

5 MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2003 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

www.notare.bayern.de



Lebenspartnerschaften:
Mitteilungsformular als
ausfüllbare PDF-Datei

Abhandlungen

Ring: Die Geschichte der fachkundigen
Angestellten im bayerischen Notariat 329

Eule: Fortgeltung des nach Art. 220 Abs. 3
Satz 1 Nr. 2 EGBGB angeknüpften Ehegüter-
rechtsstatuts über den 8.4.1983 hinaus teilweise
verfassungswidrig – was nun? 335

Kurze Beiträge

Gottwald: Bedingte Kaufverträge und
Grunderwerbsteuerpflicht 343

Koch: Das unrühmliche Ende des StVergAbG 345

Albrecht: Änderungen im Recht der Patienten-
verfügung 348

Spall: Pflichtteilsstrafklausel beim gemeinschaft-
lichen Behindertentestament: Kolumbus-Ei
oder trojanisches Pferd? 356

Seeger: Vertretung und Genehmigung-
erfordernisse bei Rechtsgeschäften kirchlicher
Vermögensträger in Bayern,
Teil I: Evangelisch-Lutherische Kirche 361

Walz: Ergebnisse einer statistischen Erhebung
zur Praxis der Vertragsgestaltung bei der GmbH 365

Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“

Schaeferdiek: Immobilienerwerb in Schweden 366

Rechtsprechung

Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für
Einwilligung des Betreuers in Behandlungsabbruch
(BGH, Beschluss vom 17.3.2003, XII ZB 2/03) 387

Zur Auslegung von Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2,
Satz 2 EGBGB (BVerfG, Beschluss vom
18.12.2002, 1 BvR 108/96) 403

Keine Eigenheimzulage bei mittelbarer
Grundstücksschenkung (Niedersächsisches FG,
Urteil vom 26.11.2002, 13 K 465/00) 411

Inhaltsübersicht

	Seite
Abhandlungen	
<i>Ring:</i> Die Geschichte der fachkundigen Angestellten im bayerischen Notariat	329
<i>Eule:</i> Fortgeltung des nach Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB angeknüpften Ehegüterrechtsstatuts über den 8.4.1983 hinaus teilweise verfassungswidrig – was nun?	335
Kurze Beiträge	
<i>Gottwald:</i> Bedingte Kaufverträge und Grunderwerbsteuerpflicht	343
<i>Koch:</i> Das unrühmliche Ende des Steuervergünstigungsabbaugesetzes	345
<i>Albrecht:</i> Änderungen im Recht der Patientenverfügung	348
<i>Spall:</i> Pflichtteilsstrafklausel beim gemeinschaftlichen Behindertentestament: Kolumbus-Ei oder trojanisches Pferd?	356
<i>Seeger:</i> Vertretung und Genehmigungserfordernisse bei Rechtsgeschäften kirchlicher Vermögensträger in Bayern, Teil I: Evangelisch-Lutherische Kirche	361
<i>Walz:</i> Ergebnisse einer statistischen Erhebung zur Praxis der Vertragsgestaltung bei der GmbH	365
Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“	
<i>Schaeferdiek:</i> Immobilienerwerb in Schweden	366
Buchbesprechungen	
Hoffmann-Becking/Rawert (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht (<i>Kapfer</i>)	374
Junker/Kamanabrou: Vertragsgestaltung (<i>Everts</i>)	375
Roeser: Fachkunde; ders.: Training Fachkunde (<i>Reinold</i>)	376
Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns: Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf (<i>Weigl</i>)	377
Suchsland: Die zweckmäßige Regelung von Grundpfandrechten und Darlehen in Grundstückskaufverträgen (<i>Munzig</i>)	377
Hügel/Scheel: Rechtshandbuch Wohnungseigentum (<i>Schwarzmann</i>)	378
Klingelhöffer: Pflichtteilsrecht (<i>Keller</i>)	379
Zimmermann: Die Testamentsvollstreckung (<i>Kopp</i>)	380
Prütting (Hrsg.): Außergerichtliche Streitschlichtung (<i>Schwarzmann</i>)	380
Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 9, §§ 916–1068, EGZPO (<i>Bandel</i>)	381

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
Rechtsprechung	
Bürgerliches Recht	
<i>Allgemeines</i>	
1. Anfechtungsrecht eines Vertreters ohne Vertretungsmacht (BGH, Urteil vom 22.2.2002, V ZR 113/01)	382
2. Nichtigkeit einer Treuhandvereinbarung aufgrund Insihgeschäfts (BGH, Urteil vom 25.2.2002, II ZR 374/00)	382
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
3. Keine Beschränkung einer Grunddienstbarkeitsberechtigung auf unselbständige Grundstücksteile (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.4.2002, 20 W 277/01)	383
4. Bezugnahme auf Genossenschaftsregister im Grundbuchverfahren (LG Saarbrücken, Beschluss vom 5.2.2002, 5 T 14/02)	385
5. Konkludente Eintragungsbewilligung (OLG Hamm, Beschluss vom 21.1.2002, 15 W 413/01)	386
<i>Familienrecht</i>	
6. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für Einwilligung des Betreuers in Behandlungsabbruch (BGH, Beschluss vom 17.3.2003, XII ZB 2/03)	387
<i>Erbrecht</i>	
7. Wirksamkeit der Versagung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch das Beschwerdegericht gegenüber dem Vertragspartner (BGH, Beschluss vom 19.3.2003, XII ZB 121/01) mit Anmerkung <i>Reiß</i>	395 396
8. Zu den Wirkungen einer Pflichtteilsstrafklausel beim gemeinschaftlichen Behinderten- testament (LG Konstanz, Urteil vom 26.2.2003, 5 O 329/02)	398
Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
9. Keine Pflicht des Notars zur Überwachung der Stimmauszählung in der Hauptversammlung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.3.2003, 16 U 79/02)	399
Internationales Privatrecht	
10. Zur Auslegung von Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 EGBGB (BVerfG, Beschluss vom 18.12.2002, 1 BvR 108/96)	403

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
Öffentliches Recht	
11. Zum Vertrauensschutz bei gemeindlicher Auskunft über Baulandqualität (BGH, Urteil vom 11.4.2002, III ZR 97/01)	404
12. Verbesserung der Agrarstruktur durch Zuerwerb (BGH, Beschluss vom 26.4.2002, BLw 36/01)	406
Steuerrecht	
13. Grunderwerbsteuerpflicht bei bedingtem Kaufvertrag mit erklärter Auflassung (FG Düsseldorf, Urteil vom 23.9.2002, 7 K 7145/01 GE)	407
14. Keine Eigenheimzulage bei wirtschaftlichem Eigentum eines Dritten (FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.5.2002, 2 K 1488/99)	408
15. Keine Objektbeschränkung bei unentgeltlicher Überlassung der Nachbarwohnung an Angehörige (BFH, Urteil vom 28.6.2002, IX R 37/01)	410
16. Keine Eigenheimzulage bei mittelbarer Grundstücksschenkung (Niedersächsisches FG, Urteil vom 26.11.2002, 13 K 465/00)	411
Hinweise für die Praxis	
1. Grunderwerbsteuer; Anwendung des § 1 Abs. 2 a GrEStG in der Fassung der Bekanntmachung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 und des Steueränderungsgesetzes 2001 Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 26.2.2003	412
2. Link-Liste Legalisation und Apostille in den USA	416
Standesnachrichten	417
Veranstaltungen	III
Neuerscheinungen	IV

5 | MittBayNot

Begründet 1864

Sept./Okt. 2003 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

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

ABHANDLUNGEN

Die Geschichte der fachkundigen Angestellten im bayerischen Notariat*

Von Notar a. D. Dr. *Wolfgang Ring*, Ehrenpräsident der Notarkasse

I.

Die Geschichte des Berufsstandes der fachkundigen Angestellten im bayerischen Notariat hängt eng zusammen mit der Geschichte der Notarkasse. Bis 1862 gab es nur in der damals bayerischen Pfalz ein Notariat, das in etwa dem heutigen Notariat entspricht. Es wurde durch das sog. „Ventôsegesetz“ vom 16.3.1803 in Frankreich – und die linksrheinische Pfalz war damals ein Teil Frankreichs – eingeführt. Dieses Notariatsystem hatte sich so bewährt, dass es im Jahr 1862 auf ganz Bayern ausgedehnt wurde, und zwar durch das am 1.1.1862 in Kraft getretene Bayerische Notariatsgesetz vom 10.12.1861¹. Der Notar war danach ein öffentlicher Beamter, bezog aber keine Besoldung aus der Staatskasse. Lediglich die Notariatsgebühren, welche die Parteien zahlen mussten, flossen ihm zu. Er hatte auch keine eigene Altersversorgung. Man ging davon aus, dass er, wenn er schon auf Lebenszeit ernannt war, bis zu seinem Tod arbeiten oder für seine Versorgung selbst sorgen sollte. Lediglich für die Versorgung der Hinterbliebenen des Notars wurde ein Pensionsverein mit Zwangsmitgliedschaft der Notare vorgeschrieben. Erst 1902 wurde ein eigener Pensionsverein für die Notare gegründet. Beide Vereine wurden 1930 zu einem Verein vereinigt.

Ab 1.1.1900 brachte das Bayerische Notariatsgesetz vom 9.6.1899² eine gewisse Veränderung. Das Notariat wurde zu einer Behörde, der Notar Behördenvorstand. An der allgemeinen Notariatsstruktur hat sich aber nicht viel geändert. Die bisherige Stellung des Notars blieb unverändert, er blieb Beamter ohne staatliche Besoldung und ohne staatliche Versorgung. Zu einer Behörde gehört nun aber Personal. Und diese Personalfrage sollte für die Entwicklung des bayerisch-pfälzischen Notariats entscheidend werden.

Nach der Einführung des Notariats in ganz Bayern im Jahre 1862 spielte zwar zunächst das Gehilfenproblem keine große Rolle. In einem Leitfaden für die Notare schrieb der spätere Justizminister v. *Bomhard* im Jahre 1862: „Mit dem Schreibpersonal mögen sich die neu ernannten Notare doch ja keine großen Ausgaben machen. Es sind hier (in der Pfalz) Fälle bekannt, wo neu ernannte junge Notare sich lange Zeit ohne Schreiber geholfen und sogar die Ausfertigungen ihrer Urkunden selbst geschrieben haben. Der Notar braucht für die Aufnahme der Urkunden keinen Schreiber.“

Entgegen dieser ursprünglichen Vorstellung zeigte es sich aber bald, dass der Notar ohne Schreibpersonal nicht auskommen konnte, ja dass er neben der eigentlichen Schreibkraft schon bald Personal beschäftigte, das weit mehr als mit reiner Schreib- oder Bürotätigkeit den Notar auch im übrigen formellen und materiellen Dienstbetrieb unterstützte. Der ursprüngliche Schreiber wurde zu einem qualifizierten Gehilfen des Notars. Und da es sich beim Notariat seit 1.1.1900 um eine Behörde handelte, musste auch die Personalfrage in irgendeiner Weise staatlich geregelt werden. Durch königliches Signet vom 30.4.1901³ wurde daher für die bei den Notariaten beschäftigten ständigen Schreibgehilfen die offizielle Bezeichnung „Notariats-Gehilfe“ eingeführt, die diese damit deutlich vom bloßen Schreibgehilfen und den Aushilfskräften abhob.

Die rechtlichen Verhältnisse dieser Notariatsgehilfen wurden auf Grund Art. 129 des Notariatsgesetzes von 1899 durch zahlreiche Justizministerialbekanntmachungen geregelt, insbesondere durch die Gehilfenordnung vom 16.10.1909⁴. In ihr war bereits eine Unterscheidung des Personals in ständige nicht rechtskundige Gehilfen, Incipienten (entsprechend etwa dem heutigen Inspektoranwärter) und Aushilfskräfte bzw. reine Schreibkräfte vorgenommen.

* Um Fundstellen erweiterter Vortrag anlässlich der Feier des 100-jährigen Bestehens des Vereins der bayerischen Notariatsbeamten und Angestellten der Notarkasse e. V.

¹ GVBl S. 129 ff.

² GVBl, Beilage Nr. 28, 137.

³ *Klein*, Vorschriften für das bayerische Notariat, 1912, S. 580.

⁴ JMBI S. 411.

Es war nunmehr nahe liegend, dass sich bei den Gehilfen das Verlangen nach einer wirtschaftlichen Sicherung regte. Sie versuchten zunächst, innerhalb ihres Standes selbst eine Versorgungseinrichtung zu schaffen, indem sie am 11.6.1900 einen Pensions- und Unterstützungsverein der nicht rechtskundigen Gehilfen bei den Notariaten gründeten, dem durch königliche Entschliebung vom 17.7.1902⁵ die Eigenschaft eines Vereins des öffentlichen Rechts verliehen wurde. Drei Jahre später wurde am 6.12.1903 der „Verein der bayerischen Notariatsgehilfen e.V.“ mit dem Sitz in München gegründet. Es ist dies der Verein, dessen Jubiläum wir heute feiern.

Da sich die Pensionsvereine – und zwar sowohl der der Notare, der ihrer Hinterbliebenen und der der Notargehilfen – nicht vollständig selbst finanzieren konnten und auf Zuschüsse des Staates angewiesen waren, ergab sich für den Staat die Zwangslage, Abgaben der Notare zu verlangen. Dazu wurde zunächst das Gesetz vom 28.1.1908⁶ über die Aufbringung der Mittel für die Unterstützung der Notariatsgehilfen, vor allem aber dann das Notariats-Abgabengesetz vom 4.1.1910⁷ geschaffen, das der Abgeordnetenversammlung des Königreichs Bayern mit folgendem Programmsatz vorgelegt wurde: „Wie der einzelne Notar die Lasten seines Amtes, so soll grundsätzlich die Gesamtheit der Notare die Lasten des ganzen Standes tragen. Dazu gehört die Versorgung der dienstunfähigen Notare und ihrer Witwen und Waisen, aber auch der bei den Notaren beschäftigten Gehilfen und ihrer Hinterbliebenen.“

Der Weg, der zur Finanzierung der Aufgaben des gesamten Standes eingeschlagen wurde, war zunächst allerdings sehr umständlich. Der Notar leistete Abgaben an den Staat. Der Staat finanzierte die Versorgungsvereine. Es war nahe liegend, dieses System zu vereinfachen. Die folgenden Jahre vor dem Ersten Weltkrieg sahen daher den Versuch, aus dem Stand der Notare heraus direkt die genannten Aufgaben zu lösen und nicht auf dem Umweg über Abgaben an die Staatskasse dem Staat die Lösung zu übertragen. Dabei versuchte man, über den Bayerischen Notariatsverein ein geeignetes Instrument zu schaffen. Dieser beschloss nach langen Vorarbeiten in einer von 46 Mitgliedern besuchten Mitgliederversammlung vom 23.7.1911⁸ eine umfangreiche Regelung der Gehilfenfrage, so z. B. hinsichtlich der Einstellung und Kündigung, der Entlohnung und über die Einrichtung zweier Stellenämter für das rechts- und linksrheinische Bayern (Vorläufer des späteren Personalamtes).

Dieser Initiative war zunächst kein unmittelbarer Erfolg beschieden. Möglicherweise standen Rechtsgründe entgegen, denn offensichtlich können solche Dinge auf vereinsrechtlichem Boden nicht geregelt werden, ganz abgesehen von der Tatsache, dass nicht alle Notare dem Verein angehörten und eine von wenig mehr als einem Zehntel der Notare besuchte Versammlung wohl kaum genügend Autorität für derart grundlegende Neuerungen haben konnte. Der Beschluss vom 23.7.1911 wurde jedenfalls in der ebenfalls nur schlecht besuchten Generalversammlung vom 23.11.1913 aufgehoben. Trotzdem kam es aber in diesen Jahren vor dem Ersten Weltkrieg zu einer Einrichtung, die man als Vorläufer der späteren bayerischen Notariatskasse ansprechen kann, nämlich zur Gründung der „Zuschusskasse“ im Jahre 1913. Diese Gründung beruhte auf Beschlüssen der Notariatskammern München, Augsburg, Nürnberg, Bamberg und Zweibrücken, die

damals noch getrennt waren und erst im Jahre 1918 zu den Vereinigten Notariats-Kammern zusammengeschlossen wurden.⁹ Diese Zuschusskasse sollte zu einem Ausgleich hinsichtlich der Belastung der Notariate für unterschiedliche Gehilfengehälter dienen, vor allem aber zur Unterstützung der während des Ersten Weltkriegs und durch dessen Auswirkungen Not leidenden Notargehilfen und ihrer Familien.

Um diese Probleme einigermaßen zu lösen, wurde im Jahre 1918 die sog. Kriegsabgabe eingeführt. Diese und die darüber hinaus erforderlichen Abgaben wurden durch die Justizverwaltung in der Notariatskassen-Ordnung vom 12.4.1920¹⁰ endgültig festgelegt. Beschlossen wurde diese Notariatskassenordnung in der Sitzung der Vereinigten Notariatskammern vom 28./29.3.1920. Dabei wurden die an die Zuschusskasse zu leistenden Abgaben zur Deckung der Gemeinlasten verwendet, nämlich für Gehilfengehälter, Beiträge zum Gehilfenspensionsverein und Haftpflichtversicherung. Die Zuschusskasse wurde durch den genannten Beschluss der Vereinigten Notariatskammern in „Notariatskasse“ umbenannt.

II.

Wie sah nun die Situation der Notariatsgehilfen in der Zeit bis 1925 tatsächlich aus?

Die Vorschriften finden sich in den verschiedenen kgl. Verordnungen, die auf Grund Art. 129 des Bayerischen Notariatsgesetzes erlassen wurden, so vor allem in der Bekanntmachung vom 1.5.1901 das Kanzleipersonal bei den Notariaten betreffend¹¹. So durfte ein Notariatsgehilfe nur beschäftigt werden, wenn er dem Pensionsverein angehörte. Der Gehilfe war zwar vertraglicher Angestellter des Notars, aber in der Form, dass das Dienstverhältnis an das Amt geknüpft war. Daraus folgte, dass das Dienstverhältnis nicht durch die Versetzung des Notars oder durch dessen Pensionierung oder Tod erlosch, sondern auf den Amtsnachfolger überging. Auch der Notariatsverweser musste die Gehilfen weiterbeschäftigen. Allerdings konnte der Notar das Dienstverhältnis kündigen, wenn wegen anhaltender Abnahme der Geschäfte die Zahl der Notariatsgehilfen vermindert werden musste.

Die Titelfrage war wie folgt geregelt: Der Notariatsgehilfe wurde zum Zwecke der Ausbildung als Notariatsincipient eingestellt. Nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung wurde er Notariatsassistent, dann kam der Notariatssekretär und dann der Notariatsobersekretär. Einen Inspektor gab es nicht. Notariatsobersekretär war bis 1925 die Endstation. Der Titel wurde dem Gehilfen vom Notar verliehen.

Die Besoldung erfolgte durch den jeweiligen Notar. Dieser konnte aber die Gehaltsbezüge, die er dem Gehilfen zahlte, in voller Höhe mit der Abgabe an die Notariatskasse verrechnen. War die Abgabe niedriger, so bekam der Notar die Bezüge erstattet. Damit war eine lang erhobene Forderung der Gehilfen erfüllt, dass nämlich ihre Besoldung durch die Gesamtheit der Notare getragen werde. Viele Reibungsflächen zwischen Notar und Gehilfen waren damit beseitigt.

Eine noch bessere Regelung der Rechtsverhältnisse des Notariatsgehilfen brachte die NotariatsgehilfenO vom 20.2.1919¹², in der die ständigen nicht rechtskundigen Gehilfen im ordentlichen Kanzleidienst der Notariate aber weiterhin als „Notariatsgehilfen“ bezeichnet wurden. Dagegen wandten sich die

⁵ JMBI S. 679.

⁶ GVBI S. 49.

⁷ GVBI S. 1.

⁸ Zeitschrift für das Notariat in Bayern 1911, 315.

⁹ VO vom 1.3.1918, GVBI S. 185.

¹⁰ GVBI S. 63.

¹¹ JMBI S. 341; s. auch *Kaisenberg*, Kommentar zum Bayerischen Notariatsgesetz, 1907, S. 335 ff.

¹² JMBI S. 49.

„Gehilfen“. In einem von ihrem Verein 1922 vorgelegten Entwurf einer Besoldungsordnung für die bayerischen Notariatsbeamten sollte die Bezeichnung „Gehilfe“ durch „Beamter“ ersetzt werden. Dieser Vorstoß hatte aber zunächst keinen Erfolg. Das Ministerium lehnte den Wunsch, die Gehilfen amtlich als Beamte zu bezeichnen, aus staatsrechtlichen Gründen ausdrücklich ab. Trotzdem äußerte das Justizministerium in einer EntschlieÙung vom 14.8.1919¹³, es bleibe den Notariatsgehilfen unbenommen, sich im privaten Verkehr in ihrer Gesamtheit als „Beamte“ zu bezeichnen. Aus diesem Grund wurde der Name des bisherigen Vereins der bayerischen Notariatsgehilfen e. V. auf der Mitgliederversammlung in Regensburg vom 3.8.1919 in „Verein der Kanzleibeamten der bayerischen Notariate e. V.“ und in der Mitgliederversammlung in Nürnberg vom 4.6.1922 in „Verein der bayerischen Notariatsbeamten e. V.“ geändert.¹⁴ In § 2 der NotariatsgehilfenO wurde dieser Verein ausdrücklich berechtigt, die Rechte und Interessen der Gehilfen dem Justizministerium und den Notariatskammern gegenüber zu vertreten. Dabei wird die Vertretung durch die mit Bekanntmachung über die Ständevertretung der Notariatsgehilfen vom 30.10.1919¹⁵ eingerichtete Notariatsgehilfenkammer ausgeübt, in welche der Verein 15 Mitglieder abordnet (§ 1 der Ausführungsvorschrift zur NotariatsgehilfenO vom 10.10.1919¹⁶). Es gab also neben dem Verein eine „Notariatsgehilfenkammer“, später „Notariatsbeamtenkammer“. Diese Notariatsgehilfenkammer erhielt vom Justizministerium mit EntschlieÙung vom 19.7.1920¹⁷ eine eigene Geschäftsordnung¹⁸.

In den für den Berufsstand der Notariatsgehilfen entscheidenden Jahren war Vorsitzender der Notariatsgehilfenkammer der Notariatsobersekretär *Josef Schießl* aus Bad Tölz und stellvertretender Vorsitzender der für diesen Berufsstand besonders wichtige Notariatsobersekretär *Ludwig Waitzhofer*, Geschäftsführer des Stellenamts in München. *Waitzhofer* war im gesamten bayerischen Notariat hoch angesehen. Er wurde bereits am 17.5.1907 stellvertretender Vorsitzender und am 28.10.1913 Vorsitzender des Vereins der bayerischen Notariatsgehilfen. Diese Funktion behielt er bis zu seinem Tod im Jahr 1930. Ihm und *Josef Schießl* war es vor allem zu verdanken, dass die Spannungen zwischen Notaren und Notariatsbeamten nicht zu einem offenen Krieg ausarteten. Bei der Beredigung von *Waitzhofer* im Jahr 1930 waren alle für das bayerische Notariat wichtigen Instanzen vertreten: Das Justizministerium durch Ministerialrat *Cammerer*, das Landgericht München I durch den Stellvertreter des Präsidenten, die vereinigten Notariatskammern durch den Präsidenten der Notariatskammer München, Geheimrat Dr. *Schad*, und Vorstandsmitglied Justizrat *Wiesinger* und der Landesverband der bayerischen Staatsbeamten durch seinen 1. Vorsitzenden. Die Wertschätzung von Herrn *Waitzhofer* bei seinen Kollegen kam besonders deutlich dadurch zum Ausdruck, dass sein Verein ihm ein Grabdenkmal am Münchner Nordfriedhof stiftete. In der „Münchner Zeitung“ stand in einem Artikel über Grabdenkmäler sogar Folgendes: „Der unter militärischen Ehren beredigte General v. Gebattel hat nur ein schlichtes Provisorium als Grabmal. Hingegen wurde nebenan dem Führer der bayer. Notariatsbeamten Rechnungsrat *Waitzhofer* ein schönes stilvolles Denkmal gesetzt.“ Das Denkmal trägt die Auf-

schrift „Ihrem Führer zur Ehr, Bayerische Notariatsbeamte, Rechnungsrat *Ludwig Waitzhofer* 1880–1930“.

In der NotariatsgehilfenO blieben im Übrigen die bisherigen Voraussetzungen für die Einstellung eines Gehilfen unverändert, so insbesondere die Mitgliedschaft im Pensionsverein. Ebenso blieb es bei der Ausbildung als Incipient und nach der endgültigen Aufnahme als Gehilfe bei den Titeln „Notariatsassistent“, „Notariatssekretär“ und „Notariatsobersekretär.“

Die Vereinigten Notariatskammern und die Notariatsgehilfenkammer haben sodann am 17.12.1921 eine Gehaltsordnung für die Notariatsgehilfen vereinbart.¹⁹ Darin wurde die Besoldung in Gehaltsklassen I und II für Assistenten, III für Sekretäre und IV und V für Obersekretäre sowie Orts- und Kinderzulage festgelegt. Durch Justizministerial-EntschlieÙung vom 20.12.1921²⁰ wurde den Notaren die Beachtung dieser Gehaltsordnung zur Pflicht gemacht.

Am 28.6.1922²¹ wurde eine Prüfungsordnung für den Dienst der Notariatsgehilfen erlassen. Damit war eine seit vielen Jahren von den Gehilfen gestellte Forderung nach einer zweiten Fachprüfung erfüllt worden. Der Kammervorsitzende *Schießl* forderte sämtliche Gehilfen auf, sich – von den „Veteranen“ abgesehen – der Prüfung zu unterziehen. Es bestehe zwar kein Prüfungszwang, aber für die berufliche Zukunft eines jeden sei die Prüfung entscheidend. Dies sollte sich 1925 bewahrheiten, da nach Übernahme als Beamter der Notariatskasse eine weitere Beförderung über den Obersekretär hinaus nur möglich war, wenn eine solche Prüfung mit Erfolg abgelegt war.

Durch all diese Regelungen waren aber die eigentlichen Probleme noch nicht ganz gelöst. Trotz aller Verbesserungen war für die Gehilfen entscheidend, dass ihr sozialer und finanzieller Status nicht nur de facto, sondern rechtlich abgesichert würde. Man darf nämlich nicht übersehen, dass die Tatsache, dass die Gehilfen Angestellte des jeweiligen Notars waren, selbst bei ausreichender Besoldung und Altersversorgung viel Zündstoff in sich barg. Manche Notariatsgehilfen glaubten damals, ihr Heil in einem Verlangen auf totale Verstaatlichung des Notariats, wie z. B. in Baden, zu suchen. Dem traten *Waitzhofer* und *Schießl* und die Mehrheit der Gehilfen entgegen. Die vollständige und endgültige Lösung der Gehilfenfrage war also eines der zentralen Probleme in der Geschichte des bayerischen Notariats schlechthin. Es ging eben nicht nur um die Frage der angemessenen Besoldung, sondern im Besonderen um den sozialen Status der Gehilfen, und dazu war erforderlich, dass sie als Arbeitgeber nicht mehr den betreffenden Notar, sondern eine öffentlich-rechtliche Anstalt bekamen. Dies wurde vor allem auch im bayerischen Justizministerium gesehen. Staatsrat *Hermann Schmitt* und Ministerialrat *Cammerer* waren die beiden Personen, die eine besondere und, wie ich meine, entscheidende positive Rolle spielten. Von ihnen stammt die Idee, der Notariatskasse den Status einer öffentlich-rechtlichen Anstalt zu verleihen. Und so erhielt die Bayerische Notariatskasse durch Beschluss der Vereinigten Notariatskammern vom 21.3.1925 und Genehmigung der Satzung durch die beteiligten Staatsministerien vom 14./18.4.1925²² den Status einer gemeinnützigen Anstalt des öffentlichen Rechts.

Den Gehilfen konnte jetzt durch die Notariatsbeamten-Ord- nung vom 4.9.1925²³ die rechtliche Stellung eines im öffent-

¹³ Nr. 30397.

¹⁴ Die Satzung des Vereins ist abgedruckt in *Waitzhofer*, Taschenkalender für Bayer. Notariatsbeamte 1925, S. 474.

¹⁵ JMBI n. F. II, 81.

¹⁶ JMBI S. 425.

¹⁷ Nr. 43563.

¹⁸ Abgedruckt in *Waitzhofer* (Fn. 14), S. 488.

¹⁹ Abgedruckt in *Waitzhofer* (Fn. 14).

²⁰ Nr. 68300.

²¹ JMBI S. 163.

²² GVBI S. 145.

²³ GVBI S. 67.

lichen Dienstverhältnis zur Notariatskasse stehenden Beamten gewährt werden. Die neuen Notariatsbeamten wurden kraft des öffentlichen Dienstverhältnisses, das sie nach staatlicher Anordnung mit der Notariatskasse als Anstalt des öffentlichen Rechts verbindet, Beamte im Sinn des allgemeinen staatsrechtlichen Beamtenbegriffs. Sie wurden zwar nicht Staatsbeamte im engeren Sinn, wohl aber mittelbare Staatsbeamte ähnlich wie die Beamten der Gemeinden oder anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts. Ihr Dienstherr war nicht der Staat, sondern die Notariatskasse. Die bisherige Gehaltsordnung vom 17.12.1921 wurde aufgehoben. Die neue Ordnung trat am 1.9.1925 in Kraft. Die zu diesem Zeitpunkt ständigen Gehilfen wurden von der Notariatskasse gleichzeitig als Notariatsbeamte übernommen.

In § 28 der NotariatsbeamtenO wurden nun auch die Berufstitel neu festgelegt: Assistent, Sekretär und Obersekretär blieben wie bisher, es gab aber nunmehr die Beförderungsmöglichkeit zum Inspektor, Oberinspektor und Rechnungsrat (letztere allerdings erst auf Grund der Justizministerial-EntschlieÙung vom 3.4.1928²⁴). Diese Titel blieben bis zum Zweiten Weltkrieg unverändert, wobei lediglich der Titel „Obersekretär“ wegfiel und der „Sekretär“ in zwei Besoldungsgruppen aufgeteilt wurde. Im Jahr 1936 gab es z. B. 114 Assistenten, 139 Sekretäre, 249 Inspektoren, 45 Oberinspektoren und 2 Rechnungsräte. Den Titel „Amtmann“ gab es erst ab 1940, wobei ein Amtmann in derselben Besoldungsgruppe wie der Rechnungsrat eingruppiert war. Die Besoldung der Beamten erfolgte direkt durch die Notariatskasse.

Der Pensionsverein blieb weiterhin bestehen und gewährte die entsprechende Altersversorgung. Nach den Vorschriften des 5. Abschnitts der NotariatsbeamtenO standen dem Notariatsbeamten gegenüber der Notariatskasse zwar die gleichen Versorgungsansprüche zu wie einem vergleichbaren Staatsbeamten. Es trat jedoch, soweit der Anspruch auch gegenüber dem Pensionsverein bestand, die Notariatskasse nur insoweit ein, als der Pensionsverein zur Zeit der Fälligkeit des Anspruchs den Beamten nicht befriedigte. Die Beiträge zum Pensionsverein wurden von der Notariatskasse gezahlt.²⁵

III.

Man möchte meinen, dass mit dieser erfreulichen Entwicklung eine Beseitigung der Spannung zwischen Notaren und Notariatsbeamten eingetreten wäre. Dies war leider nicht der Fall. Vor allen in den Jahren 1929 und 1930 wurde innerhalb des Notariats und dann im Bayerischen Landtag heftig gestritten über die Organisation des bayerischen Notariats und der Notariatskasse, über Möglichkeiten, Vor- und Nachteile einer etwaigen Verstaatlichung, über Stellung und Zuständigkeiten der Notare als Beamte und über die Verantwortlichkeit des Staates für das Notariat in organisatorischer und finanzieller Hinsicht. Dabei arbeitete eine Minderheit der Notariatsbeamten mit der Fraktion der NSDAP zusammen, die im Landtag den Antrag auf vollständige Verstaatlichung des Notariats stellte. Das Ergebnis dieser heftigen Debatten im Landtag war aber die Beibehaltung des bestehenden Systems, und zwar fast ausschließlich mit der Begründung, dass durch die Errichtung der Notariatskasse das bayerische Notariat sein Personal in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht einem Justizbeamten gleichgestellt habe und trotz des Zusammenbruchs der Versorgungseinrichtungen durch die Geldentwertung den Versorgungsempfängern ausreichende Bezüge zah-

len konnte. Diese Beibehaltung des bisherigen Systems fand dann auch ihren Niederschlag in der Neufassung der Bayerischen Notariatsordnung von 1930 und einer neuen Satzung der Notariatskasse vom 15.3.1930²⁶.

Aus heutiger Sicht zeigt sich, dass die Abschaffung eines unmittelbaren Arbeitsverhältnisses zwischen Notar und seiner gehobenen Fachkraft und die Begründung eines damals noch beamtenrechtlichen Rechtsverhältnisses mit der Notariatskasse eben doch die einzige Möglichkeit war, die zwangsläufigen Probleme zu lösen, die sich vor allem aus der unterschiedlichen Größe der Notariate und der unterschiedlichen beruflichen Qualität der Hilfskräfte ergaben.

IV.

Das Dritte Reich brachte für die Notariatsbeamten wesentliche Einschnitte. Die Notariatsbeamtenkammer wurde durch Bekanntmachung des Justizministeriums vom 22.1.1934²⁷ aufgelöst. Wenn auch der Verein nicht sofort aufgelöst wurde (das geschah erst 1937), so erging doch bereits am 30.5.1933 eine Anordnung des Führers, wonach sämtliche mit dem Recht verwurzelten Berufsgruppen und Amtsträger in die Organisation des deutschen Rechtsstandes einzugliedern seien. Das Weiterwirken von sog. Fachschaften auf dem Gebiet der Justizverwaltung sei unvereinbar mit dem reichsamtlichen Organisationsstatut. Mit Wirkung zum 1.1.1934 wurde daher vom Reichs-Juristenführer und damaligem bayerischen Justizminister Dr. *Hans Frank*, später Generalgouverneur in Polen und 1946 in Nürnberg hingerichtet, Folgendes angeordnet: „Alle Beamten ohne Ausnahme und ohne Rücksicht auf ihre Amtsstellung haben ihre Standesorganisation ausschließlich in der Reichsfachgruppe Rechtspfleger und Justizbeamte des Bundes nationalsozialistischer deutscher Juristen. Mit dem gleichen Tag ist jede Wirksamkeit von irgendwelchen Fachschaften oder einzelnen Splitterorganisationen als mit dem nationalsozialistischen Geist unvereinbar und dem Reichsamtlichen Organisationsstatut zuwiderlaufend einzustellen. Jedem Beamten ist ein Eintreten für derartige Fachschaften untersagt. Zuwiderhandlungen sind mir auf dem Dienstwege zu melden.“

Damit war eine normale Vereinsarbeit unmöglich geworden.

