es hierfür aus, dass jeder Rechnung, die von einem Unternehmer gestellt wird, eine bestimmte von diesem erbrachte Leistung zugeordnet werden kann. Dies ist durch die Verwendung der Kostenregisternummer als Rechnungsnummer ohne Schwierigkeiten möglich, so dass der teleologischen Auslegung des § 14 Abs. 4 Nr. 4 UStG der Vorrang einzuräumen ist. Das Bundesfinanzministerium hat der Bundesnotarkammer mit Schreiben vom 29. Juni 2004 (Gz. IV B 7 – S 7280 a – 41/04) in der Tat nunmehr mitgeteilt, dass es dem Rechnungsteller überlassen bleibt, eine oder mehrere Zahlen- oder Buchstabenreihen sowie eine Kombination von Ziffern und Buchstaben zu verwenden. Entscheidend sei die einmalige Vergabe der jeweiligen Rechnungsnummer. Es müsse lediglich erkennbar sein, dass die verwendete Kostenregisternummer gleichzeitig auch als Rechnungsnummer dient.

⁵⁵ In diesem Sinne auch *Pöppel*, MittBayNot 2004, 102/104; *Schubert*, MittBayNot 2004, 237, unter Hinweis auf das BMF-Schreiben vom 29.1.2004; *Ländernotarkasse Leipzig*, NotBZ 2004, 102.

⁵⁶ So wohl auch *Haeder/Wegerhoff*, NotBZ 2004, 58/59.

Der BMF-Erlass vom 26.3.2004 zum gewerblichen Grundstückshandel – Neuerungen für die Praxis

Von Univ.-Prof. Dr. *Klaus Tiedtke*, Würzburg, und Notar Dr. *Eckhard Wälzholz*, Füssen

Wenige Monate nach Erscheinen des Beitrags der Verfasser zum gewerblichen Grundstückshandel in MittBayNot 2004, 5 ff. hat das Bundesfinanzministerium einen neuen, umfassenden Erlass¹ zu diesem Problemkreis veröffentlicht, der an die Stelle des alten BMF-Schreibens vom 20.12.1990² getreten ist. Mit dem neuen Schreiben wird die Rechtsanwendung der Finanzverwaltung an die zahlreichen zwischenzeitlich ergangenen Urteile des BFH angepasst. Insbesondere wird der Beschluss des Großen Senats vom 10.12.2001 nunmehr berücksichtigt. Teilweise beschreitet der Erlass allerdings auch unerwartet Neuland. Der vorliegende Beitrag hebt nur die für die Praxis wesentlichen Neuerungen und Folgeprobleme hervor, soweit diese nicht bereits in dem genannten Beitrag behandelt wurden.

I. Traditionelle Fundamente des gewerblichen Grundstückshandels

Das neue BMF-Schreiben bewegt sich weitgehend auf gesichertem Rechtsboden, der in der Rechtsprechung seit mehr als einem Jahrzehnt anerkannt ist. Teilweise schließt der BMF sich lediglich der neuen BFH-Rechtsprechung an und vermag insoweit nicht zu überraschen. Zu diesem gesicherten Bestand

an Erkenntnissen des gewerblichen Grundstückshandels gehört insbesondere Folgendes:

- Ein gewerblicher Grundstückshandel setzt grundsätzlich voraus, dass ein Steuerpflichtiger innerhalb von ca. fünf Jahren mehr als drei Objekte verkauft; als Objekte in diesem Sinne zählen nur solche Grundstücke, die der Steuerpflichtige innerhalb einer kurzen Zeit angeschafft und wieder veräußert hat. Eine kurze Zeit wird bei einer Frist von fünf bis zehn Jahren angenommen (Tz.³ 5, 6). Bei einer dauerhaften Vermietung von mindestens zehn Jahren oder

¹ BMF vom 26.3.2004, BStBl I, 434 ff. = MittBayNot 2004, 386 (in diesem Heft); vgl. dazu *Seitz*, Stbg 2004, 255 ff.; kritisch *M. Söffing*, DStR 2004, 793 ff.

² BStBl I, 884 = MittBayNot 1991, 182 ff.

³ Textzahlen ohne nähere Angaben sind solche des neuen BMF-Erlasses zum gewerblichen Grundstückshandel.

einer nicht nur vorübergehenden Selbstnutzung⁴ der Immobilie scheidet das Objekt aus dem gewerblichen Grundstückshandel aus.

- Objekte i. S. d. gewerblichen Grundstückshandels sind bebaute wie unbebaute Grundstücke, Erbbaurechte, Eigentumswohnungen, Ein-, Zwei- und Mehrfamilienhäuser sowie Gewerbeimmobilien – grundsätzlich unabhängig von der Größe und vom Wert des jeweiligen Objektes (Tz. 8). Damit entschärft die Finanzverwaltung ihren alten Erlass von 1990 deutlich, indem sie der hierzu ergangenen Rechtsprechung⁵ folgt. Lediglich bei selbst hergestellten Groß- und Gewerbeobjekten hält der BMF an der sog. Supermarktrechtsprechung des BFH⁶ fest (Tz. 29). In diesen Fällen hat die Drei-Objekt-Grenze daher keine Bedeutung mehr.
- Auch gescheiterte Verkaufsversuche zählen mit (Tz. 8).⁷

Der BMF hat sich in folgenden Punkten der Entwicklung der neueren Rechtsprechung angeschlossen:

- In den Herstellungsfällen⁸ gilt zwar bei Wohnimmobilien grundsätzlich die Drei-Objekt-Grenze, wobei die Fünfjahresfrist nicht ab der Anschaffung, sondern ab der Fertigstellung des Gebäudes läuft (Tz. 19 f.). Bei einem Verkauf in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Herstellung, bei Herstellung nach den Wünschen des Käufers, bei Handeln in unbedingter Veräußerungsabsicht oder bei errichteten Großobjekten kann jedoch bei deutlichem Unterschreiten der Drei-Objekt-Grenze ein gewerblicher Grundstückshandel begründet werden (Tz. 28). Auch ein Vorvertrag während der Herstellung ist schädlich (Tz. 28). Diese bereits im Voraufsatz ausführlich erläuterten Fälle sind besonders gravierend, da sie weit außerhalb der Fristen des § 23 EStG zu einer Einkommen- und Gewerbesteuerpflicht führen können.
- Nicht nur vorübergehend zu eigenen Wohnzwecken genutzte Immobilien zählen in der Regel zum notwendigen Privatvermögen und werden nicht vom gewerblichen Grundstückshandel erfasst, Tz. 10.⁹

II. Problempunkte des neuen BMF-Schreibens

1. Die Garage als Objekt i. S. d. Drei-Objekt-Grenze

Der BMF unterscheidet in Tz. 8 beim Verkauf von Garagen oder Stellplätzen danach, ob diese mit einer Wohnung oder

⁴ Fünf Jahre sind insoweit nicht erforderlich, sofern plausibel dargelegt werden kann, dass ursprünglich eine kurzfristige Veräußerung nicht geplant war.

⁵ BFH vom 18.9.2002, X R 5/00, DStR 2003, 330 ff.; vom 3.7.2002, XI R 31/99, DStRE 2002, 1237 f.; vom 15.3.2000, X R 130/97, MittBayNot 2000, 476; vom 18.5.1999, I R 118/97, BFH/NV 1999, 1553 = DStR 1999, 1263; vom 10.12.2001, GrS 1/98, MittBayNot 2002, 217.

⁶ BFH vom 24.1.1996, X R 255/93, MittBayNot 1996, 326.

⁷ Ebenso bereits BFH vom 5.12.2002, IV R 57/01, BStBl II, 291 = NJW 2003, 1622 = DStR 2003, 409 ff.

⁸ BFH vom 10.12.2001 (Fn. 5); vgl. dazu auch *Kempermann*, DStR 2002, 785 ff.; *Bloehs*, BB 2002, 1068 ff.; *Söffing*, DB 2002, 964 ff.; *Obermeier*, NWB Fach 3, 12333; *Schubert*, DStR 2003, 573; *Schmidt-Liebig*, NWB Fach 3, 1895; *ders.*, INF 2002, 673 ff.; *Fischer*, FR 2002, 933; *ders.*, FR 2002, 597; *Paus*, EStB 2002, 279; *Jacobsen/Tiedjen*, FR 2003, 907 ff.; *Tiedtke/Wälzholz*, DB 2002, 652 ff.

⁹ Vgl. BFH vom 16.10.2002, X R 74/99, BStBl II 2003, 245 = DStR 2002, 327 = BB 2003, 1369 ff.; vom 20.2.2003, III R 10/01, BStBl II 2003, 510 = BB 2003, 1478 = DStR 2003, 1066 ff.; vom 12.12.2002, III R 20/01, BStBl II 2003, 297 = DStRE 2003, 406; vom 18.9.2002, X R 28/00, BStBl II 2003, 133 = NJW 2003, 2192 (LS) = BFH/NV 2003, 243 ff. = DStRE 2003, 201.

einem Haus gemeinsam oder isoliert verkauft werden. Im erstgenannten Fall handele es sich nicht um ein eigenständiges Zählobjekt, wohl aber im zweitgenannten Fall. Der BMF kann sich dabei nicht auf eine gefestigte BFH-Rechtsprechung stützen, sondern widerspricht dieser und der herrschenden Lehre¹⁰ klar. In dem BFH-Urteil vom 18.9.2002¹¹ heißt es vielmehr wörtlich: „Der Senat hält an seiner im Vorlagebeschluss vertretenen Auffassung fest, dass Garagen ‚Zubehör‘-Räume von Eigentumswohnungen sind und als Objekte auch dann nicht mitzählen, wenn sie an andere Erwerber als die Käufer der Eigentumswohnungen veräußert werden.“¹² Von einem Zusammenhang mit der Veräußerung einer Wohnung ist dort entgegen der Ansicht des BMF nicht die Rede.

2. Einbringung, Einlage und Realteilung

a) Einbringung

Der X. Senat des BFH hatte im Jahre 2002 in der Einbringung von Grundbesitz in eine Kapitalgesellschaft zum Verkehrswert von 900.000 DM unter Übernahme von Verbindlichkeiten in Höhe von rund 680.000 DM und zusätzlicher Gewährung von Gesellschaftsrechten ein Veräußerungsgeschäft im Sinne des gewerblichen Grundstückshandels gesehen. Er meint:

„Werden einzelne Wirtschaftsgüter – wie im Streitfall die drei Immobilienobjekte – vom Gesellschafter auf eine Kapitalgesellschaft übertragen und erhält der Gesellschafter im Gegenzug ein vollwertiges – drittbüchliches – Entgelt, so stellt dieser Übertragungsvorgang eine (vollentgeltliche) Veräußerung dar. An diesem Entgeltcharakter ändert sich nichts dadurch, dass die dem Gesellschafter gewährte Gegenleistung vollen Umfangs in der Gewährung von Gesellschaftsrechten besteht (sog. offene Sacheinlage). Rechtsprechung und Verwaltung sehen die Einbringung eines Wirtschaftsguts des Privatvermögens in eine Kapitalgesellschaft – und ebenfalls in eine Personengesellschaft – gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten als tauschähnlichen Vorgang an, der beim einbringenden Gesellschafter zu einer entgeltlichen Veräußerung führt.“¹³

Dies gilt nach Meinung des X. Senats systemwidrig auch dann, wenn die Einbringungen zum Einstandspreis erfolgten, sofern dieser Wert dem drittbüchlichen Verkehrswert entspricht. Eine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr liege ebenso vor, da hieran keine hohen Anforderungen zu stellen seien.¹⁴

Dieser Ansicht des BFH schließt die Finanzverwaltung sich nunmehr an (Tz. 7). Auch rein familieninterne Umstrukturierungen müssen also in Zukunft auf ihre Auswirkungen beim gewerblichen Grundstückshandel überprüft werden. Diese Problematik wird sich allerdings vermeiden lassen, wenn die Übertragung ohne Gewinnerzielungsabsicht zum Erwerbspreis oder deutlich unter dem Verkehrswert zu einem Preis erfolgt, der nicht mehr dem Drittbüchlichen entspricht. Zutreffend weist *Seitz*¹⁵ darauf hin, dass bei einer entsprechenden (gewerblichen!) Einbringung in das Gesamthandsvermögen ge-

¹⁰ Vgl. nur *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, § 15 Rdnr. 53; aber auch *Seitz*, StbG 2004, 255, 260.

¹¹ X R 183/96, DNotI-Report 2003, 51 = BB 2003, 508, 511 mit Anm. *Stuhrmann*.

¹² So bereits mit ausführlicher Begründung BFH vom 29.10.1997, X R 183/95, BStBl II 1998, 332, 333 rechte Spalte.

¹³ BFH vom 19.9.2002, X R 51/98, DStR 2003, 682 = BB 2003, 826 = BFH/NV 2003, 684 = GmbHR 2003, 600.

¹⁴ Sehr weit in der Auslegung auch BFH vom 20.2.2003 (Fn. 9).

¹⁵ StbG 2004, 255, 259.

gen Gewährung von Gesellschaftsrechten der bisherige Buchwert nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG dennoch zwingend fortzuführen ist.

Diese Grundsätze zur Einbringung in eine GmbH will die Finanzverwaltung (Tz. 7) nunmehr auch für die Einbringung in eine Personenhandelsgesellschaft heranziehen. Ob diese nur gelten sollen, wenn das Grundstück in eine mitunternehmerische Personengesellschaft mit Betriebsvermögen übergeht, oder auch bei Überführung in eine vermögensverwaltende Personengesellschaft, wird aus dem BMF-Erlass nicht ganz deutlich.¹⁶ Es ist jedoch anzunehmen, dass die Finanzverwaltung vermögensverwaltende Gesellschaften nicht privilegieren will. Die Bedeutung der vorstehenden Fälle sollte jedoch nicht überschätzt werden, da die vorstehenden Sachverhalte auch nach § 23 EStG steuerbar sind.¹⁷

b) (Verdeckte) Einlage

Ob ein Veräußerungsgeschäft i. S. d. gewerblichen Grundstückshandels auch bei einer verdeckten Einlage¹⁸ anzunehmen sei, hat der BFH¹⁹ bisher ausdrücklich offen gelassen. Die Finanzverwaltung entscheidet diesen ungeklärten Aspekt zu Recht zugunsten der Steuerpflichtigen.²⁰ In der Einlage in eine GmbH oder Personengesellschaft ohne Gewährung irgendwelcher Gegenleistungen kann kein Veräußerungsgeschäft i. S. d. gewerblichen Grundstückshandels gesehen werden. Zwar fingieren einige Vorschriften des EStG (§§ 23, 17, 6) und § 21 Abs. 2 Nr. 4 UmwStG ein Veräußerungsgeschäft bei verdeckter Einlage in eine Kapitalgesellschaft. Diese (Ausnahme-)Vorschriften sind jedoch abschließend; sie enthalten keinen allgemeinen Rechtsgedanken. Die bloße Wertsteigerung, die die Gesellschaftsanteile durch die Einlage erfahren, ist keine Gegenleistung für die (verdeckte) Einlage, sondern ein reiner Reflex derselben.²¹

Bei Überführungen von privaten Grundstücken in eine Gesellschaft ist daher wie folgt zu differenzieren:²²

Einbringungsvorgänge

Vorgang: Übereignung eines Grundstücks an eine Gesellschaft gegen ...	Rechtsfolge
Gutschrift in der allgemeinen Kapitalrücklage (Kapitalgesellschaft)	Unentgeltlich, da die Wertzuführung allen Gesellschaftern gleichmäßig gutgeschrieben wird; Schenkungsteuer möglich
Gutschrift auf dem gesamthänderischen Rücklagenkonto, das allen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligung zusteht (Personengesellschaft)	Unentgeltlich, da die Wertzuführung allen Gesellschaftern gleichmäßig gutgeschrieben wird; Schenkungsteuer möglich

¹⁶ Unklar insoweit auch *Seitz*, Stbg 2004, 255, 259.

¹⁷ Vgl. dazu *Gottwald*, MittBayNot 2001, 8, 15 f.; *Reich*, ZNotP 2000, 375, 380; ZNotP 2000, 479, 480 f.; *Tiedtke/Wälzholz*, NotBZ 2000, 133, 135.

¹⁸ Die verdeckte Einlage im steuerlichen Sinne hat nichts mit einer verdeckten oder verschleierte Sacheinlage im gesellschaftsrechtlichen Sinne zu tun. Sie ist nicht geheim, sondern lediglich die Bezeichnung für eine Einlage in eine Gesellschaft, die nicht gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten erfolgt.

¹⁹ BFH vom 19.9.2002 (Fn. 13).

²⁰ Ebenso *Seitz*, Stbg 2004, 255, 259.

²¹ I. E. ebenso hinsichtlich des Verständnisses des BMF-Erlasses *Geck/Messner*, ZEV 2004, 220.

²² Vgl. dazu das Schreiben der Finanzverwaltung vom 29.3.2000, DStR 2000, 820.

Übernahme von Verbindlichkeiten, die auf dem Grundstück lasten	Anders als bei Einbringung eines (Teil-)Betriebes ist die Übernahme von Verbindlichkeiten selbst dann Entgelt, wenn diese durch den Einbringungsgegenstand verursacht wurden. ²³
Gutschrift auf dem Darlehenskonto zugunsten des Einbringenden	Entgeltliche Veräußerung; wirkt wie Barzahlung
Barzahlung oder Mischung aus Barzahlung und Gewährung von Gesellschaftsrechten	Entgeltliche Veräußerung
Erhöhung von Gesellschaftsrechten für den Übereignenden, ggf. zusätzlich zur Barzahlung oder Darlehensübernahme	Entgeltliche Veräußerung

Erfolgen die vorstehend als entgeltlich gekennzeichneten Vorgänge zu einem drittüblichen Entgelt, also nicht teilentgeltlich, so sind die Einbringungen wie ein Verkauf im Rahmen des gewerblichen Grundstückshandels zu behandeln. Andernfalls ist die Überführung nach den Grundsätzen von Verträgen der vorweggenommenen Erbfolge nicht zu berücksichtigen.

c) Realteilung

Die Realteilung einer Gesellschaft ist das Spiegelbild der Einbringung. Das Ausscheiden geschieht in der Regel gegen Sachwertabfindung unter Herabsetzung der Beteiligung auf Null. Dies lässt sich auch als Hingabe des bisherigen Gesellschaftsanteils gegen Übertragung des Grundstücks interpretieren. Die Finanzverwaltung sieht dies jedoch anders: In Tz. 7, 13 stellt sie ausdrücklich fest, dass Objektübertragungen im Rahmen einer Realteilung nicht zu berücksichtigen seien. Insoweit löst sie sich von dem Erlass vom 29.3.2000²⁴, wo sie Einbringung und Realteilung spiegelbildlich behandelt. Nach Auffassung von *Seitz*²⁵ soll diese dem Steuerpflichtigen günstige Ansicht bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften sogar bei (überproportionaler) Übernahme von Verbindlichkeiten der Gesellschaft gelten.

3. Die neue 250.000-Euro-Grenze für Beteiligungen an Personengesellschaften

Zur Behandlung von Grundstücksaktivitäten gelten folgende Kriterien,²⁶ Tz. 14 ff.:

- Zunächst ist auf der Ebene der Gesellschaft nach den allgemeinen Grundsätzen des gewerblichen Grundstückshandels zu ermitteln, ob die Gesellschaft gewerblich tätig ist oder nicht.²⁷
- Ist dies zu bejahen, so sind alle Grundstücksaktivitäten der Gesellschaft gewerblich und die Veräußerung eines Gesellschaftsanteils als Veräußerung eines Mitunternehmeranteils nach § 16 EStG steuerpflichtig.

²³ BFH vom 19.9.2002 (Fn. 13).

²⁴ DStR 2000, 820.

²⁵ Stbg 2004, 255, 259 f.; ebenso *Spindler* in DAI-Skript „Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht“, 2004, S. 104.

²⁶ BFH vom 3.7.1995, GrS 1/93, BStBl II, 617; vom 28.11.2002, III R 1/01, BStBl II 2003, 250 = BB 2003, 454 ff. = DStRE 2003, 266. ff.

²⁷ Eine Zurechnung vom Gesellschafter zur Gesellschaft findet nicht statt.

- Ist dies zu verneinen, werden die Grundstücksgeschäfte der Gesellschaft unter bestimmten Umständen den Gesellschaftern in voller Höhe zugerechnet. Drei Verkaufsfälle der GbR führen bei einem Gesellschafter, der auch nur eine weitere relevante Wohnung selbst verkauft, zu einem gewerblichen Grundstückshandel, der die selbst verkauften Objekte und die Gesellschaftsbeteiligung erfasst. Es entsteht die sog. Zbragesellschaft, die als solche selbst und bei einigen Gesellschaftern vermögensverwaltend tätig ist, sich aber bei anderen im Betriebsvermögen eines gewerblichen Grundstückshandels befindet (Folge: keine Abschreibungen bei diesen Gesellschaftern, da insoweit Umlaufvermögen gegeben ist!).
- Veräußerungen von Gesellschaftsanteilen an Grundbesitz verwaltenden Gesellschaften werden den Gesellschaftern unter bestimmten Umständen so zugerechnet, als hätten sie so viele Objekte veräußert, wie sich im Gesamthandsvermögen der Gesellschaft befinden.²⁸

Die dargestellte Auffassung der Finanzverwaltung stimmt grundsätzlich mit der gefestigten Rechtsprechung des BFH²⁹ überein. Ungeklärt ist jedoch, unter welchen Umständen eine solche Zurechnung stattfinden kann. Die Finanzverwaltung war bisher der Ansicht, eine Zurechnung sei zulässig, wenn der Gesellschafter mindestens mit 10 % an der Gesellschaft beteiligt war. Daran hält der BMF zwar fest, dehnt diese Fälle jedoch dahingehend aus, dass eine Zurechnung auch stattfindet, wenn der Verkehrswert des Gesellschaftsanteils oder des Anteils an dem veräußerten Grundstück mehr als 250.000 € beträgt (Tz. 14). Dies kann bei einem „kleinbeteiligten“ Inhaber eines Anteils an einem Immobilienfonds mit besonders hoher Investitionssumme verheerende Folgen haben. Besonders gravierend sind diese Wirkungen, da die alternative Besteuerung solcher Fälle durch § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG in bestimmten Fällen nicht gesichert, sondern strittig ist.³⁰

Ein Grund für die Aufgriffsgrenze eines Wertes von 250.000 € ist nicht gegeben und war bisher in der Rechtsprechung nicht erkennbar. Sie erscheint willkürlich.³¹ Unklar ist im Übrigen, in welchem Zeitpunkt und für welche Dauer eine solche Beteiligungsschwelle erforderlich ist. Hierzu schweigt der Erlass.

4. Erbe, Schenkung und vorweggenommene Erbfolge

a) Erbe

Der BMF schließt sich der Ansicht des BFH³² an, wonach ein ererbtes Grundstück im Rahmen des gewerblichen Grundstückshandels nicht zu berücksichtigen ist (Tz. 2, 9 a. E.). Eine Ausnahme will der BMF nur für den Fall machen, dass bereits der Erblasser einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben hat und der Erbe seinen unternehmerischen Gesamtplan fortführt. Diese Erweiterung versteht sich von selbst, da der Erbe in diesem Fall bereits einen Gewerbebetrieb erbt, die Grundstücke also Betriebsvermögen sind und bis zur Betriebsaufgabe oder -veräußerung grundsätzlich bleiben. Dann kommt es, entgegen der Fassung des BMF-Schreibens, auch

nicht mehr auf die Fortsetzung eines unternehmerischen Gesamtplans an. Selbst die Beendigung durch Veräußerung aller betrieblichen Grundstücke führt zweifelsfrei zu gewerblichen Einkünften.³³ Möglicherweise will der BMF mit diesen Ausführungen darüber hinausgehen. Das bringt er allerdings so nicht deutlich zum Ausdruck.

Beispiel:

Erblasser E betreibt einen gewerblichen Grundstückshandel und wird von X allein beerbt; dieser hat in den vergangenen drei Jahren drei Grundstücke angekauft und verkauft im Jahr nach dem Tode des E das erste der selbst angeschafften Grundstücke und ein Betriebsgrundstück des Erblassers E (Umlaufvermögen).

Da der Verkauf des bisherigen Betriebsvermögens des E in jedem Fall steuerpflichtig ist, könnte die Aussage des BMF in Tz. 9 a. E. sich auf das Eigengrundstück des Erben beziehen. Werden bei Fortsetzung des unternehmerischen Planes des Erblassers dessen Grundstücke dem Erben X zugerechnet, dann wird er mit seinen sonstigen Grundstücksaktivitäten auf diese Weise zum Grundstückshändler, so dass selbst der Verkauf des ersten Eigengrundstücks nach Ansicht des BMF möglicherweise als gewerblich eingestuft werden soll. Diese Auffassung des BMF könnte nicht überzeugen. Der BFH³⁴ hat klargestellt, dass die Handlungen und Absichten des Erblassers dem Erben nicht zugerechnet werden. Ist das aber der Fall, dann bleiben auch die Zählobjekte des Erblassers beim Erben außer Betracht. Der Verkauf des bisherigen Privatgrundstücks kann nicht in den gewerblichen Grundstückshandel einbezogen werden. Nur wenn der Erbe selbst den Gewerbebetrieb des Erblassers aktiv fortführt und er auf diese Weise selbst einen Gewerbebetrieb begründet und betreibt, werden nach der Vermutung des § 344 HGB grundsätzlich alle Grundstücke gewerblich infiziert (Tz. 32). Eine solche Infektion ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Erbe den Gewerbebetrieb des Erblassers lediglich abwickelt. Auf die Fortsetzung des unternehmerischen Gesamtplans des Erblassers kann es hingegen nicht ankommen.

b) Schenkung und vorweggenommene Erbfolge

Die Veräußerung eines Grundstücks ohne Gewinnerzielungsabsicht, beispielsweise zu den Anschaffungskosten, das Verschenken oder die (teilentgeltliche) Übertragung in vorweggenommener Erbfolge führen beim Übertragenden nicht zu einem Zählobjekt i. S. d. gewerblichen Grundstückshandels (Tz. 9).

Problematisch ist hingegen die Behandlung solcher Fälle bei entgeltlicher Veräußerung durch den Beschenkten. Der BMF bildet hierzu in Tz. 9 folgendes

Beispiel:

V erwirbt in 01 die Eigentumswohnungen E1, E2, E3 und E4. In 03 veräußert V die Wohnungen E1, E2 und E3. Anschließend überträgt V die E4 unentgeltlich auf seinen Sohn S. Dieser hat innerhalb der letzten drei Jahre ebenfalls bereits drei Objekte i. S. d. gewerblichen Grundstückshandels veräußert. In 04 veräußert S die Wohnung E4 entgeltlich mit Gewinnerzielungsabsicht am freien Markt.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung in Tz. 9 des neuen Erlasses wird die Wohnung E4 sowohl dem V als auch dem S zu-

²⁸ BFH vom 28.11.2002 (Fn. 26); vom 3.7.2002 (Fn. 5).

²⁹ BFH vom 3.7.1995 (Fn. 26).

³⁰ Vgl. dazu *Jacobs-Soyka* in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 23 Rdnr. 102; *Peter*, DStR 1999, 1337 ff.; a. A. *Schmidt/Heinicke*, EStG, 23. Aufl. 2004, § 23 Rdnr. 25.

³¹ Ebenso *Söffing*, DStR 2004, 793, 796.

³² BFH vom 18.9.2002 (Fn. 11); vom 15.3.2000 (Fn. 5); vgl. dazu *G. Söffing/Klumpen-Neusel*, DStR 2000, 1753 ff.; *Seitz*, Stbg 2004, 255, 256; *Tiedtke/Wälzholz*, ZEV 2000, 429 ff.

³³ Fraglich ist dann nur, ob die Einkünfte gewerbesteuerpflichtig sind und die Tarifvergünstigung des § 34 EStG zu gewähren ist; vgl. BFH vom 23.1.2003, IV R 75/00, BStBl II, 467 = DStR 2003, 636 = BB 2003, 886 ff.

³⁴ BFH vom 18.9.2002 (Fn. 11); vom 15.3.2000 (Fn. 5).

gerechnet und führt bei beiden zu einem gewerblichen Grundstückshandel.

Dieses Ergebnis vermag nicht zu überzeugen.³⁵ Es ist geradezu grotesk und von der Rechtsprechung des BFH auch nicht gedeckt. Dementsprechend wird in solchen Fällen geraten, Einspruch einzulegen und den Eintritt der Bestandskraft des Bescheides zu verhindern.³⁶ Für die Vertragsgestaltung empfiehlt es sich, dem Übergeber im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge ein Mitspracherecht einzuräumen, ob die überlassene Immobilie veräußert wird (Rückforderungsrecht). Hilfsweise kann es auch ausreichen, dem Erwerber im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge die Pflicht aufzuerlegen, ggf. durch seine Veräußerung entstehende Schulden, die beim Übergeber entstehen, zu übernehmen und ihn insoweit freizustellen.³⁷

Die Finanzverwaltung schwächt die Folgen ihrer Auffassung insoweit ab, als sie die Besitzzeiten des Rechtsvorgängers dem Beschenkten als eigene zurechnet (Tz. 2). Liegen also zwischen Anschaffung durch den Übergeber und Verkauf durch den Erwerber mehr als fünf Jahre,³⁸ so kann nicht mehr vermutet werden, der Erwerb sei in bedingter Veräußerungsabsicht erfolgt. In diesem Fall ist das Objekt in der Regel nicht im Rahmen des gewerblichen Grundstückshandels zu berücksichtigen.

5. Sanierung und Renovierung

Sanierungsfälle sind für die Beteiligten besonders gefährlich, da sie auch außerhalb der zehnjährigen Spekulationsfrist, also bei langfristig genutztem Grundbesitz, zu einer erheblichen Steuerbelastung führen können. Hat ein Steuerpflichtiger eine Immobilie über zwanzig Jahre vermietet, saniert er sie grundlegend, so dass ein „Wirtschaftsgut anderer Marktgängigkeit“ entsteht (Tz. 24), teilt er sie nach dem WEG auf und veräußert er anschließend mehr als drei Einheiten, so sind die Gewinne als gewerblicher Grundstückshandel steuerpflichtig. Die Finanzverwaltung stellt also die grundlegende Sanierung einer Anschaffung gleich (Tz. 24), falls ein Wirtschaftsgut anderer Art geschaffen wird. Der BMF (Tz. 2) stellt klar, dass die bloße Aufteilung nach dem WEG unschädlich ist und auch die Durchführung der üblichen Schönheitsreparaturen noch nicht zum Anlaufen einer neuen Frist für den gewerblichen Grundstückshandel führt (Tz. 23). Das ist zu begrüßen.

Die Auswirkungen des gewerblichen Grundstückshandels in Sanierungsfällen werden dadurch abgemildert, dass Wertsteigerungen, die bis zum Sanierungsbeginn eingetreten sind, nicht besteuert werden, da die Objekte zum Beginn der Sanierung mit dem Teilwert in das Betriebsvermögen eingelegt werden (Tz. 34). Die gesamten Wertsteigerungen der Sanierung werden so jedoch steuerlich beim Verkauf erfasst.

6. Vermeidung des gewerblichen Grundstückshandels

Die wichtigsten Möglichkeiten der Vermeidung des gewerblichen Grundstückshandels bestehen in der langfristigen

Eigennutzung oder Vermietung des Grundbesitzes ohne Veräußerung. Bei vermieteten Objekten ist der sichere Hafen allerdings erst nach Ablauf von fünf, in besonderen Fällen nach Ablauf von zehn Jahren erreicht (Tz. 2, 6, 30). Dann kommt es allerdings nicht mehr auf den Umfang des veräußerten Grundbesitzes an. Bei Objekten, die zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden, ist die Finanzverwaltung großzügiger. Sie gehören grundsätzlich zum notwendigen Privatvermögen; selbst bei einem Verkauf vor Ablauf von fünf Jahren nach der Anschaffung zählt der Verkauf nicht als Objekt i. S. d. gewerblichen Grundstückshandels, wenn der Steuerpflichtige nachweisen kann, dass der Verkauf auf unerwarteten Umständen beruhte. Die erstmalige Bestellung eines Erbbaurechts stellt in der Regel kein Objekt i. S. d. gewerblichen Grundstückshandels dar, wohl aber die Veräußerung eines Erbbaurechts (vgl. Tz. 8 a. E. und *Schmidt-Liebig*, FR 1998, 177, 188).

In anderen Fällen wird eine Berufung auf besondere Umstände, die zum unbeabsichtigten Verkauf geführt haben, kaum auf Gehör stoßen. Der BMF übernimmt in Tz. 30 wörtlich die für den Steuerpflichtigen ungünstigste in der Rechtsprechung³⁹ vertretene Ansicht zum Gegenbeweis gegen die Vermutung des Erwerbs in bedingter Veräußerungsabsicht: „Die konkreten Anlässe und Beweggründe für die Veräußerungen (z. B. plötzliche Erkrankungen, Finanzierungsschwierigkeiten oder unvorhergesehene Notlagen) sind im Regelfall nicht geeignet, die aufgrund der Zahl der veräußerten Objekte und dem zeitlichen Abstand der maßgebenden Tätigkeiten vermutete (bedingte) Veräußerungsabsicht im Zeitpunkt der Anschaffung oder Errichtung auszuschließen.“

Zur Behandlung von Kapitalgesellschaften äußert der BMF-Erlass sich nicht. Insoweit gilt jedoch weiterhin: Objektan- und -verkäufe durch eine GmbH oder AG werden dem Gesellschafter nicht zugerechnet, so dass sich so eine Isolierung einzelner Objekte erreichen lässt.⁴⁰ Etwas anderes gilt bei missbräuchlichen Gestaltungen.

III. Zusammenfassung

Einerseits bewegt sich der BMF in seinem neuen Erlass auf dem Boden gesicherter Rechtserkenntnis und passt den Erlass aus dem Jahre 1990 lediglich an die neue Rechtsprechung des BFH an. Andererseits sind auch erfreuliche Klarstellungen zu verzeichnen. In folgenden Punkten dehnt die Finanzverwaltung die Besteuerung jedoch erheblich aus:

- bei Übertragung von Grundstücken in vorweggenommener Erbfolge mit anschließender Weiterveräußerung,
- bei gesellschaftsrechtlichen Übertragungen, insbesondere bei Einbringungsvorgängen und Abtretungen von Anteilen an Personengesellschaften,
- bei der isolierten Veräußerung einer Garage.

Eine Vermeidung des gewerblichen Grundstückshandels lässt sich im Wesentlichen nur noch durch langfristige Vermietung oder Eigennutzung erreichen. Auch die erstmalige Bestellung eines Erbbaurechts führt grundsätzlich nicht zu einem gewerblichen Grundstückshandel.

³⁵ Kritisch auch *Geck/Messner*, ZEV 2004, 220; *Söffing*, DStR 2004, 793, 795. *Seitz*, Stbg 2004, 255, 258, spricht von einer Fiktion des gewerblichen Grundstückshandels und plädiert für eine Lösung über § 42 AO.

³⁶ So *Geck/Messner*, ZEV 2004, 220.

³⁷ *Geck/Messner*, ZEV 2004, 220.

³⁸ Dies gilt nur als Grundsatz, da die Fünfjahresfrist keine feste Gesetzesfrist ist (Tz. 5) und bei Hinzutreten besonderer Umstände auch eine Zehnjahresfrist gelten kann (Tz. 6).

³⁹ BFH vom 20.2.2003 (Fn. 9); kritisch insoweit *Spindler* (Fn. 25), S. 94.

⁴⁰ BFH vom 18.3.2004, III R 25/02, DStR 2004, 1078; vom 25.1.1996, IV R 76/92, BFH/NV 1996, 678; vom 20.5.1998, III B 9/98, BStBl II, 721 ff. Ebenso im Grundsatz OFD Düsseldorf vom 9.7.1997, DStR 1997, 1208; *Spindler* (Fn. 25), S. 93; *Stuhrmann* in Blümich, EStG, § 15 Rdnr. 186.

Sozialfürsorgerecht 2005: Neuerungen im Rahmen des SGB XII und SGB II

Von Notar Dr. *Hans-Frieder Krauß*, Hof/Saale

Am 1.1.2005 treten zwei auch für die notarielle Praxis insbesondere im Rahmen der Gestaltung von Übertragungsverträgen bedeutsame Gesetzesänderungen in Kraft:

- Zum einen erfährt das Bundessozialhilfegesetz durch Überführung in das Sozialgesetzbuch als dessen 12. Buch nicht nur eine Neustrukturierung und Umformulierung, sondern teilweise auch inhaltliche Änderungen, deren Übersichtskenntnis hilfreich ist (nachstehend I).
- Des Weiteren wird als Kernstück der so genannten „Agenda 2010“ die bisherige Arbeitslosenhilfe (SGB III) und die Sozialhilfe für erwerbsfähige Hilfebedürftige und deren Angehörige in Gestalt der Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) zusammengeführt und stärker an die Sozialhilfe, auch hinsichtlich des Regresses, angenähert. Diese Systemänderung in Umsetzung des so genannten Hartz-Konzeptes („Hartz IV“) führt zu Leistungsänderungen und Regressverschärfungen (nachstehend II).

Beide Teile der Darstellung dienen lediglich dem ersten Überblick.

I. Das neue Sozialhilferecht gemäß SGB XII

Das Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechtes in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003 (BGBl I, 3022 ff.) inkorporiert das BSHG, das bereits bisher (§ 1 Nr. 15 SGB I) als besonderer Teil des Sozialgesetzbuchs (SGB) galt,¹ in letzteres auch tatsächlich als dessen (ursprünglich für das Wohngeldrecht reservierte) Buch XII. Im Zuge dessen wurden in zwar überschaubarem, gleichwohl über bloße redaktionelle Retuschen hinausgehendem Umfang inhaltliche Änderungen und Umstellungen im Gesetz vorgenommen. Sie führen zu der dem Rechtsanwender bereits aus der Schuldrechtsreform geläufigen misslichen Folge, dass vertraute „Hausnummern“ des in dieser Form im Wesentlichen seit 1.6.1963 geltenden BSHG mit In-Kraft-Treten der Eingliederung, mithin am 1.1.2005, neu memoriert werden müssen. Die folgende Kurzdarstellung soll den notariellen Praktiker der Mühsal entheben, durch Synopse zwischen altem und neuem Text die (teilweise versteckten) Änderungen zu ermitteln, die für die Praxis der Vertragsgestaltung und die begleitende Wissensvermittlung an notarielle Klientel von Bedeutung sein können.

Einzugehen ist dabei auf begriffliche (nachstehend 1), systematische (nachstehend 2) und vor allem inhaltliche (nachstehend 3) Änderungen:

1. Begriffliches

Termini, denen eine geringschätzende Note anhaften könnte, werden im neuen Recht durch neutrale Ausdrücke ersetzt. An die Stelle des Hilfesuchenden oder des Hilfeempfängers tritt der „Leistungsberechtigte“. „Hilfe“ wird nicht mehr „gewährt“, es werden vielmehr „Leistungen erbracht“. Besonderes Augenmerk wird auch darauf gelegt, dass geschlechtsneutrale Bezeichnungen verwendet werden (neudeutsch: „gender mainstreaming“).² Häufig wird die Formulierung dadurch schwerfälliger, teilweise auch fehlerhaft.³

¹ So dass beispielsweise die Verfahrensvorschriften des SGB X bereits bisher Anwendung fanden, sofern sich nicht aus dem BSHG, den hierzu erlassenen Durchführungsverordnungen und landesrechtlichen Ausführungsvorschriften etwas Abweichendes ergibt, § 37 Satz 1 SGB I.

² Vgl. BT-Drucks. 15/1514 vom 5.9.2003, S. 55.

³ So verpflichtet etwa § 102 Abs. 1 Satz 1 SGB XII zum Kostenersatz den Erben der leistungsberechtigten Person „oder dessen Ehegatte oder dessen Lebenspartner“. Tatsächlich gemeint ist aber, wie sich aus dessen Satz 3 und der bisherigen Gesetzesfassung ergibt, *der Erbe* des Ehegatten bzw. Lebenspartners.

2. Systematik

a) Hilfearten

Die bisherige Zweiteilung in Hilfe zum Lebensunterhalt (HLU) einerseits und Hilfe in besonderen Lebenslagen (HbL) andererseits wird in der Gesetzessystematik aufgegeben. Grundlegende Bestimmungen zu den Leistungsvoraussetzungen und Regelungen für bestimmte Personengruppen werden daher in einem vorangestellten Kapitel 2 (§§ 8 bis 26) für beide Leistungsarten „vor die Klammer gezogen“. Bisher notwendige Vorschriften zur (schwierigen) Vermischung von Maßnahmekosten einerseits und von Kosten für den Lebensunterhalt bei Heimunterbringung andererseits können entfallen.

Die textliche Zusammenführung bedeutet jedoch nicht, dass inhaltliche Unterschiede dadurch notwendig nivelliert wären: So sind z. B. die bisher in §§ 11 (für die HLU) und 28 BSHG (für HbL) enthaltenen Bestimmungen zur Einsatz- und Bedarfsgemeinschaft nunmehr in § 19 SGB XII übernommen worden, allerdings (wie auch bisher) nicht identisch, sondern in Absatz 1 für die „Leistungen nach dem 3. Kapitel“ (diese entsprechen der bisherigen Hilfe zum Lebensunterhalt), in Absatz 3 für die „Leistungen nach dem 5. bis 9. Kapitel“ (diese entsprechen den bisherigen Hilfen in besonderen Lebenslagen).

b) Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung

In das SGB XII als 4. Kapitel eingegliedert wurde auch die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, was zunächst überrascht, da sie in Gestalt des eigenständigen Grundsicherungsgesetzes (GSiG) bewusst außerhalb der Sozialhilfethematik gestellt werden sollte. Während bisher nur die ausdrücklich in Bezug genommenen Teile des BSHG (etwa die Vorschriften zur Einkommens- und Vermögensheranziehung, §§ 76–88 BSHG) entsprechende Anwendung fanden, sind nunmehr umgekehrt nur diejenigen Bestimmungen ausgenommen, die (wie etwa § 102 Abs. 5 SGB XII) ausdrücklich „nicht für Leistungen nach dem Vierten Kapitel“ gelten.

In der praktischen Umsetzung bedeutet dies eine Ausweitung des Regressinstrumentariums auch für Leistungen der Altersgrundsicherung: Bisher standen z. B. die Überleitung von Ansprüchen des Leistungsbeziehers durch Verwaltungsakt (§ 90 BSHG) sowie der gesetzliche Übergang von Unterhaltsansprüchen (§ 91 BSHG) nicht unmittelbar zur Verfügung. Wer also über zivilrechtliche Ansprüche (etwa aus § 528 BGB)

oder über Unterhaltsansprüche verfügte (gegen Verwandte in auf- oder absteigender Linie nur, soweit der Gesamtbetrag ihrer Einkünfte jeweils einzeln 100.000 € übersteigt), galt gemäß § 2 GSIG als nicht bedürftig. Er war darauf verwiesen, zur Deckung der Lücke Sozialhilfe zu beantragen mit der Folge, dass der Sozialhilfeträger diese Ansprüche für ihn geltend machte. Nach neuem Recht stehen die genannten Regressinstrumentarien (Übergang durch Verwaltungsakt; *cessio legis* bei Unterhaltsansprüchen – bei Verwandten weiterhin nur bei Überschreiten der individuellen Einkunfts-grenze von 100.000 €) dem Sozialhilfeträger bei Gewährung der Altersgrundsicherung unmittelbar zu Gebote. Lediglich der dritte Regressweg, die Inanspruchnahme der Erben für die Kosten der Sozialhilfe der letzten zehn Jahre, ist – wie bisher – verschlossen (§ 102 Abs. 5 SGB XII).

Die bisher in § 18 ff. BSHG enthaltenen Bestimmungen zur Hilfe zur Arbeit wurden nicht übernommen, da arbeitsfähige Sozialhilfeempfänger den Sonderregeln des unten II dargestellten SGB II („Hartz IV“) unterliegen.

3. Inhaltliche Änderungen

Beschränkt auf den durch die notarielle Tätigkeit bedingten Blickwinkel sind folgende Neuerungen zu skizzieren:

a) Die bisherigen einmaligen Leistungen der *Hilfe zum Lebensunterhalt* werden bis auf wenige Ausnahmen (Erstausstattung für Wohnraum, Bekleidung bei Schwangerschaft und Geburt sowie Kosten für mehrtägige Klassenfahrten) in den Regelsatz einbezogen. Dadurch soll eine Vereinfachung der Verwaltung und eine Entlastung der Gerichte („der Streit um den Wintermantel“) erreicht werden. Der Regelsatz wird durch festgelegte „Vom-Hundert-Anteile“ an Positionen der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe bestimmt; Referenzgruppe sind die untersten 20 Prozent der nach dem Nettoeinkommen geschichteten Ein-Personen-Haushalte. Die Struktur der Regelsätze wird wie bisher vom Regelsatz des Haushaltsvorstands abgeleitet, wobei die bisherigen vier Altersstufen zur Vereinfachung auf zwei Stufen reduziert werden. Inhalt und Fortschreibung der Regelsätze wurden in der Regelsatzverordnung⁴ festgelegt (Regelsatz des Haushaltsvorstands monatlich 345 € in den alten, 331 € in den neuen Bundesländern). Die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe wird alle fünf Jahre neu durchgeführt; in der Zwischenzeit ist die Fortschreibung des Regelsatzes (jeweils zum 1. Juli) an die Entwicklung der Renten gekoppelt.

b) Nach dem Grundsatz des „*Förderns und Forderns*“ sollen auch dem in der Sozialhilfe verbleibenden Berechtigtenkreis, also den weniger als drei Stunden täglich erwerbsfähigen Personen, aktivierende Leistungen zugute kommen, andererseits aber auch Maßnahmen zur Überwindung der Bedürftigkeit und zur Stärkung der Eigenverantwortung des Leistungsberechtigten gefordert werden können. Sie sollen in einer Leistungsabsprache (§ 12 SGB XII) schriftlich festgehalten werden, deren Nichteinhaltung zu Nachteilen für den Leistungsberechtigten führen kann.

c) Für kranke, behinderte und pflegebedürftige Menschen soll – ähnlich dem durch SGB IX in der Behindertenhilfe bereits eingeleiteten Paradigmenwechsel – ein *trägerübergreifendes persönliches Budget* erhöhte Selbständigkeit und Selbstbestimmung ermöglichen: Sie erhalten regelmäßige Geldzahlungen, die es ihnen erlauben, Betreuungsleistungen selbst zu organisieren und zu bezahlen. Dadurch soll stationäre Betreuung so lange wie möglich vermieden und eine Verwaltungsvereinfachung erreicht werden. Möglicherweise las-

sen sich hierdurch auch alternative Wohnformen anstelle stationärer Versorgung fördern. Die diesbezüglichen Vorschriften zum persönlichen Budget (z. B. § 57 SGB XII) haben experimentellen Charakter und setzen einen Antrag des Leistungsberechtigten voraus.

d) *Verpartnete Personen* sind nunmehr Ehegatten gleichgestellt. Aus diesem Grund zählen auch sie (sofern nicht getrennt lebend) gemäß § 19 SGB XII zum Kreis der Einsatz- und Bedarfsgemeinschaft, deren Einkommen und Vermögen in gleicher Weise wie dasjenige des Leistungsberechtigten selbst heranzuziehen ist. Die verfassungsrechtlich gebotene Gleichstellung der eheähnlichen Gemeinschaft (nunmehr in § 20 SGB XII, vormals § 122 BSHG) wurde unverändert übernommen, ebenso (in etwas erweiterter Form) die Vermutung der Bedarfsdeckung bei Zusammenleben von Personen in einer Haushaltsgemeinschaft, auch wenn sie nicht verwandt sind oder eine eheähnliche Gemeinschaft bilden (§ 36 SGB XII, vormals § 16 BSHG).

e) An mehreren Stellen des Gesetzes sind *Leistungskürzungen* enthalten. So entfällt beispielsweise in § 35 Abs. 2 SGB XII der Zusatz-Barbetrag zum „Taschengeld“, der bisher immer dann gewährt wurde, wenn der Leistungsberechtigte aus eigenem Einkommen und Vermögen mit zur Tragung der Heimkosten beigetragen hat. Hierdurch sollte die Ungleichbehandlung von Leistungsberechtigten in- und außerhalb einer Einrichtung beendet und zugleich eine Einsparung von 130 Mio. € pro Jahr erzielt werden.⁵

f) Bei der *Einkommensermittlung und -schonung* (nunmehr §§ 82–89 SGB XII) sind außer Modifikationen in der Bereinigung (z. B. der Streichung des bisherigen § 76 Abs. 2 Nr. 5 BSHG mit der mittelbaren Folge, dass Kindergeld lediglich beim Regelsatz des Kindes selbst abgezogen wird) vor allem die teilweise sehr hohen Einkommensschongrenzen reduziert worden. Die (ebenso wie bisher) nur für die Leistungen der Hilfe in besonderen Lebenslagen (also des 5. bis 9. Kapitels) geltende allein verbleibende Einkommensgrenze setzt sich zusammen aus dem zweifachen Eckregelsatz, den Kosten der Unterkunft und Familienzuschlägen in Höhe von 70 (bisher 80) vom Hundert des Regelsatzes für den nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner und jede weitere Person, die überwiegend vom Leistungsberechtigten unterhalten wird. Bei einem Eckregelsatz von 345 €, angemessenen Unterkunftskosten von beispielsweise 500 € und zwei weiteren Familienangehörigen beläuft sich also die Einkommensgrenze des § 85 SGB XII auf $(2 \times 345) + 500 + (2 \times 345) \times 70\% = 1.316$ €. Die bisher in § 81 Abs. 1 und 2 BSHG enthaltenen erhöhten Einkommensgrenzen beispielsweise im Bereich der Hilfe zur Pflege oder der Blindenhilfe, wiederum gestuft nach dem Grad der Pflegebedürftigkeit, sind entfallen. Letztere hatten den Grundbetrag (der wiederum um den Unterkunftsanteil und die Familienbeiträge erhöht wurde) auf 853 € bzw. 1.705 € heraufgesetzt. Die Höhe der sozialhilferechtlichen Schonung war nach bisheriger Rechtslage von besonderer Bedeutung für die Heranziehung Unterhaltspflichtiger, da letzteren aufgrund der „sozialhilferechtlichen Vergleichsrechnung“ gemäß § 91 Abs. 2 Satz 1 BSHG dieselbe Freistellung zugute kam, die teilweise die familienrechtliche Schonung noch überstieg (Prinzip der zwei Schranken). Durch die Abschaffung der erhöhten Einkommensgrenzen werden Einsparungen von jährlich 45 Mio. € erhofft.

g) Bezüglich des *einzusetzenden Vermögens* (§§ 90, 91 BSHG) bringt die Eingliederung in das SGB neben einer dringend notwendigen Sinnsteigerung (Wortlaut § 88 Abs. 1

⁴ Vom 2.6.2004, BGBl I, 1067.

⁵ Vgl. BT-Drucks. 15/1734 vom 15.10.2003, S. 3 (Finanztableau).

BSHG: „Zum Vermögen ... gehört das gesamte verwertbare Vermögen“ – im Vergleich hierzu § 90 Abs. 1 SGB XII: „Einzusetzen ist das gesamte verwertbare Vermögen“) die zusätzliche Schonung der Riester-Ansparverträge nach § 10 a oder Abschnitt XI des Einkommensteuergesetzes (§ 90 Abs. 2 Ziff. 2 SGB XII), ferner eine Neufestsetzung der kleineren Barbeiträge (Notgroschen), die nach der Verordnung zu § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII anrechnungsfrei verbleiben können.⁶ Letzterer betrug bisher je nach Hilfeart und Alter des Bedürftigen zwischen 1.279 € und 4.091 €. Der Grundbetrag wird ab 1.1.2005 angehoben auf 1.600 € bei der Hilfe zum Lebensunterhalt (sogar 2.600 € bei Personen über 60 Jahren oder erwerbsgeminderten Personen), bei den Hilfen in besonderen Lebenslagen auf grundsätzlich 2.600 €, zuzüglich 614 € für den Ehegatten/Lebenspartner und 256 € für jede weitere unterhaltene Person (bei Pflegebedürftigen der Stufe III beträgt der Ehegattenaufschlag sogar 1.534 €).

h) Von großer Bedeutung für die notarielle Praxis ist eine Neuregelung im Bereich des *gesetzlichen Forderungsübergangs für zivilrechtliche Unterhaltsansprüche*, § 94 SGB XII (vormals § 91 BSHG): die Streichung der „sozialhilferechtlichen Vergleichsbetrachtung“. Es gelten also künftig ausschließlich die familienrechtlichen Schonungen.⁷ In § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB XII wurde lediglich die bereits bisher schon ungeschriebene beachtete Regel übernommen, dass der Zahlungspflichtige durch die Heranziehung nicht selbst sozialhilferechtlich werden dürfe. Da die erhöhten sozialhilferechtlichen Einkommensgrenzen nicht in das SGB XII übernommen wurden (oben e), wäre die zusätzliche öffentlichrechtliche Schranke ohnehin nur selten zum Tragen gekommen; der zusätzliche Einspareffekt soll sich also nach Ansicht der Bundesregierung auf lediglich jährlich 65 Mio. € belaufen.⁸

i) Die bereits seit 1.1.2002 geltende Begrenzung des *Unterhaltsbeitrags von Eltern für ein volljähriges behindertes oder in voll stationärer Pflege befindliches Kind* von 26 € im Monat wurde ergänzt um weitere 20 € pro Monat als Beitrag zu den Kosten für den Lebensunterhalt, bleibt jedoch damit dem eingeschlagenen Motto treu, lieber von vielen Eltern einen überschaubaren Betrag als von wenigen Eltern sehr hohe Unterhaltslasten einzufordern.⁹

j) Für die notarielle Praxis von geringerer Bedeutung und eher als Lehrstück zur legislativen Gestaltungskraft der Bildzeitung zu werten sind die in der Schlussphase noch aufgenommenen verschärfenden Vorschriften zur *Sozialhilfe-gewährung für Deutsche im Ausland* (§ 24 SGB XII im Unterschied zu § 119 BSHG, „Florida-Rolf“).

Mit Interesse wird zu verfolgen sein, inwieweit die mit der Eingliederung in das Sozialgesetzbuch einhergehende Änderung der gerichtlichen Zuständigkeit von den Verwaltungs- zu den Sozialgerichten zu anderen Schwerpunktsetzungen führt. Ein Beitrag zur stärkeren Vereinheitlichung des Sozialrechts wird dadurch auf jeden Fall geleistet.

II. Hartz IV: Die Grundsicherung für Arbeitssuchende ab 1.1.2005 (SGB II)

Durch eine Zusammenführung der bisherigen Arbeitslosenhilfe (SGB III) und der Sozialhilfe (künftig SGB XII) in Gestalt der „Grundsicherung für Arbeitssuchende“ (SGB II) ab

1.1.2005¹⁰ sollen Fürsorgeleistungen effizienter erbracht und die Eigeninitiative *erwerbsfähiger Hilfebedürftiger* (nachstehend 1) unterstützt werden. Neben die *Eingliederungsleistungen* (nachstehend 2), die über den bisher im SGB III vorgesehenen Rahmen der aktiven Arbeitsförderung hinausgehen, treten *finanzielle Leistungen* (nachstehend 3) in Gestalt des Arbeitslosengeldes II und des Sozialgeldes sowie in Form der Einbeziehung in die Sozialversicherung. Ähnlich der Sozialhilfe, wengleich in abgeschwächter Form, ist der Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende zum *Regress* (nachstehend 4) berechtigt.

Träger sind die Agenturen für Arbeit, für bestimmte Leistungen (z. B. Unterkunft) die kreisfreien Städte und Kreise, die auf Antrag durch Rechtsverordnung auch weitere Aufgaben übernehmen können (Optionsmodell, § 6 a SGB II).

1) *Anspruchsberechtigt* (§ 7 SGB II) sind Personen zwischen dem 15. und dem 65. Lebensjahr, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben und *sowohl erwerbsfähig als auch hilfebedürftig* sind, ferner die mit ihnen in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen.

a) Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 SGB II liegt vor, wenn auf absehbare Zeit mindestens drei Stunden täglicher Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt möglich ist (Verfahren zu deren Feststellung: §§ 44 a, 45 SGB II).

b) Hilfebedürftigkeit ist gemäß § 9 Abs. 1 SGB II gegeben, wenn der eigene Lebensunterhalt, die Eingliederung in Arbeit und der Lebensunterhalt der in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nicht durch

- Aufnahme einer zumutbaren Arbeit
- oder aus zu berücksichtigendem Einkommen bzw. Vermögen

gesichert werden kann, wobei Vermögen und Einkommen aller Personen der Bedarfsgemeinschaft zusammenzurechnen sind (§ 9 Abs. 2 SGB II).

aa) Kernstück der Regelung ist die – in das Visier der politischen Diskussion geratene – Verschärfung der Zumutbarkeitskriterien gemäß § 10 SGB II (im Vergleich zum bisherigen § 121 SGB III). *Jede*, auch untertariflich bezahlte, legale Arbeit ist dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen zumutbar, auch wenn sie hinter seiner Ausbildung oder seiner bisherigen Beschäftigung zurückbleibt, der Arbeitsort weiter vom Wohnort entfernt ist oder die Arbeitsbedingungen ungünstiger sind als bisherige Tätigkeiten. Arbeitsangebote können nur aus wichtigen Gründen (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB II) abgelehnt werden, wie körperlicher, geistiger oder seelischer Überforderung, vorrangigen Belangen der Kindererziehung¹¹ oder der Pflege Angehöriger.

bb) Das zu berücksichtigende *Einkommen* (§ 11 Abs. 1 SGB II) umfasst (wie im Sozialhilferecht, § 82 SGB XII) alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert; auch die Absetzbeträge sind ähnlich geregelt. Als Anreiz zur Arbeitsaufnahme bleiben allerdings zusätzlich Teile eigenen Erwerbseinkommens anrechnungsfrei (§ 30 SGB II: bei einem Monatsbruttolohn bis zu 400 € 15 v. H. des um die Absetzbeträge bereinigten Einkommens aus Erwerbstätigkeit; vom übersteigenden Teil bis zu 900 € dreißig v. H., darüber hinaus bis 1.500 € wiederum 15 v. H.).

¹⁰ Aufgrund des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl I, 2954 ff.

¹¹ Die Bundesagentur soll gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II darauf hinwirken, dass erwerbsfähigen Hilfebedürftigen mit Kindern unter drei Jahren vorrangig ein Tagesbetreuungsplatz oder die Aufnahme in eine Tageseinrichtung angeboten wird.

⁶ Wortlaut der Verordnung in BGBl I 2003, 3060 f.

⁷ Vgl. hierzu Krauß, Elternunterhalt, DNotZ 2004, Heft 7 u. 8.

⁸ BT-Drucks. 15/1734 vom 15.10.2003, S. 3.

⁹ Vgl. Krauß, MittBayNot 2002, 251.

cc) Hinsichtlich des zu berücksichtigenden *Vermögens* bleiben naturgemäß aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht verwertbare Positionen (z. B. aufgrund nicht befreiter Vorerbschaft) außer Betracht, ebenso Vermögenswerte, deren sofortige Verwertung eine unbillige Härte bedeuten würde (z. B. Kündigung kapitalbildender Lebensversicherung kurz vor Endfälligkeit oder wenn der Rückkaufswert um mehr als 10 % hinter der Summe der eingezahlten Beiträge zurückbleibt). Zum Schonvermögen zählen gemäß § 12 Abs. 3 SGB II (ähnlich wie in § 90 Abs. 2 SGB XII):

- das selbstgenutzte, angemessene Hausgrundstück
- Vermögen, das nachweislich zur baldigen Beschaffung und Erweiterung eines Hausgrundstücks angemessener Größe bestimmt ist, allerdings nur soweit dieses zu Wohnzwecken behinderter oder pflegebedürftiger Menschen dienen soll,

ferner – über das Sozialhilferecht hinausgehend –

- der angemessene Hausrat
- ein angemessenes Kraftfahrzeug¹² für jedes erwerbsfähige hilfebedürftige Mitglied der Bedarfsgemeinschaft
- bei nicht gesetzlich rentenversicherten Personen angemessene Vermögensgegenstände zur Altersvorsorge.

Hinzu treten gemäß § 12 Abs. 2 SGB II als Schonvermögenstatbestände:

- ein altersabhängiger Grundfreibetrag in Höhe von 200 € je vollendetem Lebensjahr des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und seines Partners, mindestens jedoch jeweils 4.100 €, maximal jeweils 13.000 €^{12a}
- Altersvorsorgevermögen gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 2 und 3 SGB II (z. B. die Riester-Rente; ferner vor dem Eintritt in den Ruhestand aufgrund vertraglicher Vereinbarung nicht verwertbare Ansprüche bis zu 200 €/Lebensjahr des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und seines Ehegatten/Lebenspartners, höchstens je weitere 13.000 € je Person)
- ein weiterer Freibetrag für notwendige Anschaffungen in Höhe von 750 € für jeden Hilfebedürftigen der Bedarfsgemeinschaft (ohne Rücksicht auf dessen Erwerbsfähigkeit, also auch für jedes haushaltsangehörige Kind i. S. d. § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II).

2) Die *Leistungen zur Eingliederung in Arbeit* (§§ 14 ff. SGB II) sind vorrangig gegenüber Leistungen zum Lebensunterhalt (§§ 19 ff. SGB II); letztere wiederum verdrängen für arbeitsfähige Hilfebedürftige die allgemeinen Sozialhilfeleistungen des SGB XII mit geringen Ausnahmen.¹³

Die Eingliederungsleistungen sind nach dem Grundsatz des Forderns (§ 2 SGB II) und des Förderns (§ 14 SGB II) in einer einzelfallorientierten Vereinbarung niederzulegen, in der zum einen die Ermessensleistungen der Agentur für Arbeit (orientiert an den Erfordernissen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, § 3 SGB II, z. B. Einstiegsgeld bei einer Erwerbsaufnahme gemäß § 29 SGB II), aber auch die Bemühungen des

erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, ihre Häufigkeit und der notwendige Nachweis festgehalten werden.

3) Die *finanziellen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts* entsprechen Sozialhilfeniveau, sind also pauschaliert allein an der Deckung des notwendigen Bedarfs orientiert. Ergänzende Leistungen (wie etwa bisher in § 21 BSHG vorgesehen: Winterbekleidung usw.), die Übernahme bestehender Schulden (ausgenommen Mietrückstände nach § 22 Abs. 5 SGB II) und die einzelfallorientierte Bedarfsbewertung sollen dadurch entfallen. Anders als bei der bisherigen Arbeitslosenhilfe orientiert sich die Leistungshöhe also nicht mehr am zuvor erhaltenen Arbeitslosengeld, dessen Bezugsdauer zudem verkürzt wurde.¹⁴ Darin liegt der zweite entscheidende Paradigmenwechsel im Rahmen der „Agenda 2010“.

Die finanziellen Leistungen gliedern sich in das sog. Arbeitslosengeld II¹⁵ (a) und das Sozialgeld (b).

a) Das *Arbeitslosengeld II* (§ 19 SGB II) setzt sich zusammen aus

- der monatlichen Regelleistung (§ 20 Abs. 2 SGB II: bei Alleinstehenden in den alten Bundesländern 345 €¹⁶ [neue Länder: 331 €]; bei zwei erwerbsfähigen Bedarfsgemeinschaftsmitgliedern je 90 v. H., für weitere 80 v. H. hiervon; sie werden jährlich zum 1. Juli gemäß der gesetzlichen Altersrenten angepasst)
- Leistungen für Mehrbedarf gemäß § 21 SGB II (z. B. für schwangere Personen, Alleinerziehende usw.), gedeckelt jedoch auf die oben genannte Regelleistung
- angemessenen Kosten für Unterkunft¹⁷ und Heizung (§ 22 SGB II); vor Abschluss eines Mietvertrags soll die Zusicherung des kommunalen Trägers eingeholt werden
- einem befristeten Zuschlag nach Bezug von Arbeitslosengeld in den ersten zwei Jahren gemäß § 24 SGB II
- Leistungen bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit, z. B. Krankheit (§ 25 SGB II), sowie
- der Übernahme von Beiträgen in der gesetzlichen Rentenversicherung oder – bei versicherungsfreien Personen – einem Zuschuss zu den Beiträgen gemäß § 26 SGB II.

14 Im Rahmen des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 (BGBl I, 3002; hierzu NWB Fach 27 S. 5771 ff. und ZAP Fach 18 S. 823 ff.), in Kraft getreten am 1.1.2004, ist neben Änderungen im Kündigungsschutz auch die Dauer des Anspruchs auf Arbeitslosengeld verkürzt worden: Sie beträgt nach Versicherungspflichtverhältnissen mit einer Dauer von mindestens 12 Monaten nunmehr 6 Monate, ab 16 Monaten 8 Monate, ab 20 Monaten 10 Monate, ab 24 Monaten maximal 12 Monate. Nach Vollendung des 55. Lebensjahres steigt die maximale Bezugsdauer nach Versicherungspflichtverhältnissen von mindestens 30 Monaten auf 15 und von mindestens 36 Monaten auf 18 Monate (§ 127 Abs. 2 SGB III). Diese Verkürzung gilt für alle ab 1.2.2006 beginnenden Arbeitslosengeldbezüge (§ 434 Buchstabe I Abs. 1 SGB III). Nach bisherigem Recht betrug die maximale Bezugsdauer 32 Monate nach Vollendung des 57. Lebensjahres. Zugleich wird während der Übergangsfrist die Erstattungspflicht für Arbeitgeber bei Entlassung älterer Arbeitnehmer verschärft, danach jedoch ab 1.2.2006 aufgehoben.