Den Notariatsbeamten erging es nun nicht anders als allen deutschen Vereinen, insbesondere auch dem Bayerischen Notarverein. Es erfolgte innerhalb weniger Wochen eine völlige Gleichschaltung und Abschaffung aller demokratischen Strukturen. Die bayerischen Notariatsbeamten unterstanden von da an in organisatorischer Hinsicht dem jeweiligen Gaustellenleiter (Justizverwaltung), in fachlicher Hinsicht jedoch unmittelbar dem Reichsstellenleiter. Dieser ernannte einen Notariatsbeamten zu seinem Mitarbeiter hinsichtlich aller Fragen, die die bayerischen Notariatsbeamten betrafen. Noch vor der Auflösung der Notariatsbeamtenkammer traten deren Vorsitzender *Friedrich Kohr*, Rechnungsrat in Nürnberg, und sein Stellvertreter *Friedrich Stamminger*, Rechnungsrat in Fürth, „freiwillig“ zurück. In einer EntschlieÙung vom 28.4.1933 bestimmte Dr. *Frank* in Abweichung von den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen den Notariatsobersekretär *Josef Lurz* in München und den Notariatssekretär *Walter Schmidhuber* in Bad Tölz zu kommissarischen Mitgliedern der Kammer. In der Zeitschrift der bayerischen Notariatsbeamten vom April 1933 heißt es sodann:²⁸ „Durch diese Neu-

²⁴ Nr. 40617/27.

²⁵ Zu den Überlegungen zum Schicksal des Pensionsvereins vgl. Justizministerial-EntschlieÙung vom 19.5.1928, Nr. 40618/1927.

²⁶ JMBl n. F. III, 358.

²⁷ Nr. V 3762; abgedruckt in Bayer. Notariats-Kalender 1935, S. 641.

²⁸ S. 57 f.

besetzung ist die erforderliche Gleichschaltung bei uns vollzogen. Für viele Kollegen kommt diese Neuordnung überraschend, da noch dazu nach außen hin nichts zu bemerken war. Die Notariatsbeamtenkammer hat in ihrer Sitzung am 23.4.1933 in München in einmütiger Geschlossenheit dem Staatsministerium der Justiz die Neubesetzung selbst vorgeschlagen und um Bestätigung gebeten. Zum Vorsitzenden der Kammer wurde in dieser Sitzung Kollege Lurz, zu seinem Stellvertreter Kollege Georg Schmitt, Passau, bestimmt.“ Die beiden Spitzenbeamten – es gab damals nur zwei Rechnungsräte – wurden durch einen Oberinspektor und einen Obersekretär ersetzt.

Hinsichtlich des *Vereins* bayerischer Notariatsbeamten wurde an dieser Stelle der Zeitschrift lediglich vermerkt: „Der Beauftragte für Bayern des Reichskommissars für Beamtenorganisationen hat am 15.5.1933 Kollegen Walter Schmidhuber, Bad Tölz, zum Vorsitzenden des Vereins und Kollegen Josef Lurz, München, als Schriftleiter der Fachpresse bestätigt. Von Neuwahlen wurde abgesehen.“ Eine Eintragung der Änderung im Vorstand des Vereins im Vereinsregister erfolgte nicht. So etwas hielt man damals wohl nicht mehr für nötig. Bis zur Auflösung des Vereins im Jahr 1937 erfolgten keine Registereintragungen mehr.

Vom neuen Vorsitzenden der Notariatsbeamtenkammer wurde sodann die neue Organisationsstruktur in der Zeitschrift der bayerischen Notariatsbeamten²⁹ festgelegt und die Aufnahme des Vereins in die Deutsche Rechtsfront beantragt. Diesem Antrag wurde mit Verfügung des Staatsministers Dr. Frank stattgegeben. Sämtliche bayerischen Notariatsbeamte und Anwärter waren damit als „Sondergruppe Rechtspfleger im bayerischen Notariat“ der „Reichsgruppe Rechtspfleger im Bund nationalsozialistischer Deutscher Juristen“ angeschlossen und dessen Mitglieder. Der Zeitschrift des Vereins lag ferner das Formular eines Aufnahmeantrages in die NSDAP – Beamtenabteilung – zum monatlichen Beitrag von 60 Pf. bei.

Man sieht, wie schnell die Gleichschaltung vor sich ging und wie gering die Möglichkeiten des Einzelnen damals waren, sich dagegen zu wehren. Für den Druck, der auf den Einzelnen ausgeübt wurde, mag noch folgender Vorgang ein Beweis sein: Bereits im Juniheft der Vereinszeitschrift wurden in einem mit „Kollegialität?“ überschriebenen und von Lurz und Schmidhuber unterschriebenen Hinweis die Kollegen gewarnt, von der offiziellen Meinung abzuweichen, und ausgeführt: „Wir wollen diejenigen Kollegen, welche sich im oben genannten Sinne betätigt haben, ersuchen, bisheriges Verhalten grundlegend zu ändern. Sollten Missstände weiter andauern, werden wir mit den schärfsten Mitteln durchgreifen.“ Welcher Beamte hätte es da noch wagen dürfen, eine andere Meinung zu äußern, wenn er nicht erhebliche Nachteile in seinem beruflichen Fortkommen erleiden wollte?

V.

Den ganz großen Einschnitt in die Geschichte des bayerischen Notariats, der Geschichte der Notarkasse und damit auch der Geschichte der bayerischen Notariatsbeamten brachte aber die Reichsnotarordnung vom 13.2.1937³⁰. Sie hielt zwar grundsätzlich das bayerische Notariatssystem und die Notariatskasse aufrecht und machte sie dadurch sogar zum Bestandteil des Reichsrechts. Sie ließ sich auch in ihrer Konzeption und Zielrichtung hinsichtlich der Entwicklung des Notariatswesens im ganzen Reich deutlich von der bayerischen

Regelung leiten. Sie nahm aber dem Notariat die Behörden-eigenschaft. Der Notar selbst wurde nun zum Träger des öffentlichen Amtes ohne Behördeneigenschaft.

Zu den bisherigen Notariatsbeamten regelte § 84 der Reichsnotarordnung Folgendes: „Die Rechtsverhältnisse der bei Inkraft-Treten der Reichsnotarordnung im Amt befindlichen Notariatsbeamten soll durch eine Verordnung des Reichsministers der Justiz gesondert geregelt werden. Neue Notariatsbeamte werden nicht mehr ernannt. Die Notare sind verpflichtet, die ihnen zur Dienstleistung zugewiesenen Notariatsbeamten zu beschäftigen.“

Auf Grund dieser Ermächtigung wurde am 2.7.1937 die „Verordnung über die Rechtsverhältnisse der Notariatsbeamten in Bayern“³¹ erlassen, in der u. a. bestimmt wurde: „Für die Notariatsbeamten gilt das Deutsche Beamtengesetz. Sie sind mittelbare Reichsbeamte. Unmittelbarer Dienstherr ist die Bayerische Notariatskasse. Diese weist sie den Notaren in Bayern zur Dienstleistung zu. Dienstvorgesetzter ist der Notar. Für die Besoldung gelten die reichsrechtlichen Vorschriften der Beamtenbesoldung. Es gibt folgende Besoldungsgruppen: Notariatsassistenten (Eingangs- und eine Beförderungsstufe), Notariatssekretäre, Notariatsinspektoren und Notariatsoberinspektoren. Die bisherigen Obersekretäre und Rechnungsräte erhalten die bisherigen Bezüge weiter. Besoldungsdienstalter und Amtsbezeichnungen bleiben unverändert. Die Notariatsbeamtenordnung vom 4.9.1925 tritt außer Kraft.“

Der Verein der bayerischen Notariatsbeamten e.V. wurde durch „Reichsgesetz über Beamtenvereinigungen“ vom 27.5.1937³² aufgelöst. Ebenso wurden die Pensionsvereine für die Notare wie auch für die Notariatsbeamten aufgelöst und ihre Aufgaben der Notariatskasse übertragen.

Das Verbot, neue Beamte zu ernennen, verhinderte die Möglichkeit, langfristig Vorsorge für den Nachwuchs an geeigneten Hilfskräften im Notariat zu treffen. Das Problem wurde auch von der Reichsnotarkammer erkannt. Bereits im März 1938 fand in München eine Besprechung zwischen Reichsnotarkammer und Deutscher Arbeitsfront, Fachamt 13, Freie Berufe, statt, in der alle Einzelheiten für die Heranbildung geeigneter Fachkräfte erörtert wurden. Das Ergebnis war eine Vereinbarung und eine Musterprüfungsordnung zur Einführung einer Gehilfenprüfung für Lehrlinge in Notarbüros³³. Dabei wurde deutlich zwischen Lehrlingen, die qualifizierte Mitarbeiter des Notars werden sollten, und jungen Schreibkräften unterschieden. Auf die Ausbildung der Lehrlinge sollte besondere Sorgfalt verwendet werden. Schreibkräfte, auch wenn sie erst von der Schule kommen, könnten nicht als Lehrlinge in diesem Sinne angesehen werden. Für die Lehrlinge wurde ein besonderer Lehrvertrag und Mindestsätze der Vergütung zwischen Reichsnotarkammer und Deutscher Arbeitsfront vereinbart. Die erste Gehilfenprüfung fand im Oktober 1938 statt.

Im Jahr 1939 war der Rechnungsrat noch die höchste Beförderungsstufe. Einen Amtmann gab es nicht. Der Rechnungsrat Josef Lurz wurde durch den Vizepräsidenten der Notarkasse Dr. Preußner am 26.2.1944 zum alleinigen Geschäftsführer mit dem Titel Notariatsrat bestellt. Die Geschäftsstelle der Notarkasse wurde 1944 nach Bad Tölz verlegt. Nach dem Einmarsch der US-Streitkräfte beging Dr. Preußner Selbstmord.

³¹ Deutsche Justiz 1937, 1028.

³² RGBI I, 597.

³³ Bayer. Notariats-Kalender 1938, S. 308.

²⁹ 1933, S. 84.

³⁰ RGBI I, 191.

VI.

Das Kriegsende und der Zusammenbruch des Dritten Reiches brachten der Notarkasse zwar den völligen Verlust ihres Vermögens. Sie selbst blieb aber als öffentlich-rechtliche Anstalt bestehen. Ende 1945 wurde sogar in Landau/Pfalz eine Nebenstelle errichtet. Die laufenden Verwaltungsarbeiten wurden von der Notarkasse nach der alten Satzung auf Grund der Reichsnotarordnung ordnungsgemäß weitergeführt. Sie konnte ihren gerade in den Nachkriegsjahren erheblichen Versorgungsverpflichtungen in vollem Umfang nachkommen. Sogar im August 1948 nach der Währungsreform konnten die Pensionen auch an die ehemaligen Beamten und deren Hinterbliebene pünktlich in voller Höhe gezahlt werden, was der Tatkraft des damaligen Vizepräsidenten und späteren Präsidenten Dr. Feyock zu verdanken war.

Wie ging es aber nun im Einzelnen nach dem Krieg weiter?

Justizrat *Wiesinger* übernahm mit Zustimmung der Militärregierung die Leitung der Notarkasse. Der bisherige Oberinspektor *Martin Ernst* wurde zum 1.1.1946 zum Amtmann und zum Leiter des Personalamts und 1951 zum Amtsrat befördert. Außerhalb der Verwaltung der Notarkasse und des Personalamts gab es 1950 59 Sekretäre, 261 Inspektoren und 54 Oberinspektoren. Die zwei Amtmänner arbeiteten in der Verwaltung.

Am 22.2.1948 wurde der Verein unter dem Namen „Verein der bayerischen Notariatsbeamten e.V.“ neu gegründet und am 13.4.1949 im Vereinsregister eingetragen.

Das wohl größte Problem war in der Nachkriegszeit die Personalfrage. Für die im Jahre 1937 bereits eingestellten Notariatsbeamten (Incipienten), die bisher die Notariatsbeamtenprüfung noch nicht abgelegt hatten, wurde im Jahr 1951 eine einmalige Sonderprüfung abgehalten und zu diesem Zweck eine eigene Prüfungsordnung für den Dienst der Notariatsbeamten aufgestellt.³⁴ So konnten sie wenigstens den Titel „Notariatssekretär“ bzw. „Notariatsobersekretär“ führen. Darüber hinaus suchte man aber nach einer Regelung, die in etwa dem Ergebnis der alten Bayerischen Notariatsbeamten-Ordnung entsprach.

Bereits auf der Jahresversammlung des Bayerischen Notarvereins in Bad Kissingen im Jahre 1951 wurde daher beschlossen, dem fachkundigen Mitarbeiter des Notars den Status eines Angestellten der Notarkasse und damit eines Angestellten im öffentlichen Dienst zu geben. Erreicht werden konnte dies allerdings nur durch eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Diese Ermächtigungsgrundlage sollte in der zu schaffenden neuen Bundesnotarordnung festgelegt werden. Im Vorgriff auf die erwartete baldige Gesetzgebung wurde aus diesem Grund bereits in der Versammlung des Vereins der bayerischen Notariatsbeamten vom 8.11.1952 der Name des Vereins geändert. Er hieß jetzt nicht mehr „Verein der bayerischen Notariatsbeamten e.V.“, sondern „Verein der bayerischen Notariatsbeamten und Angestellten der Notarkasse e.V.“. Diese Namensänderung wurde am 14.1.1953 im Vereinsregister eingetragen.

Die spätere gesetzliche Ermächtigungsgrundlage wurde erst in § 113 Bundesnotarordnung gefunden, wonach die Besoldung der sonstigen in einem Dienstverhältnis zur Notarkasse stehenden Hilfskräfte nach Maßgabe der Satzung Aufgabe der Notarkasse ist. Damit war es möglich, in Art. 22 der Satzung der Notarkasse nebst Anlage den Angestellten der Notarkasse zu schaffen und ihm eine weitgehende Sicherung seiner ar-

beitsrechtlichen Position zu gewähren, die der des Beamten durchaus gleichwertig ist. Über die Geschwindigkeit der Gesetzgebungsmaschinerie täuschte man sich allerdings gewaltig. Erst im Jahre 1961 war es so weit, dass diese gesetzlichen Grundlagen für den „Kassenangestellten“ gegeben waren.

In der Zwischenzeit verhielt man sich seitens der Notarkasse so, wie wenn es den Kassenangestellten bereits gäbe. Es wurden Ausbildungsmaßnahmen durchgeführt. Es wurden Gehilfenprüfungen abgehalten. Voraussetzung für die Teilnahme an den Fortbildungsmaßnahmen und der Gehilfenprüfung war die Eintragung in die Lehrlingsrolle, die der Zustimmung der Notarkasse bedurfte. Ferner wurde eine Notargehilfenrolle angelegt, in welcher alle Gehilfen eingetragen wurden, die die Prüfung bestanden hatten und auf einer freien Regelstelle beschäftigt waren. Die spätere Inspektorenprüfung hieß damals Buchhalterprüfung. An ihr konnte teilnehmen, wer eine fünfjährige Gehilfenzeit hinter sich hatte. Wenn der Gehilfe das 45. Lebensjahr bereits vollendet oder in einer seit 1947 durchgeführten Gehilfenprüfung eine besonders gute Note erzielt und das 25. Lebensjahr überschritten hatte, konnte die Gehilfenprüfung als Buchhalterprüfung anerkannt werden. Im Einzelnen wurden diese Regelungen in einer vom Beirat der Notarkasse in seiner Sitzung vom 20.7.1952 beschlossenen Ausbildungs- und Prüfungsordnung niedergelegt.

Solche Buchhalterprüfungen fanden in den Jahren 1955, 1958 und 1960 statt. Diejenigen Gehilfen – es waren insgesamt 219 von 263 –, die die Prüfung nicht nur bestanden, sondern auch mit ordentlichem Ergebnis ablegten, wurden in die Zusatzversicherung für die Altersversorgung aufgenommen, deren vorzeitiges Anlaufen mit der Bayerischen Versicherungskammer im Hinblick auf die kommende Bundesnotarordnung vereinbart wurde. Diesen Notarbuchhaltern wurde auch vom Beschäftigungsnotar mit Zustimmung der Notarkasse die Erlaubnis erteilt, den Titel „Inspektor“ zu führen. Die restlichen 44 durften sich zunächst nur „Notarbuchhalter“ nennen. Zum 1.1.1962 wurden aber alle von der Notarkasse als Angestellte übernommen.

Die Führung des Titels „Inspektor“ oder „Oberinspektor“ war eigentlich bis 1962 illegal, wurde aber von der Aufsichtsbehörde geduldet. Rechtlich einwandfrei konnte man ihn erst verleihen mit In-Kraft-Treten der entsprechenden Bestimmungen der Bundesnotarordnung und der Satzung der Notarkasse samt Anlagen. In der Zwischenzeit waren die Notarbuchhalter bzw. „Inspektoren“ noch Angestellte des jeweiligen Notars. Von diesem bezogen sie auch ihre Besoldung. Diese war aber durch Standesrecht und von der Notarkasse vorgeschrieben und wurde dem Notar in der vorgeschriebenen Höhe von der Notarkasse erstattet. Es gab auch Beförderungen. Die Kontinuität des Dienstverhältnisses zwischen Angestelltem und Notar wurde dadurch gewährleistet, dass der Bayerische Notarverein alle seine Mitglieder verpflichtete, den von der Notarkasse ausgearbeiteten Entwurf eines Dienstvertrages anzunehmen und mit der Notarkasse einen Vertrag zugunsten Dritter, nämlich dem Notarbuchhalter, abzuschließen, wonach der Notar verpflichtet war, im Falle der Ernennung bzw. Amtssitzverlegung die an der Notarstelle befindlichen Notarbuchhalter zu den bisherigen Bedingungen zu übernehmen.

Erst nach Erlass der Bundesnotarordnung wurden dann zum 1.1.1962 die bisherigen Notarbuchhalter als Angestellte der Notarkasse übernommen und erhielten dann auch de jure den jeweiligen ihnen zugeordneten Titel. Zunächst gab es nur die Titel „Inspektor“ und „Oberinspektor“. Bei den vorhandenen

³⁴ MittBayNot 1951, 90.

Amtmännern handelte es sich um Beamte aus der Zeit vor 1937. Allerdings wurde bereits in der Beiratssitzung in Bad Kissingen 1951 vorgesehen, später auch eine Beförderung in Besoldungsgruppe IV und III – damals noch TOA, jetzt BAT – zu ermöglichen.

Durch die Regelung der seit 1962 geltenden Satzung der Notarkasse wurden die Angestellten im bayerischen Notariat ebenso wie die früheren Beamten integriert. Nicht möglich war dagegen die Schaffung einer beamtengleichen Stellung für den fachkundigen Mitarbeiter des Notars. Wie schon die Reichsnotarordnung hat auch die Bundesnotarordnung jede unmittelbare Regelung der Stellung der Hilfskräfte des Notars vermieden und ausdrücklich wiederholt, dass neue Notariatsbeamte nicht mehr ernannt werden können.

Im Jahre 1969 wurde der Notarkasse eine weitere Aufgabe im Bereich des Personalwesens übertragen. Mit § 87 Abs. 1 des Berufsbildungsgesetzes vom 14.8.1969³⁵ wurde sie zur „zuständigen Stelle“ für die mit der Berufsausbildung zusammenhängenden Fragen bestellt, eine Aufgabe, die eine weitere Stärkung im Bereich des Personalwesens mit sich brachte.

³⁵ BGBl I, 1112.

Die Notarkasse erließ auf Grund dieser Ermächtigung sodann die entsprechende und mit diversen Änderungen und Ergänzungen heute noch geltende Ausbildungs- und Prüfungsordnung und brachte in den siebziger Jahren das derzeitige Ausbildungssystem auf den Weg.

Damit war der Zustand erreicht, der auch heute noch für die Angestellten der Notarkasse gilt.

VII.

Zusammenfassend kann man sagen, dass das bayerisch-pfälzische Notariat in seiner Geschichte vor allem auch deshalb in Deutschland einen so hervorragenden Platz eingenommen hat, weil es den Berufsstand des fachkundigen Mitarbeiters im Notariat als wichtigen Teil dieses Notariatssystems gab und weil der in dem heutigen Jubiläumsverein zusammengeschlossene Berufsstand mit der Mehrheit seiner Mitglieder und vor allem mit den von dieser Mehrheit jeweils gewählten Vertretern an der Spitze nicht die Konfrontation gesucht hat, sondern eine für das Notariat insgesamt – also auch für die Notariatsbeamten bzw. Angestellten der Notarkasse – optimale Lösung der jeweils bestehenden Probleme.

Fortgeltung des nach Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB angeknüpften Ehegüterrechtsstatuts über den 8.4.1983 hinaus teilweise verfassungswidrig – was nun?

– Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG vom 18.12.2002, 1 BvR 108/96¹ –

Von Rechtsanwalt und Notar *Wolfgang Eule*, Neuenhaus

A. Die Entscheidung

Erneut² – und mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zum letzten Mal³ – musste sich das BVerfG in seiner hier besprochenen Entscheidung vom 18.12.2002 mit den Problemen von

¹ MittBayNot 2003, 403 (in diesem Heft).

² Erstmals mit Beschluss vom 21.6.1988 = FamRZ 1988, 920 = IPRax 1988, 366 = NJW 1989, 1081 = MittBayNot 1988, 239, mit dem es die insbesondere von *Rauscher*, NJW 1987, 531 ff., geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken (Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot, das Rückwirkungsverbot und das im deutschen internationalen Ehegüterrecht geltende Prinzip der Unwandelbarkeit) zurückgewiesen hat.

³ Die Frage, ob die hilfsweise Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts an das Heimatrecht des Ehemannes gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EGBGB gegen das Gleichberechtigungsgebot gem. Art. 3 Abs. 2 GG verstößt, ist trotz der dahingehenden Entscheidung des BGH in FamRZ 1986, 1202 (zustimmend *Palandt/Heldrich*, 62. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 10 m. w. N. zum Meinungsstand) meines Erachtens weiterhin ungeklärt. Auch die Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts an das Heimatrecht des Ehemannes gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 6 EGBGB für vor dem 1.4.1953 geschlossene Ehen, die nach ganz h. M. (siehe z. B. *Palandt/Heldrich*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 6; BayObLG, StAZ 1998, 920) verfassungsrechtlich unbedenklich ist, ist nach zutreffender Auffassung von *Schurig*, IPRax 1988, 89, im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG problematisch, wenn ein güterrechtlich relevanter Vorgang derartiger „Ur-Altehen“ (so *Siß*, Rpfleger 2003, 53 ff.) nach dem 1.4.1953 zu beurteilen ist.

Art. 220 Abs. 3 EGBGB, der nach wie vor umstrittenen temporalen Übergangsregelung für das internationale Ehegüterrecht, befassen und dem Gleichberechtigungsgebot gem. Art. 3 Abs. 2 GG Geltung verschaffen.

Die Regelungen in Art. 220 Abs. 3 EGBGB wurden zum 1.9.1986 durch das „Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts“ vom 25.7.1986 (BGBl I, 1142) eingeführt. Der damalige Gesetzgeber hatte dabei den eher untauglichen Versuch unternommen, sowohl die Entscheidung des BVerfG vom 22.2.1983⁴ zur Verfassungswidrigkeit der Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts an das Heimatrecht des Ehemannes gem. Art. 15 Abs. 1 a. F. EGBGB zu beachten als auch „Altehen“, d. h. den Ehen, die in dem Zeitraum zwischen dem 1.4.1953 und dem 8.4.1983 geschlossen wurden, rückwirkend einen gewissen Vertrauensschutz einzuräumen. Dies wurde in der Literatur als misslungen,⁵ nicht gelungen,⁶ vertrackt⁷ oder äußerst kompliziert und schon vom Wortlaut her schwer verständlich und widersprüchlich⁸ bezeichnet.

⁴ BVerfGE 63,181 = NJW 1983, 1968 = IPRax 1983, 223 = DNotZ 1983, 356 = FamRZ 1983, 562 = MittBayNot 1983, 70; veröffentlicht in BGBl I, 525.

⁵ *Kegel/Schurig*, IPR, 8. Aufl., S. 730.

⁶ *Schurig*, IPRax 1988, 89.

⁷ *Henrich*, IPRax 1987, 93, bezogen auf Art. 220 EGBGB insgesamt.

⁸ *Schotten*, Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, Rdnr. 201.

Die Entscheidung des BVerfG zeigt ebenfalls erneut, dass die von *Siehr* im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 EGBGB getroffene Beurteilung, dies sei „mala lex, sed lex“⁹, durchaus auch auf Art. 220 Abs. 3 EGBGB zutrifft.

Diese Vorschrift stellt und stellt deshalb nicht nur die Gerichte, sondern auch die notarielle Praxis vor erhebliche Anwendungsprobleme. Die Feststellung des Ehegüterrechtsstatus war und ist bei Eheleuten mit unterschiedlicher Staatsangehörigkeit¹⁰ (sog. gemischt-nationale bzw. binationale Ehen), die nach dem 31.3.1953 und vor dem 9.4.1983 geheiratet haben, in der Notarpraxis von erheblicher Bedeutung,¹¹ nicht nur bei der Beurkundung von Eheverträgen oder zur Bestimmung der Ehegattenerbrechtsquote nach dem Tod eines Ehepartners, sondern wegen §§ 19, 20, 47 GBO auch beim Grundstückserwerb durch solche binationalen Ehepaare.¹²

Das BVerfG hat mit seiner Entscheidung vom 18.12.2002 die bisherige ständige Rechtsprechung des BGH,¹³ der sich diverse Oberlandesgerichte¹⁴ und Teile der Literatur¹⁵ angeschlossen hatten, wonach das gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB angeknüpfte Ehegüterrechtsstatut, dem sich die Eheleute unterstellt (1. Anknüpfungsalternative) oder von dessen Anwendung sie ausgegangen waren (2. Anknüpfungsalternative), entgegen dem eindeutigen Gesetzeswortlaut in Art. 220 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 EGBGB auch über den 8.4.1983 hinaus fortgilt, als verfassungswidrig wegen Ver-

stoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG beurteilt, allerdings nur in den Fällen, in denen das unterstellte bzw. ausgegangene Ehegüterrechtsstatut das Heimatrecht des Ehemannes war.

Die Entscheidung betrifft somit nur einen Teil der von Art. 220 Abs. 3 Satz 1–4 EGBGB erfassten gemischt-nationalen Ehen, aber aufgrund der Rechtsauffassung des BGH¹⁶, Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB möglichst weit auszu-legen und anzuwenden, um die wohl weiterhin verfassungsrechtlich unsichere Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts an das Heimatrecht des Ehemannes gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EGBGB möglichst zu vermeiden, den wohl überwiegenden Teil der binationalen Ehen, die nach dem 31.3.1953 und vor dem 9.4.1983 geschlossen wurden.

Damit hat sich das BVerfG der Kritik von *Rauscher*,¹⁷ *Henrich*,¹⁸ *Siehr*,¹⁹ *Schurig*²⁰ und *Winkler von Mohrenfels*²¹ angeschlossen, ohne diese allerdings mit einem Wort zu erwähnen und anders als etliche dieser Kritiker zwischen den verschiedenen Anknüpfungsalternativen des Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB zu differenzieren.

Obwohl zu kritisieren ist, dass das BVerfG für diese für die Praxis so wichtige Entscheidung knapp sieben Jahre gebraucht hat, ist ihr zuzustimmen. Nicht nur, weil damit die Perpetuierung der verfassungswidrigen Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts an das Heimatrecht des Ehemannes über den 8.4.1983 hinaus bis in die Gegenwart und für die Zukunft verhindert wird, sondern weil dadurch den häufig mehr als ominösen Anknüpfungen an das Mannesrecht die Wirkung über den 8.4.1983 hinaus genommen wird.

Denn zu den Anknüpfungen des Ehegüterrechtsstatuts an das Heimatrecht des Ehemannes kam es zumeist, wenn die Eheleute vor dem 8.4.1983 rechtlich beraten worden sind, sei es – wie die Ehegatten im Ausgangsfall der Verfassungsbeschwerde – bei Abschluss eines Ehevertrages (was eher selten vorkam) oder – weitaus häufiger – beim Erwerb von Grundeigentum und Eintragung in das Grundbuch als Eigentümer auf der Basis des mannesrechtlich angeknüpften Ehegüterrechts. Obwohl diese Rechtsberatung aufgrund der damals geltenden Rechtslage zutreffend war, ist die Beurteilung von *v. Bar*²², in diesen Fällen seien nicht die Eheleute von einem bestimmten, für ihre Ehe geltenden Ehegüterrecht ausgegangen bzw. hätten sich einem solchen unterstellt, sondern vielmehr die Rechtsberater und die Gerichte, und die Eheleute hätten dies lediglich akzeptiert, richtig.

Es war daher in der Vergangenheit schwer zu akzeptieren, wenn das OLG Oldenburg²³, aber auch z. B. *Henrich*²⁴ bei einer binationalen Ehe zwischen einem niederländischen Ehemann und einer deutschen Ehefrau die vor dem 8.4.1983 erfolgte Grundbucheintragung als Eigentümer „in niederländischer Gütergemeinschaft“ als starkes Indiz für ein „Unterstellen“ bzw. „Ausgehen“ der Eheleute vom niederländischen Ehegüterrecht als Heimatrecht des Ehemannes erachtet haben. Ein solches Ehepaar hat lediglich die damals zutref-

⁹ *Siehr*, IPRax 1987, 4.

¹⁰ Bei Eheleuten mit gemeinsamer effektiver und ausschließlicher Staatsangehörigkeit gibt es keine Probleme. Insoweit ist allerdings bei Doppel- oder Mehrstaatern umstritten, ob Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB, in dem per 1.9.1986 der Vorrang der deutschen Staatsangehörigkeit trotz Nichteffektivität normiert wurde, auch rückwirkend anzuwenden ist. So BGH, FamRZ 1986, 1203; 1987, 681; OLG Karlsruhe, IPRax 1990, 123; *Palandt/Heldrich*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 8; *Lichtenberger*, MittBayNot 1987, 258; a. A. *Jayme*, IPRax 1987, 96; 1990, 103; *Schurig*, IPRax 1988, 90; *Rauscher*, NJW 1987, 531; *Siehr*, Festschrift Ferid II, 1988, S. 442/443.

¹¹ In dem mehr als 30 Jahre umfassenden Zeitraum dürften mehrere hunderttausend gemischt-nationale Ehen geschlossen worden sein, wie auch *Schotten* (Fn. 8), Rdnr. 254, schätzt. Selbst wenn inzwischen etliche davon durch Tod eines Ehepartners oder Scheidung beendet worden sind, werden die auch hier dargestellten Probleme die notarielle Praxis und die Gerichte noch 40 bis 60 Jahre beschäftigen, wenn auch mit abnehmender Tendenz (siehe dazu auch *Schurig*, IPRax 1988, 92).

¹² Auch bei der Beteiligung verheirateter Personen an einer deutschen GmbH oder Personengesellschaft gibt es – bis heute ungeklärte – Probleme, wenn für die Ehe ein ausländischer Güterstand der Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft gilt, worauf *Riering*, IPRax 1998, 322 ff., hingewiesen hat.

¹³ BGH v. 17.9.1986 = FamRZ 1986, 1200 ff. = IPRax 1987, 114 ff. = DNotZ 1987, 292 ff. = NJW 1987, 583 ff. = MittBayNot 1987, 32 ff.; BGH v. 8.4.1987 = FamRZ 1987, 679 ff. = IPRax 1988, 100 ff. = NJW 1988, 638 ff. = MittBayNot 1987, 254 ff.; BGH v. 3.6.1987 = FamRZ 1988, 40 ff. = IPRax 1988, 103 ff.; BGH v. 21.10.1992 = IPRax 1995, 399 ff. = FamRZ 1993, 289 ff. = NJW 1993, 385 ff.; BGH v. 18.3.1998 = FamRZ 1998, 905 ff.

¹⁴ OLG Karlsruhe, IPRax 1990, 122 ff.; OLG Frankfurt, FamRZ 1987, 1147 ff.; KG, IPRax 1988, 106 ff.; OLG Stuttgart, FamRZ 1991, 708 ff.; OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, 1587 ff.; OLG Zweibrücken, IPRax 1988, 357 ff.; OLG Hamburg, FamRZ 2001, 916 ff.; OLG Hamm, IPRax 1994, 49 ff.; a. A. OLG Köln, FamRZ 1996, 1479, dies aber wohl eher unbeabsichtigt und in offensichtlicher Unkenntnis der ständigen BGH-Rechtsprechung; siehe dazu auch die Kritik von *Henrich*, FamRZ 1996, 1480.

¹⁵ Z. B. *von Bar*, IPR, Bd. 2, Rdnr. 229; *Palandt/Heldrich*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 11; *Lichtenberger*, DNotZ 1987, 297 ff.; *Jayme*, IPRax 1987, 95 ff.; IPRax 1990, 102; *Kropholler*, IPR, 4. Aufl., S. 347.

¹⁶ FamRZ 1986, 1200, 1202.

¹⁷ NJW 1987, 531 ff.; IPRax 1988, 343 ff.

¹⁸ IPRax 1987, 93 ff.

¹⁹ Festschrift Ferid II, 1988, S. 433 ff.

²⁰ IPRax 1988, 88 ff.; siehe auch seine Kommentierung des Art. 220 EGBGB in *Soergel, BGB*, 12. Aufl.

²¹ IPRax 1995, 379 ff.

²² A. a. O. (Fn. 15), S. 154 Fn. 591 a. E.

²³ Urteil des 4. Senats vom 3.11.1987 (12 UF 166/85), nicht veröffentlicht, ergangen im Anschluss an BGH v. 3.6.1987 = IPRax 1988, 103 ff. = FamRZ 1988, 40 ff.

²⁴ IPRax 1987, 94.

fende Rechtsauffassung des den Kaufvertrag beurkundenden Notars und des Grundbuchamtes passiv hingenommen. Insbesondere die Rechtsauffassung von *Henrich* war schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil er – wie auch *Böhringer*²⁵ – zumindest die Herleitung des Ehegüterrechtsstatuts aus der Eigentümereintragung als Allein- bzw. Bruchteilseigentümer von binationalen Eheleuten zu Recht als äußerst fragwürdig dargestellt hat.²⁶

Die Praxiserfahrung zeigte denn auch, dass die meisten gemischt-nationalen Ehegatten, die keine Rechtsberatung vor dem 8.4.1983 erhalten hatten, von der Geltung des Ehegüterrechts des Staates ausgegangen sind, in dem sie beide wohnten bzw. geheiratet hatten (was in den allermeisten Fällen identisch war). Sowohl *Böhringer*²⁷ als auch *Rauscher*²⁸ haben zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Vorstellung der Eheleute weit verbreitet gewesen ist, bezeichnen dies dann allerdings als „irrig“. Das ist nicht nachvollziehbar, entsprach dies doch der seit dem 1.9.1986 geltenden Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EGBGB, die nicht nur verfassungsrechtlich unbedenklich ist, sondern auch zeigt, dass sehr viele Eheleute mit gutem Judiz diese Anknüpfung quasi antizipiert haben. Der Vorwurf von *Rauscher*²⁹, über Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB würden „falsche Vorstellungen von Laien“ bzw. eine „Pseudo-Rechtswahl“ fortgeführt, ist zumindest in diesen letztgenannten Fällen unzutreffend.

Dagegen spricht viel für die Ansicht von *Kege*³⁰, an Stelle der misslungenen Übergangsregelung solle man für gemischt-nationale Ehen, die nach dem 31.3.1953 und vor dem 9.4.1983 geschlossen wurden, Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EGBGB analog anwenden.

Zur Fortgeltung der Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts an diese verfassungskonformen, insbesondere geschlechtsneutralen Kriterien, hat das BVerfG nichts ausgeführt. Anders als zu der Frage, ob die Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts an das Heimatrecht des Ehemannes gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB für die Zeit von der Heirat bis zum 8.4.1983 verfassungskonform ist – diese Frage hat das BVerfG ausdrücklich offen gelassen³¹ –, hat das Gericht zu dieser Problematik nichts erwähnt. Es ist somit von der Weitergeltung des analog Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EGBGB angeknüpften Ehegüterrechts über den 8.4.1983 hinaus auszugehen. Dies ist angesichts der sogleich unter B dargestellten Folgeprobleme der Entscheidung aus notarieller Praxissicht zu begrüßen, obwohl natürlich das Faktum, dass dies weiterhin gegen den eindeutigen Gesetzeswortlaut in Art. 220 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 EGBGB verstößt, verbleibt.

²⁵ BWNöZ 1987, 104 ff.

²⁶ Gegen das Anknüpfungsindiz „Grundbucheintragung“ bestehen natürlich dann keine Bedenken, wenn gemischt-nationale Eheleute erst nach dem 8.4.1983 anlässlich eines Grundstückserwerbs das Ehegüterrechtsstatut, dem sie sich vor dem 8.4.1983 im Sinne von Artikel 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB unterstellt hatten und von dem sie gemeinsam ausgegangen waren, durch die Eintragung dieses Güterstandes in das deutsche Grundbuch bestätigen, wie in dem vom OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, 1587 ff., und in nächster Instanz vom BGH, FamRZ 1998, 905 ff., entschiedenen Fall.

²⁷ BWNöZ 1987, 107.

²⁸ NJW 1987, 534.

²⁹ IPR, 2. Aufl., S. 176; ähnlich bereits in IPRax 1988, 347.

³⁰ A. a. O. (Fn. 5), S. 730.

³¹ In der Literatur wird dies streitig diskutiert. Während *Schurig*, IPRax 1988, 92, meint, dies sei im Interesse des Vertrauensschutzes akzeptabel, wird diese Anknüpfung von *Winkler von Mohrenfels*, IPRax 1995, 383/384, und *Rauscher*, NJW 1987, 533, kritisiert.

Dies beweist aber auch, dass für das BVerfG nicht diese gegen den Gesetzeswortlaut verstoßende Handhabung durch den BGH das für die Annahme der Verfassungswidrigkeit entscheidende Kriterium war, sondern die Perpetuierung der Mannesrechtsanknüpfung. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine solche antizipierende und analoge Anwendung der Kriterien in Art. 14. Abs. 1 Nr. 2 und 3 EGBGB zur Ehegüterrechtsanknüpfung bestehen zumindest im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG nicht.³²

Die Argumentation des Rechtsausschusses des Bundestages,³³ der sich der BGH³⁴ ausdrücklich angeschlossen hatte, die Fortgeltung des an das Mannesrecht angeknüpften Ehegüterrechtsstatuts über den 8.4.1983 hinaus respektiere den Willen der Eheleute und sei keine Bevorzugung des Heimatrechtes des Ehemannes, war nach alledem zumindest in den Fällen, in denen die binationalen Eheleute rechtliche Beratung erhalten hatten, mehr als fragwürdig.

„Tragender Grund“ für die Ehepaare, das Heimatrecht des Ehemannes als das für ihre Ehe geltende Ehegüterrecht hinzunehmen, war der Hinweis und die Anwendung der Rechtsberater und der Gerichte auf der vor dem 8.4.1983 geltenden Rechtslage gem. Art. 15 Abs. 1 a. F. EGBGB, und nicht ein eigenes Wollen. Der damalige Gesetzgeber muss sich auch fragen lassen, weshalb er diese anscheinend von ihm gewollte Fortgeltung des gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB angeknüpften Ehegüterrechtsstatuts über den 8.4.1983 hinaus nicht ausdrücklich normiert hat. Zu Recht hat *Rauscher*³⁵ darauf hingewiesen, dass es dem Gesetzgeber nicht gelungen sei, seine Intentionen im Gesetzeswortlaut zu verankern.

Diesem Vertrauensschutzargument hat das BVerfG mit seinem nochmaligen Hinweis auf die bereits in seiner Entscheidung vom 21.6.1988 getroffene Feststellung, es gebe kein schützenswertes Vertrauen in eine gem. Art. 117 GG seit dem 1.4.1953 verfassungswidrige Norm, eine deutliche Absage erteilt.

Wie bereits erwähnt, differenziert das BVerfG zu Recht nicht zwischen den beiden Anknüpfungsalternativen „Unterstellen“ bzw. „Ausgehen“ in Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB, weil die Grenzen zu häufig fließend sind und ineinander übergehen und somit eine Abgrenzung kaum möglich ist. Durch die Entscheidung des BVerfG vom 18.12.2002 sind somit gemischt-nationale Eheleute benachteiligt, die vor dem 8.4.1983 bewusst und gewollt und in Kenntnis und unter Berücksichtigung aller Umstände für ihre Ehe das Güterrecht des Heimatstaates des Ehemannes tatsächlich gewählt haben. Dies dürften aber nur ganz wenige Ausnahmefälle sein, zumal es vor dem 8.4.1983 eine derartige Ehegüterrechtswahl nicht gab. Diese betroffenen Eheleute müssten nunmehr diese Rechtswahl nochmals gem. Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB wiederholen und – da diese nur ex nunc wirkt³⁶ – auf sachrechtlicher Ebene eine Rückwirkung zumindest auf den 9.4.1983 vereinbaren. Dies erscheint akzeptabel, da der Gesetzgeber ja auch gemischt-nationalen Eheleuten, die vor dem 1.4.1953 geheiratet haben und für deren Ehe gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 6 EGBGB das Heimatrecht des Ehemannes als Ehe-

³² So auch *Henrich*, IPRax 87, 94/95, und *Schurig*, IPRax 1988, 92, 94. *Winkler von Mohrenfels*, IPRax 1995, 384, sieht auch darin einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot gem. Art. 20 Abs. 2 GG.

³³ BT-Drs. 10/5632, S. 46.

³⁴ A. a. O. (Fn. 13).

³⁵ NJW 1987, 533.

³⁶ Siehe dazu *Schotten*, DNotZ 1999, 326 ff.; a. A. *Mankowski/Osthaus*, DNotZ 1997, 10 ff. (rückwirkende Rechtswahl zulässig).

güterrechtsstatut gilt, eine solche Rechtswahl gem. Art. 15 Abs. 2 EGBGB zumutet, wenn diese Ehepaare die Mannesrechtsanknüpfung nicht (mehr) wollen.

B. Folgeprobleme und Konsequenzen der Entscheidung

Auch wenn der Entscheidung des BVerfG vom 18.12.2002 im Ergebnis zuzustimmen ist, ergeben sich – wie bereits angedeutet – nunmehr etliche Folgeprobleme. Dies kann nicht dem BVerfG vorgeworfen werden, sondern ist systemimmanent, d. h. Ursache dafür ist die nun einmal wenig geglückte Regelung in Art. 220 Abs. 3 EGBGB.

Sowohl die Frage, wie denn nun das Ehegüterrechtsstatut für solche gemischt-nationalen Ehen ab dem 9.4.1983 zu bestimmen ist, ist trotz des eindeutigen Wortlauts in Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB nach diesseitigem Erachten unklar als auch die Probleme, wie nunmehr auf der Basis der vom BVerfG als verfassungswidrig beurteilten Anknüpfung abgeschlossene Vorgänge zu behandeln sind. Auch sonstige Rechtsprobleme, die bisher in der Rechtsprechung und Literatur im Zusammenhang mit Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EGBGB behandelt wurden, wie z. B. die Folgen eines Statutenwechsels oder die Verweisungsproblematik, ergeben sich nunmehr auch für binationale Ehen, bei denen bisher das unterstellte bzw. ausgegangene Ehegüterrechtsstatut über den 8.4.1983 hinaus galt.

I. Anknüpfungszeitpunkt

Nachdem das BVerfG entschieden hat, dass das von der Heirat bis zum 8.4.1983 gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB an das Heimatrecht des Ehemannes angeknüpfte Ehegüterrechtsstatut nur bis zum 8.4.1983 galt, stellt sich zunächst die Frage, an welchen Zeitpunkt denn nun für die Bestimmung des Ehegüterrechtsstatuts für die Zeit ab dem 9.4.1983 anzuknüpfen ist.

Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB besagt, dass für die Zeit ab dem 9.4.1983 Art. 15 EGBGB anzuwenden ist. Dieser stellt aber auf den Zeitpunkt der Eheschließung ab, und nur für gemischt-nationale Ehen, deren Ehegüterrechtsstatut vorher gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EGBGB objektiv an das Heimatrecht des Ehemannes angeknüpft wurde, gilt gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 3 EGBGB für die Zeit ab dem 9.4.1983 dieser Tag als Anknüpfungszeitpunkt.

Als Lösungsmöglichkeiten bieten sich an:

1. Anknüpfungszeitpunkt ist (erneut) der Tag der Eheschließung mit Wirkung ab 9.4.1983.
2. Anknüpfungszeitpunkt ist (ebenfalls) der 9.4.1983.
3. Anknüpfungszeitpunkt ist der jeweilige Beurteilungszeitpunkt, also Wandelbarkeit ab dem 9.4.1983.

1. Für die erste Alternative spricht, dass der Tag der Eheschließung im deutschen internationalen Ehegüterrecht grundsätzlich der maßgebliche Anknüpfungszeitpunkt ist. Dieser ist jedoch bereits durch die Primäranknüpfung gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB „verbraucht“.

Gegen eine erneute und zweite Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts für die Zeit ab dem 9.4.1983 auf den Heiratszeitpunkt spricht auch, dass Änderungen der Anknüpfungskriterien gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EGBGB in der Zeit zwischen Heirat und dem 8.4.1983, z. B. durch Staatsangehörigkeitswechsel oder insbesondere durch

gemeinsamen Wohnsitzwechsel der Ehegatten, nicht berücksichtigt würden. Eheleuten, bei denen z. B. der Ehemann Niederländer und die Ehefrau Deutsche waren, als sie 1960 in Deutschland geheiratet haben und auch ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten, und die 1968 ein Hausgrundstück in Deutschland erworben hatten und im Grundbuch als Eigentümer „in niederländischer Gütergemeinschaft“ eingetragen stehen, die aber 1976 in die Niederlande gezogen sind, wo die Ehefrau inzwischen die niederländische Staatsangehörigkeit erworben hat, klar zu machen, dass gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB von 1960 bis zum 8.4.1983 der niederländische gesetzliche Güterstand der Gütergemeinschaft³⁷ für ihre Ehe galt, ab dem 9.4.1983 aber gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB der deutsche gesetzliche Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft, weil beide zum Zeitpunkt der Heirat ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, dürfte schwer fallen.

Auch die Tatsache, dass dann aus der zweifachen Anknüpfung an den Tag der Heirat unterschiedliche Folgen gezogen werden, dürfte nicht nur für betroffene Eheleute unverständlich sein, sondern spricht dagegen, für die Zeit ab dem 9.4.1983 das Ehegüterrechtsstatut erneut nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Eheschließung zu bestimmen.

2. Gegen die zweite Alternative, d. h. bei der Anknüpfung des ab dem 9.4.1983 geltenden Ehegüterrechtsstatuts auch für binationale Ehen, deren Ehegüterrechtsstatut bis zum 8.4.1983 gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB bestimmt worden ist, auf die Verhältnisse im Sinne von Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EGBGB am 9.4.1983 entsprechend Art. 220 Abs. 3 Satz 3 EGBGB abzustellen, spricht der eindeutige Gesetzeswortlaut. Diese Regelung soll nur für die gemischt-nationalen Ehen gelten, deren Ehegüterrechtsstatut bis zum 8.4.1983 objektiv an das Heimatrecht des Ehemannes gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EGBGB angeknüpft worden ist.³⁸

Eine Anwendung, die bisher contra legem, d. h. gegen Art. 220 Abs. 3 Satz 1 und 2 EGBGB, erfolgte, nun durch eine andere Handhabung zu ersetzen, die gegen den eindeutigen Wortlaut in Art. 220 Abs. 3 Satz 3 EGBGB verstößt, ist wohl ebenfalls abzulehnen. *Schurig*³⁹ hat sich für eine entsprechende Anwendung von Art. 220 Abs. 3 Satz 3 EGBGB ausgesprochen. Ihm ist insoweit zuzustimmen, dass zwischen der objektiven Anknüpfung an das Mannesrecht gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EGBGB und der „verkleideten“ subjektiven Anknüpfung an das Heimatrecht des Ehemannes insbesondere in der Anknüpfungsalternative „Ausgehen“ gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB kein oder nur ein marginaler Unterschied besteht. Dennoch ist meines Erachtens die analoge Anwendung der derzeitigen Regelung in Art. 220 Abs. 3 Satz 3

³⁷ Art. 1: 93 ff. Burgerlijk wetboek.

³⁸ Deshalb unrichtig OLG Köln, FamRZ 1996, 1479, das in Verkenning der bis zum 18.12.2002 geltenden Rechtsprechung des BGH und anderer Oberlandesgerichte sofort auch in den Fällen des gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB angeknüpften Ehegüterrechtsstatuts auf den 9.4.1983 als Anknüpfungszeitpunkt abstellt. Die Ausführungen des BGH in FamRZ 1987, 680, der Anknüpfungstatbestand des Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB sei „über Satz 3 auch im Rahmen von Satz 2 von Bedeutung“, könnte darauf hinweisen, dass auch der BGH der Ansicht ist, in den Fällen des Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB sei Satz 3 ebenfalls anzuwenden, also Anknüpfungszeitpunkt sei der 9.4.1983. Dies ist nicht nachvollziehbar, weil es seiner Rechtsauffassung, die Anknüpfungen gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB wirkten über den 8.4.1983 hinaus, widerspricht.

³⁹ IPRax 1988, 92.

EGBGB auf die von der Entscheidung des BVerfG erfassten Fälle ohne eine entsprechende Gesetzesänderung problematisch.

3. Verbleibt als Alternative die Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts für die Zeit nach dem 8.4.1983 an den jeweiligen Beurteilungszeitpunkt eines güterrechtsrelevanten Vorganges, z. B. den Tod eines Ehegatten oder die Scheidung der Ehe. Dies würde bedeuten, das Ehegüterrechtsstatut wäre wie das Ehwirkungsstatut für solche gemischt-nationalen Ehen wandelbar.

Dagegen spricht, dass das deutsche internationale Ehegüterrecht vom Grundsatz der Unwandelbarkeit beherrscht wird. Argument dafür wäre jedoch, dass dieser Grundsatz der Unwandelbarkeit des Ehegüterrechtsstatuts ohnehin in mehrfacher Hinsicht (z. B. durch wirksame Rechtswahl gem. Art. 15 Abs. 2 EGBGB oder durch Annahme ausländischer Rück- oder Weiterverweisungen, wenn ein ausländisches internationales Ehegüterrecht wie z. B. das japanische oder polnische Recht von der Wandelbarkeit des Ehegüterrechtsstatuts ausgeht) durchbrochen wird. Das deutsche internationale Ehegüterrecht schreibt selbst Durchbrechungen des Unwandelbarkeitsprinzips vor, z. B. in den Fällen des Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 i. V. m. Satz 3 EGBGB oder bei Aussiedlerehegatten gem. Art. 15 Abs. 4 EGBGB i. V. m. dem VFGüterstandsG.⁴⁰

Die Wandelbarkeit des Ehegüterrechtsstatuts bei den hier problematischen Fällen hätte aber zur Folge, dass auf verschiedene güterrechtsrelevante Vorgänge unterschiedliches Ehegüterrecht anzuwenden ist. Haben z. B. ein niederländischer Ehemann und seine deutsche Ehefrau 1970 in den Niederlanden geheiratet und dort beide vor, während und nach der Heirat gewohnt und sind beide entsprechend der Rechtslage in den Niederlanden⁴¹ von der Geltung des niederländischen Ehegüterrechts ausgegangen, so gilt aus deutscher Sicht auf Grund der Entscheidung des BVerfG dieser niederländische Güterstand der Gütergemeinschaft bis zum 8.4.1983 gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB und für die Zeit ab dem 9.4.1983 gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB. Erwarben sie 1985 ein Haus in Deutschland, mussten sie im Grundbuch als Eigentümer „in niederländischer Gütergemeinschaft“ eingetragen werden. Sind sie 1990 gemeinsam in dieses Haus nach Deutschland gezogen, so galt ab dem Umzug und der Begründung eines gemeinsamen Wohnsitzes in Deutschland mit *animus manendi* der deutsche gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Haben die Eheleute danach 1999 ihren „Alterswohnsitz“ nach Italien verlegt und stirbt die deutsche Ehefrau dort 2000, so ist bei

⁴⁰ Ob dies auch für Spätaussiedlerehegatten (ausgesiedelt ab dem 1.1.1993) gilt, ist leider weiterhin ungeklärt; s. dazu *Scheugenspflug*, MittRhNotK 1999, 372 ff.; *Wandel*, BWNNotZ 1994, 85 ff.; *Palandt/Heldrich*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 2.

⁴¹ Nach Rechtsauffassung des Hoge Raad in seiner Haagse-Italien-Entscheidung vom 27.3.1981, NJ 1981, 355, ist bei Ehen, die während der Mitgliedschaft der Niederlande zum „Haager Ehwirkungsabkommen“ von 1905 (gekündigt zum 23.8.1977; BGBl II, 444) geschlossen wurden, das Ehegüterrechtsstatut gem. Art. 2 Abs. 1 an das Heimatrecht des Ehemannes anzuknüpfen, wenn beide Ehegatten bei Heirat Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates waren (*Klinke*, DNotZ 1981, 351 ff.; *IPRax* 1983, 132 ff.; *MittRhNotK* 1984, 45 ff.; *Boele-Woelki*, DNotZ 1981, 666 ff.; *Brondics/Mark*, DNotZ 1985, 131 ff.). Deutschland hat das Abkommen mit Wirkung zum 23.8.1987 gekündigt (BGBl II 1986, 505); nach Auffassung des BGH v. 17.9.1986 = FamRZ 1986, 1200 ff. = MittBayNot 1987, 32 und BGH vom 8.4.1987 = FamRZ 1987, 679 ff. = MittBayNot 1987, 254 ff. ist auch Art. 2 Abs. 1 des Abkommens verfassungswidrig und auf solche Ehen Art. 220 Abs. 3 EGBGB anzuwenden.

der Feststellung der Ehegattenerbrechtsquote nach deutschem Erbrecht (Art. 25 Abs. 1 EGBGB) der italienische gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft⁴² zu Grunde zu legen, so dass z. B. eine Erhöhung der Erbquote des überlebenden Ehemannes gem. § 1371 Abs. 1 BGB nicht erfolgt,⁴³ obwohl für die Ehe neun Jahre lang der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft galt. Hatte dagegen der niederländische Ehemann 1995 die deutsche Staatsangehörigkeit erworben und die niederländische aufgegeben, hätte der gemeinsame Wohnsitzwechsel nach Italien keine güterrechtlichen Wirkungen gehabt.

Die Wandelbarkeit auch des Ehegüterrechtsstatuts macht dessen Bestimmung im Einzelfall bei den hier problematischen gemischt-nationalen Ehen somit nicht einfacher. Da man aber im internationalen Ehegüterrecht mit diesen Wandelungen des Ehegüterrechtsstatuts des Öfteren konfrontiert wird, sollte sie auch in den vom BVerfG entschiedenen Fällen angewendet werden. Sicherheit bezüglich des für ihre Ehe geltenden Ehegüterrechts können die insoweit betroffenen Eheleute dann nur durch eine Rechtswahl gem. Art. 15 Abs. 2 EGBGB erreichen.

II. Vorhandene Probleme nunmehr auch in den von der BVerfG-Entscheidung betroffenen Fällen

In den von der hier besprochenen Entscheidung des BVerfG betroffenen Fällen ergeben sich nunmehr weitere, schon bekannte Probleme, nämlich zum einen das der Behandlung eines Statutenwechsels und zum anderen das der Akzeptanz einer verfassungswidrigen ausländischen Rückverweisung.

Die bisherige, nun vom BVerfG als verfassungswidrig beurteilte Handhabung und Anwendung des BGH und etlicher Oberlandesgerichte, die ausdrückliche bzw. schlüssige und formlose Rechtswahl der Eheleute gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB auch über den 8.4.1983 hinaus gelten zu lassen, hatte den Vorteil, dass einerseits diese „Rechtswahlen“ als solche gem. Art. 4 Abs. 2 EGBGB qualifiziert wurden, so dass das gewählte Ehegüterrecht im Wege der Sachnormverweisung anzuwenden war und daher Rück- oder Weiterverweisungen des gewählten ausländischen Ehegüterrechts unbeachtet bleiben konnten, und andererseits grundsätzlich Statutenwechsel ausgeschlossen waren.

1. Statutenwechsel

In sehr vielen gemischt-nationalen Ehen, die im Zeitraum vom 1.4.1953 bis zum 8.4.1983 geschlossen wurden und deren Ehegüterrechtsstatut von der Heirat bis zum 8.4.1983 an das Heimatrecht des Ehemannes gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB angeknüpft wurde und dessen Fortgeltung über diesen Tag hinaus das BVerfG nunmehr als verfassungswidrig beurteilt hat, wird es mit Wirkung ab dem 9.4.1983 – unabhängig vom anzuwendenden Anknüpfungszeitpunkt – zu einem Statutenwechsel kommen. So z. B. bei Ehen zwischen einem ausländischen Ehemann und einer deutschen Ehefrau bzw. einer Ehefrau mit einer anderen ausländischen Staatsangehörigkeit, wenn die Eheleute vor, während und nach der Heirat ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in

⁴² Gemäß Art. 159, 177 ff. c. c. (*comunione legale*) seit 20.9.1975.

⁴³ Nach jetzt wohl herrschender Meinung (z. B. *Derstadt*, IPRax 2001, 84 ff. m. w. N.) ist die pauschale Erhöhung der Ehegattenerbquote güterrechtlich zu qualifizieren, kommt also nur zur Anwendung, wenn für die Ehe bei Tod eines Ehepartners der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft galt, dann aber auch bei Anwendung eines ausländischen Erbstatuts nach dem verstorbenen Ehepartner.

Deutschland hatten und auch nach dem 8.4.1983 noch hatten bzw. haben, aber auch bei Ehen zwischen einem deutschen Ehemann und einer ausländischen Ehefrau, wenn die Ehegatten vor, während und nach der Heirat und über den 8.4.1983 hinaus ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Heimatstaat der Ehefrau oder in einem anderen ausländischen Staat hatten bzw. noch haben. Lediglich bei ständig in Deutschland gelebten Ehen zwischen einem deutschen Ehemann und einer ausländischen Ehefrau kommt es nicht zu einem Statutenwechsel, es sei denn, die Eheleute wählen als Ehegüterrecht das Heimatrecht der Ehefrau gem. Art. 15 Abs. 2 EGBGB oder verlegen ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in das Ausland und das ab dem 9.4.1983 geltende Ehegüterrechtsstatut wird wandelbar an den jeweiligen Beurteilungszeitpunkt angeknüpft.

Grundsätzlich wird es somit nicht zu einem Statutenwechsel kommen, wenn die binationalen Eheleute bei der Heirat und danach bis zum Eintritt eines güterrechtlich relevanten Vorganges ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Heimatstaat des Ehemannes hatten und haben.

Kommt es allerdings zu einem Statutenwechsel, sollen nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁴ keine zwei Gütermassen entstehen.⁴⁵ Bei Eintritt eines güterrechtlich relevanten Vorganges, worunter der BGH offensichtlich nur das Güterrecht beendende Vorgänge wie Tod eines Ehepartners oder Scheidung der Ehe versteht, soll das neue Ehegüterrecht rückwirkend auch das bis zu dem Statutenwechsel, z. B. bis zum 8.4.1983, vorhandene Ehevermögen erfassen. Dies ist relativ unproblematisch, wenn an die Stelle eines vorher geltenden Güterstandes einer ausländischen Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft ab Statutenwechsel die deutsche Zugewinnsgemeinschaft tritt. Wird jedoch die unter Umständen vorher jahrzehntelang geltende Zugewinnsgemeinschaft durch Wohnsitzwechsel der Eheleute durch eine ausländische Gütertrennung ersetzt, geht der zugewinnausgleichsberechtigte Ehepartner leer aus. Galt andererseits vorher für die Ehe über lange Zeit der Güterstand einer ausländischen Gütertrennung und danach durch Umzug der binationalen Eheleute nach Deutschland der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft, führt der Statutenwechsel zu einer „Legalenteignung des Ausgleichspflichtigen“⁴⁶. Auch die Ersetzung des Güterstandes der Gütertrennung durch eine Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft kann nach zutreffender Ansicht⁴⁷ zu einem Verstoß gegen die Eigentumsgarantie führen.

2. Problem der Beachtung einer gleichberechtigungs-widrigen ausländischen Rückverweisung

Da nach der Entscheidung des BVerfG vom 18.12.2002 in den als verfassungswidrig beurteilten Fällen nunmehr ab dem 9.4.1983 das Ehegüterrechtsstatut der gemischt-nationalen Ehen gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 EGBGB neu bestimmt werden muss – nach welchem Anknüpfungszeitpunkt auch immer –, sind bei Verweisungen der deutschen Kollisionsnormen auf ein ausländisches internationales

Ehegüterrecht auch dessen Rück- oder Weiterverweisungen zu beachten. Denn zumindest die Verweisungen gem. Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EGBGB sind Gesamtrechtsverweisungen. Ob dies auch für die Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts gem. Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB an das Recht des Staates, mit dem die Eheleute am engsten verbunden sind, gilt, ist nach wie vor umstritten.⁴⁸

Bei den hier interessierenden gemischt-nationalen „Altehen“ ist jedoch insbesondere die Frage relevant, ob die aus deutscher Sicht gleichberechtigungs- und damit verfassungswidrige Rückverweisung eines von den deutschen Kollisionsnormen angewiesenen ausländischen internationalen Ehegüterrechts gem. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB angenommen werden muss.

Dieses Problem ergibt sich immer bei gemischt-nationalen Ehen zwischen einem deutschen Ehemann und einer ausländischen Ehefrau, wenn die Eheleute vor, während und nach der Heirat bis zur Beendigung ihrer Ehe ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Heimatstaat der Ehefrau oder in einem sonstigen ausländischen Staat hatten bzw. haben, dessen internationales Ehegüterrecht an das Heimatrecht des Ehemannes anknüpft und somit auf das deutsche Ehegüterrecht zurückverweist.⁴⁹ Von der Eheschließung bis zum 8.4.1983 galt für eine derartige Ehe deutsches Ehegüterrecht, wenn die Eheleute z. B. entsprechend der im ausländischen Aufenthaltsstaat geltenden Mannesrechtsanknüpfung vom deutschen Ehegüterrecht ausgegangen waren oder sich ihm unterstellt hatten. Aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 18.12.2002 endeten die Wirkungen des so bestimmten Ehegüterrechtsstatuts am 8.4.1983. Ab dem 9.4.1983 verweist die nunmehr gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB anzuwendende deutsche Kollisionsnorm, d. h. Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB, im Wege der Gesamtrechtsverweisung auf das internationale Ehegüterrecht des ausländischen Wohnsitzstaates. Knüpft dieses das Ehegüterrecht an das Heimatrecht des Ehemannes an, verweist es also auf das deutsche Ehegüterrecht wegen der deutschen Staatsangehörigkeit des Ehemannes zurück, ergibt sich das umstrittene Problem, ob eine derartige gleichberechtigungs-widrige Rückverweisung anzunehmen ist.

Während der BGH⁵⁰ die Auffassung vertreten hat, dass eine solche, auf einer verfassungswidrigen Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts basierende Rückverweisung des ausländischen Rechts gem. Art. 4 Abs. 1 Hs. 2 EGBGB gegen den „Sinn der Verweisung“ verstoße und nicht anzunehmen sei, hat *Schurig*⁵¹ zu Recht darauf hingewiesen, dass dies ein ordre-public-Problem gem. Art. 6 EGBGB ist und nichts mit dem Sinn der Verweisung zu tun hat.⁵²

Haben die gemischt-nationalen Eheleute, die im Ausland wohnen, nur Vermögen in Deutschland, ergibt sich bei Anwendung des ordre-public-Vorbehalts gem. Art. 6 EGBGB das bis heute ungelöste Problem, ob allein das Vorhandensein von Vermögen in Deutschland den für die Anwendung des ordre-public-Vorbehalts erforderlichen Inlandsbezug darstellt. Selbst wenn man dies bejaht, dürfte ein ordre-public-

⁴⁴ BGH, NJW 1987, 584 = DNotZ 1987, 294; NJW 1988, 639; zur Kritik siehe *Jayme*, IPRax 1987, 95; *Henrich*, IPRax 1987, 93. *Rauscher*, NJW 1987, 531, sieht darin einen Verstoß gegen das Unwandelbarkeitsprinzip.

⁴⁵ Zu dieser Problematik *Schotten* (Fn. 8), Rdnr. 199 mit Hinweisen zum Meinungsstand; *ders.*, DNotZ 1999, 326 ff. zum Statutenwechsel nach einer Rechtswahl gem. Art. 15 Abs. 2 EGBGB.

⁴⁶ *Rauscher*, IPRax 1988, 348; siehe zur Kritik insoweit auch *Kegel* (Fn. 5), S. 731; a. A. *Palandt/Heldrich*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 13.

⁴⁷ *Rauscher*, NJW 1987, 532; a. A. *Palandt/Heldrich*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 13.

⁴⁸ *Palandt/Heldrich*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 2, Art. 14 EGBGB Rdnr. 3, Art. 4 EGBGB Rdnr. 8 mit Hinweisen zum Meinungsstand.

⁴⁹ Wie z. B. das niederländische Recht bei vor dem 23.8.1977 geschlossenen Ehen, siehe dazu Fn. 41.

⁵⁰ BGH vom 8.4.1987 (unter 4 c); so auch *Palandt/Heldrich*, Art. 4 EGBGB Rdnr. 9; *Siehr* (Fn. 19), S. 442; *Lichtenberger*, MittBayNot 1987, 258 (Nr. 7).

⁵¹ IPRax 1988, 93.

⁵² So auch *Siehr* (Fn. 19), S. 441/442; *Lichtenberger*, MittBayNot 1987, 258 (Nr. 8).

Verstoß solange nicht anzunehmen sein, wie das deutsche internationale Ehegüterrecht selbst hilfsweise die Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts an das Heimatrecht des Ehemannes gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EGBGB normiert.

III. Konsequenzen für bis zum 18.12.2002 erfolgte güterrechtsrelevante Vorgänge

Aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 18.12.2002 ergibt sich letztlich die Frage, ob und inwieweit vor der Entscheidung erfolgte güterrechtlich relevante Vorgänge rechtlich neu zu bewerten sind und eventuell geändert werden müssen, die auf der Basis der vom BVerfG als verfassungswidrig beurteilten Handhabung erfolgt sind. Kommt es deshalb zu einem Statutenwechsel, ist jedoch zwischen abgeschlossenen und noch nicht abgeschlossenen Vorgängen zu differenzieren.

1. Noch nicht abgeschlossene Vorgänge

Grundbucheintragungen und Erbscheine sind keine abgeschlossenen Vorgänge,⁵³ d. h. unrichtig gewordene Grundbucheintragungen sind zu berichtigen und unrichtig gewordene Erbscheine gem. § 2361 BGB einzuziehen und neu zu erteilen.