15 Der Terminus nährt die irreführende Annahme, es handle sich um eine beitragsverkaufte Versicherungsleistung wie das Arbeitslosengeld selbst.

16 Also in gleicher Höhe wie der Regelbedarf des § 28 Abs. 1 SGB XII (ermittelt durch Zuschlag von 16 v. H. auf die höchsten bisherigen Eckregelsätze).

17 Die angemessenen Wohnungsgrößen werden sich aller Voraussicht nach an den Vorgaben des sozialen Wohnungsbaus orientieren, d. h. ca. 45/60/75/90 m² für einen Ein-/Zwei-/Drei-/Vierpersonenhaushalt, pro weiterer Person 10 m² zusätzlich.

12 Wobei sich die Angelegenheit nach dem nunmehrigen Lebenschnitt richtet: statt Mercedes Cabrio für den früheren GmbH-Geschäftsführer „nur mehr“ Golf.

12a Die Übergangsvorschrift des § 65 Abs. 5 SGB II erhöht den Lebensaltersjahresfreibetrag für Personen, die vor dem 1.1.1948 geboren sind, auf 520 €, maximal 33.800 €.

13 Z. B. notwendiger Lebensunterhalt in Einrichtungen, § 35 SGB XII; ferner Lebensunterhalt in Sonderfällen, z. B. Übernahme von Mietschulden zur Sicherung der Unterkunft: § 34 SGB XII (s. auch § 21 SGB XII; § 5 Abs. 2 Satz 2 SGB II).

b) Nicht erwerbsfähige Angehörige der Bedarfsgemeinschaft erhalten gemäß § 28 SGB II *Sozialgeld* in im Wesentlichen gleichem Umfang wie das Arbeitslosengeld II (Ausnahmen: § 28 Abs. 1 Satz 3 SGB II¹⁸).

Die Verweigerung oder Verletzung einer Eingliederungsvereinbarung (oben 2) kann zur Absenkung des Arbeitslosengeldes II um zunächst 30 v. H., schließlich gar zu dessen gänzlicher Streichung führen, § 31 SGB II. Ähnliches gilt für das Sozialgeld, § 32 SGB II.

4) Auch die *Regressmöglichkeiten* sind ähnlich der Sozialhilfe ausgebildet:

a) So kann schuldhaftes Verhalten eine Verpflichtung zum Kostenersatz begründen (§ 34 SGB II, entspricht § 103 SGB XII = § 92 a BSHG);

b) ferner kann bezüglich der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (nicht der Eingliederungsleistungen) eine Erbenhaftung eintreten (§ 35 SGB II, entspricht der Struktur nach § 102 SGB XII = § 92 c BSHG).

c) Sonstige Ansprüche gegen Dritte, auch bürgerlich-rechtliche Unterhaltsansprüche, können durch Verwaltungsakt gemäß § 33 SGB II übergeleitet werden (also kein gesetzlicher Forderungsübergang beispielsweise des Elternunterhalts!). Wie im SGB XII ist der Forderungsübergang beschränkt auf die Höhe der erbrachten Leistungen und findet nur statt, wenn bei rechtzeitiger Leistung die Lebensunterhaltssicherung nicht erforderlich gewesen wäre. Auch nicht übertragbare, unpfändbare oder nicht verpfändbare Ansprüche sind überleitbar. Von der Überleitung durch Verwaltungsakt sind ausgeschlossen Unterhaltsansprüche gegen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft (deren Einkommen

ohnehin hinzugerechnet wird), von schwangeren Kindern gegenüber ihren Eltern sowie Unterhaltsansprüche alleinerziehender Elternteile von Kindern unter sechs Jahren.

Abweichend vom Sozialhilferecht dürfen allerdings *Unterhaltsansprüche gegen Verwandte* nicht übergeleitet werden, solange der Anspruch nicht durch den Inhaber selbst geltend gemacht wird, vgl. § 33 Abs. 2 SGB II. Das Risiko, für erwerbsfähige arbeitslose Eltern als unterhaltspflichtiges Kind in Anspruch genommen zu werden, besteht also anders als bei nicht erwerbsfähigen (etwa pflegebedürftigen) Eltern – § 94 SGB XII – nur dann, wenn die Eltern ihrerseits diese Zahlungen einfordern, etwa getragen vom Gefühl, „bisher zu kurz gekommen zu sein“. (Unterhaltsansprüche Minderjähriger oder bis 25 Jahre alter Kinder ohne abgeschlossene Berufsausbildung gegen ihre Eltern sind jedoch überleitbar unabhängig von ihrer Geltendmachung durch die Kinder.)

Schoneinkommen und Schonvermögen stehen dem Unterhaltsverpflichteten in gleicher Höhe zu, wie sie dem Bezieher des Arbeitslosengeldes II selbst gewährt würden (§ 33 Abs. 2 Satz 2 SGB II); hier ist also eine „sozialhilferechtliche Vergleichsbewertung“ erforderlich.

Durch die Herabstufung der Arbeitslosenhilfe II zu einem Instrument sozialhilfeähnlicher Bedarfsdeckung, gepaart mit Eingliederungsanreizen und -sanktionen, wird also der Anwendungsbereich sozialleistungssensibler Vertragsgestaltung sich ab 1.1.2005 erweitern; inhaltlich unterscheiden sich beide Fürsorgesysteme (abgesehen vom Eingliederungsaspekt) nur in Nuancen (z. B. altersabhängiger höherer Notgroschen, keine Legalzession von Unterhaltsansprüchen, Geltendmachung des Aszendentenunterhalts nur bei vorheriger Einforderung durch die Eltern selbst). Entscheidend für die tatsächlich eintretenden Veränderungen wird die Strenge sein, mit der die Zumutbarkeitskriterien des § 10 SGB II administrativ umgesetzt werden.

¹⁸ Z. B. beträgt die Regelleistung bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres lediglich 60 v. H., im 15. Lebensjahr 80 v. H. des Normalbetrages.

Pflichtteil und Ertragswertprivileg

– zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 14.1.2003, 23 U 1830/02¹ –

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

1. Die Entscheidung

Die Entscheidung des OLG München beschäftigt sich mit zwei besonders bedeutsamen Problemen des pflichtteilsrechtlichen Bewertungsrechts: dem der Ertragswertprivilegierung landwirtschaftlicher Betriebe nach § 2312 BGB und dem der Berücksichtigung einer latenten Steuerbelastung, die sich daraus ergibt, dass das zu bewertende Vermögen einkommensteuerverstrickt ist. Man kann die Entscheidung im Ergebnis durchaus für richtig halten. Problematisch ist, wie das Ergebnis gewonnen wird und dass eine Revision zum BGH nicht zugelassen wird. Denn die Entscheidung befasst sich – soweit ersichtlich – erstmals mit der Frage, inwieweit eine den geänderten landwirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung tragende

Bewirtschaftung unter die Vergünstigung des § 2312 BGB fällt – eine sicherlich grundsätzliche Frage. Überhaupt macht das OLG zu sehr reine Einzelfallaussagen und weniger solcher grundsätzlicher Art, wie dies gerade nach der ZPO-Reform eigentlich vermehrt Aufgabe der Berufungsinstanz sein sollte. Damit würde zur Streitvermeidung beigetragen, weil allgemein gültige Grundsätze erarbeitet werden.

Für den betroffenen Erben stellte sich im hier entschiedenen Fall zudem das Problem, dass er zwar im einkommensteuerlichen Sinne (mit sehr nachteiligen Folgen) und u. U. auch im baurechtlichen als Landwirt angesehen wird, nicht jedoch im ihm günstigen erbrechtlichen. Angesichts der Relativität der Rechtsbegriffe und der verschiedenen Normzwecke der entsprechenden Vorschriften ist dies zwar juristisch möglich, für den betroffenen Laien aber schwer verständlich.

¹ MittBayNot 2004, 369 (in diesem Heft).

2. Zum Ertragswertprivileg des § 2312 BGB

2.1 Vorliegen eines Landguts

Bayern gehört zu den wenigen Bundesländern, die kein Höfe- oder Anerbenrecht kennen.² Für landwirtschaftliche Betriebe wäre daher der volle, wirkliche Wert (§ 2311 BGB) für die Berechnung des Pflichtteils heranzuziehen,³ wenn nicht die Sonderbestimmungen des Landguterbrechts des BGB, insbesondere der § 2312 BGB, Anwendung finden.⁴ Danach ist bei Vorliegen von dessen Voraussetzungen für die Pflichtteilsberechnung der Ertragswert maßgebend. Dies führt i. d. R. zu einer wesentlich niedrigeren Bewertung. So wird etwa für Bayern ein Verhältnis von Substanz- bzw. Liquidationswert zum Ertragswert von ca. 8:1 bis 14:1 angegeben.⁵ Dies sind Werte, die in der Praxis durchaus bestätigt werden. Im vorliegenden Fall etwa war der Verkehrswert 14-mal so hoch wie der Ertragswert. Diese Diskrepanz beruht auf einer bewertungsrechtlichen Besonderheit: Zwar ist heute ganz überwiegend anerkannt, dass bei der Bewertung von Betriebsvermögen i. d. R. grundsätzlich auch ohne besondere gesetzliche Anordnung auf den Ertrags- und nicht auf den Substanzwert abzustellen ist.⁶ Jedoch bildet bei der Pflichtteilsberechnung sonst der Liquidationswert die Untergrenze.⁷ Für Landgüter gilt aber aufgrund der Bestimmung des § 2312 BGB dieses untere Limit nicht, so dass gerade hierin die Wertprivilegierung der Landwirtschaft liegt.⁸ Dies führt dazu, dass fast immer der Ertragswert nach § 2312 BGB wesentlich niedriger ist als der Verkehrswert. Ist daher nicht das Ertragswertprivileg des § 2312 BGB anwendbar, so kommt es für den Pflichtteilsberechtigten zu einem „pflichtteilsrechtlichen Quantensprung“. Sein Pflichtteilsanspruch erhöht sich u. U. exorbitant, während damit korrespondierend der Erbe umso mehr belastet wird. Zu beachten ist, dass die Ertragswertprivilegierung zwar auch bei einer lebzeitigen Übergabe grundsätzlich Anwendung findet, dass aber die Voraussetzungen des § 2312 BGB im Erbfall noch gegeben sein müssen.⁹

2.1.1 Der Normzweck des § 2312 BGB

Daraus wird deutlich, dass § 2312 BGB eine agrarpolitische Schutzvorschrift ist.¹⁰ Dadurch soll es einem selbst pflichtteilsberechtigten Übernehmer (§ 2312 Abs. 3 BGB) eines Landguts im Sinne von § 2049 BGB erleichtert werden, den landwirtschaftlichen Betrieb fortzuführen, weil er nicht zur Erfüllung der nach dem höheren Verkehrswert berechneten Pflichtteilsansprüche Teile des Hofes verkaufen muss. Mit

dem allein privatnützigen Interesse der niedrigen Liquiditätsbelastung des jeweiligen Hofinhabers lässt sich die damit verbundene Zurücksetzung der „weichenden Hoferben“ allerdings nur schwer rechtfertigen. Daher hat der BGH¹¹ den Schutzzweck des § 2312 BGB im Hinblick auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Ertragswertprivilegierung beim Zugewinnausgleich¹² neu bestimmt. Gesetzeszweck ist das den Belangen der Pflichtteilsberechtigten übergeordnete öffentliche Interesse an der Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe in der Hand einer der vom Gesetz begünstigten Personen, wodurch die Zerschlagung des landwirtschaftlichen Betriebes und eine zu große Belastung ihrer Wirtschaftlichkeit vermieden werden soll. Die Ertragswertprivilegierung ist aber nur dort gerechtfertigt, wo im Einzelfall davon ausgegangen werden kann, dass dieser Gesetzeszweck erreicht wird. Nur mittelbar dient das Ertragswertprivileg dem individuellen Interesse des Übernehmers.¹³

Heute finden sich im ländlichen Bereich angesichts des Strukturwandels in der Landwirtschaft viele Anwesen, bei denen zweifelhaft ist, ob sie noch dem Ertragswertprivileg des § 2312 BGB unterfallen. Viele landwirtschaftliche Anwesen werden nur noch „viehlos“ bewirtschaftet, manche sehr extensiv, aber selbst der „Vollerwerbslandwirt“ bezieht einen guten Teil seines Einkommens nicht mehr aus seiner „eigenen Ackerscholle“, sondern erhält vom Staat umfangreiche Subventionen und Prämien für Förderungen der verschiedensten Art. Ob also das Ertragswertprivileg eingreift, wird zwischen den Hoferben und den weichenden Erben immer umstrittener werden.

2.1.2 Der Begriff des Landguts

Obleich der Begriff im Gesetz an verschiedenen Stellen gebraucht wird, fehlt eine Legaldefinition des Landgutbegriffs. Nach der Rechtsprechung und überwiegenden Meinung wird hierunter eine zum selbstständigen und dauernden Betrieb der Landwirtschaft, einschließlich der Viehzucht oder der Forstwirtschaft, geeignete und bestimmte Wirtschaftseinheit verstanden, die mit den nötigen Wohn- und Wirtschaftsgebäuden¹⁴ versehen ist. Sie muss eine gewisse Größe erreichen und für den Inhaber eine selbstständige Nahrungsquelle darstellen.¹⁵ Dabei ist zu beachten, dass es sich um keinen klar abgegrenzten Rechtsbegriff handelt, sondern eine typologische,

² OLG München, Rpfleger 1981, 103; Übersicht über die in Deutschland geltenden Bestimmungen des Anerben- und Höferechts bei Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Aufl. 2004, Art. 64 Rdnr. 6 f.; Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 8. Aufl. 2004, Einleitung Rdnr. 24 ff.

³ Dazu etwa ausführlich Staudinger/Haas, BGB, 1998, § 2311 Rdnr. 50 ff.

⁴ Wöhrmann (Fn. 2), Teil B: Das Landguterbrecht, Einl. Rdnr. 1 ff.

⁵ Kronthaler, Landgut, Ertragswert und Bewertung im bürgerlichen Recht, 1991, S. 16.

⁶ Staudinger/Haas, § 2311 Rdnr. 80 ff. m. w. N.; Reimann, ZEV 1994, 7, 8; J. Mayer in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, § 5 Rdnr. 95 ff.; zurückhaltender Soergel/Dieckmann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2311 Rdnr. 20.

⁷ Staudinger/Haas, § 2311 Rdnr. 81 m. w. N.

⁸ Staudinger/J. Mayer, 1997, Art. 137 EGBGB Rdnr. 4.

⁹ BGH, MittBayNot 1995, 213.

¹⁰ MünchKommBGB/Frank, 3. Aufl. 1997, § 2312 Rdnr. 1; Staudinger/Haas, § 2312 Rdnr. 2; Gottwald, Pflichtteilsrecht, 2000, § 2312 Rdnr. 1; Müller-Feldhammer, ZEV 1995, 161, 162; Becker, AgrarR 1975, 57, 61.

¹¹ BGHZ 98, 375, 379; 98, 382, 388 = DNotZ 1987, 764; BGH, NJW 1995, 1352 = LM Nr. 9 zu § 2312; BayObLGZ 1998, 279, 284; eingehend dazu Hausmann, Die Vererbung von Landgütern nach dem BGB – de lege lata et ferenda, 2000, S. 43 ff.

¹² BVerfGE 67, 348 = DNotZ 1985, 149; kritisch gegen die Übertragung dieser Grundsätze J. Mayer in Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 2312 Rdnr. 2.

¹³ Gottwald, § 2312 BGB Rdnr. 1.

¹⁴ Das Erfordernis von Wohngebäuden ist heute umstritten (verneinend etwa Staudinger/Dilcher, 1995, § 98 Rdnr. 10); man wird es genügen lassen, wenn bei Antritt der Hofnachfolge ein für die ordnungsgemäße Bewirtschaftung geeignetes Wohngebäude im näheren Umfeld vorhanden ist; eingehend dazu Hausmann (Fn. 11), S. 92; Staudinger/J. Mayer, 1997, Art. 137 EGBGB Rdnr. 23 m. w. N.

¹⁵ BGH, NJW-RR 1992, 770; BGHZ 98, 375, 377 f.; BGH, NJW 1964, 1414, 1416; LM Nr. 2 = MDR 1972, 496; BayObLGZ 1988, 385, 389 = FamRZ 1989, 540; LG Würzburg, AgrarR 1986, 346; Soergel/Dieckmann, Rdnr. 7; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 37 Fn. 253; Zechiel, Die „Ertragswertklausel“ in der bayerischen Notariatspraxis und ihr Bedeutungswandel bei verfassungsgemäßer Auslegung des § 2312 BGB, Diss. Würzburg 1993, S. 33 ff.; Weber, BWNNotZ 1992, 14, 15. Die ausführlichste und beste Darstellung hierzu und zu den zahlreichen Einzelproblemen findet sich bei Hausmann (Fn. 11), S. 88 ff.

wertende Betrachtung des Einzelfalls notwendig ist.¹⁶ Zum Landgut gehören¹⁷ auch Sonderkulturen wie Weinbau und Erwerbsobstbau,¹⁸ ein reines Forstgut¹⁹ sowie ein Gärtnereibetrieb²⁰ und Vieh- und Geflügelzucht, soweit es sich nicht um Massentierhaltungen auf der Grundlage von zugekauftem Futter handelt.²¹

Dabei stellen sich zahlreiche Abgrenzungsprobleme, insbesondere:²²

1. Liegt überhaupt ein Landgut vor? Dies wirft die Frage auf, wann aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben der *Qualität* nach überhaupt noch von einem Landgut gesprochen werden kann. Dies wird unter den Stichwörtern „Mindestgröße“ und „leistungsfähiger Betrieb“ diskutiert.

2. Daneben geht es um den *Umfang* des Landguts, was insbesondere dann problematisch ist, wenn gewisse Teile nicht mehr dem Betrieb dienen oder zwar noch dienen, aber jederzeit anderweitig genutzt werden können und dann einen wesentlich höheren Wert haben.

Vieles ist noch nicht geklärt. Dies gilt insbesondere für die Frage, wann angesichts der heute gerade in der Landwirtschaft gewandelten Verhältnisse mit ganz anderen Betriebsstrukturen als früher noch von einem Landgut gesprochen werden kann. Eine flächenmäßige Mindestgröße ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Jedoch ist allgemein anerkannt, dass die landwirtschaftliche Besitzung eine für die ordnungsgemäße Bewirtschaftung geeignete ausreichende Größe aufweisen muss, wobei jedoch die Rspr. betont, dass diese auch verhältnismäßig gering sein kann, also keine strengen Anforderungen gestellt werden.²³ Der Normzweck und verfassungsrechtliche Gründe gebieten aber eine einschränkende Auslegung des Landgutbegriffs. Überholt ist daher sicherlich die Einbeziehung von Betriebsgrößen von 1 bis 2 ha²⁴ in das Ertragswertprivileg. Für die erforderliche funktionale Auslegung des Landgutbegriffs muss man berücksichtigen, dass je nach Betriebsart (Sonderkulturen) und Lage sowie Bewirtschaftungsform kein notwendiger Zusammenhang zwischen der Fläche des Landguts und dessen Ertrag und damit für die verfassungsrechtlich notwendige Leistungsfähigkeit besteht. Für die verfassungsrechtlich vorgegebene Abgrenzung ist daher nicht auf die Flächengröße abzustellen; entscheidend ist allein die Ertragsfähigkeit.²⁵ Dass das OLG München im entschiedenen Fall hierzu keine Aussagen gemacht hat, ist daher verständlich.

¹⁶ *Kronthaler* (Fn. 5), S. 134; *Staudinger/J. Mayer*, 1997, Art. 137 EGBGB Rdnr. 20.

¹⁷ Vgl. etwa *Staudinger/J. Mayer*, 1997, Art. 137 EGBGB Rdnr. 25 m. w. N.; *Hausmann* (Fn. 11), S. 96 ff.; *Wöhrmann*, § 97 BGB Rdnr. 6 ff., § 2049 BGB Rdnr. 8 ff.

¹⁸ *Wöhrmann*, § 2049 BGB Rdnr. 15.

¹⁹ *MünchKommBGB/Frank*, § 2312 Rdnr. 3; *Kegel*, Zum Pflichtteil vom Großgrundbesitz, in *Liber amicorum Ernst J. Cohn*, 1975, S. 85, 106; *Soergel/Dieckmann*, § 2312 Rdnr. 1; mit ausführlicher Begründung *Hausmann* (Fn. 11), S. 107 ff. A. M. *Wöhrmann*, § 2049 Rdnr. 14.

²⁰ BGH, NJW 1977, 479; OLG Oldenburg, FamRZ 1992, 726.

²¹ *Wöhrmann*, § 2049 Rdnr. 13; näher dazu unten 2.1.4.

²² *J. Mayer*, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rdnr. 173.

²³ BGH, NJW-RR 1992, 770: 5,6 ha Acker, 2,9 ha Grünland, z. T. verpachtet; vgl. auch die Rechtsprechungsnachweise zur Flächengröße bei *MünchKommBGB/Frank*, § 2312 Rdnr. 3 Fn. 13; *Hausmann* (Fn. 11), S. 114 Fn. 481.

²⁴ OLG Oldenburg, RdL 1962, 40: 2,5 ha genügen; BGH, FamRZ 1977, 195: 1,9 ha, allerdings bei Sonderkultur „Gärtnerei“.

²⁵ *Staudinger/J. Mayer*, Art. 137 EGBGB Rdnr. 30; zustimmend *Hausmann* (Fn. 11), S. 114 f.; ähnlich *Kronthaler* (Fn. 5), S. 119; *Köhne*, AgrarR 1995, 321, 324.

2.1.3 Abgrenzungsversuche

Wie aber die quantitative Abgrenzung für die Ertragswertprivilegierung vorzunehmen ist, ist noch offen.²⁶ Daher wird sogar eine wertende Entscheidung des Gesetzgebers gefordert.²⁷

Einigkeit besteht nur, dass reine Hobby- und Zwergbetriebe nicht landgutsfähig sind.²⁸ Probleme bereiten insbesondere die landwirtschaftlichen Nebenerwerbsbetriebe.

(1) Die Deutsche Gesellschaft für Agrarrecht hat in einem ausführlichen Leitfaden betont, dass die Qualifizierung als Landgut i. S. des BGB nicht mit leicht fassbaren Merkmalen wie der Betriebsgröße oder des Wirtschaftswertes möglich ist. Es müssten vielmehr Erfolgskriterien angelegt werden, mit deren Hilfe bestimmt werden könne, ob der Betrieb voraussichtlich längerfristig wirtschaftlich existenzfähig ist. Relevant sind in diesem Zusammenhang vor allem der Gewinn, die Eigenkapitalbildung im Betrieb und die Entlohnung der eingesetzten Produktionsfaktoren.²⁹

(2) Teilweise wird gefordert, dass das Anwesen geeignet sein müsse, den Lebensunterhalt des Inhabers zu einem erheblichen Teil zu decken.³⁰ Dem steht die von *Zechiel*³¹ für die Ermittlung der privilegierten Nebenerwerbsbetriebe entwickelte Lehre von den „betriebstypischen Risiken“ nahe. Die Anwendung des § 2312 BGB sei nur dann gerechtfertigt, wenn der Betriebsinhaber mit einem entsprechenden berufstypischen Risiko wie ein Vollerwerbslandwirt belastet sei, nicht aber, wenn er seine Existenz überwiegend auf außerbetriebliche Einnahmen stützen könne.

(3) Mitunter wird auch die Orientierung an sozialversicherungsrechtlichen Fördergrenzen vorgeschlagen, insbesondere daran, ob der Inhaber des Anwesens nach dem Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte (ALG)³² beitragspflichtig ist. Dieses Kriterium wird für die Gewährung der Privilegierung nach § 19 Abs. 4 KostO verwendet.³³ Da die Zielsetzung dieser Kostenvergünstigung mit dem Ertragswertprivileg nach §§ 2049, 2312 BGB im Wesentlichen gleich ist,³⁴ könnte man an die Übernahme dieser Entscheidungskriterien denken.³⁵

²⁶ Vgl. dazu den Überblick bei *Hausmann* (Fn. 11), S. 112 ff.; *J. Mayer*, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rdnr. 176.

²⁷ *Fassbender*, AgrarR 1998, 188, 190.

²⁸ *Hausmann* (Fn. 11), S. 116 m. w. N. und unten Fn. 39.

²⁹ *Pabsch*, AgrarR 1994, 5, 6 f.

³⁰ *Staudinger/Haas*, § 2312 Rdnr. 12; *MünchKommBGB/Frank*, § 2312 Rdnr. 3; *Weber*, BWNotZ 1992, 14, 15 (30 % des Familienunterhalts, jedoch selbst in Frage gestellt); *Wöhrmann*, § 2049 BGB Rdnr. 27, verlangt, dass 15 bis 20 % des Gesamteinkommens des Betriebsinhabers erzielt werden; *Köhne*, Landwirtschaftliche Taxationslehre, 2. Aufl. 1993, S. 196, lässt genügen, dass „einige Tausend DM“ als erhebliches Einkommen aus der Landwirtschaft erzielt werden (anders aber jetzt *ders.*, AgrarR 1995, 321, 324 f.: bei Nebenerwerbsbetrieb mindestens 20.000 DM im Jahr); zu den verschiedenen Lösungsansätzen s. *Hausmann* (Fn. 11), S. 123 ff.; *Staudinger/J. Mayer*, Art. 137 EGBGB Rdnr. 34 ff. m. w. N.

³¹ (Fn. 15), S. 163 ff.

³² Ges. vom 29.7.1994, BGBl I, 1890; früher galt das GAL vom 14.9.1965.

³³ *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl. 2002, § 19 Rdnr. 83 m. w. N.

³⁴ Dazu BT-Drucks. 11/2343, S. 6.; *Reimann*, MittBayNot 1989, 119.

³⁵ Dem zuneigend *Staudinger/J. Mayer*, Art. 137 EGBGB Rdnr. 36 (jedoch vor schematischer Übernahme warnend); *Fassbender*, Rechtliche Hilfen für die Bauern in Ostdeutschland, 1992, Rdnr. 139, will das Doppelte oder Dreifache der danach vorgeschriebenen Größe als Mindestgröße anwenden; abl. *Hausmann* (Fn. 11), S. 125, da es an der erforderlichen individuellen Bewertung fehle.

(4) Teilweise wird der Zweck der Privilegierung betont. Dieser besteht darin, den bäuerlichen Familienbetrieb in seiner Funktion zur Sicherung des Unterhalts der bäuerlichen Familie zu erhalten. Daher sei für die Abgrenzung darauf abzustellen, dass die Ertragsfähigkeit des landwirtschaftlichen Betriebs wenigstens ein ausreichendes Mindesteinkommen (nach Abzug der Betriebsausgaben) ermöglicht, das etwas über den Sozialhilfesätzen liegt, die eine bäuerliche Familie (Ehegatten mit zwei Kindern ohne Altenteiler) als Hilfe zum Lebensunterhalt (HLU) erhält.³⁶ Zu dem erzielbaren Einkommen gehört dabei auch grundsätzlich das, was der Betrieb durch Subventionen erhält, die produktionsbezogen sind.³⁷ Unter Beachtung dieser Kriterien kann auch ein landwirtschaftlicher Nebenerwerbsbetrieb unter § 2312 BGB fallen.³⁸ Jedoch ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob nicht in Wahrheit ein Hobbybetrieb (Liebhaberei) vorliegt, der unstreitig nicht unter diese Privilegierung fällt.³⁹

Das OLG München ist auf diesen Meinungsstreit nicht eingegangen. Unter Bezug auf die Grundsatzentscheidung des BGH vom 22.10.1986⁴⁰ hält es für erforderlich, dass der landwirtschaftliche Betrieb „zu einem erheblichen Teil zum Lebensunterhalt seines Inhabers beiträgt“. Im vorliegenden Fall sei jedoch „bei der bloßen Betrachtung der Grünland- und Forstbewirtschaftung“ das Vorliegen eines leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebs zu verneinen. Der Betriebsgewinn sei im Jahr des Erbfalls und davor mit nur 16.364 DM anzusetzen gewesen, der „Deckungsbeitrag der Grünlandbewirtschaftung mit 12.022 DM“, die Erträge aus der Forstwirtschaft mit 3.087 DM und aus der Milchquotenverpachtung mit 3.862 DM (wobei mir die Summenbildung unklar bleibt). Die Erträge aus Grünland- und Forstbewirtschaftung seien danach derart gering, dass allein hierauf „ein erhaltungswürdiger Betrieb nicht gestützt werden kann“ (Abschn. 2 a der Entscheidungsgründe). Die Zahlen erscheinen mir zumindest nicht voll nachvollziehbar. Ergäbe sich tatsächlich ein Jahresreingewinn von über 16.000 DM, ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Landwirt für seine Wohnung auf seinem Anwesen außer den laufenden Betriebskosten keine Unkosten hat. Dann hätte er immerhin ein Einkommen, das deutlich über dem angemessenen Selbstbehalt eines Erwerbstätigen gegenüber einem Kind nach der Düsseldorfer Tabelle liegt (vgl. dort Ziff. 5, ebenso die Süddeutschen Leitlinien Ziff. 20 Buchst. d), wenn man die dortigen Regelsätze um die Kosten für Unterkunft und Heizung bereinigt.

2.1.4 Die Einordnung des Pferdepensionsbetriebs

Entscheidende Bedeutung misst das OLG aber dem Umstand zu, dass der Betrieb der Pferdepension weder für sich genommen noch im Zusammenhang mit der vorhandenen Grünland- und Forstwirtschaft dem Anwesen ein Gepräge als landwirtschaftlicher Betrieb gäbe. Die Pensionstierhaltung sei keine Urproduktion, wie dies für eine Landwirtschaft notwendig sei. Denn hierfür sei erforderlich, dass durch Bodennutzung pflanzliche oder tierische Erzeugnisse gewonnen

werden. Hier werde jedoch der Boden nur als Unterstell- und Auslaufmöglichkeit für die eingestellten Pferde benutzt. Das Gericht beruft sich dabei auf § 585 Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach gehört zur Landwirtschaft nur die Bodenbewirtschaftung und die mit der Bodennutzung verbundene Tierhaltung, um pflanzliche oder tierische Erzeugnisse zu gewinnen, sowie die gartenbauliche Erzeugung.

Jedoch erscheint schon methodisch gesehen problematisch, ob man den Landgutsbegriff im Sinne der §§ 2049, 2312 BGB nach den Bestimmungen des Landpachtrechts bestimmen kann. Denn Regelungsgegenstand des Landpachtrechts ist in erster Linie der Grund und Boden, und deswegen ist ein besonderer Bezug zu Bodennutzung erforderlich.⁴¹ Aber selbst wenn man diesen „landpachtrechtlichen Begriff“ der Landwirtschaft übernimmt, so ist doch zu beachten, dass eine mit der Bodennutzung verbundene Tierhaltung i. S. des § 585 Abs. 1 Satz 2 BGB bereits dann gegeben ist, wenn die Futtermittelerzeugung der Tiere überwiegend aus eigenem Anbau stammt.⁴² Die sog. Pensionsviehverträge unterfallen nur dann nicht der Landpacht, wenn sie nicht auf eine mit der Bodennutzung verbundene Tierhaltung gerichtet sind.⁴³ Dementsprechend hat das OLG Düsseldorf einen Landpachtvertrag verneint, als lediglich Stall- und Gebäudeflächen verpachtet wurden, auf denen 25 oder gar mehr Pensionspferde gehalten wurden.⁴⁴ In unserem Fall liegen die Dinge jedoch anders: Dort waren nur fünf Pensionspferde vorhanden, und die Grünflächen des Anwesens gaben sogar so viel Raufutter her, dass dieses noch an Dritte verkauft werden konnte. Nach der zu § 201 BauGB ergangenen Rechtsprechung kann auch eine Pensionstierhaltung Landwirtschaft sein, wenn mindestens 50 % des Futters auf eigener Fläche produziert wird.⁴⁵ Viel zu kurz greift dabei die Argumentation des OLG, § 201 BauGB könne seiner Zielrichtung nach nicht angewandt werden, da diese in der Privilegierung von Bauvorhaben liegt. Auch im Rahmen dieser Zielsetzung geht es darum, nur wirklich bestehenden und bewirtschafteten landwirtschaftlichen Betrieben die baurechtlichen Vergünstigungen zukommen zu lassen, nicht aber reinen Hobbybetrieben. Greift man steuerliche Kriterien auf, sind Einkünfte aus Tierzucht- und Tierhaltung als gewerbliche und nicht mehr aus Landwirtschaft zu qualifizieren, wenn der Futterbedarf nicht hinreichend durch die eigenen Betriebsgrundlagen gedeckt werden kann (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 EStG, § 51 BewG).⁴⁶ Auch wenn das Landguterbrecht des BGB – anders als die Höfeordnung – einen bestimmten Wirtschaftswert nicht voraussetzt⁴⁷ und grundsätzlich selbstständig entsprechend dem Normzweck der §§ 2049, 2312 BGB zu bestimmen ist, so schließt das doch nicht aus, im Einzelfall auf verwandte steuerliche Kriterien zurückzugreifen.⁴⁸ Und dort findet sich die eindeutige Aussage, dass die Unterhaltung eines Pensionsstalles für Reitpferde grundsätzlich zur landwirtschaftlichen Tierhaltung rechnet.⁴⁹ Dies wird man auf das Landguterbrecht des BGB übertragen können, wenn

³⁶ Staudinger/J. Mayer, Art. 137 EGBGB Rdnr. 45; ders. in Bamberger/Roth, § 2312 Rdnr. 9; grundsätzlich zustimmend Hausmann (Fn. 11), S. 125 f.

³⁷ Pabsch, DGAR AgrarR 1994, 5, 8; Staudinger/J. Mayer, Art. 137 EGBGB Rdnr. 46.

³⁸ Vgl. auch BGHZ 98, 375, 377 = NJW 1987, 951; BGH NJW-RR 1992, 770; Kronthaler (Fn. 5), S. 121 f.; eingehend zur Behandlung der Nebenbetriebe Hausmann (Fn. 11), S. 117 ff.

³⁹ Müller-Feldhammer, ZEV 1995, 165; Hausmann (Fn. 11), S. 116; Zechiel (Fn. 15), S. 67; Kronthaler (Fn. 5), S. 119.

⁴⁰ BGHZ 98, 375, 378.

⁴¹ Zutr. Kronthaler (Fn. 5), S. 131 f.; anders Hausmann (Fn. 11), S. 97 f., und offenbar auch Wöhrmann, § 2049 BGB Rdnr. 13.

⁴² Soergel/Heintzmann, BGB, 12. Aufl., § 585 Rdnr. 7.

⁴³ Soergel/Heintzmann, § 585 Rdnr. 7.

⁴⁴ NJW-RR 2002, 1139, 1140.

⁴⁵ OLG Hamm, AgrarR 1988, 138, 139; VGH Mannheim, NuR 1992, 329, 330; zust. Hausmann (Fn. 11), S. 97 f.; in diesem Sinne auch Köhne, Taxationslehre, S. 199 ff.; weitergehend für Futtermittelzukauf sogar MünchKommBGB/Dütz, § 2049 Rdnr. 3 b.

⁴⁶ Eingehend hierzu R 124 a EStR.

⁴⁷ Zechiel (Fn. 15), S. 55.

⁴⁸ Hausmann (Fn. 11), S. 100.

⁴⁹ BFH, BStBl II 1989, 111.

die vorhandenen eigenen Weideflächen ausreichen, um eine Futtergrundlage für die Pferde darzustellen,⁵⁰ wovon nach dem Tatbestand des Urteils auszugehen ist.

Was die m. E. für die notwendige Abgrenzung entscheidende typologische Betrachtung anbelangt, so ist festzustellen, dass angesichts der gewandelten Verhältnisse derartige Pferdepen- sionen zum typischen Erscheinungsbild eines landwirtschaftlichen Betriebs in Großstadtnähe gehören. Die praktische Bedeutung derartiger Nutzungen zeigt sich daran, dass hierfür bereits Musterverträge in den einschlägigen landwirtschaftlichen Büchern angeboten werden, die deutlich machen, dass es sich hierbei nicht nur um einen reinen Mietvertrag handelt, sondern um ein umfassendes Serviceangebot mit Fütterung und Versorgung der eingestellten Tiere,⁵¹ jedoch alles immer noch im – allerdings gewandelten – landwirtschaftlichen Kontext. Auf die Frage, ob es sich bei dem Pferdepen sionsbetrieb um eine gewerbliche Betätigung handelt, die dem landwirtschaftlichen Hauptbetrieb zu dienen bestimmt ist und daher als Nebenbetrieb von der Privilegierung des § 2312 BGB erfasst wird,⁵² kommt es daher im vorliegenden Fall nicht an.

2.2 Fortführungsabsicht

Nicht gefolgt werden kann dem OLG München auch darin, dass unter Abschnitt 2 c der Urteilsgründe der Eindruck erweckt wird, dass offenbar für die Privilegierung nach § 2312 BGB genügen soll, wenn zum Zeitpunkt des Erbfalls die begründete Erwartung besteht, dass der Betrieb durch den Eigentümer oder einen Abkömmling weitergeführt und künftig wieder aufgenommen wird. Das subjektive Tatbestandsmerkmal der Fortführungsabsicht ist zwar für das Eingreifen des § 2312 BGB erforderlich, aber für sich allein genommen nicht genügend. So hat der BGH⁵³ in dem vom OLG selbst zitierten Urteil ausdrücklich festgestellt, dass als objektive Voraussetzung zunächst einmal eine geeignete Besitzung vor-

handen sein muss, die einen landwirtschaftlichen Betrieb, wie ihn das Gesetz schützt, (auch) in Zukunft ermöglicht. Nach Ansicht des OLG hat es jedoch bereits hieran im vorliegenden Fall gefehlt.

3. Berücksichtigung der latenten Steuerbelastung

Da das vererbte Anwesen noch steuerliches Betriebsvermögen war, hat das OLG München zu Recht die aus einem Verkauf resultierende latente Steuerbelastung bei der Bewertung des Pflichtteilsanspruchs in Abzug gebracht. Denn der Erbe hatte vorgetragen, dass er zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs Nachlassgrundstücke verkaufen müsse. Zwar ist die latente Einkommensteuerlast der Erben nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht als Nachlassverbindlichkeit anzusehen, aber für die Pflichtteilsberechnung im Rahmen der Bewertung jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn der Wert nur durch Verkauf realisiert werden kann.⁵⁴ Allerdings ist diese Frage nicht unumstritten.⁵⁵ Wird dagegen ein landwirtschaftlicher Betrieb im Sinne von § 2312 BGB vom Erben fortgeführt und erfolgt daher die Pflichtteilsbewertung noch dem Ertragswert, so kann nach ganz überwiegender Meinung die latente Steuerbelastung nicht berücksichtigt werden, da die Ertragswertbewertung gerade die Betriebsfortführung und damit nicht die Zerschlagung des Unternehmens voraussetzt.⁵⁶

4. Folgerungen für die Praxis

Für die Praxis ergibt sich leider auch nach der Entscheidung des OLG München, dass es hinsichtlich der Untergrenze keine gesicherten Erkenntnisse gibt, ab wann ein Landgut im Sinne der §§ 2049, 2312 BGB vorliegt. In Zweifelsfällen wird man jedoch eher zu häufig als zu wenig eine Ertragswertanordnung treffen, die Beteiligten jedoch darüber belehren, dass es fraglich ist, ob diese den gewünschten Erfolg haben wird. Damit mögen unnötige Rechtsstreitigkeiten provoziert werden. Bis zu einer endgültigen Klärung dieser Fragen durch die Rechtsprechung besteht jedoch aus der Sicht der Kautelarpraxis keine Möglichkeit, anders zu verfahren.

⁵⁰ Hausmann (Fn. 11), S. 101; anders liegt es, wenn die vorhandene Fläche bei weitem nicht genügt, um eine Futtergrundlage für die gehaltenen Pferde zu sein, so zu Recht BGH, AgrarR 1996, 56, 57, zu § 1 GrdstVG; zur Abgrenzung s. auch R 135 Abs. 5 EStR: Betrieb der Land- und Forstwirtschaft noch, solange der Kaufwert der zugekauften fremden Erzeugnisse unter 30 % des Gesamtumsatzes bleibt. Auch im Rahmen des *Kostenprivilegs* nach § 19 Abs. 4 KostO wird die Pensionstierhaltung noch dem landwirtschaftlichen Betrieb zugerechnet, wenn sie nicht im Einzelfall als Gewerbebetrieb anzusehen ist, wobei als Abgrenzungsmerkmal auch hier § 51 BewG dient; vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 19 KostO Rdnr. 80.

⁵¹ Vgl. dazu etwa R. Fischer in *Deuringer/Fischer/Fauck*, Verträge in der Landwirtschaft, 1999, S. 126 ff.

⁵² Dazu etwa *Pabsch* u. a. AgrarR 1994, 5, 6; Hausmann (Fn. 11), S. 105; zum Höferecht ausführlich *Wöhrmann*, § 1 HöfeO Rdnr. 35 ff.

⁵³ NJW-RR 1992, 770.

⁵⁴ BGH, NJW 1972, 1269 ff.; NJW 1982, 2497, 2498; FamRZ 1986, 776; BGHZ 98, 382, 389.

⁵⁵ So offenbar *Palandt/Edenhofer*, § 2311 Rdnr. 7.

⁵⁶ *Staudinger/Haas*, § 2312 Rdnr. 82; Hausmann (Fn. 11), S. 193 m. w. N.; eingehend dazu *Braunhofer*, Unternehmens- und Anteilsbewertung für Bemessung von familien- und erbrechtlichen Ausgleichsansprüchen, 1995, S. 248 ff. Eine Ausnahme wird nur für die nicht betriebsnotwendigen Nachlassbestandteile gemacht, weil diese mit dem Liquidations- und nicht mit dem Ertragswert anzusetzen sind. Generell für die Berücksichtigung der latenten Steuerbelastung jetzt *Lorz*, ZERB 2003, 302.

TAGUNGSBERICHTE

Eröffnung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 10.5.2004

Von Wiss. Mitarbeiter *Wolfgang Heinze*, München

Am 10.5.2004 fand in Anwesenheit der Bayerischen Staatsministerin der Justiz, Frau Dr. *Beate Merk*, und hochrangiger Vertreter der Gerichtsbarkeit, des Notariats und der Wissenschaft die feierliche Eröffnung der an der Ludwig-Maximilians-Universität München in Zusammenarbeit mit der Landesnotarkammer Bayern und der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. im Dezember 2003 gegründeten Forschungsstelle für Notarrecht statt. Die Forschungsstelle soll Fragestellungen aus den notariellen Tätigkeitsfeldern untersuchen sowie die Studierenden in die Arbeitsweise und das Wesen des Notariats einführen.

Die Festveranstaltung begann mit der Begrüßung durch den Dekan der Juristischen Fakultät, Professor Dr. *Moris Lehner*, der den Notaren den Dank der Fakultät für die Unterstützung der Forschungsstelle übermittelte. Er wies darauf hin, dass es nun möglich sei, den Studierenden verstärkt die Chancen der Konfliktvermeidung durch Rechtsgestaltung aufzuzeigen, wozu die Universität aufgrund der geänderten Anforderungen in der Rechtswirklichkeit und aufgrund der geänderten Prüfungsordnungen zunehmend in die Pflicht genommen werde. Für die Lehre biete die Kooperation zudem vielfältige Möglichkeiten, indem mit den Fragestellungen der täglichen Notariatspraxis sich die Vermittlung des relevanten Wissens von einem Rechtsgebietenunterricht zu einem Sachverhaltsunterricht wandle und mit der Geschichte des Notariats ein weiteres spannendes Forschungsgebiet hinzutrete.

Staatsministerin Dr. *Beate Merk* begrüßte die Aufnahme des Notarrechts in die Forschungsvorhaben der Ludwig-Maximilians-Universität und wies mit Blick auf europäische Vorhaben auf die Notwendigkeit der Beibehaltung des lateinischen Notariats in seiner bisherigen Prägung in Bayern hin. Zwar sei es bisher gelungen, den Überlegungen der EU-Kommissare *Frits Bolkestein* und *Mario Monti* entgegenzutreten, die beispielsweise bei der Staatsangehörigkeitsklausel beim Zugang zum Notariat und dem hohen Regulierungsgrad im Berufsrecht ansetzten. Es seien aber weitere Anstrengungen notwendig und sinnvoll, da die Kommission das Notarrecht einer neuen eingehenden Untersuchung unterzöge. Freilich seien die Kritikpunkte der Kommission derzeit nicht haltbar. Diese argumentiere zum einen, das Notariat gleiche der Schiedsgerichtsbarkeit, weshalb es unzulässig sei, Angehörigen anderer Mitgliedstaaten den Zugang zu verweigern; zum anderen sei die Regulierungsdichte für einen freien Beruf unangemessen hoch. Im EuGH-Urteil vom 30.9.2003 in Sachen *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española/ Administración del Estado* (Rs. C-405/01) wurde indessen der Vorbehalt der Staatsangehörigkeit für Kapitane der spanischen Handelsmarine, die in einem kleinen Teilbereich vergleichbare Funktionen wie deutsche Notare ausüben, für

zulässig erklärt. Zudem übten die Notare keinen „freien Beruf“ im eigentlichen Sinne aus. Dennoch sei es wünschenswert, wenn diese Fragen im Einzelnen untersucht würden und die Position des Notariats als öffentliches Amt gestärkt werden könnte.¹

Die Prorektorin der Ludwig-Maximilians-Universität, Frau Professor Dr. *Friederike Klippel*, betonte die großen Vorteile der Forschungsstelle für die Universität, da es im Zuge der Sparnotwendigkeiten immer schwieriger werde, neue Forschungs- und Lehrgebiete aufzubauen. Diese würden indes im Zuge der geforderten und sinnvollen Profilierung der Universitäten immer notwendiger, um motivierte Studenten anzuziehen und zu halten. Die mit der Forschungsstelle gebotene Kooperation von Praxis und Wissenschaft strahle positiv auf die Forschung und insbesondere die Lehre aus, da Praxiskontakte die Motivation der Studierenden für ihr Studienfach erhöhen würden. So sei ein zielgerichtetes Studieren möglich, weil das mit dem gelernten Wissen verfolgte Ziel erkennbar werde.

Im Anschluss an die Prorektorin begrüßte der Vorsitzende der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., Professor Dr. *Rainer Kanzleiter*, die Eröffnung der Forschungsstelle als weitere von den deutschen Notaren geförderte Institution neben dem Institut für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und dem Institut für Notarrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin. Er betonte die Notwendigkeit, das Interesse am Notarrecht schon früh bei den Studierenden zu wecken. Es solle daher eine enge Verbindung zur Lehre an der Ludwig-Maximilians-Universität angestrebt werden. Die Praxis könne hier nicht nur durch die Beteiligung an den Lehrveranstaltungen in personeller Hinsicht, sondern insbesondere auch durch die Bereitstellung der Inhalte, also als Stofflieferant für die Universität, auftreten. Von der Verbindung mit der Forschung erhoffe er sich aber zugleich Gewinn für die notarielle Praxis, denn für diese gebe es nichts Besseres als ein sicheres theoretisches Fundament.

Dr. *Ulrich Bracker*, Präsident der Landesnotarkammer Bayern, hob gleichfalls hervor, dass es vorrangiges Ziel sei, die Studenten in die Arbeit der Notare einzuführen und insbesondere die Vertragsgestaltung als Regelungsinstrument schon früher als bisher in die juristische Ausbildung mit praxisnahen Beispielen einzubringen.

Den Festvortrag mit dem Thema „Immobilienwerb im Ausland“ hielt Notar Professor Dr. *Peter Paul Gantzer*. Er betonte zunächst die fortschreitende Bedeutung der Kenntnisse auch des ausländischen Immobilienrechts, da die Freiheit, Immobilien zu erwerben, von der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 EG-Vertrag geschützt sei, somit der Erwerb von ausländischen Grundstücken und die Rechtsnachfolge hierin bei Inländern stark zunehme. Allerdings gebe es immer wieder Beschränkungen, die den Immobilienwerb behinderten; so bestünden insbesondere in den am 1.5.2004 der EU neu beigetretenen Mitgliedstaaten eine Reihe von Hindernissen teil-

¹ Im Zusammenhang mit dem zitierten EuGH-Urteil siehe die Diskussion von *Kleine-Cosack* und *Limmer* in DNotZ 2004, 327 ff. und 334 ff.

weise zivilrechtlicher, meist aber öffentlich-rechtlicher Natur. Ein weiteres Hindernis beim Grundstückserwerb stelle aus deutscher Sicht die Tatsache dar, dass es kein einheitliches Grundbuch für Europa gebe. Die bestehenden Unterschiede z. B. zwischen England, Spanien, der Slowakei und Deutschland seien auch aufgrund der teilweise fehlenden Abgleichung zwischen Katasteramt und Grundbuchamt und aufgrund der erst in den letzten Jahren in einigen Ländern eingeführten Pflicht zur Eintragung im Grundbuch gravierender Natur und behinderten insbesondere den Immobilienerwerb für unternehmerische Zwecke. Auch das Einsichtsrecht in das Grundbuch, das in vielen Mitgliedstaaten unabhängig von einem nachzuweisenden Interesse ist, und die unterschiedliche Wirkung der Eintragung mit deklaratorischer und konstitutiver Wirkung seien zu beachten und seien Beispiele für die Notwendigkeit einheitlicher Regelungen. Er hob hierbei hervor, dass auch die Rolle des Notars in den Mitgliedstaaten eine unterschiedliche sei und dass es hier noch um Verständnis für das lateinische Notariat zu werben gelte.

Sodann wandte sich Professor *Gantzer* der Frage der Rechtsvereinheitlichung im Kaufvertragsrecht zu und bejahte die Notwendigkeit eines einheitlichen europäischen, auf Art. 3 Abs. 1 lit. h, 100, 100 a EG-Vertrag gestützten Vertragsrechts. Die Gegenargumente seien vielfach von nationalen Eitelkeiten und Gewohnheiten geprägt. Den eigenständigen Wert letzterer gelte es mit Blick auf ein europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht indes beständig neu zu hinterfragen. Mit dem Ziel eines vereinigten Europa sei auch die Notwendigkeit eines einheitlichen Privatrechts verbunden. Dies müsse aus Sicht der Notare in Form eines Europäischen Zivilgesetzbuches geschehen, da der andere Weg über die im Auftrag der EU von einer Kommission erarbeiteten „Principles of European Contract Law“ mit ihrem Grundsatz der Formfreiheit die Position des Notars außer Acht ließen. Im Rahmen einer Vereinheitlichung stelle aber vor allem das Sachenrecht ein Problemfeld dar, da hier ganz unterschiedliche Systeme miteinander in Einklang zu bringen seien. So habe in einigen Ländern – im Unterschied zu Deutschland – der Kaufvertrag

unmittelbar sachenrechtliche Wirkungen. Auf der Ebene der Grundpfandrechte seien gewichtige Unterschiede festzustellen. Gerade hier seien im Interesse eines vereinfachten Wirtschaftsverkehrs einheitliche Instrumente zu entwickeln, da ansonsten die Finanzierungsfragen ungeklärt blieben und damit der Immobilienerwerb faktisch behindert würde. Ein weiteres Problem und ein Beispiel für nationale Eigenheiten stelle die Auflassung nach deutschem Recht dar, die aufgrund ihres Beitrags zur „sauberen“ Abwicklung des Kaufs verteidigt werde und dazu führe, dass ein deutsches Grundstück nur vor einem deutschen Notar aufgelassen werden könne. Es sei aber durchaus fragwürdig, so Professor *Gantzer*, ob man sich solche „Klimmzüge“ leisten könne.

Für die Notare bedeute aber die Europäisierung nicht nur diese inhaltliche Herausforderung, sondern erstreckte sich auch auf die Organisation des Notariats selbst. Auch für sie könne grundsätzlich die Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages gelten. Nach Auffassung von Professor *Gantzer* hätten Wirtschaftsprüfer und Anwälte die Zeichen des Marktes verstanden und sähen in den Notaren nur eine lästige Konkurrenz bei der Beratung. Die Notare treffe daher die Notwendigkeit und Herausforderung, ihre Produkte offensiver anzubieten und darzustellen. Viele Bürger selbst in Deutschland wüssten nicht, welche Leistungen von den deutschen Notaren angeboten würden. Man müsse daher eine Verbesserung der Außenwirkung erreichen und den großen Unterschied der Notare gegenüber den Anwälten betonen: ihre sachliche und persönliche Unabhängigkeit und Neutralität, die sie zum Vermittler und als Vertrauensperson, die eine erste Anlaufstelle für Ratsuchende in den betreuten Bereichen darstellen könne, prädestiniere. Mit Blick auf die europäischen Regelungen sei zudem die Funktion des Verbraucherschützers in der Person des Notars zu betonen.

Im Anschluss an den Festvortrag waren die Teilnehmer zu einem Empfang im Fakultätssaal geladen.

Weitere Informationen zur Forschungsstelle für Notarrecht sind zu finden unter <http://www.jura.uni-muenchen.de/einrichtung/ls/hager/FS-Notarrecht.htm>.

Wettbewerb der Gesellschaftsrechte: Auslandsgesellschaften im deutschen Recht

Seminar des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität München am 5.3.2004

Von Notarassessor Dr. *Martin T. Schwab*, Landshut

Der Europäische Gerichtshof hat mit den Entscheidungen *Centros*¹, *Überseering*² und *Inspire Art*³ einen „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte“ eröffnet: Gesellschaften aus EU-Staaten dürfen europarechtlich auch dann nicht mehr gezwungen werden, sich dem deutschen Gesellschaftsrecht zu unterwerfen, wenn ihr faktischer Verwaltungssitz in Deutschland liegt oder es sich um eine sogenannte Briefkastengesellschaft handelt. Im Ergebnis sind deutsche Unternehmen damit nicht mehr auf die inländischen Gesellschaftstypen wie AG, GmbH oder KG beschränkt, sondern können sich zur Ent-

faltung ihrer inländischen Geschäftstätigkeit auch ausländischer Gesellschaftsformen, wie beispielsweise der englischen *private company limited by shares (Limited)* oder der US-amerikanischen *Delaware Corporation* bedienen.

Das an der Ludwig-Maximilians-Universität München ansässige Institut für Anwaltsrecht veranstaltete am 5.3.2004 ein Seminar zu den jüngst vermehrt auftretenden Rechtsfragen zu Auslandsgesellschaften in Deutschland. Mögen sich damit auch zusätzliche Wahlmöglichkeiten für Unternehmen eröffnen haben – der damit einhergehende neue Beratungsbedarf darf nicht unterschätzt werden: Welche zusätzlichen Rechtsvorschriften des ausländischen Rechts sind zu beachten? Inwieweit ist das deutsche Recht noch anwendbar? Welcher Besteuerung unterliegt das Unternehmen? Dies sind nur einige

1 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, DNotZ 1999, 593.

2 EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, MittBayNot 2003, 63.

3 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, DNotZ 2004, 55.

Fragen, die sich für Unternehmer in der Rechtsform einer Auslandsgesellschaft, aber auch für deren Vertragspartner stellen.

Entsprechend groß war daher das Interesse der Teilnehmer aus Wirtschaft und rechtsberatender Zunft am Seminar unter der fachlichen Leitung von Prof. *Eidenmüller*. Weitere Referenten waren wissenschaftliche Assistenten vom Institut für Internationales Recht an der Münchener Universität, die derzeit auch an einem gemeinsamen Buchprojekt zum Thema arbeiten.

In einem fruchtbaren Diskussionsklima waren sich die Teilnehmer einig, dass ausländische Gesellschaftsformen, insbesondere die englische *Limited*, eine größere Verbreitung in Deutschland erlangen werden, was zugleich auch zu einem Anpassungsdruck auf das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht führen könnte.⁴ Nach einer Schätzung der Referenten bestehen derzeit bereits rund 25 000 englische *Limiteds* mit faktischem Sitz in Deutschland. Eine Anpassung ist daher auch in der rechtsberatenden Praxis von Nöten, die zukünftig verstärkt mit Fragen zu solchen ausländischen Rechtsformen konfrontiert werden wird.⁵ Für die notarielle Beratungspraxis bedeutet dies, dass ähnlich wie im internationalen Erb- und Familienrecht Grundkenntnisse zum Einsatz von Auslandsgesellschaften – beispielsweise im Rahmen der Beratung von Existenzgründern – erforderlich sind.⁶

I. Europa- und internationalprivatrechtliche Grundlagen (*Eidenmüller*)

In seinem Einführungsreferat ging *Eidenmüller* auf die europa- und internationalprivatrechtlichen Grundlagen ein. Infolge der EuGH-Entscheidungen in Sachen *Überseering* und *Inspire Art* sind EU-Auslandsgesellschaften im Grundsatz nach ihrem jeweiligen Gründungsrecht zu beurteilen. Für Fälle des Zuzugs solcher Gesellschaften nach Deutschland ist künftig zwingend die Gründungstheorie anzuwenden. Für Wegzugsfälle besteht nach der Ansicht des Referenten einstweilen keine Verpflichtung, die Sitztheorie insoweit aufzugeben, auch wenn dies seiner Meinung nach wünschenswert sei. Soweit das Gesellschaftsstatut reicht, gelte damit grundsätzlich das Gründungsrecht der Auslandsgesellschaft. Auch im Hinblick auf sonstige Rechtsmaterien dürfe das aufgrund anderer Kollisionsnormen anwendbare Inlandsrecht die Niederlassungsfreiheit jedoch nicht unzulässig beschränken. Dies betreffe insbesondere auch das Deliktsrecht, dessen Anwendung seine Grenze in einer unzulässigen Beschränkung der europarechtlich gebotenen Niederlassungsfreiheit finde.

Eidenmüller lehnt daher eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs für die Gesellschafter von Auslandsgesellschaften in Deutschland ab. Inländisches Recht könne allenfalls dann zur Geltung kommen, wenn es sich um tätigkeitsbezogene Beschränkungen handle. Insoweit sei eine Parallele zur EuGH-Rechtsprechung bei der Warenverkehrsfreiheit (*Keck* und *Mithouard*) zu ziehen, die entsprechend auch für die Niederlassungsfreiheit gelte. Im Ergebnis bedeutet dies, dass deliktsrechtliche Regelungen auch auf Auslandsgesell-

schaften anwendbar sind, soweit die Haftung nicht speziell aus der Verletzung spezifisch gesellschaftsbezogener Verhaltenspflichten abgeleitet wird. Eine Durchsetzung des inländischen Rechts gegenüber dem Gründungsstatut auch in Fällen des Missbrauchs und Betrugs sei daher nur in engen Ausnahmefällen möglich. Wie der EuGH zuletzt in Sachen *Inspire Art* betonte, liege ein Missbrauch nicht bereits in der Wahl des vorteilhaftesten Rechts oder bei Verwendung einer reinen Briefkastengesellschaft vor. Aufgrund des vom EuGH angewandten Informationsmodells⁷, d. h. der Möglichkeit eines informierten Selbstschutzes durch Gläubiger der Auslandsgesellschaft, bleibe auch zum Schutz zwingender Allgemeininteressen kaum ein Spielraum für die Durchsetzung von Inlandsrecht gegenüber dem Gründungsstatut der Gesellschaft.

Für die notarielle Praxis bedeutet dies unter anderem, dass nach Ansicht des Referenten bereits eine identitätswahrende Sitzverlegung nach Deutschland möglich sein soll, soweit das Heimatrecht der Gesellschaft dies zulässt. Ob damit allgemein einer grenzüberschreitenden „Herein“-Umwandlung ausländischer Gesellschaften der Weg bereitet ist, erscheint im Hinblick auf den abschließenden Wortlaut des § 1 Abs. 1 UmwG noch offen.⁸ Jedenfalls muss die nach dem Personalstatut kumulativ anwendbare jeweilige ausländische Rechtsordnung eine solche transnationale Umwandlung gleichfalls zulassen.⁹

II. Ausländische Rechtsformalternativen und Gläubigerschutz (*Rehm*)

Neben der grundsätzlichen Zulässigkeit von Auslandsgesellschaften sind für die Praxis vor allem auch die rechtlichen Rahmenbedingungen des Heimatrechts von Bedeutung. *Rehm* hat daher eine Einführung in das Recht der englischen *Limited* und der US-amerikanischen *Corporation* am Beispiel des Bundesstaats Delaware gegeben. Grundsätzlich sei die beschränkte Haftung durch Verwendung einer *Limited* leichter und kostengünstiger zu erlangen als bei Errichtung einer deutschen GmbH. Die Gründung und Führung einer *Limited* ist mit relativ geringen formal- und materiell-rechtlichen Anforderungen möglich. Im deutschen Rechtsverkehr bestehe aufgrund der mangelnden Kenntnis über diese neue Gesellschaftsform derzeit noch die Gefahr eines Stigmas mangelnder Seriosität.

Im Vergleich zur englischen *Limited* ist die amerikanische *Delaware Corporation* eine weniger in Betracht zu ziehende Alternative. Zwar stellt sie gleichfalls eine flexible und kostengünstige Rechtsformalternative mit geringem Haftungsrisiko dar; die Tatsache eines Gerichtsstandes in den Vereinigten Staaten – einschließlich der Anwendung des weitreichenden US-amerikanischen Zivilprozessrechts – machen sie jedoch weniger attraktiv als die englische *Limited*.

Deutsches Gesellschaftsrecht, insbesondere die Haftung wegen Insolvenzsverschleppung oder aufgrund existenzvernichtenden Eingriffs,¹⁰ dürfte nach Einschätzung des Referenten nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen auch auf diese Auslandsgesellschaften anwendbar sein. Eindeutige Kriterien dürften derzeit noch nicht absehbar sein. Dies gilt auch für die Frage, inwieweit die jeweiligen Kontrollrechte

⁴ So insbesondere auch *Hirte*, GmbHR 2003, R 421; *Meilicke*, GmbHR 2003, 1271, 1273; *Bayer*, BB 2003, 2357, 2365; kritisch hingegen *Altmeyden*, NJW 2004, 97 ff.; *Heckschen*, GmbHR 2004, R 25 f.; *Kanzleiter*, DNotZ 2003, 885.

⁵ Zur Auswirkung in der Kautelarpraxis vgl. auch *Horn*, NJW 2004, 893, 900; *Wachter*, GmbHR 2004, 88, 104 f.

⁶ Zur notariellen Praxis der Anmeldung von Zweigniederlassungen von Auslandsgesellschaften vgl. *Wachter*, NotBZ 2004, 41.

⁷ Ausführlich dazu *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 171 ff.

⁸ Vgl. auch den Vorlagebeschluss des LG Koblenz v. 16.9.2003 – 4 HK.T 1/03, MittBayNot 2004, 205.

⁹ Allgemein zur Zulässigkeit transnationaler Verschmelzungen *Dorr/Stukenborg*, DB 2003, 647 ff. m. w. N.

¹⁰ Vgl. auch *Schemmann*, DB 2004, 743, 745 ff.

und Schutzmechanismen der ausländischen Gesellschaftsrechte ihre Wirkung in Deutschland entfalten können. So dürfte beispielsweise die Kontrolle einer *Limited* mit faktischem Sitz in Deutschland durch die öffentlich-rechtlich ausgestaltete Aufsicht des britischen Wirtschaftsministeriums eher theoretischer Natur sein.

III. Firma, Registerrecht und Mitbestimmung bei Auslandsgesellschaften (*Rehberg*)

Rehberg gab in seinem Referat einen Überblick zur Anwendung des Handelsrechts auf Auslandsgesellschaften. Die Bildung der Firma von Auslandsgesellschaften richte sich dabei nach dem Gründungsrecht. Noch offen sei, ob die im Zweifelsfall strengeren deutschen Maßstäbe bei der Firmenbildung gegen die Art. 43, 48 EGV verstoßen würden. Klarzustellen sei jedoch, dass Auslandsgesellschaften mit Sitz in Deutschland in jedem Fall als Zweigniederlassung im handelsrechtlichen Sinne zu behandeln sind, auch wenn im Herkunftsland keine Hauptniederlassung besteht.¹¹

Die Firma einer Auslandsgesellschaft muss, gegebenenfalls abgekürzt, die Rechtsform enthalten. Die zwingende Angabe des Herkunftslandes oder die Pflicht zu kennzeichnenden Namenszusätzen („formal ausländische Gesellschaft“) ist dem Gesetzgeber jedoch verwehrt. Anwendbar sind damit insbesondere die §§ 13 d bis 13 g HGB. Bezüglich der Handelsregisterpublizität gilt § 325 a HGB, so dass handelsrechtlich lediglich die nach dem Gründungsrecht erstellten Unterlagen der Rechnungslegung einzureichen sind. Eine Befreiung der Zweigniederlassung von den Buchführungspflichten der §§ 238 ff. HGB ist damit jedoch nicht verbunden. Kraft Rechtsform und Eintragung sind Auslandsgesellschaften Kaufleute im Sinn des HGB.