Sind z. B. ein niederländischer Ehemann und seine deutsche Ehefrau, die 1965 in Deutschland geheiratet haben und vor, während und nach der Eheschließung in Deutschland ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten und haben, im Grundbuch bezüglich des 1975 erworbenen Hausgrundbesitzes als Eigentümer „in niederländischer Gütergemeinschaft“ eingetragen, so gilt nach der Entscheidung des BVerfG vom 18.12.2002 der niederländische Güterstand, von dem sie – angeblich – gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB ausgegangen sind, nur bis zum 8.4.1983, danach ab dem 9.4.1983 – unabhängig vom Anknüpfungszeitpunkt – gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Art. 15 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB deutsches Güterrecht und somit der Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Meines Erachtens reicht in diesem Fall eine bloße Grundbuchberichtigung dahingehend, die Eheleute als Eigentümer „zu je einhalb Miteigentum“ einzutragen, nicht aus, sondern es bedarf einer dahingehenden Auseinandersetzung der Eheleute nebst Bewilligung und Beantragung der neuen Eigentumsverhältnisse.⁵⁴

Ist in einem derartigen Beispielfall der niederländische Ehemann nach dem 1.10.1996 verstorben und hatte er neben der Ehefrau auch zwei Kinder hinterlassen, aber keine letztwillige Verfügung, und ist aufgrund gesetzlicher Erbfolge nach deutschem Recht gem. Art. 25 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 des seit dem 1.10.1996 als autonomes internationales Erbrecht der Niederlande geltenden „Haager Erbrechtsübereinkommens vom 1.8.1989“⁵⁵ ein Erbschein gem. § 2353 BGB erteilt worden, wonach die Ehefrau den Erblasser zu 1/4-Anteil und die beiden Kinder ihn zu je 3/8-Anteil beerbt haben, weil für die Ehe der Güterstand der niederländischen Gütergemeinschaft bestand (wegen der Fortgeltung des niederländischen Ehe-

güterrechtsstatuts, von dem die Eheleute angeblich ausgegangen waren, über den 8.4.1983 hinaus), so ist dieser erteilte Erbschein nunmehr als unrichtig einzuziehen und auf der Basis des Güterstandes der deutschen Zugewinngemeinschaft, der ab dem 9.4.1983 für die Ehe galt, neu zu erteilen. Dann ist zugunsten der Ehefrau § 1371 Abs. 1 BGB anzuwenden und ihr das pauschale Erhöhungsviertel zu gewähren, so dass sie den Ehemann zu 1/2 und die beiden Kinder den Erblasser zu je 1/4 beerbt haben.

2. Abgeschlossene Vorgänge

Für tatsächlich vor dem 18.12.2002 abgeschlossene Vorgänge, z. B. rechtskräftige Gerichtsentscheidungen über güterrechtliche Auseinandersetzungen von gemischt-nationalen Eheleuten im Rahmen eines Ehescheidungsverfahrens, die auf der Basis der bisherigen Handhabung von Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB erfolgt sind, muss es im Rahmen dieser Urteilsbesprechung bei dem Hinweis verbleiben, dass das BVerfG mit seiner Entscheidung vom 18.12.2002 nicht ein Gesetz für verfassungswidrig und damit nichtig beurteilt hat, sondern die Anwendung einer bestimmten Regelung eines Gesetzes für einen Teilbereich von gemischt-nationalen „Altehen“ durch deutsche Gerichte.

Die Konsequenzen aus §§ 78, 79, 95 BVerfGG können somit nicht gezogen werden. Betroffene Eheleute, die aufgrund der bis zum 18.12.2002 erfolgten Anwendung von Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB benachteiligt worden sind, müssen insoweit auf die Möglichkeiten einer Restitutionsklage gem. §§ 580 ff. ZPO, insbesondere die Regelungen zur Frist gem. § 586 ZPO, und die Kommentierungen dazu sowie zu § 322 ZPO verwiesen werden.

Das alte und ewige Rechtsproblem, die Rechtsgüter „Rechtskraft und damit Rechtssicherheit“ einerseits mit dem Rechtsgut „sachliche Gerechtigkeit“ andererseits abzuwägen, dürfte sich jedoch in etlichen Fällen (ehemaliger) gemischt-nationaler „Altehen“ auf Grund der Entscheidung des BVerfG vom 18.12.2002 stellen. Wurde z. B. die seit 1964 in Deutschland gelebte Ehe zwischen einem englischen Ehemann und seiner deutschen Ehefrau 1998 von einem deutschen Familiengericht geschieden und der Antrag der deutschen Ehefrau auf Durchführung des Zugewinnausgleiches rechtskräftig abgelehnt, weil das Familiengericht unter Hinweis auf die ständige BGH-Rechtsprechung⁵⁶ geurteilt hatte, dass die Eheleute gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB vom englischen Güterrecht und damit von der englischen Gütertrennung ausgegangen waren und dies über den 8.4.1983 hinaus bis 1998 fortwirkte, wäre zu prüfen, ob die Ehefrau nunmehr aufgrund der Entscheidung des BVerfG nachträglich Zugewinnausgleichsansprüche geltend machen kann, denn seit dem 9.4.1983 bestand für diese Ehe gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB der deutsche Güterstand der Zugewinngemeinschaft.

Gegen eine Wiederaufnahme solcher Verfahren könnte allerdings sprechen, dass die Beteiligten in derartigen Fällen ja früher selbst – so wie 1996 die Antragstellerin des der BVerfG-Entscheidung zugrunde liegenden Verfassungsbeschwerdeverfahrens – gegen Entscheidungen der Zivilgerichte Verfassungsbeschwerden hätten einlegen können. Hinweise in der Literatur⁵⁷ zur eventuellen Verfassungswidrigkeit der Rechtsanwendung von Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB durch den BGH und etliche Oberlandesgerichte gab es genug.

⁵³ Böhringer, BWNNotZ 1987, 105; Rauscher, NJW 1987, 535.

⁵⁴ So wohl auch Lichtenberger, DNotZ 1987, 302; MittBayNot 1987, 258 (Nr. 9); Winkler von Mohrenfels, IPRax 1995, 383.

⁵⁵ Siehe zum internationalen Erbrecht der Niederlande seit dem 1.10.1996 Schmeltenkamp, MittRhNotK 1997, 245 ff.; Schmeltenkamp/Wittkowski, Jubiläumsschrift der Rheinischen Notarkammer „Notar und Rechtsgestaltung“, 505 ff.; Schömmer, Internationales Erbrecht Niederlande, 2001; Charisius, Das niederländische Internationale Privatrecht, § 12; Erbrecht, S. 247–259; Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, 7. Aufl., Erfrecht, S. 146–152.

⁵⁶ Siehe die Nachweise in Fn. 13.

⁵⁷ Siehe z. B. die in den Fn. 17–21 aufgeführten Aufsätze.

C. Fazit

Durch die richtige Entscheidung des BVerfG vom 18.12.2002 wird nicht nur die Fortgeltung des verfassungswidrig an das Heimatrecht des Ehemannes angeknüpften Ehegüterrechtsstatuts gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB über den 8.4.1983 verhindert, sondern damit auch die Folgen einer häufig mehr als fragwürdigen Anknüpfung nach den diversen Anknüpfungsalternativen, insbesondere aufgrund der Grundbucheintragung gemischt-nationaler Eheleute nach einem Grundstückserwerb vor dem 8.4.1983, vermieden.

Andererseits bringt die hier besprochene Entscheidung des BVerfG auch etliche Folgeprobleme mit sich, so dass unein-

geschränkte Freude in der notariellen Praxis nicht aufkommen dürfte. Deshalb ist es im Interesse der notariellen Praxis, aber auch der Gerichte und natürlich insbesondere der beteiligten binationalen Ehepaare, wenn es bei der bisherigen Handhabung verbleibt, dass eine vor dem 8.4.1983 erfolgte geschlechtsneutrale und verfassungskonforme Anknüpfung des Ehegüterrechtsstatuts gem. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB weiterhin über den 8.4.1983 fortbesteht, auch wenn dies gegen Art. 220 Abs. 3 Satz 1 und S. 2 EGBGB verstößt. Der Wirrwarr aufgrund der misslungenen intertemporalen Übergangsregelung zum internationalen Ehegüterrecht für gemischt-nationale Ehen, die in dem 30-jährigen Zeitraum zwischen dem 1.4.1953 und dem 8.4.1983 geschlossen wurden, wird dadurch jedoch nicht geringer.

KURZE BEITRÄGE

Bedingte Kaufverträge und Grunderwerbsteuerpflicht

Von Notar Dr. Stefan Gottwald, Pappenheim

Nach § 14 GrEStG entsteht die Steuer, wenn die Wirksamkeit eines Erwerbsvorgangs von dem Eintritt einer Bedingung abhängig ist, mit dem Eintritt der Bedingung; sofern der Erwerbsvorgang einer Genehmigung bedarf, entsteht die Steuer mit Erteilung der Genehmigung. Während der Steueranspruch normalerweise unmittelbar mit der vollständigen Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes realisiert wird (z. B. mit dem Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG), schiebt § 14 GrEStG die Entstehung der Steuer auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung bzw. der Genehmigungserteilung hinaus und bewirkt somit einen *Steuerstundungseffekt*. Zu beachten ist jedoch, dass die Anzeigepflichten schon vor Wirksamkeit des Rechtsganges zu erfüllen sind (§ 18 Abs. 3 Satz 1, § 19 Abs. 1 Satz 2 GrEStG).¹

1. Die Entstehung der Steuer bei bedingten und bei genehmigungsbedürftigen Erwerbsvorgängen (§ 14 GrEStG)

§ 14 Nr. 1 GrEStG erfasst lediglich *aufschiebende* Bedingungen.² Beim Eintritt einer auflösenden Bedingung ist § 16 GrEStG entsprechend anzuwenden.³ Bei Erwerbsvorgängen, die ein Rücktrittsrecht vorsehen, entsteht die Grunderwerbsteuer bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs ist ebenfalls nach § 16 GrEStG zu behandeln. Ist die Gegenleistung insgesamt oder nur zum Teil bedingt geschuldet, ist § 14 Nr. 1 GrEStG im Umfang der Bedingung anzuwenden.⁴ Erfasst werden alle Arten behördlicher oder privatrechtlicher Genehmigungen, wobei der Tag der Bekanntgabe der Genehmigung maßgebend ist.⁵ Sofern bewusst eine Genehmigung zur Vermeidung der Steuerentstehung nicht eingeholt wird, kann u. U. eine Steuerpflicht aus § 1 Abs. 2 GrEStG in Betracht kommen.⁶

§ 14 GrEStG führt allerdings nur bei solchen Genehmigungen zu einem Steuerstundungseffekt, die *materiell-rechtlichen Charakter* haben. Als derartige zivilrechtliche Genehmigungserfordernisse kommen die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, die Genehmigung durch den ohne Vertretungsmacht Vertretenen, die Tatbestände des § 1365 oder des

§ 1821 BGB in Betracht. Privatrechtliche Genehmigungserfordernisse ergeben sich ferner aus §§ 5, 15 und 26 ErbbauVO sowie § 12 WEG.⁷ Im öffentlichen Recht ordnet das Baugesetzbuch in § 51 Abs. 1 Nr. 1 eine Genehmigungspflicht unter anderem für Grundstücksteilungen, Verfügungen und schuldrechtliche Geschäfte über Grundstücke an, die sich in einem Umlegungsgebiet befinden.⁸

Nicht ausreichend sind dagegen *rein verfahrensrechtliche* Genehmigungen, welche auf die materielle Wirksamkeit des Vertrages keinen Einfluss haben und lediglich zu einer Grundbuchsperrung führen. In diesen Fällen entsteht die Grunderwerbsteuer bereits mit dem materiell-rechtlich wirksamen Abschluss des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts. Wird die verfahrensrechtliche Genehmigung später versagt und infolgedessen der Vertrag rückabgewickelt, so ist dies nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG zu berücksichtigen. Sofern etwa Gemeinden nach § 19 i. V. m. § 22 BauGB durch Satzung eine Genehmigungspflicht für Grundstücksteilungen anordnen, besteht lediglich eine gesetzliche Grundbuchsperrung; ebenso verhält es sich beim Nachweis über die Ausübung oder das Nichtbestehen eines gemeindlichen Vorkaufsrechtes nach § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB. Hier fällt die Grunderwerbsteuer bereits mit dem zivilrechtlich wirksamen Vertragsabschluss an.⁹

Es ist also danach zu differenzieren, ob die Genehmigung Wirksamkeitsvoraussetzung für den Vertrag ist – dann greift § 14 GrEStG ein – oder ob die Genehmigung lediglich eine Grundbuchsperrung zur Folge hat – dann fällt die Grunderwerbsteuer bereits mit dem zivilrechtlich wirksamen Vertragsabschluss an. Wird allerdings die Erteilung einer eigentlich nur verfahrensrechtlich wirkenden Genehmigung zu einer materiell-rechtlichen Bedingung des schuldrechtlichen Rechtsgeschäftes im Wege einer entsprechenden Vertragsvereinbarung gemacht, so führt diese Vereinbarung den gewünschten Steuerstundungseffekt herbei.

2. Aufschiebend bedingter Kaufvertrag und unbedingte erklärte Auflassung

Bei Kaufverträgen ist zwischen Verpflichtungsgeschäft (schuldrechtlicher Kaufvertrag) und Erfüllungsgeschäft (Auflassung) zu differenzieren. Sofern das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft unbedingte abgeschlossen wird, entsteht die Steuer bereits zu diesem Zeitpunkt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Sofern dagegen das schuldrechtliche Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung steht, wurde bisher in der Regel von der Finanzverwaltung § 14 GrEStG für einschlägig erachtet, und zwar unabhängig davon, ob die Auf-

¹ Vgl. Pahlke/Franz, § 14 Rdnr. 8.

² § 14 Nr. 1 GrEStG ist dagegen nicht anwendbar bei aufschiebenden Befristungen; vgl. Hofmann, § 14 Rdnr. 11; vgl. ferner Weilbach, § 14 Rdnr. 5.

³ Vgl. Pahlke/Franz, § 14 Rdnr. 10.

⁴ Vgl. Pahlke/Franz, § 14 Rdnr. 12. Bei genehmigungsbedürftigen Erwerbsvorgängen entsteht die Grunderwerbsteuer erst mit der Erteilung der Genehmigung und nicht bereits – anders als die Schenkungsteuer – mit dem Tag des Vertragsabschlusses (§ 14 Nr. 2 GrEStG). Das Grunderwerbsteuerrecht folgt somit ausnahmsweise nicht der zivilrechtlichen Rechtslage, derzufolge eine Genehmigung gemäß § 184 Abs. 1 BGB Rückwirkung hat.

⁵ Vgl. Pahlke/Franz, § 14 Rdnr. 15; Hofmann, § 14 Rdnr. 13.

⁶ Vgl. Pahlke/Franz, § 14 Rdnr. 16; vgl. hierzu auch BFHE 94, 359.

⁷ Vgl. Pahlke/Franz, § 14 Rdnr. 17; vgl. ferner Hofmann, § 14 Rdnr. 14; Boruttau/Viskorf, § 14 Rdnr. 51 ff.

⁸ Vgl. Pahlke/Franz, § 14 Rdnr. 18; Boruttau/Sack, § 16 Rdnr. 1.

⁹ Zu weiteren öffentlich-rechtlichen Genehmigungserfordernissen vgl. Pahlke/Franz, § 14 Rdnr. 18 f. m. w. N.

lassung in der Notarurkunde bereits miterklärt wurde oder nicht. Diese für den Steuerpflichtigen günstige Auslegung wird jedoch in der Finanzverwaltung und nunmehr auch in der untergerichtlichen Finanzrechtsprechung zunehmend kritisch gesehen.¹⁰

Meines Erachtens ist die Kritik durchaus berechtigt. Dies ergibt sich aus einem Erst-recht-Schluss zu § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG. Wird nämlich lediglich eine Auflassung beurkundet, so fällt die Grunderwerbsteuer bereits nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG an, selbst wenn kein schuldrechtliches Erfüllungsgeschäft abgeschlossen und somit keinerlei causa für das Behaltendürfen des Vertragsgegenstandes vorhanden ist. Da die Auflassung bedingungsfeindlich ist, kommt auch eine Steuerstundung nach § 14 GrEStG, etwa bis zum Abschluss eines entsprechenden schuldrechtlichen Vertrages, nicht in Betracht. Infolgedessen dürfte es den Wertungen des Gesetzes durchaus widersprechen, wenn bei einem schuldrechtlich aufschiebend bedingten Kaufvertrag, d. h. dem Vorliegen jedenfalls einer bedingten causa, die Steuer erst später, nämlich mit dem Eintritt der Bedingung anfallen würde, obwohl ebenfalls die Auflassung sofort erklärt wurde.

Dies verdeutlicht, dass § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG nicht durch die Regelung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG verdrängt wird, sofern das schuldrechtliche Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung beurkundet, das dingliche Erfüllungsgeschäft (Auflassung) jedoch unbedingt mit abgeschlossen wurde. Die vom Gesetzgeber vorgegebene Rangfolge, wonach § 1 Abs. 1 Nr. 1 vorrangig vor § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG zu prüfen ist, wirkt sich demnach nur dann aus, wenn bereits der schuldrechtliche Kaufvertrag zur unmittelbaren Entstehung der Steuerschuld führt. Bei Mitbeurkundung der Auflassung im Rahmen eines aufschiebend bedingten schuldrechtlichen Kaufvertrages ist dagegen § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG einschlägig, so dass kein Steuerstundungseffekt nach § 14 GrEStG eintritt. Sofern später infolge des Bedingungseintritts auch noch § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG anwendbar wird, liegt eine nach § 1 Abs. 6 GrEStG zu behandelnde Aufeinanderfolge von Ergänzungs- und Haupttatbestand vor. Dadurch wird eine Doppelbesteuerung verhindert.

Die hier vertretene Auffassung wird auch durch § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG bestätigt. Danach wird auf Antrag sowohl für den Rückerwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang die Steuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn das dem Erwerbsvorgang zugrunde liegende Rechtsgeschäft nichtig oder infolge einer Anfech-

tung als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Der Gesetzgeber geht somit selbst davon aus, dass auch bei einem nichtigen schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft Grunderwerbsteuer anfallen kann, sofern das Eigentum auf den Erwerber übergeht. Kommt es anschließend zur Rückabwicklung des Vertrages, so ist nach dieser Bestimmung die geleistete Grunderwerbsteuer zurückzuerstatten. Für die Rückübertragung fällt außerdem keine erneute Grunderwerbsteuer an. Auch diese Vorschrift zeigt, dass selbst dann, wenn überhaupt kein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, d. h. keine causa für das Behaltendürfen des Vertragsgegenstandes vorliegt, zunächst Grunderwerbsteuer anfällt. Folglich muss nach der Wertung des Gesetzgebers erst recht Grunderwerbsteuer anfallen, wenn die causa wenigstens bedingt vorhanden ist.

Sofern sich später herausstellt, dass die aufschiebende Bedingung endgültig nicht eintreten wird und deshalb der Vertrag rückabzuwickeln ist, ist die zunächst rechtmäßig festgesetzte Grunderwerbsteuer nach § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG zu erstatten. § 14 GrEStG vermeidet das umständlichere Verfahren nach § 16 GrEStG lediglich, sofern im Zeitpunkt des Abschlusses des aufschiebend bedingten schuldrechtlichen Kaufvertrages noch keine Auflassung erklärt worden war.¹¹

3. Schlussfolgerungen

§ 14 GrEStG ist bei aufschiebend bedingten schuldrechtlichen Verträgen meines Erachtens nur anwendbar, sofern nicht gleichzeitig die (bedingungsfeindliche) Auflassung miterklärt wird. Wird die Auflassung mit beurkundet, so fällt sofort Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG an. Der Steuerstundungseffekt lässt sich somit nur erreichen, wenn die Beurkundung der Auflassung erst nach Bedingungseintritt nachgeholt wird. Die damit verbundenen höheren Notarkosten sind letztlich mit dem Vorteil des Steuerstundungseffektes abzuwägen. Es sollte nicht darauf vertraut werden, dass der Bundesfinanzhof, der sich bislang zum Verhältnis der Tatbestände des § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG nicht explizit geäußert hat, eine für den Steuerpflichtigen günstigere Auffassung vertritt.¹²

¹¹ Vgl. hierzu auch *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, S. 194.

¹² BFH-Richter (und Boruttau-Kommentator) *Viskorf* hat anlässlich einer DAI-Veranstaltung zum Grunderwerbsteuerrecht die Auffassung vertreten, dass seines Erachtens § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG bei unbedingt miterklärter Auflassung sofort einschlägig sei und dadurch § 14 GrEStG verdrängt werde. Infolgedessen steht zu befürchten, dass sich der BFH der für den Steuerpflichtigen ungünstigen Rechtsprechung des FG Düsseldorf (Fn. 10) anschließen wird.

¹⁰ Vgl. die Entscheidung des FG Düsseldorf vom 23.9.2002, AZ 7 K 1745/01 GE, abgedruckt in *MittBayNot* 2003, 407 (in diesem Heft).

Das unrühmliche Ende des Steuervergünstigungsabbaugesetzes

Von Fachanwalt für Steuerrecht, Steuerberater und vereidigter Buchprüfer *Klaus Koch*, Baden-Baden

Es war eine Zeit der lähmenden Ungewissheit – sechs Monate Steuerstress seit dem Referentenentwurf vom 30.10.2002 bis zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 16.5.2003, kurz Steuerabbaugesetz¹. Alle geplanten Änderungen bei der Einkommensteuer – mit großem Getöse angekündigt und in immer neuen Varianten diskutiert wie bei den privaten Veräußerungsgeschäften (§ 23 EStG) – wurden beim großen Show-down im Vermittlungsverfahren fallen gelassen bis auf zwei exotische Ausnahmen:

- eingeschränkte Verlustverrechnung bei der GmbH & Still, wenn sich eine andere Kapitalgesellschaft still beteiligt (GmbH & stille GmbH);
- keine Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer bei einem Hebesatz unter 200 %.

Größere Änderungen gab es nur bei der Körperschaftsteuer.

I. Einkommensteuer

1. Private Veräußerungsgeschäfte (§ 23 EStG)

Das Steuerabbaugesetz wollte mit der unbefristeten Veräußerungsbesteuerung (§ 23 EStG) eine Vermögenszuwachsbesteuerung einführen. Das ganze Privatvermögen mit Ausnahme der Wirtschaftsgüter des täglichen Gebrauchs (z. B. Pkw) wäre rückwirkend steuerverstrickt worden wie bisher nur das Betriebsvermögen. Die privaten Veräußerungsgeschäfte wären zur achten Einkunftsart aufgestiegen. Dieses Steuerabenteuer ist uns erspart geblieben. Es bleibt, wie es ist: Für Grundstücke gilt eine Veräußerungsfrist von zehn Jahren, für Aktien eine Veräußerungsfrist von einem Jahr. Die Abschreibungen erhöhen den Veräußerungsgewinn und werden nachversteuert.

Die ewige Veräußerungsbesteuerung wird der Berater mit einem lachenden Auge verabschieden, die günstige Besteuerung der Altfälle dagegen mit einem weinenden Auge. Alt-Grundstücke, bei denen die Veräußerungsfrist von zehn Jahren am 21.2.2003 noch nicht abgelaufen war, unterliegen bei einem Verkauf innerhalb von zehn Jahren unverändert der harten geltenden Besteuerung mit persönlichem Steuersatz und Nachversteuerung der Abschreibungen.

2. Kein anschaffungsnaher Herstellungsaufwand

Früher lag anschaffungsnaher Herstellungsaufwand vor, wenn die Aufwendungen für Instandsetzung und Modernisierung des Gebäudes in den ersten drei Jahren nach dem Erwerb 15 % der Anschaffungskosten des Gebäudes (ohne Boden) überstiegen (R 157 Abs. 4 EStR). Der anschaffungsnaher Herstellungsaufwand wurde als nachträgliche Herstellungskosten behandelt und konnte nur über die Gebäude-AfA als Aufwand geltend gemacht werden. Hauptfall war der Erwerb eines heruntergewirtschafteten Mietgebäudes. Bei einer Generalüberholung und Modernisierung in den ersten drei Jahren nach dem Erwerb konnte der Vermieter nur die AfA aus dem anschaffungsnahen Herstellungsaufwand als Werbungskosten bei seinen Mieteinkünften abziehen. Wer dagegen die Gene-

ralüberholung erst ab dem vierten Jahr vornahm, konnte die gesamten Aufwendungen sofort in voller Höhe als Werbungskosten abziehen. Nach der neuen BFH-Rechtsprechung liegen dagegen nur noch bei einer wesentlichen Verbesserung (Standardverbesserung) Herstellungskosten vor. In allen anderen Fällen können die Aufwendungen für die Generalüberholung oder Modernisierung sofort in voller Höhe als Werbungskosten abgezogen werden, auch wenn diese Maßnahmen sofort nach dem Erwerb des Mietgebäudes erfolgen.² Eine Standardverbesserung liegt nach der neuen BFH-Rechtsprechung nur ausnahmsweise vor, wenn sehr einfacher Wohnstandard auf mittleren Wohnstandard oder mittlerer Wohnstandard durch Luxussanierung auf sehr aufwendigen Standard angehoben wird.

Das Steuerabbaugesetz wollte den anschaffungsnahen Herstellungsaufwand im Einkommensteuergesetz verankern. Die Wiederbelebung des anschaffungsnahen Herstellungsaufwands sollte sogar rückwirkend in allen offenen Fällen gelten.

Die geplante gesetzliche Verankerung des anschaffungsnahen Herstellungsaufwands wurde gestrichen. Der anschaffungsnaher Herstellungsaufwand ist aus heutiger geläuterter Sicht ein Rechtsfehler. Die neue großzügige BFH-Rechtsprechung zur Standardverbesserung kann sich unangefochten durchsetzen.

Folge: Bei einer Generalüberholung des Mietobjekts nach dem Kauf können die Aufwendungen in voller Höhe als Werbungskosten bei den Mieteinkünften abgezogen werden. Es bestehen zwei Risiken:

- Hohe Mietverluste durch die Generalüberholung können nur bis 51.500/103.000 € und die halben Resteinkünfte mit anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden (§ 2 Abs. 3 EStG). Gegen diesen eingeschränkten Verlustausgleich bestehen nach BFH schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken.³
- Bei einer befristeten Vermietung werden die hohen Mietverluste nur bei einer positiven Überschussprognose steuerlich anerkannt.

Empfehlung: Eine unbefristete Vermietung sichert die steuerliche Anerkennung der hohen Mietverluste. Der BFH unterstellt bei unbefristeter Vermietung die Überschusserzielungsabsicht. Die großzügige BFH-Rechtsprechung zur Standardverbesserung wirkt wie ein Konjunkturprogramm, zumal wenn der BFH als flankierende Maßnahme den eingeschränkten Verlustausgleich (§ 2 Abs. 3 EStG) kippt.

3. Verbilligte Wohnungsvermietung

Bei einer verbilligten Wohnungsvermietung an Angehörige können die Werbungskosten in voller Höhe abgezogen werden, wenn die vereinbarte Miete mindestens 50 % der ortsüblichen Miete beträgt. Nach dem Steuerabbaugesetz sollte

¹ Gesetz zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen (Steuervergünstigungsabbaugesetz – StVergAbG) vom 16.5.2003, BGBl I, 660. Siehe hierzu *Rödter/Schumacher*, DStR 2003, 805; *Förster*, DB 2003, 899; *Melchior*, DStR 2003, 709; *Höreth/Schiegl/Zipfel*, BB 2003, 983.

² BFH vom 12.9.2001, IX R 39/97, DB 2002, 1297 = DStR 2002, 1035; BFH vom 12.9.2001, IX R 52/00, DB 2002, 1301 = DStR 2002, 1039; BFH vom 3.12.2002, IX R 64/99, DB 2003, 419; *Spindler*, Neue Grundsätze zu anschaffungsnahen Aufwendungen, NJW 2002, Heft 34, Editorial.

³ BFH vom 6.3.2003, XI B 7/02, DB 2003, 1149 = DStR 2003, 927; BFH vom 6.3.2003, XI B 76/02, DB 2003, 1151.

die Miete mindestens 75 % der ortsüblichen Miete betragen müssen, widrigenfalls die Werbungskosten beim Vermieter anteilig gekürzt worden wären. Die geplante 75-%-Grenze wurde gestrichen. Dies ist kein Grund für eine Entwarnung. Inzwischen hat der BFH eine 75-%-Grenze eingeführt. Der BFH unterscheidet zwei Fälle:⁴

- Vertragsmiete beträgt mindestens 75 % der Marktmiete: Es gilt eine Toleranzgrenze von 25 %. Liegt die Vertragsmiete nur bis 25 % unter der ortsüblichen Miete, erfolgt die Vermietung vollentgeltlich. Die Werbungskosten werden nicht gekürzt. Bei unbefristeter Vermietung unterstellt der BFH Einkunftserzielungsabsicht, auch wenn der Vermieter Verluste erzielt.
- Vertragsmiete zwischen 50 und 75 % der Marktmiete: Bei Mietverlusten prüft der BFH die Einkunftserzielungsabsicht. Der Verzicht auf die Marktmiete spricht gegen die Einkunftserzielungsabsicht. Bei einer negativen Überschussprognose wird die Vermietung in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Teil aufgeteilt. Die Werbungskosten werden anteilig gekürzt entsprechend dem Mietverzicht. Bei – bescheidenen – Mietüberschüssen bleibt dagegen der volle Werbungskostenabzug nach § 21 Abs. 2 EStG erhalten.

Empfehlung: Wir warten auf eine Übergangsregelung der Finanzverwaltung für Altfälle, da der Vermieter nicht einseitig die Miete erhöhen kann, um den vollen Werbungskostenabzug zu retten. In Neufällen sollte die 75-%-Grenze des BFH beachtet werden (mit Sicherheitsmarge). Sonst droht eine anteilige Kürzung der Werbungskosten.

4. Verteilung von großem Erhaltungsaufwand

Erhaltungsaufwand für Mietwohngebäude im Privatvermögen wird im Jahr der Zahlung (Abflussprinzip) als Werbungskosten bei den Mieteinkünften abgezogen (§§ 9, 21 EStG). Bis 1998 konnte großer Erhaltungsaufwand auf zwei bis fünf Jahre gleichmäßig verteilt werden, um die Progression beim Vermieter zu glätten. Das Steuerabbaugesetz wollte das Verteilungswahlrecht wieder einführen. Leider wurde es im Vermittlungsausschuss gestrichen. In bescheidenem Umfang kann eine Verteilung derzeit nur erreicht werden durch eine Streckung der Zahlung.

Der zwingende Vollabzug von großem Erhaltungsaufwand kann mit dem eingeschränkten Verlustausgleich kollidieren (§ 2 Abs. 3 EStG). Hohe Mietverluste können nur bis 51.500 € – bei Zusammenveranlagung 103.000 € – und die halben Resteinkünfte mit anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden. Hoffnung weckt, dass der BFH den eingeschränkten Verlustausgleich für verfassungswidrig hält.⁵ Das Verteilungswahlrecht wäre umso willkommener, als der BFH durch seine großzügige Rechtsprechung zur Standardverbesserung gegen den anschaffungsnahen Herstellungsaufwand die Schleusen für den Sofortabzug der Generalüberholung und Modernisierung weit geöffnet hat.⁶

5. Eigenheimzulage

Das Steuerabbaugesetz wollte die Eigenheimzulage nur noch Familien und Alleinstehenden mit Kindern gewähren. Die

Einschränkung der Eigenheimzulage wurde gestrichen. Die alte Eigenheimzulage bleibt. Die Eigenheimzulage kommt aber nicht zur Ruhe. Kaum war der Vorstoß durch das Steuerabbaugesetz abgewehrt, geriet die Eigenheimzulage wieder in die Steuerdiskussion. Nach den neuesten Steuerplänen soll die Eigenheimzulage ganz wegfallen.⁷

II. Körperschaftsteuer

1. Körperschaftsteuer-Guthaben

Beim Übergang vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren in 2001 wurde die KSt-Belastung der alten Gewinnrücklagen auf 30 % herabgeschleust. Es entstand ein KSt-Guthaben mit 10 % für die Kapitalgesellschaft. Dieses KSt-Guthaben wurde nicht sofort an die GmbH oder AG ausgezahlt, sondern minderte bisher die Körperschaftsteuer um $\frac{1}{6}$ jeder offenen Gewinnausschüttung. Die Kapitalgesellschaften schütteten im großen Stil aus, um ihr KSt-Guthaben zu realisieren – ein Grund für den Niedergang des KSt-Aufkommens. Um die Ausschüttungsfreude der Kapitalgesellschaften zu bremsen, hat das Steuerabbaugesetz die KSt-Minderung für drei Jahre ausgesetzt: Gewinnausschüttungen nach dem 11.4.2003 bis 2005 mindern nicht die Körperschaftsteuer; Gewinnausschüttungen ab 2006 bis 2019 mindern wieder die Körperschaftsteuer um $\frac{1}{6}$ jeder offenen Gewinnausschüttung.

Wurde der Ausschüttungsbeschluss bis 21.11.2002 gefasst, wird die Körperschaftsteuer gemindert, auch wenn die Ausschüttung erst nach dem 11.4.2003 zufließt (Vertrauensschutz). Hauptversammlungen können daher nach dem 11.4.2003 nur noch Ausschüttungen ohne KSt-Minderung beschließen. Die Ausschüttung erfolgt mit Zufluss der Dividende beim Gesellschafter (§ 11 Abs. 1 EStG). Es genügt, dass die GmbH die Dividende dem Darlehenskonto des Gesellschafters gutschreibt. Die Gutschrift muss jedoch bis 11.4.2003 erfolgen, damit die GmbH in den Genuss der KSt-Minderung kommt.

2. GmbH & Still

Verluste einer Kapitalgesellschaft aus einer atypisch oder typisch stillen Beteiligung oder Unterbeteiligung an einer anderen Kapitalgesellschaft können ab 2003 nur noch mit Gewinnen aus derselben Beteiligung im Vorjahr und in den Folgejahren verrechnet werden (§ 15 Abs. 4 Satz 6, § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG). In letzter Minute wurde eingefügt, dass die Verlustverrechnung bei der GmbH & Still nur beschränkt wird, wenn der Stille oder Unterbeteiligte selbst eine Kapitalgesellschaft ist. Sie gilt daher nicht für die normale mittelständische GmbH & Still, bei der der Stille eine natürliche Person ist. So konnte in letzter Minute ein ungewollter Todesstoß gegen die GmbH & Still verhindert werden.⁸

3. KSt-Organschaft

Gerät die GmbH in Not, schlägt die Stunde der Organschaft. Durch die Organschaft mit einem Personenunternehmen als Organträger verwandeln sich die Verluste der GmbH in Verluste des Organträgers im Einkommensteuerbereich, die mit anderen positiven Einkünften ausgeglichen werden. Das Einkommen und damit die Verluste der GmbH werden dem Organträger zugerechnet (§ 14 Abs. 1 Satz 1 KStG). Die

⁴ BFH vom 5.11.2002, IX R 48/01, DB 2003, 124.

⁵ BFH vom 6.3.2003, XI B 7/02, DB 2003, 1149 = DStR 2003, 927.

⁶ BFH vom 12.9.2001, IX R 39/97, DB 2002, 1297 = DStR 2002, 1035; BFH vom 12.9.2001, IX R 52/00, DB 2002, 1301 = DStR 2002, 1039; BFH vom 3.12.2002, IX R 64/99, DB 2003, 419; Spindler (Fn. 2).

⁷ FAZ vom 27.6.2003.

⁸ Förster, DB 2003, 899.

GmbH verabschiedet sich aus der Körperschaftsteuer. Am besten wählt man eine GmbH & Co KG als Organträger, um den Verlust der Haftungsbeschränkung bei der GmbH durch ihren Verlustübernahmeanspruch gegen den Organträger aus dem Gewinnabführungsvertrag durch eine Haftungsbeschränkung bei der GmbH & Co KG zu kompensieren.

Die GmbH & Co KG muss mindestens in Höhe der GmbH-Verluste Gesellschaftsvermögen haben. Sonst führen die GmbH-Verluste bei den Kommanditisten der GmbH & Co KG nur zu verrechenbaren Verlusten (§ 15 a EStG) und die Gesellschafter kommen aus dem Regen in die Traufe.

Ohne Organschaft drohen drei Nachteile:

- Die Verluste der GmbH dämmern nutzlos vor sich hin ohne Aussicht auf Verlustrücktrag oder Verlustvortrag bei der GmbH (§ 10 d EStG).
- Das halbe Abzugsverbot (§ 3 c Abs. 2 EStG) nach dem neuen Halbeinkünfteverfahren halbiert ab 2002 in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise⁹ die Verluste des Gesellschafters, z. B. durch Refinanzierungszinsen oder Teilwertabschreibungen auf Krisendarlehen an die GmbH.
- Beim Mantelkauf droht sogar der Totalverlust der Verluste (§ 8 Abs. 4 KStG).

Die KSt-Organschaft wird im mittelständischen Bereich immer dann zu einer attraktiven Gestaltung, wenn die GmbH im laufenden Jahr mit hohen Verlusten aufwartet.

Die KSt-Organschaft setzt voraus:

- Gewerblicher Organträger: Der Organträger muss ein Gewerbebetrieb sein (§ 15 EStG).
- Finanzielle Eingliederung: Der Organträger muss die Mehrheit der Stimmrechte in der Organgesellschaft haben.
- Gewinnabführungsvertrag: GmbH und Organträger müssen einen Gewinnabführungsvertrag für mindestens fünf Jahre schließen. Es genügt, dass der Gewinnabführungsvertrag bis zum Ende des ersten Wirtschaftsjahres abgeschlossen und im Handelsregister eingetragen wird. Jede Betriebsaufspaltung kann daher durch Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags mit Rückwirkung bis zu einem Jahr in eine KSt-Organschaft überführt werden, wenn bei der Betriebs-GmbH nachhaltige Verluste drohen.
- Organträger: Der Organträger muss ein gewerbliches Unternehmen sein. Eine gewerblich geprägte Personengesellschaft, z. B. GmbH & Co KG, kann nicht mehr Organträger sein (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG). Damit ist es nicht mehr möglich, bei einer Einmann-GmbH im Privatvermögen (§ 17 EStG) durch Gründung einer GmbH & Co KG und Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages

zwischen der GmbH & Co KG als Organträger und der Einmann-GmbH als Organgesellschaft eine KSt-Organschaft zu begründen. Das Verbot der gewerblich geprägten GmbH & Co KG (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG) als Organträger kann leicht umgangen werden durch die gewerblich infizierte GmbH & Co KG (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG).¹⁰ Das Steuerabbaugesetz verbietet nur die gewerblich geprägte, nicht jedoch die gewerblich infizierte GmbH & Co KG.

- GmbH-Beteiligung im Gesamthandsvermögen: Das Steuerabbaugesetz verlangt, dass die Personengesellschaft als Organträger die Mehrheitsbeteiligung an der Organgesellschaft in ihrem Gesamthandsvermögen hält. Bisher genügte, dass die Gesellschafter die Anteile in ihrem Sonderbetriebsvermögen hielten. Gefährlich ist, dass die Sacheinlage einer wesentlichen Beteiligung (§ 17 EStG) aus dem Privatvermögen in das Gesamthandsvermögen des Organträgers ein Tausch mit Gewinnrealisierung ist – ein Stolperstein auf dem Weg in die Organschaft.
- Rückwirkung: Die Rückwirkung ist das Salz der Organschaft. Das Steuerabbaugesetz plante ein Rückwirkungsverbot für den Gewinnabführungsvertrag. Die Rückwirkung bleibt, die Zügel werden angezogen: Der Gewinnabführungsvertrag muss bis zum Ende des ersten Organschaftsjahres im Handelsregister eingetragen werden. Die Organschaft wird damit abhängig von der Arbeitsgeschwindigkeit im Registergericht. Der vorsichtige Mandant geht früher zum Notar.

4. Joint Venture oder Mehrmütterorganschaft

Fall: Die Unternehmer Max und Moritz wollen ein Patent entwickeln. Sie gründen die Forschungs-GmbH. Max und Moritz sind an der GmbH mit je 50 % beteiligt. In der Forschungs-GmbH fallen hohe Verluste an.

Max und Moritz können keine KSt-Organschaft mit der Forschungs-GmbH gründen. Die finanzielle Eingliederung scheidet daran, dass Max und Moritz nur mit je 50 % an der Forschungs-GmbH beteiligt sind. Bisher konnten Max und Moritz eine Mehrmütterorganschaft begründen: Max und Moritz gründen eine Personengesellschaft, z. B. GbR. Die GbR schließt den Gewinnabführungsvertrag mit der Forschungs-GmbH. Die Verluste der Forschungs-GmbH wurden der GbR (Organträger) zugerechnet und damit Max und Moritz als GbR-Gesellschaftern. Die Mehrmütterorganschaft entfällt ab 2003 (§ 34 Abs. 9 Nr. 2 KStG).

Auch das Verbot der Mehrmütterorganschaft lässt sich umschiffen: Max und Moritz gründen anstelle der Forschungs-GmbH eine Forschungs-GmbH & Co KG. Verluste der KG sind ausgleichsfähige Verluste der Kommanditisten, wenn sie das negative Kapital in ihrer KG vermeiden (§ 15 a EStG) – ein Beitrag des Steuergesetzgebers zum Siegeszug der GmbH & ungewollter Co KG.

⁹ *Hermann/Heuer/Raupach*, Steuersenkungsgesetz, § 3 c EStG, Rdnr. 3 mit weiteren Nachweisen.

¹⁰ *Rödler/Schumacher*, DStR 2003, 805, 808.

Änderungen im Recht der Patientenverfügung

– zugleich Besprechung der Entscheidung des BGH vom 17.3.2003, XII ZB 2/03* –

Von Dr. med. *Elisabeth Albrecht* und Notar Dr. *Andreas Albrecht*, Regensburg

I. Einleitung

Seit dem Ende der 1970er Jahre sorgen sich viele Menschen darum, am Ende ihres Lebens zum Spielball der lebensverlängernden Möglichkeiten der modernen Medizin zu werden. Diese ist aufgrund des Fortschritts der Intensivmedizin und -pflege in der Lage, das Leben trotz Ausfalls lebenswichtiger Körperfunktionen oft über Jahre zu verlängern. Vielen erscheint eine solche ausschließlich fremdbestimmte Lage als menschenunwürdig: „So will ich einmal nicht enden!“, ist die spontane Reaktion vieler Angehöriger. Der künstlichen Lebensverlängerung steht aus ihrer Sicht keinerlei Vorteil an Lebensqualität des Patienten gegenüber. Es stellte sich damit zunehmend die Frage, ob nicht bereits in gesunden Tagen im Voraus verfügt werden kann und soll, bei Vorliegen bestimmter Krankheitsbilder die Behandlung abzubrechen und das Sterben zuzulassen.

Diesem Ziel dienen die heute in verschiedensten Mustern vorliegenden Patientenverfügungen;¹ ihnen ist allen gemeinsam, dass sie die behandelnden Ärzte und Pflegekräfte, aber auch den Betreuer oder Bevollmächtigten bitten, in bestimmten Situationen, die der Patient als menschenunwürdig definiert, die Behandlung abzubrechen. Bislang wurden die damit verbundenen Fragen von Juristen vor allem unter strafrechtlichen Gesichtspunkten behandelt. Insbesondere ob sich der beteiligte Arzt oder der den Behandlungsabbruch anordnende Betreuer wegen eines Tötungsdelikts strafbar macht, wurde diskutiert und judiziert.² Inzwischen ist aber die zivilrechtliche Seite³ der Bedeutung der Patientenverfügung der Schwerpunkt der Judikatur, die Frage nämlich, wie das Recht der Betreuung mit dem Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und die in der Patientenverfügung verkörperte Einwilligung in den Behandlungsabbruch in Übereinstimmung zu bringen sind. Diese Frage wurde in der Entscheidung des 12. Zivilsenates des BGH vom 17.3.2003 geklärt.

II. Die BGH-Entscheidung

1. Der typische Sachverhalt

Der Entscheidung des BGH lag der typische Sachverhalt zugrunde, der in fast allen bisher bekannt gewordenen Gerichtsentscheidungen der letzten zehn Jahre zu den Fragen der Patientenverfügung gegeben war: Ein unheilbar kranker, oft älterer Patient ist meist als Folge einer Reanimation kommu-

nikations-, geh- und stehunfähig; er wird über eine Magensonde parenteral ernährt (PEG⁴) und in kurzen Abständen umgelagert, um ein Wundliegen zu vermeiden. Im Übrigen ist der Zustand stabil, so dass der Patient schon seit mehreren Monaten, wenn nicht Jahren, auf diese Weise am Leben ist. In einigen Fällen hat der Patient selbst in gesunden Tagen mündlich geäußert, dass er in dieser Form nicht dahinsiechen, sondern vielmehr alsbald sterben möchte,⁵ in anderen Fällen liegt auch eine entsprechende schriftliche Patientenverfügung⁶ vor. Bislang wurde diesem Wunsch (noch) nicht Rechnung getragen. Ein naher Verwandter ist zum Betreuer mit dem Aufgabenkreis „Gesundheitspflege“ bestellt. Der Betreuer wünscht den Behandlungsabbruch, weil er den irreversiblen Zustand des Patienten und die Verweigerung des Sterbenlassens für nicht mehr menschenwürdig erachtet. Er beantragt beim Amtsgericht – Vormundschaftsgericht – in entsprechender Anwendung des § 1904 BGB die Genehmigung des Behandlungsabbruchs.

2. Bisherige Gerichtsentscheidungen und Literaturmeinungen

Die bisher ergangenen Gerichtsentscheidungen zur Frage der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung waren zunächst eng verknüpft mit der strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe. Die aktive Sterbehilfe ist verboten,⁷ weshalb der Wunsch eines Patienten danach ohne weiteres unbeachtlich ist. Passive Sterbehilfe aber ist erlaubt, wenn sie vom Einverständnis des Patienten erfasst ist. Allerdings setzt die passive Sterbehilfe voraus, dass das Grundleiden nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) ist, einen tödlichen Verlauf angenommen hat und der Tod in kurzer Zeit eintritt.⁸ In dieser Situation der unmittelbaren Todesnähe hat der Sterbevorgang bereits eingesetzt, weshalb es richtig ist, von „Hilfe beim Sterben“ zu sprechen. Jetzt ist es dem Arzt erlaubt, auf lebensverlängernde Maßnahmen wie Beatmung, Bluttransfusion und künstliche Ernährung zu verzichten. Davon zu unterscheiden ist nach der genannten „Kemptener Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs in Strafsachen⁹ die so genannte „Hilfe zum Sterben“ (also der Behandlungsabbruch), die unter denselben

* MittBayNot 2003, 387 (in diesem Heft) = NJW 2003, 1588.

¹ Z. B. „Vorsorge bei Unfall, Krankheit und Alter“, herausgegeben vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz, 2001, Download unter www.justiz.bayern.de; Patientenverfügung des Bayerischen Hospizverbandes e. V., 2001; Christliche Patientenverfügung, herausgegeben von der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern; Christliche Patientenverfügung der Deutschen Bischofskonferenz und des Rates der Evangelischen Kirchen in Deutschland, 2003, Download unter www.ekd.de, und viele andere mehr.

² Grundlegend BGH, NJW 1995, 204 („Kemptener Fall“).

³ So auch *Scheffen*, ZRP 2000, 313: Die Probleme der Patientenverfügung sollen zivilrechtlich gelöst werden.

⁴ PEG steht für Perkutane Endoskopische Gastrostomie: Die Magensonde wird auf dem kürzesten Weg durch die Bauchdecke nach außen geführt.

⁵ Vgl. z. B. BGH, NJW 1995, 204, oder OLG Karlsruhe/Freiburg, NJW 2002, 685.

⁶ Vgl. z. B. BGH v. 17.3.2003, MittBayNot 2003, 387 (in diesem Heft).

⁷ Unter aktiver Sterbehilfe versteht man das absichtliche und aktive Eingreifen zur Beschleunigung des Todesintritts auf ausdrücklichen Wunsch des Patienten. Passive Sterbehilfe ist der Behandlungsverzicht oder die Beendigung der Maßnahmen, die das menschliche Sterben verlängern. Wesensmerkmal der verbotenen aktiven Sterbehilfe ist nicht die (aktive) Handlung als solche, sondern die Intention, nämlich die gezielte Maßnahme, die auch das Leben eines Gesunden beenden würde; *Weber/Kutzer*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2002, 127: 2689–2693.

⁸ BGH, NJW 1995, 204.

⁹ NJW 1995, 204.

Voraussetzungen wie die passive Sterbehilfe zulässig ist. Allerdings ist der Behandlungsabbruch schon vor Erreichen der unmittelbaren Todesnähe erlaubt; jedoch sind an die geforderte Einwilligung des Patienten erhöhte Anforderungen zu stellen.

Ob allerdings der Arzt bei Vorliegen einer Patientenverfügung in dieser Situation auch verpflichtet ist, dem Wunsch Folge zu leisten, war gerichtlich nicht entschieden, was auch in dem strafrechtlichen Kontext der ergangenen Entscheidungen nicht verwunderlich ist. In der Literatur war bislang eine herrschende Meinung nicht erkennbar: Eine eher traditionell geprägte Auffassung¹⁰ wollte den Arzt nicht strikt an den geäußerten Willen binden, sondern diesem lediglich eine indizielle Wirkung zugestehen. Erst aufgrund weiterer Indizien soll der Adressat der Patientenverfügung die Verpflichtung ermitteln können, diese auch befolgen zu müssen. Diese Meinung ist sich unsicher, ob der Patient vielleicht seit dem Abfassen der Verfügung tatsächlich oder nur hypothetisch seine Meinung geändert hat, und lehnt deshalb eine strikte Bindung an den früher geäußerten Willen ab; deshalb spielt hier auch der zeitliche Abstand zwischen der Formulierung der Patientenverfügung und dem Eintritt der kritischen Situation ebenso eine Rolle wie die Häufigkeit ihrer Wiederholung.

Die schon seit einigen Jahren vordringende Gegenansicht sieht den in der Patientenverfügung geäußerten Willen als strikt verbindlich für Arzt, Pflegepersonal und Vertreter an, auch mit der Folge, dass dessen Missachtung eine Körperverletzung darstellt.¹¹

Als befremdlich hat die Literatur zu Recht das hohe strafrechtliche Risiko empfunden, welches auch ein verantwortungsbewusster Arzt bislang auf diesem Gebiet eingegangen ist.¹² Wusste dieser doch häufig nicht, ob sein eigener Maßstab für die Ernsthaftigkeit der früheren Willensäußerung seines Patienten auch dem des für seine Gegend zuständigen Staatsanwalts entsprach. Die zivilrechtliche Lösung des Problems war in der Kemptener Entscheidung¹³ bereits angelegt und wurde vom OLG Frankfurt¹⁴ konsequent weiterverfolgt: In einem der geschilderten typischen Sachverhalte wollte die Betreuerin sich den Behandlungsabbruch vom Amtsgericht – Vormundschaftsgericht – nach § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB genehmigen lassen. Da sich das Amtsgericht dafür nicht zuständig erachtete, wurde es vom OLG angewiesen, den Sachverhalt aufzuklären, insbesondere den mutmaßlichen Willen der Patientin zu erforschen und gegebenenfalls die Genehmigung zu erteilen. Zwar seien in § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB andere Maßnahmen als der Behandlungsabbruch aufgeführt; wenn aber die gerichtliche Genehmigung für die Einwilligung des Betreuers in potentiell lebensgefährliche ärztliche Eingriffe erforderlich sei, dann erst recht auch für dessen Zustimmung zum Behandlungsabbruch. Der Analogie stehe auch nicht entgegen, dass § 1904 BGB ärztliches Tun erfasst, der Behandlungsabbruch aber im Unterlassen der Weiterbehandlung besteht.

Die Entscheidung hat Kritik erfahren: Der Gesetzgeber habe eine gerichtliche Zuständigkeit für die Entscheidung über den Behandlungsabbruch gerade nicht eröffnet. Der Richter

würde zum „Herrn über Leben und Tod“¹⁵, den Arzt könne man wechseln, den gesetzlichen Richter aber nicht.¹⁶ Auch habe die Justizministerkonferenz im Juni 1999 in Baden-Baden in einem Beschlussvorschlag die Bundesjustizministerin gebeten, durch eine Änderung des Wortlauts des § 1904 BGB klarzustellen, dass diese Vorschrift auf Fälle der passiven Sterbehilfe nicht analog anwendbar sei.

Dem hat sich auch das LG München¹⁷ angeschlossen. Dem Betreuer könne die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu der von ihm erteilten Einwilligung in den Behandlungsabbruch nicht erteilt werden, da er zwar Betreuer mit dem Aufgabenkreis „Gesundheitssorge“ sei, davon aber der Behandlungsabbruch nicht umfasst werde. Diese höchstpersönliche Entscheidung könne einem Betreuer auch gar nicht übertragen werden. Schließlich sei § 1904 BGB mangels einer Regelungslücke und wegen der fehlenden Vergleichbarkeit auf den Behandlungsabbruch nicht analog anwendbar. Ärzte und Angehörige hätten vielmehr über lebensbeendende Maßnahmen in eigener Verantwortung zu entscheiden. Dies sei ihnen auch zuzumuten, da die Voraussetzungen eines straffreien Behandlungsabbruchs nach der Kemptener Entscheidung des BGH hinreichend geklärt seien; entsprächen ihre Maßnahmen dem mutmaßlichen Willen des Patienten, hätten Ärzte und Angehörige „in der Regel (sic!) nichts zu befürchten“¹⁸. Dieser Ansicht hat sich das LG Augsburg¹⁹ angeschlossen, mit der Folge, dass (soweit ersichtlich) auch alle anderen Vormundschaftsgerichte in Bayern²⁰ die Zuständigkeit für die Erteilung von Genehmigungen zum Behandlungsabbruch verneint haben.²¹

Das OLG Karlsruhe/Freiburg²² sieht dagegen den Behandlungsabbruch als genehmigungsfähig an: Der Betreuer treffe gerade keine höchstpersönliche Entscheidung für den Patienten, sondern setze nur dessen in der Patientenverfügung geäußerten eigenen Willen um; deshalb entscheide auch nicht der Richter über Leben und Tod des Patienten, sondern dieser selbst. Der Richter kontrolliere nur die Umsetzung dieser Entscheidung durch den Betreuer. Deshalb liege auch keine „Verstaatlichung des Todes“ vor,²³ die an die Euthanasieverbrechen der NS-Zeit erinnere. Damals ging es um die Tötung „lebensunwerten Lebens“ aus niedrigen Beweggründen, heute um die Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.

Dem konnte sich das OLG Schleswig nicht anschließen; es hielt den Behandlungsabbruch für nicht genehmigungsfähig. Nach § 28 Abs. 2 FGG legte das Gericht deshalb dem BGH die Frage vor, ob die Einwilligung des Betreuers eines selbst nicht mehr entscheidungsfähigen, irreversibel hirngeschädig-

¹⁰ Zum Meinungsstreit *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 394, 604 ff. m. w. N.

¹¹ So z. B. schon *Sternberg-Lieben*, NJW 1985, 2734, 2738; ebenso *Coeppicus*, NJW 1998, 3381, 3384.

¹² *Scheffen*, ZRP 2000, 313, 314.

¹³ NJW 1995, 204, 205.

¹⁴ NJW 1998, 2747.

¹⁵ AG Hanau, BTPrax 1997, 82. Der dort zu findende Hinweis, der Richter könne für derartige Entscheidungen schon deshalb nicht zuständig sein, weil er wegen des in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit fehlenden Richterprivilegs des § 839 Abs. 2 BGB nicht hinreichend geschützt sei, wirkt angesichts der drohenden Strafbarkeit von Ärzten und Betreuern etwas kleinmütig.

¹⁶ *Scheffen*, ZRP 2000, 313, 315.

¹⁷ NJW 1999, 1788.

¹⁸ LG München, NJW 1999, 1788, 1789.

¹⁹ NJW 2000, 2363.

²⁰ Z. B. auch AG Garmisch-Partenkirchen, FamRZ 2000, 319.

²¹ Gespräch der Verfasserin mit Vormundschaftsrichtern vom AG Regensburg im Frühjahr 2003 vor Bekanntwerden der Entscheidung des BGH vom 17.3.2003.

²² NJW 2002, 685.

²³ Zitiert nach *Scheffen*, ZRP 2000, 313, 314 als Einwand von bestimmten (nicht genannten) Autoren gegen die Entscheidung des OLG Frankfurt, NJW 1998, 2747.

ten Patienten in den Abbruch der Ernährung mittels einer PEG-Magensonde analog § 1904 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.

3. Entscheidungsstil

Der 12. Zivilsenat hat die Divergenzvorlage angenommen und zum Anlass für eine besonders ausführlich begründete Entscheidung genommen, die den Ernst des von vielen Menschen als drängend empfundenen Problems widerspiegelt. Teilweise im Stil eines Lehrbuchs werden die wesentlichen Fragen der Bedeutung der Patientenverfügung durch offen dargelegte richterliche Rechtsfortbildung behandelt. Das aus den vielen bedrückenden Sachverhalten der bisherigen Gerichtsentscheidungen ersichtliche Dilemma zwischen Lebens- und Leidensverlängerung einerseits und menschenwürdigem Tod andererseits bei strafrechtlicher Haftung der beteiligten Angehörigen, Ärzte und Pfleger, will das Gericht nicht länger mit ansehen. Es spricht die Defizite der Legislative auf diesem Gebiet an und erlässt in einem „großen Beschluss“ die Angehörigen bei einer der schwierigsten Entscheidungen des Lebens zumindest aus der Furcht vor strafrechtlicher Verfolgung. Dass dabei die Lesbarkeit der Begründung etwas aus dem Blick geraten sein mag, tut der Bedeutung der Entscheidung keinen Abbruch.

4. Rechtsfragen und -antworten

Im Folgenden sei die Begründung des Beschlusses zum besseren Verständnis zusammengefasst, auf die wesentlichen Fragen reduziert und kommentiert.

a) Die Einwilligung in den Behandlungsabbruch²⁴

Ob der Behandlungsabbruch als Handeln oder als Unterlassen anzusehen ist, ist nach Ansicht des Gerichts nicht entscheidend; beides bedarf der Einwilligung des Patienten. Die feine Differenzierung des LG München zwischen dem Sterbenlassen und der aktiven Einstellung der Ernährung wird nicht geteilt. Sie ist auch in der Praxis völlig undurchführbar, da jede ärztliche oder pflegerische Maßnahme je nach Blickwinkel als Tun oder Unterlassen angesehen werden kann.

Die Entfernung der Magensonde und der Abbruch der künstlichen Ernährung sind Eingriffe, welche der Einwilligung des Patienten bedürfen, sonst sind sie rechtswidrig. Wenn der Patient nicht mehr einwilligungsfähig ist, wirkt seine bisherige Willensbekundung in der Form der Patientenverfügung nach, es sei denn, sie wäre vorher widerrufen worden, § 130 Abs. 2 BGB. Sie verliert ihre Wirkung nur, wenn der Patient sich von seiner früheren Patientenverfügung mit erkennbarem Widerrufswillen distanziert oder die Sachlage sich so erheblich geändert hat, dass die frühere Entscheidung die aktuelle Sachlage nicht umfasst. Das Gericht bezeichnet dabei ausdrücklich den in der Patientenverfügung niedergelegten Willen als den „wirklichen Willen“ des Betroffenen, wohingegen in der Literatur insoweit oft nur vom „mutmaßlichen Willen“ die Rede ist. Die Patientenverfügung ist somit nicht mehr als ein Indiz zu betrachten, welches neben anderen zur Ermittlung des wirklichen Willens dienen kann; sie definiert diesen vielmehr selbst.

Fehlt eine solche Willensbekundung, ist der mutmaßliche Wille entscheidend. Die Patientenverfügung oder der mutmaßliche Wille gelten fort, bis eine Betreuung eingerichtet ist. Ist der Betreuer bestellt, kommt es auf den früheren eigenen Willen des Patienten nicht mehr an; der Patient gilt als recht-

lich wieder handlungsfähig; Arzt und Pflegepersonal können dann nicht mehr selbst auf die Patientenverfügung „durchgreifen“, sondern müssen sich mit dem Betreuer auseinandersetzen. Der Betreuer, nicht der Arzt, hat nach Maßgabe des in § 1901 BGB niedergelegten Pflichtenprogramms die „exklusive Aufgabe, dem Willen“ des Patienten Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Dadurch gewinnt die Patientenverfügung als grundsätzlich bindende Anweisung, worin das vom Patienten selbst definierte Wohl besteht, eine erheblich größere Bedeutung als bisher. Der Zielrichtung der Verfügung hat sich aber vom Arzt zum Betreuer verschoben. Deshalb ist im Lichte der zu besprechenden BGH-Entscheidung die in der Literatur²⁵ vertretene Meinung nicht mehr haltbar, wonach beim bewusstlosen Patienten zwei Möglichkeiten der Einwilligung bestehen: die fortwirkende eigene des Patienten und die vormundschaftsgerichtlich genehmigte Einwilligung des Betreuers. Die erstgenannte Form der Einwilligung besteht nicht mehr!

b) Die höchstpersönliche Entscheidung²⁶

Selbst wenn man der Ansicht folgt, der Betreuer könne den Behandlungsabbruch nicht anordnen, da es sich dabei um eine ihm entzogene höchstpersönliche Entscheidung des Patienten handle, kann diese dennoch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unterworfen werden. Der Betreuer trifft nämlich genau genommen keine eigene Entscheidung, sondern setzt nur die frühere des Patienten um. Wenn man diese Umsetzung dem Betreuer nehmen und dem Arzt und/oder nahen Angehörigen zuweisen würde, wäre die Entscheidung ohne rechtliche Legitimation, da einer beliebigen Instanz zugeschoben. Sie wäre unter Umständen Eigeninteressen der Beteiligten ausgesetzt und jedenfalls nicht mehr vormundschaftsgerichtlich kontrollierbar. Dies erfordert es auch, die Fragen des Behandlungsabbruchs als vom Aufgabenkreis der Betreuung „Sorge für die Gesundheit“ umfasst zu sehen. Durch die Zuweisung der Einwilligung in den Behandlungsabbruch zur Zuständigkeit des gerichtlich bestellten Betreuers mit zusätzlicher gerichtlicher Kontrolle seines Handelns gewinnt dieses eine deutlich höhere Legitimität.

c) Kriterien für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts²⁷

Eigene neue Kriterien über die Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs stellt die Entscheidung nicht auf. Wegen der Einheit der Rechtsordnung sind vielmehr die in der „Kemptener Entscheidung“²⁸ entwickelten, ursprünglich strafrechtlichen Maßstäbe auch die Leitlinie für die Beurteilung durch das Vormundschaftsgericht, ob der vom Betreuer gewünschte Behandlungsabbruch genehmigt werden kann. Danach dürfen lebensverlängernde Maßnahmen nur unterbleiben, wenn

- (1) das Grundleiden nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) ist und
- (2) einen tödlichen Verlauf angenommen hat und
- (3) entweder der Tod in kurzer Zeit eintritt (dann passive Sterbehilfe) oder zwar keine unmittelbare Todesnähe gegeben ist, aber eine qualifizierte Einwilligung des Patienten vorliegt (dann Behandlungsabbruch)²⁹.

Das Gericht betont, dass die Voraussetzungen (1) und (2) objektiv „mit letzter Sicherheit“ vorliegen müssen, sonst ist je-

²⁵ Coeppicus, NJW 1998, 3381, 3382 f.

²⁶ Abschnitt III 2 b.

²⁷ Abschnitt III 2 c.

²⁸ BGH, NJW 1995, 204.

²⁹ Abschnitt III 2 c aa.

²⁴ Abschnitt III 2 a.

der Antrag eines Betreuers zur Genehmigung der Sterbehilfe oder des Behandlungsabbruchs rechtswidrig; auf die antizipierte Einwilligung des Patienten in der Patientenverfügung kommt es erst an, wenn die ersten beiden Prüfungsschritte positiv beantwortet sind. Zwar könnte der noch *einwilligungsfähige* Patient selbst den Behandlungsabbruch verlangen, auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen (1) und (2). Für den *einwilligungsunfähigen* Patienten spricht aber sein Betreuer, dessen Vertretungsmacht durch die genannten Kriterien begrenzt ist. Deshalb können diese Vorgaben vom Patienten auch nicht durch eine irgendwie besonders ausgestaltete Patientenverfügung erleichtert, sondern allenfalls erschwert werden.

Weiterhin ist jede Form der Sterbehilfe (passive Sterbehilfe/ Behandlungsabbruch) nur erlaubt, wenn sie dem Willen des Patienten entspricht.³⁰ Dieses Kriterium korrespondiert mit den in § 1901 Abs. 3 BGB niedergelegten Grundsätzen, wonach das subjektive Wohl des Patienten entscheidend ist, auch soweit es auf Wünschen beruht, die er schon vor Einrichtung der Betreuung geäußert hat. Der Wille kann sich jetzt nachweisen lassen:

- als antizipative Willensbekundung des Patienten, z. B. in einer Patientenverfügung;
- hilfsweise als individuell-mutmaßlicher Wille ermittelt anhand der Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen des Patienten;
- wiederum hilfsweise möglicherweise als Ausfluss allgemeiner in der Bevölkerung anzutreffender Wertvorstellungen. Insoweit legt sich der Beschluss aber nicht fest, was auch im entschiedenen Fall nicht erforderlich war, da hier eine ausführliche Patientenverfügung vorlag.

Die dargestellte enge Bindung von Betreuer und Arzt an bestimmte objektive medizinische Voraussetzungen einerseits und den Willen des Patienten andererseits macht aber die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht überflüssig; das Verfahren beim Vormundschaftsgericht bietet vielmehr gerade den Rahmen, um die Voraussetzungen des Behandlungsabbruchs und den wahren Willen des Patienten umfassend zu überprüfen und für alle Beteiligten verbindlich festzustellen.

d) Auf welcher Rechtsgrundlage kann das Vormundschaftsgericht entscheiden?³¹

Die bisherige Rechtsprechung und Literatur war einhellig der Ansicht, dass die zivilrechtliche Grundlage für die Beurteilung des Behandlungsabbruchs nicht ausreichend geklärt sei. Diese Bedenken teilt der Beschluss und stellt fest, dass weder § 1904 BGB direkt noch analog eine Rechtsgrundlage für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Antrags auf Behandlungsabbruch hergeben. So ist schon zweifelhaft, ob überhaupt eine der Analogie bedürftige Gesetzeslücke im Betreuungsrecht in diesem Punkt besteht. Weiter liegen die ausdrücklich geregelten und die zu regelnden Probleme nicht gleich: § 1904 BGB will Leben und Gesundheit erhalten; der Behandlungsabbruch will es beenden. Auch eine Gesamtanalogie zu §§ 1904 bis 1907 BGB führt nicht weiter, da den sehr unterschiedlichen Genehmigungsvorbehalten kein allgemeiner Grundsatz unterliegt.

Die fehlenden Möglichkeiten, das als notwendig erachtete Ergebnis de lege lata zu begründen, schließen es aber nicht aus, diese im Wege der Rechtsfortbildung durch das Gericht zu entwickeln.³² Der Vorrang des Gesetzes ist hier nicht verletzt,

da der Gesetzgeber auf diesem Gebiet bewusst untätig geblieben ist, wie einer Antwort der Bundesregierung auf die Frage eines Abgeordneten entnommen werden kann. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG wird durch das Ergebnis der Rechtsfortbildung nicht berührt, da die gefundene vormundschaftsgerichtliche Prüfungszuständigkeit besser als bisher überprüfen lässt, ob die Grundrechte des Patienten durch den selbstbestimmten Behandlungsabbruch verletzt werden.

e) Was ist Inhalt der gefundenen Regelung?³³

Die Einzelheiten der richterrechtlichen Regelung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die Rechtsfortbildung beantwortet nicht die Frage, welche lebensverlängernden Maßnahmen der Patient verlangen kann. Diese Frage hat der Arzt auf der Grundlage der medizinischen Indikation zu entscheiden. Sieht somit der Arzt für die lebensverlängernde Maßnahme keine Indikation mehr, kommt es auf die Einwilligung des Betreuers in den Behandlungsabbruch nicht an. Die Behandlung wird beendet. Allerdings ist der Betreuer unter Umständen auch verpflichtet, die Erfüllung des ärztlichen Heilauftrags anzunehmen, wenn der Arzt zu früh die Indikation zum Weiterbehandeln verneint.

- Bietet der Arzt solche Maßnahmen an, sind sie durchzuführen, bis ihr Abbruch vom Betreuer gefordert und dessen Entscheidung vom Vormundschaftsgericht genehmigt ist. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Maßnahme den oben dargestellten Kriterien entspricht. Insofern besteht ein Anspruch des Patienten. Ein Ermessen des Gerichts besteht allenfalls dann, wenn sich weder ein wirklicher noch ein mutmaßlicher Wille des Patienten feststellen lässt, dies hat der BGH aber (da nicht entscheidungsrelevant) bewusst offen gelassen.

- Verweigert das Vormundschaftsgericht die Genehmigung des Abbruchs, gilt die Einwilligung in die Weiterbehandlung als erteilt. Die lebensverlängernden Maßnahmen sind bis zur Stellung eines neuen Antrags fortzuführen.

- Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist dem Richter vorbehalten, § 14 Abs. 1 Nr. 4 RPflG, der sich einen persönlichen Eindruck vom Patienten machen muss, § 69 d Abs. 1 FGG. Er hat in der Regel³⁴ ein medizinisches Sachverständigengutachten von einem anderen als dem behandelnden Arzt einzuholen, welches auch die Frage beantworten soll, ob die medizinische Indikation für weitere lebensverlängernde Maßnahmen überhaupt besteht, § 69 Abs. 2 FGG.

Dieses Verfahren schützt die Beteiligten in zweierlei Richtung. Den Grundrechten des Patienten aus Art. 1 GG (Menschenwürde) und Art. 2 (Leben, Selbstbestimmung) wird in angemessener Weise Rechnung getragen; das justizförmige Verfahren entlastet den Betreuer von seiner schweren (auch moralischen) Verantwortung und schützt ihn vor strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Aus der notariellen Praxis ist bekannt, dass die vergleichbare Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bestimmter Entscheidungen des Bevollmächtigten³⁵ von den Beteiligten eher als Unterstützung in einer schwierigen Lebenslage denn als Bevormundung und staatliche Gängelung empfunden wird.

³⁰ Abschnitt III 2 c bb.

³¹ Abschnitt III 2 d.

³² Abschnitt III 2 e.

³³ Abschnitt III 2 e dd.

³⁴ Das Gutachten ist nicht erforderlich, wenn bereits ein Gutachten neueren Datums vorliegt, vgl. OLG Karlsruhe/Freiburg, NJW 2002, 685, 689.

³⁵ Nach § 1904 Abs. 2 Satz 1 BGB und § 1906 Abs. 5 Satz 2 BGB.

5. Fragen, die sich vor dem Hintergrund der Entscheidung nunmehr stellen

Die Entscheidung des BGH hat eine ganze Reihe von wichtigen Fragen der Bedeutung und Wirkung der Patientenverfügung für die Praxis geklärt; sie hat aber auch neue Probleme aufgeworfen, für die nachfolgend eine Lösung gesucht werden soll.

a) Was ist mit dem „Einsetzen des tödlichen Verlaufs“ gemeint?

Zentrales Kriterium für die Zulässigkeit der passiven Sterbehilfe und den Behandlungsabbruch ist neben dem irreversiblen Grundleiden (oben Kriterium (1)), dass das Grundleiden „einen tödlichen Verlauf angenommen“ hat.³⁶ Nicht gemeint sein kann damit, dass jedes menschliche Leben bereits mit der Geburt einen tödlichen Verlauf annimmt; dann wäre das Kriterium zur Abgrenzung völlig ungeeignet. Aus der Existenz des Kriteriums (3) ist aber zu schließen, dass es noch nicht um die mehr oder weniger große zeitliche Nähe zum Tod geht. Das Kriterium (2) wurde in der Kempfener Entscheidung³⁷ offenbar für eine Situation als erfüllt angesehen, in welcher die Patientin sogar trotz der Umstellung von Sondennahrung auf Tee vermutlich noch weitere zwei bis drei Wochen hätte leben können und tatsächlich unter weiterer Sondennahrung ab dem versuchten Behandlungsabbruch noch neun Monate gelebt hat. Auch das OLG Karlsruhe/Freiburg³⁸ hat bei dem bereits fünf Jahre im Wachkoma befindlichen Patienten unter Beachtung der vom Bundesgerichtshof in Strafsachen aufgestellten Kriterien den „Beginn des tödlichen Verlaufs“ angenommen, obwohl laut dem Sachverhalt eine akute Verschlechterung nicht erkennbar war; lediglich wegen der Unsicherheit in der Beurteilung des Kriteriums (1), „irreversibles Grundleiden“, wurde die Sache an das AG zurückverwiesen, um ein Gutachten einzuholen.

Gemeint sein wird mit dem „tödlichen Verlauf“, was die „Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbegleitung“³⁹ so umschreiben: Bei Patienten mit einer lebensbedrohenden Krankheit, an der sie trotz generell schlechter Prognose nicht zwangsläufig in absehbarer Zeit sterben, sowie bei Patienten mit schwersten cerebralen Schädigungen und anhaltender Bewusstlosigkeit (apallisches Syndrom, sog. „Wachkoma“) kann bei fortgeschrittener Krankheit „die Unterlassung lebenserhaltender Maßnahmen in Betracht kommen. So kann der unwiderrufliche Ausfall weiterer vitaler Organfunktionen die Entscheidung rechtfertigen, auf den Einsatz substituierender technischer Hilfsmittel zu verzichten. Die Dauer der Bewusstlosigkeit darf dabei allerdings nicht alleiniges Kriterium sein.“ Das bedeutet, dass „der Beginn des tödlichen Verlaufs“ nicht erst beim Eintritt in die letzten Stunden gegeben sein wird, sondern gerade bei den typischen Wachkoma-Patienten bereits dann, wenn sich ihr Zustand kontinuierlich auch über längere Zeit hinweg verschlechtert.

Beispiele für Krankheitsverläufe, bei denen unseres Erachtens die Kriterien (1) und (2) gegeben sind:

Beispiel 1:

Eine Patientin (52 Jahre alt) leidet an einer Autoimmunerkrankung, die zu einer schubweisen Entzündung der Hirnarterien und dadurch zu kleineren Schlaganfällen

geführt hat. Nun befindet sie sich seit zwei Jahren im Wachkoma und wird über PEG ernährt. Ständig müssen Medikamente gegeben werden, die das Immunsystem unterdrücken, um das Grundleiden einzudämmen.

Plötzlich verschlechtert sich der Zustand der Patientin, und es entwickelt sich eine schwere Lungenentzündung, die sich auf Antibiotikagabe nicht bessern lässt. Mit dem Betreuer wird diskutiert, ob die medizinisch indizierte Beatmung dem Willen der Patientin entsprechen würde.

Beispiel 2:

Ein achtzigjähriger Patient befindet sich mit bereits weit fortgeschrittener Alzheimer-Demenz in einem Pflegeheim. Er wird täglich für kurze Zeit in einen Stuhl gesetzt, gefüttert und gewickelt. Innerhalb kurzer Zeit verschlechtert sich sein Allgemeinzustand: Er wird so schwach, dass er nicht mehr sitzen kann, schläft die meiste Zeit und hört auf, Flüssigkeit oder Nahrung zu schlucken. Für den Beginn des bei diesem Krankheitsbild typischerweise über mehrere Wochen verlaufenden Sterbeprozesses spricht auch, dass der Patient zu schwach ist, Lungensekrete abzuhusten. Mit dem Bevollmächtigten wird die weitere Gabe von Flüssigkeit und Nahrung besprochen, insbesondere das Legen einer PEG-Sonde.

Wenn in diesen Fällen der Betreuer/Bevollmächtigte trotz der medizinischen Indikation zur Weiterbehandlung in den Behandlungsabbruch einwilligt und das Vormundschaftsgericht auf der Grundlage des in einer Patientenverfügung geäußerten oder sonstwie ermittelten mutmaßlichen Willens des Patienten die Genehmigung dazu erteilt, ist in diesen Fällen der Behandlungsabbruch rechtmäßig. Eines vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens bedarf es jedoch nicht, wenn bei gleichem Sachverhalt nach dem Urteil des Arztes die Weiterbehandlung medizinisch nicht sinnvoll ist.

b) Wie weit geht die Privatautonomie bei der Patientenverfügung?

Aus der notariellen Praxis ist bekannt, dass Beteiligte gelegentlich die Formulierung und Beurkundung einer Patientenverfügung wünschen, die unter erheblich erleichterten Voraussetzungen den Abbruch der Behandlung, gelegentlich sogar die aktive Sterbehilfe anordnen. Dass der Patient seinen Betreuer oder Arzt nicht zu einer strafbaren Handlung zwingen kann, dürfte außer Zweifel stehen. Aber auch darüber hinaus kann es nicht in der Rechtsmacht des einzelnen Patienten liegen, mittels einer Patientenverfügung als bindende Handlungsanweisung an den Betreuer zu definieren, wann für ihn und sein Grundleiden der irreversibel tödliche Verlauf angefangen hat. Rechtswidrig ist deshalb, wenn z. B. der Behandlungsabbruch auch bei reversiblen Grundleiden gewünscht⁴⁰ oder wenn ausdrücklich die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts als entbehrlich hingestellt wird.

Die Einschränkung der Privatautonomie kommt in der BGH-Entscheidung in Abschnitt III 2 c aa ganz klar zum Ausdruck und ist auch unschwer durch die strafrechtlich gezogenen Grenzen für den Willen des Patienten ausführenden Arzt und Betreuer erklärbar. Dann aber sind weitschweifende Formulierungen in Patientenverfügungen über die Frage, in welcher Situation der Behandlungsabbruch gewünscht wird, nur insofern von Bedeutung, als sie entweder dem medizinischen Laien beispielhaft Szenarien erläutern, in denen die Ver-

³⁶ Ebenso Kutzer, ZRP 2003, 213.

³⁷ BGH, NJW 1995, 204.

³⁸ NJW 2002, 685.

³⁹ NJW 1998, 3406, 3407 ff.

⁴⁰ Ein Beteiligter wünschte ausdrücklich vom Verfasser eine Verfügung, wonach die Behandlung abgebrochen werden sollte, wenn er „länger als drei Tage im Koma“ liegt.

fügung Bedeutung erlangt,⁴¹ oder eine höhere Schwelle aufbauen wollen als die von den Gerichten in den Kriterien (1) bis (3) definierten.

c) Betreuer ≈ Bevollmächtigter

In allen vorgestellten Entscheidungen waren die Gerichte mit der Frage befasst, ob die Einwilligung des Betreuers in den Behandlungsabbruch genehmigungsfähig ist. Wegen der zunehmenden Verbreitung⁴² von Vorsorgevollmachten ist zu fragen, ob die vorstehend aufgestellten Grundsätze auch mutatis mutandis für den vom Patienten Bevollmächtigten gelten. Wegen der Subsidiarität der Betreuung gegenüber der Vollmacht, § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB, sind die durch richterliche Rechtsfortbildung gewonnenen Ergebnisse auch auf den Bevollmächtigten zu erstrecken. Auch wegen des in § 1904 Abs. 2 BGB angeordneten Gleichlaufs von Betreuung und Vollmacht, soweit es die in § 1904 Abs. 1 BGB angeordneten ärztlichen Maßnahmen angeht, sind die beiden Formen der Vertretung des Patienten gleichwertig.⁴³ Die vom BGH entwickelten Gedanken lassen sich auch deshalb auf den Bevollmächtigten übertragen, weil die (Straf-)Rechtsordnung diesem auch bisher schon engere Bindungen als dem Patienten auferlegt hat: So ist nach § 216 StGB die Tötung auf Verlangen strafbares Unrecht, der Suizid selbst hingegen nicht. Somit bedarf der Bevollmächtigte des Schutzes durch eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung in ähnlicher Weise wie der Betreuer, die beiden nunmehr geboten wird.

Allerdings verlangt § 1904 Abs. 2 Satz 2 BGB, dass die Vollmacht schriftlich erteilt sein und die ärztlichen Maßnahmen nennen muss, zu denen der Bevollmächtigte die Einwilligung erteilen kann. Für die bisherigen Gerichtsentscheidungen stellte sich insoweit nur die Frage, ob der Aufgabenkreis „Gesundheitsorge“ auch den Behandlungsabbruch erfasst; dies hat der BGH bejaht. Für den Bevollmächtigten wird man aus der Zusammenschau der vom BGH gewonnenen Ergebnisse und des § 1904 Abs. 2 Satz 2 BGB verlangen müssen, dass die Vollmacht schriftlich erteilt ist und auch die passive Sterbehilfe und den Behandlungsabbruch ausdrücklich nennt. Dem Vollmachtgeber soll so deutlich vor Augen geführt werden, welche weitreichenden Befugnisse er dem Bevollmächtigten einräumt. Dieser Zweck besteht auch und gerade bei der Vollmacht, die den Behandlungsabbruch umfassen soll. Daraus folgt, dass isolierte Vollmachten, die vor dem Bekanntwerden der Entscheidung des BGH bereits erteilt wurden und deshalb den Behandlungsabbruch nicht berücksichtigen konnten, für diesen Zweck künftig nicht (mehr) ausreichen. Allerdings sind in der Praxis Vollmachten selten, die lediglich dazu ermächtigen, die Einwilligung in bestimmte ärztliche Maßnahmen zu erteilen, ohne in einem weiteren Textteil auch eine Patientenverfügung zu enthalten. Hier wird die Auslegung dazu führen, dass der Bevollmächtigte auch beauftragt sein soll, den in der Patientenverfügung niedergelegten Willen zu verwirklichen. Dem Zitiergebot des § 1904 Abs. 2 Satz 2 BGB ist dann insofern Genüge getan, als dem Patient die Vor-

aussetzungen und Folgen des Behandlungsabbruchs zwar nicht im Text der Vollmacht, aber immerhin im daran anschließenden Text vorgeführt wurden. Beantragt ein in dieser Weise Bevollmächtigter, seine Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht genehmigen zu lassen, wird ihm diese das Gericht erteilen können.

d) Behandlungsabbruch nur durch den Arzt?

Bislang war es üblich und beispielsweise auch in den Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbegleitung⁴⁴ vorgesehen, dass der Arzt in eigener Verantwortung auch über den Behandlungsabbruch des entscheidungsunfähigen Patienten beschließt, wenn auch Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht dazu ein wesentliches Hilfsmittel sein sollten. Diese Praxis wird künftig nicht mehr dem geltenden Recht entsprechen. Wenn der Arzt die Vorfrage der medizinischen Indikation bejaht hat, ist der Behandlungsabbruch nur mehr entsprechend dem vom BGH neu entwickelten Verfahrensablauf zulässig.

Beispiel für einen Krankheitsverlauf, bei dem unseres Erachtens die medizinische Indikation für die Weiterbehandlung fehlt und es deshalb nicht auf die Erfüllung der Kriterien und den Willen des Patienten ankommt:

Beispiel 3:

Eine sechzigjährige Patientin leidet an einem trotz Bestrahlungs- und Chemotherapie unaufhaltsam fortschreitendem Unterleibskrebs. Nun zeigt sich ein zunehmender Aufstau des Harns in beiden Nieren, da die Harnleiter von den Tumormassen zugedrückt werden. Die technisch mögliche Schienung der Harnleiter oder die Harnableitung nach außen wird vom Urologen als nicht medizinisch indiziert betrachtet, da dies das Leben der Patientin nur unwesentlich verlängern würde. Die Patientin stirbt im Nierenkoma.

Anders ist es, wenn der Arzt die medizinische Indikation für die Weiterbehandlung stellt. Selbst wenn der Arzt den wirklichen Willen seines Patienten zu kennen glaubte, verlangte das Gesetz schon lange, für entscheidungsunfähige Patienten einen Betreuer zu bestellen,⁴⁵ soweit dies zeitlich durchführbar ist. Auch das Betreuungsrecht sieht jedenfalls seit 1990 zwingend die Bestellung eines Vertreters für den entscheidungsunfähigen Patienten vor.⁴⁶ Dem Betreuer obliegt es jetzt, anhand des wirklichen oder des mutmaßlichen Willens des Patienten zu entscheiden, ob die Behandlung abgebrochen werden soll. Ringt er sich zum Abbruch durch, hat er dazu die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen. Das Vormundschaftsgericht übernimmt die Aufgabe der Ermittlung des Willens des Patienten, die früher dem Arzt oblag. Die damit verbundene Einschränkung der ärztlichen Kompetenzen wird bei den Betroffenen sicher nicht auf uneingeschränkte Zustimmung stoßen; sie ist aber im Interesse der Rechtssicherheit und der Vermeidung von Missbrauchsgefahren zu begrüßen.

In den dramatischen Fällen, in denen der Arzt während einer Reanimation oder bei einem Unfall zu einem entscheidungsunfähigen Patienten kommt, wird er sich weiterhin seine eigene Vorstellung über den mutmaßlichen Willen des Patienten machen und danach handeln; hier kommt eine Betreuerbestellung samt vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung

⁴¹ Dem entspricht etwa der Textvorschlag von *Renner*, DAI-Skript „Betreuungsrecht und Vorsorgevollmachten in der notariellen Praxis“, Veranstaltung vom 7.2.2003. Siehe dazu auch den Formulierungsvorschlag unten in Abschnitt III.

⁴² Die Vorsorgevollmacht wird rechtspolitisch gegenüber der Betreuung favorisiert; vgl. „Wer klug ist, sorgt vor!“, Faltblatt des Bundesministeriums der Justiz, März 2003.

⁴³ Ebenso *Kutzer*, ZRP 2003, 213, 216, der aber auch darauf hinweist, dass dem Bevollmächtigten wegen seiner direkt vom Patienten abgeleiteten Befugnisse unter Umständen dieselben Rechte wie dem Patienten selbst zustehen könnten. Sicherer ist aber die oben vertretende Ansicht.

⁴⁴ NJW 1998, 3406, 3408.

⁴⁵ BGH, NJW 1966, 1855, 1856.

⁴⁶ § 1896 Abs. 1 BGB; ebenso *Kutzer*, ZRP 1997, 117, 118, und *Coeppecus*, NJW 1998, 3381, 3383.

nicht in Frage, weil das justizförmliche Verfahren auch in Eilfällen wenigstens einige Stunden, wenn nicht Tage dauern wird. Entsprechendes wird für die passive Sterbehilfe (im engeren Sinn) gelten, die ja dadurch definiert ist, dass der Tod in Kürze eintreten wird.⁴⁷ Die Entscheidung des BGH hat aber auch in diesen Situationen die Gewichte verschoben: Der behandelnde Arzt hat sich je nach der zur Verfügung stehenden Zeit bei den Angehörigen oder beim Hausarzt zu erkundigen, ob eine Patientenverfügung vorliegt und worin der mutmaßliche Wille des Patienten liegt. Die paternalistischen Zeiten, in denen der Arzt ohne weiteres wusste, was für seinen Patienten gut ist und auch entsprechend handeln durfte, sind spätestens jetzt vorbei!

6. Bedeutung der Entscheidung für den Notar

Die künftig vom Notar entworfenen Patientenverfügungen sollten inhaltlich an die Vorgaben der besprochenen Entscheidung angepasst werden.

■ Wegen der gestiegenen Bedeutung des Betreuers/Bevollmächtigten sind isolierte Patientenverfügungen (d. h. ohne Vorsorgevollmacht) nur dann ratsam, wenn der Patient wirklich keine Vertrauensperson benennen kann. Allein mit der Patientenverfügung tut sich der Arzt außer in den Eilsituationen jetzt schwer, den Willen des Patienten zu verwirklichen; hat der Patient niemandem Vollmacht erteilt, ist der Arzt gezwungen, zunächst selbst das Betreuungsverfahren einzuleiten, um dann den Betreuer und das Vormundschaftsgericht weiter entscheiden zu lassen. Auch eine Patientenverfügung mit Betreuungsverfügung⁴⁸ beseitigt diesen Nachteil nicht, da auch hier der Betreuer erst bestellt werden muss. Allerdings wird es manche Menschen geben, die niemandem das Vertrauen entgegenbringen können, das für eine Vorsorgevollmacht mit diesem Umfang erforderlich ist. Hier wird es bei der isolierten Patientenverfügung verbleiben müssen; allerdings hat der Notar auf das Erfordernis der Bestellung eines Betreuers hinzuweisen.⁴⁹

■ Adressat der Patientenverfügung ist nicht mehr der behandelnde Arzt, sondern der Betreuer/Bevollmächtigte. Dem sollte bei der Formulierung der Voraussetzungen für den Behandlungsabbruch Rechnung getragen werden. Die Anweisungen müssen vom vernünftigen medizinischen Laien verstanden und befolgt werden!

■ Während bislang die Patientenverfügung nur ein Indiz von mehreren für den Willen des Patienten war, kommt ihr jetzt eine fast absolute Bindungswirkung zu. Der Betreuer/Bevollmächtigte kann den niedergelegten Willen durch eine eigene Ermessensentscheidung nicht mehr korrigieren. Deshalb sollten von den Beteiligten mitgebrachte Entwürfe von Patientenverfügungen kritisch darauf durchgesehen werden, ob sie inhaltlich erkennbar der Entscheidung widersprechen. Wegen der in diesem Bereich eingeschränkten Privatautonomie können die Anweisungen an den Betreuer/Bevollmächtigten nur verbindlich sein, wenn sie mit den strengen Kriterien des BGH konform gehen. Dem widersprechende notarielle Urkunden bringen den Adressaten wegen des Anscheins der rechtlichen Wirksamkeit in erhebliche moralische und u. U. strafrechtliche Schwierigkeiten; die Mitwirkung dabei kommt für den Notar nicht in Frage.⁵⁰

■ Die regelmäßige Wiederholung der Patientenverfügung ist jetzt überflüssig. Während bislang wegen der in der Literatur angezweifelten Bindungswirkung empfohlen wurde, die Patientenverfügung in regelmäßigen Zeitintervallen zu wiederholen,⁵¹ kommt ihr jetzt eine Fortwirkung zu, bis der Patient sich entweder mit erkennbarem Widerrufswillen von ihr distanziert oder sich die Sachlage ganz erheblich geändert hat. Zur Klarstellung kann ein dementsprechender Satz in den Text der Patientenverfügung aufgenommen werden.

■ Die vor Abfassung der Patientenverfügung von manchen⁵² verlangte ärztliche Aufklärung ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung. Der Notar hat sich aber wie üblich von der gegenwärtigen Geschäftsfähigkeit des Patienten zu überzeugen, § 11 BeurkG; eine besondere Vermerkplicht wie etwa nach § 28 BeurkG für Verfügungen von Todes wegen besteht nicht.

■ Der Notar hat den Beteiligten bei der Beurkundung von Patientenverfügungen auf die neue Rechtslage hinzuweisen, insbesondere auf die Notwendigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Dies folgt schon aus § 18 BeurkG.

7. Bedeutung der Entscheidung für den behandelnden Arzt

Für die Praxis des Arztes ergeben sich erhebliche Änderungen infolge des BGH-Beschlusses. Während bislang dem Arzt letztlich die Zuständigkeit zur Entscheidung über den Behandlungsabbruch zukam, steht diese nunmehr dem Bevollmächtigten/Betreuer kontrolliert durch das Vormundschaftsgericht zu. Daraus folgt:

■ Besondere Bedeutung kommt der „Vorfrage“ zum Behandlungsabbruch zu, nämlich ob die Fortsetzung der Behandlung medizinisch indiziert ist. Die medizinische Indikation, verstanden als das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall, begrenzt den ärztlichen Heilauftrag. Bei dieser Entscheidung wird neben den Chancen und Risiken der Behandlung auch die Nutzung der knappen Ressourcen eine Rolle spielen. Kommt der Arzt in diesem Bereich zu der Überzeugung, dass die Weiterbehandlung nicht indiziert ist, kann er diese abbrechen, ohne nach dem Willen des Patienten und der gerichtlichen Genehmigung weiter fragen zu müssen.

■ Besteht die medizinische Indikation für eine Weiterbehandlung, aber wünschen die Angehörigen den Behandlungsabbruch, so muss der Arzt außer in Eilfällen auf die Bestellung eines Bevollmächtigten oder eines Betreuers mit dem Aufgabenkreis des § 1904 BGB dringen, der dann die Entscheidung in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus der Patientenverfügung trifft und gerichtlich genehmigen lässt.

■ Verneint das Gericht entgegen der Ansicht des Arztes die Indikation für die Weiterbehandlung, wird sich dieser Arzt wahrscheinlich zurückziehen, da er sonst entgegen seiner Überzeugung und ohne sichere Einwilligung die lebensverlängernden Maßnahmen einstellen müsste. Ein anderer Arzt wird dann wohl die Behandlung abbrechen.

■ Im Regelfall wird ein vom Vormundschaftsgericht bestellter Arzt, der nicht mit dem behandelnden Arzt identisch sein soll,⁵³ in einem Gutachten zu beurteilen haben, ob das Grundleiden nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) ist und einen tödlichen Verlauf angenommen hat.

⁴⁷ Ebenso *Weber/Kutzer*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2002, 127: 2689–2693, allerdings vor Bekanntwerden der besprochenen Entscheidung des BGH.

⁴⁸ § 1897 Abs. 4 Satz 3 BGB.

⁴⁹ § 17 Abs. 1 BeurkG.

⁵⁰ § 4 BeurkG.

⁵¹ Vgl. nur *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594, 613; *Stolz*, BWNNotZ 1998, 75,76.

⁵² *Berger*, JZ 2000, 798, 801, und *Klas*, PflR 2002, 219, 227; zitiert nach *Renner*, a. a. O., Fn. 40.

⁵³ § 69 d Abs. 2 Satz 2 FGG.

- Eine eigene Auslegung der Patientenverfügung ist dem Arzt grundsätzlich nicht mehr zu übertragen, da sie sich nicht mehr an ihn richtet.
- Eine eigene Entscheidung bei bestehender Indikation zur Weiterbehandlung ist deshalb (außer in Eilfällen) straf- und zivilrechtlich riskant.

III. Formulierungsvorschlag

Vor dem Hintergrund der oben angestellten Überlegungen erscheint folgende Formulierung einer Vorsorgevollmacht (ohne Vermögensangelegenheiten) für den medizinisch relevanten Bereich mit Patientenverfügung vertretbar:

(Urkundseingang)

I. Vorsorgevollmacht

1.

Hiermit bevollmächtige ich, Carl Mustermann,

1. Frau Daniela Mustermann, geboren am 1.12.1970, Domplatz 1, 93047 Regensburg, und
2. Frau Friederike Mustermann, geboren am 1.10.1980, Neupfarrplatz 1, 93047 Regensburg,

nachfolgend jeweils „der Bevollmächtigte“ genannt,

und zwar jeweils einzeln und allein,

sich um alle meine persönlichen Angelegenheiten zu kümmern, insbesondere im Hinblick auf eine spätere Erkrankung, Aufenthalte im Krankenhaus, Vertretung gegenüber Ärzten und Pflegern. Diese sind von der Verschwiegenheitspflicht dem Bevollmächtigten gegenüber ausdrücklich befreit.

2.

Die Vollmacht ermächtigt den Bevollmächtigten daher insbesondere auch dazu, alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, zu denen ein Betreuer mit dem denkbar umfassendsten Aufgabenkreis, allerdings ohne die Vermögenssorge, befugt ist, insbesondere:

1. zur Wahrnehmung der Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge, auch zur Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, in eine Heilbehandlung oder in einen ärztlichen Eingriff, und zwar auch dann, wenn die begründete Gefahr besteht, dass ich aufgrund der Maßnahme sterbe oder einen schweren oder einen länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleide (§ 1904 Abs. 1 BGB);
2. zur Hilfe beim Sterben und zum Behandlungsabbruch;
3. zur Bestimmung meines Aufenthalts. Die Vollmacht umfasst dabei auch die Befugnis zu einer Unterbringung von mir, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist (§ 1906 Abs. 1 BGB). Die Vollmacht ermächtigt ferner zur Entscheidung über freiheitsentziehende oder -beschränkende Maßnahmen durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise (§ 1906 Abs. 4 BGB).

3.

Der Bevollmächtigte ist aufgrund dieser Urkunde zur Verwaltung meines Vermögens oder zur Verfügung über mein Vermögen nicht berechtigt. Eventuell in anderen Urkunden erteilte Vollmachten werden dadurch aber nicht eingeschränkt.

Die Vollmacht gilt auch und gerade dann, wenn ich aufgrund einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung ganz oder teilweise nicht in der Lage bin, meine Angelegenheiten selbst zu besorgen, oder wenn ich nicht mehr lebe. Ein Betreuer braucht und soll deshalb für mich nicht bestellt werden; ist seine Bestellung unumgänglich, soll der oder einer der Bevollmächtigten zum Betreuer ernannt werden. Der Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit; Untervollmacht kann nicht erteilt werden. Die Vollmacht ist jederzeit widerruflich.

II. Patientenverfügung

1.

Den Bevollmächtigten bitte ich, dafür zu sorgen, dass ich zunächst angemessen medizinisch und pflegerisch betreut werde, und schließlich mir auch Hilfe beim Sterben und zum Sterben zu leisten sowie meinen hier niedergelegten Willen zu verwirklichen; dies schließt auch den Behandlungsabbruch mit ein. Auch ein eventuell bestellter Betreuer ist daran gebunden.

Wenn mein Grundleiden nach ärztlicher Überzeugung ohne Aussicht auf Besserung sein und die Krankheit einen tödlichen Verlauf angenommen haben sollte sowie

- entweder der Tod ohnehin in kurzer Zeit eintritt (Hilfe beim Sterben) oder
- ich dauerhaft in einem Koma liege, z. B. wegen schwerer Dauerschädigung des Gehirns oder dauernden Ausfalls lebenswichtiger Organfunktionen (Hilfe zum Sterben, Behandlungsabbruch),

verfüge ich,

von allen Wiederbelebungsmaßnahmen und lebensverlängernden Maßnahmen abzusehen. Ich wünsche dann keine künstliche Beatmung und will auch nicht mittels einer Magensonde ernährt werden; Organübertragungen lehne ich in dieser Situation ab.

Alle mein Leiden lindernde Maßnahmen, z. B. eine ausreichende Schmerztherapie, sollen ergriffen werden, auch wenn sie lebensverkürzend wirken.

2.

Ich weiß, dass mein Vertreter zu diesen Entscheidungen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts benötigt. Er wird gebeten, diese einzuholen und den behandelnden Ärzten und Pflegern mitzuteilen.

3.

Diese Patientenverfügung soll solange weiter gelten, bis ich sie schriftlich widerrufe.

III.

Hinweise, Kosten, Abschriften

Pflichtteilsstrafklausel beim gemeinschaftlichen Behindertentestament: Kolumbus-Ei oder trojanisches Pferd?

– Anmerkungen zum Urteil des LG Konstanz vom 26.2.2003, 5 O 329/02¹ –

Von Notarassessor *Lorenz Spall*, Speyer/Germersheim

Gerichtliche Entscheidungen zum Behindertentestament² sind selten geworden.³ Seit den beiden wegweisenden Urteilen des Bundesgerichtshofs aus den Jahren 1990⁴ und 1993⁵, welche die zivilrechtliche Wirksamkeit des Behindertentestaments im Grundsatz bestätigt haben, und dem Beschluss des Sächsischen Obergerichtes von 1997⁶, der auch die sozialhilfrechtlichen Wirkungen anerkannte, haben sich die Träger der Sozialhilfe offenbar weitgehend damit abgefunden, dass das Erbrecht Wege eröffnet, Nachlassvermögen einem Hilfeempfänger für bestimmte Zwecke zukommen zu lassen und dabei dem Zugriff des Sozialhilfeträgers⁷ zu entziehen.⁸

Nun ist vom LG Konstanz über einen Sonderfall des Behindertentestaments entschieden worden, der die in der Praxis wichtige Frage betrifft, wie beim Ehegattentestament (oder beim Ehegattenerbvertrag) die Erbfolge nach dem Erstversterbenden zu gestalten ist, wenn ein Kind mit Behinderung vorhanden ist.

Der Autor setzt sich mit diesem Urteil kritisch auseinander.

I. Der vom LG Konstanz entschiedene Fall

Dem LG Konstanz lag folgender Fall zur Entscheidung vor: Eheleute hatten sich in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Sämtliche Kinder, einschließlich des sozialhilfebedürftigen Kindes mit Behinderung, wurden erst Erben nach dem Längerlebenden der Eltern, das behinderte Kind mit den üblichen Beschränkungen des Behindertentestaments.⁹ Von der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen sollten die Kinder durch eine klassische Pflichtteilsstrafklausel abgehalten werden, wonach ein Kind, das seinen Pflichtteil nach dem erstversterbenden Elternteil verlangt, nach dem Tod des längerlebenden Elternteils ebenfalls „auf den Pflichtteil gesetzt“ wird. Die Erbenstellung nach dem Längerlebenden war also auflösend bedingt durch die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden. Beide Elternteile starben kurz nacheinander. Danach leitete der überörtliche Träger der Sozialhilfe den

Pflichtteilsanspruch des behinderten Kindes nach dem erstversterbenden Elternteil gemäß § 90 Abs. 1 BSHG auf sich über und versuchte, diesen zivilgerichtlich durchzusetzen.

Das Landgericht hat dem Sozialhilfeträger den Zugriff auf den Pflichtteilsanspruch verwehrt und die Klage in erster Instanz abgewiesen.

II. Problemhintergrund

Weist schon das einfache Behindertentestament in der Praxis eine ganze Reihe schwieriger Fragen und unter Umständen auch Fallstricke auf, so werden Sach- und Rechtslage beim Ehegattentestament oder -erbvertrag bei Vorhandensein eines Kindes mit Behinderung noch komplizierter. Nicht anders als in Familien ohne behindertes Kind geht es den Eheleuten häufig zunächst in erster Linie um die wirtschaftliche Absicherung des Längerlebenden von ihnen nach dem Tode des Erstversterbenden. Die Kinder sollen hingegen soweit möglich erst nach dem Tode beider Eltern bedacht werden.

Der Weg des klassischen Berliner Testaments ist Eltern behinderter Kinder jedoch verwehrt, wollen sie nicht schon nach dem Tode des Erstversterbenden von ihnen eine Zugriffsmöglichkeit des Hilfetragers auf erbrechtliche Vermögenspositionen des sozialhilfeabhängigen Kindes mit Behinderung eröffnen. Denn beim Berliner Testament steht dem von der Erbfolge ausgeschlossenen Kind bekanntlich ein Pflichtteilsanspruch gegen den überlebenden Elternteil zu, § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diesen kann der Träger der Sozialhilfe grundsätzlich nach § 90 Abs. 1 BSHG auf sich überleiten und durchsetzen.

Deshalb werden beim gemeinschaftlichen Behindertentestament oder beim Ehegattenerbvertrag bei Vorhandensein eines Kindes mit Behinderung für die Erbfolge nach dem erstversterbenden Elternteil andere Wege beschritten:

Überwiegend¹⁰ wird empfohlen, schon nach dem Erstversterbenden das behinderte und sozialhilfeabhängige Kind mit

¹ MittBayNot 2003, 398 (in diesem Heft) = RdLh 2003, 82.

² Vgl. allgemein hierzu etwa *Engelmann*, MittBayNot 1999, 509; *Spall*, MittBayNot 2001, 249.

³ Vgl. aus jüngerer Zeit etwa VG Lüneburg, Urteil vom 27.8.1999, NJW 2000, 1885 = ZEV 2000, 313.