Die umstrittene Frage der Anwendung der unternehmerischen Mitbestimmung der Auslandsgesellschaften soll hier nur kurz dargestellt werden. Infolge der EuGH-Rechtsprechung ist eine Erstreckung der unternehmerischen Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften nicht gegeben und würde sich als eine unzulässige Sonderanknüpfung darstellen.¹² Offen ist, ob und gegebenenfalls inwieweit der Gesetzgeber hier eine Handlungsmöglichkeit hat. Eine erfolgreiche „Flucht aus der Mitbestimmung“ durch Umstrukturierungen bestehender Unternehmungen in eine Auslandsgesellschaft erscheint jedoch fraglich. Anders ist die Rechtslage zur betrieblichen Mitbestimmung. Diese ist nach dem BetrVG bereits jetzt auch auf Auslandsgesellschaften anwendbar.¹³ Nach Ansicht des Referenten ist dies mit Art. 43, 48 EGV vereinbar.

¹¹ Anders noch *Ebert/Levedag*, GmbHR, 2003, 1137, 1138.

¹² So auch *Horn*, NJW 2004, 893, 900; dort auch (ablehnend) zur Frage, ob nicht „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ eine Erstreckung möglich machen würden.

¹³ Vgl. auch *Wachter*, GmbHR 2004, 88, 92.

IV. Auslandsgesellschaften im deutschen Steuerrecht (*Engert*)

Entgegen den Ankündigungen mancher Servicegesellschaften ist die Verwendung von Auslandsgesellschaften nicht mit besonderen steuerlichen Vorteilen verbunden. *Engert* wies in seinem Referat darauf hin, dass es durch die mögliche gleichzeitige Anwendung ausländischen und deutschen Steuerrechts mitunter zu einer höheren steuerlichen Belastung kommen könne. Dies gelte beispielsweise bei der englischen *stamp duty tax* für die Übertragung von Geschäftsanteilen.

Auslandsgesellschaften sind aufgrund der eingangs zitierten EuGH-Rechtsprechung als Kapitalgesellschaften im Sinn des deutschen Steuerrechts gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG zu behandeln;¹⁴ als solche sind ihre Einkünfte gewerblich einzustufen. Auch wenn es handelsrechtlich nicht erforderlich ist, müssen die Auslandsgesellschaften im Ergebnis daher eine Steuerbilanz nach deutschen Vorschriften erstellen;¹⁵ eine Gewinnermittlung durch Überschussrechnung ist damit nicht möglich. Auslandsgesellschaften können grundsätzlich Organträger und entgegen dem KStG auch Organgesellschaften sein. Offen ist allerdings noch die Akzeptanz von Gewinnabführungsverträgen durch ausländische Rechtsordnungen. Im Ergebnis entspricht die steuerliche Behandlung von Auslandsgesellschaften weitgehend derjenigen deutscher Kapitalgesellschaften. Zusätzlich sind allerdings die steuerlichen Vorschriften des Heimatrechts zu erfüllen.

V. Zusammenfassung

Die vielfach angepriesenen Vorteile der Verwendung von Auslandsgesellschaften in Deutschland bestehen bei näherer Untersuchung nur eingeschränkt. Die Vorteile einer gegebenenfalls entbehrlichen Einzahlung eines Mindeststammkapitals werden regelmäßig durch die Gründungskosten für die Beauftragung einer Servicegesellschaft und den Kosten für zusätzlichen Beratungsbedarf nach der Gründung aufgewogen werden.

Auch wenn Notare regelmäßig nicht über ausländisches Recht zu belehren haben, wird der Notar als Berater insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen regelmäßig auf diese Umstände hinweisen.¹⁶ Die weitere Entwicklung der Auslandsgesellschaften in Deutschland bleibt abzuwarten. Zahlreiche Fragen sind noch ungeklärt und für die Beteiligten in der Praxis von ungewissem Ausgang. Von einem uneingeschränkten Erfolgsmodell der Auslandsgesellschaft zu Lasten deutscher Gesellschaftsformen ist jedenfalls vorerst nicht auszugehen.

¹⁴ Vgl. auch *Deiningner*, IStR 2003, 214 ff.; *Wagner*, GmbHR 2003, 684 ff.; *Wachter*, GmbHR 2004, 88, 105.

¹⁵ So auch *Riegger*, ZGR 2004, 510, 517.

¹⁶ Zur Notwendigkeit der umfassenden Information des deutschen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs über Vor- und Nachteile der *Limited* vgl. auch *Heckschen*, GmbHR 2004, R 25, R 26.

7. ZEV-Jahrestagung am 30./31.1.2004 in Berlin

Von Notarassessorin *Andrea Lichtenwimmer*, München

Am 30. und 31. Januar 2004 fand in Berlin die siebte ZEV-Jahrestagung „Erbrecht und Vermögensnachfolge“, veranstaltet vom Münchener Verlag C. H. Beck, statt. Wie bereits auf der themengleichen Parallelveranstaltung am 10. und 11.10.2003 in München standen aktuelle Fragen aus dem Bereich der Vermögensnachfolge im Mittelpunkt der Konferenz. In neun Vorträgen stellten hochkarätige Referenten aus Forschung und Praxis dem gewohnt großen Auditorium aktuelle Entwicklungen im Steuer- und Zivilrecht sowie Gestaltungsmöglichkeiten in der Nachfolgeplanung vor.

Notar Prof. Dr. *Manfred Bengel* berichtete wie schon im vergangenen Jahr im Eröffnungsreferat über aktuelle Entwicklungen im Zivilrecht mit Schwerpunkt auf dem Erbrecht. Einleitend warnte er unter dem Stichwort „pflichtteilsfeste Gestaltungen unter Ehegatten“ vor der unkritischen Empfehlung der „Güterstandsschaukel“, zu der der BGH bereits angedeutet hat, dass er sie nicht anerkennen wird, wenn sie auf einem einheitlichen Plan beruht. Der Finanzverwaltung, die den freigebigen Charakter der Einrichtung eines Oder-Kontos bejaht, dessen Guthaben von einem alleine erwirtschaftet wird, hielt *Bengel* entgegen, dass Ehegatten in der Regel der Wille zur Freigebigkeit fehlt (vgl. ZEV 2002, 474). Zwei sich widersprechende obergerichtliche Entscheidungen zur Pflichtteilsstrafklausel beim gemeinschaftlichen Behindertentestament zeigen, dass diese Gestaltung kaum kalkulierbare Risiken birgt (ZEV 2004, 24). Der von *Grziwotz* unlängst zum Behindertentestament empfohlenen „umgekehrten Vermächtnislösung“ (ZEV 2002, 409) kann wohl nur dann näher getreten werden, wenn der durch die Vermächtnisse reduzierte Reinwert der Vorerbschaft den (hypothetischen) Pflichtteilswert des Gesamtnachlasses übersteigt. Eine weitere gerichtliche Auseinandersetzung gab Anlass, sich näher mit § 2107 BGB und dessen Anwendbarkeit auf Adoptivkinder auseinanderzusetzen. *Bengel* endete mit Fragen der Erbfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der BGH-Entscheidung zur Pflichtteilswirkung einer Zustiftung.

Rechtsanwalt Prof. Dr. *Jürgen Damrau* widmete seinen Vortrag dem erbrechtlichen Auslegungsvertrag aus zivilrechtlicher Sicht. Der Auslegungsvertrag, mit dem sich Erbprätendenten über die Verteilung bestimmter Zuwendungen vergleichen, wird in der kautelarischen Beratung häufig zur Streitbehebung nach einem Erbfall eingesetzt. Er taugt auch deshalb gut für die Praxis, weil sich das Nachlassgericht bei der Erteilung des Erbscheins nach Möglichkeit dem übereinstimmenden Sachvortrag der Parteien anschließen wird. Ein Vergleich, der das Erbrecht zum Gegenstand hat, bedarf nach §§ 2385, 2371 BGB der notariellen Beurkundung; andere erbrechtliche Vergleiche z. B. über Vermächtnisse oder Teilungsanordnungen können formfrei geschlossen werden. Auslegungsverträge dürfen schließlich nicht mit anderen Verträgen zur Streitbeilegung verwechselt werden, die nicht auf ein gegenseitiges Nachgeben oder eine Interpretation des Testamentsinhalts gerichtet sind. Zu letzterer Gruppe gehören z. B. Verträge über die Anfechtung oder die Gültigkeit von Testamenten.

Anschließend führte Rechtsanwalt Prof. Dr. *Detlev Piltz* in steuerliche Gestaltungen nach dem Erbfall ein, mit denen die schlichte Untätigkeit des Erblassers zu Lebzeiten, aber auch manch „unglückliche“ Nachfolgegestaltung steuerlich korri-

giert werden können. Die Ausschlagung als wohl bekanntestes Mittel der Nachlasssteuerung kommt nach den Erfahrungen von *Piltz* in der Praxis wegen der kurzen Fristen gleichwohl selten zur Anwendung. Dagegen bedient sich jeder versierte Berater der Wahlrechte bei der Erbschaft- und Einkommensteuer. Gestaltungsspielraum können auch die im Vergleich zu Geldansprüchen niedrigeren Steuerwerte von Grundstücken bieten. Steht der Pflichtteil in Rede oder ist ein Vermächtnis zugewandt, sollte stets an die Ersetzung des Geldanspruchs durch einen Sachwert gedacht werden. *Piltz* schließt seine Ausführungen mit einer steuerlichen Reprise auf *Damrau*, wonach unwirksame Testamente nicht nur zivilrechtlich anerkannt, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch der Besteuerung zugrunde gelegt werden können.

Es gibt viele Gründe, die eine Unternehmensnachfolge zum Scheitern bringen können. Häufig zeigt sich, dass eine verfehlte Nachlassplanung die Ursache für die missglückte Vermögensübertragung ist. Notar Prof. Dr. *Wolfgang Reimann* stellte kautelarjuristische Maßnahmen zur Absicherung und Kontrolle der Unternehmensnachfolge vor, mit denen rechtzeitig den erkennbaren Risiken begegnet werden kann. Unternehmerische Fehlentwicklungen lassen sich bei einer lebzeitigen Übertragung am besten durch den wohl dosierten Rückhalt von Kontrollrechten bei dem Altinhaber absichern. Weiteres typisches Unternehmerziel ist der Erhalt des Unternehmens im Familienbesitz über die nächste Generation hinaus. Es lässt sich mit einer Vinkulierung der Beteiligung und/oder der Einschränkung der Vererblichkeit der Anteile in den Griff bekommen. Neues Störpotential bei der Unternehmensnachfolge bilden steuerliche Behaltensfristen, deren Nichteinhaltung durch den Übernehmer auch beim Alteigentümer zu steuerlichen Nachteilen führen kann. Die Kunst des Kautelarjuristen besteht nach *Reimann* in jedem einzelnen Fall darin, die Folgerisiken frühzeitig zu erkennen und angemessen in die Regelung einzubeziehen.

Die Übertragung des Unternehmens auf den Nachfolger sollte auch zum Anlass genommen werden, die Rechtsform des Unternehmens kritisch zu hinterfragen und, falls angezeigt, zu einem Rechtsformwechsel zu nutzen. Anhand ausgewählter Lebenssachverhalte stellte Notar Dr. *Dieter Mayer* die wichtigsten Fallgruppen der Unternehmensnachfolge unter Anwendung des umwandlungsrechtlichen Instrumentariums vor. Bei jeder originären Aufnahme des Nachfolgers im Zuge einer Umwandlung stellt sich das Problem der Identität des Gesellschafterkreises vor und nach dem Wirksamwerden der Umwandlung. Die Beteiligung des Nachfolgers an dem Zielrechtsträger kann nach herrschender Auffassung nur rechtsgeschäftlich durch Abtretung erfolgen. Bedacht werden sollte auch, dass Strukturierungsmaßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz keine erbschaftsteuerliche Rückwirkung zu kommt, so dass die Rechtsform zu diesen Zwecken zu Lebzeiten des Übergebers optimiert werden muss. Nach einer Tour d'Horizon über aktuelle umwandlungsrechtliche Fragestellungen schloss *Mayer* mit dem Fazit, dass die Wahl der richtigen Gesellschaftsform bei jeder Nachfolgeplanung einen erheblichen Beitrag zur Konfliktvorsorge leisten kann.

Notar Prof. Dr. *Gerrit Langenfeld* stellte anschließend die Grundzüge der kleinen Aktiengesellschaft vor. Trotz der gesetzlich vorgesehenen Formerleichterungen lässt sie sich als

Rechtsform für die Unternehmensnachfolge nur mit Einschränkungen verwenden. Viele Mittelständler schrecken vor dem organisatorischen Aufwand einer AG zurück; im Einzelfall müssen Größe, Umsatz oder sonstige Einflussfaktoren den Aufsichtsrat als ein streng formalisiertes Überwachungs-gremium neben dem Vorstand rechtfertigen. Ein weiterer Schwerpunkt der Darstellung lag auf der Satzungs-gestaltung bei der kleinen AG.

Prof. Dr. *Jens Peter Meincke* plädierte zum Abschluss des ersten Konferenztages für eine extensivere Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zu Erlassen der Erbschaftsteuer aus Billigkeitsgründen. Die Rechtsprechung verkennt mit ihrer restriktiven Handhabung den Gesetzesplan der §§ 163, 227 AO, die wie die übrigen materiellen Vorschriften einer im Ergebnis gerechten Besteuerung dienen. Die rigoros ablehnende Linie der Verwaltung und der Finanzgerichte zeigt sich daran, dass in den letzten Jahren nur eine einzige veröffentlichte Billigkeitsentscheidung vom BFH unbeanstandet geblieben ist. *Meincke* belegte anhand vieler Beispiele aus der Rechtsprechung, dass auch außergewöhnliche Härtefälle, wie drastische Wertverluste nach dem Erbfall oder die begründete Aussicht auf Änderung der Steuerklasse kurz nach dem Erbfall, in der Regel nicht zu einer Anwendung der Billigkeitsvorschriften führen.

Mit einem Doppelreferat setzten Notar Dr. *Jörg Mayer* und Notar Dr. *Sebastian Spiegelberger* die Tagung am Samstagvormittag über die vorweggenommene Erbfolge im Privatvermögen fort. Zunächst widmete sich *Mayer* Fragen der erbrechtlichen Anrechnungs- und Ausgleichsanordnungen. Schnell wurde deutlich, dass das gesetzliche Instrumentarium sehr sorgfältig eingesetzt werden muss, um dem regelmäßigen Wunsch der Beteiligten nach einer gleichmäßigen Vermögens- teilhabe aller Kinder gerecht zu werden. Das von hohen Erwartungen begleitete Grundsicherungsgesetz hat nach der Auffassung von *Mayer* die erhoffte Erleichterung für die Betroffenen nicht erbracht, da viele nach wie vor ergänzend Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen. Anhand von ausführlichen Beispielfällen und Checklisten erläuterte anschließend *Spiegelberger* typische Konstellationen der Vermögensübertragung von Privatvermögen. Er begrüßte die Beschlüsse des Großen Senats vom 12.5.2003, die den vom X. Senat des BFH eingeleiteten Kahlschlag der vorweggenommene Erbfolge aufhalten. Nicht nur wegen ihrer Flexibi-

lität erfreuen sich Familienpersonengesellschaften immer größerer Beliebtheit. *Spiegelberger* erläuterte ausführlich die richtige Rechtsformwahl und die steuerlichen Konsequenzen der steuerlich motivierten Gestaltungen.

Mit zwei steuerlich orientierten Vorträgen klang die Tagung aus. Zunächst stellte Richter am BFH *Hermann-Ulrich Viskorf* aktuelle Entwicklungen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht vor. Nach einer Zusammenfassung der wichtigsten Änderungen in den neuen Erbschaftsteuerrichtlinien/-hinweisen 2003 für den Bereich des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts und des Bewertungsgesetzes gab er einen Überblick über die neueste Rechtsprechung des BFH. So hatte das Urteil vom 4.12.2002 (ZEV 2003, 216) die Unsicherheit der Praxis über den Ausführungszeitpunkt einer mittelbaren Grundstücksschenkung beseitigt. Rechtsanwalt, Notar und Steuerberater Dr. *Reinhard Geck* meldete – wie bereits mehrere Referenten zuvor – ernstliche Zweifel an dem verfassungskonformen Zustandekommen des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 an, das für den Bereich der vorweggenommenen Erbfolge eine Subventionskürzung um 12 % gebracht hat. Neben dem Gesetzgeber und der Finanzverwaltung sorgte eine rege Rechtsprechungstätigkeit im Berichtszeitraum für steuerlichen Handlungsbedarf in ertragsteuerlicher Hinsicht. Neben neuen Zweifelsfragen zu § 6 Abs. 3 EStG stellte *Geck* die Auswirkungen der Übertragung einbringungsgeborener Anteile bei der vorweggenommenen Erbfolge und im Erbfall dar. Zum Abschluss seines Vortrags widmete sich *Geck* Gestaltungsüberlegungen bei Erbaus-einandersetzungen zur Vermeidung ertragsteuerlicher Belastungen.

Die Teilnehmer verließen die Jahrestagung in der Gewissheit, umfassend über die aktuellen steuer- und zivilrechtlichen Entwicklungen auf dem Gebiet des Erbrechts und der Vermögensnachfolge informiert zu sein. Sie werden in ihrer täglichen Praxis von den wohlgedachten und auf dem Stand der neuesten Rechtsprechung befindlichen Gestaltungsvorschlägen profitieren. Zur gelungenen Arbeitsatmosphäre trug maßgeblich bei, dass die Referenten auch während der Pausen jederzeit für Fragen der Teilnehmer ansprechbar waren. Die ausführlichen, gewohnt sorgfältig ausgearbeiteten Tagungsunterlagen bieten hervorragend die Möglichkeit zur Vertiefung sämtlicher behandelter Themengebiete jeweils mit Verweisen auf weiterführende Literatur.

BUCHBESPRECHUNGEN

Larenz/Wolf: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 9., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 985 S., 42 €

Ein schlauer Mann – ich glaube, es war *Otto Mühl* – hat einmal behauptet, am Allgemeinen Teil des BGB seien wir alle erst Juristen geworden. Außerdem hat kein Buch des BGB für die tägliche notarielle Praxis so große Bedeutung (*Hoffmann*, DNotZ 1983, 707). Grund genug für den Notar, sich mal wieder ein Lehrbuch zum Allgemeinen Teil vorzunehmen und zu prüfen, ob er denn auch Jurist geblieben ist.

Der neueste *Larenz/Wolf* bietet hierfür Gelegenheit. Sieben Jahre sind seit der Voraufgabe verstrichen, so dass vor allem die Schuldrechtsreform einzuarbeiten war, aber auch manch andere Neuerung der hektischen letzten Legislaturperiode. Wer noch am alten BGB Jurist geworden ist, wird staunen, wie viel sich im Allgemeinen Teil getan hat – und darüber, was heutzutage ein Student alles wissen muss, wenn schon ein Buch zum AT 985 Seiten dick ist. Denn viel streichen ließe sich nicht aus dem Panoptikum vom BGB als gesetzlicher Grundlage des deutschen Privatrechts (§ 1) über Funktion und Bestandteile des Rechtsgeschäfts (§ 22), die mangelhafte Willenserklärung (§ 35) bis zu den Vorschriften über Sicherheitsleistung (§ 53). Auch der Notar kann sich hier kaum etwas ersparen.

Dass man zuverlässig und umfassend informiert wird, darf man von einem renommierten „großen Lehrbuch“ aus einem renommierten Verlag erwarten. Insofern hat es *Wolf* schwer, denn diese Grundaufgabe zu meistern – was ihm durchaus gelungen ist –, reicht nicht aus, um den Leser besonders zu beeindrucken, während Fehler doppelt auffallen. Und davon hat das Buch zu viele. Das fängt beim Abkürzungsverzeichnis an („StPO“ wurde da zu „stopp“ auto-„korrigiert“, ohne dass man dem Textverarbeitungsprogramm diesen Unsinn ausgetrieben hätte), setzt sich fort über falsche Namensschreibung („Catarina Valente“, „Prinz Sachsen von Gessaphe“) und schiefe Grammatik („Geschäft, wen es angeht“) und endet beim Küchenlatein („lex specialis derogat lex generalis“ und, noch witziger, „lex posterior derogat leges priori“). Da fällt mir *Montaigne* ein: „Zweifellos gereichen einem Griechisch und Latein zu großer Zierde, aber man zahlt einen zu hohen Preis dafür.“

Denn solche Fehler machen misstrauisch. Ist nach 1976 wirklich nichts Erwähnenswertes zur Geschäftsfähigkeit geschrie-

ben worden (vgl. die Literaturliste zu § 25)? Warum ist beim Stiftungsrecht (§ 12) nie von Modernisierung die Rede? In der Tat zeigt nicht nur die Passage über den Anspruch auf „Genehmigung“ (richtig jetzt: Anerkennung), dass das einschlägige Gesetz vom 15.7.2004 wohl unbemerkt geblieben ist. Von einem großen Lehrbuch erwartet man mehr.

Dies gilt auch für manche Argumentation in der Sache. Das EG-Recht geht nicht schon „deshalb“ dem Bundesrecht vor, weil die EU die größere Gebietseinheit ist (§ 3 Rdnr. 50), und dass bei § 172 BGB die Urkunde selbst oder eine Ausfertigung vorgelegt werden muss, würde ich einem Studenten nicht gleich mit BGHZ 102, 60 erklären (§ 48 Rdnr. 10), sondern zunächst mit dem Gesetzestext i. V. m. § 47 BeurkG. Zu kurz geraten ist der Abschnitt über die Verjährung (§ 17): Zur intertemporalen Regelung des Art. 229 § 6 EGBGB hätte ich mir schon ein paar Worte gewünscht. Auch dass die mögliche Verbrauchereigenschaft einer GbR nicht ganz unumstritten ist (*Struck*, MittBayNot 2003, 260), hätte man in § 42 Rdnr. 37 zumindest erwähnen können. Und wenn man den „Grundsatz der Gesamtbeurkundung“ erörtert (§ 27 Rdnr. 23), sollten auch ein paar Sätze zu verknüpften Verträgen fallen.

Der dafür nötige Platz ließe sich freimachen, indem die Ausführungen zu einigen Themen konsolidiert und an einer Stelle zusammengeführt werden. Vieles wird zunächst nur angeritzt (vgl. die Ausführungen zum Verein unter § 9 Rdnr. 51 oder zur Verjährung unter § 16 Rdnr. 44), um erst später ausführlicher behandelt zu werden. So entsteht ein wenig der Eindruck von Sprunghaftigkeit.

Recht gut gefallen haben mir hingegen etwa das Kapitel zur Vertragsgestaltung (§ 32; bis auf die allzu pauschale Behauptung, dass, wo möglich, die Beglaubigung als kostengünstigere Lösung der Beurkundung vorzuziehen sei) und die verstreuten rechtsvergleichenden Hinweise. Davon bitte in Zukunft mehr!

Fazit: Der *Larenz/Wolf* ist durchaus ein nützliches Buch – und immer noch ein Lehrbuch. Dass der Notar viele Detailfragen vermissen wird, ist daher zwangsläufig und kein Manko. Zur gelegentlichen Lektüre, um sich an den Grundlagen des Zivilrechts wieder einmal juristisch zu „erden“, kann man das Werk durchaus empfehlen. Gegen den AT von *Medicus* (8. Aufl. 2002) hat es jedoch einen schweren Stand.

Notarassessor Dr. *Markus Krebs*, München

Zimmermann: Erbschein und Erbscheinsverfahren. E. Schmidt, 2004. 440 S., 58 €

Zugegeben: Äußerst brauchbare Erläuterungen und Praxishinweise zum Erbschein und zum Erbscheinsverfahren finden sich auch im *Palandt* (BGB, 63. Aufl. 2004, Kommentierung von *Edenhofer* zu §§ 2353 ff.). Mit diesem Argument könnte man indes die Daseinsberechtigung jedweden anderen dogmatischen Schrifttums zum BGB leugnen, was bereits zeigt, dass eine solche Selbstbeschränkung nicht richtig sein kann (von der bekannten Übersichtlichkeit und Lesbarkeit des *Palandt*

ganz zu schweigen). Wer sich nun aber auf die Suche nach einem aktuellen monographischen Werk zum Erbscheinsverfahren aus der Praxis für die Praxis machte, stieß dabei bislang, soweit mir ersichtlich, allein auf das Werk von *Gregor* (Erbscheinsverfahren, 3. Aufl. 2002). Hierbei handelt es sich allerdings um ein Skript für Rechtsreferendare – hervorragend zwar, aber vom Inhalt auf die vielfältigen Fragen der notariellen Praxis nicht zugeschnitten. Die „Bibel“ des deutschen Nachlasswesens, der *„Firsching/Graf“* (Nachlassrecht, 8. Aufl. 2000), behandelt das Erbscheinsverfahren als eines unter vielen und ist zudem stark justizlastig. Vor diesem Hin-

tergrund schließt *Walter Zimmermann*, Vizepräsident des LG Passau und bereits durch zahlreiche Veröffentlichungen im Bereich von Erbschein und Erbscheinsverfahren ausgewiesen, mit seiner nun vorliegenden Kompilation entsprechenden Namens eine literarische Marktlücke.

Vorab gilt es, den Anlass zu nutzen und dem Autor ein Lob in philologischer Hinsicht auszusprechen: Es heißt tatsächlich „Erbscheinsverfahren“, was eigentlich einem jeden klar sein müsste, der noch um die Existenz eines Genitivus *obiectivus* im deutschen Sprachraum weiß (den der Duden zur Grammatik aber hier nicht kennen will; Bedeutung und Regeln eines nach Duden bloßen „Fugen“-s scheinen also offen, der Duden zur Rechtschreibung und Grimms Wörterbuch lassen den sonst so regulierten Muttersprachler erstaunlicherweise gänzlich unbelehrt; a. A. etwa *Werner* in Deutsches Rechtslexikon, 3. Aufl. 2001, Bd. 1, S. 1407 – während also das BGB auch nach der Schuldrechtsreform, aber entgegen der Versicherungspraxis, noch von Schadensersatz spricht, sind die Erbschaftsteuer und die Einkommensteuer mit gesetzlichen Weihen versehen sowie offenbar der Duden längst über solche historisch-grammatikalischen Feinheiten hinausgewachsen).

Hat sich die erste Aufregung über den angesichts der eher bescheidenen Ausstattung des Buches überzogenen Preis gelegt, läßt ein übersichtlich gegliedertes, mit angenehm großem Druckbild versehenes Werk sowohl zum schnellen Nachschlagen als auch zur Lektüre ein. Ein Buch, das in einem über 10 Seiten (also knapp 5 % des Umfangs) umfassenden, eng bedruckten Sachverzeichnis Schlagworte bereithält wie z. B. „Taufschein“, „Wasserleiche“ und „Erbquotenberechnung schwierig“ ist für die manchmal hektische Praxis des Notaralltags wahrhaft tauglich zu nennen.

Im Literaturverzeichnis stellt *Zimmermann* monographisches Schrifttum und Aufsatzliteratur seit Beginn des 20. Jahrhunderts in beeindruckender Fülle zur Vertiefung zusammen. Sinnvoller, weil benutzerfreundlicher wäre es allerdings, wenn in weiteren Auflagen diese(s) jeweils thematisch auf den Anfang der einzelnen Sachkapitel verteilt würde.

Aus dem Inhalt ist – vor allem für den Notar – Folgendes besonders hervorzuheben: Der Autor belässt es nicht nur beim Erbnachweis durch Erbschein und dem zugehörigen Verfahren, sondern macht auch auf informelle Erbnachweise (Banken, Lebensversicherungen!) aufmerksam sowie auf das Tätigwerden anderweitig legitimer Personen (Rdnr. 20 ff.). Im Punkt transmortaler und postmortaler Vollmachten hätte man sich allerdings Ausführungen zum praxishäufigen Problem der Kollision mit einer etwa angeordneten Testamentsvollstreckung gewünscht (vgl. hierzu DNotI-Report 1998, S. 171 ff. m. w. Nachw.).

Ausführlich spricht *Zimmermann* angesichts immer kostenbewusster agierender Beteiligten die Problemkreise Vergleich und Auslegungsvertrag im Erbscheinsverfahren an (Rdnr. 245 ff.). Die Darstellung, auf dem aktuellsten Stand der Diskussion, vermag durchweg zu überzeugen. Für den Notar absolut lesenswert und verständnisfördernd ist die Vorstellung der einzelnen Erbscheinsarten, dabei sind insbesondere die Ausführungen zum Fremdrechtserschein hervorzuheben (Rdnr. 404 ff.). Im Anschluss hieran lehnt der Autor die Erteilung von *Eigenrechtserbscheinen* nach BGB mit Geltungsvermerk mit der zutreffenden Begründung ab, ein solcher (einschränkender) Vermerk sei nirgends vorgeschrieben und außerdem praktisch sinnlos (Rdnr. 445). Ihre gesetzliche Unterstützung findet diese Sichtweise in der Existenz des Art. 3 Abs. 3 EGBGB. Der internationale Bezug wird komplettiert mit einem prägnant geschriebenen Abschnitt über ausländische Erbnach-

weise und ihre Anerkennung in Deutschland – ein Themenkomplex, der dem Notar vornehmlich unter anderen Umständen begegnet, z. B. bei Grundstückskaufverträgen mit ausländischen Verkäufern.

Ziemlich wagemutig erscheint das Plädoyer *Zimmermanns*, entgegen der h. M. gegenständlich beschränkte Erbscheine auch jenseits entsprechender landesgesetzlicher Regelungen (Höferecht, Anerbenrecht) zuzulassen (Rdnr. 446). Die Berufung auf § 55 Abs. 2 der Bayerischen Nachlassordnung von 1903 ist wohl doch etwas dünn. Der Erbschein ist ein Zeugnis über die materiell bestehende Erbrechtslage nach dem BGB. Diese knüpft aber grundsätzlich an das Prinzip der Universal sukzession an. Das Ergebnis der h. M., von *Zimmermann* kritisiert, ist mithin das, was es ist: nicht immer sinnvoller, gleichwohl real existierender Föderalismus.

Zimmermann betont die Möglichkeit von Eventualanträgen einschließlich deren Kostenneutralität (Rdnr. 67, 273, 281, 653) und weist zutreffend darauf hin, dass eine schwierige Sach- und Rechtslage nicht Zulässigkeitsvoraussetzung, sondern lediglich Motiv für eine solche Kumulation ist. Würde dieser Umstand in der Praxis häufiger beachtet, blieben dem DNotI zahlreiche bloße „Auslegungsanfragen“ erspart.

Wie bereits angedeutet, legt der Autor im (nach meiner persönlichen Meinung jedenfalls hier nicht allzu aner kennenswerten) Interesse des Antragstellers besonderen Wert auf die Kostenfragen (vgl. Rdnr. 635 ff.); der größte Einspareffekt kann indes regelmäßig schon im Vorfeld erzielt werden, nämlich durch die notarielle Beurkundung des letzten Willens. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt naturgemäß auf den Gerichtsgebühren. Notarrelevanter sind dann wieder die Zusammenstellungen zum maßgeblichen Geschäftswert (Rdnr. 658 ff.). Zu Recht folgt *Zimmermann* hier der Rechtsprechung, wonach auch nicht geltend gemachte Pflichtteilsansprüche abzugsfähige Nachlassverbindlichkeiten sind (Rdnr. 676), wohingegen man an die Abzugsfähigkeit – auch – von Vorausvermächtnissen (seit BayObLG, Rpfleger 1955, 83) sicher einmal unter dem Gesichtspunkt wird herangehen müssen, dass Erben hier im Extremfall trotz des vollen Vermögenszuflusses praktisch ein kostenfreies Nachlassverfahren erhalten können.

Eine weitere, zugleich rechts- und standespolitische Anmerkung sei im Zusammenhang mit den Kosten erlaubt: Wenn *Zimmermann* das Gesetzesvorhaben aus dem Jahr 1998 (vgl. BT-Drucks. 13/6398), in dessen Verlauf für den Erbscheinsantrag der notarielle Beurkundungszwang eingefügt werden sollte, als nicht akzeptabel kritisiert und die Formfreiheit hervorhebt (Rdnr. 31), so dürfte dies vermutlich dem Umstand seiner beruflichen Herkunft geschuldet sein. Bereits jetzt löst aber die Protokollierung des Antrags durch den Notar keine zusätzliche Gebühr aus, wenn und weil bei dieser Gelegenheit die (immerhin durch das Nachlassgericht!) stereotyp verlangte eidesstattliche Versicherung regelmäßig mitbeurkundet wird, vgl. § 49 Abs. 3 KostO. Deshalb ersparen sich die Beteiligten beim Nachlassgericht auch allenfalls die Umsatzsteuer, und die Praxis (auch die kurze des Rezensenten) zeigt, dass in komplizierten Fällen die Beteiligten vom Nachlassgericht gleich selbst zum Notar geschickt werden. Dann aber ist nicht einzusehen, warum nur die schwierigen (oft nicht einmal kostendeckenden) Vorgänge im Antragsstadium zunächst in das Notariat gehören sollen, die fiskalisch befriedigenden dagegen sogleich in die Geschäftsstelle des Nachlassgerichts. Die Erbscheinserteilungsgebühr verbleibt dem Staat nach derzeitiger Rechtslage ja sowieso (daher an der Realität vorbei, zudem kostenrechtlich unzutreffend *P. Gottwald*, FamRZ 1998, 1491). Ohnehin wirft die „Doppelzuständigkeit“ Probleme auf, worauf der Autor in puncto eidesstattliche Versicherung als Teil der – eigentlich – dem Gericht vorbehaltenen Beweisauf-

nahme hinweist (Rdnr. 117) und was bekanntermaßen in Baden-Württemberg zu einer geradezu schizophren anmutenden prozeduralen Lage führt (vgl. Rdnr. 127). Ein möglicher Ausweg de lege ferenda ist bekannt: umfassende Zuständigkeitsübertragung auf den Notar, einschließlich Erbscheinserteilung.

Eine kompakte Darstellung zu den Wirkungen des Erbscheins im Rechtsverkehr rundet das Werk ab (Rdnr. 740 ff.). *Zimmermann* führt dem Leser dabei drastisch vor Augen, dass, folgt man der h. M. zum öffentlichen Glauben sich widersprechender Erbscheine (nämlich, dass ein solcher dann entfällt), letztlich bei jedem Vertragsschluss mit Erbscheinsinhabern praktisch nicht beherrschbare Sicherungsrisiken auftauchen – ein weiterer Grund für den Notar, für die Zwischeneintragung im Grundbuch zu sorgen (vgl. Rdnr. 759). Mit §§ 2365 ff. BGB und der dahinter stehenden gesetzgeberischen Intention ist das alles eigentlich nicht zu vereinbaren.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der „Zimmermann“ das Zeug zum Standardwerk hat. Dem Autor gelingt es in vorbildlicher Weise, aus dem breiten Fluss von Rechtsprechung und Literatur einerseits das Wesentliche zu abstrahieren und dem Leser unter Nachweis auch entlegenster Fundstellen nahe zu bringen. Andererseits verfestigt sich bei der Lektüre zunehmend der Eindruck, dass das Werk gleichwohl nicht am grünen Tisch entstanden ist, sondern *Zimmermann* tatsächlich jedes einzelne der geschilderten Probleme in seiner richterlichen Praxis schon einmal selbst zu bearbeiten hatte. Kurzum: Ein Verfahrenshandbuch für den Todesfall insgesamt, das beim Leser und beim Lesen nachhaltig Vertrauen schafft. Der Verlag sollte dies unterstützen und seine Preispolitik überdenken. Andernfalls dürften viele Notare weiterhin ausschließlich zum *Palandt* greifen – und dabei Einiges verpassen.

Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

Ulmer: Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft. Systematischer Kommentar. 4. Aufl., Beck, 2004. 704 S., 86 €

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat sich „unter den formenden Hammerschlägen von *Flume*, *Ulmer* und dem II. Senat des BGH zu einer lebenskräftigen Organisationsform entwickelt“ (*Lutter*, ZGR 19 [1990], 392, 399).

Über sechs Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe besteht nunmehr wiederum die Gelegenheit, sich – gleichsam aus erster Hand eines der Schmiede der „modernen“ GbR – mittels der vierten Auflage der Sonderausgabe aus Band 5 des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch umfassend und detailliert über Grundlagen und neue Entwicklungen des Rechts der BGB-Gesellschaft und der Partnerschaftsgesellschaft zu informieren. Der Neuauflage des Kommentars kommt angesichts der tief greifenden Umwälzungen, die das Recht der Zivilgesellschaft im letzten halben Jahrzehnt durch eine Reihe von Grundsatzurteilen des BGH und die daran anschließende breite Diskussion in der Fachöffentlichkeit erfahren hat, ganz besondere Bedeutung zu. Diese wird noch dadurch unterstrichen, dass der Heidelberger Emeritus *Ulmer*, wie er selbst im Vorwort schreibt, „diese voraussichtlich letzte Auflage aus seiner Feder zu einem ihm in 30-jähriger Arbeit besonders ans Herz gewachsenen Rechtsgebiet als eine Art Vermächtnis hinterlassen“ möchte.

Schriftsatz und -bild des Bandes stehen in der bewährten benutzerfreundlichen Tradition des Münchener Kommentars. Das heißt – der *Palandt*-Nutzer wird es zu schätzen wissen – vollständige Wörter und Sätze, Nachweise in Fußnoten und detaillierte Übersichten der Kommentierung vor nahezu jeder Norm. Wo das BGB auf Vorschriften eines anderen Gesetzes verweist, so etwa § 736 Abs. 2 BGB auf §§ 159 f. HGB, sind diese mit abgedruckt und kommentiert. Bei §§ 4 und 5 PartGG findet der Leser zu seiner Freude die Vorschriften der Partnerschaftsregisterverordnung nebst einer zusammenfassenden Erläuterung.

Inhaltlich befindet sich das Werk auf dem Stand von Juli 2003; einige neuere Entscheidungen sind also – die rasante Entwicklung im BGB-Gesellschaftsrecht bringt es mit sich – nicht berücksichtigt.

In der Kommentierung der §§ 705 ff. BGB, die mit rund 550 Seiten verglichen mit der 120 Seiten starken Erläute-

rung des PartGG naturgemäß den überwiegenden Teil des Werks ausmacht, sind die revolutionären Entscheidungen des II. Zivilsenats des BGH zur „GbR mbH“ (MittBayNot 1999, 577) und zur Rechts- und Parteifähigkeit der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft und der akzessorischen Gesellschafterhaftung (MittBayNot 2001, 192) nicht nur minutiös dargestellt, sie werden vielmehr auch gut verständlich und nachvollziehbar in den Kontext der Jahrzehnte dauernden Rechtsentwicklung von der traditionellen Gesamthandslehre zur modernen Gruppenlehre eingebettet (§ 714 Rdnr. 4 ff. bzw. § 705 Rdnr. 289 ff.). Hier wie an vielen anderen Stellen ist es ein großes Verdienst des Werkes, Rechtsprechung und Schrifttum nicht nur zu referieren und breit nachzuweisen, sondern den Brückenschlag zur Dogmatik herzustellen und so dem Leser ein Gespür für den hinter einer bestimmten Rechtsentwicklung stehenden Zeitgeist zu vermitteln. Auf diese Weise wird es dem Praktiker ermöglicht – nicht zuletzt anhand der deutlich hervorgehobenen eigenen Stellungnahme *Ulmers*, der schon häufig Tendenzen der Rechtsprechung vorweggenommen hat –, auch künftige Entwicklungen abzuschätzen.

Seit jeher vertritt *Ulmer* die so genannte Gruppenlehre, die der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft eigene Rechtsfähigkeit zubilligt. Gleichwohl spart *Ulmer* nicht mit Kritik an der neuen Linie des II. Zivilsenats, der ja unterschiedslos jede BGB-Außengesellschaft als rechts- und parteifähig erachtet. *Ulmer* setzt dem mit beachtlichen Gründen sein Konzept der Rechts- und Parteifähigkeit nur der „höherstufigen“ oder „organisierten“ Gesellschaft mit „eigener Identitätsausstattung“ entgegen, welche sich im Vorhandensein von Namen, Sitz, Handlungsorganisation und Haftungssubstrat in Gestalt von Beiträgen manifestieren soll (§ 705 Rdnr. 306, 320; § 718 Rdnr. 47).

In der Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR hält *Ulmer* gegen die Rechtsprechung des BayObLG – dessen jüngste Entscheidung zu dieser Frage (MittBayNot 2004, 201) ist naturgemäß nicht mehr berücksichtigt – an seiner bereits zuvor (NJW 2002, 330) ausführlich dargelegten Auffassung fest. Die GbR könne im Sinne eines Gleichlaufs von materiellem und Verfahrensrecht als solche im Grundbuch eingetragen werden. Das Publizitätsdefizit der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft soll dadurch behoben werden, dass das Grundbuchamt die Eintragung von der Vorlage einer Gesellschafterliste und eines Nachweises der Vertretungsverhältnisse in der Form des § 29 GBO abhängig macht (§ 705 Rdnr. 312 ff.).

Zu der höchststrichterlich noch nicht geklärten Frage, ob die GbR persönlich haftende Gesellschafterin einer Personenhandels-gesellschaft sein kann, äußert sich *Ulmer* skeptisch, wobei er allerdings nicht vergisst, den dies bejahenden Beschluss des LG Berlin (NZG 2003, 580 = GmbHR 2003, 719) zu erwähnen.

Was die Haftungsverfassung der GbR angeht, so hatte sich *Ulmer* bereits vor der Kehrtwende des BGH in einem „sensationellen Seitenwechsel“ (so *Dauner-Lieb*, DStR 1999, 1992, 1997 f.) für die Akzessorietätstheorie entschieden. Folgerichtig ist auch die Kommentierung des Haftungsmodells der BGB-Gesellschaft gegenüber der Voraufgabe, in welcher *Ulmer* noch die Doppelverpflichtungslehre vertreten hatte, völlig neu konzipiert (§ 714 Rdnr. 31 ff.). Hierbei wird auch die neue Rechtsprechung zuverlässig vorgestellt und kritisch durchleuchtet. Die sehr differenzierte Judikatur des II. Zivilsenats zur Haftung der Gesellschafter geschlossener Immobilienfonds (DNotZ 2002, 850; siehe dazu auch *Wälzholz*, MittBay-Not 2003, 35) hätte allerdings eine etwas breitere Darstellung als den bloßen Hinweis in einer Fußnote verdient (§ 714 Rdnr. 62 Fn. 139). Die analoge Anwendung des § 28 Abs. 1 HGB auf das Entstehen einer GbR sieht *Ulmer* trotz deren fehlender Registereintragung durch die vergleichbare Lage zum Eintritt in ein kaufmännisches Unternehmen als nahe gelegt. Der BGH hat jüngst (Urt. v. 22.1.2004, IX ZR 65/01, DNotI-Report 2004, 61) – nach Redaktionsschluss des Rezensionswerkes – im Hinblick auf eine Rechtsanwaltssozietät anders entschieden und die Analogie zutreffend abgelehnt.

Besonders lesenswert sind die Ausführungen *Ulmers* zu den verbleibenden Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung (§ 714 Rdnr. 58 ff.). Zu Recht kritisiert er hier insbesondere die undifferenzierte Ablehnung einer vereinbarten Haftungsbeschränkung mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Rechtsprechung. Zugleich zeigt *Ulmer* Wege auf, wie ein gerechter Ausgleich der Interessen der Gesellschafter einerseits und der Gesellschaftsgläubiger andererseits rechtlich umgesetzt werden kann. Die dort abgesteckten Eckpunkte können ohne Frage Leitlinien einer künftigen Rechtsentwicklung sein, falls die Rechtsprechung erkennt, dass die unterschiedslose Strenge der handelsrechtlichen Haftungs-vorschriften eben nicht auf *jede* BGB-Gesellschaft passt.

In der Kommentierung des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes – derzeit wohl die aktuellste, nachdem die meisten einbändigen Kommentare zum PartGG nicht über die erste Auflage hinausgekommen sind und sich selbst die zweite Auflage des „Michalski/Römermann“ gerade einmal auf dem Stand von 1999 befindet – setzt sich der tadellose Eindruck des Werkes fort. Die gewichtigste Änderung seit Erscheinen der Vor-

auflage besteht sicherlich in der Neufassung des § 8 Abs. 2 PartGG im Jahre 1998, der Einführung der so genannten Handeldelndhaftung. Auch hier bleiben keine Fragen offen, selbst recht spezielle Problemkreise, wie etwa die Haftungskonzentration auf den Scheinpartner, werden zumindest in einer Fußnote erwähnt und nachgewiesen (§ 8 PartGG Rdnr. 21 Fn. 25). Die Stellungnahme zum Verhältnis des § 8 Abs. 2 PartGG zu berufsrechtlichen Vorschriften etwa der BRAO, WPO und des StBerG, die ähnliche Haftungsbeschränkungen oder Beschränkungsmöglichkeiten vorsehen, fällt indes etwas knapp aus und vermittelt mit lediglich einem Nachweis auf einen Aufsatz *Henssler*s einen unvollständigen Eindruck von der insoweit geführten Diskussion.

Angesichts des insgesamt hervorragenden Eindrucks, den der „Ulmer“ macht, mag es dem Rezensenten als Beckmesserei angekreidet werden, wenn er nicht umhin kommt, Tadel am Stichwortverzeichnis des Werkes zu üben; dieser betrifft freilich den Kommentator nicht unmittelbar, da das „Sachverzeichnis“ nicht von ihm selbst bearbeitet wurde. Gerade bei einem Kommentar, der so umfangreich und detailliert zugleich ist, ist der Nutzer jedoch oftmals für ein schnelles Auffinden bestimmter Problemkreise auf ein verlässliches Verzeichnis angewiesen. Deswegen wäre für die nächste Auflage eine gründliche Überarbeitung wünschenswert, wobei etwa Stichworte wie „Bauherrengemeinschaft“, „Immobilienfonds“, „Register(fähigkeit)“ oder „Scheinpartner“ aufgenommen werden sollten. Auch erscheint es zwar korrekt, jedoch etwas eigenwillig, den „minderjährigen“ Gesellschafter nicht etwa unter „M“, sondern unter „N“ wie „nicht voll geschäftsfähiger Gesellschafter“ zu verzeichnen. Das Stichwort „Zwangsvollstreckung“ ist zwar aufgeführt, die Verweisung jedoch unvollständig; Hinweise auf § 714 Rdnr. 52 und die zentrale Kommentierung in § 718 Rdnr. 39 ff. fehlen. Die Defizite im Bereich des Sachverzeichnisses vermögen indessen der Bedeutung und Qualität des Werkes insgesamt keinen Abbruch zu tun.

Fazit: Wer sich wirklich vertieft mit dem Recht der BGB-Gesellschaft befassen will, kommt am „Ulmer“ ohnehin nicht vorbei. Doch auch für diejenigen, der nur gelegentlich mit Fragen aus dem Recht der GbR konfrontiert ist, ist das Werk schon angesichts seiner Klarheit und Übersichtlichkeit eine sinnvolle Ergänzung zum Palandt, von dem Mehr an Substanz ganz zu schweigen; dazu hat man noch eine ausgezeichnete Kommentierung des PartGG. Wer allerdings glücklicher Besitzer eines Münchener Kommentars der vierten Auflage ist, braucht sich über die Anschaffung keine Gedanken zu machen, denn in Band 5 bekommt er den „Ulmer“ quasi gleich mit geliefert.

Notarassessor Dr. *Michael Eigner*, Augsburg

Weigl: Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung. 2. Aufl., Beck, 2004. 276 S + CD-ROM, 28 €

Der Band „Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung“ des Kollegen *Gerald Weigl* aus der Reihe Beck'sche Musterverträge ist nunmehr in 2. Auflage erschienen. Das Werk ist hierbei auf den Stand 1.1.2004 gebracht worden. Auch sämtliche steuerlichen Änderungen, die zum Jahresende 2003 noch verabschiedet wurden, sind in die Neuauflage eingearbeitet worden. Die Währungsumstellung auf den Euro ist in sämtlichen Mustern berücksichtigt. Die auffälligste Änderung bei den

Vertragsmustern besteht darin, dass das Formular der „GmbH und Still“ nunmehr auch Alternativformulierungen für die atypisch stille Gesellschaft enthält. Soweit eine derartige Gestaltung gewünscht wird, muss man für die einschlägigen Formulierungen also nicht mehr auf andere Literatur zurückgreifen.

Im Übrigen hat *Weigl* das Konzept der Voraufgabe, welches im Wesentlichen ohnehin durch die Reihe Beck'sche Musterverträge vorgegeben ist, beibehalten. Nach einer kurzen Einleitung folgen die einzelnen Vertragsmuster, welche wiederum in einem Anmerkungsteil eingehend erläutert werden.

Wo erforderlich, erfolgen hier zunächst noch einmal eingehendere Ausführungen zur jeweiligen Gesellschaftsform, gegebenenfalls vertiefende steuerliche Hinweise sowie schlussendlich Erläuterungen zu einzelnen Vertragsbestimmungen.

Die Voraufgabe des Besprechungswerkes aus dem Jahre 1998 habe ich bereits in MittBayNot 1999, 175 rezensiert. Seinerzeit wertete ich das Buch als „sehr gelungenes Arbeitsmittel, das demjenigen, der mit der Vertragsgestaltung im Bereich der stillen Gesellschaften und der Unterbeteiligungen betraut ist, eine wertvolle Hilfestellung bietet“. Diese Beurteilung kann uneingeschränkt auch auf die Neuauflage übertragen werden. Das Besprechungswerk bietet die Möglichkeit, sich ohne größere Vorkenntnisse rasch in das Rechtsgebiet der stillen Gesellschaften und Unterbeteiligungen einzuarbeiten, falls kurzfristig ein entsprechender Beurkundungsauftrag vorliegt. Die Vertragsmuster bieten wertvolle Formulierungshilfen bei der Erstellung entsprechender Vertragsentwürfe. Da dem Buch eine CD-ROM beigelegt ist, können die Mustertexte problemlos in die eigene Textverarbeitung übernommen werden.

Besonders hervorzuheben ist, dass sich *Weigl* im Rahmen der Erläuterungen auch eingehend mit den steuerlichen Aspekten der jeweiligen Vertragsgestaltung befasst. Da bei der Wahl der Rechtsform einer stillen Gesellschaft oder Unterbeteiligung häufig auch steuerliche Zwecke verfolgt werden, ist es für

einen Notar, der einen entsprechenden Vertrag entwirft, sehr hilfreich, sich dergestalt über die Hintergründe zu informieren und schlummernde steuerliche Risiken zu vermeiden. So ist insbesondere im Einzelfall genau abzuwägen, ob die „typische“ oder die „atypische“ Gesellschaftsform gewählt wird. Bei der Bewältigung dieser Fallstricke bietet das Besprechungswerk eine ausgezeichnete Hilfestellung. Gleichwohl ist natürlich hervorzuheben, dass nur Notare mit außergewöhnlich guten Kenntnissen des Steuerrechts in diesem sensiblen Bereich eine Beurkundung ohne vorherige Zuziehung eines Steuerberaters wagen sollten.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es nach wie vor die Stärke des Besprechungswerkes ist, gerade dem Notar, der nur selten mit Problemen der stillen Gesellschaft und der Unterbeteiligung befasst ist, die Möglichkeit zu geben, sich erforderlichenfalls schnell einen Überblick über diese nicht alltägliche Materie zu verschaffen. Für den Kollegen, der sich – insbesondere zur Bewältigung von Sonderproblemen – vertieft mit Fragen dieser Gesellschaftsformen beschäftigen möchte, bietet *Weigl* mit seinen weiterführenden Literatur- und Rechtsprechungshinweisen am Ende des Bandes ebenfalls eine wertvolle Hilfestellung. Insgesamt kann daher das Besprechungswerk auch in der Neuauflage zur Anschaffung uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar *Olrik Land*, Dachau

Huhn/von Schuckmann: Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notare. 4., neu bearb. Aufl., de Gruyter Recht, 2003. 1 034 S., 138 €

Mit der 4. Auflage des Kommentars von *Huhn/von Schuckmann* liegen innerhalb kurzer Zeit drei Neubearbeitungen des für den Notar maßgeblichen Verfahrensrechts vor, die auch Erläuterungen zu dem neu gefassten § 17 Abs. 2 a BeurkG enthalten. Das hier angezeigte umfangreichste dieser Werke enthält auch eine Kommentierung der Dienstordnung für Notarinnen und Notare. Wegen der für die weitere Behandlung der Urkunden maßgebenden Vorschriften und des Zusammenspiels der für das Verwahrungsgeschäft geltenden §§ 54 a ff. BeurkG mit den weiterführenden Bestimmungen der Dienstordnung leuchtet diese gemeinsame Kommentierung durchaus ein. Ob allerdings angesichts der immerhin 200 Seiten des Gesamtwerks umfassenden Erläuterungen der dienstrechtlichen Vorschriften die Gewichte bei der Kommentierung der einzelnen Abschnitte des Gesetzes und der DONot immer richtig verteilt sind, darüber ließe sich streiten.

Von den bisherigen Bearbeitern ist *Huhn*, der sich um das allgemeine Urkundenrecht große Verdienste erworben hat, im Jahre 1999 verstorben. Zu *von Schuckmann* sind die Hochschullehrer *Armbrüster* und *Preuß* sowie der Notarkollege *Renner* aus Erfurt getreten. Die Kommentierungen sind regelmäßig so ausführlich, dass sie zum fortlaufenden Lesen und Rekapitulieren eines Sachgebietes einladen. Aber auch zum Nachschlagen eines aktuellen Problems eignet sich das Werk. Für die während der Arbeit an dieser Besprechung zugestellte isolierte Pfändung eines Auszahlungsanspruches aus einer Verwahrungsmasse gibt § 54 b Rdnr. 54 die erforderlichen Aufschlüsse. Andere Alltagsfragen bleiben unbeantwortet. So schweigt der Kommentar dazu, ob der für Vermögenssorge bestellte Betreuer die Abschrift einer letztwilligen Verfügung

des Betreuten verlangen kann. Diese Frage ist wohl unabhängig von einem behaupteten sachlichen Bedürfnis zu verneinen, da es sich grundsätzlich um höchstpersönliche Angelegenheiten handelt, bei denen eine Stellvertretung nicht zulässig ist.

Die Besprechung eines über 1000-seitigen Werkes muss sich auf Stichproben stützen, der persönlichen Neugier nachgeben und allgemeine Eindrücke wiedergeben.

In der Abwägung des Für und Wider bleibt der Kommentar manchmal seltsam unentschieden. So behandelt § 38 Rdnr. 7 den Alltagsfall, dass die Abnahme eines Affidavits vom Notar verlangt wird. Allerdings findet sich keine klare Aussage dazu, in welchen Fällen eine Eidesabnahme nach den Regeln des Beurkundungsgesetzes erforderlich ist. Auch das aktuelle Problem, ob die Vollmacht für Notarangestellte, Finanzierungsgrundschulden zu bestellen, mit § 17 Abs. 2 a vereinbar ist, bleibt letztlich offen. Der Angestellte des Notars ist einerseits keine Vertrauensperson (Rdnr. 177), und eine antizipierte Belehrung bei der Beurkundung der Finanzierungsvollmacht erscheint nicht möglich (Rdnr. 161). Andererseits kann nach Auffassung von *Armbrüster* „im Verhinderungsfall“ von einer Mitarbeitervollmacht trotzdem Gebrauch gemacht werden (Rdnr. 174). Die Verhinderung des Verbrauchers allein kann jedoch kein ausreichender Grund sein, von der Hinwirkungspflicht des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG entbunden zu sein.

Auch bei der Frage der Auslandsbeurkundung findet sich diese Unentschiedenheit. Zwar schließt sich *Armbrüster* im Ergebnis der im Jahre 1981 judizierten Auffassung des BGH an, wonach es bei gesellschaftsrechtlichen Akten auf die Gleichwertigkeit des Beurkundungsvorganges ankomme (§ 1 Rdnr. 74 ff.). Für Statusakte einer Gesellschaft wird das in Rdnr. 73 aber wieder in Frage gestellt, ohne dass er letztlich

eine eindeutige Aussage trifft. Die formwirksame Abtretung von Anteilen einer deutschen GmbH zur Niederschrift ausländischer Notare rechtfertigt *Armbrüster* im Ergebnis nur mit dem praktischen Bedürfnis nach flexiblen Lösungen. Dieses praktische Bedürfnis wird mit der hohen Nachfrage „der sich der Risiken einer Auslandsbeurkundung im allgemeinen bewussten Beteiligten“ belegt (Rdnr. 79). Mir scheint das der Musterfall einer *petitio principii* zu sein, die angesichts der gewichtigen Gegenargumente nicht überzeugen kann, zumal die diagnostizierte hohe Nachfrage neben dem Kosteninteresse wesentlich auch darauf beruht, dass die Formzwecke des deutschen Rechts und ihre fiskalische Legitimation bewusst umgangen werden sollen.

Ähnlich kritisch beurteile ich die Auffassung von *Renner* zu § 13 a. Er erörtert, ob eine Verweisung unter Verzicht auf das Vorlesen auch ohne Vorliegen zumindest einer beglaubigten Abschrift der Verweisungsurkunde möglich ist, und hält das angesichts der Schnelligkeit der Kommunikation und der Verständnislosigkeit von Geschäftsleuten im Einzelfall für nicht pflichtwidrig (Rdnr. 19). Praktikabilität ist noch nie ein Leitmotiv für Formvorschriften gewesen, und das Verständnis der Beteiligten für sein Verfahren muss der Notar wecken. Außerdem ist das gewählte Beispiel verfehlt. Ein vormittags in Hamburg beurkundetes Angebot, das Erklärungen enthält, die der Annehmende wiederholen müsste, soll in München angenommen werden, liegt aber nur als Telefax vor. Es ist mangels Zugang einer Ausfertigung gar nicht wirksam geworden. Mit derselben Begründung kann jede formale Vorschrift des Verfahrensrechtes als „nicht so wichtig“ für verzichtbar erklärt werden. Insofern muss wohl eher die Regel gelten „Wehret den Anfängen“, zumal im Beispielfall das erneute Vorlesen der wirklich verweisungsbedürftigen Teile der ersten Niederschrift nicht unzumutbar erscheint.

Viele Teile des Kommentars bieten durch die Lektüre kompendiumartiger Erläuterungen großen Gewinn. *Preuß* bietet zu § 52 einen Abriss des Rechts der vollstreckbaren Urkunde. Bei Rdnr. 3 schließt sie sich der herrschenden Auffassung an, dass eine vollstreckbare Ausfertigung nur verlangen kann, wer eine einfache Ausfertigung besitzt oder beanspruchen kann. Bei Rdnr. 58 fehlt allerdings im Zusammenhang mit dem Nachweisverzicht bei der Klauselerteilung ein Hinweis auf die Problematik der Vollstreckungsunterwerfung im Bau-trägervertrag.

Die Erläuterungen zu den Belehrungspflichten des Notars bei § 17 durch *Armbrüster* bilden einen Schwerpunkt des Kommentars. Sie bieten eine Fülle von Material und sollten in einem Zuge als Lehr- und Studienbuch gelesen werden. Denn im beruflichen Alltag wird es kaum eine Situation geben, in der der Notar durch Recherche im Kommentar feststellt, ob

ihn eine Belehrungspflicht trifft oder nicht. Dies kann er nur aufgrund vorheriger und abstrakter Studiums der Literatur wissen. Seit der letzten Auflage wurden umfangreiche Literaturhinweise nachgetragen; sie bedürfen teilweise schon wieder der Modernisierung, z. B. hinsichtlich der Bauabzugsbesteuerung im Rahmen von Bau-trägerverträgen. Richtigerweise und strenger als *Winkler* betont *Armbrüster* im Zusammenhang mit § 17 Abs. 2 a, dass die materiell Beteiligten grundsätzlich alle an der Beurkundung teilnehmen sollten, ohne Rücksicht auf ihre Belehrungsbedürftigkeit (Rdnr. 147). Nur so kann das Ergebnis der Verhandlung verbindlich in den Vertragstext einfließen (Rdnr. 156).

Die Neuauflage hat erfreulicherweise in manchen Fragen praxisferne Auffassungen der Voraufgabe aufgegeben. Grundsätzlich vermeidet die Kommentierung kleinliche und ängstliche Einschränkungen der Handlungsmöglichkeiten des Notars als Urkundsperson. Eine Unterschrift auch in fremden Schriftzeichen wird richtigerweise für zulässig gehalten (§ 13 Rdnr. 9, § 40 Rdnr. 8), ein räumlicher Zusammenhang zwischen der Angabe einer Firma und der Zeichnung des Namens zu dieser Firma wird nicht verlangt (§ 41 Rdnr. 5).

Zur Unterschrift finden sich umfangreiche Ausführungen in § 13 Rdnr. 26 ff. *Renner* vertritt eine sehr großzügige Auffassung, die auch eine Paraphe noch als Unterschrift gelten lässt. Hier scheint mir Vorsicht geboten und eher angeraten, notfalls darauf zu bestehen, dass der Beteiligte seine Unterschrift „in Grundschrift“ wiederholt. Völlig unverständlich ist mir, dass sich manche Notare selbst in höchste Gefahr begeben durch die Verwendung einer Unterschrift, die nur mit gutem Willen als solche durchgehen kann. Wer – wie die Gerichte in einschlägigen Entscheidungen feststellen – mit einer wellenförmigen Linie, einem Kringel oder nur mit Lupe erkennbar unterzeichnet, pflegt nicht seine Individualität, sondern gefährdet die Wirksamkeit Tausender Urkunden und schadet dadurch, dass er Streitpotential erst schafft, dem rechtsuchenden Publikum.

Die Lektüre des *Huhn/von Schuckmann* bringt reichen Gewinn, wenn man sich die Zeit nimmt, einzelne Blöcke fortlaufend zu lesen. Sie zwingt und reizt zum weiteren Nachdenken und zu eigenen Entscheidungen, gerade weil in manchen Fragen die Meinung des Kommentators letztlich offen bleibt. Der Kommentar ist weniger Nachschlagewerk zur schnellen Rechtsfindung als wesentlicher Beitrag zur wissenschaftlichen Durchdringung des Beurkundungsverfahrensrechts; gerade weil dieses tägliche Handwerkszeug des Notars in großen Teilen von Wissenschaftlern und nicht von Notaren bearbeitet wird, ist er unverzichtbar.

Notar Dr. Ulrich Bracker, Weilheim

Langenfeld: Vertragsgestaltung. 3. Aufl., Beck, 2004. 144 S., 29 €

Langenfeld zitiert den Ausspruch von *Ernst Rabel*: „Ein guter Jurist hat seine Methode, aber er redet nicht darüber“ (Rdnr. 56). *Langenfeld* redet über seine Methode und bleibt trotzdem gewiss ein guter Jurist. Dies haben ihm die Rezensenten der beiden Voraufagen im Hinblick auf seine „Vertragsgestaltung“ an gleicher Stelle bereits überzeugend attestiert und dabei sowohl zum dogmatischen als auch zum geistesgeschicht-

lichen Überbau des Werkes umfassend Stellung genommen (*Spiegelberger*, MittBayNot 1992, 32 f., bzw. *Vossius*, MittBayNot 1998, 171 ff.). Wer daher, wie ich, mit der Einstellung als Notarassessor im Jahre 2002 in eine bereits seit über zehn Jahren sichtbar durch den Autor geprägte vertragsdogmatische Landschaft hineinwächst, wird sich daher allein die vorsichtige Anmerkung erlauben dürfen, dass auch eine im noblen Gewande einer aristotelischen Topik und einer Typologie eingeführte kautelarjuristische Methodenlehre den Rechtsanwender nicht vor der darin verborgenen tödlichen Gefahr des

„so ähnlichen Falles“ zu schützen vermag. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auch auf die gegenüber der zweiten Auflage vorgenommenen Neuerungen.

Im Kapitel über „Verfahren der Vertragsgestaltung“ führt *Langenfeld* nunmehr den „neutralen Dritten“ als Unterscheidungskriterium verschiedener Verfahren ein, insofern der Mode folgend, und stellt dabei zu Recht heraus, dass von der Funktion im Verfahren und der gesetzlichen Stellung her eindeutig nur die Rolle des Notars definiert ist (Rdnr. 116). Überhaupt lässt sich auf diese Weise der Notar als der „geborene Mediator“ verstehen (vgl. Rdnr. 130), und ich hätte mir persönlich gewünscht, dass dies durch den Autor etwas pointierter herausgestellt worden wäre. Allerdings beschränkt *Langenfeld* zu Recht das Tätigkeitsfeld des Notars hier auf die Vertragsmediation, was einmal mehr bestätigt, dass die „echte“ streitschlichtende Mediation, wie sie z. B. dem Bay-SchlG zugrunde liegt, eigentlich der notariellen Tätigkeit fremd ist.

Im abschließenden achten Kapitel befasst sich *Langenfeld* nunmehr u. a. intensiv mit der aktuellen Rechtsentwicklung im Privatrecht hin zu einer „Materialisierung des Vertragsrechts“ (Rdnr. 376 ff.), vor allem mit den zunehmenden Tendenzen einer richterlichen Inhalts- und Ausübungskontrolle (Rdnr. 384 ff.), die sich nicht zuletzt im Bereich der Ehevertragsfreiheit wieder eindrucksvoll manifestiert hat (BGH, Urt. v. 11.2.2004, MittBayNot 2004, 270 ff. – das Urteil liefert zugleich indirekt den Beweis für die Richtigkeit des *Langenfeld*'schen Vertragstypenkonzepts). Der Autor enthält sich in diesem Zusammenhang weitestgehend eigener Wertungen, weist die Kautelarpraxis vielmehr darauf hin, sie müsse mit dem nicht zuletzt aufgrund europarechtlicher Vorgaben entstandenen Sonderprivatrecht leben (Rdnr. 379). Beifall verdient der Autor mit seiner Kritik an Widerrufsrechten, denen sich ein Notar schon aus berufspolitischen Aspekten in den Weg stellen sollte, da sie der Bedeutung der notariellen Tätigkeit nicht gerecht werden und mit der Funktion des Beurkundungsverfahrens als sicherem und endgültigem Vertragsabschluss nur schwer in Einklang zu bringen sind (Rdnr. 383). *Langenfeld* bringt aber, wenngleich verunglückt, auch zum Ausdruck, dass der BGB-Gesetzgeber dies in aller Regel berücksichtigt hat (vgl. §§ 312 Abs. 3 Nr. 3, 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB; das entsprechende Normzitat in Kap. 8 Fn. 79 passt nicht zum Text und ist überdies lückenhaft).

Zustimmen möchte ich *Langenfeld* bei seiner Erkenntnis, dass die von ihm begründete Vertragstypenlehre ein geeignetes Gedankengebäude ist, mit dem gewissermaßen „en passant“ einer Materialisierung bisher formal begriffener Rechte, zum Schwächerenschutz und zur richterlichen Inhaltskontrolle bei

Ungleichgewichtslagen, Rechnung getragen werden kann (Rdnr. 392 ff., vgl. auch das genannte, aktuelle Urteil des BGH). Dieses Verdienst bestätigt den zeitlosen, umfassenden Ansatz des Autors und wird dazu führen, dass dem Buch auch weitere Auflagen sicher sein werden.

Erstaunlich ist allerdings, dass das bisherige 8. Kapitel der Voraufgabe zu „Gruppen und Strukturen von Vertragstypen“ sang- und klanglos entfallen ist. Der Autor erwähnt diesen Umstand nicht einmal im Vorwort, in dem er doch so viel anderes als neu hervorhebt. Es fehlt daher nun an einem ausführlichen „Beispielkapitel“, in dem *Langenfeld* bislang seinen Überblick über Inhalte und Probleme bereits verfestigter kautelarjuristischer Vertragstypen – mit Erfolg – versucht und so auch praktisch die Bedeutung seiner vertragsgestalterischen Methode für unsere Rechtsordnung illustriert hatte. Es wäre ja nicht darauf angekommen, hier das Panoptikum vollständig zu entfalten. Dafür gibt es weiterführende Gestaltungshandbücher – auch von *Langenfeld*. Und seit 2001 zusätzlich seine (m. E. ganz hervorragende) „Einführung in die Vertragsgestaltung“, für Studenten und Referendare, in der sich nun aber weite Teile des „verlorenen“ Kapitels aufbereitet wiederfinden. Ohne eine hieraus für mich erkennbare Tendenz weiter bewerten zu wollen, hat jedenfalls die Amputation des methodischen Grundwerks diesem notwendigerweise geschadet. Der den Grundlagen des Rechts als einer Wissenschaft gewidmeten Monographie und insbesondere dem eigenen Anliegen des Verfassers fehlt nun der verifizierende Teil. Sich diesen aus anderen Büchern erst erarbeiten zu müssen, ist für eine Grundlagendarstellung (die sich ja laut Vorwort ebenfalls an Studenten und Referendare richten soll) unangemessen. Dieses eindeutige Manko sollte in den kommenden Auflagen wieder rückgängig gemacht werden. Eine gegenüber der Voraufgabe verstärkte Ansammlung lediglich einzelner Regelungsinstrumente wie z. B. Wertsicherungsklauseln (7. Kapitel, Rdnr. 240 ff.) wird der Darstellung einer Vertragstypenlehre, die sich als roter Faden durch das Werk zieht und ziehen will, methodisch nicht gerecht, zumal sich mir der praktische Nutzen dieser Darstellung nicht erschließen will – zu rein didaktischen Zwecken wäre der Abschnitt ohnehin viel zu lang.

Sieht man von dem zuletzt genannten Lapsus einmal ab, wird dem Werk auch weiterhin die vertragsgestalterische Zukunft gehören, nicht zuletzt, weil mit *Langenfeld* die Vertragstypenlehre auch als materiale Vertragslehre „voll im Trend“ liegt (Rdnr. 402). Das Buch ist aber bereits jetzt ein Klassiker. Es gehört daher auch in das Bücherregal derjenigen Kautelarjuristen, die es nicht (mehr) lesen wollen – was ein Fehler wäre.

Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

Pfleiderer: Einführung in das französische Immobilienrecht. Beck, 2003. 189 S., 26 €

Das Zusammenwachsen Europas und die immer größer werdende Bereitschaft von Bürgern, Vermögen auch im Ausland zu erwerben, bedingen eine steigende Nachfrage nach Erkenntnisquellen über das dort geltende Recht. Das hier anzusehende Buch eines deutschen Rechtsanwalts mit Lyoner Diplom vermittelt eine Vielzahl nützlicher Informationen. Durch geschickte Trennung in einen flüssig lesbaren Text und

umfangreiche Fußnoten mit den einschlägigen Rechtsquellen, ergänzenden Hinweisen und weiterführender Literatur kann es sowohl der interessierte Laie als auch der juristische Fachmann mit Gewinn benutzen; durch die Mitarbeit eines französischen Notars ist darüber hinaus garantiert, dass auch praktische Hinweise zur technischen Abwicklung von Grundstücksverträgen nicht zu kurz kommen. Das Buch ist in deutscher Sprache verfasst; Kenntnisse im Französischen sind gleichwohl nützlich, da die Anlagen (ein Kaufoptionsvertrag, ein privatschriftlicher Kaufvertrag und ein gemeindlicher Bebau-

ungsplan) nicht und die im Text vorkommenden Begriffe nicht vollständig übersetzt sind und auch dort, wo dies geschehen ist, die Übersetzung nicht immer glücklich ist, wie etwa, wenn der französische gesetzliche Güterstand der *communauté réduite aux acquêts* mit „Gütergemeinschaft für alle ab Eheschließung erworbenen Gegenstände“ (S. 54) wiedergegeben wird, obwohl doch der Begriff der Errungenschaftsgemeinschaft recht genau passen würde. Für den Zugriff auf die weiterführenden Hinweise sind Sprachkenntnisse unentbehrlich, da ausschließlich auf die französische Literatur verwiesen wird, die auch der französische Praktiker benutzen würde. Das liegt nicht zuletzt daran, dass in deutscher Sprache wenig aktuelles Material zur Verfügung steht – auch dieses Wenige bleibt freilich unzitert.

Das Buch behandelt in einem ersten Teil das Eigentum, die beschränkt dinglichen Rechte und die Einrichtung des Grundstücksregisters, das bekanntlich in Elsass-Lothringen auch in Bezug auf den Schutz der auf seine Richtigkeit Vertrauenden dem deutschen Grundbuch sehr ähnlich ist (und dort – als Lehnübersetzung – auch *livre foncier* heißt), während im übrigen Frankreich rechtlich kein Zwang zur Eintragung und damit auch kein Vertrauensschutz besteht, wenn Rechte an Grundstücken übertragen werden. Durch die Darstellung der tatsächlichen Handhabung macht der Verfasser aber deutlich, dass die Unterschiede praktisch wesentlich weniger Auswirkung haben, als es die unterschiedliche rechtliche Regelung vermuten lassen könnte: Da Eigentumswechsel fast ausnahmslos in das Grundstücksregister eingetragen werden und dingliche Verfügungsbeschränkungen gegenüber Dritten nur bei Eintragung in das Grundstücksregister wirken, ist auch außerhalb von Elsass-Lothringen die Einsicht in das Grundstücksregister unabdingbare Voraussetzung und zugleich wichtigste Informationsquelle vor Abschluss eines Grundstücksgeschäfts. Sehr klar wird das Rechtsinstitut der Ersitzung dargestellt (S. 28 f.), dessen Ausgestaltung zur Folge hat, dass fast stets die Prüfung der Eigentumsverhältnisse der letzten 30 Jahre eine ausreichende Sicherheit für den Käufer bietet, das Grundstück tatsächlich vom Berechtigten zu erwerben.

Schwerpunkt des zweiten Teils ist der Grundstückskaufvertrag in seinen verschiedenen Erscheinungsformen, wobei vor allem der durch das Fehlen eines der deutschen Vormerkung entsprechenden Sicherungsmittels bedingte zeitliche Ablauf verständlich dargestellt wird. Sehr ausführlich wird in diesem Teil eine Materie behandelt, die man nach dem Titel des Buches gar nicht erwarten würde: das öffentliche Bauplanungs- und Bauordnungsrecht. Für den des Französischen Kundigen wird das Bauplanungsrecht durch den Abdruck eines Original-Bebauungsplans im Anhang illustriert, der nicht besonders spannend ist, aber immerhin ein Viertel des Umfangs des Buches ausmacht, ohne dass diese Gewichtung in irgendeiner Weise gerechtfertigt wäre oder gar würde. Ein dritter Teil befasst sich mit Wohn- und Geschäftsraummiete.

Das schmale Buch – der eigentliche Text umfasst nur 126 Seiten – enthält eine Fülle von Detailinformationen, die man in einem Buch dieses Umfangs gar nicht erwartet: Man erfährt beispielsweise, wie der Grenzabstand von Pflanzen geregelt

ist (S. 9 Fn. 50), ob sich nach französischem Wohnungseigentumsrecht die Eigentümer einer Erdgeschoßwohnung an den Kosten der Aufzugsanlage beteiligen müssen (S. 49) oder ob eine Einbauküche als Zubehör im Zweifel mitverkauft ist (S. 73). Informationen gibt es auch über die Höhe der Notarkosten (S. 79), die Grunderwerbsteuer (S. 97 f.) und die mit dem Besitz von Immobilien verbundenen Steuern (S. 99 ff.).

Sehr instruktiv ist es, dass der Verfasser den französischen Rechtsinstituten und Vorschriften oft die deutsche Rechtslage gegenüberstellt und dadurch die Unterschiede plastisch werden. So werden beispielsweise *bail emphytéotique* und *bail à construction* neben die entsprechenden Vorschriften des deutschen Erbbaurechts gestellt, und die Besonderheiten des französischen Nießbrauchs werden durch den Vergleich mit den einschlägigen deutschen Vorschriften deutlich. Deshalb ist das Buch auch für denjenigen, der keine konkreten Informationen über französisches Recht sucht, sondern nur über den Tellerrand der eigenen Rechtsordnung hinausblicken will, eine interessante Lektüre, informiert es doch über Besonderheiten des französischen Rechts, bei denen durchaus zu überlegen wäre, ob sie nicht auch bei uns einen guten Sinn hätten, wie etwa die generelle Siebentagefrist, die dem Käufer zur Prüfung des Entwurfs eines notariellen Kaufvertrags (wenn kein privatschriftlicher vorausgegangen ist) zur Verfügung stehen muss, widrigenfalls die Beurkundung unwirksam ist (S. 76), der Zwang, in Kaufverträgen über Wohnungseigentum die Größe der im Sondereigentum stehenden Fläche anzugeben, widrigenfalls der Käufer gerichtlich die Vertragsaufhebung verlangen kann (S. 93), oder die Verpflichtung, beim Bauträgerkauf dem Käufer das Eigentum zu übertragen, wenn der Bauträger vor Fertigstellung des Gebäudes Kaufpreisteile entgegennehmen will (S. 95). Andere Vorschriften erscheinen da eher wie Relikte aus vergangener Zeit, wie etwa die Rechte des Verkäufers, wenn der Kaufpreis unter $\frac{5}{12}$ des wahren Werts liegt (Art. 1674 ff. *code civil*, die die *laesio enormis* des gemeinen Rechts übernehmen).

Der mit Abstand schwächste Teil des Buches ist das Sachverzeichnis, das ganze zweieinhalb großgedruckte Seiten umfasst und nur die französischen Begriffe alphabetisch auflistet, aber nicht die hinzugefügten deutschen Übersetzungen, die zudem von zweifelhafter Brauchbarkeit sind. So wird die schon genannte *communauté réduite aux acquêts* hier mit „gesetzlicher Ehestand (sic!) der Gütergemeinschaft“ wiedergegeben, und darüber, ob „Vermutungswirkung“ eine gelungene Übersetzung von *présomption d'exactitude* ist, kann man ebenfalls geteilter Meinung sein. Was man also über das Inhaltsverzeichnis nicht gefunden hat, wird man bestimmt auch hier nicht finden – was aber nicht heißt, dass es nicht irgendwo im Buch versteckt ist, das wesentlich inhaltsreicher ist, als die dünnen Register glauben machen wollen. Ich bin aber sicher, dass der Verfasser in einer zweiten Auflage diesem Mangel abhelfen wird.

Rechtsanwältin Heike Simon,
Maître de conférences associé (Lille 2),
Untersteinach

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 631 Abs. 1, 133, 157, 166 Abs. 1 (*Wohnfläche als zentrales Beschaffenheitsmerkmal*)

Die Wohnflächen gehören zu den zentralen Beschaffenheitsmerkmalen des vom Bauträger geschuldeten Objektes. Fehlen in einem Erwerbervertrag Angaben hierzu, sind die einseitigen Vorstellungen des Erwerbers für den Inhalt des Vertrages maßgeblich, wenn der Bauträger in eigener oder zurechenbarer Kenntnis des Willens des Erwerbers den Vertrag abschließt.

Beauftragt der Bauträger eine Hilfsperson mit der Anwerbung der Kunden und mit den Vertragsanbahnungsgesprächen und schaltet der Verhandlungshelfer einen selbständigen Vermittler ein, sind dessen Kenntnisse über die einseitigen Vorstellungen des Erwerbers dem Bauträger zuzurechnen, wenn dieser mit der Einschaltung des Untervermittlers rechnen musste.

BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 181/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger erwarb von der Beklagten im Jahre 1994 fünf noch zu errichtende Eigentumswohnungen. Dem notariellen Vertrag wurden Teilungserklärung und Baubeschreibung beigelegt; die Teilungserklärung verwies auf einen der Urkunde nicht beigelegten Aufteilungsplan, in dem unter anderem Gesamtflächenangaben für die einzelnen Wohnungen eingetragen waren. Vereinbart war, dass die Beklagte „keine Gewähr für Größe“ übernehme und „keine besonderen Eigenschaften“ zusichere. Die Preisanpassungsklausel des § 9 Nr. 2 lit. e) des Vertrages sah vor, dass „baubedingte Wohnflächenverminderungen von bis zu 3 %“ keinen Einfluss auf das Entgelt haben sollten.

Die Beklagte hatte die J. GmbH mit dem Vertrieb der Wohnungen beauftragt und ihr auch die Verhandlungen mit den Interessenten überlassen. Diese hatte die L. GmbH als Maklerin eingeschaltet, mit der sie sich die verdienten Provisionen teilte. Die L. GmbH bestätigte dem Kläger am Tage vor Vertragsschluss schriftlich die Größen und die Quadratmeterpreise der einzelnen Wohnungen, wobei den Flächenangaben jeweils das Kürzel „WF“ hinzugesetzt war. Der Kläger entrichtete den vereinbarten Erwerbspreis und die darauf entfallende Grunderwerbsteuer. Er leistete außerdem die Maklercourtage, auf die die L. GmbH nach § 18 des notariellen Vertrages einen unmittelbaren Anspruch gegen ihn haben sollte.

Etwa zwei Jahre nach Vertragsabschluss übersandte die Beklagte dem Kläger eine von einem Planungsbüro nach den Maßstäben der II. Berechnungsverordnung erstellte Größentabelle, aus der sich geringere Wohnflächen von durchschnittlich rund 11 % ergaben als in dem Schreiben der L. GmbH vor Vertragsabschluss angegeben. Daraus leitet der Kläger einen Anspruch auf Herabsetzung des Erwerbspreises und Rückforderung eines entsprechenden Teils der Grunderwerbsteuer sowie des Maklerlohns her.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; die Berufung ist ohne Erfolg geblieben.

Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB). (...)

II.

(...) Die Vertragsparteien haben Wohnflächen für die von dem Kläger erworbenen Eigentumswohnungen vereinbart; da diese nicht eingehalten worden sind, liegt ein Mangel vor.

1. Vereinbarte Wohnflächen sind Beschaffenheitsmerkmale einer aufgrund des Erwerbvertrages vom Bauträger geschuldeten Wohnung (BGH, Urteil vom 21.1.1999, VII ZR 398/97, ZfBR 1999, 194 = BauR 1999, 648; Urteil vom 7.9.2000, VII ZR 443/99, BGHZ 145, 121, 129; Urteil vom 22.12.2000, VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 256 m. w. N.). Weicht die tatsächlich ausgeführte Fläche zu Ungunsten des Erwerbers von der vereinbarten Fläche ab, ist die Wohnung mangelhaft (Urteil vom 21.1.1999, VII ZR 398/97, ZfBR 1999, 194 = BauR 1999, 648; Urteil vom 22.12.2000, VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 256 m. w. N.).

2. Die Vertragsparteien haben für die Wohnungen Wohnflächen vereinbart. Die gegenteilige Auslegung des Berufungsgerichts beruht auf einem Rechtsfehler. Sie widerspricht dem Gebot, dass vertragliche Vereinbarungen der Parteien als sinnvolles Ganzes unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen auszulegen sind.

a) Das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts hat zur Folge, dass die Parteien sich über ein zentrales Beschaffenheitsmerkmal der Wohnungen, die Wohnflächen, nicht einig hätten und die Preisanpassungsklausel für Minderflächen, die auf Wohnflächenangaben Bezug nimmt, überflüssig und damit sinnlos wäre. Aufgrund einer derartigen Vereinbarung wäre der Erwerber zur Zahlung der Vergütung verpflichtet ohne Rücksicht auf die Größe der Wohnungen. Der Bauträger könnte die Größe der Wohnfläche nach seinem Belieben festlegen und ausführen.

b) Die Auslegung des Berufungsgerichts verstößt gegen das Gebot einer interessengerechten Auslegung, sie berücksichtigt ausschließlich die Interessen der Beklagten. Dadurch begünstigt das Berufungsgericht die Vertragspartei, die mit dem beurkundenden Notar für die unzureichende Vertragsgestaltung verantwortlich ist.

c) Eine schriftliche Abrede über die Wohnflächen der veräußerten Einheiten haben die Parteien nicht getroffen. Die Auslegung des Berufungsgerichts, dass die Gesamtflächenangaben in dem Aufteilungsplan nicht Bestandteil des schriftlich abgefassten Vertragstextes geworden sind, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

d) Die einseitige Vorstellung des Klägers über die Größe der Wohnflächen ist Inhalt des Vertrages und damit geschuldetes Beschaffenheitsmerkmal der Wohnungen.

Eine einseitige Vorstellung einer Vertragspartei ist für die Bestimmung des Vertragsinhalts von Bedeutung, wenn der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklärenden erkennt und in Kenntnis dieses Willens den Vertrag abschließt (BGH, Urteil vom 11.7.1997, V ZR 246/96, BauR 1997, 1030 = ZfBR 1998, 23).

(1) Die Wohnfläche einer Eigentumswohnung und deren Berechnungsgrundlage gehören aus der Sicht des Erwerbers zu den zentralen Beschaffenheitsmerkmalen des Objektes. Die Kenntnis hiervon ermöglicht es dem Erwerber, zu entscheiden, ob das Objekt für seine Zwecke geeignet ist und ob

er die Gegenleistung für die Eigentumswohnung erbringen kann und will. Die Wohnfläche ist ein maßgebliches Kriterium für den Verkehrswert der Wohnung und damit für die Möglichkeit der Finanzierung durch Fremdmittel sowie für die Prognose über die zukünftige Wertentwicklung der Immobilie, deren Vermietbarkeit und die Höhe des zukünftig erzielbaren Mietertrages (BGH, Urteil vom 7.9.2000, VII ZR 443/99, BGHZ 145, 121, 129).

(2) Es kann offen bleiben, ob entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts von einer eigenen Kenntnis der Beklagten über die Vorstellungen des Klägers auszugehen ist. Sie muss sich jedenfalls die Kenntnis der Mitarbeiter der L. GmbH in entsprechender Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. Die L. GmbH hat dem Kläger noch am Tage vor Vertragsabschluss eine Tabelle übersandt, in der die Flächenangaben durch den in diesem Zusammenhang unmissverständlichen Zusatz „WF“ als Wohnflächenangaben gekennzeichnet waren. Ihre Mitarbeiter kannten daher die Vorstellung des Klägers, dass er Wohnungen entsprechender Größe erhalten werde.

(3) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss eine Vertragspartei im Rahmen von Verhandlungen nicht für einen von ihr beauftragten Makler einstehen; etwas anderes gilt, wenn dieser seine Tätigkeit nicht auf das für die Durchführung seines Auftrages Notwendige beschränkt, sondern als Hilfsperson der Vertragspartei, etwa als Verhandlungsführer oder -gehilfe, tätig wird (BGH, Urteil vom 2.6.1995, V ZR 52/94, NJW 1995, 2550). Die Selbständigkeit eines Maklers steht dessen Einordnung als Erfüllungsgehilfe nicht grundsätzlich entgegen (BGH, Urteil vom 24.9.1996, XI ZR 318/95, NJW-RR 1997, 116).

(4) Das Berufungsgericht hat die J. GmbH zu Recht als Verhandlungshelfin der Beklagten angesehen. Ein Makler ist als Hilfsperson anzusehen, wenn er mit Wissen und Willen einer Vertragspartei Aufgaben übernimmt, die typischerweise dieser obliegen und damit in deren Pflichtenkreis tätig wird (BGH, Urteil vom 24.9.1996, XI ZR 318/95, NJW-RR 1997, 116). Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht zutreffend als erfüllt angesehen, weil die Beklagte der J. GmbH die Anwerbung der Kunden und die Vertragsanbahnungsgespräche überlassen hat und deren Geschäftsführer erst bei der Beurkundung des Erwerbsvertrages in Kontakt zu dem Kläger getreten ist.

(5) Das Berufungsgericht hat ein Entstehen der Beklagten für die Kenntnisse der L. GmbH als von der J. GmbH eingeschalteter Untervermittlerin davon abhängig gemacht, dass diese selbst die Kriterien einer Hilfsperson erfüllt. Diese Anforderung steht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Einklang.

Der Bundesgerichtshof hat eine Lebensversicherungsgesellschaft für die unvollständige Beratung durch einen Untervermittler haftbar gemacht, weil sie damit habe rechnen müssen, dass der von ihr beauftragte Vermittler Untervermittler beauftragen werde (BGH, Urteil vom 9.7.1998, III ZR 158/97, NJW 1998, 2898). Mit vergleichbarer Begründung hat er eine Bausparkasse verantwortlich gemacht, die die Anwerbung von Kunden für spezielle Finanzierungsmodelle einem selbständigen Vermittler überlassen hatte (BGH, Urteil vom 24.9.1996, XI ZR 318/95, a. O.; Urteil vom 14.11.2000, XI ZR 336/99, NJW 2001, 358). Für die Haftung des Bauträgers gilt nichts anderes. Überträgt dieser einem Makler den Vertrieb zu errichtender Wohnungen, muss er auch damit rechnen, dass der von ihm beauftragte Makler selbständige Untermakler einschaltet, wenn der Vertrieb nicht von vornherein

nur auf einem lokalen Markt an Erwerber mit eigener Nutzungsabsicht erfolgen soll. Ein Indiz dafür, dass der Beklagten die Einschaltung des Untervermittlers durch die J. GmbH nicht unbekannt geblieben ist, ist der Umstand, dass in dem Erwerbsvertrag ein unmittelbarer Provisionsanspruch zugunsten der L. GmbH vereinbart worden ist.

(6) Diese für die Haftung aus vorvertraglicher Pflichtverletzung entwickelten Grundsätze sind auf die Situation übertragbar, dass die einseitige Vorstellung der einen Vertragspartei unter der Voraussetzung Inhalt des Vertrages wird, dass die andere Partei in Kenntnis dieser Vorstellung den Vertrag abschließt.

III.

Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil die Berechnung des Schadensersatzes bisher nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung in den Instanzen gewesen ist und weil das Berufungsgericht die für eine Entscheidung über die Höhe der Erstattungsansprüche erforderlichen Tatsachen nicht festgestellt hat.

1. Der Erwerber kann im Rahmen des kleinen Schadensersatzes gemäß § 635 BGB den mangelbedingten Minderwert geltend machen oder die zur Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten (BGH, Urteil vom 11.7.1991, VII ZR 301/90, ZfBR 1991, 265 = BauR 1991, 744 m. w. N.). Der Minderwert besteht in der Differenz des Verkehrswerts des Hauses, den es im mangelfreiem Zustand, und dem Verkehrswert, den es mangelbedingt hat.

a) Der Kläger kann den Minderwert in der Weise berechnen, dass er den Erwerbspreis der Wohnungen in dem Verhältnis herabsetzt, in dem die tatsächlichen Wohnflächen zu den vereinbarten stehen (BGH, Urteil vom 11.7.1997, V ZR 246/96, ZfBR 1998, 23 = BauR 1997, 1030).

b) Bei der Berechnung des Minderungsbetrages führen die nach § 9 Nr. 2 lit. e) des Vertrages als geringfügig anzusehenden Differenzen bei den Wohnflächen nicht zu einer Kürzung des Anspruchs. Die Klausel entspricht der gesetzlichen Regelung des § 454 Abs. 1 Satz 2 BGB, die vorsieht, dass der Veräußerer für geringfügige Mängel nicht haftet, die lediglich eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Vertragsgegenstandes zur Folge haben. Wird die vereinbarte geringfügige Änderung der Wohnfläche von 3 % zu Lasten des Erwerbers überschritten, dann haftet der Veräußerer uneingeschränkt, die berechtigte Kürzung des Erwerbspreises kann nicht um einen Geringfügigkeitsabschlag von 3 % gekürzt werden (vgl. BGH, Urteil vom 22.10.1999, V ZR 398/98, NJW-RR 2000, 202). Da die Abweichung bei allen Wohnungen jeweils mehr als 3% beträgt, kommt es auf die Frage, ob die Preisanpassungsklausel wirksam ist oder nicht und ob sie für jede Wohnung gesondert oder auf die Gesamtfläche aller Wohnungen anzuwenden ist, nicht an.

2. Auch die auf der Basis des vereinbarten Erwerbspreises gezahlte Maklerprovision und die Grunderwerbsteuer können als frustrierte Aufwendungen nach § 635 BGB anteilig erstattungsfähig sein, wenn der Kläger die entsprechenden Leistungen im Vertrauen darauf erbracht hat, dass der Bauträger die Wohnungen in der als vereinbart geltenden Größe erstellen werde und die Rentabilitätsvermutung nicht widerlegt wird (vgl. BGH, Urteil vom 19.4.1991, V ZR 22/90, BGHZ 114, 193). Dazu wird das Berufungsgericht Feststellungen zu treffen und außerdem zu entscheiden haben, ob den Kläger wegen unterlassener Abwendung oder Minderung des Schadens ein Mitverschulden trifft (§ 254 Abs. 2 BGB). Wegen des Maklerlohns wird allerdings, da dieser von Leistungsstörungen im Hauptvertrag unbeeinflusst bleibt (vgl. BGH, Urteil

vom 14.12.2000, III ZR 3/00, NJW 2001, 966 = ZfIR 2001, 188), ein Mitverschulden nicht wegen der Möglichkeit in Betracht kommen, die Courtage teilweise von der Maklerin zurückzufordern. Bezüglich der Grunderwerbsteuer wird das Berufungsgericht zu klären haben, ob der Beklagte bei Erlangung der Kenntnis von der geringeren Wohnfläche trotz des Zeitablaufs die Steuerfestsetzung noch angreifen konnte und ob ihm das im Verhältnis zu der Beklagten zuzumuten war.

Anmerkung:

Die Entscheidung behandelt drei Problembereiche, die über den entschiedenen Fall hinaus für die Vertragsgestaltung von Bedeutung sind:

1. Was gehört zu den Essentialia eines Bauträgervertrages? Beim Erwerb einer Eigentumswohnung soll dazu die Wohnfläche einschließlich des zugrunde liegenden Berechnungsmodus gehören.¹ Vergleicht man damit ältere Auflagen von Formular- und Handbüchern, so stellt man fest, dass nur die Geringfügigkeit von Abweichungen der Wohnfläche diskutiert wird.² Qualifiziert man den Bauträgervertrag entsprechend der Rechtsprechung des VII. Senats des BGH³ als Vertrag sui generis mit überwiegend werkvertraglichen Elementen, so ist durchaus fraglich, ob Wohnflächenangaben einschließlich des Berechnungsmodus unabdingbarer Vertragsbestandteil sind.⁴ Beim „normalen“ Hausbau sind zwar Baupläne mit den bauordnungsrechtlich geforderten Angaben, zu denen auch die Bemaßung nach § 8 Abs. 3 VorIV i. V. m. DIN 1356 und DIN 406 (und zwar regelmäßig die Rohbaumaße) gehört, üblich, nicht jedoch die vom Senat geforderten Wohnflächenangaben. Als Preisbemessungsgrundlage liegen sie näher, wenn man das kaufvertragliche Element betont.⁵ Da allerdings auch bei gebrauchten Wohnungen die Größe meist kaufpreisbestimmend ist, stellt sich jedenfalls beim Verbrauchervertrag die Frage, ob nicht die Größenangabe samt Berechnungsmodus unabhängig von einer Herstellungspflicht künftig zu den Essentialia des Vertrages gehören muss.

2. Wie beim Teilflächenkauf ist zudem eine Regelung bezüglich der Frage erforderlich, ob und inwieweit Abweichungen zu Gunsten und zu Lasten des Erwerbers von der angenommenen Quadratmeterzahl zulässig sind und wie sich diese auf den Preis auswirken. Da die Notarin bzw. der Notar ebenso wie die Erwerber regelmäßig Wohnflächen nicht exakt berechnen können, hat sich in der Praxis eingebürgert, die für die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung und für die Erlangung der Baugenehmigung erforderlichen Pläne, die Bestandteil der Teilungserklärung sind, über die Verweisung des § 13 a Abs. 1 BeurkG zum Inhalt des Bauträgervertrages zu machen. Dies wurde von der Rechtsprechung weitgehend

akzeptiert.⁶ Mitunter waren auch Wohnflächenberechnungen beigelegt, die einen Verweis auf den Berechnungsmodus enthielten. Gängig war bisher die II. Berechnungsverordnung, die auf Grund von § 46 Abs. 3 WoFG⁷ bis zum In-Kraft-Treten der nunmehr geltenden Wohnflächenverordnung⁸ weiterhin anwendbar war. Allerdings war den Erwerbern und in häufigen Fällen auch den Bauträgern kaum bekannt, wie danach die Wohnflächen im Einzelnen berechnet wurden. Wegen des Transparenzgebots (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) stellt sich künftig die Frage, ob – erstens – die beurkundungsrechtlich zulässige Verweisung gegen das materiell-rechtliche Transparenzverbot verstößt und – zweitens – ob der Verweis auf eine Verordnung oder DIN-Norm als Berechnungsgrundlage verständlich macht, inwieweit bei der Berechnung Dachschrägen, Balkone, Erker, Kellerabteile und Terrassen mitberücksichtigt wurden.

3. Die Zurechnung von Werbeangaben eines Maklers, den der Veräußerer beauftragt hat, spielt nicht nur beim Kauf vom Bauträger eine Rolle, sondern auch im Rahmen „normaler“ Kaufverträge. Häufig lernen sich die Vertragsparteien, wenn überhaupt, erst beim Notar kennen. Maklerangaben über den Erschließungszustand eines Grundstücks, die Bebaubarkeit und das Alter eines Gebäudes sind für den Kaufentschluss meist entscheidend. Wohnflächenangaben des Maklers sind nicht nur beim Kauf vom Bauträger, sondern auch beim Gebrauchtimmobiliienkauf der Normalfall.⁹ Ob im späteren notariellen Vertrag künftig „Makler-Distanzierungsklauseln“ hilfreich sein werden, ist höchst fraglich. Von unzutreffenden Anpreisungen, die nicht im notariellen Vertrag enthalten sind, wird – wie die entschiedenen Fälle zeigen – der Veräußerer häufig nicht vor dem notariellen Termin, sondern erst im späteren Streitfall Kenntnis erlangen. Eine pauschale Distanzierungsklausel¹⁰ dürfte jedenfalls in den Fällen, in denen der Veräußerer dem Makler die selbständige Verhandlungsführung überlässt, kaum dem Transparenzgebot entsprechen.¹¹ Eine möglichst genaue Beschreibung des Objekts, wie sie beim Gebrauchtwagenkauf möglich und üblich ist, scheidet häufig mangels Kenntnis des Verkäufers aus. Lediglich im Bauträgervertrag hat der Veräußerer die Möglichkeit, durch eine exakte Baubeschreibung und genaue Pläne das Objekt so exakt zu beschreiben, dass man den Erwerber darauf verweisen kann, bei abweichenden Angaben des Maklers nachzufragen. Dies setzt allerdings voraus, dass die Objektbeschreibung durch den Bauträger sämtliche Angaben enthält und nicht wie früher teilweise üblich nur zwei DIN-A4-Seiten mit allgemeinen Absichtserklärungen zum Bau. Jedenfalls seit der vorliegenden Entscheidung des VII. Senats muss jeder Bauträger wissen, dass die Gerichte das Gesetz (vgl. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 bzw. § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB) ernst nehmen und dem Erwerber gestatten, im Klageverfahren ungenügende Baubeschreibungen in seinem Sinne zu ergänzen.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

¹ So *Blank*, ZfIR 2001, 781 und ZfIR 2004, 320; *Basty/Vogel*, ZfIR 2004, 327.

² *Basty*, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rdnr. 378 (Berechnungsgrundlage nur bei Zusicherung), und *Schippel* in Beck'sches Formularbuch, 7. Aufl. 1998, S. 149, 150. Vgl. auch OLG Nürnberg, BauR 2000, 1883; OLG Düsseldorf, ZfIR 2000, 528; KG, BauR 1989, 488; OLG Düsseldorf, DWW 2002, 32; OLG Hamm, NJW-RR 2002, 415; LG Augsburg, MittBayNot 1997, 167, und *Basty*, MittBayNot 1997, 149.

³ *Thode*, NZBau 2002, 297, 298 f. und ZNotP 2004, 131 ff.

⁴ Vgl. aber BGH, MittBayNot 1999, 372 = ZfIR 1999, 347; MittBayNot 2001, 62 = ZIP 2001, 245 = ZfIR 2001, 111.

⁵ So *Wolfsteiner* in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, S. 500.

⁶ OLG Hamm, NJW-RR 2002, 415.

⁷ Übersehen von *Blank*, ZfIR 2004, 320, 321.

⁸ WoFIV v. 25.11.2003, BGBl I, 2346. S. dazu *Schießer*, MDR 2003, 1401 ff.

⁹ S. nur KG, MDR 1995, 37.

¹⁰ Vgl. zur konkreten Distanzierung § 434 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 BGB.

¹¹ Vgl. zur Zurechnung OLG Hamm, RNotZ 2002, 573; KG, NJW-RR 2003, 1137.

2. BGB § 633 Abs. 1 (*Fehlende Fälligkeit des Werklohns wegen Mängeln trotz Nutzung des Bauwerks*)

- a) **Das Angebot einer Minderung im Rahmen später gescheiterter Vergleichsgespräche führt nicht zum Verlust des Mängelbeseitigungsanspruchs.**
- b) **Wird der Werklohn wegen Mängeln nicht fällig, kann sich der Besteller auch nach längerer Nutzung des Bauwerks noch auf die fehlende Fälligkeit berufen.**

BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 198/02

Die Kläger erwarben mit notariellem Vertrag vom 2.12.1998 ein Grundstück mit einem weitgehend errichteten und bis zum 28.2.1999 fertig zu stellenden Einfamilienhaus zum Preis von 319.000 DM. Der Preis sollte in voller Höhe mit Fertigstellung fällig werden. Die Kläger unterwarfen sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde; der Notar konnte die vollstreckbare Ausfertigung ohne Nachweis der Fälligkeit erteilen.

Nach Einzug der Kläger am 17.7.1999 teilte der Notar ihnen mit, die Voraussetzungen für die Fälligkeit seien erfüllt. Die Kläger leiteten daraufhin ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Beklagten wegen zahlreicher Mängel und fehlender Fertigstellung ein; der Sachverständige stellte einen Beseitigungsaufwand von 58.266 DM fest.

Das Landgericht hat auf die Vollstreckungsgegenklage der Kläger die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde mangels Fälligkeit des Erwerbspreises für derzeit unzulässig erklärt. Hiergegen haben die Beklagten Berufung und die Kläger Anschlussberufung mit dem Ziel eingelegt, die Zwangsvollstreckung endgültig für unzulässig zu erklären. Das Berufungsgericht hat ein Abrechnungsverhältnis der Parteien angenommen und die Zwangsvollstreckung in Höhe von 58.266 DM gleich 29.790,93 € für endgültig unzulässig erklärt. Die weitergehende Klage sowie die im zweiten Rechtszug erhobene Hilfswiderklage auf Zahlung des Preises hat es abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Kläger, die im Umfang der Klageabweisung auf Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils zielt. Die Beklagten haben hilfsweise Anschlussrevision eingelegt.

Aus den Gründen:

Die Revision und zum Teil die Anschlussrevision haben Erfolg.

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

A. Revision

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Anschlussberufung habe keinen Erfolg, soweit die Kläger sich gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung insgesamt wendeten. Die Makler- und Bauträgerverordnung sei nicht anwendbar, weil die Beklagten keine Gewerbetreibenden seien. Daher seien die von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätze zur Nichtigkeit einer Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ohne Fälligkeitsnachweis nicht anwendbar.

Das zieht die Revision nicht in Zweifel. Im Hinblick auf ihren eingeschränkten Antrag, im Umfang der Klageabweisung das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen, ist dem Senat eine eigene Prüfung verwehrt (§ 308 ZPO). (...)

III.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die Kläger könnten sich jedenfalls gemäß § 242 BGB nicht auf eine fehlende Abnahme berufen. Es sei dabei zu berücksichtigen, dass die Kläger das streitgegenständliche Haus bereits annähernd drei Jahre be-

wohnten. Dagegen hätten nach dem Vertrag Besitz und Nutzungen erst mit der Zahlung des Preises auf die Kläger übergehen sollen. Teilleistungen oder eine Vergütung für die zwischenzeitliche Nutzung hätten die Kläger nicht erbracht. Sie hätten allein die fehlende Fälligkeit des Werklohns wegen der von ihnen gerügten Baumängel geltend gemacht. Es müsse ferner berücksichtigt werden, dass die Beklagten die gesamte Vorleistungspflicht gemäß dem notariellen Vertrag übernommen hätten, ohne dass die Kläger bis zur Fertigstellung des Hauses auch nur zur Leistung von Teilbeträgen verpflichtet gewesen seien.

2. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts ist rechtsfehlerhaft.

Seine Auffassung ist auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen mit dem Gesetz nicht vereinbar. Für die Revision ist davon auszugehen, dass die geltend gemachten Mängel bestehen. Wegen dieser Mängel war das Bauwerk nicht fertig gestellt; nach der vertraglichen Vereinbarung war der Werklohn nicht fällig.

Die Überlegungen des Berufungsgerichts zu § 242 BGB liegen neben der Sache. Solange die Beklagten das Bauwerk nicht fertig stellen, das heißt die Mängel beseitigen, sind die Kläger nicht zur Zahlung des Werklohns verpflichtet. Daran ändert nichts, dass die Kläger vor Fertigstellung eingezogen sind. Daraus kann entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung keine Abbedingung der Fälligkeitsregelung abgeleitet werden. Auch ein längerer Zeitraum von drei Jahren nach Einzug der Kläger ändert an der Beurteilung nichts. Die Beklagten können die Fälligkeit jederzeit dadurch herbeiführen, dass sie die Mängel beseitigen. (...)

3. AGBG § 9 (*Keine Vereinbarung der VOB/B „im Ganzen“ bei auch nur kleineren Abweichungen*)

Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B führt dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat.

BGH, Urteil vom 22.1.2004, VII ZR 419/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin begehrt restlichen Werklohn. Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte die Schlusszahlungseinrede nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B wirksam erhoben hat.

Die Beklagte beauftragte 1998 unter Vereinbarung der VOB/B die Klägerin mit der Erstellung der Betonsohle bei einem Neubauvorhaben. Nach § 14 Abs. 2 des Vertrages haftete der Auftragnehmer „für sämtliche Personen-, Sach- und Vermögensschäden, die schuldhaft aus Anlass seiner Arbeiten oder aus deren Folgen entstehen“. Der Vertrag enthielt ferner Bestimmungen über die Aufgaben der Streithelferin, die das Projekt als Architektin betreute.

Die Schlussrechnung der Klägerin wies einen Restwerklohn von 44.330,02 DM aus. Die Streithelferin kürzte die Rechnung auf 16.660,22 DM. Sie teilte der Klägerin schriftlich mit, die Beklagte werde diesen Betrag als Schlusszahlung im Sinne von § 16 VOB/B leisten, und wies auf die Ausschlusswirkung hin. Die Beklagte überwies den Betrag an die Klägerin unter Bezugnahme auf die Schlussrechnung. Rund zweieinhalb Jahre später wandte sich die Klägerin gegen die Abrechnung der Streithelferin und bezifferte ihre noch offene Forderung mit 18.474,21 DM.

Diesen Betrag hat die Klägerin eingeklagt. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 16.769,01 DM und Zinsen verurteilt. Auf die von der Streithelferin unterstützte Berufung der Beklagten hat das

Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Es hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob der vom Bauherrn beauftragte Architekt auch die Schlusszahlungserklärung für den Bauherrn abgeben dürfe, wenn er mit der Bauabrechnung befasst und die nach außen in Erscheinung getretene maßgebende Stelle für alle die Abrechnung des Bauvorhabens betreffenden Angelegenheiten sei. Die Klägerin erstrebt mit ihrer Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Die Beurteilung richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin könne ihren Werklohnanspruch nicht durchsetzen. Die Beklagte könne sich auf die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung durch die Klägerin nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B berufen. Die Voraussetzungen hierfür lägen vor. Insbesondere sei die Streithelferin bevollmächtigt gewesen, die Schlusszahlungserklärung für die Beklagte abzugeben.

II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B anwendbar ist. Das ist, wie sich aus den ihm vorgelegten Vertragsunterlagen ergibt, nicht der Fall. Auf die Frage, ob die Streithelferin zur Abgabe der Schlusszahlungserklärung bevollmächtigt war, kommt es daher nicht an.

1. Die Beklagte hat das Vertragswerk gestellt. Sie ist deshalb die Verwenderin, zu deren Lasten die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorzunehmen ist. § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die der Inhaltskontrolle nicht standhält, weil sie den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt (BGH, Urteil vom 19.3.1998, VII ZR 116/97, BGHZ 138, 176, 178).

2. Allerdings unterliegen die einzelnen Regelungen der VOB/B nach der Rechtsprechung des Senats zum Geltungsbereich des AGB-Gesetzes nicht der Inhaltskontrolle, wenn der Verwender die VOB/B ohne ins Gewicht fallende Einschränkung übernommen hat. Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, dass die VOB/B einen billigen Interessenausgleich zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber bezweckt. Würden einzelne Regelungen der Inhaltskontrolle unterzogen, so könnte der bezweckte Interessenausgleich gestört sein. Die VOB/B ist deshalb der Inhaltskontrolle entzogen worden, wenn der von ihr verwirklichte Interessenausgleich durch die Vertragsgestaltung nicht wesentlich beeinträchtigt worden ist (BGH, Urteil vom 16.12.1982, VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, 142). Die Inhaltskontrolle war eröffnet, wenn der Vertrag Regelungen vorsah, die in den Kernbereich der VOB/B eingreifen. Einen derartigen Eingriff hat der Senat bejaht bei Änderungen von § 1 Nr. 3 (Urteil vom 28.11.2002, VII ZR 4/00, BauR 2003, 380, 381 = ZfBR 2003, 248 = NZBau 2003, 150), von § 2 Nr. 3 und Nr. 5 (Urteile vom 20.12.1990, VII ZR 248/89 = BauR 1991, 210 = ZfBR 1991, 101, und vom 25.1.1996, VII ZR 233/94, BGHZ 131, 392, 397), von § 8 Nr. 1 (Urteil vom 28.11.2002, VII ZR 4/00, a. a. O.), von § 9 Nr. 3 (Urteil vom 28.9.1989, VII ZR 167/88, BauR 1990, 81, 83 = ZfBR 1990, 18), der Abnahmeregulungen (Urteile vom 6.6.1991, VII ZR 101/90, BauR 1991, 740, 741 =

ZfBR 1991, 253, vom 17.11.1994, VII ZR 245/93, BauR 1995, 234, 236 = ZfBR 1995, 77, und vom 25.1.1996, VII ZR 233/94, a. a. O.), von § 13 Nr. 7 Abs. 4 (Urteil vom 21.6.1990, VII ZR 109/89, BGHZ 111, 394, 397) und von § 16 Nr. 1 (Urteil vom 14.2.1991, VII ZR 291/89, BauR 1991, 473 = ZfBR 1991, 199).

Diese Rechtsprechung hat teilweise insoweit Widerspruch erfahren, als keine klaren Abgrenzungskriterien entwickelt worden seien, unter welchen Voraussetzungen eine wesentliche Beeinträchtigung des in der VOB/B verwirklichten Interessenausgleichs angenommen werden könne (*Siegburg*, BauR 1993, 9, 10, 16; *Bunte*, Festschrift für Korbion, S. 18; *Anker/Zumschlinge*, BauR 1995, 323, 325; *Kraus/Vygen/Oppler*, BauR 1999, 964, 967; *Kraus*, BauR 2001, 1, 10; vgl. auch *Tomic*, BauR 2001, 14, 16). Dem ist zuzustimmen. Aus der bisherigen Senatsrechtsprechung lassen sich keine greifbaren Kriterien dafür ableiten, wann eine von der VOB/B abweichende Regelung in deren Kernbereich eingreift. Die vom Senat verwendeten Formulierungen haben sich nicht als brauchbares Abgrenzungskriterium erwiesen. Sie ermöglichen nicht die für den Rechtsverkehr erforderliche sichere Beurteilung, inwieweit ein vertragliches Regelwerk der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegt. Nötig ist aber eine Rechtsanwendung, die für die Vertragsparteien eine verlässliche Prognose ermöglicht. Aus den bisherigen Entscheidungen ergibt sich, dass der Bundesgerichtshof schon bei relativ geringfügigen Abweichungen einen Eingriff in den Kernbereich der VOB/B bejaht und tendenziell zu erkennen gegeben hat, dass grundsätzlich jede inhaltliche Abweichung einen Eingriff in die Ausgewogenheit der VOB/B darstellt. Diese Entwicklung ist im Interesse der Rechtssicherheit dahin abzuschließen, dass grundsätzlich jede inhaltliche Abweichung von der VOB/B als eine Störung des von ihr beabsichtigten Interessenausgleichs zu bewerten ist. Denn anderenfalls wäre die im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen notwendige Transparenz (vgl. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F.) nicht zu gewährleisten. Die VOB/B ist demnach nur dann einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz entzogen, wenn sie als Ganzes vereinbart worden ist. Es kommt nicht darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat. Damit ist die Inhaltskontrolle auch dann eröffnet, wenn nur geringfügige inhaltliche Abweichungen von der VOB/B vorliegen und auch unabhängig davon, ob eventuell benachteiligende Regelungen im vorrangigen Vertragswerk möglicherweise durch andere Regelungen „ausgeglichen“ werden.

Inwieweit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur VOB/B als Ganzes auch auf Fälle unter Geltung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts anwendbar ist, bleibt offen.

3. Ein Eingriff in die VOB/B liegt vor; er wäre allerdings auch bereits nach der bisherigen Senatsrechtsprechung relevant gewesen. § 14 Abs. 2 der Geschäftsbedingungen der Beklagten weicht von § 13 Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/B ab. Der Auftragnehmer schuldet Schadensersatz unabhängig von der Erheblichkeit eines Mangels und unabhängig von den einschränkenden Tatbeständen des § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B. Damit unterliegen die Regelungen der VOB/B der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG.

4. BGB §§ 164 ff., 510 Abs. 1 Satz 1 (*Anforderungen an eine Vollmacht zur Mitteilung des Vorkaufsfalles durch den Notar*)

1. **Auf die Mitteilung des Vorkaufsfalles gem. § 510 Abs. 1 Satz 1 a. F. (= § 469 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F.) BGB finden die Bestimmungen der §§ 164 ff. BGB entsprechende Anwendung.**
2. **Eine allgemeine, dem Notar im Kaufvertrag erteilte Vollmacht zur Durchführung des Vertrages bevollmächtigt ihn nicht dazu, dem Vorkaufsberechtigten den Vorkaufsfall mitzuteilen. Hierfür ist vielmehr eine Spezialvollmacht erforderlich. (Leitsätze des Einsenders)**

LG Frankfurt (Oder), Urteil vom 4.11.2003, 12 O 404/03; mitgeteilt von Rechtsanwalt und Notar a. D. *Hermann-Joseph Strotmann*, Rheine

Die Klägerin begehrt von den Beklagten die Veräußerung eines Grundstücks aufgrund eines Vorkaufsrechts. Aufgrund eines Bescheides des Landkreises Oder-Spree, Amt zur Regelung offener Vermögensfragen, wurde zugunsten der Klägerin ein Vorkaufsrecht eingetragen. Die Beklagten sind Eigentümer des Grundstückes. Mit notariellem Kaufvertrag veräußerten die Beklagten das gegenständliche Grundstück an den Streithelfer. Der Beklagte zu 1 handelte dabei als vollmachtloser Vertreter im Auftrag der weiteren Beklagten, die den Vertrag nachträglich notariell beglaubigt genehmigten. Im Kaufvertrag ist das gegenständliche Vorkaufsrecht als Belastung des Grundstücks bezeichnet. Gemäß § 7 Abs. 7 des Vertrages wurden die Vertragsbeteiligten auf die Möglichkeit des Bestehens eines gesetzlichen Vorkaufsrechts der Gemeinde und dessen Rechtsfolgen hingewiesen. Gemäß Abs. 12 beauftragten die Erschienenen den Notar mit der ausnahmslosen Durchführung des Vertrages. Außerdem wurde der Notar selbst bevollmächtigt, über den Geltungsbereich von § 15 GBO hinaus Anträge aus dieser Urkunde getrennt zu stellen und zurückzunehmen, Anträge und Bewilligungen zu ändern, zu ergänzen bzw. diese zu erteilen und auch sonst alles Verfahrensrechtliche zur Durchführung des Vertrages zu tun. Insofern war die Fertigung von Eigenurkunden zulässig. Gemäß § 16 Abs. 2 des Vertrages wurde der Notar mit der Durchführung des Vertrages beauftragt.

Mit Schreiben vom 8.5.2002 übersandte der Notar der Klägerin eine beglaubigte Kopie des o. g. Kaufvertrages nebst Genehmigungen. Er bat die Klägerin um Mitteilung innerhalb von zwei Monaten ab Zugang des Schreibens, ob sie von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen wolle. Andernfalls sollte die Klägerin die beigefügte Löschungsbewilligung beglaubigt unterzeichnen und an den Notar übersenden. Mit Schreiben vom 4.7.2002 erklärte die Klägerin gegenüber dem Notar und dem Beklagten zu 1 gleichzeitig, dass sie von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen werde. Auf die Aufforderung des Notars, den Nachweis der Verfügbarkeit des Kaufpreises zu erbringen, reichte die Klägerin mit Schreiben vom 18.7.2002 einen Kontoauszug mit einem Saldo von 61.000 € beim Notar ein. Nachdem der Notar mit Schreiben vom 8.7.2002 dem Streithelfer gegenüber erklärt hatte, die Klägerin übe ihr Vorkaufsrecht aus, betreibt er inzwischen die Eintragung des Streithelfers im Grundbuch als Erwerber. Insofern ist beim LG Berlin ein Beschwerdeverfahren anhängig, das im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung nicht abgeschlossen war.

Mit Schreiben vom 6.11.2002 erklärte die Klägerin durch ihre Prozessbevollmächtigte gegenüber allen Beklagten, dass sie von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen möchte und weiterhin möchte, dass der Kaufvertrag zwischen ihr und der Erbengemeinschaft vollzogen wird und die Erbengemeinschaft die Auflassung erklärt.

Aus den Gründen:

(...)

B.

(...)

Dieses Vorkaufsrecht ist durch die Klägerin sodann durch das Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 6.11.2002 auch wirksam ausgeübt worden. Zum einen ist dieses Schreiben un-

streitig dem Vorkaufsrechtsverpflichteten, nämlich allen Beklagten einzeln, zugegangen. Zum anderen enthält es auch, entgegen der Ansicht der Beklagten, eine hinreichende Ausübung eines Vorkaufsrechtes. Dies ergibt die gebotene Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB: Denn die Klägerin hatte darin nicht nur erklärt, sie „möchte von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen“, sondern zusätzlich auch explizit verlangt, dass der Kaufvertrag, der ihr im Entwurf vorlag, zwischen ihr und den Beklagten vollzogen [werden soll] und dass die Beklagten als Erbengemeinschaft auch die Auflassung erklärten. Bei dem ihr vorliegenden Kaufvertrag handelte es sich dabei um einen auf der Grundlage des von den Beklagten mit dem Streithelfer geschlossenen Kaufvertrages der Urkundenrolle Nr. ... gefertigten Vertragsentwurfes zwischen der Klägerin und den Beklagten.

Diese Ausübung des Vorkaufsrechtes war wirksam.

Denn bis zu diesem Zeitpunkt war nicht wirksam eine Erklärungsfrist gemäß § 510 Abs. 1 BGB abgelaufen (a.) und die Ausübung eines Vorkaufsrechtes durch die Klägerin war auch ungeachtet etwaiger Kenntnis vom Vertragsschluss mit dem Streithelfer noch möglich (b.).

a.) Eine wirksame Mitteilung des Vorkaufsfalles ist im vorliegenden Falle nicht erfolgt.

Die insoweit einzig in Betracht kommende Mitteilung des Notars ... vom 8.5.2002 ist im Ergebnis unwirksam mangels entsprechender Vollmacht des Notars. Gemäß § 510 Absatz 1 Satz 1 BGB hat der Vorkaufsrechtsverpflichtete dem Berechtigten eine Mitteilung vom Eintritt des Vorkaufsfalles zu machen. Seine Mitteilung wird gemäß Satz 2 der Norm von der Mitteilung des Dritten ersetzt. An diese Mitteilung knüpft das BGB die Folgen gemäß § 510 Abs. 2. Nur eine vollständige und wirksame Mitteilung setzt den Lauf der Frist in Gang (vgl. statt vieler *Palandt/Putzo*, BGB, 61. Aufl., § 510 Rdnr. 1). Zwar ist die Mitteilung als solche eine reine Wissensmitteilung und keine Willenserklärung i. S. v. § 104 BGB (vgl. dazu *MünchKommBGB/Westermann*, 3. Aufl., § 510 Rdnr. 3 und 5; *Staudinger/Mader*, BGB, 13. Bearb. 1995, § 510 Rdnr. 8). Sie zeitigt aber die genannten Rechtsfolgen, indem sie den Lauf einer Ausschlussfrist in Gang setzt (vgl. dazu *Erman*, BGB, 10. Aufl., § 510 Rdnr. 9). Andererseits ist eine bloße, aufgrund sonstiger Umstände erlangte Kenntnis des Vorkaufsrechtsberechtigten vom Eintritt des Vorkaufsfalles selbst dann unbeachtlich und löst keinen Fristbeginn aus, wenn sie inhaltlich vollständig ist (vgl. a. a. O. *MünchKommBGB*, Rdnr. 6, *Staudinger*, Rdnr. 3; BGH, BWNZ 1980, 160 f.). Nach der Gesetzeslage ist eine „Vertretung“ des Vorkaufsrechtsverpflichteten bei der Mitteilung grundsätzlich nicht vorgesehen. *Staudinger* plädiert deshalb dafür, dass Mitteilungen, die nicht von Vorkaufsverpflichteten oder vom Dritterwerber stammen, niemals die Frist in Gang setzen (a. a. O.). In Rechtsprechung und Literatur scheint dennoch weithin anerkannt, dass eine Bevollmächtigung („Beauftragung“) insbesondere eines beurkundenden Notars zur Einholung der Ausübungserklärung des Berechtigten durchaus erfolgen kann (vgl. dazu *Grziwotz*, Grundbuch- und Grundstücksrecht, 1999, Rdnr. 579; OLG Hamm, Urteil vom 6.11.1978, 5 U 48/78, juris). Dies setzt voraus, dass – obgleich keine Willenserklärung im eigentlichen Sinne vorliegt – die Regeln über die Stellvertretung gemäß § 164 ff. BGB auf die Mitteilung über den Vorkaufsfall entsprechend angewendet werden. Nur dann ist die grundsätzliche Annahme der Möglichkeit einer „Beauftragung“ etwa des Notars möglich. Auch erscheint die Anwendung der Regeln über die Stellvertretung in diesem Fall geboten, da sie die vorausgesetzte Regelungslücke am besten ausfüllen

können; so wird allgemein im Zivilrecht an verschiedenen Stellen auf eine entsprechende Anwendung der Stellvertretungsregeln zurückgegriffen, selbst wenn keine Willenserklärung i. e. S. vorliegt. Das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ist zu bejahen, da nicht ersichtlich ist, warum die Mitteilung nicht auch einem anderen als dem im Gesetz genannten Personenkreis übertragen werden können sollte.

Bislang nicht ersichtlich erörtert wurde indes die damit auftauchende Frage, welche Voraussetzungen an eine solche Bevollmächtigung oder Beauftragung zu stellen sind. Nach den Grundsätzen der Stellvertretungsregeln wäre zunächst zu fordern, dass jemand eine eigene Mitteilung des Vorkaufsfalles in fremdem Namen mit „Vertretungsmacht“ an den Vorkaufsberechtigten richtet. Ob eine hinreichende Vollmacht vorlag, ist Tatfrage und letztlich durch Auslegung zu ermitteln. Die Kammer ist nach Auslegung der hier vorgetragenen und in dem notariellen Kaufvertrag der Beklagten mit dem Streithelfer erteilten Vollmachten der Ansicht, dass grundsätzlich eine Spezialvollmacht für die Vorkaufsfallmitteilung erforderlich ist, hier jedoch nicht vorlag. Sie folgt damit der von *Grziwotz* (Grundbuch- und Grundstücksrecht, Rdnr. 555) angedeuteten Rechtsauffassung, der ebenfalls von dem Erfordernis einer Spezialvollmacht zugunsten des Notars bereits für die Einholung der Vorkaufsrechtsmitteilung durch den Notar ausgeht. Diese Ansicht überzeugt, denn nach der gesetzlichen Regelung kommt die Durchführung der Mitteilung durch einen Dritten grundsätzlich erst einmal nicht in Betracht. Will man jedoch die Durchführung der Mitteilung durch einen Dritten mit den angegebenen Quellen für möglich halten, so reicht eine allgemeine Durchführungsvollmacht des notariellen Vertrages, der zugleich einen Vorkaufsfall auslöst, regelmäßig nicht aus. Es kann regelmäßig nicht angenommen werden, dass die am Kaufvertrag beteiligten Parteien dem Notar allgemein aufgrund der üblichen Vollmachten auch diejenige Vollmacht erteilen wollten, die zum Fall des abgeschlossenen Vertrages führen kann. Denn die allgemeinen Vollmachten, wie sie auch im vorliegenden Fall gegeben sind, beziehen sich nach ihrem auszulegenden Inhalt regelmäßig in allererster Linie auf Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt zur Durchführung des Vertrages. Hingegen ist die Mitteilung über den Vorkaufsfall zum einen nicht gegenüber dem Grundbuchamt abzugeben, sondern gegenüber einem an sich außenstehenden Dritten. Die Durchführung des Kaufvertrages mit dem Erwerber ist aber bis hin zur Eintragung möglich, selbst wenn ein Vorkaufsrecht eingetragen ist.

Mithin führt eine Vollmacht zur Vorkaufsfallmitteilung allenfalls mittelbar zur „Durchführung“ des Vertrages mit dem Erwerber. In erster Linie ist sie vielmehr geeignet, den gerade geschlossenen Vertrag zu Fall zu bringen, denn darin besteht die Rechtsfolge, falls das Vorkaufsrecht ausgeübt wird.

Vorliegend kommt hinzu, dass, obgleich bei Abschluss des Kaufvertrages der Beklagten mit dem Streithelfer das Vorkaufsrecht vollständig bekannt war, lediglich die allgemeinen und üblichen Durchführungsvollmachten in den Vertrag aufgenommen wurden; den am Vertrag beteiligten Beklagten als Vorkaufsverpflichteten wäre dabei eine weitergehende Bevollmächtigung des Notars angesichts der klar erkannten Rechtslage ein Leichtes gewesen, sie erfolgte aber gerade nicht.

Da neben den allgemeinen Vollmachten im vorliegenden Fall für die Erteilung einer weitergehenden, hinreichenden Vollmacht nichts vorgetragen oder ersichtlich ist, war zu entscheiden wie geschehen.

b.) Die Ausübung des Vorkaufsrechtes durch die Klägerin wird durch die Kenntnis vom Abschluss des Kaufvertrages

der Beklagten mit dem Streithelfer nicht gehindert, denn die Mitteilung war nach dem oben Genannten nicht wirksam, und die auf ihrer Grundlage erlangte Kenntnis der Klägerin stellt bloß eine unbeachtliche sonstige Kenntniserlangung dar (vgl. dazu oben a. a. O.). Ein Fristlauf wurde durch sie nämlich nicht in Gang gesetzt. Nur die richtige und wirksame Mitteilung – und dies setzte hier eine Spezialvollmacht voraus – setzt die Ausübungsfrist in Lauf (vgl. dazu oben a. a. O.).

5. GBO § 15 (Auslegung eines Antrags auf Eigentumsumschreibung)

Überträgt der Veräußerer ein Grundstück auf den Erwerber, der mit Ausnahme eines Grundpfandrechts keine Belastungen übernimmt, und ist in einem mit „Auflassung, Grundbucheklärungen“ überschriebenen Absatz der Urkunde nur die Eigentumsumschreibung beantragt, kann der Antrag des Notars auf Vollzug „der in der Urkunde enthaltenen Anträge“ nicht als Antrag auf Umschreibung frei von den nicht übernommenen Belastungen ausgelegt werden (Abgrenzung zu BayObLG, Rpfleger 1994, 58).

BayObLG, Beschluss vom 9.3.2004, 2Z BR 34/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer eines Grundstücks. Mit notariellem Vertrag vom 12.5.1999 brachte er das Grundstück in das Gesellschaftsvermögen der aus ihm und dem Beteiligten zu 2 bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein, die als Erwerber bezeichnet wurde. Der Beteiligte zu 1 übernahm die Haftung für Freiheit des Grundstücks von allen aus dem Grundbuch ersichtlichen Belastungen, ausgenommen die eingetragene Grundschuld über 250.000 DM, die vom Erwerber übernommen wurde.

In dem mit „Gewährleistung“ überschriebenen § 5 der Urkunde stimmten die Vertragsteile mit Vollzugsantrag allen Löschungen und Pfandfreigaben zu, die der Notar jetzt oder später dem Grundbuchamt zum Vollzug vorlegt. In dem mit „Auflassung, Grundbucheklärungen“ überschriebenen § 7 der Urkunde wurde die Auflassung des Grundstücks erklärt, vom Veräußerer die Rechtsänderung bewilligt und vom Erwerber die Eintragung im Grundbuch beantragt. In den Jahren 2000 und 2002 wurden Grundpfandrechte auf dem Blatt des Grundstücks eingetragen.

Der beurkundende Notar hat am 17.7.2003 die Urkunde vom 12.5.1999 mit dem Antrag vorgelegt, die in der Urkunde enthaltenen Anträge als von ihm gestellt zu vollziehen. Mit Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt die Eintragungsanträge beanstandet und hinsichtlich der in den Jahren 2000 und 2002 eingetragenen Grundpfandrechte Übernahmeerklärungen des Erwerbers oder Löschungsbewilligungen der Gläubiger verlangt. Die Beschwerde des Beteiligten zu 2 gegen die Zwischenverfügung hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2.

Am 8.1.2004 hat das Grundbuchamt die Anträge auf Vollzug der Urkunde vom 12.5.1999 abgewiesen und am 9.1.2004 ein weiteres, am 21.8.2003 bewilligtes Grundpfandrecht eingetragen. Gegen die Antragsabweisung hat der Beteiligte zu 2 Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde hat Erfolg. Es führt zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und der Zwischenverfügung des Grundbuchamts.