⁴ BGH, Urteil vom 21.3.1990, MittBayNot 1990, 245 m. Anm. *Reimann* = BGHZ 111, 36 = DNotZ 1992, 241 m. Anm. *Reimann* = JR 1991, 104 m. Anm. *Schubert* = JZ 1990, 1025 m. Anm. *Otte*.

⁵ BGH, Urteil vom 20.10.1993, MittBayNot 1994, 49 m. Anm. *Reimann* = BGHZ 123, 368 = DNotZ 1994, 380 = FamRZ 1994, 162 = MDR 1994, 591 = NJW 1994, 248 = ZEV 1994, 35.

⁶ SächsOVG Bautzen, Beschluss vom 2.5.1997, MittBayNot 1998, 127 m. Anm. *Krauß* = NJW 1997, 2898.

⁷ Zu den Auswirkungen des Grundsicherungsgesetzes (GSiG) auch auf die Gestaltung des Behindertentestaments und insbesondere zur Formulierung der Testamentsvollstreckungsanordnung vgl. *J. Mayer*, ZEV 2003, 173. Der Übersichtlichkeit wegen ist vorliegend gleichwohl nur vom Fall des Bezugs von Sozialhilfe die Rede.

⁸ Auch die „Empfehlungen für den Einsatz von Einkommen und Vermögen in der Sozialhilfe“ des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge vom 30.8.2002 (DV 12/02 – AF III, dort Rdnr. 152) erkennen das Behindertentestament zumindest in der Variante der Erbschaftslösung an.

⁹ Neben der vom LG Konstanz erwähnten Testamentsvollstreckung war im zu entscheidenden Fall nach dem Längerlebenden hinsichtlich des Kindes mit Behinderung auch Vor- und Nacherbschaft im Sinne der klassischen Erbschaftslösung beim Behindertentestament angeordnet.

¹⁰ Vgl. etwa *Bengel* in *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 4. Aufl., Formularteil Rdnr. 79; *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, 3. Aufl., Rdnr. 472; *Nieder* in *Langenfeld*, Münchener Vertragshandbuch, Band 4, 4. Aufl., S. 871 ff.; *Tanck/Kerscher*, Testamente in der anwaltlichen und notariellen Praxis, § 23 Rdnr. 207; *Wegmann*, Ehegattentestament und Erbvertrag, 2. Aufl., S. 79.

einer Quote zum Miterben zu berufen, die über dem Pflichtteil liegt, und das Kind durch Anordnung von Nacherbschaft und Dauertestamentsvollstreckung mit bindender Verwaltungsanordnung zu beschränken (so genannte „Erbschaftslösung“).

Daneben sind in der Praxis häufig durch Dauertestamentsvollstreckung beschränkte und mit einem Nachvermächtnis beschwerte Sach- oder Geldvermächtnisse des erstversterbenden Elternteils an das behinderte Kind anzutreffen (so genannte „Vermächtnislösung“).¹¹ Als Variante der Vermächtnislösung wurde vom Autor gerade auch für bestimmte Fälle des gemeinschaftlichen Behindertentestaments die Zuwendung eines Leibrentenvermächtnisses für das Kind mit Behinderung – wiederum beschränkt durch Testamentsvollstreckung und ggf. beschwert durch ein Nachvermächtnis¹² – in die Diskussion gebracht.¹³ Mit dieser Lösung sollen die noch immer bestehenden rechtlichen Unsicherheiten der Vermächtnislösung, insbesondere beim Nachvermächtnisfall, minimiert werden.

*Grziwotz*¹⁴ erwägt hingegen neuerdings unter dem etwas missverständlichen Begriff der „umgekehrten Vermächtnislösung“ – der Begriff „strenge Erbschaftslösung“ wäre treffender – das behinderte Kind generell zum Alleinerben mit den üblichen Beschränkungen des Behindertentestaments einzusetzen und Vermächtnisse zugunsten der übrigen Angehörigen – einschließlich des längerlebenden Elternteils – anzuordnen.

All diesen Modellen haftet der Nachteil an, dass sie der vorbezeichneten Vorstellung vieler Eheleute widersprechen, wonach die Kinder bis zum Tod des längerlebenden Ehegatten am elterlichen Vermögen nicht beteiligt werden sollen. Erst der Hinweis auf die sozialhilferechtlichen Konsequenzen des klassischen Berliner Testaments überzeugt die Ehegatten in der erbrechtlichen Beratung davon, eine der genannten Varianten zu wählen. Unter diesem Aspekt erscheint die Gestaltung in dem der Entscheidung des LG Konstanz zu Grunde liegenden Testament auf den ersten Blick bestehend: Erbe sollten die Kinder – einschließlich des behinderten – erst nach dem längerlebenden Elternteil werden. Durch die Pflichtteilsstrafklausel sollte dem überlebenden Elternteil der gesamte Nachlass des Erstversterbenden ungeschmälert verbleiben.

In der Literatur zum Behindertentestament wurde die Variante der Pflichtteilsstrafklausel – soweit ersichtlich – bisher nur gelegentlich und am Rande behandelt.¹⁵ Sämtliche Autoren halten dabei einen Zugriff des Trägers der Sozialhilfe im Einzelfall wegen Verstoßes gegen die sozialhilferechtlichen Grundsätze der Nachhaltigkeit bzw. der familiengerechten Hilfe für ausgeschlossen.¹⁶

¹¹ Vgl. zur Vermächtnislösung etwa *Hartmann*, ZEV 2001, 89; *Damrau*, ZEV 1998, 1; *Damrau/J. Mayer*, ZEV 2001, 293.

¹² Dabei sollte die Erfüllung des Nachvermächtnisses ausdrücklich zur – weiteren – Aufgabe des Testamentsvollstreckers gemacht werden; vgl. *Spall*, ZEV 2002, 5.

¹³ *Spall*, MittBayNot 2001, 249.

¹⁴ *Grziwotz*, ZEV 2002, 409.

¹⁵ Vgl. *Karpen*, MittRhNotK 1988, 131, 149; *Köbl*, ZfSH/SGB 1990, 449, 462; *van de Loo*, MittRhNotK 1989, 233, 247; *ders.*, NJW 1990, 2852, 2856.

¹⁶ Neuerdings empfiehlt *Litzenburger* die Verwendung einer Pflichtteilsstrafklausel in Form einer Jastrowschen Klausel beim Behindertentestament ausdrücklich; *Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, 2003, § 2100 Rdnr. 5.

III. Das Urteil des LG Konstanz

Nach Auffassung des LG Konstanz war der Sozialhilfeträger in dem von ihm zu entscheidenden Fall aufgrund der Pflichtteilsstrafklausel daran gehindert, den Pflichtteilsanspruch nach dem erstversterbenden Elternteil nach § 90 BSHG auf sich überzuleiten.

Das Gericht begründet dies mit aus § 242 BGB (Grundsatz von Treu und Glauben) hergeleiteten Billigkeitserwägungen: Wegen der verfügten Pflichtteilsstrafklausel sei mit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach dem erstversterbenden Elternteil auch der Verlust der Erbenstellung nach dem Längerlebenden untrennbar verbunden. Die wirksame Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs hätte zur Folge, dass der Träger der Sozialhilfe auch Zugriff auf den Pflichtteilsanspruch nach dem – ebenfalls bereits verstorbenen – längerlebenden Elternteil hätte. Ein Zugriff auf Nachlassvermögen nach dem Längerlebenden wäre ohne Pflichtteilsverlangen nach dem Erstversterbenden durch den Sozialhilfeträger jedoch wegen der durch Testamentsvollstreckung beschränkten Erbenstellung nicht möglich gewesen. Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Sozialhilfeträger sei vorliegend wegen der Pflichtteilsstrafklausel von der Interessenlage her mit einer Ausschlagung der Erbschaft nach dem Längerlebenden aufgrund des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB vergleichbar. Danach kann ein beschränkter oder beschwerter Erbe – wie die als Miterbin nach dem Längerlebenden durch Testamentsvollstreckung beschränkte behinderte Tochter – den Pflichtteil (nur) verlangen, wenn sie den Erbteil ausschlägt. Es sei aber richtigerweise überwiegend anerkannt, dass eine Überleitung des Ausschlagungsrechts auf den Sozialhilfeträger wegen dessen höchstpersönlichen Charakters ausgeschlossen ist. Wenn aber eine Überleitung des höchstpersönlichen Ausschlagungsrechts ausgeschlossen sei, müsse dasselbe für das Recht zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bei angeordneter Pflichtteilsstrafklausel gelten, da auch hier der Sozialhilfeträger über die Erbenstellung des Sozialhilfeempfängers nach dem längerlebenden Elternteil entscheide. Das Nachrangprinzip der Sozialhilfe sei hier der Entschließungsfreiheit des Bedürftigen unterzuordnen.

IV. Pflichtteilsstrafklausel als Ei des Kolumbus beim gemeinschaftlichen Behindertentestament?

Träfe das Urteil des LG Konstanz zu und könnte es verallgemeinert werden, wäre den Antworten auf die schwierige Frage nach der Gestaltung der Vermögensnachfolge nach dem erstversterbenden Elternteil beim Behindertentestament eine überaus charmante Lösungsmöglichkeit hinzugefügt. Das Ei des Kolumbus für dieses Gestaltungsproblem wäre gefunden: Der länger lebende Ehegatte käme als Alleinerbe in den Genuss des gesamten und ungeschmälerten Nachlasses des Erstversterbenden, und der Zugriff des Trägers der Sozialhilfe auf den Pflichtteilsanspruch des sozialhilfebedürftigen Kindes wäre wegen der Anordnung der Pflichtteilsstrafklausel zuverlässig verwehrt. Die vom Urteil geweckten Hoffnungen erfüllen sich bei näherer Betrachtung jedoch leider nicht.

1. Die Rechtsbeziehung des Sozialhilfeträgers zum Schuldner des Pflichtteilsanspruchs

Das Landgericht begründet die Klageabweisung im Ergebnis damit, dass die Überleitung des Pflichtteilsanspruchs nach § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG und seine Geltendmachung durch den Sozialhilfeträger gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstießen. Man kann der Zivil-

kammer des Landgerichts kaum verdenken, dass sie bei der Lösung der aufgeworfenen Rechtsfragen mit der Anwendung von § 242 BGB auf vertraute Kategorien des bürgerlichen Rechts zurückgreift. Nichtsdestotrotz ist die unmittelbare Rechtsbeziehung des Trägers der Sozialhilfe zum Beklagten öffentlich-rechtlicher Art. Die Überleitungsanzeige gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG ist Verwaltungsakt, § 90 Abs. 3 BSHG. Bürgerlich-rechtlicher Art ist und bleibt lediglich der übergeleitete Anspruch, der durch die Überleitung seinen Charakter in keiner Beziehung ändert, sondern genau so dem überleitenden Sozialhilfeträger zusteht, wie er zuvor dem ursprünglichen Anspruchsberechtigten zustand.¹⁷ Für die zivilrechtliche Beurteilung muss also gefragt werden, ob der Anspruch bestanden hätte, wäre er vom ursprünglich Anspruchsberechtigten geltend gemacht worden. Nun wäre niemand auf den Gedanken gekommen, die Geltendmachung und Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs nach dem erstversterbenden Elternteil durch das enterbte Kind selbst hätte gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, nur weil es dadurch seine Erbenstellung nach dem längerlebenden Elternteil verloren hätte. Hierbei hätte es sich um eine autonome Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten – bzw. seines Betreuers – gehandelt, die vom mit der Pflichtteilslast Beschwerten nicht zu beanstanden gewesen wäre. Entsprechend kann der Einwand des § 242 BGB auch dem Träger der Sozialhilfe nicht entgegengehalten werden.

Das Problem, mit dem sich das Landgericht im Urteil im Wesentlichen befasst, ist vielmehr eine Frage der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes „Überleitungsanzeige“. Dabei handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, die auch vom Schuldner des übergeleiteten Anspruchs mit Widerspruch und Anfechtungsklage – die jedoch keine aufschiebende Wirkung haben – angegriffen werden kann, § 90 Abs. 3 BSHG.¹⁸ Hier stellt sich in der Tat die Frage, ob der Träger der Sozialhilfe sein Ermessen richtig ausgeübt hatte, als er den Pflichtteilsanspruch auf sich überleitete. Diese Frage ist vom Zivilgericht jedoch nicht überprüfbar. Zwar entscheidet das für die Durchsetzung des übergeleiteten Pflichtteilsanspruchs zweifellos zuständige Landgericht den Rechtsstreit gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten. Die Entscheidung darüber, ob ein Verwaltungsakt rechtmäßig oder anfechtbar ist, ist dem Zivilgericht aber verschlossen. Auch ein anfechtbarer Verwaltungsakt kann nämlich Geltung beanspruchen. Die Überprüfung seiner Rechtmäßigkeit bleibt dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorbehalten.¹⁹ Da vorliegend eine Nichtigkeit der Überleitungsanzeige offensichtlich nicht in Betracht kommt, hätte das Landgericht lediglich die Möglichkeit gehabt, das Verfahren nach § 148 ZPO auszusetzen, bis die vorgefällige Rechtsfrage der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes „Überleitungsanzeige“ im Verwaltungsgerichtsweg ent-

schieden worden wäre, wenn die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen den Überleitungsbescheid im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren hergestellt worden wäre.²⁰ War der Verwaltungsakt bereits bestandskräftig, hätte das Landgericht – vorbehaltlich der nachstehend erörterten Frage der Überleitbarkeit eines nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs – der Klage stattgeben müssen.

2. Die Rechtmäßigkeit der Überleitung des Pflichtteilsanspruchs bei Bestehen einer Pflichtteilsstrafklausel

Für den Kautelarjuristen bleibt zu fragen, ob die rechtliche Wertung des Landgerichts – in öffentlich-rechtliche Kategorien übertragen – vor dem Verwaltungsgericht hätte Bestand haben können, ob also die Überleitung ermessensfehlerhaft war oder nicht, und, wenn ja, ob sie es über den konkreten Einzelfall hinaus in jedem denkbaren Fall wäre. Es stellt sich also die Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Überleitungsbescheides hinsichtlich des Pflichtteilsanspruchs bei angeordneter Pflichtteilsstrafklausel.

a. Sozialhilferechtliche Prüfungskriterien

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 26.11.1969²¹ einen – nicht abschließenden – Katalog sozialhilferechtlicher Grundsätze aufgestellt, die der Träger der Sozialhilfe in seine Ermessensentscheidung hinsichtlich der Überleitung eines Anspruchs gemäß § 90 Abs. 1 BSHG einstellen muss und deren Beachtung gerichtlich überprüfbar ist. Danach können der Grundsatz der Nachhaltigkeit, der Grundsatz der familiengerechten Hilfe gemäß § 7 BSHG sowie die Beratungspflicht nach § 8 Abs. 2 BSHG, die eine Betreuungspflicht einschließt, im Einzelfall das Absehen von der Überleitung gebieten. Auf der anderen Seite hat der Sozialhilfeträger das Gebot wirtschaftlicher und sparsamer Verwendung der öffentlichen Mittel zu berücksichtigen.²² Gemäß dem sozialhilferechtlichen Nachrangprinzip haben dabei Leistungen Dritter grundsätzlich Vorrang vor der Leistung von Sozialhilfe, § 2 Abs. 1 BSHG. Die Überleitung eines Anspruchs dient der Wiederherstellung dieses Zustandes. Im Regelfall ist danach die Überleitung ermessensgerecht.²³ Vorliegend kommt von den vorgenannten Kriterien allenfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz der Nachhaltigkeit oder der familiengerechten Hilfe in Betracht.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Nachhaltigkeit der Hilfe setzt voraus, dass die Überleitung die eigene Leistungsfähigkeit des Hilfeempfängers oder die Pflegebereitschaft eines Dritten, namentlich der Angehörigen, gefährdet und dadurch die Gefahr herbeigeführt wird, dem Hilfeempfänger alsbald weitere Hilfe gewähren zu müssen.²⁴ Im typischen Fall des gemeinschaftlichen Behindertentestaments werden diese Voraussetzungen jedoch gerade nicht vorliegen. Die Erbschaft nach dem längerlebenden Elternteil stellt für das Kind mit Behinderung wegen der angeordneten Beschränkungen – Nacherbschaft und Dauertestamentsvollstreckung mit bindender Verwaltungsanordnung – gerade kein Vermögen dar, aus dem Mittel für den grundlegenden Lebensbedarf entnommen werden können. Lediglich ein Extra-Unterhalt soll ermöglicht werden. Das Kind mit Behinderung bleibt vielmehr trotz der

¹⁷ Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 26.11.1969, BVerwGE 34, 219, 221 f.; BGH, Urteil vom 23.10.2002, MittBayNot 2003, 132, 133; VGH Mannheim, Urteil vom 6.9.1990, NJW 1991, 2922, 2922; Jehle/Schmitt/Hillermeier/Lorz, BSHG, 16. EL Juni 1994, § 90 Rdnr. 24 f.; Mergler/Zink, BSHG, 4. Aufl., 15. EL November 1993, § 90 Rdnr. 35/36.

¹⁸ Vgl. etwa OVG Münster, Urteil vom 18.11.1971, NDV 1973, 54, 54.

¹⁹ Vgl. statt aller BGH, Urteil vom 13.6.1957, BGHZ 24, 386, 391 f.; Jehle/Schmitt/Hillermeier/Lorz, § 90 Rdnr. 21, 25; Thomas/Putzo/Hüfstege, ZPO, 24. Aufl., § 13 GVG Rdnr. 25; Zöller/Gummer, ZPO, 23. Aufl., § 13 GVG Rdnr. 45 m. w. N. Umgekehrt ist es nicht Sache der Verwaltungsgerichte, Bestehen und Höhe des übergeleiteten Anspruchs nachzuprüfen; vgl. hierzu etwa BVerwG, Urteil vom 26.11.1969, BVerwGE 34, 219, 220; OVG Münster, Urteil vom 15.10.1991, NJW 1992, 1123, 1123 f.

²⁰ Vgl. hierzu LG Hannover, Urteil vom 24.2.1982, MDR 1982, 586.

²¹ BVerwG, Urteil vom 26.11.1969, BVerwGE 34, 219, 224.

²² Jehle/Schmitt/Hillermeier/Lorz, 20. EL Januar 1998, § 90 Rdnr. 17; Mergler/Zink, 28. EL März 2000, § 90 Rdnr. 15–18.

²³ Vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 6.9.1990, NJW 1991, 2922, 2922.

²⁴ Vgl. Jehle/Schmitt/Hillermeier/Lorz, § 90 Rdnr. 17.

Erbschaft nach dem längerlebenden Elternteil auf Sozialhilfe angewiesen. Solange der längerlebende Elternteil noch am Leben ist, stellt sich die Aussicht, nach diesem Erbe zu werden, darüber hinaus nur als Hoffnung dar. Eine hinreichende Gewähr auf zukünftigen Erwerb besteht gerade nicht. Dies um so mehr, als gerade beim Vorhandensein eines Kindes mit Behinderung von einer wechselbezüglichen Verfügung des längerlebenden Elternteils zugunsten des behinderten Kindes oder einer ervertraglichen Bindung regelmäßig dringend abzuraten ist. Sowohl das Pflichtteilsrecht als auch das Sozialhilferecht sind in der Diskussion, so dass der längerlebende Elternteil größtmögliche Handlungsfreiheit benötigt, um auf Rechtsänderungen reagieren zu können. Dies gilt in gleicher Weise für mögliche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse. Auch eine relevante Beeinträchtigung der Pflegebereitschaft des Anspruchschuldners, also im vorliegenden Fall der Geschwister des Hilfeempfängers als Erben des längerlebenden Elternteils, wird nur ganz ausnahmsweise anzunehmen sein. Sie wird jedenfalls dann ausscheiden, wenn – wie im vom LG Konstanz entschiedenen Fall – das Kind mit Behinderung nicht von seinen Angehörigen betreut wird, sondern unter Inanspruchnahme von Sozialhilfe in einem Pflegeheim lebt.

Auch eine Verletzung des Grundsatzes der familiengerechten Hilfe dürfte in der in Rede stehenden Konstellation regelmäßig ausscheiden. Nach § 7 BSHG sollen die besonderen Verhältnisse in der Familie des Hilfesuchenden berücksichtigt werden und die Sozialhilfe die Kräfte der Familie zur Selbsthilfe anregen und den Zusammenhalt der Familie festigen. Durch die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs – und sei es durch den Träger der Sozialhilfe – gerät der Hilfesuchende zwar in Widerspruch zum Willen beider Eltern, die durch die Pflichtteilsstrafklausel klar zum Ausdruck gebracht haben, dass sie ein Pflichtteilsverlangen nach dem Erstversterbenden nicht billigen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Überleitung und Geltendmachung von Ansprüchen im Familienkreis regelmäßig zu Beeinträchtigungen in den familiären Beziehungen führen wird, ohne allein deshalb gegen den Grundsatz der familiengerechten Hilfe zu verstoßen. Anderenfalls wären etwa die Geltendmachung von auf den Sozialhilfeträger nach § 91 Abs. 1 BSHG übergegangenen Unterhaltsansprüchen oder die Überleitung von Rückforderungsansprüchen nach § 528 BGB nur in seltenen Ausnahmefällen möglich. Außerdem muss auch hier eine Rolle spielen, ob der Hilfesuchende im Familienkreis lebt oder etwa in einer Einrichtung für behinderte Menschen. Lebt der Hilfesuchende in einer Einrichtung und sind die Familienkontakte auf unregelmäßige Besuche beschränkt, dürfte § 7 BSHG einer Überleitung regelmäßig nicht entgegenstehen. Insgesamt muss die Störung des Familienfriedens so erheblich und nachhaltig, der übergeleitete Anspruch im Vergleich dazu so geringfügig sein, dass ein Beharren auf dem grundsätzlichen Gebot wirtschaftlicher und sparsamer Bewirtschaftung der öffentlichen Mittel den Rahmen zulässiger Ermessensausübung sprengen würde. Dies wird nur in seltenen Ausnahmefällen der Fall sein und dürfte sich bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen in den seltensten Fällen prognostizieren lassen.

b. Weitere Prüfungskriterien

Wie ist nun aber die Argumentation des LG Konstanz einzuordnen, wonach die Überleitung ins Leere gehe, weil der Fall der Geltendmachung des übergeleiteten Pflichtteilsanspruchs durch den Sozialhilfeträger wegen der Wirkung auf die Erbenstellung nach dem Längerlebenden aufgrund der angeordneten Pflichtteilsstrafklausel im Ergebnis einer rechtlich ausgeschlossenen Ausschlagung durch den Sozialhilfeträger

gleichkomme? Hinter dem Vergleich mit der ausgeschlossenen Überleitbarkeit des Ausschlagungsrechts²⁵ steht wohl folgender Gedanke: Durch die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden vernichtet der Sozialhilfeträger wegen der Pflichtteilsstrafklausel zwangsläufig die Rechtsstellung des Hilfeempfängers als Erbe des längerlebenden Elternteils. Dem Hilfesuchenden bleibt anstelle des Erbteils lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf den Pflichtteil. Der Träger der Sozialhilfe zerstört damit eine durch Eigentums- bzw. Erbrechtsgarantie grundrechtlich geschützte Rechtsposition des Hilfeempfängers, Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.²⁶ Hier stellt sich die Frage, ob diese Grundrechtsbeeinträchtigung die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Überleitung und Geltendmachung ändert.

Zunächst ist hierzu festzuhalten, dass es im Hinblick auf die Vernichtung der Erbenstellung keiner eigenen oder zusätzlichen Rechtsgrundlage bedarf. § 90 Abs. 1 BSHG – die rechtliche Grundlage der Überleitung – reicht insofern als Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG aus.²⁷ Denn der Verlust der Erbenstellung ist nur mittelbare, atypische, nicht zielgerichtete und unvermeidbare Nebenfolge des eigentlich beabsichtigten und von § 90 Abs. 1 BSHG gedeckten Eingriffs. Nur der tatsächlich intendierte staatliche Eingriff bedarf jedoch einer eigenständigen Rechtsgrundlage, nicht auch die unbeabsichtigte und atypische Nebenfolge.²⁸

Gleichwohl ist die unbeabsichtigte Nebenfolge im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zu berücksichtigen.²⁹ Vorliegend ist also bei der Entscheidung über Überleitung und Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs auch zu beachten, dass der Hilfeempfänger seine Erbenstellung verliert. Das Interesse der Allgemeinheit an der Überleitung des Pflichtteilsanspruchs zur Herstellung des sozialhilferechtlichen Nachrangprinzips muss also auch ins Verhältnis gesetzt werden zum Verlust der Erbenposition für den Hilfeempfänger. Dabei dürfte jedoch zu Lasten des Hilfeempfängers eine Rolle spielen, dass die Verknüpfung zwischen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs und Verlust der Erbenstellung vom Erblasser bewusst getroffen wurde, der Konflikt also provoziert wurde.³⁰ Deshalb dürfte ein Überwiegen des Interesses des Hilfeempfängers an der Erbenstellung nur ganz ausnahmsweise anzunehmen sein. Soweit der Verlust der Erbenstellung also nicht den Rahmen des Verhältnismäßigen

²⁵ Vgl. hierzu statt aller *Bengel* (Fn. 10), Systematischer Teil E, Rdnr. 216; DNotI-Report 1996, 48, 53; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 62. Aufl., § 2306 Rdnr. 16; *Engelmann*, MittBayNot 1999, 509, 518; *Karpen*, MittRhNotK 1988, 131, 149; *D. Mayer* in *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl., 5. Kapitel Rdnr. 353; *J. Mayer*, DNotZ 1994, 347, 354 f.; *Nieder*, NJW 1994, 1264, 1266; *Pieroth*, NJW 1993, 173, 177; *Reimann*, MittBayNot 1990, 245, 248. A. A. nur *van de Loo*, MittRhNotK 1989, 233, 249 ff.; *ders.*, NJW 1990, 2852, 2856.

²⁶ Vgl. hierzu *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl., Art. 14 Rdnr. 90 ff.; *Vyas*, ZEV 2002, 1.

²⁷ Zur Inhalts- und Schrankenbestimmung durch administrativen Umsetzungsakt vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rdnr. 51; *Mangoldt/Klein/Depenheuer*, GG, 4. Aufl., Art. 14 Rdnr. 216.

²⁸ Vgl. hierzu *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rdnr. 30 f. und insbesondere 50; *Sachs/Wendt*, GG, 3. Aufl., Art. 14 Rdnr. 52 f., 121 f. Dies zeigt schon die vom BGH entwickelte, hier jedoch nicht einschlägige Rechtsfigur des enteignenden Eingriffs; vgl. dazu etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 27 Rdnr. 107 ff.

²⁹ Vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rdnr. 38 ff., 51; *Mangoldt/Klein/Depenheuer*, Art. 14 Rdnr. 232.

³⁰ Insofern könnte man auch bereits am mittelbaren Grundrechtseingriff zweifeln.

sprengt, kann der Sozialhilfeträger trotz Pflichtteilsstrafklausel den Pflichtteilsanspruch nach dem Erstversterbenden der Eltern auf sich überleiten.

Anders dürfte die Rechtslage zu beurteilen sein, wenn – anders als in der vom LG Konstanz entschiedenen Sache – der Sozialhilfeträger die Überleitung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden mit dem Ziel bewirkt, sich den Zugriff auf den Pflichtteil nach dem Längerlebenden zu verschaffen. In diesem Fall einer beabsichtigten Vernichtung der Erbenstellung nach dem Längerlebenden dürfte die Überleitung rechtswidrig sein, da § 90 BSHG keine Rechtsgrundlage hierfür bildet, ein zielgerichteter Eingriff in den Schutzbereich des Artikel 14 Abs. 1 GG jedoch stets einer konkreten rechtlichen Grundlage bedarf.³¹

Noch eindeutiger rechtmäßig als im vorliegenden Fall dürften Überleitung und Geltendmachung hingegen sein, wenn – wiederum anders als im Fall des LG Konstanz – bei Überleitung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden der andere Elternteil noch lebt. In dieser Situation dürfte ein Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Rechtsposition des Hilfeempfängers wegen der Erberwartung gegenüber dem längerlebenden Elternteil nicht in Betracht kommen. Die Erberwartung stellt nämlich nach herrschender Meinung lediglich eine grundrechtlich nicht geschützte Hoffnung dar.³²

Die Pflichtteilsstrafklausel wird also im Regelfall den Sozialhilfeträger nicht von der Überleitung und Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach dem erstversterbenden Elternteil abhalten können. Dieses Ergebnis kann letztlich kaum überraschen, könnte man doch ansonsten durch gezieltes Handeln unter Privaten die Überleitbarkeit und Geltendmachung aller möglichen Ansprüche ausschließen, etwa durch eine Übertragung von Eigentum unter der auflösenden Bedingung, dass Unterhaltsansprüche vom Sozialhilfeträger geltend gemacht werden. Es liegt auf der Hand, dass solche Gestaltungen sich grundsätzlich nicht zu Lasten der öffentlichen Hand auswirken können.

3. Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Pflichtteilsberechtigten als Voraussetzung für dessen Überleitbarkeit?

Von der Kammer nur angerissen wurde der Einwand der Beklagenseite, eine Überleitung des Pflichtteilsanspruchs sei nicht möglich, weil dieser vom Behinderten bzw. dessen gesetzlichen Vertreter nicht geltend gemacht wurde.³³

Die vom Gericht diskutierte Rechtsfrage ist in Literatur und Rechtsprechung nicht mehr umstritten. Nach inzwischen einhelliger Meinung³⁴ ist der Pflichtteilsanspruch unabhängig von seiner Geltendmachung überleitbar. Begründet wird dies zu Recht mit dem klaren Wortlaut des § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG, wonach der Übergang des Anspruchs nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass er nicht übertragen, verpfändet oder

gepfändet werden kann. § 852 Abs. 1 ZPO hindert die Überleitbarkeit also nicht. Nach § 2317 BGB entsteht der Pflichtteilsanspruch mit dem Erbfall, ohne dass es der Ausübung eines Gestaltungsrechts bedarf.

V. Pflichtteilsstrafklausel als trojanisches Pferd

Zusammenfassend kann man vor der Verwendung von Pflichtteilsstrafklauseln im gemeinschaftlichen Behindertentestament nur dringend warnen:

Die Verwendung von Pflichtteilsstrafklauseln im Behindertentestament ist nicht das ersehnte Kolumbus-Ei, sondern entpuppt sich aufgrund der dem „Alles-oder-nichts-Prinzip“ folgenden Strafklausele bei näherer Betrachtung in vielen Fällen als trojanisches Pferd. Durch die nur vermeintlich vorteilhafte Gestaltung kann nämlich nicht nur der Zugriff auf den Pflichtteilsanspruch nach dem erstversterbenden Elternteil nicht zuverlässig ausgeschlossen werden. Auch die übrigen Gestaltungen zugunsten des Kindes mit Behinderung werden durch die Bedingungsverknüpfung der Strafklausele bei Überleitung und Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zerstört und ermöglichen so dem Sozialhilfeträger auch den Zugriff auf den Pflichtteilsanspruch nach dem längerlebenden Elternteil. Das Kind mit Behinderung geht wirtschaftlich betrachtet leer aus. Die Fälle, in denen die Pflichtteilsstrafklausel den Zugriff auf den Pflichtteil verwehrt, dürften die große Ausnahme darstellen und bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen kaum vorhersehbar sein.

So hat auch im vorliegenden Fall der klagende Sozialhilfeträger inzwischen nicht nur Berufung gegen das Urteil des LG Konstanz eingelegt, sondern außerdem Klage wegen des Pflichtteilsanspruchs nach dem längerlebenden Elternteil erhoben.

³¹ Vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rdnr. 29 sowie 37.

³² Vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rdnr. 91 sowie zum Meinungsstand *Vyas*, *ZEV* 2002, 1, 4 ff. m. w. N.

³³ Offensichtlich hielt auch das zuständige Vormundschaftsgericht die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs für eine Voraussetzung für dessen Überleitbarkeit. Sonst hätte es nicht *nach* Überleitung der Ansprüche auf den Sozialhilfeträger einen Ergänzungsbetreuer bestellt, dessen Aufgabe darin bestand, über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden und die Ausschlagung der beschränkten Erbschaft nach dem längerlebenden Elternteil zu entscheiden. Der Ergänzungsbetreuer hatte die Geltendmachung abgelehnt.

³⁴ Vgl. statt aller *Bengel* (Fn. 10), Systematischer Teil E, Rdnr. 203; *Engelmann*, *MittBayNot* 1999, 509, 518; *dies.*, *MDR* 1999, 968, 972; *Karpen*, *MittRhNotK* 1988, 131, 148; *Littig/Mayer*, *Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten*, Rdnr. 294; *Nieder*, *NJW* 1994, 1264, 1266; *Reimann*, *MittBayNot* 1990, 248. Die vom Gericht zitierten Fundstellen befassen sich nicht mit der Frage der Überleitbarkeit nach § 90 Abs. 1 BSHG.

Vertretung und Genehmigungserfordernisse bei Rechtsgeschäften kirchlicher Vermögensträger in Bayern – Teil I: Evangelisch-Lutherische Kirche –

Von Notarassessor Dr. *Bernhard Seeger*, Würzburg

Die nachstehenden Ausführungen sollen als Arbeitshilfe für Rechtsgeschäfte dienen, an denen die Evangelisch-Lutherische Kirche in Bayern beteiligt ist. In einem zweiten Teil sollen die entsprechenden Probleme bei Geschäften unter Beteiligung der römisch-katholischen Kirche behandelt werden. Der Beitrag wurde in gekürzter Form als Arbeitshilfe in die Neuauflage des Handbuchs für das Notariat in Bayern und der Pfalz¹ aufgenommen.

A. Einführung

I. Kirchliche Vermögensträger

Die Evangelisch-Lutherische Kirche in Bayern gliedert sich in zahlreiche juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts. Der vorliegende Beitrag widmet sich nur den Kirchengemeinden, den Gesamtkirchengemeinden, den Dekanatsbezirken, den ortskirchlichen Stiftungen, den Pfründestiftungen und den sonstigen kirchlichen Stiftungen. Bei den genannten Rechtsträgern handelt es sich um *juristische Personen des öffentlichen Rechts* (vgl. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV);² die sonstigen kirchlichen Stiftungen können allerdings auch privatrechtlich ausgestaltet sein (vgl. Art. 29 Abs. 3 BayStG; § 3 Abs. 1 KirchlStG).