1. Der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde steht nicht entgegen, dass das Grundbuchamt nach Bestätigung seiner

Zwischenverfügung durch das Landgericht den Eintragungsantrag aus den Gründen der Zwischenverfügung abgewiesen hat. Auch der Umstand, dass der Beteiligte zu 2 gegen den Abweisungsbeschluss des Grundbuchamts Beschwerde eingelegt hat, berührt die Zulässigkeit der Beschwerde nicht (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 78 Rdnr. 6 m. w. N.).

2. Das Landgericht hat ausgeführt: Nach dem Einbringungsvertrag vom 12.5.1999 habe der Erwerber nur die damals eingetragene Grundschuld übernehmen sollen. Die erst später eingetragenen Belastungen seien noch nicht bekannt gewesen. Ein Übernahmewille komme daher insoweit nicht in Betracht. Der Vollzugsantrag gehe somit dahin, das Grundstück ohne die nicht übernommenen Grundpfandrechte umzuschreiben. Dies setze die Bewilligung der Löschung dieser Rechte voraus.

3. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Der beurkundende Notar hat „die in der Urkunde enthaltenen Anträge“ als von ihm auf Grund der vermuteten Vollmacht gemäß § 15 GBO gestellte Anträge dem Grundbuchamt zum Vollzug vorgelegt. Die Urkunde enthält außer dem Antrag auf Eigentumsumschreibung den Antrag auf Vollzug aller Löschungsbewilligungen und Pfandfreigabeerklärungen, die der Notar dem Grundbuchamt vorlegt. Sonstige Anträge enthält die Urkunde nicht. An anderer Stelle ist ausgeführt, der Erwerber übernehme nur das zur Zeit der Beurkundung im Grundbuch eingetragene Grundpfandrecht. Da der Notar nur die Urkunde vom 12.5.1999 zum Vollzug vorgelegt hat, nicht aber auch Löschungsbewilligungen oder Pfandfreigabeerklärungen, ist nur der Antrag auf Eigentumsumschreibung gestellt. Der Antrag auf Eintragung der Auflassung hätte daher vom Grundbuchamt nicht von der Übernahme oder Bewilligung einer Löschung der später eingetragenen Grundpfandrechte abhängig gemacht werden dürfen.

b) Der Senat hat zwar in einer Entscheidung vom 17.6.1993 (Rpfler 1994, 58) ausgeführt, die nächstliegende Bedeutung eines Antrags auf Eintragung einer Auflassung sei, wenn der Erwerber keine Belastungen übernommen habe, dass das Grundstück lastenfrei umgeschrieben werden solle. Auf diese Entscheidung hat das Grundbuchamt seine Entscheidung gestützt. Diese ist aber nicht geeignet, die Zwischenverfügung zu rechtfertigen. Anders als in dem 1993 entschiedenen Fall sind die Grundbucheintragungen in einem eigenen Abschnitt, nämlich § 7 der Urkunde, zusammengefasst. Der Notar hat ferner ausdrücklich nur die in der Urkunde enthaltenen Anträge zum Gegenstand seines Eintragungsantrags gemacht. Bei dieser Sachlage bestand für eine Auslegung des Eintragungsantrags kein Raum. Beantragt war, da Löschungsbewilligungen oder Pfandfreigabeerklärungen vom Notar nicht vorgelegt wurden, ausschließlich die Eigentumsumschreibung.

6. WEG §§ 23 Abs. 4, 25 Abs. 2, 43 Abs. 1 (*Verfahrensstandschaft des werdenden Wohnungseigentümers vor Eintragung einer Vormerkung*)

1. **Der Wohnungsverkäufer (teilender Eigentümer oder Ersterwerber) kann den Käufer auch vor Eintragung einer Eigentumsverschaffungsvormerkung zur Ausübung des Stimmrechts in der Eigentümerversammlung ermächtigen und ihm damit eine Verfahrensstandschaft für das Beschlussanfechtungsverfahren verschaffen.**
2. **Die Verfahrensstandschaft des Wohnungskäufers muss jedoch in der Anfechtungsfrist offen gelegt werden, weil der Wohnungskäufer noch nicht der Rechtsinhaber ist und lediglich ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend macht. Der Eigentumserwerb durch Umschreibung im Grundbuch nach Ablauf der Anfechtungsfrist heilt die zunächst fehlende Antragsbefugnis aus eigenem Recht nicht.**

KG, Beschluss vom 18.2.2004, 24 W 126/03, mitgeteilt von Dr. *Lothar Briesemeister*, Vors. Richter am KG

Aus den Gründen:

(...)

II.

(...)

5. In Ergänzung zum Begriff des werdenden Wohnungseigentümers erst nach Eintragung einer Eigentumsverschaffungsvormerkung hat der Senat schon bisher angenommen, dass vor Umschreibung des Wohnungseigentums der aufgrund des Kaufvertrages in den Besitz der Wohnung gelangte und im Grundbuch durch Vormerkung abgesicherte Erwerber regelmäßig als ermächtigt anzusehen ist, das Objekt- oder Anteilstimmrecht des Veräußerers auszuüben (KG, Beschluss vom 20.7.1994, 24 W 3942/94, ZMR 1994, 524 = NJW-RR 1995, 147). Ob diese Ermächtigung zur Stimmrechtsausübung zwingend immer die Eintragung einer Eigentumsverschaffungsvormerkung voraussetzt, ist bisher offen geblieben. Angesichts der ungesicherten Stellung des nicht durch eine Vormerkung gesicherten Wohnungskäufers werden die Anforderungen an eine schlüssig erteilte Vollmacht des Wohnungsverkäufers allerdings hier höher zu veranschlagen sein. Wenn jedoch in Literatur und Rechtsprechung eine Verfahrensstandschaft eines in seinen berechtigten Interessen betroffenen Mieters des Wohnungseigentümers für das WEG-Verfahren für zulässig gehalten wird (*Merle* in Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 44 Rdnr. 39; BayObLG, NJW-RR 2000, 1324 = ZMR 2001, 906 = NZM 2000, 678 zur Beseitigung einer baulichen Veränderung), dann kann die Ermächtigung zur Stimmrechtsausübung seitens des Verkäufers, wenn sie denn nachweisbar ist, nicht von der Sicherung des Käufers durch eine Vormerkung abhängig sein. Denn die rechtlichen Interessen des Wohnungskäufers sind schon dadurch berührt, dass er nach Umschreibung im Grundbuch an vorangegangene Eigentümerbeschlüsse gemäß § 10 Abs. 3 WEG gebunden ist. Hinzu kommt, dass er nach dem Kaufvertrag zumeist vom schuldrechtlichen Lasten- und Nutzungswechsel [an] die fällig gestellten Wohngelder an Stelle des Verkäufers zu tragen hat. Für die Ermächtigung zur Stimmrechtsausübung könnte hier sprechen, dass im Einverständnis mit dem teilenden Eigentümer die Verwaltung die Wohnungskäufer zur Beteiligung an der Eigentümerversammlung eingeladen hat. Letztlich braucht aber nicht geprüft zu werden, ob die Antragsteller zur Ausübung des Stimmrechts seitens des Verkäufers ermächtigt worden sind.

7. §§ 3 Abs. 2, 7 Abs. 4 WEG (*Keine Abgeschlossenheitsbescheinigung nötig bei rechtlicher Vereinigung zweier baulich verbundener Einheiten*)

Für die rechtliche Vereinigung von zwei Wohnungseigentumseinheiten, die baulich miteinander verbunden worden sind, bedarf eines keiner neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung (Aufgabe von OLG Hamburg, DNotZ 1966, 176). (Leitsatz des Einsenders)

Hans. OLG Hamburg, Beschluss vom 18.3.2004, 2 Wx 2/03; mitgeteilt von Notar *Eckart Maaß*, Apolda

Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin des im Grundbuch von ... verzeichneten Wohnungseigentums, bestehend aus einem Miteigentumsanteil von ^{802/10000}stel, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 9 bezeichneten Wohnung, sowie des im Grundbuch von ... eingetragenen Wohnungseigentums, bestehend aus einem Miteigentumsanteil von ^{959/10000}stel, verbunden mit dem Sondereigentum an dem im Aufteilungsplan mit Nr. 10 bezeichneten Raum. Ursprünglich handelte es sich bei den vorgenannten Miteigentumsanteilen um einen einheitlichen Miteigentumsanteil, der vor Erwerb durch die Beschwerdeführerin wie beschrieben aufgeteilt wurde.

Im Zuge des Kaufs der vorbezeichneten Wohnungseigentumsrechte beantragte die Beschwerdeführerin, Zug um Zug mit der Eigentumsbeschreibung die Vereinigung der Wohnungen Nr. 9 und Nr. 10 im Grundbuch zu vollziehen. Dem Kaufvertrag zufolge war die räumliche Zusammenlegung bereits erfolgt. Auf diesen Antrag wurde der Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung aufgegeben, eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst Aufteilungsplan über den geänderten Zustand vorzulegen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Nachdem die Beschwerdeführerin den auf Vereinigung der Eigentumsrechte gerichteten Antrag zurückgenommen hatte und jeweils als Eigentümerin in den oben bezeichneten Grundbüchern eingetragen worden war, bewilligte und beantragte sie erneut, die Rechte zu einem einheitlichen Wohnungseigentum zu vereinigen.

Mit der angefochtenen Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt der Beschwerdeführerin erneut aufgegeben, eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst Aufteilungsplan für die neu gebildete Wohnung vorzulegen sowie diese durch formgerechte Nachtragsklärung zum Gegenstand des neu gebildeten Wohnungseigentums zu erklären. Hiergegen wendet sich die Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die gegen die Entscheidung des Landgerichts gerichtete gem. § 78 GBO zulässige weitere Beschwerde ist begründet, denn die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Rechts (§ 78 GBO, § 546 ZPO), weil das Landgericht das Recht nicht richtig angewendet hat.

Die vom Landgericht auf § 7 Abs. 4 WEG gestützte Anforderung, für die rechtliche Vereinigung von zwei Wohnungseigentumseinheiten, die baulich miteinander verbunden worden sind, sei die Beibringung einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst entsprechendem Aufteilungsplan erforderlich, die der vollzogenen baulichen Vereinigung der beiden Wohnungseigentumseinheiten zu einer vergrößerten Wohnungseinheit Rechnung trage und entspreche, teilt der Senat nicht. Die Gesetzesauslegung durch das Landgericht übersieht, dass die genannte Norm die Eintragung von Miteigentumsanteilen der Wohnungseigentümer am Grundstück, das mit dem Miteigentum verbundene Sondereigentum an bestimmten Räumen und die Beschränkung des Miteigentums durch die Einräumung der zu den anderen Anteilen gehörenden Sondereigentumsrechte sowie die Veränderung dieser Rechte betrifft (*Bärmann/Pick*, WEG, 9. Aufl. 2003, § 7 Rdnr. 5 und 9) und solchenfalls die Beibringung von Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung vorschreibt. Durch die recht-

liche Vereinigung von bereits bestehenden Miteigentumsanteilen wird jedoch der Inhalt dieser Rechte nicht verändert oder berührt, so dass kein Anlass für die Beibringung einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung besteht.

Die mangelnde Rechtsänderung durch rechtliche Vereinigung von Miteigentumsanteilen wird schon dadurch verdeutlicht, dass eine solche Vereinigung auch dann für zulässig gehalten wird, wenn die Wohneinheiten jeweils in sich abgeschlossen sind und sich nicht auf eine in sich abgeschlossene Gesamtwohnung beziehen, weil die einzelnen Wohneinheiten sich etwa in verschiedenen Stockwerken der Anlage befinden (BayObLGZ 1971, 102, 107 ff.; BGH, NJW 2001, 1212, 1213 m. w. N.). Soweit der Senat im Beschluss vom 25.6.1965 (DNotZ 1966, 176 ff.) eine andere Auffassung vertreten hat, hält er hieran unter Hinweis auf die überzeugenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs (a. a. O.) und der von ihm angeführten Vertreter seiner Meinung in Literatur und Rechtsprechung nicht fest.

Die beiden in Rede stehenden Wohneinheiten waren vor ihrer baulichen Vereinigung in sich abgeschlossen. Inzwischen ist die räumliche Zusammenlegung der beiden Wohnungen zu einer einzigen erfolgt, wie aus dem Kaufvertrag vom 10.12.1997 hervorgeht. Aber dem Vertrag lässt sich nicht entnehmen, dass im Zuge der räumlichen Vereinigung der beiden Wohneinheiten etwa das den Wohneinheiten zugeordnete Sondereigentum auf Kosten von Gemeinschaftseigentum oder Sondereigentum anderer Wohnungseigentümer ausgeweitet worden wäre; solchenfalls müsste eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung gemäß Beschluss des BayObLG (NJW-RR 1998, 1237, 1238) gem. §§ 3 Abs. 2, 7 Abs. 4 WEG wegen Eingriffs in dingliche Rechte beigebracht werden. Mangels solcher Anhaltspunkte besteht jedoch kein Anlass, wegen der dinglichen Vereinigung der beiden inhaltlich unverändert gebliebenen Miteigentumsanteile an den inzwischen räumlich verbundenen Wohnungseinheiten eine Abgeschlossenheitsbescheinigung zu verlangen, da eine Veränderung der Miteigentumsanteile durch die bloße dingliche Vereinigung nicht erfolgt. Dies gilt umso mehr, als die vorliegende Abgeschlossenheitsbescheinigung über die noch nicht räumlich verbundenen Wohnungseinheiten keinen Hinweis darauf gibt, dass die Verbindung der beiden Einheiten notwendigerweise anders als durch einen Mauerdurchbruch zwischen den beiden nebeneinander auf gleicher Stockwerkebene liegenden Wohneinheiten erfolgt sein muss. Durch einen Mauerdurchbruch wird der mit § 3 Abs. 2 WEG als bloßer Soll-Vorschritt (BGH, NJW 2001, 1212, 1213; BayObLG, NJW-RR 1998, 1237, 1238) gesicherte Zweck der Abgeschlossenheit nicht berührt, nämlich eine eindeutige räumliche Abgrenzung der Sondereigentumsbereiche untereinander sowie zum gemeinschaftlichen Eigentum zu gewährleisten und damit Streitigkeiten zu vermeiden (BGH, NJW 2001, 1212, 1213 m. w. N.). Die durch Zusammenlegung der früher jeweils abgeschlossenen Wohnungen vergrößerte Wohnungseinheit verfügt – theoretisch denkbar – über zwei Wohnungseingangstüren und ist gegen dritte Sondereigentümer sowie Teileigentümer der Wohnanlage und gegen das Gemeinschaftseigentum weiterhin abgegrenzt. Nicht anders ist die Situation, wenn eine der Wohnungseingangstüren baulich geschlossen worden sein sollte. Auch wenn die Zusammenlegung der beiden Wohnungen dadurch erfolgt sein sollte, dass der Mauerdurchbruch an einer tragenden Wand, die im Gemeinschaftseigentum steht (BayObLG, NJW-RR 1994, 1169 und 82), erfolgt ist, gilt nichts anderes, denn ein solcher Mauerdurchbruch berührt weder die Abgrenzung zwischen Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum, noch wird dadurch das Gemeinschaftseigentum in seiner rechtlichen Ausgestaltung inhaltlich geän-

dert (BayObLG, NJW-RR 1998, 1237, 1238). Dementsprechend wäre eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht erforderlich, weil die dinglichen Rechte der anderen Wohnungseigentümer am Gemeinschaftseigentum durch die von der Antragstellerin angestrebte dingliche Vereinigung der Miteigentumsanteile nicht betroffen werden; die anderen Wohnungseigentümer sind durch den Mauerdurchbruch nur tatsächlich wegen ihres Gemeinschaftseigentums berührt (BayObLG, NJW-RR 1998, 1237, 1238).

Hinzukommt, dass die nachträgliche Aufhebung der Abgeschlossenheit der beiden einzelnen Wohneinheiten durch Zusammenlegung zu einer vergrößerten abgeschlossenen neuen Wohneinheit den Bestand und den Umfang des in der Teilungserklärung ausgestalteten Wohnungseigentums unberührt lässt und das Grundbuch nicht unrichtig wird (BGH, NJW 2001, 1212, 1213 m. w. N., BayObLG, NJW-RR 1998, 1237, 1238). Selbst wenn die anderen Wohnungseigentümer dem Durchbruch einer tragenden Wand zum Zweck der baulichen Zusammenlegung beider Wohneinheiten durch die Antragstellerin nicht zugestimmt haben sollten (vgl. § 22 Abs. 1 WEG), ist das Grundbuchamt nicht gehindert, an der von der Antragstellerin beantragten Grundbucheintragung im Sinne einer dinglichen Vereinigung der Miteigentumsanteile mitzuwirken, weil das Grundbuch durch die tatsächliche Vereinigung der beiden Einheiten nicht unrichtig geworden ist, denn die dingliche Rechtslage wird durch einen möglicherweise unzulässigen Eingriff der Antragstellerin in das Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümergeinschaft nicht verändert. Sollte die durchgeführte bauliche Zusammenlegung der beiden Wohneinheiten rückgängig gemacht werden müssen, blieben die dinglich miteinander verbundenen, dann aber wieder räumlich getrennten Wohneinheiten weiterhin im Sondereigentum der Antragstellerin.

Der Senat verkennt nicht, dass er mit seiner Entscheidung, die dingliche Vereinigung von Miteigentumsanteilen eines Wohnungseigentümers an einer Wohnungseigentumsanlage auch dann ohne Abgeschlossenheitsbescheinigung für zulässig zu halten, wenn die beiden zuvor abgeschlossenen Wohneinheiten baulich zusammengelegt werden, die bisherige Rechtsprechung ausweitet, wonach eine solche dingliche Vereinigung ohne neue Abgeschlossenheitsbescheinigung bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der baulichen Selbständigkeit der beiden Wohneinheiten zulässig ist (KG, NJW 1989, 1360, 1361 m. w. N.). Der Senat in dieser Besetzung hält an seiner abweichenden Entscheidung (Hans. OLG Hamburg, NJW 1965, 1765 = DNotZ 1965, 176 = RPflegler 1966, 79), wonach eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung Voraussetzung für die dingliche Vereinigung von Miteigentumsanteilen eines Sondereigentümers an einer Wohnungseigentumsanlage ist, nicht fest, zumal die damalige Entscheidung über die Zulässigkeit der dinglichen Vereinigung von Miteigentumsanteilen eines Sondereigentümers nicht auf der für notwendig erachteten Abgeschlossenheitsbescheinigung beruhte (vgl. KG, NJW-RR 1989, 1360, 1361; BayObLGZ 1971, 246, 247). Den Senat trifft auch keine Vorlagepflicht an den Bundesgerichtshof gem. § 79 Abs. 2 GBO, weil er etwa von der Entscheidung des OLG Stuttgart (OLGZ 1977, 430) abweicht, das den vom Hanseatischen Oberlandesgericht seinerzeit eingenommenen Rechtsstandpunkt geteilt hat. Auch jene Entscheidung beruhte nicht auf der dort vertretenen Auffassung, dass eine Abgeschlossenheitsbescheinigung von Miteigentumsanteilen eines Wohnungseigentümers erforderlich sei (vgl. KG, NJW-RR 1989, 1360, 1361).

Der Senat hält eine Abgeschlossenheitsbescheinigung bei dinglicher Vereinigung von Miteigentumsanteilen und Zu-

sammenlegung der entsprechenden Wohneinheiten nicht für geboten. Mit dem Argument, dass das Grundbuch über den baulichen Zustand der betroffenen Wohneinheiten im Falle einer baulichen Zusammenlegung der Einheiten bei Verzicht auf eine den veränderten Verhältnissen Rechnung tragende neue Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht zutreffend unterrichtet, kann das Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht stichhaltig begründet werden. Das Gesetz lässt Diskrepanzen zwischen beim Grundbuchamt vorliegendem Aufteilungsplan und baulichem Ist-Zustand zu, wie etwa daran erkennbar ist, dass §§ 3 Abs. 1, 8 WEG gestatten, Wohnungseigentum vor Errichtung eines Gebäudes zu begründen, obwohl in der Praxis häufig abweichend von den Plänen gebaut wird. Diese Abweichung berührt aber grundsätzlich nicht die rechtliche Ausgestaltung durch Teilungsvertrag oder -erklärung samt Aufteilungsplan und führt nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs und erfordert keine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung entsprechend der tatsächlichen Bauausführung (BayObLG, NJW-RR 1998, 1237, 1238). Das Gleiche gilt für das Versetzen von Wänden innerhalb eines Sondereigentums oder bei Deckendurchbrüchen zur tatsächlichen Vereinigung von zwei auf verschiedenen Ebenen liegenden Wohneinheiten. Das Grundbuchrecht fordert solchenfalls weder eine jeweilige Aktualisierung der Abgeschlossenheitsbescheinigung bei baulichen Veränderungen, noch müssen rechtliche Veränderungen – etwa bei der im Grundbuch einzutragenden Änderung der Verteilungsquoten bei Nebenkosten infolge baulicher Maßnahmen – mit der Beibringung einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung verbunden werden. Angesichts des Zwecks des Grundbuchs, dingliche Rechte zu verlaublichen, besteht kein ersichtliches Bedürfnis, nur wegen der auch rechtlich beabsichtigten Vereinigung der tatsächlich vollzogenen baulichen Zusammenlegung eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung zu verlangen. Mögliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche der anderen Wohnungseigentümer in Bezug auf einen Mauerdurchbruch zwischen zwei im Sondereigentum eines Wohnungseigentümers stehenden Wohneinheiten berühren die dingliche Rechtslage, wie oben ausgeführt, nicht. Die Grundbucheintragung betrifft und schützt ausschließlich rechtliche, nicht tatsächliche Verhältnisse, die allein Gegenstand solcher Ansprüche sein könnten (BayObLG, NJW-RR 1998, 1237, 1238).

8. BGB §§ 328 Abs. 1, 883; GBO § 47 (*Vormerkbarkeit von Ansprüchen zugunsten künftiger, bei Vertragsschluss noch nicht lebender Dritter*)

Auch Ansprüche, die zugunsten künftiger, bei Vertragsschluss noch nicht lebender Dritter begründet werden, sind grundsätzlich vormerkbar. Der Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchsrechts erfordert jedoch, dass die Person des Dritten und das Anteilsverhältnis zumindest nach sachlichen Gesichtspunkten eindeutig bestimmbar sind. Dies ist für die Abkömmlinge einer Person (zu gleichen Teilen) der Fall, selbst wenn diese bei Vertragsschluss noch nicht gezeugt waren. (Leitsatz des Rezensenten)

LG Passau, Beschluss vom 20.3.2003, 2 T 201/02; mitgeteilt von Notar a. D. Dr. Heinz Keilbach

Mit notarieller Urkunde vom 27.12.1995 haben der Beteiligte zu 1 und seine Ehefrau Grundbesitz an die Beteiligten zu 2 und 3, ihre Töchter, zu Eigentum je zur Hälfte überlassen. Diese sind als Eigentümerinnen je zur Hälfte ins Grundbuch eingetragen worden.

In Abschnitt V Nr. 5 der notariellen Urkunde haben die Parteien im Wege eine Vertrags zugunsten Dritter Folgendes vereinbart: „Die beiden Übernehmerinnen [die Beteiligten zu 2 und 3] verpflichten sich bereits heute, den jeweils erworbenen Miteigentumsanteil am heutigen Vertragsobjekt auf die weiteren Abkömmlinge der Übergeber, also die Kinder bzw. Kindeskinde der Übernehmer zu übereignen, und zwar zu gleichen Bruchteilen nach Stämmen, entsprechend der gesetzlichen Erbfolge. (...) Zur Sicherung auch dieser bedingten Eigentumsübertragungsansprüche soll am Vertragsbesitz eine Auflassungsvormerkung gemäß § 883 BGB in das Grundbuch eingetragen werden, und zwar zugunsten der künftigen, noch nicht lebenden Abkömmlinge der beiden Übernehmerinnen.“

In Abschnitt IX wurde eine Berichtigung zu Abschnitt V Nr. 5 dahingehend vorgenommen, dass nur Kinder der Übernehmerinnen die dort vereinbarten Ansprüche haben sollen, nicht also auch die Enkelkinder der Übernehmerinnen. Nach Abschnitt V Nr. 8 ist jeder Vertragsteil befugt, den entsprechenden Eintragungsantrag bezüglich der Vormerkung für seine Abkömmlinge gemäß Nr. 5 zu stellen.

Am 16.5.2001 beantragte der Beteiligte zu 1 die Eintragung je einer Auflassungsvormerkung an dem Hälfteanteil der Beteiligten zu 2 für ihren Sohn B. sowie für ihre eventuellen weiteren Kinder (zu gleichen Anteilen) und an dem Hälfteanteil der Beteiligten zu 3 für ihren Sohn C. sowie für ihre eventuellen weiteren Kinder (zu gleichen Anteilen). Auf die Mitteilung der zuständigen Rechtspflegerin, dass eine Eintragung nicht möglich sei, beantragte der Beteiligte zu 1 mit Schreiben hilfsweise, die Auflassungsvormerkungen an dem Hälfteanteil der Beteiligten zu 2 für deren Kinder zu gleichen Teilen und an dem Hälfteanteil der Beteiligten zu 3 für deren Kinder zu gleichen Anteilen einzutragen.

Mit Beschluss vom 12.9.2002 hat das Grundbuchamt die Anträge zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass ein eigener Anspruch des Antragstellers als Versprechensempfänger, der durch Vormerkung gesichert werden könnte, nicht vorliege. Der Anspruch der Dritten, d. h. „der künftigen, noch nicht lebenden Kinder der Übernehmerinnen“, könne wegen Nichteinhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht eingetragen werden.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Erinnerung des Beteiligten zu 1 gegen den Zurückweisungsbeschluss des Amtsgerichts – Grundbuchamt – Passau vom 12.9.2002 ist gemäß §§ 71 Abs. 1 GBO, 11 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 RPfIG als Beschwerde zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg.

Die beantragte Eintragung einer Auflassungsvormerkung für die künftigen, noch nicht lebenden Kinder der Beteiligten zu 2 und 3 ist zulässig; ihr steht insbesondere nicht der Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchs entgegen.

Nach Abschnitt V Ziffer 5 der notariellen Urkunde vom 27.12.1995 haben die Beteiligten einen Vertrag zugunsten Dritter, nämlich zugunsten der künftigen, noch nicht lebenden Kinder der Beteiligten zu 2 und 3 vereinbart. Da aus einem echten Vertrag zugunsten Dritter der Dritte einen eigenen Leistungsanspruch erwirbt (§ 328 Abs. 1 BGB), sind solche Ansprüche zugunsten Dritter auch vormerkbar (vgl. *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rdnr. 1494). Die Person des Dritten muss dabei allerdings wegen des Spezialitätsgrundsatzes des Grundbuchrechts zumindest nach sachlichen Kriterien eindeutig bestimmbar sein (MünchKomm/Wacke, 3. Aufl. 1997, § 883 BGB Rdnr. 20 unter Hinweis auf RGZ 128, 246, 249; *Palandt*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 883 Rdnr. 11). Der Bestimmtheitsgrundsatz erfordert indes nicht, dass die Person des nach sachlichen Kriterien bestimmbar Dritten bereits erzeugt sei (RGZ 61, 355, 357). Vielmehr ist der Anspruchsberechtigte hinlänglich bestimmt, wenn das Grundbuch ergibt, dass die Eintragung für die künf-

tigen Abkömmlinge einer dem Namen nach bezeichneten Person erfolgt ist (RGZ 65, 277, 282).

Vorliegend ist die Person des Dritten durch das sachliche Merkmal der Abstammung von einer bestimmten Person („Kinder der Übernehmerinnen“, d. h. der Beteiligten zu 2 und 3) gesichert. Es genügt demnach, dass der Kreis der Dritten als Anspruchsberechtigte in dem Zeitpunkt bestimmbar ist, in dem der Anspruch für sie entsteht.

Für die noch nicht erzeugte Nachkommenschaft einer Person kann deshalb nach ganz herrschender Meinung aufgrund eines zu ihren Gunsten abgeschlossenen Vertrags im Sinne von § 328 Abs. 1 BGB eine Vormerkung eingetragen werden (vgl. *Staudinger/Gursky*, BGB, 13. Aufl. 1996, § 883 Rdnr. 71; *Palandt/Bassenge*, BGB, § 883 Rdnr. 12).

Auch der Inhalt des vorgemerkten Anspruchs ist durch die Angabe „zu gleichen Anteilen“ zumindest bestimmbar. Bestimmbarkeit ist insoweit ausreichend, da an die Bestimmtheit des Inhalts der Vormerkung keine strengeren Anforderungen gestellt werden können als an die des zu sichernden Anspruchs (vgl. BayObLG, Rpfleger 1974, 65/66).

Steht ein eingetragenes Recht mehreren gemeinschaftlich zu, so soll gemäß § 47 GBO die Eintragung in der Weise erfolgen, dass entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebliche Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Diese Vorschrift gilt auch für Vormerkungen (vgl. *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 47 Rdnr. 2 m. w. N.). Dabei genügt es, wenn eine Bezeichnung gewählt wird, aus der sich der jeweilige Bruchteil unmittelbar und eindeutig ergibt; die Angabe „zu gleichen Anteilen“ ist hierfür ausreichend (vgl. *Demharter*, Rdnr. 16).

Anmerkung:

I. Die Entscheidung

Dem Sachverhalt lag das Bestreben des Übergebers zugrunde, das Einrücken etwaiger Abkömmlinge (im Folgenden: „Enkel“) der Übernehmerinnen auf Dauer, ja über seinen Tod (und den der ebenfalls übergebenden Ehefrau) hinaus in die übergebene Rechtsposition sicherzustellen. Dazu wurde ein echter (berechtigender) Vertrag zu Gunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB) geschlossen und der entstandene eigene Anspruch der (potentiellen) Enkel durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung gesichert.

Die Frage, ob den Übergebern ein eigener Anspruch auf Übereignung an die Enkel zustehen sollte, ist trotz § 335 BGB zu verneinen. In der Urkunde wird lediglich ein Anspruch der Enkel geregelt und nur für diesen die Eintragung einer Vormerkung bewilligt. Eine Vormerkung für einen rechtlich selbständigen Anspruch¹ der Übergeber (in § 335 BGB vorausgesetzt) wäre möglich gewesen, ist aber nicht bewilligt worden. Die Urkundsauslegung spricht daher gegen die Regel des § 335 BGB.

Die Konstruktion, den potentiellen Enkeln durch berechtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter einen eigenen Anspruch zu schaffen, ist rechtlich durchaus möglich. Zwar kann grundsätzlich (Ausnahme z. B. in § 1923 Abs. 2 BGB) nur ein (zumindest teil-)rechtsfähiger Rechtsträger Zurechnungsobjekt von Rechten und Pflichten und mithin Inhaber eines Anspruches sein. Jedoch sieht § 331 Abs. 2 BGB für den berechtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter gerade die Möglichkeit vor, in Abweichung von § 1 BGB auch einem noch nicht Er-

¹ MünchKommBGB/Gottwald, 4. Aufl. 2003, § 335 Rdnr. 1.

zeugten Rechte zuzuwenden.² Dabei handelt es sich richtigerweise nicht um einen Fall der Alternativ- oder Sukzessivberechtigung.³ Eine (alternative) Mehrheit oder ein (sukzessiver) Wechsel auf der Gläubigerseite ist mit der gewählten Konstruktion gerade nicht erstrebt; vielmehr sind der oder die jeweiligen künftigen Enkel dauerhaft als Berechtigte bestimmt.

Fraglich ist daher allenfalls, ob die gewählte Bezeichnung der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der Bewilligung der Vormerkung noch nicht erzeugten Enkel dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügt. Eine Vormerkung kann materiellrechtlich auch für einen künftigen oder bedingten Anspruch bestellt werden, § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. Unter einem künftigen vormerkbaren Anspruch werden alle Fallgestaltungen verstanden, bei denen für die Entstehung schon eine derart feste Rechtsgrundlage geschaffen wurde, dass eine vom Schuldner des vorzumerkenden Anspruches nicht mehr einseitig zu beseitigende Bindung eingetreten ist.⁴ Dies wird gerade auch für Ansprüche aus Verträgen zu Gunsten noch unbestimmter Dritter bejaht.⁵

Im vorliegenden Fall könnte man hier ansetzen und vertreten, es läge in der Hand der Übernehmerinnen als Schuldner, durch „Vermeidung“ von Abkömmlingen die Anspruchsentstehung dauerhaft zu vereiteln. Doch soll die Einschränkung der Vormerkbarkeit von künftigen Ansprüchen der Entlastung des Grundbuchs von faktisch sinn- und nutzlosen Vormerkungen sowie der Verhinderung einer faktischen Verfügungssperre dienen. Eine willkürliche Beseitigung der Bindung in diesem Sinne ist den Übernehmerinnen einseitig aber nicht möglich.

Somit ist vorliegend mit der herrschenden Meinung die Vormerkungsfähigkeit von Ansprüchen auch nur *hinreichend* nach *objektiven* (persönlichen oder sachlichen) Kriterien *bestimmbarer* Gläubiger zu bejahen.⁶ Da es möglicherweise mehrere Gläubiger des vorgemerkten Anspruches geben könnte, ist auch das Anteilsverhältnis zu bestimmen.⁷ Dabei ist § 47 GBO zu beachten, was hier mit dem Zusatz „zu gleichen Anteilen“ erfolgt ist.

Es bleibt somit festzuhalten, dass die gewählte Gestaltung rechtlich möglich ist und dementsprechend die Vormerkung, wie vom Beschwerdegericht gefordert, einzutragen war.

II. Offene Fragen

Die gewählte Konstruktion wirft aber etliche Fragen und Probleme auf.

1) Zunächst ist der Kreis der Berechtigten der Person nach nicht klar abgegrenzt. Zu den Abkömmlingen werden zwar nur die leiblichen Verwandten absteigender Linie gezählt,⁸ und auch der Wille der Übergeber deutet hier auf ein „Halten

des Vermögens im (Bluts-)Familienverband auf Dauer“ hin. Dennoch hätte sich wegen der Wirkung einer Volladoption (§ 1754 BGB) ein klärender Hinweis empfohlen, wie etwaige Adoptivkinder zu behandeln wären.

2) Weiter lässt die Regelung offen, wann der Kreis der Anspruchsinhaber abgeschlossen ist. Je nach Behandlung etwaiger Adoptionen kann auch nicht auf den Zeitpunkt des Versterbens der Übernehmerinnen abgestellt werden, da § 1753 Abs. 3 BGB die Möglichkeit des Wirksamwerdens der Adoption über den Zeitpunkt des Todes des Annehmenden hinaus vorsieht. Auch sonst würde sich das Anteilsverhältnis frühestens mit dem Tode der Übernehmerin endgültig klären. Bei einem männlichen Übernehmer wäre des Weiteren der Fall des Vorhandenseins unbekannter Abkömmlinge zu regeln.

3) Eine Festlegung, zu welchem Zeitpunkt die Übergangsverpflichtung zu erfüllen ist, wäre ebenfalls erforderlich. Hierbei sind sowohl die Erfüllbarkeit wie auch die Fälligkeit regelungsbedürftig. Die gesetzliche Fälligkeitsregelung des § 271 BGB ist insoweit nicht zielführend. Ein Abstellen auf die Geburt eines Abkömmlings birgt ebenfalls Probleme. Insbesondere ist bei der Geburt des ersten Abkömmlings noch nicht geklärt, ob und ggf. wie viele weitere Abkömmlinge folgen werden und damit die Höhe des Anspruchs auf einen Teil des Grundbesitzes bestimmen. Ein Abstellen auf den Tod der Übernehmerin birgt die Gefahr des Vorhandenseins unbekannter Abkömmlinge und bei Einbeziehung von Adoptionen zusätzlich die des § 1753 Abs. 3 BGB (vgl. oben 2). In Betracht kommt somit lediglich das Abstellen auf einen bestimmten Stichtag, etwa einen bestimmten Geburtstag oder den Tag des Versterbens einer der Übernehmerinnen, sowie die in diesem Zeitpunkt bekannten (ggf. gezeugten) Abkömmlinge. Damit geht zwar eine mögliche Ungleichbehandlung und auch eine zeitliche Begrenzung der Bindung einher; allerdings ist so eine verlässliche Überprüfung des Anspruchsinhalts und eine Erfüllung des Anspruches möglich.

4) Zu Übertragbarkeit, Belastbarkeit, Pfändbarkeit und Vererblichkeit des den Abkömmlingen zugewendeten Anspruchs hätte sich ebenfalls eine Regelung empfohlen. Der Intention, den Grundbesitz in der Familie zu halten, hätte in rechtlich größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden müssen. Auch nach Übertragung des Grundbesitzes auf die Abkömmlinge der Übernehmerinnen käme insoweit eine weitere Verfügungsbeschränkung (ähnlich den üblichen Beschränkungen mit vormerkungsgesicherten künftigen Rückübertragungsansprüchen für den Fall der Veräußerung und/oder Belastung) in Betracht.

5) Für die Ausübung der Rechte der ggf. noch nicht gezeugten Abkömmlinge ist gem. § 1913 BGB im Bedarfsfalle ein Pfleger zu bestellen.

III. Folgen

1) Der Anspruch der Abkömmlinge aus dem Vertrag zu Gunsten Dritter fällt nach neuem Schuldrecht unter die Verjährungsregelung der §§ 196, 200 BGB; damit gilt eine kenntnisunabhängige Zehnjahresfrist ab Entstehung des Anspruches (keine Ultimoerjährung ab Jahresende). Die Entstehung des Anspruches, die mit der Möglichkeit der Geltendmachung im Klagewege eintritt,⁹ setzt die Fälligkeit des Anspruchs voraus; auch hierfür ist die oben (unter II. 3) angesprochene Fälligkeitsregelung von Bedeutung.

² Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl. 2004, § 1 Rdnr. 9.

³ Zu diesen näher *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 261 a ff.; Rdnr. 1495 nennt dann beispielhaft den Fall der noch nicht erzeugten Abkömmlinge einer Person als Berechtigte, was der Sachlage des vorliegenden Falles allerdings nicht vollständig entspricht.

⁴ Palandt/Bassenge, § 883 Rdnr. 15.

⁵ Palandt/Bassenge, § 883 Rdnr. 16.

⁶ MünchKommBGB/Wacke, § 883 Rdnr. 20; aus der Kommentierung von *Gottwald* zu § 328 Rdnr. 24 ergibt sich nichts anderes, diese betrifft nur die (unzulässige) Vormerkung unbestimmter Dritter.

⁷ MünchKommBGB/Wacke, § 883 Rdnr. 20.

⁸ Palandt/Brudermüller, Einf. vor § 1589 Rdnr. 1.

⁹ Palandt/Heinrichs, § 199 Rdnr. 3.

Der Schutz der Vormerkung könnte durch eine Verlängerung der Verjährungsfrist unter Wahrung der Grenze des § 202 Abs. 2 BGB auf dreißig Jahre ausgedehnt werden.

2) Nicht verkannt werden dürfen die Folgen der gewählten Regelung für die Verkehrsfähigkeit des Grundstücks. Sobald eine derartige Vormerkung eingetragen ist, wird das Grundstück auf unbestimmte Zeit faktisch dem Rechtsverkehr entzogen. Anders als bei einer bloßen Rückauflassungsvormerkung, wie sie in Überlassungsverträgen u. a. für den Fall der Belastung oder Veräußerung ohne Zustimmung des Überlassenden üblich ist, kann die Sicherungswirkung der Vormerkung nicht ohne weiteres durch Zustimmung des Berechtigten oder durch Aufgabeerklärung und Eintragung beseitigt werden. Die analog § 875 BGB erforderliche Aufgabeerklärung aller potentiellen Abkömmlinge wie auch deren formalrechtlich erforderliche Löschungsbewilligung (§§ 19, 29 GBO; ein Unrichtigkeitsnachweis gem. §§ 22, 29 GBO kommt regelmäßig nicht in Betracht) wird kaum je zu erlangen sein. Erst wenn endgültig sicher ist, dass der künftige Anspruch nicht entstehen wird, weil (im zu definierenden Zeitpunkt) keine Abkömmlinge vorhanden sind, ist eine Löschung des streng akzessorischen Sicherungsrechts wegen dauerhaften Ausfalls der gesicherten Forderung möglich.

Unter diesem Gesichtspunkt sollte man auch die Kommentierung von *Wacke*¹⁰ sehen. Dieser schreibt zur Frage der Einschränkung der Vormerkbarkeit künftiger Ansprüche: „Weniger stichhaltig ist das (noch in der 3. Aufl. bejahte) Zusatzargument, eine uneingeschränkte Vormerkbarkeit künftiger Ansprüche würde das Grundbuch mit einer unübersehbaren Zahl gesicherter Ansprüche überlasten, die möglicherweise nie zur Entstehung gelangen; der bewilligende Eigentümer müsse selber dagegen geschützt werden, dass sein Grundstück dadurch faktisch zu einer *res extra commercium* wird. Aber kein Eigentümer wird grundlos unter Verkennung seiner wahren Interessen in eine solche faktische Entwertung seines Grundstücks einwilligen (die im Rahmen des § 903 BGB im Rahmen seiner gesetzlichen Gestaltungsmacht läge). Dass das Grundbuchamt ein besserer Hüter seiner Interessen wäre als der (notariell beratene) Eigentümer selber, ist nicht zu vermuten.“

Der letzte Satz ist für den vorliegenden Fall von erheblicher Bedeutung. Von einer grundlosen Einwilligung des Eigentümers wird man zwar nicht sprechen können. Ob er sich aller Nachteile der intendierten Regelung für das Grundstück und alle Betroffenen bewusst war, ist hingegen zu bezweifeln. Es ist auch im Regelfall (anders vielleicht im der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt) kaum anzunehmen, dass das Ziel, den Grundbesitz in der Familie zu halten, selbst um diesen Preis verfolgt wird. Der Beratung durch den Notar kommt hier besondere, vor allem präventive Bedeutung zu.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die gewählte Konstruktion zwar rechtlich zulässig, tatsächlich aber kaum adäquat regelbar und jedenfalls nicht empfehlenswert ist.

IV. Alternativen

Als Alternativgestaltungen kommen vor allem drei Möglichkeiten in Betracht, die zwar nicht in selbem Maße Sicherheit für den dauerhaften Verbleib des Grundbesitzes im Vermögen der Familienstämme gewährleisten, aber in ihren unerwünschten Auswirkungen bei weitem hinter den vorgehend geschilderten „Nebenwirkungen“ zurückbleiben.

1) Zunächst ist an die Vereinbarung von Rückübertragungsansprüchen der Übergeber gegen die Übernehmer für den Fall der Belastung oder Veräußerung des Vertragsbesitzes ohne Zustimmung der Übergeber, wie auch sonst in Überlassungsurkunden üblich, zu denken. Diese Ansprüche sind durch Vormerkungen sicherbar; falls der Übernehmer den Grundbesitz veräußern will, kann dann für jeden Einzelfall die Zustimmung erteilt oder verweigert werden, ohne dass die Gefahr einer faktischen, nicht gewollten Grundbuchsperrung bestünde. Dieser Anspruch kann im Abtretungs- oder Vermächtniswege auf die Enkel (gem. § 1923 Abs. 2 BGB sogar auf die nicht geborenen, aber im Erbfallszeitpunkt gezeugten) übertragen werden. Die Übertragbarkeit sollte sicherheitshalber ausdrücklich in persönlicher wie in zeitlicher Hinsicht geregelt werden.

Denkbar (aber aus Gesichtspunkten der Steuerbelastung nicht empfehlenswert) wäre auch eine Übertragung des Anspruchs auf einen Dritten als Treuhänder, der den Anspruch (und ggf. nach Belastung/Veräußerung und erfülltem Rückauflassungsverlangen den Grundbesitz) treuhänderisch für die (potentiellen) Enkel bis zu einem festgesetzten Zeitpunkt verwaltet und ggf. überträgt. Jedoch ist auch hier die Dauer der Verfügungsbeschränkung zu bedenken und zu regeln. Empfehlenswert ist sicherlich eine Beschränkung auf die Lebenszeit der Übergeber; in begründeten Ausnahmefällen mag man darüber hinausgehen.

2) In gleicher Weise wie unter 1) vorgeschlagen, kommt auch die Vereinbarung eines *unechten* Vertrages zu Gunsten Dritter, der (potentiellen) Enkel, in Betracht. Diese erwerben dann kein eigenes Forderungsrecht; vielmehr verbleibt die Befugnis, Leistung an die Dritten zu verlangen, bei den Übergebern. Die Übernehmer können jedoch mit befreiender Wirkung an die Enkel leisten. Eine Sicherung durch Vormerkung ist auch hier möglich, im Einzelfall wie unter 1) beschrieben abzuwägen und anzupassen.

3) Weiter ist an eine bloße schuldrechtliche Verpflichtung der Übernehmer zu denken, den Grundbesitz an etwaige Abkömmlinge zu übertragen – ohne dingliche Sicherung durch eine Vormerkung. Diese Gestaltung hat zwar den Nachteil der fehlenden dinglichen Sicherung. Jedoch ist durch die Möglichkeit, einen Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall gem. § 331 BGB abzuschließen, die Variante eröffnet, auch vor der Geburt oder auch nur der Zeugung der Begünstigten schon die Grundlage für einen eigenen Anspruch der potentiellen Enkel zu legen. Im Vertrag sollte die Frage geregelt werden, ob die mit dem Tode der Versprechensempfänger entstehende Anwartschaft durch die Erben der Übergeber beeinträchtigt oder gar aufgehoben werden können soll. Es sind auch Regelungen für den Fall aufzunehmen, dass kein (bei Vertragsschluss zumindest bestimmbarer) Dritter vorhanden ist.¹¹

Je nach konkreter Situation und den Familienverhältnissen kann auf eine der genannten Konstruktionen zurückgegriffen werden. Dennoch sollte bei der Beratung herausgestellt werden, um welchen Preis (im schlimmsten Fall: völlige Entwertung des Grundstücks als Kreditgrundlage und im Rechtsverkehr) eine regelmäßige nicht nötige Sicherheit möglicherweise erkaufte werden muss.

Notarassessor *Rolf Metzger*, Garmisch-Partenkirchen

¹⁰ MünchKommBGB/*Wacke*, § 883 Rdnr. 24, geändert gegenüber 3. Aufl.

¹¹ Zum Ganzen MünchKommBGB/*Gottwald*, § 331 Rdnr. 12.

9. BGB § 1092; BayNatSchG Art 6 a (*Unterlassungsdienstbarkeit unter Verweis auf das BayNatSchG*)

Bei einer Dienstbarkeit, welche die Unterlassung einzelner Handlungen zum Inhalt hat, ist dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt, wenn wegen der zu unterlassenden Handlungen auf die Bestimmung des Art. 6 a BayNatSchG verwiesen wird. (Leitsatz des Einsenders)

LG München II, Beschluss vom 1.3.2004, 6 T 3705/03; mitgeteilt von Notar *Winfried Staudt*, Bad Tölz

Mit notariellem Vertrag bestellte die Beteiligte zu 1 an dem verfahrensgegenständlichen Grundstück zugunsten des Beteiligten zu 2 eine zeitlich unbefristete beschränkte persönliche Dienstbarkeit folgenden Inhalts:

„Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich, alle Maßnahmen auf dem Grundstück zu unterlassen, die nach Artikel 6 a des Bayerischen Naturschutzgesetzes untersagt sind, und die Durchführung aller Maßnahmen zu dulden, zu denen nach der genannten Bestimmung eine Verpflichtung besteht.“

Den Antrag auf Eintragung der Dienstbarkeit beanstandete das Grundbuchamt mit der Begründung, der in der Dienstbarkeitsbestellung erfolgte Hinweis auf die gesetzliche Bestimmung des Artikel 6 a des Bayerischen Naturschutzgesetzes sei nicht hinreichend bestimmt. Dagegen legte der Urkundsnotar als Verfahrensbevollmächtigter Beschwerde ein, der das Erstgericht nicht abhalf.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Auf die zulässige Beschwerde der Beteiligten war die erstinstanzliche Zwischenverfügung aufzuheben, weil das vom Grundbuchamt beanstandete Vollzugshindernis nicht vorliegt.

Der im vorliegenden Verfahren bestellten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1092 BGB) steht der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nicht entgegen.

Dieser erfordert zwar, dass der zu sichernde Anspruch nach Inhalt oder Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar ist. Hierfür ist jedoch ausreichend, dass das Ereignis, mit dessen Eintritt die beschränkte persönliche Dienstbarkeit wirksam werden soll, aufgrund objektiver Umstände bestimmbar ist, die auch außerhalb des Grundbuchs liegen können, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind (sog. Andeutungstheorie des BGH, BGHZ 130, 342, 345 ff.).

Die Bestimmbarkeit über den Umfang der einzutragenden Dienstbarkeit wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Eintritt der Bedingung möglicherweise erst durch eine richterliche Entscheidung festgestellt werden kann (BayObLGZ 1997, 246; NJW-RR 1990, 1169; BGHZ 35, 22).

Nach diesen Maßstäben genügt der im vorliegenden Verfahren in der Dienstbarkeitsbestellung erfolgte Hinweis auf die Unterlassungspflicht nach Artikel 6 a des Bayerischen Naturschutzgesetzes dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Das Erstgericht überspannt die hieran zu stellenden Anforderungen, wenn es den in dieser Vorschrift geregelten Tatbestandsvoraussetzungen eine ausreichende Bestimmtheit abspricht.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen, unter denen Eingriffe in Natur und Landschaft zu unterlassen sind, sind in Artikel 6 a Abs. 2 des Bayerischen Naturschutzgesetzes objektiv bestimmt. Sollten im Einzelfall Unsicherheiten auftreten oder verbleiben, ob bestimmte Maßnahmen der Beteiligten zu 1 auf dem Grundstück wegen Verstoßes gegen Artikel 6 a des Bayerischen Naturschutzgesetzes zu unterlassen sind, können

diese Zweifel durch eine richterliche Entscheidung ausgeräumt werden, ohne dass hierdurch die objektive Bestimmbarkeit der Unterlassungsansprüche in Frage gestellt wird (vgl. hierzu BGH, MittBayNot 2002, 393 ff.).

10. WEG §§ 8, 10, 15; BGB § 317 (*Zuweisungsbefugnis des Bauträgers auch nach Veräußerung sämtlicher Einheiten*)

Die Zuweisungsbefugnis des Bauträgers bezüglich eines Sondernutzungsrechtes (hier: Pkw-Stellplatz) besteht auch dann noch, wenn der Bauträger nicht mehr Eigentümer zumindest einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit ist. (Leitsatz des Einsenders)

LG München II, Beschluss vom 11.3.2004, 6 T 4956/03; mitgeteilt von Notar *Wolf Weiß*, München

Die P. GmbH teilte als damalige Alleineigentümerin eines Grundstücks das Eigentum gemäß § 8 WEG in Wohnungs- und Teileigentum auf. Die der Urkunde als Anlage II beigefügte Gemeinschaftsordnung enthält hinsichtlich der oberirdischen Stellplätze Nr. 20 bis 22 und Nr. 24 und 25 folgende Regelung:

„Ferner begründet der Eigentümer an den mit Nrn. 20–22 und Nr. 24 und Nr. 25 bezeichneten oberirdischen Pkw-Stellplätzen jeweils gemäß § 15 WEG Sondernutzungsrechte, wobei er sich das Recht vorbehält, in den späteren Erwerbsurkunden die Zuweisung der Nutzung der Stellplätze einzelnen Wohnungseigentümern zu erteilen.“

Die nicht zur Nutzung berechtigten Wohnungs- und Teileigentümer sind jeweils von der Nutzung der bestimmten Sondereigentümern zugewiesenen Pkw-Stellplätzen ausgeschlossen.“

Mit notarieller Urkunde vom 22.5.2003 wies der alleinvertretungsrechtlich Geschäftsführer der P. GmbH das Sondernutzungsrecht an dem oberirdischen Kfz-Stellplatz Nr. 22 der Beschwerdeführerin als derzeitiger Eigentümerin der Einheit Nr. 1 laut Aufteilungsplan zu. Zu diesem Zeitpunkt hatte die P. GmbH bereits sämtliche Einheiten veräußert.

Das Grundbuchamt wies den Antrag auf Vollzug der Zuweisung zurück. Die Zuweisungsbefugnis des aufteilenden Eigentümers bestehe nur so lange, wie er Eigentümer sei, sei also hier nicht mehr gegeben. Für die Zuweisung des Sondernutzungsrechts sei daher die Bewilligung aller übrigen Miteigentümer sowie aller an deren Eigentumseinheiten eingetragenen Gläubiger (ggf. mit Briefvorlage) erforderlich. Hiergegen erhob der Notar Beschwerde.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Das Rechtsmittel ist zulässig, §§ 19, 20, 21 FGG. Insbesondere kann der mit der Antragstellung beauftragte Notar auch namens der antragsberechtigten Wohnungseigentümerin Beschwerde einlegen (§§ 13 Abs. 1 Satz 2, 15 GBO; *Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 15 Rdnr. 20 m. w. N.).

Das Rechtsmittel ist auch sachlich begründet. Die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer sowie der dinglich Berechtigten ist für die Eintragung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz nicht erforderlich.

1. Zutreffend stellt die Beschwerde darauf ab, dass das Sondernutzungsrecht zwei Komponenten hat: Dem Eigentümer einer bestimmten Wohnung wird (positiv) die Befugnis zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums eingeräumt, alle übrigen Wohnungseigentümer werden (negativ) von der ihnen kraft Gesetzes an sich zustehenden Befugnis zum Mitgebrauch ausgeschlossen. Das Sondernutzungsrecht entsteht

daher rechtsgeschäftlich erst mit der für die positive Komponente notwendigen Bestimmung, wem die Gebrauchsbefugnis zustehen soll. Maßgeblich ist im vorliegenden Fall aber darauf abzustellen, ob die negative Komponente des Sondernutzungsrechts, nämlich der Ausschluss der anderen Miteigentümer vom Gebrauch, bereits in der Gemeinschaftsordnung enthalten ist. Sind nämlich die anderen Miteigentümer, wenn auch aufschiebend bedingt durch die Zuweisungserklärung, von Anfang an vom Mitgebrauch des Stellplatzes ausgeschlossen, so werden sie durch den Vollzug der positiven Komponente, die Zuweisung an einen bestimmten Eigentümer, nicht mehr in ihren Rechten betroffen, mit der Folge, dass ihre Bewilligung nach § 19 GBO nicht erforderlich ist. Gleiches gilt für die dinglich Berechtigten an den einzelnen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten (vgl. dazu BayObLGZ 1985, 378 ff.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Durch die oben zitierte Regelung in der Gemeinschaftsordnung wird hinsichtlich der Stellplätze Nr. 20 bis 22 und Nr. 24 und 25 dem teilenden Eigentümer nicht lediglich das Recht vorbehalten, später Sondernutzungsrechte zu begründen, sondern die Sondernutzungsrechte sollen, soweit es um den Ausschluss der Miteigentümer geht, unmittelbar begründet werden, aufschiebend bedingt durch die Zuweisungserklärung. Damit ist die negative Komponente vollzogen.

2. Der Eintragung steht auch nicht entgegen, dass die zuweisende P. GmbH selbst kein Wohnungs- oder Teileigentum mehr innehat. Die Zuweisungserklärung ist zwar, da zur vollständigen Entstehung des Sondernutzungsrechts erforderlich, eine inhaltsbestimmende rechtsgeschäftliche Erklärung. Die Bestimmung rechtsgeschäftlicher Inhalte kann aber, wie die Vorschrift des § 317 BGB zeigt, durchaus auch Dritten vorbehalten werden. Auch die oben zitierte Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts geht in Ziffer I des Tenors von der Zuordnung des Sondernutzungsrechts durch einen „Dritten“ aus, wobei in der Begründung (S. 383) ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass es keinen Widerspruch darstelle, die Zuweisungserklärung einerseits (nämlich hinsichtlich des positiven Elements) als rechtsgeschäftliche Erklärung zu qualifizieren, ihr andererseits (hinsichtlich der negativen Komponente) aber lediglich den Charakter einer Bedingung beizumessen. Die Bedingung könne auch ein Ereignis sein, das vom Willen eines Dritten abhängt (BayObLG, a. a. O.). Für die Möglichkeit, dem teilenden Eigentümer auch über den Zeitpunkt der Veräußerung sämtlicher Einheiten hinaus die Zuweisungsbefugnis zu erhalten, spricht schließlich auch die Tatsache, dass die Wohnungseigentümer einen Dritten durch Vereinbarung sogar ermächtigen können, Sondernutzungsrechte an dem gemeinschaftlichen Grundstück zu begründen, wenn der Umfang der Ermächtigung nur hinreichend klar ist (vgl. BayObLGZ 74, 294 ff.). Im dort entschiedenen Fall hatte sich die teilende Wohnungsbaugesellschaft das Recht vorbehalten, auf dem gemeinschaftlichen Grundstück noch Garagen und Abstellplätze zu errichten und diese von ihr zu benennenden Sondereigentümern zur Sondernutzung zuzuweisen, was sie nach Veräußerung sämtlicher Einheiten auch tat. In der Begründung wird ausgeführt, dass die Eigentümer Dritten zwar nicht eine Verfügungsbefugnis über das gemeinschaftliche Eigentum mit dinglicher Wirkung einräumen oder belassen könnten (§ 137 BGB), Dritte aber zur Ausübung des Stimmrechts bevollmächtigen könnten. Nicht anders liegen die Dinge aber, wenn – wie hier – dem teilenden Eigentümer auf Dauer und nicht etwa nur zeitlich befristet die Bestimmung des Erwerbers eines Sondernutzungsrechtes vorbehalten bleibt. Dieses Recht ist, ähnlich wie bei einer Anwartschaft, durch die in der Gemeinschaftsordnung abschließend enthaltene negative

Komponente bereits in seinem Kern begründet und wird durch die Zuweisungserklärung gewissermaßen zum Vollrecht. Die Erklärung hat, soweit es um den Ausschluss der anderen Miteigentümer und damit um die Notwendigkeit ihrer Bewilligung gemäß § 19 GBO geht, lediglich noch die Funktion einer Bedingung und keinen Verfügungscharakter.

11. BGB §§ 138, 242 (Inhaltskontrolle von Eheverträgen)

Zur Wirksamkeit eines Ehevertrages, in dem die Ehefrau auf Ehegattenunterhalt und Versorgungsausgleich verzichtet und für den (evtl.) Zugewinn einen Ausgleichsbetrag erhalten hat.

OLG Celle, Urteil vom 25.2.2004, 15 UF 178/03

Die Parteien streiten im Wege der Stufenklage um Auskunft über das Endvermögen des Beklagten. Die Ehe der Parteien wurde rechtskräftig geschieden. Aus ihr ist die am 13.10.1989 geborene Tochter N. hervorgegangen, die bei der Klägerin lebt.

Am 23.9.1999 schlossen die Parteien, die beide berufstätig waren und über in etwa gleich hohe Erwerbseinkünfte verfügten, eine notarielle Scheidungsvereinbarung, in der sie zur Vermögensauseinandersetzung den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten und in der sie sich zum Ausgleich von Zugewinnausgleichsansprüchen dahingehend auseinander setzten, dass der Beklagte der Klägerin einen Betrag von 20.000 DM bis zum 30.10.1999 zu zahlen hatte. Im Übrigen verzichteten sie wechselseitig auf ggf. darüber hinaus bestehende Ansprüche. Weiterhin schlossen die Parteien den Versorgungsausgleich und den nachehelichen Ehegattenunterhalt aus. Hinsichtlich des Kindesunterhalts verpflichtete sich der Beklagte zur Zahlung des an der Düsseldorfer Tabelle orientierten Betrages und zahlte der Klägerin zur Abgeltung des bis zur Volljährigkeit geschuldeten Kindesunterhalts einen Betrag von 60.000 DM, wofür die Klägerin den Beklagten im Innenverhältnis von Unterhaltsansprüchen der Tochter freigestellte.

Mit notariellem Vertrag vom 6.9.1999 hatte die Klägerin ein Hausgrundstück zum Preis von 267.500 DM erworben. Zur Finanzierung des Kaufpreises benötigte die Klägerin 80.000 DM, die sie aufgrund der Scheidungsvereinbarung vom Beklagten erhielt.

Die Klägerin macht mit der Berufung geltend, die notarielle Scheidungsvereinbarung sei wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 und 2 BGB nichtig. Die Vereinbarung habe der Kapitalbeschaffung der Klägerin gedient und habe deshalb Darlehenscharakter. Der Leistung des Beklagten stehe als Gegenleistung ein erheblich höherer Wert gegenüber, da die Klägerin auf einen Zugewinnausgleichsanspruch von mehr als 92.000 €, der auf der Wertsteigerung des im Eigentum des Beklagten stehenden Hauses beruhe, sowie auf einen Aufstockungsunterhalt in Höhe kapitalisierter 25.000 € verzichtet habe.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

Die Klägerin kann vom Beklagten im Rahmen ihrer Stufenklage Auskunft über sein Endvermögen gemäß § 1379 Abs. 1 BGB nicht verlangen, weil unabhängig vom Ergebnis der Auskunft feststeht, dass der Klägerin ein Anspruch auf Zugewinnausgleich nicht zusteht (vgl. BGH, FamRZ 1983, 157, 158; 1995, 597; Senatsurteil vom 3.3.1995, 15 UF 222/94, NJW-RR 1995, 1411; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 4. Aufl., § 1379 BGB Rdnr. 15). Die Parteien haben in der notariellen Scheidungsvereinbarung vom 23.9.1999 in den Regelungen zur Vermögensauseinandersetzung (unter II.) den gesetzlichen Güterstand abbedungen, statt dessen den Güterstand der Gütertrennung (§ 1414 BGB) vereinbart und gegen

Zahlung eines Betrages von 20.000 DM wechselseitig auf darüber hinaus bestehende Ansprüche wirksam verzichtet.

Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen erfolgt vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (FamRZ 2001, 343 ff., 985 f.) zunächst eine Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB, bei der zu prüfen ist, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (unter III. 3. a der Gründe). Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird bei einer Gesamtwürdigung der individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss regelmäßig nur dann in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyt oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird. Erst in einem zweiten Schritt ist sodann eine Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB vorzunehmen, bei der zu prüfen ist, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht.

Nach diesen Grundsätzen ist die Scheidungsvereinbarung der Parteien weder nach § 138 BGB nichtig, noch ist der Beklagte gemäß § 242 BGB gehindert, sich auf den vereinbarten Ausschluss des Zugewinnausgleichs zu berufen.

Die Vereinbarung der Parteien, deren Wirksamkeit die Klägerin im Übrigen – insbesondere zum Ausschluss des Ehegattenunterhalts und des Versorgungsausgleichs – nicht in Abrede stellt, ist nicht gemäß § 138 Abs. 1 BGB teilweise nichtig.

Zu dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts gehört nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in erster Linie der Betreuungs- und der Krankheitsunterhalt, der Unterhalt wegen Alters sowie der Versorgungsausgleich. Hingegen erweist sich der Zugewinnausgleich ehevertraglicher Disposition am weitesten zugänglich, denn die aktuelle Versorgungsbedürftigkeit wird über das Unterhaltsrecht gewährleistet (unter III. 2. c der Gründe; ebenso *Schwab*, DNotZ 2001, 9, 15 ff.; *Dauner-Lieb*, AcP 200 [2001], 295, 320). Daher wird sich die Berufung auf eine wirksam vereinbarte Gütertrennung nur unter engsten Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich erweisen. Bei einer Gesamtwürdigung der individuellen Verhältnisse der Parteien verstößt weder der Totalverzicht der Klägerin noch die Regelung zur Vermögensauseinandersetzung gegen die guten Sitten. Die am 26.4.1964 geborene Klägerin war – nach ihren Angaben zum Versorgungsausgleich – seit 1980 als kaufmännische Angestellte tätig. Der Beklagte, geboren am 15.6.1961, war seit 1977 als Industriemeister Metall beschäftigt. Unstreitig verfügten beide Parteien während der Ehe über in etwa gleich hohe Einkünfte. Im Scheidungsverfahren gingen sie auch davon aus, dass sie Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung in etwa gleicher Höhe erworben hätten. Die Klägerin war entsprechend der gemeinsamen Gestaltung ihrer ehelichen Lebensverhältnisse auch nach der 1989 erfolgten Geburt der gemeinsamen Tochter weiterhin ganztätig berufstätig, so dass dem Unterhaltsverzicht auch Kindesbelange nicht entgegenstehen, zumal eine teilweise Betreuung durch die Großeltern vereinbart war. Da-

mit sind Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts durch die notarielle Vereinbarung der Parteien nicht zum Nachteil der Klägerin betroffen. Auch subjektiv sind keine Beweggründe zu erkennen, die eine sittenwidrige Benachteiligung der Klägerin begründen können.

Da der wechselseitige Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs und des nahehelichen Ehegattenunterhalts nicht zu beanstanden ist, wovon auch die Parteien übereinstimmend ausgehen, ist für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Regelung zur Vermögensauseinandersetzung allein auf diese Regelung abzustellen.

Der Berufung bleibt der Erfolg auch insoweit versagt, als sich die Klägerin im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB auf ein grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung beruft. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (FamRZ 2003, 846, 848), die auch auf den vorliegenden Rechtsstreit Anwendung findet, sind die Rechtsgrundsätze zum auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auf familienrechtliche Verträge nicht ohne weiteres zu übertragen, weil die vereinbarte Leistung Teil einer umfassenderen Vermögensauseinandersetzung sein und ein die Leistung überschießender Wert durch andere Zugeständnisse seine Entsprechung finden kann. Darüber hinaus sind strenge Anforderungen an die verwerfliche Gesinnung bzw. das Ausnutzen einer bedrängten Situation zu stellen, da mit der Scheidungssituation für beide Eheleute eine Neuorientierung ihrer Lebensverhältnisse erforderlich ist (FamRZ 2003, 846, 848). Ein Zugeständnis des Beklagten in diesem Sinn liegt bereits darin, dass er der Klägerin auf den künftigen Kindesunterhalt einen Betrag von 60.000 DM bis zur Fälligkeit der Kaufpreisschuld der Klägerin aus ihrem Grundstückskaufvertrag zahlte, ohne hierzu verpflichtet gewesen zu sein.

Selbst wenn man die Rechtsprechung zum Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung heranziehen würde, sind die Voraussetzungen für eine Teilnichtigkeit (§ 139 BGB) wegen Sittenwidrigkeit der Vermögensauseinandersetzung nicht gegeben. Danach müssten Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis stehen und der eine Vertragspartner die schwächere Lage des anderen Teils bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt haben (BGH, NJW 2002, 55, 56 f.; *Palandt/Heinrichs*, 62. Aufl., § 138 BGB Rdnr. 25 ff.). Vorliegend kann es dahingestellt bleiben, ob der Beklagte eine wirtschaftliche Zwangslage der Klägerin dadurch ausgenutzt hat, dass die Klägerin zur Finanzierung des Kaufpreises von 267.500 DM für das Hausgrundstück auf die Zahlung des Beklagten von insgesamt 80.000 DM angewiesen war, oder sich ihre Unterlegenheit daraus ergibt, dass sie in den außergerichtlichen Gesprächen der Parteien im Gegensatz zum Beklagten nicht anwaltlich vertreten war.

Jedenfalls hat die Klägerin nicht substantiiert dargelegt, dass ein krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bezüglich der Vermögensauseinandersetzung der Parteien besteht. Die Einordnung der Vereinbarung durch die Klägerin als Vertrag mit Darlehenscharakter (bei einer Verzinsung von mehr als 500 %), die primär der Kapitalbeschaffung für die Klägerin zur Finanzierung des Kaufpreises des zuvor erworbenen Hausgrundstücks gedient habe, geht fehl. Denn nach dem eindeutigen Wortlaut der Scheidungsfolgenvereinbarung war mit der Regelung unter II. eine endgültige Vermögensauseinandersetzung bezweckt. Dass der Beklagte der Klägerin den Betrag von 20.000 DM lediglich darlehens- oder vorschussweise auf einen weitergehenden Ausgleichsanspruch der Klägerin zahlen sollte, findet weder im Vertragstext eine Grundlage, noch hat die Klägerin auf das Bestreiten des Beklagten die näheren Umstände einer solchen Absprache vor-

getragen und unter Beweis gestellt. Insoweit kann es auch dahinstehen, zu welchem Zeitpunkt die Klägerin den Entwurf der Scheidungsvereinbarung zur Kenntnis nehmen konnte, denn für die im kaufmännischen Bereich tätige Klägerin war diese Folge ohne weiteres ersichtlich.

Zu einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gelangt die Klägerin allein durch die Annahme, der Wert des Wohnhauses, das dem Beklagten 1992 von seiner Mutter, die die Wohnung im Obergeschoss weiterhin bewohnt, geschenkt worden war, habe zum Stichtag, der sich im Falle der Teilnichtigkeit aus § 1384 BGB ergäbe, mindestens 580.000 € betragen. Konkrete Grundlagen für ihre – vom Beklagten bestrittene – Wertschätzung trägt die Klägerin indes nicht vor. Ausgehend von einem von der Klägerin für 1992 zugrunde gelegten Wert des Hausgrundstücks von rund 120.000 € ist ein Wertzuwachs auch unter Berücksichtigung der von der Klägerin herangezogenen wertverbessernden Baumaßnahmen und im Hinblick auf die – senatsbekannte – Entwicklung der Preise im Immobilienbereich um etwa das Vierfache auf 580.000 € bzw. die Erhöhung des Quadratmeterpreises der Wohnfläche von 500 € im Jahr 1992 auf rund 1.800 € bis 2.050 € im Jahr 1999 nicht nachvollziehbar. Dabei entsprechen die Kosten der von den Parteien durchgeführten baulichen Maßnahmen nicht dem Wertzuwachs des Hauses. Vielmehr bestimmt sich der Wert des vom Beklagten und seiner Mutter genutzten Hauses nach dem im Sachwertverfahren zu bemessenden Verkehrswert (BGH, FamRZ 1992, 918, 919). Zu dem danach maßgeblichen Bodenwert, dem Bauwert und dem Wert der Außenanlagen (vgl. *Biite*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 2. Aufl., Rdnr. 84) hat die Klägerin auch nicht durch Verkehrswerte von Vergleichsobjekten substantiiert vorgetragen. Die Erweiterung der Wohnfläche von 80 m² auf 140 m² im Erdgeschoss bzw. auf 110 m² im Obergeschoss, das Fliesen der Erdgeschosswohnung, die Modernisierung des Bades, der Einbau der Fußbodenheizung, der Einbau einer großen Fensterfront im Wohnzimmer, das Isolieren und Eindecken des Daches, die Anschaffung einer neuen Küche sowie die Veränderungen der Außenanlagen lassen die behauptete Wertsteigerung nicht als gerechtfertigt erscheinen, so dass sich der von der Klägerin vorgetragene Betrag als Behauptung ins Blaue hinein darstellt.

Darüber hinaus ist der Vortrag der Klägerin widersprüchlich. Zum einen hat die Klägerin im Scheidungsverfahren zum Antrag des Beklagten im persönlichen Schriftsatz vom 13.12.1999 Stellung genommen und selbst darauf hingewiesen, dass sich beide Eheleute über die Scheidungsfolgesachen einig seien. Die Klägerin ging daher ersichtlich von der Wirksamkeit der Vereinbarung aus, ohne eine Benachteiligung geltend zu machen. Zum anderen hat die Klägerin in der Folgesache Güterrecht im Schriftsatz vom 22.9.2000 den Verkehrswert des Hauses des Beklagten im Endvermögen mit etwa 450.000 DM (bzw. rund 230.081 €) zugrunde gelegt und unter Berücksichtigung der damaligen Verbindlichkeiten von rund 150.000 DM einen Zugewinnausgleichsanspruch von 80.000 DM (bzw. rund 40.900 €) errechnet. Worauf die unterschiedliche Beurteilung des Verkehrswertes beruht, hat die Klägerin nicht dargelegt. Ihren damaligen (PKH-)Antrag im Scheidungsverbundverfahren hat die Klägerin nach Erörterung in der mündlichen Verhandlung vom 2.11.2000 zurückgenommen.

Aus den dargestellten Gründen scheidet auch eine Teilnichtigkeit der Regelung zur Vermögensauseinandersetzung gemäß § 138 Abs. 2 BGB aus.

Die Klägerin kann sich auch nicht auf die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gebotene Inhalts-

kontrolle bzw. nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.2.2004 erforderliche Ausübungskontrolle berufen. Danach ist entscheidend, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolgen eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist. Belastungen des einen Ehegatten wiegen dabei umso schwerer und die Belange des anderen Ehegatten bedürfen umso genauerer Prüfung, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift (unter III. 2. der Gründe).

Wie dargestellt, berührt die Scheidungsfolgenvereinbarung den Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsrechts nicht zum Nachteil der Klägerin. Dass die Scheidungsfolgenvereinbarung der Parteien Ausdruck einer gestörten Vertragsparität ist, ist vor dem Hintergrund der beruflichen Tätigkeit der Klägerin nicht erkennbar. Besondere Gründe, wie eine erkennbar einseitige Lastenverteilung zuungunsten der Frau oder der Zusammenhang der Vereinbarung mit einer bestehenden Schwangerschaft (vgl. BVerfG, FamRZ 2001, 343, 346; OLG Brandenburg, FamRZ 2003, 764; OLG Hamm, FamRZ 2004, 201 f.; OLG München, FamRZ 2003, 35), auf die auch die von der Klägerin herangezogene Entscheidung des OLG Oldenburg vom 28.8.2003, 14 UF 70/03 (OLGR 2004, 93), entscheidend abstellt, sind vorliegend nicht ersichtlich.

12. BGB § 2312 (Voraussetzungen der Ertragswertprivilegierung)

Der Betrieb einer Pferdepension fällt nicht unter die nach § 2312 BGB privilegierte landwirtschaftliche Nutzung. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Urteil vom 14.1.2003, 23 U 1830/02; mitgeteilt von Assessor *Michael Fauck*, München

Die Klägerin macht gegen den Beklagten Restpflichtteilsansprüche geltend. Die Mutter der Parteien verstarb am 3.1.1999. Die Erblasserin hat neben den Parteien, die deren Kinder aus zweiter Ehe sind, einen weiteren Sohn aus erster Ehe hinterlassen. Mit notariellem Testament vom 20.8.1997 setzte die Erblasserin den Beklagten als Alleinerben ein. Der Klägerin und dem weiteren Sohn wandte sie ein Vermächtnis, das das gesamte bei ihrem Tode vorhandene Geldvermögen umfassen sollte, zu. Ferner bestimmte sie, dass bei der Berechnung etwaiger Pflichtteilsansprüche – soweit gesetzlich möglich – vom Ertragswert ausgegangen werden solle.

Zum Nachlass gehört ein landwirtschaftliches Anwesen mit insgesamt ca. 14,8 ha, bestehend aus Wohnhaus, Wirtschaftsgebäuden, Grünland und Forstland. Bis 1996 betrieb die Erblasserin gemeinsam mit ihrem ältesten Sohn eine Milchwirtschaft. Diese wurde nach dem Tod des ältesten Sohnes am 24.10.1996 eingestellt. Mit Wirtschaftsüberlassungsvertrag vom 1.1.1997 überließ die Erblasserin dem Beklagten die alleinige Nutzung des Anwesens. Der Beklagte betreibt darauf eine Pferdepension. Zum Zeitpunkt des Todes der Erblasserin waren dort fünf Pensionspferde untergestellt. Das auf den Grünflächen geerntete Raufutter wurde zum Teil an die eingestellten Pferde verfüttert, im Übrigen an Dritte verkauft. Das erwirtschaftete Holz wurde zum Teil vom Beklagten selbst verbraucht, zum Teil an Dritte verkauft. Der Beklagte ist gelernter Elektriker und unterhält auf dem Nachbargrundstück einen Gewerbebetrieb.

Der Beklagte zahlte zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs der Klägerin einen Betrag von 113.200 DM. Mit ihrer Klage nimmt die

Klägerin den Beklagten auf Zahlung weiterer 275.603,13 DM (= 140.913,64 €) in Anspruch. Die Klägerin hat geltend gemacht, dass ihr dieser Anspruch zustehe, da das vererbte Anwesen entgegen der Auffassung des Beklagten nicht mit dem Ertragswert von 147.000 DM, sondern mit dem Verkehrswert von 2.099.000 DM anzusetzen sei. Die Voraussetzungen für eine Privilegierung des Beklagten gemäß § 2312 BGB lägen nicht vor.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet.

1. Gemäß §§ 2306, 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB steht der Klägerin ein Restpflichtteilsanspruch in Höhe von 125.290,87 € zu.

Bei Zugrundelegen des Verkehrswertes des an den Beklagten vererbten Anwesens mit 2.099.000 DM betrug der Wert des Nachlasses im Sinne von § 2311 BGB netto DM 2.332.818,81. Der Pflichtteilsanspruch der Klägerin beträgt $\frac{1}{6}$ (§ 2303 Abs. 1 BGB). Unter Berücksichtigung einer latenten Steuerlast i. H. v. 183.333 DM und der auf den Pflichtteil geleisteten Zahlung von 113.200 DM ergibt sich somit der genannte Zahlungsanspruch.

2. Das hinterlassene Anwesen ist nicht mit dem unstreitigen Ertragswert von 147.000 DM, sondern mit dem ebenfalls unstreitigen Verkehrswert von 2.099.000 DM anzusetzen, da die Voraussetzungen des § 2312 BGB nicht vorliegen. Die Berücksichtigung des erheblich niedrigeren Ertragswertes bei der Pflichtteilsberechnung setzt voraus, dass einer pflichtteilsberechtigten Person ein „Landgut“ hinterlassen wurde.

Bei dem streitgegenständlichen Anwesen handelt es sich nicht um ein Landgut im Sinne dieser Vorschrift.

Unter einem „Landgut“ im Sinne von § 2312 BGB ist eine Besetzung zu verstehen, die eine zum selbständigen und dauernden Betrieb der Landwirtschaft einschließlich der Viehzucht oder der Forstwirtschaft geeignete und bestimmte Wirtschaftseinheit darstellt und mit den nötigen Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehen ist. Sie muss eine gewisse Größe erreichen und für den Inhaber eine selbständige Nahrungsquelle darstellen; dass eine Ackernahrung vorliegt, ist nicht erforderlich. Wenn er nur zu einem erheblichen Teil zum Lebensunterhalt seines Inhabers beiträgt, kann der Betrieb auch nebenberuflich geführt werden (BGHZ 98, 375, 377 f.; BGH, NJW-RR 1992, 770).

a) Unstreitig ist, dass die auf dem Hof bis dahin betriebene Milchwirtschaft im Jahr 1996 nach dem Tod des ältesten Bruders der Parteien, der ursprünglich als Hoferbe vorgesehen war, aufgegeben wurde. In der Folgezeit wurde auf dem Anwesen eine Pferdepenion betrieben, wobei zum Zeitpunkt des Todes der Erblasserin fünf Pensionspferde dort untergestellt waren.

Die vom Beklagten vorgetragene Bewirtschaftung des Grünlandes und der Forstflächen ist von derart untergeordneter Bedeutung, dass sich allein hieraus die in § 2312 BGB vorgesehene Privilegierung des Erben nicht rechtfertigen lässt. Da die Benachteiligung der Pflichtteilsberechtigten, die im Ansatz des Ertragswertes statt des zumeist wesentlich höheren Verkehrswertes liegt, im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG einer Rechtfertigung bedarf (vgl. BVerfGE 76, 348 ff.), ist zu berücksichtigen, ob im Einzelfall der Gesetzeszweck, nämlich die Erhaltung eines leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebes in der Hand einer vom Gesetz begünstigten Person, erreicht werden kann (BGHZ 98, 382, 388).

Soweit man zunächst die Frage, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang der Pensionstierhaltung zukommt, außer Betracht lässt, ergeben sich aus den vom Beklagten vorgetragenen Umständen zur Grünland- und Forstflächenbewirtschaftung keine Umstände, die eine Privilegierung nach § 2312 BGB rechtfertigen könnte. Zwar kann auch bei der nebenberuflichen Bewirtschaftung eines landwirtschaftlichen Anwesens ein Landgut im Sinne von § 2312 BGB vorliegen, wenn diese nur zu einem erheblichen Teil zum Lebensunterhalt des Betriebsinhabers beiträgt (BGHZ 98, 375, 378). Dies gilt aber nur vor dem Hintergrund der Erhaltung eines leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebes in der Hand einer der vom Gesetz begünstigten Personen (BGHZ 98, 375, 380). Bei bloßer Betrachtung der Grünland- und Forstbewirtschaftung ist das Vorliegen eines leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebes zu verneinen. Nach den unstreitig gebliebenen Ergebnissen des Parteigutachtens zur Ermittlung des Ertrags- und Verkehrswertes (...) ist der Betriebsgewinn in den Jahren 1998 und 1999 mit 16.364 DM anzusetzen. Hierbei ist nach dem Gutachten von einem Deckungsbeitrag der Grünlandbewirtschaftung mit 12.022 DM und der Pensionspferdehaltung mit 14.000 DM auszugehen. Die Erträge aus der Forstwirtschaft wurden mit 3.087 DM und Erträge aus Milchquotenverpachtung mit 3.862 DM veranschlagt. Die Erträge aus Grünland- und Forstbewirtschaftung sind danach derart gering, dass allein hierauf ein erhaltungswürdiger Betrieb nicht gestützt werden kann. Hieran ändert auch das Vorbringen des Beklagten, mit der Haltung von Hühnern einen Erlös von knapp 225 € im Jahr zu erwirtschaften, nichts. Dies gilt auch, soweit der Beklagte in der Berufungsinstanz vorgetragen hat, nunmehr mit fünf Schafen mit der Schafzucht begonnen zu haben. Des Weiteren ist auch das Vorbringen des Beklagten zum Vorliegen einer Pferdezucht nicht geeignet, die Voraussetzungen des § 2312 BGB darzulegen. Der Beklagte hat insoweit lediglich vorgebracht, dass ein Fohlen in seinem Stall geboren worden ist und weitere Nachzucht zu erwarten sei. Der Beklagte hat schon nicht dargetan, dass es sich insoweit um eigene Pferde und nicht bloß um die bei ihm eingestellten Pensionspferde handelt.

b) Weder das Betreiben der Pferdepenion für sich genommen noch im Zusammenhang mit der vorgenannten Grünland- und Forstbewirtschaftung gibt dem Anwesen ein Gepräge als landwirtschaftlicher Betrieb im Sinne von § 2312 BGB. Der Betrieb einer Pferdepenion fällt nicht unter die nach § 2312 BGB privilegierte landwirtschaftliche Nutzung. Unter Landwirtschaft sind nach § 585 Abs. 1 Satz 2 BGB Bodenbewirtschaftung und die mit der Bodennutzung verbundene Tierhaltung, um pflanzliche oder tierische Erzeugnisse zu gewinnen, sowie die gartenbauliche Erzeugung zu verstehen. Dies ergibt sich auch aus dem allgemeinen Sprachgebrauch (vgl. OLG Oldenburg, NJW-RR 1992, 464, 465). Die Pensionstierhaltung stellt keine Urproduktion, bei der durch Bodennutzung pflanzliche oder tierische Erzeugnisse gewonnen werden, dar. Der Boden wird vielmehr lediglich als Unterstell- und Auslaufmöglichkeit für die eingestellten Pferde benutzt. Die Pferde selbst dienen dem Freizeitvergnügen ihrer Eigentümer. Irgendeine landwirtschaftliche Produktion, sei es zur Milch- oder Fleischgewinnung, wird damit nicht bezweckt.

Dem Beklagten kann nicht darin gefolgt werden, dass der Begriff der Landwirtschaft entsprechend seiner Verwendung in § 201 BauGB in einem weiteren Sinne zu verstehen ist. Nach dieser Vorschrift ist als Landwirtschaft auch die Pensionstierhaltung auf überwiegend eigener Futtergrundlage zu verstehen. Eine solche ausweitende Auslegung verbietet sich im Hinblick auf § 2312 BGB. Die Zielrichtung des § 201 BauGB liegt in der Privilegierung von Bauvorhaben. Demge-

genüber ist bei der Auslegung des Begriffs der Landwirtschaft im Rahmen des § 2312 BGB zu berücksichtigen, dass die Privilegierung des Erben mit einer Benachteiligung der Pflichtteilsberechtigten verbunden ist. Gerechtfertigt ist diese Benachteiligung nur unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses an der Erhaltung leistungsfähiger Höfe in bäuerlichen Familien (BVerfGE 15, 337, 342). Ein mit der Erzeugung pflanzlicher oder tierischer Produkte vergleichbares öffentliches Interesse ist bei der Tierpensionshaltung jedoch nicht gegeben.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Notwendigkeit für landwirtschaftliche Betriebe, sich auf veränderte Markt- und Lebensbedingungen einzustellen. Es ist sicher zutreffend, dass ein erheblicher Teil vor allem kleinerer landwirtschaftlicher Betriebe allein mit der Erzeugung tierischer oder pflanzlicher Produkte durch die Nutzung eigenen Bodens heute nicht mehr lebensfähig ist und deshalb weitere Leistungen erbracht [werden] oder der Betrieb nur als Nebenerwerbslandwirtschaft geführt wird. Dieser Umstand kann jedoch nicht dazu führen, dass auch Betriebe an der Privilegierung nach § 2312 BGB teilhaben, deren Gesamtbild nicht mehr von dem Betrieb einer Landwirtschaft im oben genannten Sinne geprägt wird.

Der Umstand, dass der Beklagte neben der Pensionstierhaltung auch im geringen Umfang Erträge aus der Grünland- und Forstwirtschaft erarbeitet, führt deshalb nicht dazu, den Betrieb insgesamt als Landwirtschaft erscheinen zu lassen, da sie dem Betrieb nicht mehr sein Gepräge geben.

c) Die Voraussetzungen des § 2312 BGB sind des Weiteren nicht deshalb zu bejahen, weil zum Zeitpunkt des Erbfalles die begründete Erwartung bestand, dass der Betrieb durch den Eigentümer oder einen Abkömmling weitergeführt oder künftig wieder aufgenommen wird. Zwar kann eine solche begründete Erwartung genügen, um eine Privilegierung nach § 2312 BGB zu rechtfertigen (BGH, NJW-RR 1992, 770). Erforderlich ist jedoch, dass eine solche Erwartung bereits zum Zeitpunkt des Erbfalles bestand. Hinsichtlich der künftigen Fortführung der Bewirtschaftung trifft den Erben die Darlegungs- und Beweislast (BGH, a. a. O.)

Die ursprünglich betriebene Milchwirtschaft wurde bereits im Jahr 1996 nach dem Tod des ältesten Sohnes der Erblasserin aufgegeben. Zum Zeitpunkt des Todes der Erblasserin wurde durch den Beklagten bereits die Pensionstierhaltung betrieben. Mit Wirtschaftsüberlassungsvertrag vom 1.1.1997 war ihm die Nutzung des Anwesens überlassen worden. Der Beklagte hat nicht dargetan, dass zum Zeitpunkt des Todes der Erblasserin die begründete Erwartung bestand, dass von ihm selbst oder seinen Kindern wieder eine Landwirtschaft im oben dargelegten Sinne betrieben werden wird. Die Ehefrau des Beklagten hat vielmehr im erstinstanzlichen Verfahren ausgesagt, dass beabsichtigt sei, die Pferdepension weiterzuführen. Ferner sei gut möglich, dass auch ihre 18-jährige Tochter einmal die Pferdepension weiter betreibe.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts genügt nicht die bloße abstrakte Möglichkeit, dass eines der beiden Kinder des Beklagten eines Tages eine Landwirtschaft betreiben werde, da sie sich zumindest noch nicht endgültig dagegen entschieden haben. Erforderlich ist vielmehr die begründete Erwartung, dass dies der Fall sein wird.

Auch das Vorbringen des Beklagten in der Berufungsinstanz ist nicht geeignet, eine solche Erwartung zum Zeitpunkt des Erbfalles darzutun. Der Beklagte trägt insoweit lediglich vor, dass er Probleme mit den Augen habe und deshalb durchaus die Möglichkeit bestehe, dass er seinen Beruf als Elektriker aufgeben müsse und selbst die Landwirtschaft wieder in weit größerem Umfang als derzeit betreiben werde. Zum einen ist

schon nicht dargelegt, dass dieser Umstand zum Zeitpunkt des Erbfalles gegeben war. Zum anderen stellt die dargetane vage Möglichkeit jedenfalls keine begründete Erwartung dar.

Da die Voraussetzungen für eine Privilegierung nach § 2312 BGB nicht gegeben sind, ist damit nicht der Ertragswert, sondern der Verkehrswert des Anwesens in Höhe von 2.099.000 DM zugrunde zu legen.

3. Bei der Pflichtteilsberechnung ist allerdings im Rahmen von § 2311 Abs. 2 BGB die latente Steuerlast mindernd zu berücksichtigen, wenn der Pflichtteilsanspruch nur durch Verkauf von Betriebsvermögen realisiert werden kann (BGH, NJW 1972, 1269/1270; BGHZ 98, 382, 389). Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs der Verkauf von zum Nachlass gehörenden Grundstücken notwendig ist. Streitig ist lediglich, ob das streitgegenständliche Anwesen noch Betriebsgrundstück war oder ob eine Betriebsaufgabe stattgefunden hat und somit keine latente Steuerlast wegen des Verkaufs von Betriebsvermögen zu berücksichtigen ist. Der Senat hat hierzu Beweis erhoben durch Einvernahme des Zeugen L., der der Steuerberater des Beklagten ist. Dieser erklärte, dass eine Betriebsaufgabe nicht stattgefunden hat und der gesamte Betrieb weiterhin als landwirtschaftliches Anwesen versteuert wird. Der Senat hält den Zeugen für glaubwürdig und folgt seiner Aussage, die in sich stimmig und nachvollziehbar war.

Die latente Steuerlast ist somit zu berücksichtigen. Die Höhe dieser Steuerlast haben die Parteien mit 183.333 DM unstreitig gestellt. Diese Steuerlast ist daher von dem ebenfalls unstreitigen Nettonachlass von 2.332.818,81 DM abzuziehen. Der für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs maßgebliche Nachlasswert beträgt daher 2.149.485,81 DM. Der Klägerin steht somit ein Pflichtteilsanspruch in Höhe von 358.247,84 DM zu. Abzüglich der vom Beklagten geleisteten Zahlung von 113.200 DM ergibt sich daher ein Restanspruch der Klägerin in Höhe von 245.047,69 DM (entspricht 125.290,87 €).

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Aufsatz von J. Mayer, MittBayNot 2004, 334 (in diesem Heft).

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. ZPO § 727 Abs. 1 (*Umwandlung der DG BANK in Aktiengesellschaft als identitätswahrender Rechtsformwechsel*)

Bei der Umwandlung der früheren DG BANK Deutsche Genossenschaftsbank in eine Aktiengesellschaft durch das Gesetz vom 13.8.1998 (BGBl I, 2102) handelt es sich um den unmittelbar durch Gesetz bewirkten identitätswahrenden Rechtsformwechsel und nicht um einen Fall der Rechtsnachfolge.

BGH, Beschluss vom 27.2.2004, IXa ZB 162/03; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist vollständig abgedruckt etwa in ZIP 2004, 666.

14. GmbHG §§ 55, 57 Abs. 2, 7 Abs. 2 (*Voreinzahlung auf künftige Kapitalerhöhung*)

Im Kapitalaufbringungssystem der GmbH bildet der Kapitalerhöhungsbeschluss die maßgebliche Zäsur. Voreinzahlungen auf die künftige Kapitalerhöhung haben schuldtilgende Wirkung nur dann, wenn der eingezahlte Betrag im Zeitpunkt der Fassung des Erhöhungsbeschlusses noch als solcher im Vermögen der Gesellschaft vorhanden ist. Dem steht es nicht gleich, dass auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft eingezahlt wird und die Bank nach Verrechnung der Gutschrift eine Verfügung über den Einlagebetrag zulässt (Klarstellung von Sen. Urt. v. 21.6.1996, II ZR 98/95, ZIP 1996, 1466 = DNotZ 1997, 495).

BGH, Urteil vom 15.3.2004, II ZR 210/01

Der Beklagte ist der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der G. GmbH. Über deren Vermögen ist Ende 1999 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt worden.

Die Gemeinschuldnerin war ursprünglich mit einem Stammkapital von 50.000 DM ausgestattet. Am 23.12.1996 beschloss der Beklagte die Erhöhung des Stammkapitals um 1,45 Mio. DM und übernahm die auf das erhöhte Kapital zu leistende Stammeinlage. 1 Mio. DM sollten sofort auf dem Wege der Bareinlage eingezahlt werden, während der Restbetrag durch Einbringung eines Darlehensrückzahlungsanspruchs des Beklagten gegen die GmbH aufgebracht werden sollte. In der Anmeldung der Kapitalerhöhung vom 23.12.1996 versicherte der Beklagte, „dass die Einlagen auf das neue Stammkapital in voller Höhe bewirkt sind und dass die Einlagen der Geschäftsführung endgültig auflagenfrei und frei von jeglichen Schulden oder Rechten Dritter zur freien Verfügung stehen“. Den bar zu erbringenden Teil seiner Einlageschuld hatte der Beklagte bereits wenige Tage vor dem Kapitalerhöhungsbeschluss, am 19.12.1996, auf das Geschäftskonto der Gesellschaft eingezahlt. Dieses wurde – bei geduldeter Überziehung – zu dieser Zeit im Debet geführt und wies am 18.12.1996, am Tag vor der Einzahlung, einen Saldo von 1.452.978,13 DM zu Lasten der Gesellschaft auf. Nach Gutschrift der als „Stammeinlage G. GmbH“ gekennzeichneten Einzahlung am 19.12.1996 und weiteren Buchungen lag der Debetsaldo auf diesem Konto der Gesellschaft bei 436.729,84 DM.

Der Kläger ist der Auffassung, der Beklagte habe seine Einlageschuld durch die genannte Zahlung nicht ordnungsgemäß erfüllt. Seine Zahlungsklage hatte vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt er sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Der Kläger verlangt mit Recht von dem Beklagten Erfüllung seiner Einlageschuld in Höhe von 1 Mio. DM zzgl. Zinsen.

Durch die Überweisung des genannten Betrages vom 19.12.1996 und die entsprechende Gutschrift auf dem im Debet geführten Kreditkonto der Gemeinschuldnerin am selben Tage ist diese Einlageschuld des Beklagten nicht getilgt worden. Da die Zahlung bewirkt wurde, bevor der Beklagte als Alleingesellschafter die Kapitalerhöhung beschlossen hat, handelt es sich um eine sog. Zahlung auf künftige Einlageschuld; diese hat – ob etwas anderes gilt, wenn diese Verfahrensweise aus Sanierungsgründen geboten ist, hat der Senat bisher nicht entschieden (vgl. dazu zuletzt BGHZ 145, 150 zur sog. „Voreinbringung“ auf künftige Einlageschuld; ferner Urt. v. 7.11.1994, II ZR 248/93, NJW 1995, 460) und bedarf auch hier keiner Entscheidung – allein dann schuldtilgende Wirkung, wenn der eingezahlte Betrag im Zeitpunkt des Erhöhungsbeschlusses als solcher noch im Vermögen der Gesellschaft vorhanden ist (BGHZ 51, 157, 159 m. w. N.; Urt. v. 7.11.1966, II ZR 136/64, NJW 1967, 44; Urt. v. 21.6.1996, II ZR 98/95, ZIP 1996, 1466 f.; für die Sacheinlage BGHZ 145, 150 ff.). Erfüllt ist diese Voraussetzung, wenn der geschuldete

Betrag sich entweder in der Kasse der Gesellschaft befindet oder wenn der Gesellschafter auf ein Konto der Gesellschaft einzahlt und dieses anschließend und fortdauernd bis zur Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ein Guthaben in entsprechender Höhe ausweist.

Dagegen reicht es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, das sich hierbei allerdings auf die vereinzelt gebliebene Entscheidung des Senats vom 21.6.1996 (II ZR 98/95, a. a. O.) beruft, nicht aus, dass der Überweisungsbetrag mit Schulden der Gesellschaft verrechnet wird; das gilt selbst dann, wenn das Kreditinstitut eine erneute Verfügung über das Kreditkonto in entsprechender Höhe gestattet. Soweit dem genannten Urteil Gegenteiliges entnommen werden könnte, hält der Senat hieran nicht fest.

Im Kapitalaufbringungssystem des GmbHG bildet der Kapitalerhöhungsbeschluss die maßgebende Zäsur, nach der sich nicht nur bestimmt, in welcher Weise der Gesellschafter, der zur Übernahme des neu geschaffenen Geschäftsanteils zugelassen wird, seine Einlage zu erfüllen hat, sondern von der ab der Geschäftsführer auch ihm aufgrund dieses Beschlusses zugegangene Einlageleistungen für Zwecke der Gesellschaft – etwa zur Tilgung einer Kreditschuld – verwenden darf, ohne dass der Gesellschafter Gefahr läuft, von seiner Einlageverpflichtung nicht frei zu werden (s. BGHZ 150, 197 ff.). Ist eine Bareinlage vereinbart, kann der geschuldete Betrag grundsätzlich erst ab diesem Zeitpunkt eingezahlt werden; vorher an die Gesellschaft erbrachte Geldleistungen werden nach dem Kapitalaufbringungssystem des GmbHG grundsätzlich nicht als Zahlungen auf die geschuldete Bareinlage anerkannt. Einlagegegenstand ist in diesem Fall vielmehr die entsprechende Rückzahlungsforderung, die nur auf dem Wege einer offen zu legenden und der registergerichtlichen Prüfung zu unterwerfenden Sacheinlage eingebracht werden kann. Hiervon macht der Senat – aus Gründen der Vereinfachung der Abwicklung – allein für den oben genannten Fall eine Ausnahme, dass sich der vorher eingezahlte Betrag als solcher – also nicht nur wertmäßig – im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung zweifelsfrei noch im Gesellschaftsvermögen befindet. Wollte man demgegenüber auch einer Voreinzahlung auf ein debitorisches Gesellschaftskonto schuldtilgende Wirkung beimessen, soweit das Kreditinstitut eine abermalige Verfügung über den Einzahlungsbetrag zulässt, würde der grundlegende Zweck der Kapitalaufbringungsvorschriften, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger präventiv für eine transparente und zweifelsfreie Erfüllung der Einlageverpflichtungen und eine dadurch eintretende Stärkung der Liquidität der Gesellschaft zu sorgen, nicht erreicht. Vielmehr würde es den Beteiligten gestattet, sich der vom Gesetzgeber aus guten Gründen vorgeschriebenen Publizität und präventiven registergerichtlichen Kontrolle des Kapitalaufbringungsvorgangs zu entziehen und die Klärung, ob die Gesellschaft wenigstens wertmäßig durch die Vorgänge gestärkt worden ist, auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben. Gerade der zu entscheidende Fall macht die dadurch eintretenden Schwierigkeiten nachdrücklich deutlich, wenn die Parteien nach Jahren darum streiten, ob der Beklagte als alleiniger Geschäftsführer aufgrund der Überweisung vom 19.12.1996 über einen Zuwachs an Liquidität hat verfügen können, weil die Hausbank der Gemeinschuldnerin nach der Verrechnung der Voreinzahlung weitere Verfügungen über das Konto zugelassen hat, oder ob der eingezahlte Betrag sogar mittelbar an den beklagten Inferenten zurückgezahlt worden ist und aus diesem Grund die Einlageschuld nicht getilgt worden ist (vgl. BGHZ 150, 197 ff.).

15. HGB § 25 Abs. 1 Satz 1 (*Haftung bei Firmenfortführung unter Übernahme prägender Firmenteile*)

Die Fortführung eines unter der Bezeichnung „Kfz-Küpper, Internationale Transporte, Handel mit Kfz.-Teilen und Zubehör aller Art“ firmierenden einzelkaufmännischen Unternehmens als „Kfz-Küpper Transport und Logistik GmbH“ löst die Haftung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB aus.

BGH, Urteil vom 15.3.2004, II ZR 324/01; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der inzwischen aus dem Rechtsstreit ausgeschiedene Beklagte zu 1 bezeichnete das von ihm als Einzelkaufmann betriebene Unternehmen in geschäftlichen Schreiben mit „Kfz-Küpper, Internationale Transporte, Handel mit Kfz.-Teilen und Zubehör aller Art“. Mit der klagenden Bank stand er in Geschäftsbeziehungen; ihm war eine Kreditlinie von 70.000 DM eingeräumt worden, welche er Ende Juni 2000 um knapp 800 DM überschritten hatte. Als der Klägerin zu dieser Zeit eine Pfändungsverfügung des Finanzamts über 63.018,20 DM zugestellt wurde, kündigte sie wegen Zahlungsunfähigkeit des Beklagten zu 1 dieses und weitere Darlehen (Valuta knapp 81.000 DM) und stellte die Rückzahlungsforderungen sofort fällig.

Im Jahr 2000 ist die „Kfz-Küpper Transport und Logistik GmbH“, die frühere Beklagte zu 2, gegründet worden, zu deren Geschäftsführer der Beklagte zu 1 berufen wurde. Die Klägerin, die die Auffassung vertritt, diese neu gegründete Gesellschaft hafte für die Verbindlichkeiten des Einzelunternehmens nach § 25 HGB, weil sie das frühere Einzelunternehmen des Beklagten zu 1 unter der bisherigen Firma fortgeführt habe, hat von den Beklagten u. a. Zahlung von 75.000 DM nebst Zinsen gefordert. Das Landgericht hat den Beklagten zu 1 insoweit rechtskräftig verurteilt, die Klage gegen die frühere Beklagte zu 2 jedoch abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Während des Revisionsverfahrens ist über das Vermögen der bisherigen Beklagten zu 2 das Insolvenzverfahren eröffnet und der jetzige Beklagte zu 2 zum Insolvenzverwalter berufen worden. Die Klägerin hat die Aufnahme des Rechtsstreits gegen den Insolvenzverwalter erklärt und verlangt mit ihrem umgestellten Antrag nunmehr nicht Zahlung, sondern Feststellung ihrer Forderung i. H. v. 75.000 DM = 38.346,89 € zur Insolvenztabelle.

Aus den Gründen:

Da der beklagte Insolvenzverwalter im Verhandlungstermin trotz dessen rechtzeitiger Bekanntgabe nicht vertreten war, ist über die Revision der Klägerin durch Versäumnisurteil, ungeachtet der Säumnis aber aufgrund sachlicher Prüfung (BGHZ 37, 79, 82) zu entscheiden.

Die Revision ist begründet und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Dieses hat die Haftung der Gemeinschuldnerin mit der Begründung verneint, es fehle an der in § 25 HGB geforderten Firmenfortführung. Dies begegnet, wie die Revision mit Recht geltend macht, durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

1. Da das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus: konsequent – keine Feststellungen zu den zwischen den Parteien umstrittenen Tatsachen getroffen hat, aus denen die Klägerin die Unternehmensfortführung des von dem Beklagten zu 1 als Einzelkaufmann betriebenen Gewerbes durch die Gemeinschuldnerin hergeleitet hat, ist zugunsten der Klägerin revisionsrechtlich von der Richtigkeit ihres Vortrags auszugehen.

2. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats (BGHZ 146, 374 ff.; Urt. v. 4.1.1991, II ZR 85/91, ZIP 1992, 398 = WM 1992, 55) ist die Firmenfortführung beim Wechsel des Inhabers deswegen eine der Voraussetzungen für die Auslösung der Haftung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB, weil in ihr die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, welche der tragende Grund für die Erstreckung der

Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist. Dabei ist die Frage, ob eine Firmenfortführung vorliegt, aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise zu beantworten, für die allein entscheidend ist, dass die unter dem bisherigen Geschäftsinhaber tatsächlich geführte und von dem Erwerber weiter geführte Firma eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht. Dass die alte Firma nicht unverändert fortgeführt wird, ist unerheblich, sofern der prägende Teil der alten in der neuen Firma beibehalten ist und deswegen die mit dem jeweiligen Unternehmen in geschäftlichem Kontakt stehenden Kreise des Rechtsverkehrs die neue Firma noch mit der alten identifizieren.

Nach diesen – von dem Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend wiedergegebenen – Grundsätzen kann hier eine Firmenfortführung nicht verneint werden. Prägend für die Firma war nicht allein die den Familiennamen des bisherigen Inhabers aufnehmende Bezeichnung „Kfz-Küpper“, wie das Berufungsgericht in unvollständiger Auswertung des unstrittigen Sachverhalts angenommen hat, sondern der auf den Betrieb eines Transportunternehmens hinweisende Zusatz „Internationale Transporte“. Beide Elemente, der mit „Kfz“ ergänzte, die Firma individualisierende Name des Inhabers und die in der Verwendung des Wortes „Transport“ liegende Beschreibung des Betätigungsfeldes des Unternehmens kennzeichnen für die betroffenen Kreise die Firma. Dem Umstand, dass die Gemeinschuldnerin den Rechtsformzusatz „GmbH“ in ihre Firma aufgenommen hat, hat das Berufungsgericht mit Recht keine Bedeutung beigemessen (vgl. zuletzt BGHZ 146, 374, 377). Ihm ist jedoch nicht darin zu folgen, dass die Anfügung des weiteren Begriffs „Logistik“ neben der fortgeführten Bezeichnung „Transport“ die neue Firmenbezeichnung so weit von der alten absetzt, dass aus der Sicht der Betroffenen eine Identität ausscheiden muss. Das Klangbild, auf das das Berufungsgericht abheben will (vgl. dazu auch *Zimmer/Scheffel* in Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 25 Rdnr. 52), ist – jedenfalls bei der hier vorliegenden weitgehenden Übereinstimmung der alten und der neuen Firma und der fortdauernden Verwendung des individualisierenden Bestandteils „Kfz-Küpper“ – kein tragfähiges Unterscheidungskriterium, wie die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung (Sen. Urt. v. 4.11.1991, a. a. O.; BGH, Urt. v. 16.9.1981, VIII ZR 111/80, WM 1981, 1255) belegt, die im Schrifttum weitgehend zustimmend aufgenommen worden ist (vgl. *Lieb* in Münch-KommHGB, § 25 Rdnr. 66; *Ammon* in Röhrich/v. Westphalen, 2. Aufl., § 25 Rdnr. 20; *Roth* in Koller/Morck/Roth, 2. Aufl., § 25 Rdnr. 6; vgl. ferner die zahlreichen Beispiele aus der Instanzrechtsprechung bei *Zimmer/Scheffel*, a. a. O., Rdnr. 55 f.).

16. GmbHG § 19 Abs. 1, 2, 5 (*Keine Tilgung der Stammeinlageverpflichtung durch identische Barein- und Barauszahlung am selben Tag*)

Die Stammeinlageverpflichtung wird durch eine am selben Tag über ein Konto der (Vor-)GmbH abgewickelte, der Höhe nach identische Barein- und Barauszahlung nicht getilgt, wenn es sich bei dem Zahlungsvorgang entweder um eine bloße Hin- und Herzahlung oder um eine Zahlung aus Mitteln der Gesellschaft handelt.

BGH, Urteil vom 22.3.2004, II ZR 7/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Durch Gesellschaftsvertrag vom 4.5.1993 wurde die „M. Vertriebs GmbH“ errichtet. Einziger Gesellschafter der mit einem Stammkapital von 100.000 DM ausgestatteten GmbH war der Beklagte, der seinen Geschäftsanteil treuhänderisch für W. B., den Geschäftsführer der Gesellschaft, hielt. Ein unter dem Namen der GmbH eröffnetes Konto wies am 30.4.1993 ein Guthaben von 100.000 DM auf. Über dieses Konto – die zeitliche Reihenfolge ist streitig – wurden am 4.5.1993 durch den Treugeber B. eine Einzahlung und eine Auszahlung von 100.000 DM abgewickelt.

Der zum Insolvenzverwalter der GmbH bestellte Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung seiner Stammeinlage von 100.000 DM in Anspruch. Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsvergehen weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Einlage ordnungsgemäß erbracht worden. Falls nach der Einzahlung von 100.000 DM eine Auszahlung in gleicher Höhe erfolgt sei, berühre dies nicht die Wirksamkeit der Stammeinlageleistung, weil auf dem Konto auch nach der Barabhebung ein Betrag von 100.000 DM vorhanden gewesen sei. Im umgekehrten Fall einer zunächst bewirkten Auszahlung sei die Stammeinlage durch die spätere Einzahlung erbracht worden, weil kein Verbot bestanden habe, das auf dem Konto befindliche Guthaben zu entnehmen.

II. Diese Würdigung des Oberlandesgerichts hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Dies gilt ungeachtet dessen, ob die Einzahlung oder die Auszahlung zuerst erfolgte. In beiden Fällen fehlt es an einer Bewirkung der Einlage zur endgültig freien Verfügung des Geschäftsführers (§ 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG).

1. Wurde der am 4.5.1993 auf das Konto eingezahlte Betrag anschließend noch am selben Tage abgehoben, so wurde die Einlagenschuld des Beklagten nicht erfüllt.

An einer Leistung der geschuldeten Bareinlage zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführer fehlt es jedenfalls bei einer reinen Scheinzahlung, bei der die im Voraus abgesprochene Rückzahlung keinen außerhalb dieser Abrede liegenden Rechtsgrund hat (BGHZ 113, 335, 347). Ebenso wenig tilgt die Hin- und Herzahlung des Einlagebetrags binnen weniger Tage die Einlagenschuld, weil in einem solchen Falle vermutet wird, dass die Leistung nicht zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung gestanden hat (BGHZ 113, 335, 348; Sen. Ur. v. 17.9.2001, II ZR 275/99, ZIP 2001, 1997 m. w. N.; Sen. Ur. v. 16.3.1998, II ZR 303/96, ZIP 1998, 780, 782). Eine Erfüllungswirkung kommt, ohne dass der nahe liegenden Möglichkeit eines Scheingeschäfts näher nachgegangen zu werden braucht, angesichts des überaus engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Ein- und Auszahlung nicht in Betracht. Es fehlt an einer effektiven Zufuhr der Bareinlage, durch die der Einleger seine Verfügungsmacht über die Barmittel endgültig und ohne Vorbehalte zugunsten der Gesellschaft aufgibt.

2. Ebenso scheidet eine Tilgung der Einlagenschuld aus, wenn der am 4.5.1993 dem Konto entnommene Betrag von 100.000 DM unmittelbar danach dem Konto zwecks Begleichung der Einlagenschuld wieder zugeführt wurde.

Die Stammeinlage kann von einem Dritten (§ 267 BGB) oder durch den Gesellschafter mit Hilfe von Mitteln eines Dritten

erbracht werden. Zahlungen aus dem Vermögen der GmbH, die dem Gesellschafter als Darlehen oder in sonstiger Weise überlassen werden, sind jedoch zur Tilgung der Einlagenschuld nicht geeignet (BGHZ 153, 107, 110; 28, 77 f.). Durch die Einzahlung des zuvor abgehobenen Betrags wurde die Einlage aus Mitteln der GmbH erbracht. Diese Transaktion steht einem verbotenen Erlass der Einlagenschuld (§ 19 Abs. 2 GmbHG) gleich, weil der Gesellschafter von seiner Einlagenschuld befreit wird, ohne selbst etwas aufgewendet zu haben. Selbst wenn der Abhebung ein gegen die (Vor-)Gesellschaft gerichteter Entnahmeanspruch zugrunde gelegen haben sollte, hätte die Erbringung der Einlage mit Hilfe der auf diese Weise erlangten Mittel unter den gegebenen Umständen nur unter Beachtung besonderer, im vorliegenden Fall nicht erfüllter Bedingungen (BGHZ 113, 335; Sen. Ur. v. 26.5.1997, II ZR 69/96, ZIP 1997, 1337) schuldbefreiende Wirkung erlangen können.

III. Im Rahmen der neuen mündlichen Verhandlung wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die Einlageverpflichtung des Beklagten durch eine vor Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages geleistete Zahlung von 100.000 DM beglichen wurde. Eine die Einlagenschuld tilgende Wirkung könnte eine solche Zahlung allerdings nur haben, wenn der Zahlungsbetrag als Einlage geleistet wurde und soweit er unverseht auf die Vorgesellschaft überging. War allerdings unter Verwendung dieses Geldbetrages bereits ein Geschäftsbetrieb eröffnet und mit seinen Aktiva und Passiva auf die Vorgesellschaft übertragen worden, so scheidet eine Begleichung der Bareinlageverpflichtung aus (vgl. Sen. Ur. v. 15.3.2004, II ZR 210/01, MittBayNot 2004, 372 [in diesem Heft]; Sen. Ur. v. 22.6.1992, II ZR 30/91, NJW 1992, 2698 f.).

Beurkundungs- und Notarrecht

17. BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO § 14 Abs. 1 Satz 2 (*Beherrschungspflicht des nur die Annahme beurkundenden Zentralnotars gegenüber dem Anbietenden*)

Bei der sukzessiv erfolgenden Beurkundung von Vertragsangebot und -annahme kann dem so genannten Zentralnotar, der nur die Vertragsannahme beurkundet, gegenüber dem Anbietenden eine betreuende Belehrungspflicht bezüglich zwischenzeitlich eingetragener Belastungen obliegen.

BGH, Urteil vom 4.3.2004, III ZR 72/03; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die I. Wohnbau GmbH (im Folgenden: I.) beabsichtigte, auf einem Grundstück in N. ein Wohngebäude zu errichten. Die Wohnungen sollten als Eigentumswohnungen an Kapitalanleger veräußert werden. Der in N. ansässige erstbeklagte Notar wirkte an dem Vorhaben als so genannter Zentralnotar mit. Er entwarf für die I. ein Angebot zum Kauf einer solchen Eigentumswohnung, das der Kapitalanleger an die I. richten und das von einem Notar am Wohnsitz des Anlegers (so genannter Ortsnotar) beurkundet werden sollte.

Der Kläger gab auf der Grundlage des Entwurfs des Beklagten zu 1 am 27.11.1992 ein Kaufangebot vor Notar K. ab. Am 23.12.1992 erklärte die I. zur Urkunde des Beklagten zu 1 die Annahme des Kaufangebotes. Entsprechend den Vorgaben des Angebots beantragte der Beklagte zu 1 am 13.5.1993 die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Klägers, was am 17.8.1993 geschah. Am 27.9.1995 erklärte die I. vor dem Beklagten zu 1 – im eigenen Namen sowie in Vertretung des Klägers – die Auflassung. Die hierüber

errichtete Urkunde genehmigte der Kläger am 16.11.1995 unter Verwendung eines von dem Beklagten zu 1 vorbereiteten Entwurfs. Am 7.11.1997 wurde der Kläger als Eigentümer eingetragen.

Die Stadt N. hatte am 18.12.1992 das Bauvorhaben der I. unter der Auflage genehmigt, dass im Grundbuch eine Nutzungseinschränkung auf Studentenwohnungen eingetragen werde. Der Beklagte zu 1 hatte bereits zuvor eine Erklärung der I. entworfen, in der es hieß:

„Der jeweilige Eigentümer des Grundstücks ... verpflichtet sich gegenüber der Stadt N., das auf dem Grundstück zur Erstellung kommende Anwesen als Studentenwohnungen mit Büros und Läden für immer zu benutzen und zu betreiben.

Zur Sicherung dieser Verpflichtung wird zugunsten der Stadt N. an dem vorgenannten Grundbesitz die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bewilligt und beantragt.“

Der Geschäftsführer der I. unterzeichnete die Erklärung am 20.11.1992; die Unterschrift wurde von dem früheren Beklagten zu 2 – in seiner Eigenschaft als amtlich bestellter Vertreter des Beklagten zu 1 – beglaubigt. Mit Schreiben vom 1.12.1992 legte der Beklagte zu 1 die Erklärung der I. dem Grundbuchamt vor mit der Bitte um Vollzug. Die Dienstbarkeit wurde am 9.12.1992 im Grundbuch eingetragen.

Das am 27.11.1992 gemäß dem Entwurf des Beklagten zu 1 beurkundete Kaufangebot des Klägers sah vor, dass der zu erwerbende Grundbesitz, abgesehen von einer noch einzutragenden Kfz-Dienstbarkeit, in Abteilung II des Grundbuchs „frei“ von Belastungen sein sollte. Der Beklagte zu 1 unterrichtete den Kläger weder anlässlich der Beurkundung der Annahme des Kaufangebotes durch die I. am 23.12.1992, der Beantragung der Auflassungsvormerkung am 13.5.1993, der Beurkundung der Auflassung am 27.9.1995 noch anlässlich deren Genehmigung am 16.11.1995 über die dinglich gesicherte Nutzungsbeschränkung.

Gestützt auf Gewährleistungsansprüche forderte der Kläger von der I. Schadensersatz. Er verklagte sie und verkündete in jenem Rechtsstreit den Beklagten den Streit. Im Hinblick auf einen als Musterprozess geführten Rechtsstreit eines anderen Anlegers wurde auf übereinstimmenden Antrag der Parteien das Ruhen jenes Verfahrens angeordnet. In dem Musterverfahren hob der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 30.6.2000 (V ZR 156/99) das klageabweisende Urteil des Berufungsgerichts auf und sprach den dortigen Klägern einen – der Höhe nach noch zu klärenden – Schadensersatzanspruch gegen die I. zu. Diese beantragte daraufhin die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Das Amtsgericht M. entsprach dem Antrag durch Beschluss vom 4.7.2000. Der Rechtsstreit des Klägers gegen die I. ist seitdem unterbrochen.

Mit der am 21.11.2001 eingereichten Klage verlangt der Kläger von dem Beklagten zu 1 Schadensersatz wegen Verletzung notarieller Amtspflichten. Der Beklagte zu 1 habe es versäumt, ihn auf die Belastung des Wohnungseigentums mit einer nutzungsbeschränkenden Dienstbarkeit hinzuweisen. Der Kläger begehrt Zahlung von 153.530,56 € (= 300.279,69 DM) nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung des Wohnungseigentums sowie Feststellung, dass der Beklagte zu 1 verpflichtet ist, ihm den darüber hinaus entstehenden Schaden aus dem Erwerb der Eigentumswohnung zu ersetzen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat der Kläger für den Fall, dass der in erster Linie gestellte Antrag auf Zahlung von 153.530,56 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung des Wohnungseigentums unzulässig sein sollte, beantragt, den Beklagten zu 1 zu verurteilen, 130.522,43 € (= 255.279,69 DM) nebst Zinsen ohne Zug-um-Zug-Einschränkung zu zahlen. Das Berufungsgericht hat den Hilfsantrag dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem Feststellungsantrag zum Teil stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte zu 1 seinen Antrag, die Klage insgesamt abzuweisen, weiter. Der Kläger hat Anschlussrevision eingelegt mit dem Antrag, den Beklagten entsprechend dem Hauptantrag zur Zahlung Zug um Zug zu verurteilen und dem Feststellungsantrag in vollem Umfang stattzugeben.

Aus den Gründen:

Die Revision des Beklagten zu 1 ist unbegründet; die Anschlussrevision des Klägers ist dagegen begründet. Die Klage gegen den Beklagten zu 1 ist hinsichtlich des hauptsächlich

gestellten Zahlungsantrages dem Grunde nach gerechtfertigt; der Feststellungsantrag ist in vollem Umfang begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der hauptsächlich gestellte Antrag auf Zahlung Zug um Zug gegen Übertragung des Wohnungseigentums sei unbegründet. Der Kläger könne nicht Schadensersatz in Gestalt von Naturalrestitution und deshalb keine Zug-um-Zug-Verurteilung verlangen.

Der Hilfsantrag sei dem Grunde nach gerechtfertigt, weil der Beklagte zu 1 Schadensersatz wegen notarieller Amtspflichtverletzung (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO) schulde. Der Beklagte zu 1 habe es amtspflichtwidrig und schuldhaft unterlassen, den Kläger über die am 9.12.1992 eingetragene Dienstbarkeit zu unterrichten. Eine Belehrungspflicht habe zwar nicht im Zusammenhang mit der am 23.12.1992 erfolgten Beurkundung der Erklärung von I., das Kaufangebot des Klägers annehmen zu wollen, bestanden; der Kläger sei insoweit nicht beteiligter (§§ 6 Abs. 2, 17 Abs. 1 BeurkG) gewesen. Der Beklagte zu 1 habe den Kläger aber anlässlich des Antrages auf Eintragung der Auflassungsvormerkung am 13.5.1993 über die Dienstbarkeit unterrichten müssen. Der Kläger sei an dieser Amtshandlung mittelbar beteiligt gewesen. Die Belastung des Grundstücks mit einer dinglich gesicherten Nutzungsbeschränkung sei ein ihm unbekannter Rechtsmangel der Kaufsache gewesen. Ersichtlich habe der Kläger ein Interesse daran gehabt, die tatsächlichen Grundlagen für die Ausübung seiner vertraglichen Rechte (§§ 434, 440, 320, 326 BGB a. F.) zu erlangen.

Dem Kläger sei durch diese Amtspflichtverletzung ein Schaden entstanden. Hätte er bei der Beantragung der Auflassungsvormerkung am 13.5.1993 von der Dienstbarkeit erfahren, wäre er vom Kaufvertrag zurückgetreten und hätte zumindest weitere Kaufpreiszahlungen vermieden.

Der Schadensersatzanspruch sei nicht verjährt. Da es sich bei der Beantragung der Auflassungsvormerkung nicht um ein selbständiges Betreuungsgeschäft gehandelt habe, habe der Kläger zunächst einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit nachgehen, das heißt seine Rechte gegen die I. geltend machen müssen. Erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der I. am 4.7.2000 – weniger als drei Jahre vor Einreichung der Klage am 21.11.2001 – habe festgestanden, dass eine anderweitige Ersatzmöglichkeit nicht bestehe.

Der Beklagte zu 1 habe den Kläger über das Bestehen der Dienstbarkeit ferner im Zusammenhang mit der Beurkundung der Auflassung am 27.9.1995 und deren Genehmigung durch den Kläger am 16.11.1995 unterrichten müssen. Durch die unterbliebene Unterrichtung sei dem Kläger jedenfalls insoweit ein Schaden entstanden, als nach dem 27.9.1995 noch „schadensstiftende stornierbare Verfügungen“ des Klägers angefallen seien.

II.

Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, dass der Beklagte zu 1 dem Kläger dem Grunde nach Schadensersatz zu leisten hat wegen schuldhafter Verletzung notarieller Amtspflichten (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO).

a) Zu Recht beanstandet aber die Anschlussrevision, dass das Berufungsgericht eine Amtspflichtverletzung des Beklagten zu 1 bei der am 23.12.1992 erfolgten Beurkundung der Annahmeerklärung der I. verneint hat. Der Beklagte zu 1 ver-

letzte bei diesem Urkundsgeschäft eine ihm gegenüber dem Kläger obliegende Hinweis- und Formulierungspflicht (§§ 17 Abs. 1 BeurkG, 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO).

aa) Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG hat der Notar den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären und über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren. Damit soll gewährleistet werden, dass die zu errichtende Urkunde den Willen der Parteien vollständig sowie inhaltlich richtig und eindeutig wiedergibt. Demzufolge hat der Notar die Beteiligten über die rechtliche Bedeutung ihrer Erklärungen sowie die Voraussetzungen für den Eintritt der bezweckten Rechtsfolge in dem Umfang zu belehren, wie es zur Errichtung einer dem wahren Willen entsprechenden rechtsgültigen Urkunde erforderlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 2.11.1995, IX ZR 15/95, NJW 1996, 522, 523 = DNotZ 1996, 568, 569 m. w. N.). Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden (§ 17 Abs. 2 Satz 1 BNotO).

Die vorgenannten Aufklärungs- und Belehrungspflichten beschränken sich allerdings, wenn allein die Annahme eines vorgegebenen Vertragsangebots beurkundet werden soll, grundsätzlich auf die rechtliche Bedeutung der Annahme; der Inhalt des Vertragsangebotes gehört nicht zur rechtlichen Tragweite dieses Urkundsgeschäfts (vgl. BGHZ 125, 218, 223 f.; BGH, Urteil vom 24.6.1993, IX ZR 216/92, NJW 1993, 2747, 2750; *Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 5. Aufl. 2003, § 14 Rdnr. 141; *Ganter* in Zuehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rdnr. 979, 1462). Der die Annahme beurkundende Notar schuldet aber den an diesem Urkundsgeschäft Beteiligten eine „betreuende Belehrung“ (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO), wenn er bei gebotener Sorgfalt erkennen kann, dass der mit der Annahme bewirkte Vertragsschluss ihre Vermögensinteressen gefährdet (vgl. BGH, Urteil vom 24.6.1993, a. a. O.). So liegt der Streitfall.

bb) Der Kläger war mittelbar Beteiligter an der von dem Beklagten zu 1 beurkundeten Annahmeerklärung der I.

Die aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG erwachsende Pflicht zur Rechtsbelehrung obliegt dem Notar gegenüber den formell an der Beurkundung Beteiligten (unmittelbar Beteiligten; BGH, Urteil vom 8.7.1993, IX ZR 222/92, NJW 1993, 2617, 2618, insoweit in BGHZ 123, 178 nicht abgedruckt). Das sind gemäß § 6 Abs. 2 BeurkG die Erschienenen, deren im eigenen oder fremden Namen abgegebene Erklärungen beurkundet werden sollen.

Ausnahmsweise können jedoch auch gegenüber anderen Personen, die nicht formell (unmittelbar), wohl aber mittelbar Beteiligte sind, Belehrungspflichten nach §§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO bestehen (vgl. *Ganter*, a. a. O., Rdnr. 1113 ff., 1282). Mittelbar Beteiligter ist insbesondere, wer im eigenen Interesse bei der Beurkundung anwesend ist, weil er aus dem beurkundeten Rechtsgeschäft verpflichtet werden oder Rechte erwerben soll (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.1991, IX ZR 8/91, NJW-RR 1992, 393, 395); wer von den unmittelbar Beteiligten zu der Beurkundung hinzugezogen wird, um ihn „faktisch einzubinden“ (vgl. *Ganter*, a. a. O., Rdnr. 1116 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 9.1.2003, IX ZR 422/99, NJW 2003, 1940 f.); ferner, wer sich aus Anlass der Beurkundung an den Notar gewandt und ihm eigene Belange anvertraut hat (vgl. BGHZ 58, 343, 353; BGH, Urteile vom 30.6.1981, VI ZR 197/79, NJW 1981, 2705, und vom 29.9.1981, VI ZR 2/80, DNotZ 1982, 384, 385).

Der Kläger kann aufgrund der besonderen Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens (vgl. BGH, Urteil vom 30.6.1981, a. a. O., S. 2706) der zuletzt genannten Fallgruppe zugerechnet werden.

(1) Das hier von dem Beklagten zu 1 als so genannter Zentralnotar mitgestaltete Beurkundungsverfahren barg wegen der sukzessiv erfolgenden Beurkundung von Vertragsangebot und -annahme von vornherein die Gefahr, dass zwischenzeitlichen Änderungen der Sachlage, insbesondere zwischenzeitlich im Grundbuch eingetragenen Belastungen, nicht Rechnung getragen wurde. Nach dem von ihm vorbereiteten Entwurf des Kaufangebotes sollte der Ortsnotar das Grundbuch nicht einsehen; im Streitfall hätte er die am 1.12.1992 – also nach der Beurkundung des Kaufangebotes am 27.11.1992 – beantragte und am 9.12.1992 eingetragene Dienstbarkeit auch nicht durch Einsicht in das Grundbuch feststellen können. Es kam insoweit alles auf den Beklagten zu 1 an, der als Zentralnotar das Geschehen umfassend überblicken und steuern konnte.

(2) Für den Beklagten zu 1 lag bei der Beurkundung der Annahmeerklärung am 23.12.1992 auf der Hand, dass der von dem Kläger und der I. angestrebte Kaufvertrag die nach der Abgabe des Vertragsangebotes im Grundbuch eingetragene Belastung mit einer nutzungsbeschränkenden Dienstbarkeit nicht berücksichtigte. Der vom Kläger mit Urkunde vom 27.11.1992 angebotene Kaufvertrag sah bezüglich der Belastungen des zu erwerbenden Grundbesitzes vor:

„Der ... Grundbesitz wird wie folgt belastet sein:

Abteilung II: frei

Abteilung III: ... Buchgrundschuld ...

In Abteilung II des Grundbuches kommt jedoch eine Grunddienstbarkeit (Kfz-Dienstbarkeit) ... zur Eintragung.“

Die I. schuldete damit dem Kläger (abgesehen von der Kfz-Dienstbarkeit) in Abteilung II des Grundbuchs lastenfreies Eigentum. Daran änderte die der I. in Abschnitt B XIV Buchstabe c des Kaufangebotes eingeräumte Vollmacht, Dienstbarkeiten eintragen zu lassen, nichts; diese Regelung betraf lediglich das Außenverhältnis, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat.

Bei der Beurkundung der Annahmeerklärung am 23.12.1992 war die zweite Abteilung indes nicht mehr „frei“. Am 9.12.1992 war eine Nutzungsbeschränkung (Studentenwohnungen mit Büros und Läden) für die Stadt N. eingetragen worden. Seitdem konnte die I. das Wohnungseigentum nur belastet mit dieser Dienstbarkeit (und gegebenenfalls der im Angebot aufgeführten Kfz-Dienstbarkeit) übertragen. Der Sachverhalt war dem Beklagten zu 1 bekannt. Er hatte das Kaufangebot des Klägers entworfen und in der Niederschrift über die vor ihm erklärte Annahme des Kaufangebotes durch die I. vom 23.12.1992 festgehalten: „Der Inhalt diese[s] Angebote[s] ist in allen Teilen und Einzelheiten genau bekannt.“ Die Urkunde über die Bewilligung der Dienstbarkeit zugunsten der Stadt N. hatte er selbst entworfen und mit Schreiben vom 1.12.1992 die Eintragung der Dienstbarkeit beim Grundbuchamt beantragt.

(3) Es kommt hinzu, dass der Beklagte zu 1 von dem Kläger (und der I.) mit dem Vollzug des Kaufvertrages betraut worden war. In dem gemäß dem Entwurf des Beklagten zu 1 beurkundeten Kaufangebot des Klägers heißt es nämlich: „Die Beteiligten beauftragen und ermächtigen den die Annahme beurkundenden Notar [das heißt den Beklagten zu 1], alle zum Vollzug dieses Vertrages erforderlichen Erklärungen

abzugeben und Anträge zu stellen“ (Abschnitt B XI des Kaufangebotes).

(4) Hatte der Beklagte zu 1 aber die vorbeschriebene überragende Stellung, dann hätte er zumindest betreuende Belehrungspflichten (§§ 17 Abs. 1 BeurkG, 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO analog) gegenüber den Erwerbern, die – wie der Kläger – nicht unmittelbar mit ihm in Verbindung getreten sind, aber das unter seiner Mitwirkung entstandene Vertragswerk abschließen (vgl. BGH, Urteil vom 30.6.1981, a. a. O., S. 2706).

cc) Der Beklagte zu 1 hätte am 23.12.1992 nicht die bloße Annahme des Kaufangebotes beurkunden und hierdurch an dem Abschluss des Kaufvertrages zwischen dem Kläger und der I. zu unveränderten Bedingungen mitwirken dürfen. Bei pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage hätte der Beklagte zu 1 erkennen können, dass ein von Seiten der I. teilweise nicht mehr erfüllbarer Kaufvertrag geschlossen wurde, wenn letztere die uneingeschränkte Annahme des Kaufangebotes des Klägers erklärte. Denn das Angebot war durch die neu eingetragene Dienstbarkeit zugunsten der Stadt N. überholt. Die I. konnte dem Kläger nicht mehr, wie im Angebot bestimmt, in Abteilung II des Grundbuchs (abgesehen von der Kfz-Dienstbarkeit) lastenfreies Eigentum übertragen.

Der Beklagte zu 1 hätte vielmehr den Kläger – aufgrund der diesem gegenüber bestehenden betreuenden Belehrungspflicht – vor der Beurkundung der Annahmeerklärung auf die neue Grundbuchlage hinweisen müssen. Sofern die I. weiterhin auf der (sofortigen) Beurkundung bestanden hätte, hätte er – wegen der ihm beiden Vertragsparteien gegenüber obliegenden (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.1997, IX ZR 163/96, NJW-RR 1998, 133, 134) – Formulierungspflicht (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) nur die Annahme unter Änderung des angebotenen Kaufvertrages, nämlich unter Berücksichtigung der mittlerweile eingetragenen Dienstbarkeit, vorschlagen dürfen (vgl. § 150 Abs. 2 BGB). Ließ sich die I. darauf nicht ein, etwa weil sie bereits damals beabsichtigte, dem Kläger die Dienstbarkeit im Wege einer späteren versteckten Vertragsänderung unterzuschieben (vgl. Urteil des V. Zivilsenats vom 30.6.2000, V ZR 156/99, unveröffentlicht, Umdruck S. 7), hätte der Beklagte zu 1 die Beurkundung gemäß § 14 Abs. 2 BNotO ablehnen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.1997, a. a. O.). Diesen Amtspflichten ist der Beklagte zu 1 unstreitig nicht nachgekommen.

dd) Der Kläger war als mittelbar Beteiligter des Urkundsgeschäfts in den Schutzbereich der Amtspflichten, die der Beklagte zu 1 verletzt hat, einbezogen (vgl. BGH, Urteile vom 30.6.1981, a. a. O., S. 2705, und vom 9.1.2003, a. a. O.; *Zugehör*, a. a. O., Rdnr. 327).

b) Es ist davon auszugehen, dass der Beklagte zu 1 die Amtspflichten fahrlässig verletzt.

Ein Verschulden ist insbesondere nicht nach der Kollegialgerichts-Richtlinie zu verneinen. Danach trifft den Beamten – Entsprechendes gilt für den Notar – kein Verschulden, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen (Berufsrichtern) besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat (vgl. Senatsurteil, BGHZ 97, 97, 107; *Staudinger/Wurm*, BGB, 2002, § 839 Rdnr. 216, jew. m. w. N.). Diese Richtlinie ist aber dann nicht anzuwenden, wenn die Annahme des Kollegialgerichts, die Amtshandlung sei rechtmäßig gewesen, auf einer unzureichenden tatsächlichen oder rechtlichen Beurteilungsgrundlage beruhte, etwa deshalb, weil das Gericht den festgestellten Sachverhalt nicht sorgfältig und erschöpfend gewürdigt hat (Senatsurteile vom 13.7.2000, III ZR 131/99, WM 2000, 2016, 2017, und vom 2.4.1998, III ZR 111/97, NVwZ 1998, 878). So liegt der Streitfall.

Die Revision hat sich auf das in einem Parallelverfahren ergangene, eine Amtspflichtverletzung des Beklagten zu 1 verneinende Urteil des Landgerichts München I (Urteil vom 7.8.2001, 4 O 4991/01) bezogen. In dieser Kammerentscheidung hat das Landgericht München I eine Amtspflichtverletzung des Beklagten zu 1 im Zusammenhang mit der Beurkundung der Annahme des Kaufangebotes verneint. Es hat dabei jedoch nicht genügend berücksichtigt, dass das von dem Anleger erklärte Kaufangebot die Übertragung von Wohnungseigentum forderte, das in Abteilung II des Grundbuchs (abgesehen von der Kfz-Dienstbarkeit) lastenfrei war, die annehmende Verkäuferin I. das aber nicht mehr gewährleisten konnte. Nicht im Blick war ferner, dass der Beklagte zu 1 als Zentralnotar die Übersicht über die vor den Ortsnotaren – gemäß seinem Entwurf ohne Grundbucheinsicht – abgegebenen Kaufangebote der Anleger und die jeweilige Grundbuchlage hatte, insbesondere die von ihm selbst beantragte Eintragung der Dienstbarkeit zugunsten der Stadt N. kannte, also der Beklagte zu 1 durchaus Anlass hatte, darauf bei der Beurkundung der Kaufannahme hinzuweisen. Keinesfalls durfte sich der Beklagte zu 1 darauf verlassen, die I. werde den Kläger hinreichend unterrichten.

c) Die Amtspflichtverletzung führte zu einem Schaden. Hätte der Beklagte zu 1 der zwischenzeitlich erfolgten Eintragung einer Dienstbarkeit Rechnung getragen, indem er zunächst von einer Beurkundung abgesehen und den Kläger auf die neue Grundbuchlage hingewiesen oder aber die – dem Kläger zu übermittelnde – Erklärung der I. als Annahme unter Änderungen (§ 150 Abs. 2 BGB) formuliert hätte, hätte sich der Kläger von seinem Kaufangebot gelöst oder das geänderte Angebot nicht angenommen und keine Zahlungen auf den Kaufpreis entrichtet.

aa) Die Anschlussrevision weist mit Recht darauf hin, dass der Kläger zur Zeit der Annahmeerklärung (23.12.1992) nicht mehr an sein Angebot gebunden war; er hätte es, wie im Angebot ausdrücklich vermerkt, nach Ablauf des 22.12.1992 frei widerrufen können.

bb) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kläger hätte von der Möglichkeit des Rücktritts – nichts anderes kann für den Widerruf gelten – Gebrauch gemacht, wenn er erfahren hätte, die käuflich zu erwerbende Eigentumswohnung sei mit einer Dienstbarkeit belastet; er dürfe die Eigentumswohnung deshalb „für immer“ nur von Studenten bewohnen lassen. Der Senat erachtet die gegen diese Feststellung erhobenen Verfahrensrügen nicht für durchgreifend; von einer Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

d) Der Beklagte zu 1 kann dem Schadensersatzanspruch des Klägers nicht den Einwand des Mitverschuldens (§ 254 BGB) entgegensetzen.

aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts musste der Kläger nicht damit rechnen, dass das von der I. angebotene Wohnungseigentum mit einer dinglich gesicherten Nutzungsbeschränkung belastet war, und deshalb selbst Erkundigungen einziehen. Zwar war die zum Kauf angebotene Eigentumswohnung in der Teilungserklärung und anderen Unterlagen, die dem Kaufangebot beigelegt waren, als „Studentenappartement“ bezeichnet. Der Kläger durfte und konnte den Begriff „Studentenappartement“ aber – wie das Berufungsgericht vertretbar (§ 286 ZPO) beurteilt hat – als Umschreibung für eine einfach gehaltene Kleinwohnung auffassen. Die Nutzungsbeschränkung ergab sich weder aus dem Verkaufsprospekt noch aus der maßgeblichen Gemeinschaftsordnung; es fehlte jeder Hinweis auf die dingliche Belastung (BGH, Urteil vom 30.6.2000, V ZR 156/99, Umdruck S. 8).

bb) Der Kläger war nicht aufgrund seiner Schadensminderungspflicht gehalten, den mit der Stadtparkasse N. geschlossenen Darlehensvertrag zu widerrufen. Die tatsächlichen Voraussetzungen eines solchen Widerrufsrechts sind nicht festgestellt. Die Revision macht entsprechenden Parteivortrag, den das Berufungsgericht insoweit übergangen haben könnte, nicht namhaft.

e) Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist nicht verjährt.

Dem Beklagten zu 1 unterlief das Belehrungsversäumnis bei der Beurkundung der Annahme des Kaufangebotes durch die I. Dabei handelte es sich nicht um ein Amtsgeschäft im Sinne der §§ 23, 24 BNotO, sondern um ein Urkundsgeschäft, bei dem die Haftung des Notars für fahrlässige Amtspflichtverletzungen vom Bestehen oder Nichtbestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit abhängt (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO). In einem solchen Fall beginnt die Verjährung (§ 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO i. V. m. § 852 Abs. 1 BGB a. F.) erst mit der Kenntnis des Geschädigten, dass er auf andere Weise keinen Ersatz erlangen kann (st. Rspr., siehe nur Senatsurteil, BGHZ 121, 65, 71 m. w. N.). Diese Kenntnis hatte der Kläger (frühestens) am 4.7.2000, als das Insolvenzverfahren über das Vermögen der I. eröffnet wurde und damit – unstreitig – feststand, dass von der I. anderweitiger Ersatz nicht zu erlangen war. Die am 21.11.2001 eingereichte Klage hat die Verjährung mithin rechtzeitig unterbrochen (§ 209 Abs. 1 BGB a. F.).

2. Der Kläger kann gemäß seinem Hauptantrag dem Grunde nach Zahlung von Schadensersatz in Geld Zug um Zug gegen Übertragung der rechtmangelbehafteten Eigentumswohnung beanspruchen.

Für die Schadensersatzpflicht des Notars nach § 19 BNotO gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Im Regelfall wird der Schaden allerdings nicht durch Naturalrestitution, sondern durch Geldersatz zu beseitigen sein (vgl. *Zugehör*, a. a. O., Rdnr. 2246 ff.). Der wird vom Kläger auch begehrt. Die beantragte Zug-um-Zug-Verurteilung berücksichtigt den Grundsatz des Vorteilsausgleichs; der Kläger lässt sich empfangene Vorteile, nämlich das Wohnungseigentum an dem Studentenappartement, auf den beanspruchten Schadensersatz in Geld anrechnen (vgl. *Sandkühler*, a. a. O., Rdnr. 152; zu § 839 BGB: Senatsurteil vom 22.5.2003, III ZR 32/02, NVwZ 2003, 1285; RG, JW 1937, 1917, 1918, 1919).

3. Dem Kläger steht mithin gegen den Beklagten zu 1 ein Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung bei der Beurkundung der Annahme des Kaufangebotes am 23.12.1992 zu. Schon dieser Anspruch trägt das Grundurteil bezüglich der hauptsächlich begehrten Zahlung von Schadensersatz Zug um Zug gegen Übertragung des Wohnungseigentums sowie die beantragte Feststellung. Es bedarf daher keiner Erörterung, ob der Kläger darüber hinaus Schadensersatz wegen weiterer Amtspflichtverletzungen des Beklagten zu 1 bei der Beantragung der Auflassungsvormerkung am 13.5.1993 und bei der Beurkundung der Auflassung am 27.9.1995 sowie deren Genehmigung durch den Kläger am 16.11.1995 beanspruchen kann.

Kostenrecht

18. FGG § 6; KostO § 156; ZPO §§ 46 Abs. 2, 574 Abs. 1 (*Rechtsmittel gegen zurückgewiesenen Antrag auf Richterablehnung bei Notarkostenbeschwerde*)

Im Verfahren der Notarkostenbeschwerde nach § 156 KostO vor dem Landgericht ist gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Ablehnung eines Mitglieds der Beschwerdekammer das Rechtsmittel der sofortigen weiteren Beschwerde statthaft, wenn sie das Landgericht zugelassen hat.

BayObLG, Beschluss vom 28.1.2004, 3Z BR 262/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Die Beteiligten erhoben Kostenbeschwerde nach § 156 KostO gegen die Kostenrechnung des beteiligten Notars. Der Notar nahm die Beteiligten als Zweitschuldner in Anspruch, da die Adressaten des beurkundeten Verkaufsangebots die Kostenrechnung nicht beglichen hatten. Die Beteiligten lehnten ein Mitglied der landgerichtlichen Beschwerdekammer wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Nach dessen dienstlicher Stellungnahme stellten die Beschwerdeführer ein weiteres Ablehnungsgesuch. Das Landgericht hat die beiden Ablehnungsgesuche zurückgewiesen. Die Beteiligten haben zunächst beim Oberlandesgericht, später auch beim Bayerischen Obersten Landesgericht sofortige Beschwerde gegen den landgerichtlichen Beschluss eingelegt.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Das Rechtsmittel ist als unzulässig zu verwerfen. Es ist weder als sofortige Beschwerde statthaft, noch erfüllt es die Zulässigkeitsvoraussetzungen der allein noch gegebenen sofortigen weiteren Beschwerde.

1. Seit In-Kraft-Treten des Zivilprozessreformgesetzes ist in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegen eine Entscheidung des Landgerichts, durch die ein im Beschwerdeverfahren gegen einen der befassten Richter angebrachtes Ablehnungsgesuch zurückgewiesen wird, nur noch die sofortige weitere Beschwerde gegeben, sofern sie durch das Landgericht zugelassen worden ist.

a) Auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Ablehnung von Richtern wegen Besorgnis der Befangenheit zulässig. Nach ständiger Rechtsprechung und ganz herrschender Meinung werden hierbei die §§ 42 ff. ZPO entsprechend angewendet (BGHZ 46, 195; BayObLGZ 1967, 474/475; 1977, 97). Diese entsprechende Anwendung schließt auch die Einschränkungen mit ein, die sich für die Statthaftigkeit von Rechtsmitteln in Ablehnungsverfahren aus den allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung ergeben (vgl. BayObLGZ 1993, 9/12). Hingegen richtet sich das Rechtsmittelverfahren im Übrigen, insbesondere hinsichtlich des zur Entscheidung über das Rechtsmittel berufenen Gerichts, der Frist und Form des Rechtsmittels und der Beschwerdeberechtigung, nach den Vorschriften des FGG (BayObLGZ 1967, 474/475; 1977, 97; 1993, 9/12).

b) Seit 1.1.2002 gelten im Zivilprozess für die Statthaftigkeit von Rechtsmitteln im Ablehnungsverfahren neue Regeln, da das Beschwerdeverfahren der ZPO durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27.7.2001 (BGBl I, 1887) entscheidend umgestaltet worden ist. Gegen eine im Beschwerdeverfahren ergangene Ablehnungsentscheidung des Landgerichts ist nur mehr die Rechtsbeschwerde nach § 574 ZPO gegeben. Hieran ändert auch die Vorschrift des § 46 Abs. 2 ZPO nichts. Diese Bestimmung sieht zwar vor, dass gegen den Beschluss, durch

den das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt wird, die sofortige Beschwerde stattfindet. Nach § 567 Abs. 1 ZPO ist dieses Rechtsmittel jedoch nur statthaft, wenn es sich um eine im ersten Rechtszug ergangene Entscheidung des Landgerichts handelt. Ein Widerspruch zwischen den beiden Bestimmungen liegt nicht vor. § 46 Abs. 2 ZPO ist allein die in § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO geforderte ausdrückliche Bestimmung, die die sofortige Beschwerde eröffnet. Die weiteren Statthaftkeitsvoraussetzungen bestimmen sich ausschließlich nach § 567 Abs. 1 ZPO (BayObLGZ 2002, 89/91). Sonach ist die sofortige Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs dann nicht gegeben, wenn das Landgericht nicht in erster Instanz, sondern im Beschwerdeverfahren entscheidet. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die getroffene Entscheidung die Beteiligten erstmals beschwert. Nach § 567 Abs. 1 ZPO ist allein entscheidend, in welcher Instanz sich das Verfahren befindet (BayObLGZ 2002, 89/92).

2. Die seit In-Kraft-Treten des Zivilprozessreformgesetzes geltenden Regelungen über die Statthaftigkeit der Beschwerde gegen Entscheidungen in Ablehnungsverfahren finden auch in den Verfahren über die Einwendungen gegen die Kostenberechnungen der Notare nach § 156 KostO Anwendung. Bei diesem Verfahren handelt es sich um ein solches der freiwilligen Gerichtsbarkeit (BGH, Rpfleger 1967, 140). Eine Abweichung von den Grundsätzen für die Statthaftigkeit von Rechtsmitteln gegen Entscheidungen über Ablehnungsgesuche, die vorstehend unter Nr. 1 a beschrieben worden sind, ist nicht veranlasst (vgl. BayObLGZ 2002, 89/93).

Der Rechtsbehelf nach § 156 Abs. 1 KostO eröffnet ein Verfahren sui generis, das sowohl Elemente des erstinstanzlichen als auch eines Rechtsmittelverfahrens aufweist (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze, 33. Aufl., § 156 KostO Rdnr. 1). Erstinstanzlich ist das Verfahren insoweit, als im Rahmen des § 156 Abs. 1 KostO erstmals die gerichtliche Überprüfung von Einwendungen gegen die Kostenberechnung eines Notars stattfindet. Nur in diesem Spezialverfahren können die Einwendungen tatsächlicher und rechtlicher Art des Kostenschuldners gegen die Kostenberechnung geltend gemacht werden (*Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 156 Rdnr. 17 m. w. N.). Der ordentliche Rechtsweg ist insoweit ausgeschlossen (BGH, Rpfleger 1967, 140/141; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl., § 156 Rdnr. 2).

Der Gesetzgeber hat das Spezialverfahren des § 156 KostO hingegen nicht als erstinstanzliches Verfahren ausgestaltet, sondern als Beschwerdeverfahren. So bestimmt § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO, dass Einwendungen durch den Rechtsbehelf der Beschwerde geltend zu machen sind. Das Gesetz verwendet somit keinen im erstinstanzlichen Verfahren gebräuchlichen Begriff wie Klage oder Antrag. Des Weiteren fügt sich das Rechtsmittel gegen die landgerichtliche Entscheidung – wengleich mit Besonderheiten – in den gemeinhin gegebenen Rechtsmittelzug ein. Nach § 156 Abs. 2 KostO findet gegen die Entscheidung des Landgerichts die befristete weitere Beschwerde statt. Sie ist allerdings nur eröffnet, wenn das Beschwerdegericht die weitere Beschwerde ausdrücklich zulässt (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO). Die befristete weitere Beschwerde des § 156 Abs. 2 Satz 1 KostO führt nicht zu einer Überprüfung in einer weiteren Tatsacheninstanz, sondern sichert allein die Rechtskontrolle. Schließlich verweist § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO ergänzend auf die für die Beschwerde geltenden Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Die Ausgestaltung als Beschwerdeverfahren findet weiter Niederschlag in der sachlichen Entscheidungsbefugnis des Beschwerdegerichts. Zwar soll das Beschwerdegericht regel-

mäßig in der Sache selbst entscheiden, eine Aufhebung der Kostenberechnung und die Zurückverweisung der Sache an den Notar ist aber verfahrenstechnisch nicht ausgeschlossen (vgl. BayObLGZ 1956, 401/407; *Rohs/Wedewer*, § 156 Rdnr. 48; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 156 Rdnr. 65). Einem Gericht erster Instanz steht eine solche Verfahrensweise nicht zur Verfügung.

3. Angesichts der Ausgestaltung des Verfahrens nach § 156 KostO als Beschwerderechtszug kann bei der entsprechend § 567 Abs. 1 ZPO vorzunehmenden Prüfung der Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde gegen eine landgerichtliche Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch nicht davon gesprochen werden, dass es sich bei diesem Verfahren um ein solches des ersten Rechtszugs handelt.

Nach diesen Grundsätzen ist die gegen den landgerichtlichen Beschluss vom 19.11.2003 eingelegte sofortige Beschwerde nicht statthaft. Das Rechtsmittel vom 15.12.2003 ist ferner nicht als sofortige weitere Beschwerde statthaft, da das Landgericht die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat (§ 574 Abs. 1 ZPO in entsprechender Anwendung). Eine ausdrückliche Entscheidung hierüber hat das Landgericht zwar nicht gefällt; das Schweigen ist in solchen Fällen jedoch als Nichtzulassung auszulegen (BayObLGZ 1999, 121/122). Eine Nichtzulassungsbeschwerde sieht die Zivilprozessordnung nicht vor.

Das gefundene Ergebnis entspricht im Übrigen Sinn und Zweck des Verfahrens der Notarkostenbeschwerde. § 156 Abs. 2 KostO sieht die befristete weitere Beschwerde gegen die Entscheidungen des Landgerichts ausdrücklich nur bei ihrer Zulassung durch das Beschwerdegericht vor. Würde gegen zurückweisende Entscheidungen des Landgerichts über Ablehnungsgesuche in jedem Fall die sofortige weitere Beschwerde eröffnet, stünden für Zwischenentscheidungen in weiterem Umfang Rechtsmittel zur Verfügung als für die Endentscheidung selbst. Ein solches Ergebnis wäre mit der Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens durch das Zivilprozessreformgesetz nicht in Übereinstimmung zu bringen.

19. KostO § 156 (Notwendige Beteiligung der Notarkasse in Kostenverfahren)

Die Beteiligung der Notarkasse im Verfahren der Notarkostenbeschwerde (vgl. BayObLGZ 2003, 190/191) ist auch dann erforderlich, wenn der Schwerpunkt der Rechtsfragen im Fall einer Aufrechnung gegen die Kostenforderung eines Notars bei der Gegenforderung liegt.

BayObLG, Beschluss vom 17.3.2004, 3Z BR 32/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Der beteiligte Notar beurkundete einen „Kaufvertrag und Werkvertrag“, mit dem die Beteiligte eine Altbauwohnung in Berlin zum Kaufpreis von 58.044 € erwarb. Der Veräußerer verpflichtete sich darin, Modernisierungsarbeiten nach Maßgabe zweier Anlagen zu der Urkunde für 6.449,30 € durchzuführen; unter anderem sollten das Bad und einige Fenster der Wohnung erneuert werden. Die Beteiligte zahlte den Kaufpreis. Einige Tage später stellte der Veräußerer Insolvenzantrag. Die Erfüllung der werkvertraglichen Verpflichtung wurde dadurch obsolet.

Der beteiligte Notar erstellte und übersandte der Beteiligten für die genannte Beurkundung eine Kostenrechnung über 724,77 €. Die Beteiligte weigert sich zu zahlen. Sie meint, der Notar habe bei Beurkundung seine Pflichten verletzt, insbesondere gegen die Regelungen der Makler- und Bauträgerverordnung verstoßen. Das Verhältnis von Kaufpreis zu Werklohn sei grob unrichtig. Die Modernisierungsar-

beiten müssten zum Schaden der Beteiligten für erheblich mehr als vereinbart vergeben werden.

Das Landgericht hat diese bei ihm eingereichten Einwendungen als Kostenbeschwerde behandelt, die es zurückgewiesen hat, ohne vorher die Notarkasse zu hören. Hiergegen richtet sich die zugelassene weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig. Sie führt wegen eines verfahrensrechtlichen Mangels zur Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Die Notarkasse hatte bisher keine Gelegenheit, zu der zur Überprüfung stehenden Angelegenheit Stellung zu nehmen. In einem Beschwerdeverfahren zur Überprüfung der Kostenberechnung eines Notars (§ 156 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 6 Satz 1 KostO) muss der Notarkasse (§ 113 Abs. 1 BNotO) eine solche Gelegenheit eingeräumt werden (vgl. BayObLGZ 2003, 190/191 = MittBayNot 2003, 500 = FGPrax 2003, 237).

Der Begründung des Landgerichts für ein Absehen von dieser Anhörung kann nicht gefolgt werden. Zum einen stehen gebührenrechtliche Fragen auch dann im Raum, wenn der Schwerpunkt der Rechtsfragen im Falle einer Aufrechnung, von der das Landgericht ausgeht, bei der Forderung, mit der aufgerechnet wird, liegt. Immerhin wäre denkbar, dass die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, nicht oder nicht in dieser Höhe besteht oder dass etwa ein Aufrechnungsverbot vorliegt. Zum anderen kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch die Beteiligung der Notarkasse zusätzliche Erkenntnisse gewonnen werden, zumal die Präsidentin des Landgerichts (§ 156 Abs. 1 Satz 2 KostO) von einer Stellungnahme abgesehen hat.

20. KostO § 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 (*Bewertung einer Bauverpflichtung*)

Eine Bauverpflichtung, die bei der privaten Vermarktung von Baugrundstücken von dem Käufer unmittelbar gegenüber der Gemeinde übernommen wird, kann nicht lediglich mit dem Regelwert des § 30 Abs. 2 KostO bewertet werden, wenn auf diese Weise der Verkäufer eine von ihm inhaltsgleich in einem anderen Vertrag gegenüber der Gemeinde übernommene Bauverpflichtung an den Käufer weitergibt.

OLG Hamm, Beschluss vom 17.2.2004, 15 W 315/03; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beteiligten zu 1 war Eigentümer landwirtschaftlichen Grundbesitzes im Plangebiet der Bebauungspläne L I und II der Gemeinde S, die eine Wohnhausbebauung vorsehen. Mit Vertrag vom 16.6.1998 des Notars T veräußerte er mehrere Teilflächen dieses Grundbesitzes an die Gemeinde, behielt jedoch Grundstücksflächen im Umfang von etwa 15 künftigen Baugrundstücken zur privaten Vermarktung zurück. Im Hinblick darauf ist in Ziff. III des notariellen Vertrages u. a. folgende Regelung getroffen:

„Im Interesse einer geordneten Entwicklung übernimmt der Verkäufer gegenüber der Gemeinde weiter die nachfolgenden Verpflichtungen für diejenigen Grundflächen der Bebauungsplangebiete I und II, die in seinem Eigentum verbleiben:

Der Verkäufer verpflichtet sich, die gem. Bebauungsplan entstehenden Bauplätze mit Wohnhäusern entsprechend diesem Bebauungsplan zu bebauen, wofür eine Frist von fünf Jahren vereinbart wird, die mit Fertigstellung der Baustraßen beginnt.

Sofern der Verkäufer solche Bauplätze an Dritte veräußert oder ein Erbbaurecht daran bestellt, hat er die Erwerber zu verpflichten, die Grundstücke innerhalb einer Frist von zwei Jahren mit einem Wohnhaus entsprechend dem Bebauungsplan zu bebauen, die mit dem jeweiligen Vertragsabschluss beginnt.“

Mit notariellem Vertrag vom 12.4.2000 hat die zwischenzeitlich als Eigentümerin eingetragene Beteiligte zu 1 das Grundstück an die Beteiligten zu 2 zum Preis von 49.870 DM zuzüglich übernommener Vermessungskosten in Höhe von 1.930 DM verkauft und aufgelassen. In § 4 des Vertrages haben die Parteien Vereinbarungen getroffen, aus denen die Gemeinde S unmittelbare Ansprüche erwerben soll. Darin haben die Beteiligten zu 2 die Verpflichtung übernommen, innerhalb von zwei Jahren auf dem Grundstück ein Wohnhaus entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans zu errichten und die Veräußerung des unbebauten Grundstücks zu unterlassen. Für den Fall des Verstoßes gegen diese Verpflichtungen haben sie sich zur Übereignung des Grundstücks an die Gemeinde S verpflichtet und zur Sicherung dieses bedingten Auflassungsanspruchs die Eintragung einer Vormerkung bewilligt.

Der Notar hat den Beteiligten zu 2 eine notarielle Kostenberechnung erteilt, in der er den Geschäftswert wie folgt ermittelt hat:

a) Kaufpreis	49.870 DM
b) Vermessungskosten	1.930 DM
c) Bebauungsverpflichtung (gem. § 30 Abs. 1 KostO; 10 % der voraussichtlichen Baukosten, geschätzt 300.000 DM)	30.000 DM
Summe	81.800 DM

Der Präsident des Landgerichts hat den Ansatz des Geschäftswertes beanstandet und den Notar angewiesen, insoweit die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Seiner Auffassung nach darf der Geschäftswert für die Bauverpflichtung lediglich mit dem Regelbetrag gem. § 30 Abs. 2 KostO von (zum Zeitpunkt der Beurkundung) 5.000 DM bemessen werden.

Entsprechend der ihm erteilten Anweisung hat Notar T beim Landgericht Beschwerde erhoben, der er aus eigenem Recht entgegengetreten ist. Das Landgericht hat die angefochtene Kostenberechnung aufgehoben und die Sache zur Erstellung einer neuen Kostenberechnung an den Notar zurückverwiesen. Ferner hat das Landgericht in seiner Entscheidung die weitere Beschwerde zugelassen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 3, der als Notariatsverwalter (§ 56 BNotO) des zwischenzeitlich erloschenen Amtes des Notars T bestellt ist.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die weitere Beschwerde ist nach § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO infolge Zulassung durch das Landgericht statthaft sowie fristgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 3 folgt daraus, dass das Landgericht die angefochtene Kostenberechnung zu seinem Nachteil aufgehoben hat.

In der Sache ist das Rechtsmittel begründet, weil die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO). Die weitere Beschwerde führt zur Zurückweisung der Anweisungsbeschwerde und damit zur Wiederherstellung der angefochtenen Kostenberechnung.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer gem. § 156 Abs. 6 Satz 1 KostO zulässigen Anweisungsbeschwerde des Notars T ausgegangen. Der Gegenstand der diesem erteilten Anweisung des Präsidenten des Landgerichts vom 23.8.2001 bezieht sich auf die erhobene Beanstandung des Geschäftswertes in der Kostenberechnung,

und zwar hinsichtlich des Ansatzes der Teilposition von 30.000 DM für die Bauverpflichtung. Dementsprechend beschränkt sich die sachliche Prüfungsbefugnis des Beschwerdegerichts auf diese Beanstandung.

Im Verfahren nach § 156 KostO kann eine sachliche Entscheidung über die von dem Notar berechneten Kosten nur dann ergehen, wenn er dem Kostenschuldner eine den förmlichen Anforderungen des § 154 Abs. 1 und 2 KostO entsprechende Kostenberechnung mitgeteilt hat (Senat, DNotZ 1971, 756). In diesem Zusammenhang kann der Senat dahingestellt bleiben lassen, ob die Kostenberechnung des Beteiligten zu 3 in ihrer ursprünglichen Fassung diesen Anforderungen genüge, wobei Bedenken allenfalls hinsichtlich der Zitierweise der den Ansätzen zugrunde liegenden Vorschriften bei den Auslagenpositionen bestehen konnten. Jedenfalls hat der Beteiligte zu 3 im Verfahren der weiteren Beschwerde seiner Kostenberechnung mit Schreiben vom 11.2.2004 eine Neufassung gegeben, die gemessen an dem Informationsbedürfnis der Kostenschuldner durch die Hinzufügung von Sachbezeichnungen solche Bedenken ausräumt. Eine verfahrensrechtlich beachtliche Neufassung der – hinsichtlich ihrer Form vom Landgericht nicht beanstandeten – Kostenberechnung konnte auch noch im Verfahren der weiteren Beschwerde erfolgen (Senat, JMBI NW 1994, 226, 227).

Die Sachentscheidung hängt ausschließlich davon ab, ob und in welcher Höhe bei der Berechnung des Geschäftswertes über die unbeanstandet gebliebenen Ansätze für den Kaufpreis und die Vermessungskosten hinaus ein Betrag für die von den Beteiligten zu 2 übernommene Bauverpflichtung zu berücksichtigen ist. Eine vom Käufer übernommene Bauverpflichtung ist regelmäßig als zusätzliche Leistung für die Überlassung des Grundstücks im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 KostO anzusehen und daher wertmäßig dem Kaufpreis hinzuzurechnen, sofern sie von eigenem wirtschaftlichem oder ideellem Wert ist (vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1994, 723 = Rpfleger 1994, 520 m. w. N.). Nach allgemein anerkannter Auffassung ist für die Bewertung einer solchen Bauverpflichtung allein das Interesse des Berechtigten, dem gegenüber die Verpflichtung übernommen worden ist, an der Errichtung des Gebäudes maßgebend (Senat, JurBüro 1979, 420; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 30 Rdnr. 14; *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 14. Aufl., „Bauverpflichtung“ Anm. 2). Das Interesse des Verkäufers kann wirtschaftlicher oder ideeller Art oder aus beiden Gesichtspunkten zusammengesetzt sein. Im ersten Fall ist der Wert nach freiem Ermessen gemäß § 30 Abs. 1 KostO, im zweiten Fall gemäß § 30 Abs. 2, Abs. 3 KostO und im dritten Fall durch Zusammenrechnen der Werte beider Interessen zu bestimmen (Senat, JurBüro 1979, 420; Beschl. v. 27.2.2003, 15 W 297/01 = JMBI NW 2003, 183 = MittBayNot 2004, 65; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 15. Aufl., § 30 Rdnr. 17). Von diesen Grundsätzen ist das Landgericht ausgegangen.

Die Kammer hat weiter ausgeführt, für die Bewertung der Bauverpflichtung sei maßgebend der Regelwert des § 30 Abs. 2 KostO heranzuziehen, und zwar unabhängig davon, ob in diesem Zusammenhang auf die Interessen der Beteiligten zu 1 als Verkäuferin oder diejenigen der Gemeinde S abzustellen sei. Die Beteiligte zu 1 als Verkäuferin habe im Hinblick auf die von den Beteiligten zu 2 übernommene Bauverpflichtung keine eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgt. Denn ihr sei es lediglich darum gegangen, die von ihr selbst in dem Kaufvertrag mit der Gemeinde S eingegangene Bauverpflichtung an die Käufer weiterzugeben. Ein eigenes wirtschaftliches Interesse der Beteiligten zu 1 ergebe sich auch nicht aus einer Verbesserung der Vermarktungsaussichten, die sich für

die von ihr selbst zum Verkauf angebotenen Grundstücke des Bebauungsplangebiets aus einer von den Erwerbern übernommenen Bauverpflichtung ergeben könne. Das Interesse der Gemeinde S an einer zügigen Bebauung der Grundstücke des Bebauungsplangebiets sei ausschließlich ideeller Art und könne deshalb ebenfalls nicht mit einem den Regelwert übersteigenden Betrag bewertet werden.

Die Ausführungen des Landgerichts enthalten Erwägungen zur Ausübung des Ermessens bei der Festsetzung des Geschäftswertes gem. § 30 KostO. Die Entscheidung unterliegt insoweit im Rechtsbeschwerdeverfahren nur einer eingeschränkten Nachprüfung dahin, ob das Beschwerdegericht von seinem Ermessen einen rechtlich fehlerhaften, Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch gemacht hat, von ungenügenden oder verfahrenswidrig zustande gekommenen Feststellungen ausgegangen ist oder wesentliche Umstände nicht berücksichtigt hat (vgl. *Keidel/Meyer-Holz*, FG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 27; *Rohs/Wedewer*, § 30 Rdnr. 3). Dieser rechtlichen Nachprüfung hält die Entscheidung des Landgerichts in einem für die Entscheidung maßgebenden Punkt nicht stand.

Der Bewertung im Rahmen des § 30 KostO unterliegen nur die Interessen der unmittelbar an dem Vertrag beteiligten Personen, deren Ausgleich die geschlossenen vertraglichen Regelungen dienen. Das Interesse der Gemeinde S an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung im Rahmen der Erschließung und Bebauung eines neuen Bebauungsplangebiets ist berücksichtigt in dem zwischen dieser Gemeinde und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beteiligten zu 1 geschlossenen Grundstückskaufvertrag, in dem dieser hinsichtlich der zurückbehaltenen Bauplätze eine eigene Verpflichtung zu einer Bebauung entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans innerhalb eines Zeitraumes von fünf Jahren übernommen hat. Erkennbar sollten also die zurückbehaltenen Grundstücke ebenso wie die von der Gemeinde verkauften Bauplätze zügig einer geordneten Bebauung zugeführt und zugleich eine spekulative Grundstücksverwertung ausgeschlossen werden. Hinsichtlich der von dem damaligen Grundstückseigentümer übernommenen Bauverpflichtung ist die mit der Gemeinde S getroffene vertragliche Regelung zwar erkennbar darauf zugeschnitten, dass die Bauverpflichtung von den jeweiligen Erwerbern in den mit diesen noch zu schließenden Grundstückskaufverträgen übernommen werden sollte. Damit war den städtebaulichen Interessen der Gemeinde Rechnung getragen. Der Gesichtspunkt, dass sich der damalige Grundstückseigentümer zur Erfüllung der von ihm selbst übernommenen Bauverpflichtung der einzelnen Grundstückserwerber bedienen konnte und sollte (§ 278 BGB), ändert jedoch nichts daran, dass die Verpflichtung gegenüber der Gemeinde S einen liquiden und einklagbaren Anspruch begründet, den jener ggf. selbst zu erfüllen hatte. Deshalb kann der Senat nicht der Beurteilung des Landgerichts folgen, die Weitergabe der Bauverpflichtung an die Erwerber in den einzelnen Kaufverträgen begründe kein eigenes wirtschaftliches Interesse der Beteiligten zu 1. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall. Die Möglichkeit, die wirtschaftliche Belastung durch eine selbst eingegangene Bauverpflichtung an einen Grundstückserwerber abwälzen zu können, begründet vielmehr ein fassbares und nahe liegendes eigenes wirtschaftliches Interesse, das im Rahmen des § 30 Abs. 1 KostO im Wege der Schätzung bewertet werden kann und muss. Dies ist in der Rechtsprechung bereits anerkannt (OLG Frankfurt, DNotZ 1965, 366 f.; Senat, JurBüro 1979, 419, 420). Der vorliegende Fall gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Bewertung. Diese verbietet sich insbesondere nicht deshalb, weil die vertragliche Regelung im Ergebnis der

Erfüllung ideeller Interessen der Gemeinde S an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung dient. Denn dem vertraglichen Leistungsaustausch zwischen Privatpersonen wird nicht dadurch der Charakter wirtschaftlicher Interessenverfolgung genommen, dass er mittelbar auch der Umsetzung öffentlicher Ziele dient. Deshalb kann für die Bewertung der Vereinbarung auch nicht entscheidend sein, dass die Beteiligten zu 2 die Bauverpflichtung nicht lediglich im Innenverhältnis gegenüber der Beteiligten zu 1, sondern in der Weise übernommen haben, dass durch die vertragliche Regelung unmittelbar im Sinne des § 328 BGB Rechte der Gemeinde S begründet worden sind.

Bereits unter diesem Gesichtspunkte ergeben sich Anhaltspunkte für eine konkrete Wertschätzung nach § 30 Abs. 1 KostO, die zu einer Abweichung von dem Regelwert des § 30 Abs. 2 KostO führen. Vom abweichenden Standpunkt des Senats ist die Geschäftswertberechnung des Notars jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden. Im Hinblick darauf, dass das wirtschaftliche Interesse der Beteiligten zu 1 in der Freistellung von ihrer eigenen Bauverpflichtung besteht, erscheint es hier zumindest vertretbar, dass der Notar als Orientierungspunkt für die Bewertung die mit 300.000 DM grob geschätzten Baukosten für das zu errichtende Wohnhaus herangezogen und davon einen maßvollen Anteil von 10 % als Geschäftswert angesetzt hat.

Aus dieser Sicht kommt es nicht darauf an, ob ein eigenes wirtschaftliches Interesse der Beteiligten zu 1 auch darin bestehen kann, durch die Vereinbarung von Bauverpflichtungen in den Kaufverträgen mit allen Erwerbern die Vermarktungsaussichten für die in ihrem Eigentum verbliebenen Bauplätze insgesamt zu erhöhen. Es kann deshalb offen bleiben, ob für eine entsprechende Bewertung hinreichende Anhaltspunkte bestehen, wenn im Gegensatz zur Durchführung eines Gesamtvorhabens durch einen privaten Vorhabenträger, wie es Gegenstand der bereits herangezogenen Entscheidung des Senats vom 27.2.2003 war, der ursprüngliche Grundstückseigentümer sich auf die Vermarktung einiger ihm verbliebener Bauplätze im Rahmen des von der Gemeinde durchgeführten Gesamtvorhabens beschränkt.

Steuerrecht

21. EigZulG § 2 Abs. 1 Satz 3 (*Eigenheimzulage für Erwerb einer Wohnung aus der Konkursmasse des Ehegatten*)

Erwirbt ein Ehegatte die zur Konkursmasse des anderen Ehegatten gehörende Familienwohnung vom Konkursverwalter, liegt keine (nicht begünstigte) Anschaffung „vom“ Ehegatten i. S. von § 2 Abs. 1 Satz 3 EigZulG vor. Unter den weiteren Voraussetzungen des EigZulG hat der erwerbende Ehegatte daher Anspruch auf eine Eigenheimzulage.

BFH, Urteil vom 19.2.2004, III R 54/01

Über das Vermögen des Ehemannes der Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) war das Konkursverfahren eröffnet worden. Mit notariellem Kaufvertrag vom 8.7.1996 veräußerte der Konkursverwalter das im Alleineigentum des Ehemannes stehende Hausgrundstück, das teilweise vermietet war und teilweise von den Eheleuten bewohnt wurde, an die Klägerin (Kaufpreis 450.000 DM). Die den Erwerb finanzierende Kreissparkasse bestätigte den Eheleuten im späteren finanzgerichtlichen Verfahren, das Wohnhaus habe im Rahmen des Konkurses zur Verwertung angestanden; es habe durchaus zu einer

Zwangsversteigerung bzw. zu einem Verkauf an Dritte außerhalb des Verfahrens kommen können. Drittinteressenten seien seinerzeit vorhanden gewesen. Die Klägerin habe das Wohnhaus erworben, um es nicht zur Zwangsversteigerung bzw. zum Verkauf an Dritte kommen zu lassen.

Die Klägerin beantragte eine Eigenheimzulage ab 1996 aus den anteiligen, auf die eigengenutzte Wohnung entfallenden Anschaffungskosten, welche die Höchstbemessungsgrundlage von 100.000 DM überstiegen. Das beklagte Finanzamt lehnte den Antrag ab, weil die Anschaffung einer Wohnung vom Ehegatten nach § 2 Abs. 1 Satz 3 EigZulG nicht begünstigt sei. Soweit eine Eigenheimzulage gewährt werde, wenn der Ehegatte das Eigentum durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erwerbe, beruhe dies darauf, dass das Eigentum nicht vom Eigentümer-Ehegatten, sondern durch Hoheitsakt übertragen werde. Dieser Grundsatz sei auf den Erwerb einer dem Ehemann gehörenden Wohnung vom Konkursverwalter nicht entsprechend anwendbar. Der Einspruch der Klägerin war erfolglos. Das Finanzgericht wies die dagegen erhobene Klage ab (EFG 2002, 521).

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur antragsgemäßen Festsetzung der Eigenheimzulage (§§ 126 Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. 100 Abs. 2 Satz 1 FGO; vgl. BFH, Urteil vom 21.3.2002, III R 30/99, BFHE 198, 184, BStBl II 2002, 547 m. w. N.).

Zu Unrecht hat das FG keine Eigenheimzulage für den Erwerb des Einfamilienhauses aus der Konkursmasse des Ehemannes gewährt.

Nach § 2 Abs. 1 Satz 3 EigZulG ist eine Wohnung, die der Anspruchsberechtigte von seinem Ehegatten anschafft, nicht begünstigt, wenn – wie im Streitfall – bei den Ehegatten im Zeitpunkt der Anschaffung die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG (unbeschränkte Steuerpflicht, kein dauerndes Getrenntleben) vorliegen.

a) Unter Anschaffung im Sinne der Vorschriften zur Förderung des Wohneigentums ist der entgeltliche Erwerb des bürgerlich-rechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentums zu verstehen (BFH, Urteil vom 23.9.1992, X R 159/90, BFHE 169, 328, BStBl II 1993, 152, zu § 10 e EStG).

b) Der Anspruchsberechtigte schafft die Wohnung vom Ehegatten an, wenn der Ehegatte kraft seiner Position als Eigentümer das Eigentum an der Wohnung auf den Anspruchsberechtigten überträgt. Ist über das Vermögen des Ehemannes das Konkursverfahren eröffnet worden und erwirbt der Anspruchsberechtigte das zur Konkursmasse des Ehemannes gehörende Einfamilienhaus vom Konkursverwalter, liegt kein Erwerb vom Ehegatten i. S. des § 2 Abs. 1 Satz 3 EigZulG vor.

Denn mit Eröffnung des Konkursverfahrens hat der Ehemann die Befugnis verloren, sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen (§ 6 Abs. 1 KO; vgl. z. B. BGH, Urteil vom 4.6.1996, IX ZR 261/95, WM 1996, 1411). Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch den Konkursverwalter ausgeübt (§ 6 Abs. 2 KO). Der Ehemann der Klägerin durfte das konkursbefangene Grundstück daher nicht mehr veräußern. Er blieb zwar Rechtsträger (Eigentümer) des Grundstücks, aber mangels Verfügungsbefugnis war er gehindert, das Eigentum auf einen anderen zu übertragen. Eine Verfügung über das Grundstück wäre den Gläubigern gegenüber unwirksam gewesen (§ 7 KO). Zum Verkauf war allein der Konkursverwalter berechtigt. Er ist daher im notariellen Grundstückskaufvertrag auch als Verkäufer aufgeführt. An die Rechtshandlungen des Konkursverwalters ist der Gemeinschuldner als Vermögensträger in gleicher

Weise gebunden, wie wenn er sie selbst vorgenommen hätte (*Hess*, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl., § 6 Rdnr. 9). Nach h. M. handelt der Konkursverwalter in Ausübung des ihm übertragenen Amtes kraft eigenen Rechts, im eigenen Namen und mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Gemeinschuldner als Träger der den Gläubigern als Haftungsobjekt zugewiesenen Konkursmasse (BGH, WM 1996, 1411; *Hess*, a. a. O., § 6 Rdnr. 14 ff. m. w. N.).

Formal ging das zivilrechtliche Eigentum an dem übertragenen Grundstück zwar unmittelbar vom Ehemann auf die Klägerin über. Dieser formale Gesichtspunkt ist aber für die Gewährung der Eigenheimzulage unerheblich. Entscheidend ist, dass mit der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mehr der Ehemann, sondern nur noch der Konkursverwalter verfügen durfte, so dass der Erwerb des konkursbefangenen Grundstücks praktisch dem Erwerb von einem Dritten gleichkam.

Diese einschränkende Auslegung des Merkmals Anschaffung „vom Ehegatten“ entspricht den mit dem EigZulG verfolgten Zielen, die Vermögensbildung – auch im Hinblick auf die private Altersvorsorge – durch den Erwerb eigengenutzten Wohneigentums insbesondere für sog. Schwellenhaushalte und Familien mit Kindern zu fördern (BT-Drucks. 13/2235, S. 14).

Zwar sind nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 13/2235, S. 15) nach § 2 Abs. 1 Satz 3 alle Fälle von der Förderung ausgenommen, in denen sich der Eigentumswechsel innerhalb einer Ehegemeinschaft vollzieht. Nach dem Förderzweck können damit aber nur solche Eigentumswechsel gemeint sein, die zu keiner (weiteren/erneuten) Vermögensbildung in der Familie führen. Der Erwerb einer bereits im Eigentum eines Ehegatten stehenden, eigengenutzten Wohnung durch den anderen Ehegatten erfüllt den Förderzweck des EigZulG nicht, da damit eine bereits vorhandene

Familienwohnung lediglich von einem Ehegatten auf den anderen und ohne Minderung des Familienbudgets durch Zahlung eines Kaufpreises an Dritte übertragen wird. Für dieselbe Wohnung würde zweimal die Förderung gewährt, obwohl nur ein Objekt für die Familie angeschafft worden ist.

Ist dagegen – wie im vorliegenden Fall – eine Wohnung durch Konkurs des Ehemannes dem Familienbesitz wirtschaftlich als Objekt der Vermögensbildung entzogen, führt die Anschaffung durch die Ehefrau aus der Konkursmasse zu einer neuen Vermögensbildung in Form von Wohneigentum für die Familie. Das entspricht dem Zweck der Eigenheimzulage.

Das Konkursverfahren hat zum Ziel, durch Verwertung des konkursbefangenen Vermögens alle Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen. Ohne die Anschaffung des Grundstücks aus der Konkursmasse durch die Ehefrau wäre das Grundstück voraussichtlich an Fremde veräußert worden. Die Ehefrau hat das Grundstück für die Familie ein zweites Mal erworben, der Kaufpreis ist ein zweites Mal – zugunsten der Gläubiger in die Konkursmasse – gezahlt worden. Der Erwerb des Grundstücks, damit die Familienwohnung erhalten bleibt, entspricht dem Erwerb einer Ersatzwohnung und damit der Zielsetzung des EigZulG (vgl. auch BFH, BFHE 169, 328, BStBl II 1993, 152, zum Erwerb eines Grundstücks vom Ehegatten durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung).

Dementsprechend enthielt der Gesetzentwurf zu § 10 e Abs. 1 Satz 8 EStG (BT-Drucks. 10/3633, S. 15) zum Ausschluss der Steuerbegünstigung für Erwerbe unter Ehegatten die Erläuterung, eine Begünstigung „bloßer Eigentumswechsel innerhalb einer Ehegemeinschaft“ widerspräche der vermögenspolitischen Zielsetzung der Förderung. Diese Zielsetzung liegt dem EigZulG unverändert zugrunde (Senatsurteil vom 5.6.2003, III R 51/00, BFH/NV 2003, 1399).

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung

Deutsches Ärzteblatt, Heft 19 vom 7. Mai 2004

Präambel

Aufgabe des Arztes ist es, unter Beachtung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten Leben zu erhalten, Gesundheit zu schützen und wieder herzustellen sowie Leiden zu lindern und Sterbenden bis zum Tod beizustehen. Die ärztliche Verpflichtung zur Lebenserhaltung besteht daher nicht unter allen Umständen.

So gibt es Situationen, in denen sonst angemessene Diagnostik und Therapieverfahren nicht mehr angezeigt und Begrenzungen geboten sein können. Dann tritt palliativ-medizinische Versorgung in den Vordergrund. Die Entscheidung hierzu darf nicht von wirtschaftlichen Erwägungen abhängig gemacht werden.

Unabhängig von anderen Zielen der medizinischen Behandlung hat der Arzt in jedem Fall für eine Basisbetreuung zu sorgen. Dazu gehören u. a. menschenwürdige Unterbringung, Zuwendung, Körperpflege, Lindern von Schmerzen, Atemnot und Übelkeit sowie Stillen von Hunger und Durst.

Art und Ausmaß einer Behandlung sind gemäß der medizinischen Indikation vom Arzt zu verantworten; dies gilt auch für die künstliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr. Er muss dabei den Willen des Patienten beachten. Ein offensichtlicher Sterbevorgang soll nicht durch lebenserhaltende Therapien künstlich in die Länge gezogen werden. Bei seiner Entscheidungsfindung soll der Arzt mit ärztlichen und pflegenden Mitarbeitern einen Konsens suchen.

Aktive Sterbehilfe ist unzulässig und mit Strafe bedroht, auch dann, wenn sie auf Verlangen des Patienten geschieht. Die Mitwirkung des Arztes bei der Selbsttötung widerspricht dem ärztlichen Ethos und kann strafbar sein.

Diese Grundsätze können dem Arzt die eigene Verantwortung in der konkreten Situation nicht abnehmen. Alle Entscheidungen müssen individuell erarbeitet werden.

I. Ärztliche Pflichten bei Sterbenden

Der Arzt ist verpflichtet, Sterbenden, d. h. Kranken oder Verletzten mit irreversiblen Versagen einer oder mehrerer vitaler Funktionen, bei denen der Eintritt des Todes in kurzer Zeit zu erwarten ist, so zu helfen, dass sie unter menschenwürdigen Bedingungen sterben können.

Die Hilfe besteht in palliativ-medizinischer Versorgung und damit auch in Beistand und Sorge für Basisbetreuung. Dazu gehören nicht immer Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr, da sie für Sterbende eine schwere Belastung darstellen können. Jedoch müssen Hunger und Durst als subjektive Empfindungen gestillt werden.

Maßnahmen zur Verlängerung des Lebens dürfen in Übereinstimmung mit dem Willen des Patienten unterlassen oder nicht weitergeführt werden, wenn diese nur den Todeseintritt verzögern und die Krankheit in ihrem Verlauf nicht mehr aufgehoben werden kann. Bei Sterbenden kann die Linderung des Leidens so im Vordergrund stehen, dass eine möglicher-

weise dadurch bedingte unvermeidbare Lebensverkürzung hingenommen werden darf. Eine gezielte Lebensverkürzung durch Maßnahmen, die den Tod herbeiführen oder das Sterben beschleunigen sollen, ist als aktive Sterbehilfe unzulässig und mit Strafe bedroht.

Die Unterrichtung des Sterbenden über seinen Zustand und mögliche Maßnahmen muss wahrheitsgemäß sein, sie soll sich aber an der Situation des Sterbenden orientieren und vorhandenen Ängsten Rechnung tragen. Der Arzt kann auch Angehörige des Patienten und diesem nahe stehende Personen informieren, wenn er annehmen darf, dass dies dem Willen des Patienten entspricht. Das Gespräch mit ihnen gehört zu seinen Aufgaben.

II. Verhalten bei Patienten mit infauster Prognose

Bei Patienten, die sich zwar noch nicht im Sterben befinden, aber nach ärztlicher Erkenntnis aller Voraussicht nach in absehbarer Zeit sterben werden, weil die Krankheit weit fortgeschritten ist, kann eine Änderung des Behandlungszieles indiziert sein, wenn lebenserhaltende Maßnahmen Leiden nur verlängern würden und die Änderung des Therapieziels dem Willen des Patienten entspricht. An die Stelle von Lebensverlängerung und Lebenserhaltung treten dann palliativ-medizinische Versorgung einschließlich pflegerischer Maßnahmen. In Zweifelsfällen sollte eine Beratung mit anderen Ärzten und den Pflegenden erfolgen.

Bei Neugeborenen mit schwersten Beeinträchtigungen durch Fehlbildungen oder Stoffwechselstörungen, bei denen keine Aussicht auf Heilung oder Besserung besteht, kann nach hinreichender Diagnostik und im Einvernehmen mit den Eltern eine lebenserhaltende Behandlung, die ausgefallene oder ungenügende Vitalfunktionen ersetzen soll, unterlassen oder nicht weitergeführt werden. Gleiches gilt für extrem unreife Kinder, deren unausweichliches Sterben abzusehen ist, und für Neugeborene, die schwerste Zerstörungen des Gehirns erlitten haben. Eine weniger schwere Schädigung ist kein Grund zur Vorenthaltung oder zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, auch dann nicht, wenn Eltern dies fordern. Wie bei Erwachsenen gibt es keine Ausnahmen von der Pflicht zu leidensmindernder Behandlung und Zuwendung, auch nicht bei unreifen Frühgeborenen.

III. Behandlung bei schwerster zerebraler Schädigung und anhaltender Bewusstlosigkeit

Patienten mit schwersten zerebralen Schädigungen und anhaltender Bewusstlosigkeit (apallisches Syndrom; auch so genanntes Wachkoma) haben, wie alle Patienten, ein Recht auf Behandlung, Pflege und Zuwendung. Lebenserhaltende Therapie einschließlich – ggf. künstlicher – Ernährung ist daher unter Beachtung ihres geäußerten Willens oder mutmaßlichen Willens grundsätzlich geboten. Soweit bei diesen Patienten eine Situation eintritt, wie unter I–II beschrieben, gelten die dort dargelegten Grundsätze. Die Dauer der Bewusstlosigkeit darf kein alleiniges Kriterium für den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen sein. Hat der Patient keinen Bevollmächtigten in Gesundheitsangelegenheiten, wird in der Regel die Bestellung eines Betreuers erforderlich sein.

IV. Ermittlung des Patientenwillens

Bei einwilligungsfähigen Patienten hat der Arzt die durch den angemessen aufgeklärten Patienten aktuell geäußerte Ablehnung einer Behandlung zu beachten, selbst wenn sich dieser Wille nicht mit den aus ärztlicher Sicht gebotenen Diagnose- und Therapiemaßnahmen deckt. Das gilt auch für die Beendigung schon eingeleiteter lebenserhaltender Maßnahmen. Der Arzt soll Kranken, die eine notwendige Behandlung ablehnen, helfen, die Entscheidung zu überdenken.

Bei einwilligungsunfähigen Patienten ist die in einer Patientenverfügung zum Ausdruck gebrachte Ablehnung einer Behandlung für den Arzt bindend, sofern die konkrete Situation derjenigen entspricht, die der Patient in der Verfügung beschrieben hat, und keine Anhaltspunkte für eine nachträgliche Willensänderung erkennbar sind.

Soweit ein Vertreter (z. B. Eltern, Betreuer oder Bevollmächtigter in Gesundheitsangelegenheiten) vorhanden ist, ist dessen Erklärung maßgeblich; er ist gehalten, den (ggf. auch mutmaßlichen) Willen des Patienten zur Geltung zu bringen und zum Wohl des Patienten zu entscheiden. Wenn der Vertreter eine ärztlich indizierte lebenserhaltende Maßnahme ablehnt, soll sich der Arzt an das Vormundschaftsgericht wenden. Bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichts soll der Arzt die Behandlung durchführen.

Liegt weder vom Patienten noch von einem gesetzlichen Vertreter oder einem Bevollmächtigten eine bindende Erklärung vor und kann eine solche nicht – auch nicht durch Bestellung eines Betreuers – rechtzeitig eingeholt werden, so hat der Arzt so zu handeln, wie es dem mutmaßlichen Willen des Patienten in der konkreten Situation entspricht. Der Arzt hat den mutmaßlichen Willen aus den Gesamtumständen zu ermitteln. Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Willen des Patienten können neben früheren Äußerungen seine Lebenseinstellung, seine religiöse Überzeugung, seine Haltung zu Schmerzen und zu schweren Schäden in der ihm verbleibenden Lebenszeit sein. In die Ermittlung des mutmaßlichen Willens sollen auch Angehörige oder nahe stehende Personen als Auskunftspersonen einbezogen werden, wenn angenommen werden kann, dass dies dem Willen des Patienten entspricht.

Lässt sich der mutmaßliche Wille des Patienten nicht anhand der genannten Kriterien ermitteln, so soll der Arzt für den Patienten die ärztlich indizierten Maßnahmen ergreifen und sich in Zweifelsfällen für Lebenserhaltung entscheiden. Dies gilt auch bei einem apallischen Syndrom.

V. Patientenverfügungen, Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen

Mit Patientenverfügungen, Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen nimmt der Patient sein Selbstbestimmungs-

recht wahr. Sie sind eine wesentliche Hilfe für das Handeln des Arztes.

Eine Patientenverfügung (auch Patiententestament genannt) ist eine schriftliche oder mündliche Willensäußerung eines einwilligungsfähigen Patienten zur zukünftigen Behandlung für den Fall der Äußerungsunfähigkeit. Mit ihr kann der Patient seinen Willen äußern, ob und in welchem Umfang bei ihm in bestimmten, näher umrissenen Krankheitssituationen medizinische Maßnahmen eingesetzt oder unterlassen werden sollen.

Anders als ein Testament bedürfen Patientenverfügungen keiner Form, sollten aber schriftlich abgefasst sein.

Mit einer Vorsorgevollmacht kann der Patient für den Fall, dass er nicht mehr in der Lage ist, seinen Willen zu äußern, eine oder mehrere Personen bevollmächtigen, Entscheidungen mit bindender Wirkung für ihn, u. a. in seinen Gesundheitsangelegenheiten, zu treffen (§ 1904 Abs. 2 BGB).

Vorsorgevollmachten sollten schriftlich abgefasst sein und die von ihnen umfassten ärztlichen Maßnahmen möglichst benennen. Eine Vorsorgevollmacht muss schriftlich niedergelegt werden, wenn sie sich auf Maßnahmen erstreckt, bei denen die begründete Gefahr besteht, dass der Patient stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Schriftform ist auch erforderlich, wenn die Vollmacht den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen umfasst.

Die Einwilligung des Bevollmächtigten in Maßnahmen, bei denen die begründete Gefahr besteht, dass der Patient stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet, bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, es sei denn, dass mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist (§ 1904 Abs. 2 BGB). Ob dies auch bei einem Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen gilt, ist umstritten. Jedenfalls soll sich der Arzt, wenn der Bevollmächtigte eine ärztlich indizierte lebenserhaltende Maßnahme ablehnt, an das Vormundschaftsgericht wenden. Bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes soll der Arzt die Behandlung durchführen.

Eine Betreuungsverfügung ist eine für das Vormundschaftsgericht bestimmte Willensäußerung für den Fall der Anordnung einer Betreuung. In ihr können Vorschläge zur Person eines Betreuers und Wünsche zur Wahrnehmung seiner Aufgaben geäußert werden. Eine Betreuung kann vom Gericht für bestimmte Bereiche angeordnet werden, wenn der Patient nicht in der Lage ist, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen, und eine Vollmacht hierfür nicht vorliegt oder nicht ausreicht. Der Betreuer entscheidet im Rahmen seines Aufgabenkreises für den Betreuten. Zum Erfordernis der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht wird auf die Ausführungen zum Bevollmächtigten verwiesen.

2. Zweifelsfragen zum Eigenheimzulagengesetz (BFH-Urteil vom 20.3.2003, III R 55/00, BStBl 2004 II, 206)

Erstjahr im Sinne des § 5 EigZulG; Genossenschaftsförderung nach § 17 EigZulG

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 2.3.2004, IV C 3 – EZ 1010 – 6/04 (BStBl I, 363)

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden wird mein Schreiben vom 10.2.1998 (BStBl I, 190) unter Berücksichtigung meines Schreibens vom 2.10.2003 (BStBl I, 488) zum Eigenheimzulagengesetz wie folgt geändert:

Rz. 29 wird wie folgt gefasst:

„¹Erstjahr im Sinne des § 5 Satz 1 EigZulG ist das Jahr des Förderzeitraums, in dem der Anspruchsberechtigte die Einkunftsgrenze (vgl. hierzu Rdnr. 28) erstmals nicht überschreitet. ²Dies kann auch ein Jahr sein, das auf das Jahr der Herstellung oder Anschaffung (vgl. hierzu Rz. 23 und 24) folgt; das Jahr des Bezugs der Wohnung ist für die Bestimmung des Erstjahrs unbeachtlich. ³Beim Folgeobjekt ist Erstjahr frühestens das auf das Kalenderjahr folgende Jahr, in dem der Anspruchsberechtigte das Erstobjekt letztmals zu eigenen Wohnzwecken nutzt. ⁴Kann der Erbe die Eigenheimzulage erhalten (vgl. Rz. 21), ist Erstjahr das Jahr des Förderzeitraums, in dem er die Einkunftsgrenze erstmals nicht überschreitet.“

Rz. 107 wird wie folgt gefasst:

„¹Ist bei der Gründung der Genossenschaft kein Wohnungsbestand vorhanden, muss das Handeln der Genossenschaft auf die Herstellung oder Anschaffung von Wohnungen ausgerichtet sein. ²In diesen Fällen ist die Eigenheimzulage nach § 165 Abs. 1 AO vorläufig festzusetzen. ³Das Handeln der Genossenschaft ist nur dann auf die Herstellung oder Anschaffung

von Wohnungen ausgerichtet, wenn mehr als zwei Drittel des Geschäftsguthabens der Genossen zu wohnungswirtschaftlichen Zwecken verwandt werden. ⁴Dies gilt auch für Einlagen auf Geschäftsanteile neu beitretender Genossenschaftsmitglieder und unabhängig von der Verpflichtung zur Auszahlung gekündigter Geschäftsguthaben. ⁵Der Restbetrag kann für gewerblichen Zwecken dienende Gebäude oder Gebäudeteile und zur Bildung einer angemessenen Liquiditätsreserve auch für das Ausscheiden von Genossen verwendet werden. ⁶Die Genossenschaft muss unverzüglich mit der Investitionstätigkeit beginnen, wobei die üblichen Vorbereitungen wie Bauland- oder Gebäudebeschaffung, Planungs- und Bauantragsverfahren mit einzubeziehen sind. ⁷Von einem unverzüglichen Beginn der Investitionstätigkeit kann ohne nähere Prüfung ausgegangen werden, wenn mit der Investitionstätigkeit innerhalb eines Jahres nach dem erstmaligen Erwerb von Genossenschaftsanteilen durch Genossenschaftsmitglieder begonnen worden ist. ⁸Die Wohnungen müssen überwiegend an Genossenschaftsmitglieder überlassen werden.“

Dieses Schreiben ersetzt das BMF-Schreiben vom 11.5.1999 (BStBl I, 490) und ist in allen noch offenen Fällen anzuwenden.

Soweit die Neufassung der Rz. 29 gegenüber der bisherigen Verwaltungsauffassung zu einem Anspruch auf Eigenheimzulage führt, ist auf Antrag des Anspruchsberechtigten eine Neusetzung nach § 11 Abs. 5 EigZulG mit Wirkung ab 2003 durchzuführen.

Auf Antrag der Genossenschaft oder des Anspruchsberechtigten ist Rz. 107 Satz 3 in der Fassung des BMF-Schreibens vom 10.2.1998 (BStBl I, 190) weiter anzuwenden, soweit die Wohnungen und Gebäude auf Grund eines Kaufvertrages angeschafft worden sind, der vor dem Tag der Veröffentlichung dieses Schreibens im Bundessteuerblatt Teil I wirksam abgeschlossen worden ist, und wenn sie zum Zeitpunkt der Anschaffung nicht schlüsselfertig neu errichtet waren.

3. Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblichem Grundstückshandel

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 26.3.2004, IV A 6 – S 2240 – 46/04

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt zur Abgrenzung des gewerblichen Grundstückshandels von der privaten Vermögensverwaltung Folgendes:

I. Allgemeine Grundsätze

1 Veräußern Privatpersonen Grundstücke, ist bei der Prüfung, ob ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, wesentlich auf die Dauer der Nutzung vor Veräußerung und die Zahl der veräußerten Objekte abzustellen. In Fällen, in denen ein gewerblicher Grundstückshandel zu verneinen ist, bleibt jedoch zu prüfen, ob der Gewinn aus der Veräußerung nach § 23 EStG zu besteuern ist.

1. Bebaute Grundstücke

2 Sind bebaute Grundstücke bis zur Veräußerung während eines langen Zeitraums (mindestens zehn Jahre) vermie-

tet worden, gehört grundsätzlich auch noch die Veräußerung der bebauten Grundstücke zur privaten Vermögensverwaltung (vgl. BFH-Urteil vom 6.4.1990, BStBl II, 1057). Dies ist unabhängig vom Umfang des veräußerten Grundbesitzes. Bei Grundstücken, die im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder durch Schenkung auf den Grundstücksveräußerer übergegangen sind, ist für die Berechnung der Nutzungsdauer die Besitzdauer des Rechtsvorgängers wie eine eigene Besitzzeit des Veräußerers zu werten. Zu Grundstücken, die durch Erbfolge oder durch Schenkung übergegangen sind, vgl. Tz. 9. Wegen der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Grundstücke vgl. Tz. 10. Die Aufteilung eines Gebäudes in Eigentumswohnungen ist – für sich betrachtet – allein kein Umstand, der die Veräußerung der so entstandenen Eigentumswohnungen zu einer gewerblichen Tätigkeit macht. Auch hier ist maßgeblich auf die Dauer der Nutzung vor Veräußerung abzustellen.

2. Unbebaute Grundstücke

3 Bei unbebauten Grundstücken, die vor Veräußerung selbst genutzt (z. B. als Gartenland) oder verpachtet wurden, führt die bloße Parzellierung für sich allein nicht zur An-

nahme eines gewerblichen Grundstückshandels. Beim An- und Verkauf von Grundstücken über mehrere Jahre liegt dagegen im Regelfall ein gewerblicher Grundstückshandel vor. Ein gewerblicher Grundstückshandel liegt auch dann vor, wenn der Grundstückseigentümer, ähnlich wie ein Grundstückshändler oder ein Baulandaufschließungsunternehmen, beginnt, seinen Grundbesitz ganz oder teilweise durch Baureifmachung in Baugelände umzugestalten und zu diesem Zweck diesen Grundbesitz nach einem bestimmten Bebauungsplan in einzelne Parzellen aufteilt und diese dann an Interessenten veräußert (vgl. BFH-Urteile vom 28.9.1961, BStBl 1962 III, 32, vom 25.7.1968, BStBl II, 644, vom 22.10.1969, BStBl 1970 II, 61, vom 17. 12.1970, BStBl 1971 II, 456, vom 14.11.1972, BStBl 1973 II, 239, vom 7.2.1973, BStBl II, 642, und vom 29.3.1973, BStBl II, 682). In diesem Fall sind alle Aktivitäten des Veräußerers bei der Baureifmachung, Erschließung und Bebauung einzeln zu untersuchen und im Zusammenhang zu würdigen. Auch die Veräußerung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke oder Betriebe kann Gegenstand eines selbständigen gewerblichen Unternehmens sein (vgl. BFH-Urteil vom 28.6.1984, BStBl II, 798); vgl. Tz. 27.

3. Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr

- 4 Die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr ist durch den Kontakt zu einer Mehrzahl von Verkäufern oder Käufern gegeben (vgl. BFH-Urteile vom 20.12.1963, BStBl 1964 III, 139, und vom 29.3.1973, BStBl II, 661). Eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr kann
 - auch bei einer Tätigkeit für nur einen Vertragspartner oder bei Einschaltung eines Maklers vorliegen (vgl. BFH-Urteile vom 12.7.1991, BStBl 1992 II, 143, und vom 7.12.1995, BStBl 1996 II, 367).
 - bereits dadurch vorliegen, dass die Verkaufsabsicht nur einem kleinen Personenkreis – unter Umständen einer einzigen Person – bekannt wird und der Verkäufer damit rechnet, die Verkaufsabsicht werde sich herumsprechen. Entscheidend ist, dass der Verkäufer an jeden, der die Kaufbedingungen erfüllt, verkaufen will. Das ist bereits dann der Fall, wenn er bereit ist, das fragliche Objekt an einen anderen Erwerber zu veräußern, falls sich der Verkauf an den ursprünglich vorgesehenen Käufer zerschlägt.
 - durch den Verkauf an Bekannte erfolgen (vgl. BFH-Urteile vom 28.10.1993, BStBl 1994 II, 463, und vom 7.3.1996, BStBl II, 369).
 - auch dann gegeben sein, wenn der Steuerpflichtige nur ein Geschäft mit einem Dritten tätigt, sich dieser aber in Wirklichkeit und nach außen erkennbar nach den Bestimmungen des Steuerpflichtigen an den allgemeinen Markt wendet (vgl. BFH-Urteil vom 13.12.1995, BStBl 1996 II, 232).

Auch ein entgeltlicher und von Gewinnerzielungsabsicht getragener Leistungsaustausch zwischen nahen Angehörigen erfüllt die Voraussetzung einer Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr (vgl. BFH-Urteil vom 13.8.2002, BStBl II, 811). Dies gilt auch, wenn der Eigentümer Objekte nur an bestimmte Personen auf deren Wunsch veräußert.

Bei mehreren Grundstücksverkäufen muss das Merkmal der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr nicht bei jedem Geschäft vorliegen (vgl. BFH-Urteil vom 28.10.1993, BStBl 1994 II, 463).

II. Gewerblicher Grundstückshandel wegen Überschreitung der „Drei-Objekt-Grenze“

1. Merkmale der „Drei-Objekt-Grenze“

- 5 Als Indiz für das Vorliegen eines gewerblichen Grundstückshandels gilt die Überschreitung der „Drei-Objekt-Grenze“ (vgl. BFH-Beschluss vom 10.12.2001, BStBl 2002 II, 291). Danach ist die Veräußerung von mehr als drei Objekten innerhalb eines Fünfjahreszeitraums grundsätzlich gewerblich (vgl. BFH-Urteil vom 18.9.1991, BStBl 1992 II, 135). Die Veräußerung von mehr als drei in bedingter Verkaufsabsicht erworbener oder errichteter (vgl. Tz. 19 ff.) Objekte innerhalb dieses Zeitraums führt bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen (§ 15 Abs. 2 EStG) grundsätzlich zur Gewerblichkeit aller – d. h. auch der ersten drei – Objektveräußerungen. Die zeitliche Grenze von fünf Jahren hat allerdings keine starre Bedeutung. Ein gewerblicher Grundstückshandel kann z. B. bei einer höheren Zahl von Veräußerungen nach Ablauf dieses Zeitraums, aber auch bei einer hauptberuflichen Tätigkeit im Baubereich vorliegen.
- 6 Objekt i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“ sind nur solche Objekte, bei denen ein *enger zeitlicher Zusammenhang* (vgl. Tz. 20) zwischen Errichtung, Erwerb oder Modernisierung und der Veräußerung besteht. Ist ein derartiger enger zeitlicher Zusammenhang nicht gegeben, können bis zur zeitlichen Obergrenze von zehn Jahren Objekte nur mitgerechnet werden, wenn weitere Umstände den Schluss rechtfertigen, dass im Zeitpunkt der Errichtung, des Erwerbs oder der Modernisierung eine Veräußerungsabsicht vorgelegen hat. Solche weiteren Umstände liegen z. B. vor, wenn ein branchenkundiger Steuerpflichtiger innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nach der Errichtung eines Gebäudes weniger als vier, danach aber in relativ kurzer Zeit planmäßig weitere Objekte veräußert (vgl. BFH-Urteil vom 5.9.1990, BStBl II, 1060). Vgl. auch Tz. 28.
- 7 Als Veräußerung i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“ gilt auch die Einbringung eines Grundstücks in das Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft, die nach den Grundsätzen des BMF-Schreibens vom 29.3.2000 (BStBl I, 462) als Veräußerung anzusehen ist. Grundstücksübertragungen in das Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft, für die der Übertragende keine Gegenleistung erhält (verdeckte Einlage), und die Übertragung von Grundstücken im Wege der Realteilung einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft oder Bruchteilsgemeinschaft auf die einzelnen Gesellschafter zu Alleineigentum gelten dagegen nicht als Veräußerung i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“. Als Veräußerung i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“ gilt die Einbringung eines Grundstücks in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten. Dies gilt auch in den sog. Mischfällen, in denen die dem Gesellschafter gewährte angemessene (drittbüchliche) Gegenleistung teils in der Gewährung von Gesellschaftsrechten und teils in anderen Entgelten, z. B. in der Zahlung eines Barkaufpreises, der Einräumung einer Forderung oder in der Übernahme von Schulden des Gesellschafter besteht (vgl. BFH-Urteil vom 19.9.2002, BStBl 2003 II, 394).

Im Einzelnen gilt für die Überschreitung der „Drei-Objekt-Grenze“ Folgendes:

a) Definition des Objekts i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“

- 8 Objekt i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“ sind *Grundstücke jeglicher Art*. Auf die Größe, den Wert oder die Nutzungsart des einzelnen Objekts kommt es nicht an (vgl. BFH-Urteile vom 18.5.1999, BStBl 2000 II, 28, und vom 15.3.2000, BStBl 2001 II, 530). Es kommt nicht darauf an, ob es sich um bebaute oder unbebaute Grundstücke handelt oder ob der Steuerpflichtige die Objekte selbst errichtet hat oder in bebautem Zustand erworben hat.

Danach stellt auch ein im Teileigentum stehender Garagenabstellplatz ein selbständiges Objekt dar, wenn dieser nicht im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Wohnung veräußert wird. Der Verkauf eines Garagenabstellplatzes ist jedoch dann nicht als eigenes Objekt zu zählen, wenn dieser als Zubehörraum einer Eigentumswohnung im Zusammenhang mit dem Verkauf der Eigentumswohnung an andere Erwerber als die Käufer der Eigentumswohnung veräußert wird (vgl. BFH-Urteil vom 18.9.2002, BStBl 2003 II, 238).

Jedes zivilrechtliche Wohnungseigentum, das selbständig nutzbar und veräußerbar ist, stellt ein Objekt i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“ dar, auch wenn mehrere Objekte nach Vertragsabschluss baulich zu einem Objekt zusammengefasst werden (vgl. BFH-Urteil vom 16.5.2002, BStBl II, 571). Gleiches gilt für Grundstücke, bei denen der Verkauf beim Vertragsvollzug gescheitert ist (vgl. BFH-Urteil vom 5.12.2002, BStBl 2003 II, 291).

Als Objekt i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“ kommen weiterhin auch Erbbaurechte in Betracht.

b) Durch Erbfall, vorweggenommene Erbfolge oder Schenkung übergegangene Grundstücke als Grundstücke i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“

- 9 In die Prüfung des gewerblichen Grundstückshandels und damit der „Drei-Objekt-Grenze“ sind Grundstücke, die im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder durch Schenkung übertragen und vom Rechtsnachfolger in einem zeitlichen Zusammenhang veräußert worden sind, mit einzubeziehen. In diesem Fall ist hinsichtlich der unentgeltlich übertragenen Grundstücke für die Frage des zeitlichen Zusammenhangs (vgl. Tz. 6, 20) auf die Anschaffung oder Herstellung durch den Rechtsvorgänger abzustellen. Werden im zeitlichen Zusammenhang durch den Rechtsvorgänger und den Rechtsnachfolger insgesamt mehr als drei Objekte veräußert, liegen gewerbliche Einkünfte vor:

- beim Rechtsvorgänger hinsichtlich der veräußerten Grundstücke;
- beim Rechtsnachfolger hinsichtlich der unentgeltlich erworbenen und veräußerten Grundstücke.

In diesen Fällen sind beim Rechtsnachfolger die Veräußerungen der unentgeltlich erworbenen Grundstücke für die Frage, ob er daneben Einkünfte aus einem eigenen gewerblichen Grundstückshandel erzielt, als Objekte i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“ mitzuzählen.

Beispiel:

V erwirbt im Jahr 01 vier Eigentumswohnungen E 1, E 2, E 3 und E 4. Im Jahr 03 veräußert er die Eigentumswohnungen E 1, E 2 und E 3. Die Eigentumswohnung E 4

überträgt er im Wege der vorweggenommenen Erbfolge im Jahr 03 auf seinen Sohn S. S hat im Jahr 02 die Reihenhäuser RH 1, RH 2 und RH 3 erworben. Im Jahr 04 veräußert S die Reihenhäuser und die Eigentumswohnung E 4.

- Die Veräußerung der Eigentumswohnung E 4 innerhalb des zeitlichen Zusammenhangs durch S führt bei V zur Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels. Der Gewinn aus der Veräußerung der Eigentumswohnungen E 1 bis E 3 ist bei V steuerpflichtig.
- Bei S ist der Gewinn aus der Veräußerung der Eigentumswohnung E 4 steuerpflichtig. Auch aus der Veräußerung der drei Objekte (RH 1 bis RH 3) erzielt er Einkünfte aus einem gewerblichen Grundstückshandel, weil die Veräußerung der Eigentumswohnung E 4 als sog. Zählobjekt mitzuzählen ist.

Dies gilt entsprechend im Fall der Modernisierung (vgl. Tz. 24).

Nicht einzubeziehen sind jedoch – unabhängig vom Umfang des Grundbesitzes – Grundstücke, die durch Erbfolge übergegangen sind (vgl. BFH-Urteil vom 15.3.2000, BStBl 2001 II, 530), es sei denn, dass bereits der Erblasser in seiner Person einen gewerblichen Grundstückshandel begründet hat und der Erbe einen unternehmerischen Gesamtplan fortführt oder der Erbe die Grundstücke vor der Veräußerung in nicht unerheblichem Maße modernisiert und hierdurch ein Wirtschaftsgut anderer Marktängigkeit entstanden ist (vgl. Tz. 24).

c) Zu eigenen Wohnzwecken genutzte Grundstücke als Grundstücke i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“

- 10 Ebenfalls nicht einzubeziehen sind Grundstücke, die eigenen Wohnzwecken dienen. Zu eigenen Wohnzwecken genutzte bebaute Grundstücke gehören in aller Regel zum notwendigen Privatvermögen (vgl. BFH-Urteil vom 16.10.2002, BStBl 2003 II, 245). Etwas anderes kann sich allerdings ergeben, wenn ein zur Veräußerung bestimmtes Wohnobjekt nur vorübergehend zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird (vgl. BFH-Urteil vom 11.4.1989, BStBl II, 621). Bei einer Selbstnutzung von weniger als fünf Jahren ist das Grundstück dann nicht einzubeziehen, wenn der Veräußerer eine auf Dauer angelegte Eigennutzung nachweist, indem er darlegt, dass die Veräußerung auf offensichtlichen Sachzwängen beruht (vgl. BFH-Urteil vom 18.9.2002, BStBl 2003 II, 133).

d) Grundstücke, die ohne Gewinnerzielungsabsicht veräußert werden, als Grundstücke i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“

- 11 Objekte, mit deren Weitergabe kein Gewinn erzielt werden soll (z. B. teilentgeltliche Veräußerung oder Schenkung an Angehörige), sind in die Betrachtung, ob die „Drei-Objekt-Grenze“ überschritten ist, grundsätzlich nicht einzubeziehen (vgl. BFH-Urteile vom 18.9.2002, BStBl 2003 II, 238, und vom 9.5.1996, BStBl II, 599). Eine teilentgeltliche Veräußerung in diesem Sinne liegt vor, wenn der Verkaufspreis die Selbstkosten (Anschaffungs- oder Herstellungskosten oder Einlagewert) nicht übersteigt (vgl. BFH-Urteile vom 14.3.1989, BStBl 1990 II, 1053, vom 9.5.1996, BStBl II, 599, und vom 18.9.2002, BStBl 2003 II, 238).

Eine Einbeziehung von an Kinder übertragene Objekte hinsichtlich der Frage des Überschreitens der „Drei-Ob-

jekt-Grenze“ kommt jedoch dann in Betracht, wenn der Steuerpflichtige – bevor er sich dazu entschlossen hat, diese Objekte unentgeltlich an seine Kinder zu übertragen – die zumindest bedingte Absicht besaß, auch diese Objekte am Markt zu verwerten (vgl. BFH-Urteil vom 18.9.2002, BStBl 2003 II, 238).

Grundstücke, die zwar mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, veräußert wurden, mit deren Verkauf aber letztlich ein Verlust realisiert wurde, sind in die Betrachtung, ob die „Drei-Objekt-Grenze“ überschritten ist, mit einzu beziehen.

e) Veräußerungen durch Ehegatten

- 12 Bei Ehegatten ist eine Zusammenfassung der Grundstücksaktivitäten im Regelfall nicht zulässig. Dies bedeutet, dass jeder Ehegatte bis zu drei Objekte im Bereich der Vermögensverwaltung veräußern kann. Die Grundstücksaktivitäten von Ehegatten sind jedoch dann zusammenzurechnen, wenn die Ehegatten eine über ihre eheliche Lebensgemeinschaft hinausgehende, zusätzliche enge Wirtschaftsgemeinschaft, z. B. als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, eingegangen sind, in die sie alle oder den größeren Teil der Grundstücke eingebracht haben (vgl. BFH-Urteil vom 24.7.1996, BStBl II, 913).

f) Übertragungen im Wege der Realteilung

- 13 Grundstücke, die im Wege der Realteilung einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft oder Bruchteilsgemeinschaft den einzelnen Gesellschaftern zu Alleineigentum übertragen werden, sind ebenfalls nicht mit in die „Drei-Objekt-Grenze“ einzubeziehen (vgl. BFH-Urteil vom 9.5.1996, BStBl II, 599).

g) Beteiligung an Grundstücksgesellschaften

- 14 Beteiligt sich ein Steuerpflichtiger an Grundstücksgesellschaften zur Verwertung von Grundstücken (z. B. durch Verkauf oder Bebauung und Verkauf), ist zunächst zu prüfen, ob die Gesellschaft selbst ein gewerbliches Unternehmen i. S. d. § 15 Abs. 2 EStG betreibt (vgl. BFH-Beschluss vom 25.6.1984, BStBl II, 751), so dass steuerlich eine Mitunternehmerschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG vorliegt. In diesem Fall ist die Überschreitung der „Drei-Objekt-Grenze“ auf der Ebene der Gesellschaft zu prüfen; auf eventuelle Grundstücksveräußerungen durch den einzelnen Gesellschafter kommt es insoweit nicht an. Wird die Gesellschaft nach den vorgenannten Grundsätzen im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels tätig, sind die Grundstücksveräußerungen der Gesellschaft bei der Prüfung, ob auch auf der Ebene des Gesellschafters ein – weiterer – gewerblicher Grundstückshandel besteht, als Objekt mitzuzählen (vgl. BFH-Beschluss vom 3.7.1995, BStBl II, 617; BFH-Urteil vom 28.11.2002, BStBl 2003 II, 250).

Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Gesellschafter an der jeweiligen Gesellschaft zu mindestens 10 % beteiligt ist oder dass der Verkehrswert des Gesellschaftsanteils oder des Anteils an dem veräußerten Grundstück bei einer Beteiligung von weniger als 10 % mehr als 250.000 € beträgt.

- 15 Ist die Gesellschaft nach den vorgenannten Grundsätzen vermögensverwaltend tätig, muss ihre Betätigung (z. B. Erwerb, Bebauung und Verkauf der Grundstücke) den einzelnen Gesellschaftern in gleicher Weise wie bei einer Bruchteilsgemeinschaft anteilig zugerechnet werden (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO) und bei diesen einkommensteuer-

rechtlich nach den für den einzelnen Gesellschafter und seine Betätigung maßgeblichen Kriterien beurteilt werden. Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

aa) Die Beteiligung an der Grundstücksgesellschaft wird im Betriebsvermögen gehalten.

- 16 Der Gesellschafter erzielt aus der Beteiligung in jedem Fall gewerbliche Einkünfte (vgl. BFH-Urteile vom 20.11.1990, BStBl 1991 II, 345, und vom 3.7.1995, BStBl II, 617).

bb) Die Beteiligung an der Grundstücksgesellschaft wird im Privatvermögen gehalten.

In diesen Fällen gilt unter Beachtung der Halte- und Veräußerungsfristen Folgendes:

Veräußerungen von Grundstücken der Grundstücksgesellschaft

- 17 Überschreiten die von der vermögensverwaltenden Gesellschaft getätigten und dem einzelnen Gesellschafter anteilig zuzurechnenden Grundstücksveräußerungen entweder für sich gesehen oder unter Zusammenrechnung mit der Veräußerung von Objekten, die dem betreffenden Gesellschafter allein oder im Rahmen einer anderen Personengesellschaft gehören, den Rahmen der bloßen Vermögensverwaltung, wird der Gesellschafter selbst im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels tätig. Für die Prüfung, ob auf der Ebene des Gesellschafters ein gewerblicher Grundstückshandel begründet wird, ist der Anteil des Steuerpflichtigen an dem Objekt der Grundstücksgesellschaft oder -gesellschaften für die Ermittlung der „Drei-Objekt-Grenze“ jeweils einem Objekt gleichzustellen. Bei Veräußerung von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück an verschiedene Erwerber stellt jeder Miteigentumsanteil ein Zählobjekt i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“ dar (vgl. BFH-Urteil vom 7.12.1995, BStBl 1996 II, 367). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Gesellschafter an der jeweiligen Gesellschaft zu mindestens 10 % beteiligt ist oder dass der Verkehrswert des Gesellschaftsanteils oder des Anteils an dem veräußerten Grundstück bei einer Beteiligung von weniger als 10 % mehr als 250.000 € beträgt.

Veräußerung des Anteils an der Grundstücksgesellschaft

- 18 In den Fällen, in denen der Gesellschafter seinen Anteil an der Grundstücksgesellschaft veräußert, ist die Veräußerung der Beteiligung gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO einer anteiligen Grundstücksveräußerung gleichzustellen.

Für die „Drei-Objekt-Grenze“ kommt es dabei auf die Zahl der im Gesellschaftsvermögen (Gesamthandsvermögen) befindlichen Grundstücke an (vgl. BFH-Urteile vom 7.3.1996, BStBl II, 369, und vom 28.11.2002, BStBl 2003 II, 250). Voraussetzung für die Anrechnung von Anteilsveräußerungen ist jedoch, dass der Gesellschafter an der jeweiligen Gesellschaft zu mindestens 10 % beteiligt ist oder dass eine Beteiligung von weniger als 10 % einen Verkehrswert von mehr als 250.000 € hat.

Die vorstehenden Ausführungen (Tz. 15 bis 18) gelten entsprechend für Grundstücksgemeinschaften (Bruchteilsgemeinschaften).

Beispiel 1:

Ein Steuerpflichtiger erwirbt und veräußert innerhalb von vier Jahren drei Beteiligungen an verschiedenen Ge-

gesellschaften, zu deren Gesellschaftsvermögen jeweils ein Grundstück gehört.

Die „Drei-Objekt-Grenze“ wird nicht überschritten. Der Steuerpflichtige wird nicht im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels tätig.

Beispiel 2:

Ein Steuerpflichtiger erwirbt und veräußert innerhalb von vier Jahren zwei Beteiligungen an verschiedenen Gesellschaften, zu deren Gesellschaftsvermögen jeweils zwei Grundstücke gehören.

Die „Drei-Objekt-Grenze“ ist überschritten. Der Steuerpflichtige wird im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels tätig.

2. Errichtung von Objekten

- 19 a) Bebaut ein Steuerpflichtiger ein Grundstück oder erwirbt er ein unbebautes Grundstück zur Bebauung, liegt in der Regel ein gewerblicher Grundstückshandel vor, wenn mehr als drei Objekte in *engem zeitlichem Zusammenhang* mit ihrer Errichtung veräußert werden und der Steuerpflichtige mit Veräußerungsabsicht handelt. Ein gewerblicher Grundstückshandel liegt in diesem Fall auch dann vor, wenn die Objekte zwischenzeitlich vermietet wurden (vgl. BFH-Urteil vom 11.4.1989, BStBl II, 621). Ferner ist unerheblich, ob die veräußerten Wohneinheiten in der rechtlichen Gestalt von Eigentumswohnungen entstanden sind oder ob sie zunächst rechtlich unselbständige, zur Vermietung an verschiedene Interessenten bestimmte, Teile eines Gesamtobjekts (z. B. Mehrfamilienhaus) waren.
- 20 b) Ein *enger zeitlicher Zusammenhang* zwischen Errichtung und Veräußerung der Objekte ist dann gegeben, wenn die Zeitspanne zwischen Fertigstellung und der Veräußerung der Objekte nicht mehr als fünf Jahre beträgt (vgl. BFH-Urteile vom 23.10.1987, BStBl 1988 II, 293, und vom 22.3.1990, BStBl II, 637). Eine Überschreitung von wenigen Tagen beeinträchtigt diese Indizwirkung noch nicht (vgl. BFH-Urteil vom 28.11.2002, BStBl 2003 II, 250).
- 21 c) Die *Veräußerungsabsicht* ist anhand äußerlicher Merkmale zu beurteilen; die bloße Erklärung des Steuerpflichtigen, er habe eine solche Absicht nicht gehabt, reicht nicht aus. Das Vorhandensein einer Veräußerungsabsicht kann allerdings nicht allein aus dem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Errichtung und Veräußerung hergeleitet werden (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001, BStBl 2002 II, 291). Liegen von Anfang an eindeutige (vom Steuerpflichtigen darzulegende) Anhaltspunkte dafür vor, dass ausschließlich eine anderweitige Nutzung als die Veräußerung objektiv in Betracht gezogen worden ist, hat der enge zeitliche Zusammenhang für sich genommen keine Bedeutung. Fehlen solche Anhaltspunkte, zwingt der enge zeitliche Zusammenhang zwischen Errichtung und Veräußerung aber nach der Lebenserfahrung zu der Schlussfolgerung, dass bei der Errichtung der Objekte zumindest eine bedingte Veräußerungsabsicht bestanden hat. In diesen Fällen kann sich der Steuerpflichtige nicht darauf berufen, die (eigentliche) Verkaufsabsicht sei erst später wegen Finanzierungschwierigkeiten und zu hoher finanzieller Belastungen gefasst worden (vgl. BFH-Urteile vom 6.4.1990, BStBl II, 1057, und vom 12.12.2002, BStBl II 2003, 297); vgl. auch Tz. 30.

3. Erwerb von Objekten

- 22 Beim Erwerb von Objekten liegt grundsätzlich ein gewerblicher Grundstückshandel vor, wenn mehr als drei Objekte in engem zeitlichem Zusammenhang mit ihrem Erwerb veräußert werden und der Steuerpflichtige mit Veräußerungsabsicht handelt. Hinsichtlich des engen zeitlichen Zusammenhangs gilt Tz. 20, hinsichtlich der Veräußerungsabsicht gilt Tz. 21 entsprechend.
- Im Fall des Erwerbs bebauter Grundstücke gelten folgende Besonderheiten:
- 23 Wandelt der Steuerpflichtige bisher vermietete Wohnungen eines erworbenen Mietshauses in Eigentumswohnungen um und versetzt er die Wohnungen vor der sich anschließenden Veräußerung lediglich in einen zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand, wozu unter Berücksichtigung des bei Mietwohnungen Ortsüblichen auch die Ausführung von Schönheitsreparaturen gehören kann (vgl. BFH-Urteil vom 10.8.1983, BStBl 1984 II, 137), ist ein gewerblicher Grundstückshandel nur anzunehmen, wenn innerhalb eines überschaubaren Zeitraums (in der Regel fünf Jahre) ein oder mehrere bereits in Veräußerungsabsicht erworbene Gebäude aufgeteilt und nach dieser Aufteilung mehr als drei Eigentumswohnungen veräußert werden.

4. Modernisierung von Objekten

- 24 Besteht kein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Errichtung oder dem Erwerb und der Veräußerung der Objekte, kann ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegen, wenn der Steuerpflichtige die Objekte vor der Veräußerung in nicht unerheblichem Maße modernisiert und hierdurch ein Wirtschaftsgut anderer Marktgängigkeit entstanden ist. Für die Veräußerungsabsicht kommt es dann auf den engen zeitlichen Zusammenhang mit der Modernisierung an. In Sanierungsfällen beginnt die Fünf-Jahres-Frist mit Abschluss der Sanierungsarbeiten (vgl. BFH-Urteil vom 5.12.2002, BStBl 2003 II, 291).

5. Mischfälle

- 25 Treffen bei einem Steuerpflichtigen, der eine bestimmte Anzahl von Objekten veräußert hat, diejenigen Fälle, in denen das veräußerte Objekt vom Steuerpflichtigen selbst errichtet worden ist, mit solchen Fällen zusammen, in denen das Objekt von einem Dritten erworben worden ist, ist die Frage, ob die Veräußerung eines Objektes der einen oder anderen Gruppe bei Prüfung der „Drei-Objekt-Grenze“ mitzuzählen ist, jeweils nach den Kriterien zu entscheiden, die für die betreffende Gruppe bei Veräußerung von mehr als drei Objekten gelten.

6. Unbebaute Grundstücke

- 26 Beim Verkauf von unbebauten Grundstücken gelten die für den Erwerb und die Veräußerung bebauter Grundstücke dargestellten Grundsätze entsprechend (vgl. BFH-Urteil vom 13.12.1995, BStBl 1996 II, 232). Dies bedeutet, dass der Erwerb, die Parzellierung und die Veräußerung von mehr als drei unbebauten Grundstücken (Bauparzellen) nur dann gewerblich ist, wenn
- die Grundstücke (Bauparzellen) in Veräußerungsabsicht erworben wurden oder
 - der Steuerpflichtige über die Parzellierung hinaus Tätigkeiten entwickelt hat (z. B. Erschließung, Bauplan, Baureifmachung).

Bei Mischfällen gilt Tz. 25 entsprechend.

7. Land- und forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke

- 27 Die Veräußerung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke kann unter den vorstehenden Voraussetzungen Gegenstand eines selbständigen gewerblichen Unternehmens sein. Hat der Land- und Forstwirt schon mit Tätigkeiten begonnen, die objektiv erkennbar auf die Vorbereitung von Grundstücksgeschäften gerichtet sind, wechseln die Grundstücke auch bei zunächst unveränderter Nutzung nach § 6 Abs. 5 EStG zum Buchwert aus dem Anlagevermögen des landwirtschaftlichen Betriebs in das Umlaufvermögen des Gewerbebetriebs gewerblicher Grundstückshandel (vgl. BFH-Urteile vom 31.5.2001, BStBl II, 673, und vom 25.10.2001, BStBl 2002 II, 289). Überführt der Land- und Forstwirt ein Grundstück anlässlich einer Betriebsaufgabe in das Privatvermögen, liegt darin eine Entnahme. Wird das Grundstück später veräußert, ist bei der Anwendung der Grundsätze zum zeitlichen Zusammenhang (vgl. Tz. 20) der Zeitraum, in dem sich das Grundstück vor seiner steuerpflichtigen Entnahme im Betriebsvermögen befunden hat, mitzurechnen.

III. Gewerblicher Grundstückshandel ohne Überschreitung der „Drei-Objekt-Grenze“

- 28 1. Abweichend von den Grundsätzen der „Drei-Objekt-Grenze“ kann auch der Verkauf von weniger als vier Objekten in zeitlicher Nähe zu ihrer Errichtung zu einer gewerblichen Tätigkeit führen (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001, BStBl 2002 II, 291; BFH-Urteile vom 13.8.2002, BStBl II, 811, und vom 18.9.2002, BStBl 2003 II, 238 und 286). Dies gilt bei Wohnobjekten (Ein-, Zweifamilienhäuser, Eigentumswohnungen) insbesondere in folgenden Fällen:
- Das Grundstück mit einem darauf vom Veräußerer zu errichtenden Gebäude wird bereits vor seiner Bebauung verkauft. Als Verkauf vor Bebauung ist ein Verkauf bis zur Fertigstellung des Gebäudes anzusehen.
 - Das Grundstück wird von vornherein auf Rechnung und nach Wünschen des Erwerbers bebaut.
 - Das Bauunternehmen des das Grundstück bebauenden Steuerpflichtigen erbringt erhebliche Leistungen für den Bau, die nicht wie unter fremden Dritten abgerechnet werden. Das Bauvorhaben wird nur kurzfristig finanziert.
 - Der Steuerpflichtige beauftragt bereits während der Bauzeit einen Makler mit dem Verkauf des Objekts.
 - Vor Fertigstellung wird ein Vorvertrag mit dem künftigen Erwerber geschlossen. Der Steuerpflichtige übernimmt über den bei Privatverkäufen üblichen Bereich hinaus Gewährleistungspflichten.
 - Unmittelbar nach dem Erwerb des Grundstücks wird mit der Bebauung begonnen, und das Grundstück wird unmittelbar nach Abschluss der Bauarbeiten veräußert.
- 29 2. Bei Verkauf von errichteten Großobjekten (z. B. Mehrfamilienhäuser, Büro-, Hotel-, Fabrik- oder Lagergrundstücke) kann auch außerhalb der o. g. Ausnahmefälle ein gewerblicher Grundstückshandel bei Veräußerung von weniger als vier Objekten vorliegen (vgl. BFH-Urteile vom 24.1.1996, BStBl II, 303, und vom 14.1.1998, BStBl II, 346). Dies setzt voraus, dass besondere Umstände ge-

geben sind, z. B. wenn die Tätigkeit des Steuerpflichtigen nach ihrem wirtschaftlichen Kern der Tätigkeit eines Bauträgers entspricht.

IV. Kein gewerblicher Grundstückshandel bei Überschreitung der „Drei-Objekt-Grenze“

- 30 Trotz des Überschreitens der „Drei-Objekt-Grenze“ ist ein gewerblicher Grundstückshandel ausnahmsweise nicht anzunehmen, wenn auf Grund besonderer vom Steuerpflichtigen darzulegender Umstände eindeutige Anhaltspunkte gegen eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht sprechen. Als Umstand, der gegen eine bereits im Zeitpunkt der Anschaffung oder Errichtung des Objekts bestehende Veräußerungsabsicht spricht, kann eine vom Veräußerer selbst vorgenommene langfristige – über fünf Jahre hinausgehende – Vermietung eines Wohnobjektes angesehen werden. Die konkreten Anlässe und Beweggründe für die Veräußerungen (z. B. plötzliche Erkrankung, Finanzierungsschwierigkeiten, schlechte Vermietbarkeit, Scheidung, nachträgliche Entdeckung von Baumängeln, unvorhergesehene Notlagen) sind im Regelfall jedoch nicht geeignet, die auf Grund des zeitlichen Abstands der maßgebenden Tätigkeiten vermutete (bedingte) Veräußerungsabsicht im Zeitpunkt der Anschaffung oder Errichtung auszuschließen (vgl. BFH-Urteil vom 20.2.2003, BStBl II, 510).

V. Beginn, Umfang und Beendigung des gewerblichen Grundstückshandels, Gewinnermittlung

1. Beginn

- 31 Als Beginn des gewerblichen Grundstückshandels ist regelmäßig der Zeitpunkt anzusehen, in dem der Steuerpflichtige mit Tätigkeiten beginnt, die objektiv erkennbar auf die Vorbereitung der Grundstücksgeschäfte gerichtet sind (vgl. BFH-Urteile vom 9.2.1983, BStBl II, 451, vom 23.10.1987, BStBl 1988 II, 293, und vom 21.6.2001, BStBl 2002 II, 537). Dabei sind folgende Fallgruppen zu unterscheiden:
- a) Bei Errichtung und Veräußerung in engem zeitlichem Zusammenhang (vgl. Tz. 20) beginnt der gewerbliche Grundstückshandel grundsätzlich mit der Stellung des Bauantrags, bei baugenehmigungsfreien Bauvorhaben mit der Einreichung der Bauunterlagen oder dem Beginn der Herstellung (vgl. R 42 a Abs. 4 EStR).
 - b) Bei Erwerb und Veräußerung in engem zeitlichem Zusammenhang (vgl. Tz. 22 und 23) beginnt der gewerbliche Grundstückshandel grundsätzlich im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs.
 - c) Bei Modernisierung und Veräußerung in engem zeitlichem Zusammenhang (vgl. Tz. 24) beginnt der gewerbliche Grundstückshandel in dem Zeitpunkt, in dem mit den Modernisierungsmaßnahmen begonnen wird.
 - d) Bei Sanierung und Veräußerung in engem zeitlichem Zusammenhang (vgl. Tz. 25) beginnt der gewerbliche Grundstückshandel in dem Zeitpunkt, in dem mit den Sanierungsarbeiten begonnen wird.

2. Umfang

- 32 Der Umfang eines gewerblichen Grundstückshandels wird grundsätzlich durch den veräußerten Grundbesitz be-

stimmt. Dabei ist auch die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB zu beachten, wonach die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig gelten. Diese Zugehörigkeitsvermutung wird insbesondere bei branchengleichen Wirtschaftsgütern angenommen und rechtfertigt sich aus der Nähe der Tätigkeit zum gewerblichen Betrieb und der Schwierigkeit, einzelne Wirtschaftsgüter oder Geschäfte als Privatangelegenheit auszusondern.

Im Übrigen hat die Prüfung des Umfangs der gewerblichen Tätigkeit eines bereits bestehenden gewerblichen Grundstückshandels – abgesehen davon, dass es auf die Anzahl der veräußerten Objekte im Sinne der „Drei-Objekt-Grenze“ nicht mehr ankommt – nach den gleichen Kriterien wie denjenigen für die Abgrenzung zwischen gewerblichem Grundstückshandel und privater Vermögensverwaltung zu erfolgen (vgl. BFH-Urteil vom 12.12.2002, BStBl 2003 II, 297). Dabei sind Objektveräußerungen, die unter Tz. 2 und 10 fallen – das sind die Fälle, in denen bebaute Grundstücke bis zum Verkauf während eines langen Zeitraums durch Vermietung (mindestens zehn Jahre) oder zu eigenen Wohnzwecken (i. d. R. mindestens fünf Jahre) genutzt worden sind – nicht mit einzubeziehen.

Werden die im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels zu erfassenden Grundstücke zwischenzeitlich vermietet, bleiben diese Umlaufvermögen beim gewerblichen Grundstückshandel und dürfen demzufolge nicht abgeschrieben werden (vgl. BFH-Urteil vom 5.12.2002, BStBl 2003 II, 291).

3. Gewinnermittlung

- 33 Der Gewinn aus einem gewerblichen Grundstückshandel ist grundsätzlich durch Betriebsvermögensvergleich zu ermitteln. Die Grundstücke stellen Umlaufvermögen dar (vgl. BFH-Urteil vom 18.9.2002, BStBl 2003 II, 133). Abschreibung und Sonderabschreibungen können daher nicht geltend gemacht werden.

Eine Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG kommt für einen Grundstückshändler in Betracht, wenn dieser die Grenzen des § 141 AO nicht überschreitet und nicht nach § 140 AO i. V. m. § 238 HGB buchführungspflichtig ist. Ein Grundstückshändler, dessen Betrieb nach Art oder Umfang keinen in einer kaufmännischen Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, betreibt kein Handelsgewerbe und ist kein Kaufmann i. S. d. HGB (§§ 1, 238 HGB), es sei denn, der Betrieb ist ins Handelsregister eingetragen (§ 2 HGB).

Das Wahlrecht zur Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG kann nur zu Beginn des Gewinnermittlungszeitraums durch schlüssiges Verhalten ausgeübt werden (vgl. BFH-Urteil vom 13.10.1989, BStBl 1990 II, 287).

Diese Wahlentscheidung setzt denknötwendig das Bewusstsein des Steuerpflichtigen zur Einkünfteerzielung voraus. Ist der Steuerpflichtige davon ausgegangen, gar nicht gewerblich tätig und demgemäß auch nicht verpflichtet gewesen zu sein, für Zwecke der Besteuerung einen Gewinn aus Gewerbebetrieb ermitteln und erklären zu müssen, ist eine Wahl zwischen den Gewinnermittlungsarten nicht denkbar (vgl. BFH-Urteil vom 8.3.1989, BStBl II, 714). Der Gewinn ist in diesen Fällen durch Betriebsvermögensvergleich zu ermitteln.

Bei einem gewerblichen Grundstückshandel auf Grund der Überschreitung der „Drei-Objekt-Grenze“ sind auch die Veräußerungen der ersten drei Objekte gewerblich. Die entsprechenden Steuerbescheide sind ggf. nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO zu ändern (vgl. BFH-Urteil vom 23.3.1983, BStBl II, 548). In diesen Fällen bestehen keine Bedenken, den nachträglich zu ermittelnden Gewinn durch Abzug der fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten oder des Einlagewerts und der Veräußerungskosten vom Veräußerungserlös zu berechnen. Dies gilt entsprechend bei Gewinnermittlung durch Einnahmenüberschussrechnung nach § 4 Abs. 3 EStG.

4. Wertansatz

- 34 Die nach Tz. 32 dem gewerblichen Grundstückshandel zuzurechnenden Objekte sind in den Fällen des Erwerbs von Objekten für den gewerblichen Grundstückshandel mit den Anschaffungskosten, im Übrigen mit den Werten, die sich aus § 6 Abs. 1 Nr. 6 i. V. m. Nr. 5 EStG (Einlage in das Betriebsvermögen) ergeben, dem Betriebsvermögen zuzuordnen.

In Errichtungsfällen gilt für die Einlagewerte des Grund und Bodens Folgendes:

Die unbebauten Grundstücke sind mit den Werten anzusetzen, die sich zu Beginn des gewerblichen Grundstückshandels ergeben (vgl. Tz. 31).

In Modernisierungsfällen (Tz. 24) gilt Folgendes:

Die Wirtschaftsgüter „Grund und Boden“ sowie „Gebäude“ sind mit den Werten anzusetzen, die sich zum Beginn der Sanierungsarbeiten ergeben.

5. Beendigung

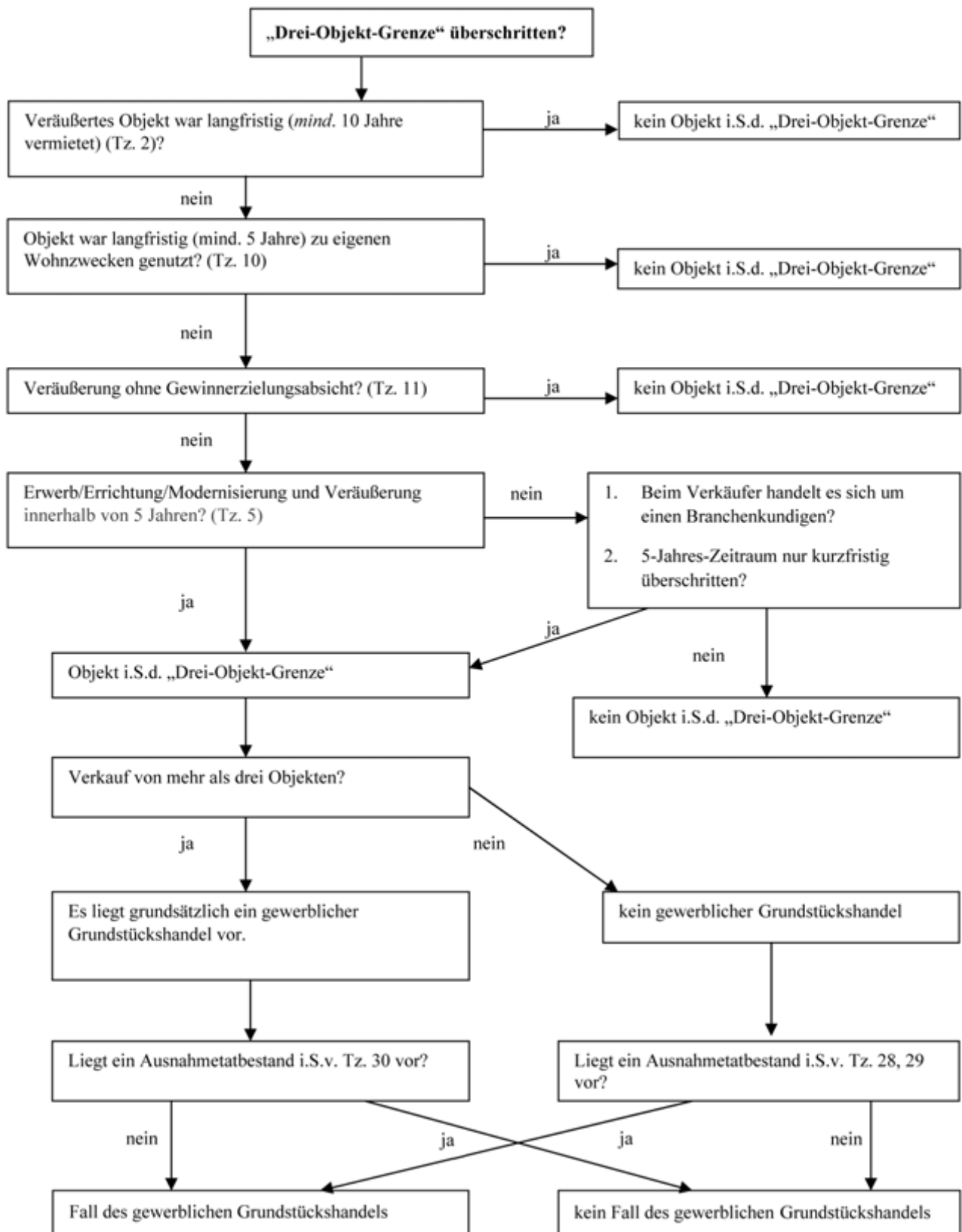
- 35 Die Gewinne aus den Grundstücksveräußerungen sind regelmäßig nicht begünstigte laufende Gewinne, auch wenn zugleich der Gewerbebetrieb aufgegeben wird (vgl. BFH-Urteile vom 29.9.1976, BStBl 1977 II, 71, vom 23.6.1977, BStBl II, 721, und vom 23.1.2003, BStBl II, 467). Ein gewerblicher Grundstückshandel wird mit Verkauf des letzten Objekts oder durch die endgültige Einstellung der Verkaufstätigkeiten beendet.

VI. Anwendungszeitpunkt

- 36 Dieses Schreiben tritt an die Stelle der BMF-Schreiben vom 20.12.1990 (BStBl I, 884), vom 9.7.2001 (BStBl I, 512) und vom 19.2.2003 (BStBl I, 171), welche hiermit aufgehoben werden. Es ist auf alle noch offenen Fälle anzuwenden. Die Regelungen der Tz. 28 sind, soweit sich hieraus nachteilige Folgen für den Steuerpflichtigen ergeben, erst auf Veräußerungen anzuwenden, die nach dem 31.5.2002 (Datum der Veröffentlichung des Beschlusses des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001) stattgefunden haben. Die vor dem 1.6.2002 erfolgten Veräußerungen sind jedoch in jedem Fall als Zählobjekte i. S. d. „Drei-Objekt-Grenze“ zu behandeln. Veräußerungen vor dem 1.6.2002 sind somit für Veräußerungen nach dem 31.5.2002 in die Prüfung eines gewerblichen Grundstückshandels einzubeziehen.

Dieses Schreiben wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht.

Vereinfachtes Prüfschema „Gewerblicher Grundstückshandel“



STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Prof. Dr. Manfred Bengel, Fürth, wurde am 3.8.2004 das Verdienstkreuz 1. Klasse des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen.

2. Verstorben:

Amtmann i. N. Heimo Solbrig, Wertingen, verstorben am 23.6.2004

3. Berichtigung:

Amtsniederlegung nach § 48 b BNotO

Mit Wirkung vom 1.4.2004:

Notarin Brigitte Nachbar, Moosburg

4. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.4.2005:

Notar Erwin Häusler, Landshut

Notar Dr. Rolf Bleutge, Pfaffenhofen a. d. Ilm

5. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.7.2004:

Passau	dem Notarassessor Alexander Krafka (bisher in München, Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)
--------	---

Mit Wirkung vom 20.7.2004:

Günzburg (in Sozietät mit Notar Martin Wachter)	dem Notarassessor Dr. Thomas Braun (bisher in Aschaffenburg, Notarstellen Schad/Dr. Seidl)
---	---

Mit Wirkung vom 1.8.2004:

Lauf a. d. Pegnitz (in Sozietät mit Notar Dr. Michael Reindl)	dem Notar Dr. Thomas Lindner (bisher in Riedenburg)
---	---

Lauf a. d. Pegnitz (neuerrichtete Notarstelle in Sozietät mit Notar Dr. Thomas Lindner)	dem Notar Dr. Michael Reindl (bisher in Greding)
--	--

Schwabmünchen (in Sozietät mit Notar Dr. Michael Fronhöfer)	dem Notar Dr. Gerald Weigl (bisher in Heilsbronn)
---	---

Uffenheim	dem Notarassessor Dr. Bernhard Seeger (bisher in Würzburg, DNotI)
-----------	---

Mit Wirkung vom 1.9.2004:

Augsburg (in Sozietät mit Notar Stefan Hösle)	dem Notar Dr. Walter Grafberger (bisher in Ochsenfurt)
---	--

Friedberg (in Sozietät mit Notar Dr. Heinz Nawratil)	dem Notar Michael Deutrich (bisher in Ebern)
--	--

Hengersberg	dem Notarassessor Jochen Stelzer (bisher in München, Notarstelle Dr. Mayer)
-------------	--

Mit Wirkung vom 1.10.2004:

Moosburg	der Notarassessorin Birgit Birnstiel (bisher in München, Notarstellen Singer/Dr. Anton)
----------	---

6. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.8.2004:

Johannes Benz, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Amann)

Alban Bruch, Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle Koch)

Sebastian Lach, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter)

Wolfgang Rösing, Memmingen (Notarstellen Dr. Gropengießer/Gropengießer)

Florian Satz, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp, Sonderurlaub)

Stephan Schill, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp)

Markus Sikora, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Amann, Sonderurlaub)

7. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Alexander Schiel, Würzburg (Notarstellen Kirchner/Baumann), wurde auf sein Verlangen mit Ablauf des 31.7.2004 aus dem notariellen Anwärterdienst des Freistaates Bayern entlassen.

Notar Alexander Krafka, Passau, wurde mit Wirkung vom 8.7.2004 promoviert.

Notar Georg Westermeier, Passau, wurde mit Wirkung vom 8.7.2004 promoviert.

Notarassessor Sebastian Apfelbaum, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/Thoma), wurde mit Wirkung vom 6.4.2004 promoviert.

Notarassessor Dr. Wolfgang Barth, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Haasen), ab 15.3.2004 in Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker)

Notarassessorin Sandra Hetterich, Rosenheim (Notarstelle Lederer), ab 15.6.2004 in München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/Dr. Götte)

Notarassessor Sebastian Franck, Türkheim (Notarstelle Elstner/Sonderurlaub), ab 1.7.2004 in Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue)

Notarassessor Dr. Hartmut Wicke, München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel), ab 1.7.2004 in Würzburg (Deutsches Notarinstitut)

Notarassessor Thomas Göppel, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp), ab 28.7.2004 in München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

Notarassessor Simon Weiler, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue), ab 1.8.2004 in München (Notarstelle Dr. Mayer)

Notarassessor Oliver Kuhn, Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle Koch), ab 13.9.2004 in Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Oberinspektorin i. N. Martina Ragaller, Passau (Notarstelle Bächer, derzeit im Sonderurlaub), ab 1.8.2004 in Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/Schmidl)

Amtfrau i. N. Susanne Tabbert, Kaiserslautern (Notarstelle Dr. Wenz), ab 1.9.2004 in Freinsheim (Notarstelle Dr. Schönberger)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Karl-Heinz Büchler, Klingenberg a. Main (Notarstelle Baumeister), ab 1.6.2003 im Ruhestand

Oberinspektorin i. N. Marika Stutz, Herzogenaaurach (Notarstelle Dr. Scholzen), ab 31.5.2004 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Rudolf Stopfer, Vilseck (Notarstelle Dr. Behmer), ab 31.7.2004 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Sebastian Angerbauer, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer) ab 31.7.2004 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Wasserburg a. Inn, Notarstellen Norbert Martin/Dr. Gabriele Bartsch, E-Mail: notariat.wasserburg@t-online.de

Regensburg, Notarstelle Dr. Roman Merznicht, Drei-Kronen-Gasse 2/3. OG, 93047 Regensburg

Passau, Notarstelle Dr. Alexander Krafka, neue Telefonnummer: 0851 75686-0, Fax: 0851 7568622, E-Mail: info@notar-krafka.de

Lauf a. d. Pegnitz, Notarstellen Dr. Lindner/Dr. Reindl, Friedensplatz 3, 91207 Lauf a. d. Pegnitz, Telefon: 09123 9670-0, Fax: 09123 967010, E-Mail: info@notare-lindner-reindl.de

Landstuhl, Notarstelle Werner Landau, richtige E-Mail: notarlandau@onlinehome.de

Rosenheim, Notarstelle Dieter Ellert, Telefon: 08031 301131, Fax: 08031 301142

Fürstfeldbruck, Notarstellen Dr. v. Bary/Dr. Buchta, E-Mail: notarebvb@t-online.de, www.notarebvb.de

Sonthofen, Notarstellen Dr. Anton Obermaier/Cathrin Caspary, E-Mail: info@notare-sonthofen.de

Fortbildungsseminare für die Angestellten der Notarkasse im gehobenen Dienst

Termine für 2005

Die Notarkasse gibt die Seminartermine für 2005 wie folgt bekannt:

1. Pflichtseminare

13.3.2005 (Anreise) – 16.3.2005 (Abreise)

16.3.2005 (Anreise) – 19.3.2005 (Abreise)

16.10.2005 (Anreise) – 19.10.2005 (Abreise)

19.10.2005 (Anreise) – 22.10.2005 (Abreise)

Die Anreise erfolgt jeweils bis 18 Uhr, die Abreise gegen 12 Uhr.

Anmelden können sich ab sofort alle Kassenangestellten, die zu den Seminaren vom 12.–18.10.2003 oder zu den Seminaren im Jahre 2004 nicht eingeladen wurden. Berücksichtigt werden Anmeldungen nach der Reihenfolge des Eingangs bei der Notarkasse.

Für neu übernommene Kassenangestellte gilt wie bisher eine Wartezeit von zwei Jahren.

Zur Teilnahmepflicht, zum Ablauf, zu den Seminarinhalten und zu den Referenten sowie zum Anmeldeverfahren wird auf MittBayNot 2003, 327 hingewiesen.

Die Anmeldung ist mit der/dem Beschäftigungsnotarin/Beschäftigungsnotar abzustimmen.

2. Zusatzseminare (freiwillige Teilnahme)

Die im Herbst 2003 begonnenen und im Jahre 2004 fortgeführten Zusatzseminare finden auch im Jahr 2005 statt. Es stehen folgende Termine zur Auswahl:

16.6.2005 (Anreise) – 18.6.2005 (Abreise)

27.10.2005 (Anreise) – 29.10.2005 (Abreise).

Thema: Die GmbH in der notariellen Praxis.

Zu den weiteren Einzelheiten über den Seminarinhalt und die Referenten siehe MittBayNot 2003, 328.

Die Anreise erfolgt jeweils bis 18 Uhr, die Abreise gegen 13 Uhr. Auf eigenen Wunsch kann die Anreise auch am Tag des Seminarbeginns bis spätestens 9 Uhr oder eine tägliche Anreise erfolgen.

Anmelden können sich ab sofort alle Kassenangestellten, die an dem Seminar „Die GmbH in der notariellen Praxis“ noch nicht teilgenommen haben. Berücksichtigt werden Anmeldungen nach der Reihenfolge des Eingangs bei der Notarkasse.

Für neu übernommene Kassenangestellte besteht bei diesem freiwilligen Seminar keine Wartezeit.

Die Anmeldung ist mit der/dem Beschäftigungsnotarin/Beschäftigungsnotar abzustimmen. Die Teilnahme ist freiwillig.

3. Veranstaltungsort

Die Veranstaltungen finden wie bisher im Hotel Aurachhof, Fischbachau, statt.

4. Ansprechpartner

Für Fragen zu den Seminaren steht Ihnen der für die Fortbildung der Kassenangestellten zuständige Sachbearbeiter NOR Werner Tiedtke zur Verfügung.

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs, 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

Zweite Jahresarbeitstagung des Notariats Aktuelle Fragestellungen in allen notarrelevanten Rechtsgebieten

23. bis 25.9.2004, Würzburg, Neue Universität/Auditorium Maximum

Die vom Fachinstitut für Notare angebotene Jahresarbeitstagung ist den grundlegenden Änderungen und Entwicklungen in sämtlichen notarrelevanten Rechtsgebieten gewidmet. Ziel der Jahresarbeitstagung ist, den Kollegen einen aktuellen Überblick über die für das Notariat bedeutsamsten Fragestellungen der letzten Monate zu geben. Verschiedene Generalthemen werden von zahlreichen renommierten Referenten und Mitwirkenden aufbereitet und unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Praxis dargestellt und erörtert. Die Darstellung und Erläuterung erfolgt anhand einer detaillierten Tagungsunterlage, die als Hilfsmittel bei der täglichen Arbeit geeignet ist. Es besteht ausreichend Gelegenheit zur Diskussion.

Arbeitsprogramm

Donnerstag, den 23.9.2004

- 9.00 – 9.05 Uhr** **Eröffnung**
Notar Dr. Norbert Frenz, Tagungsleiter,
Mönchengladbach
- 9.05 – 10.45 Uhr** **Aktuelle Probleme des Grundstücks-
vertragsrechts**
Referenten:
Prof. Dr. Wolfgang Krüger, Richter am BGH
(V. Zivilsenat), Karlsruhe
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, Hof a. d. Saale
Moderation:
Notar Dr. Hermann Amann, Berchtesgaden
- 10.45 – 11.00 Uhr** **Pause**
- 11.00 – 12.45 Uhr** **Entwicklung des WEG-Rechts**
Referenten:
Dr. Joachim Wenzel, Vizepräsident des BGH,
Vors. Richter des V. Zivilsenats, Karlsruhe
Notar Prof. Dr. Stefan Hügel, Weimar
Moderation:
Notar Dr. Norbert Frenz, Mönchengladbach
- 12.45 – 13.45 Uhr** **Pause**
- 13.45 – 15.45 Uhr** **Aktuelle Probleme des GmbH-Rechts**
Referenten:
Dr. Jens-Peter Kurzwelly, Richter am BGH
(II. Zivilsenat), Karlsruhe
Rechtsanwalt Dr. Andreas Heidinger,
Leiter des Referats Handels-, Gesellschafts-
und Steuerrecht beim DNotI, Würzburg
Moderation:
Notar Prof. Dr. Hans-Joachim Priester, Hamburg
- 15.45 – 16.00 Uhr** **Pause**
- 16.00 – 17.30 Uhr** **Entwicklung des Erbrechts**
Referenten:
Notar Dr. Thomas Kornexl, Nürnberg
Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein
Moderation:
Notar Dr. Norbert Frenz, Mönchengladbach

Freitag, den 24.9.2004

- 9.00 – 10.45 Uhr** **Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht**
Referenten:
Prof. Dr. Thomas Wagenitz, Richter am BGH
(XII. Zivilsenat), Karlsruhe
Notar Dr. Andreas Albrecht, LL.M.,
Regensburg
Moderation:
Notar Dr. Norbert Frenz, Mönchengladbach
- 10.45 – 11.00 Uhr** **Pause**
- 11.00 – 12.45 Uhr** **Nachlassplanung und -abwicklung bei
Auslandsbezug – eine Fallstudie**
Referenten:
Notar Peter Wandel, Esslingen
Notar Thomas Wachter, Osterhofen
Moderation:
Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Riering, Leiter
des Referats Ausländisches und Internationales
Privatrecht beim DNotI, Würzburg
- 12.45 – 13.45 Uhr** **Pause**
- 13.45 – 15.20 Uhr** **Entwicklung des Grunderwerbsteuerrechts**
Referenten:
Hermann-Ulrich Viskorf, Richter am BFH,
München
Notar Dr. Stephan Schuck, Koblenz
Moderation:
Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim
- 15.20 – 15.35 Uhr** **Pause**
- 15.35 – 17.00 Uhr** **Möglichkeiten und Grenzen der
Gestaltung von Eheverträgen**
Referenten:
Dr. Meo-Micaela Hahne, Vors. Richterin am
BGH (XII. Zivilsenat), Karlsruhe
Notar Dr. Christof Münch, Kitzingen
Moderation:
Notar Dr. Norbert Frenz, Mönchengladbach

Samstag, den 25.9.2004

- 9.00 – 10.45 Uhr** **Entwicklung des notariellen Berufsrechts**
Referenten:
 Dr. Renate Jaeger, Richterin am BVerfG, Karlsruhe (unter Vorbehalt)
 Rechtsanwalt Christoph Sandkühler
 Geschäftsführer der Notarkammer Hamm, Hamm
Moderation:
 Notar Dr. Norbert Frenz, Mönchengladbach

10.45 – 11.00 Uhr **Pause****11.00 – 12.45 Uhr** **Aktuelle Probleme des Notarhaftungsrechts**

- Referenten:*
 Dr. Hans-Gerhard Ganter, Richter am BGH (IX. Zivilsenat), Karlsruhe
 Notar Prof. Dr. Günter Brambring, Köln
Moderation:
 Notar Dr. Norbert Frenz, Mönchengladbach

Kostenbeitrag: Notare/Rechtsanwälte: 545 €; Notarassessoren, Rechtsanwälte mit weniger als zwei Jahren Zulassung: 445 €

Anfragen und Anmeldung: Deutsches Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Universitätsstraße 140, 44799 Bochum, Tel. 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de

Veranstaltungen des DAI

1. Vollstreckungsfeste Vertragsgestaltung (Amann, Morvilius, Wagner)
3.–4.9.2004 in Kassel
2. Aktienrecht in der notariellen Praxis (Henze, Hommelhoff, Krieger, Priester, Schmidt)
17.–18.9.2004 in München
3. Zweite Jahresarbeitstagung des Notariats (Albrecht, Brambring, Frenz, Ganter, Hahne, Heidinger, Hügel, Jaeger, Kornexl, Krauß, Krüger, Kurzwelly, Münch, Priester, Riering, Sandkühler, Schuck, Spiegelberger, Viskorf, Wachter, Wagenitz, Wandel, Wenzel)
23.–25.9.2004 in Würzburg
4. Vermögensnachfolge im Zivil- und Steuerrecht, Teil II: Betriebsvermögen (Spiegelberger)
30.9.–2.10.2004 in Fischbachau
5. Intensivkurs Kostenrecht (Lappe, Schmidt, Tiedtke)
1.–2.10.2004 in Bochum
6. Intensivkurs Erbrecht (Frenz, Kössinger, Nieder)
7.–9.10.2004 in Bremen
7. Das Landwirtschaftsrecht in der notariellen Praxis (Schmidt, Stalbold, Witt)
15.10.2004 in Kassel
8. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag (Krauß)
15.10.2004 in Gelsenkirchen
16.10.2004 in Kiel
9. Intensivkurs zu Ehegattenverträgen (Langenfeld, Riemann)
21.–23.10.2004 in Bochum
10. Update Grundstückskaufvertrag (Krauß)
22.10.2004 in Braunschweig
23.10.2004 in Dortmund
11. Die Stiftung im Zivil- und Steuerrecht (Muscheler, Seer, Spiegelberger, Wachter, Wochner)
29.–30.10.2004 in Frankfurt
12. Intensivkurs Gesellschaftsrecht (Langenfeld, Spiegelberger)
4.–6.11.2004 in Bad Kissingen
13. Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (Müller, Renner)
13.11.2004 in Bochum
14. Erbrecht in der Kautelarpraxis (Kanzleiter, Reimann, von Dickhuth-Harrach)
19.–20.11.2004 in Köln

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.

Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F