Was die *Rechtsgrundlagen* betrifft, ist zwischen kirchlicher und staatlicher Gesetzgebung zu unterscheiden. Vor allem folgende Kirchengesetze sind im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung: Die Kirchengemeindeordnung (KGO) in der Neufassung vom 12.1.2000³, die Dekanatsbezirksordnung (DBO) in der Neufassung vom 9.6.1976⁴, das im Zusammenhang mit der Reform des Stiftungsrechts neu gefasste Kirchengesetz über die kirchlichen Stiftungen (KirchlStG), welches am 1.1.2003 in Kraft getreten ist⁵, sowie die entsprechenden Ausführungsbestimmungen hierzu. An staatlicher Gesetzgebung sind insb. das Bayerische Stiftungsgesetz und das Kirchensteuergesetz zu beachten.

II. Beachtung der kirchlichen Vorschriften im staatlichen Recht

Nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV bleiben die Religionsgemeinschaften Körperschaften des öffentlichen Rechts, soweit sie es bisher waren. Anderen Religionsgemeinschaften sind auf ihren Antrag gleiche Rechte zu gewähren, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten. Auch kirchliche Stiftungen genießen den Schutz des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV.⁶

Aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV folgen für Kirchen und deren Untergliederungen, soweit diese den Status von Körperschaften des öffentlichen Rechts innehaben, besondere öffentlich-rechtliche Befugnisse. So sind die Kirchen aufgrund ihres öffentlich-rechtlichen Status in der Lage, ihre Vermögensangelegenheiten durch kirchliche Gesetzgebung zu ordnen.⁷ Das Kirchenvermögen ist von den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zwar nicht ausgenommen (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV),⁸ infolge der kirchlichen Rechtssetzungsbefugnis ist jedoch das kirchliche Recht auch im staatlichen Bereich zu beachten.⁹ Den kirchenaufsichtlichen Genehmigungserfordernissen kommt daher Außenwirkung zu, sie sind auch nach bürgerlichem Recht Wirksamkeitserfordernis des Rechtsgeschäfts und müssen vom Grundbuchamt beachtet werden.¹⁰ Solange die erforderliche Genehmigung nicht erteilt ist, ist das betreffende Geschäft schwebend unwirksam.¹¹

Ausfluss des öffentlich-rechtlichen Status der Kirchen ist ferner die Befugnis zur Vornahme amtlicher Beglaubigungen bzw. grundbuchmäßiger Erklärungen i. S. d. § 29 GBO.¹² Ferner sind die Kirchen selbstverständlich zur Regelung der Vertretungsbefugnisse ihrer Gliederungen berechtigt.¹³

⁷ Meyer (Fn. 6), § 33 I 1 (S. 918 f.); *Kirchhof* in Listl/Pirson (Fn. 6), § 22 IV 1 (S. 670 f.). Vgl. allgemein *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl. 1999, Art. 140 Rdnr. 5 b; *Morlok* (Fn. 6), Art. 140/Art. 137 Rdnr. 91.

⁸ *Fhr.* v. *Campanhausen*, Staatskirchenrecht, 3. Aufl. 1996, § 32 I (S. 311).

⁹ BayObLGE 1973, 328, 329; BayObLGE 1983, 325, 327, 331; OLG Braunschweig, Rpfleger 1991, 452 f.; LG Memmingen, Rpfleger 1990, 70; HansOLG Hamburg, MDR 1988, 860; *Demharter*, GBO, 24. Aufl. 2002, § 19 Rdnr. 139; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 4086.

¹⁰ OLG Hamm, Rpfleger 1994, 19; OLG Hamm, Rpfleger 1981, 60; OLG Braunschweig, Rpfleger 1991, 452 f.; LG Memmingen, Rpfleger 1990, 70; HansOLG Hamburg, MDR 1988, 860; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 4086; *Demharter*, § 19 Rdnr. 139; *Khan*, Rpfleger 1990, 71.

¹¹ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 4086; zum katholischen Kirchenrecht vgl. BayObLG, NJW-RR 1990, 476, 477; wohl auch HansOLG Hamburg, MDR 1988, 860 (zur Rechtslage in Hamburg); vgl. ferner *Zilles/Kämper*, NVwZ 1994, 109, 113. Für Annahme eines gesetzlichen Verbotes nach § 134 BGB allerdings Meyer (Fn. 6), § 33 I 4 c (S. 927); ebenso OLG Braunschweig, Rpfleger 1991, 452 f. (zum katholischen Kirchenrecht). Die Anwendung des § 134 BGB muss freilich nicht zwingend zur unheilbaren Nichtigkeit des Geschäfts führen; vgl. *Peglau*, NVwZ 1996, 767, 768.

¹² *Knothe* in Bauer/von Oefele, GBO, 1999, § 29 Rdnr. 102 m. w. N.; *Kirchhof* (Fn. 7), § 22 IV 1 (S. 674); Meyer (Fn. 6), § 33 I 4 b (S. 921); *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 140 Rdnr. 10 a; vgl. auch BayObLGZ 1954, 322, 325; OLG Hamm, Rpfleger 1994, 19.

¹³ Vgl. BayObLG, Rpfleger 2001, 486.

¹ Dort Nr. 350.

² Obwohl ein öffentliches Register nur für kirchliche Stiftungen existiert (vgl. § 19 KirchlStG), sollte an der „Grundbuchfähigkeit“ auch der übrigen Rechtsträger kein Zweifel bestehen.

³ KABI S. 64.

⁴ KABI S. 153, zuletzt geändert durch Kirchengesetz vom 3.12.1998, KABI 1999, S. 3.

⁵ KABI S. 16.

⁶ BVerfGE 46, 73, 86; BVerfGE 53, 366, 398; Meyer in Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1994, § 33 II (S. 931); konkret zu Art. 137 Abs. 5 WRV *Morlok* in Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 2000, Art. 140/Art. 137 Rdnr. 76.

B. Kirchengemeinden

Die *Kirchengemeinden* stellen die kleinste kirchliche Organisationseinheit der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern dar.¹⁴ Sie besitzen den Status von Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV; § 4 Abs. 2 KGO).¹⁵ Die Rechtsverhältnisse der Kirchengemeinden sind in der Kirchengemeindeordnung (KGO) geregelt.

Wie andere juristische Personen handeln die Kirchengemeinden durch ihre Organe. Beim Kirchenvorstand (§ 18 Abs. 1 KGO) handelt es sich um ein Kollegialorgan, dessen Größe von der Seelenzahl der Kirchengemeinde abhängt (§ 28 KGO). Der Kirchenvorstand setzt sich aus dem Pfarrer bzw. Pfarrverwalter und aus sog. Kirchenvorstehern zusammen (§ 27 Abs. 1 KGO),¹⁶ die von der Kirchengemeinde gewählt werden. Zu den Aufgaben des Kirchenvorstandes gehört unter anderem auch die Vertretung der Gemeinde (§ 18 Abs. 2 KGO). Vorsitzender des Kirchenvorstandes ist der mit der pfarramtlichen Geschäftsführung Betraute (§ 35 Abs. 1 Satz 1 KGO), also in der Regel der Pfarrer. Im Rechtsverkehr nach außen wird der Kirchenvorstand *alleine durch den Vorsitzenden vertreten* (§ 49 Abs. 1 KGO).

Der mit der pfarramtlichen Geschäftsführung Betraute ist gerade auch bei der Vertretung der Kirchengemeinde an die mehrheitlich gefassten (§ 43 Abs. 1 KGO) Beschlüsse des Kirchenvorstandes gebunden (vgl. § 49 Abs. 1 KGO). Der Nachweis über einen Beschluss des Kirchenvorstandes wird durch beglaubigten Auszug aus dem Protokollbuch geführt (Nr. 3 ABestKGOKV).

Schriftliche Willenserklärungen des Kirchenvorstandes müssen vom Vorsitzenden unterschrieben und mit dem Amtssiegel versehen sein (§ 49 Abs. 2 Hs. 1 KGO). Sie sollen auf den Beschluss des Kirchenvorstandes Bezug nehmen (§ 49 Abs. 2 Hs. 2 KGO). Bei *beurkundeten* Erklärungen ist allerdings § 67 BeurkG zu beachten. Nach dieser Vorschrift, die auch für die Kirche und ihre Gliederungen gelten soll,¹⁷ wird das Erfordernis der Beidrückung des Dienstsigels durch die öffentliche Beurkundung ersetzt. Bei den Erfordernissen des § 49 Abs. 2 KGO dürfte es sich – wie bei den entsprechenden Bestimmungen der Gemeindeordnung – nicht um Formerfordernisse i. S. d. § 125 BGB, sondern um Vertretungsregelungen handeln.¹⁸

Nach § 104 Abs. 1 KGO bedürfen u. a. folgende notarrelevante Rechtsgeschäfte der *Genehmigung der kirchlichen Aufsichtsbehörde*:

- Erwerb, Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, Erbbaurechten und anderen grundstücksgleichen Rechten (§ 104 Abs. 1 Nr. 1 KGO);
- Veräußerung oder wesentliche Veränderung von Sachen, die einen besonderen wirtschaftlichen, archivalischen, wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben (§ 104 Abs. 1 Nr. 2 KGO);
- Aufnahme und Gewährung von Darlehen; Aufnahme von Kassenkrediten nur, wenn die Summe der Kassenkredite ein Sechstel der haushaltsmäßigen Einnahmen übersteigt (§ 104 Abs. 1 Nr. 3 KGO);

¹⁴ *Frhr. v. Campenhausen* in: Listl/Pirson (Fn. 6), § 12 B I 1 (S. 386).

¹⁵ *Frhr. v. Campenhausen* (Fn. 14), § 12 A (S. 384).

¹⁶ Zum Ganzen vgl. *Frhr. v. Campenhausen* (Fn. 14), § 12 B I 2 (S. 387).

¹⁷ So *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 67 Rdnr. 2; *Huhn/v. Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 67 Rdnr. 3; *Neumayer*, RNotZ 2001, 249, 268.

¹⁸ *Neumayer*, RNotZ 2001, 249, 268; *Peglau*, NVwZ 1996, 767.

- Abschluss von Bürgschaftsverträgen und verwandten Rechtsgeschäften (§ 104 Abs. 1 Nr. 4 KGO);
- Verfügung über Baulastansprüche und Rechnisse, Abschluss oder Änderung von Verträgen über die Auseinandersetzung von Kirchen- und Schulvermögen (§ 104 Abs. 1 Nr. 6 KGO);
- Annahme von Schenkungen, Vermächtnissen und Erbschaften sowie sonstiger Zuwendungen und Zustiftungen, die mit Lasten oder Auflagen verknüpft sind oder die einem erweiterten oder anderen Zweck als das bedachte Vermögen dienen (§ 104 Abs. 1 Nr. 7 KGO);
- Errichtung oder Übernahme von Erwerbsunternehmungen oder erhebliche Beteiligung an solchen (§ 104 Abs. 1 Nr. 8 KGO);
- Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen aller Art zwischen einer ortskirchlichen Stiftung und einer anderen Stiftung, einer Kirchengemeinde oder einem Dekanatsbezirk oder einem Dekanatsbezirksverband (§ 104 Abs. 1 Nr. 9 KGO).

Was gemäß § 104 Abs. 1 KGO für die Veräußerung oder sonstige Verfügung bestimmt ist, gilt auch, wenn eine Verpflichtung zu einer solchen Verfügung eingegangen wird (§ 104 Abs. 2 KGO). Beschlüsse, für die eine kirchenaufsichtliche Genehmigung erforderlich ist, werden erst rechtswirksam, wenn diese erteilt ist (§ 103 KGO).

Zuständige Aufsichtsbehörde ist gemäß § 102 Abs. 1 KGO i.V.m. Nr. 3 LKStV grundsätzlich die Evangelisch-Lutherische Landeskirchenstelle in Ansbach (Postanschrift: Bischof-Meiser-Straße 16, 91522 Ansbach). Der Landeskirchenrat (Postanschrift: Meiserstraße 13, 80333 München) ist jedoch zuständig für die Erteilung der Genehmigung im Falle des § 104 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 9 KGO (Nr. 3 d Nr. 1 LKStV) sowie in den übrigen Fällen des § 104 Abs. 1 KGO, wenn der Wert des Gegenstandes, auf den sich die Genehmigung bezieht, mehr als 200.000 DM beträgt (Nr. 3 d Nr. 3 LKStV). Ferner ist die Zuständigkeit des Landeskirchenrats bei Kirchengemeinden gegeben, die zu einer Gesamtkirchengemeinde gehören (Nr. 3 a LKStV).¹⁹ Allerdings wird die Aufsicht über die kirchlichen Stiftungen grundsätzlich durch das *Landeskirchenamt* (Postanschrift: Meiserstraße 13, 80333 München) im Auftrag des Landeskirchenrates aufgrund des jeweiligen Beschlusses über den Geschäftsverteilungsplan wahrgenommen.

C. Gesamtkirchengemeinden

Bei den *Gesamtkirchengemeinden* handelt es sich um Zusammenschlüsse benachbarter Kirchengemeinden innerhalb eines Dekanatsbezirks, die zur Erfüllung bestimmter ortskirchlicher Aufgaben gebildet werden (§ 86 Abs. 1 KGO). Für sie gelten die auf Kirchengemeinden anzuwendenden Vorschriften entsprechend (§ 86 Abs. 5 KGO). Auch die Gesamtkirchengemeinden besitzen daher den Status von Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV; § 86 Abs. 5 KGO i.V.m. § 4 Abs. 2 KGO).

Die Gesamtkirchengemeinde wird durch die Gesamtkirchenverwaltung (§ 89 Abs. 1 KGO) bzw. durch beschließende Ausschüsse (§ 92 KGO) vertreten. Bei der Gesamtkirchenverwaltung handelt es sich um ein Kollegialorgan, das durch Pfarrer und Kirchenvorsteher besetzt wird, die von den beteiligten

¹⁹ Vgl. die Mitteilung des Evangelisch-Lutherischen Landeskirchenrats, MittBayNot 1970, 69.

Kirchengemeinden entsandt werden (vgl. § 89 Abs. 2 KGO). Im Rechtsverkehr nach außen wird die Gesamtkirchenverwaltung *durch den Vorsitzenden vertreten* (§ 86 Abs. 5 KGO i.V.m. § 49 Abs. 1 KGO), der somit alleine für die Gesamtkirchengemeinde handelt. Vorsitzender ist bei Gesamtkirchengemeinden mit Dekanatsitz der Dekan, andernfalls ein von der Kirchenverwaltung gewählter Pfarrer (§ 90 Abs. 1 KGO).

Hinsichtlich der Formvorschriften und der Bindung an Beschlüsse der Gesamtkirchenverwaltung gilt das zu den Kirchengemeinden Gesagte. Zur Genehmigungsbedürftigkeit von Rechtsgeschäften verweist § 86 Abs. 5 KGO auf § 104 KGO. Es kann auch hier auf die Ausführungen zu den Kirchengemeinden verwiesen werden.²⁰ Zuständige Aufsichtsbehörde ist allerdings – anders als bei den Kirchengemeinden – der Landeskirchenrat (Nr. 3 a LKStV) bzw. das von diesem hierzu grundsätzlich beauftragte Landeskirchenamt.²¹

Gesamtkirchengemeinden bestehen derzeit in Ansbach, Aschaffenburg, Augsburg, Bamberg, Bayreuth, Coburg, Erlangen, Fürth, Hof, Ingolstadt, Kempten, Kulmbach, Landshut, Memmingen, München, Neu-Ulm, Nürnberg, Regensburg, Schweinfurt und Würzburg.

D. Dekanatsbezirke

Rechtsgrundlage für die *Dekanatsbezirke* ist die Dekanatsbezirksordnung (DBO). Die Dekanatsbezirke, die alle Kirchengemeinden ihres Bereichs umfassen (§ 1 Abs. 1 DBO), stehen als „Mittelstufe“ zwischen Kirchengemeinden und Landeskirche.²² Auch hierbei handelt es sich um Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV; § 1 Abs. 2 DBO).

Ähnlich wie die Kirchengemeinde verfügt der Dekanatsbezirk mit dem *Dekanatsausschuss* über ein Kollegialorgan (§ 26 Abs. 1 DBO). Dieses setzt sich aus dem Dekan als Vorsitzenden und acht bis vierzehn weiteren Mitgliedern zusammen (§ 23 Abs. 1 DBO). Der Dekanatsausschuss verwaltet das Vermögen des Dekanatsbezirkes (§ 26 Abs. 3 e DBO) und vertritt diesen gerichtlich und außergerichtlich (§ 26 Abs. 1 Satz 2 DBO). Nach außen wird der Dekanatsausschuss wiederum *vom Dekan als Vorsitzendem vertreten* (§ 29 Abs. 1 Satz 3 DBO), der alleine für den Dekanatsbezirk handelt. Der Dekan hat darauf zu achten, dass die Beschlüsse der Dekanatsynode und des Dekanatsausschusses ausgeführt werden (§ 26 Abs. 1 Satz 2 DBO).

Insbesondere folgende Geschäfte der Dekanatsbezirke unterliegen einem *Genehmigungserfordernis* (§ 42 Abs. 1 DBO):

- Erwerb, Veräußerung und dingliche Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten (§ 42 Abs. 1 Nr. 1 DBO);
- Geschäfte, deren Gesamtkostenaufwand eine durch Verordnung zu bestimmende Summe übersteigt (wobei eine entsprechende Verordnung noch nicht erlassen wurde) oder an denen ein Mitglied des Dekanatsausschusses beteiligt ist (§ 42 Abs. 1 Nr. 2 DBO);
- Aufnahme von Darlehen mit Ausnahme von kurzfristigen Kassenkrediten, wenn diese ein Sechstel des haushaltsmäßigen Einnahmesolls nicht übersteigen, ferner Abschluss von Bürgschaftsverträgen oder ähnlichen Rechtsgeschäften (§ 42 Abs. 1 Nr. 3 DBO);

- Veräußerung oder wesentliche Veränderung von Sachen, die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben, besonders von Archiven und Registraturen sowie Teilen von solchen (§ 42 Abs. 1 Nr. 4 DBO);
- Errichtung und Übernahme von Erwerbsunternehmen oder erhebliche Beteiligung an solchen (§ 42 Abs. 1 Nr. 5 DBO).

Die Vorschriften für die Veräußerung oder sonstige Verfügung nach § 42 Abs. 1 DBO gelten auch, wenn eine Verpflichtung zu einer solchen Verfügung eingegangen wird (§ 42 Abs. 2 DBO). Beschlüsse nach § 42 Abs. 1 und 2 DBO werden erst mit Erteilung der Genehmigung rechtswirksam und dürfen vorher nicht vollzogen werden (§ 42 Abs. 4 DBO). Für die Erteilung der Genehmigung ist der Landeskirchenrat bzw. das von diesem hierzu grundsätzlich beauftragte Landeskirchenamt²³ zuständig (§ 42 Abs. 1 DBO).

E. Kirchliche Stiftungen

I. Allgemeines

Das Kirchenvermögen der evangelischen Landeskirchen ist in erheblichem Umfang Stiftungsvermögen.²⁴ An Stiftungen des öffentlichen Rechts existieren die *ortskirchlichen Stiftungen*, für die nicht das am 1.1.2003 in Kraft getretene Kirchliche Stiftungsgesetz (KirchlStG), sondern die §§ 63 ff. KGO gelten (§ 1 Abs. 3 KirchlStG). Von den ortskirchlichen Stiftungen sind die *Pfründestiftungen* und die *sonstigen kirchlichen Stiftungen* zu unterscheiden, deren Rechtsverhältnisse im Kirchlichen Stiftungsgesetz geregelt sind (§ 1 Abs. 2 KirchlStG) und für die von der kirchlichen Stiftungsbehörde ein Stiftungsverzeichnis geführt wird (§ 19 Abs. 1 KirchlStG). Für alle Formen rechtsfähiger kirchlicher Stiftungen, auch für privatrechtlich organisierte, gilt zudem das Bayerische Stiftungsgesetz.²⁵

II. Ortskirchliche Stiftungen (Kirchenstiftungen, besondere Kultusstiftungen)

Das für den laufenden Bedarf des örtlichen Kirchenwesens bestimmte Kirchenvermögen wurde in Bayern vielfach zu *Kirchenstiftungen* (vgl. Art. 29 Abs. 1 Satz 2 BayStG) zusammengefasst.²⁶ Nachdem die Kirchengemeinden als selbständige juristische Personen etabliert wurden und damit selbst als Rechtsträger des kirchlichen Vermögens fungierten, ist die Bedeutung der ortskirchlichen Stiftungen „verblasst“²⁷. Die ortskirchlichen Stiftungen – sie werden auch als Kirchenstiftungen oder besondere Kultusstiftungen bezeichnet (vgl. § 63 Abs. 1 Satz 2 KGO) – sind grundsätzlich aufzuheben; neue Kirchenstiftungen dürfen nicht mehr errichtet werden (§ 64 Abs. 1 Satz 1 KGO). Ortskirchliche Stiftungen wurden daher zahlenmäßig zurückgedrängt.²⁸ Trotz der gesetzlichen Auf-

²² Vgl. *Böttcher* in *Frhr. v. Campenhausen/Riedel/Spangenberg/Sebott* (Hrsg.), *Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht*, 2. Aufl. 2000, Stichwort: Dekanat (S. 381); *Frhr. v. Campenhausen* (Fn. 14), § 12 C I (S. 388).

²³ Vgl. oben B.

²⁴ *Meyer* (Fn. 6), § 33 II (S. 930).

²⁵ *Meyer* (Fn. 6), § 33 II (S. 934).

²⁶ *Meyer* (Fn. 6), § 33 I 4 b (S. 923).

²⁷ *Achilles* in *Frhr. v. Campenhausen/Riedel/Spangenberg/Sebott* (Fn. 22), Stichwort: „Kirchenstiftung“ (S. 526).

²⁸ *Voll/Störle*, *Bayerisches Stiftungsgesetz*, 3. Aufl. 1998, Art. 30 Rdnr. 4.

²⁰ Vgl. oben B.

²¹ Vgl. oben B.

lösungspflicht wurden nach Auskunft der evangelisch-lutherischen Landeskirchenstelle seit Mitte der 70er Jahre orts-kirchliche Stiftungen nicht mehr aufgehoben, da häufig Rechte Dritter entgegenstehen bzw. unnötige Kosten verursacht würden. Der Fortbestand ortskirchlicher Stiftungen führt zu keinem nennenswerten Verwaltungsaufwand.

Bei den ortskirchlichen Stiftungen handelt es sich um Stiftungen des öffentlichen Rechts (§ 63 Abs. 2 KGO i.V.m. § 4 Abs. 2 KGO). Die Verwaltung und Vertretung des ortskirchlichen Stiftungsvermögens obliegt dem Kirchenvorstand, soweit nicht besondere Stiftungsorgane bestehen (§ 22 Abs. 4 KGO). Im Übrigen gelten für die ortskirchlichen Stiftungen die Bestimmungen über die Verwaltung des Kirchengemeindevermögens entsprechend (§ 63 Abs. 2 KGO). Die Vertretung nach außen erfolgt somit wie bei den Kirchengemeinden durch den mit der pfarramtlichen Geschäftsführung Betrauten als Vorsitzenden des Kirchenvorstandes, also in der Regel durch den Pfarrer (§ 63 Abs. 2 KGO i.V.m. § 49 Abs. 1 KGO). Hinsichtlich der Einzelheiten kann auf die Ausführungen zu den Kirchengemeinden verwiesen werden.²⁹

Was die *Genehmigungserfordernisse* bei Rechtsgeschäften und die zuständigen Aufsichtsbehörden betrifft, kann wegen § 63 Abs. 2 KGO ebenfalls auf die Ausführungen zu den Kirchengemeinden verwiesen werden. Zuständig ist also grundsätzlich die Landeskirchenstelle. Der Landeskirchenrat bzw. das von diesem hierzu grundsätzlich beauftragte Landeskirchenamt³⁰ ist insbesondere dann zuständig, wenn die ortskirchliche Stiftung einer Gesamtkirchengemeinde angehört oder durch eine Kirchengemeinde verwaltet wird, die einer Gesamtkirchengemeinde angehört.

III. Pfründestiftungen und sonstige kirchliche Stiftungen

Die *Pfründestiftungen* wurden dazu geschaffen, mit ihren Nutzungen und Erträgen zum Unterhalt des Pfarrstelleninhabers beizutragen.³¹ Bei ihnen handelt es sich um Stiftungen des öffentlichen Rechts. *Sonstige kirchliche Stiftungen* sind solche, die weder ortskirchliche Stiftungen noch Pfründestiftungen sind. Sie können öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sein (vgl. Art. 29 Abs. 3 BayStG, § 3 Abs. 1 KirchlStG). Auf die Pfründestiftungen (§ 1 Abs. 2 KirchlStG) und die allgemeinen kirchlichen Stiftungen sind die Vorschriften des Kirchengesetzes über die kirchlichen Stiftungen anzuwenden (§ 1 Abs. 1 KirchlStG).

Die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der *Pfründestiftungen* erfolgt weiterhin gem. Art. 4 PfründeStVG durch den Evangelisch-Lutherischen Pfründestiftungsverband, Körperschaft des öffentlichen Rechts (Postanschrift: Meiserstraße 11–13, 80333 München). Im Übrigen gelten hinsichtlich der Stiftungsorgane für Stiftungen des *öffentlichen Rechts* gem. § 5 Abs. 2 KirchlStG die §§ 26, 30 BGB sowie die §§ 27 Abs. 3, 28 Abs. 1 BGB, letztere aber nur, soweit sich aus der Stiftungssatzung nichts anderes ergibt. Demnach werden die kirchlichen Stiftungen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform durch einen Vorstand vertreten (§ 26 BGB), der aus einer oder mehreren Personen bestehen kann (§ 28 Abs. 1 BGB). Die

Vertretungsmacht kann durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden (§ 26 Abs. 2 BGB). Soweit Satzungen verloren gegangen sind oder schriftliche Satzungen nicht bestanden, müssen die zuständigen Organe eine Satzung aufstellen (§ 4 Abs. 3 KirchlStG). Vor 1955 errichtete Pfründestiftungen, bei denen eine Stiftungssatzung nicht verfügbar ist, bedürfen allerdings keiner Satzungerneuerung; das Nähere hierzu regelt eine Verordnung (§ 4 Abs. 4 KirchlStG). Für kirchliche Stiftungen des *bürgerlichen Rechts* gilt § 86 BGB (§ 5 Abs. 1 KirchlStG). Die Vertretung erfolgt also durch einen Vorstand, soweit sich aus der Verfassung der Stiftung nichts anderes ergibt.

Besondere Formvorschriften für die Vornahme von Rechtsgeschäften bestehen nicht. Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 KirchlStG bedürfen u. a. folgende notarrelevante Rechtsgeschäfte einer *Genehmigung* durch die kirchliche Stiftungsbehörde:

- Annahme von Zustiftungen, die mit einer Last verknüpft sind, welche nachhaltig den Wert der Stiftung übersteigt, oder die einem erweiterten oder anderen Zweck als die Hauptstiftung dienen (§ 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KirchlStG);
- Erwerb, Veräußerung oder Belastung von Eigentum oder beschränkt dinglichen Rechten an Grundstücken oder Verfügungen über ein Reichnis, sofern diese den Wert von 10 % des zuletzt ausgewiesenen Vermögens übersteigen (§ 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KirchlStG);
- Veräußerung oder wesentliche Änderung von Sachen, die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben, besonders Archive und Registraturen sowie Teile von solchen (§ 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KirchlStG);
- Errichtung oder Übernahme von Erwerbsunternehmungen oder erhebliche Beteiligung an solchen (§ 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KirchlStG).

Die Regelungen über Veräußerungen und sonstige Verfügungen gelten auch für die Eingehung einer *Verpflichtung* zu einer solchen Verfügung (§ 18 Abs. 1 Satz 2 KirchlStG). Für die in § 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 5 KirchlStG aufgeführten Rechtsgeschäfte kann von der kirchlichen Stiftungsbehörde eine allgemeine Genehmigung erteilt werden (§ 18 Abs. 3 KirchlStG). Für den Evangelisch-Lutherischen Pfründestiftungsverband und die von ihm verwalteten Pfründestiftungen können Ausnahmen und abweichende Regelungen in einer Verordnung getroffen werden (§ 18 Abs. 4 KirchlStG). Eine solche Verordnung soll erst 2004 erlassen werden. Zuständige Genehmigungsbehörde ist die kirchliche Stiftungsaufsichtsbehörde und somit der Landeskirchenrat (§ 9 Abs. 2 Satz 1 KirchlStG) bzw. das von diesem hierzu grundsätzlich beauftragte Landeskirchenamt.³² Der Landeskirchenrat kann Aufgaben auch auf nachgeordnete kirchliche Dienststellen übertragen (§ 9 Abs. 2 Satz 2 KirchlStG). Gem. Nr. 3 lit. b der Verordnung über die Evangelisch-Lutherische Landeskirchenstelle in Ansbach vom 15.3.1930³³ ist die Landeskirchenstelle durch Beschluss des Landeskirchenrates vom 12.5.1998 mit der Wahrnehmung der Aufgaben als Stiftungsaufsichtsbehörde für die sonstigen kirchlichen Stiftungen beauftragt.³⁴

²⁹ Vgl. oben B.

³⁰ Vgl. oben B.

³¹ Meyer (Fn. 6), § 33 I 4 b (S. 923); Voll/Störle, Art. 30 Rdnr. 4.

³² Vgl. oben B.

³³ KABI S. 19, zuletzt geändert am 8.5.1998, KABI S. 170.

³⁴ Bek. vom 12.5.1998, KABI S. 170, ber. S. 226.

Ergebnisse einer statistischen Erhebung zur Praxis der Vertragsgestaltung bei der GmbH

Von Notar Dr. *Robert Walz*, LL.M., Ingolstadt

Der Bayerische Notarverein e.V. hat für das GmbH-Recht eine statistische Erhebung durchgeführt. Es ging um die Frage, welche Praxisbedeutung dem nicht vom Notar erstellten Urkundenentwurf zukommt. Solche Entwürfe werden üblicherweise als Fremdentwürfe bezeichnet. Die Untersuchung bezog sich auf die GmbH, nachdem Fremdentwürfe hier – anders als etwa im Grundstücks-, Erb- und Familienrecht – überhaupt eine messbare Rolle spielen.

Es wurde ermittelt, wie viele Fremdentwürfe ein Notar durchschnittlich beurkundet. Dabei unterschied der Fragebogen die wichtigsten gesellschaftsrechtlichen Vorgänge und fragte jeweils nach dem in Prozent ausgedrückten Anteil an Fremdentwürfen.

Der Fragebogen sah keinen Raum für schriftliche Erläuterungen vor. Gleichwohl fügten eine ganze Reihe der Befragten längere oder kürzere Anmerkungen an oder hinzu. Zumeist wurde erläutert, dass die von den Beteiligten vorgelegten Fremdentwürfe in der Praxis nicht verwendet werden können, weil sie zu wenig an den Einzelfall angepasst seien, häufig aber auch Rechtsfehler enthielten.

Alle 555 in Bayern und der Pfalz amtierenden Notare wurden um Mitwirkung gebeten. 476 reichten den ausgefüllten Fragebogen ein. Dies entspricht einem Anteil von 86 Prozent. Im Folgenden werden die Fragen (im Wortlaut) und die jeweiligen Ergebnisse wiedergegeben.

Fragestellung	Ergebnis
1. Anteil von Fremdentwürfen bei Urkunden über die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen	2,93 %
2. Anteil von Fremdentwürfen bei Urkunden zur Gründung einer GmbH	
a) Urkundenmantel <i>und</i> Satzung als Fremdentwurf	1,81 %
b) Nur die Satzung als Fremdentwurf	7,78 %
c) Begleitende Registeranmeldung als Fremdentwurf	1,31 %
3. Anteil von Fremdentwürfen bei Satzungsänderungen	
a) Beschluss	2,2 %
b) Begleitende Registeranmeldung als Fremdentwurf	0,8 %
4. Anteil von Fremdentwürfen bei Umwandlungsvorgängen	
a) Beschlüsse	5,97 %
b) Begleitende Registeranmeldung als Fremdentwurf	1,93 %

Als Fremdentwürfe sind auch diejenigen Fälle erfasst, in denen ein Notar eine Urkunde entwirft, die dann – aus welchen Gründen auch immer – durch einen anderen Notar, dann als Fremdentwurf, beurkundet wird.

SONDERREIHE „AUSLANDSIMMOBILIEN IN DER NOTARIELLEN PRAXIS“

Immobilienerwerb in Schweden

Von Advokat und Rechtsanwalt Dr. *Sascha Schaeferdieck**, Stockholm

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über den Erwerb von Grundbesitz in Schweden. Im ersten Teil werden Grundlagen des schwedischen Grundstücksrechts erläutert (Arten des Grundeigentums, Eigentumserwerb, Grundstücksrechte und Grundstücksregisterwesen). Der zweite Teil enthält eine ausführliche Darstellung des Grundstückskaufvertrages nach schwedischem Recht (Vorbereitung, Inhalt und Abwicklung), während im dritten Teil kurz mit dem Immobilienerwerb zusammenhängende Kosten, Gebühren und Steuern dargestellt werden. Schließlich fasst der vierte Teil erbrechtliche Fragen des Immobilienerwerbs in Schweden zusammen.

I. Grundlagen des schwedischen Grundstücksrechts

1. Arten des Grundeigentums

Die wichtigsten grundstücksrechtlichen Regelungen sind in Schweden in einem eigenen Gesetz, dem *Jordabalken* aus dem Jahre 1970 (nachfolgend „JB“), enthalten. Die Befugnis des Eigentümers eines Grundstücks (*fastighet*), frei über das Grundstück zu verfügen, ist in Schweden im Gemeininteresse stark eingeschränkt worden.¹ Eine allgemeine Beschränkung ist das sogenannte Jedermannsrecht (*allemansrätt*), das – wenn auch in gewissen Grenzen – jedermann das Recht gibt, Grundstücke Dritter zu betreten und beispielsweise Beeren, Pilze oder Blumen zu pflücken.² Besondere Beschränkungen gelten für Grundstücke mit Wald, Rohstoffen und Nähe zum Wasser sowie aufgrund nachbarschutzrechtlicher und immissionsrechtlicher Bestimmungen.³ In bestimmten Fällen steht der Gemeinde, in der ein verkaufte Grundstück belegen ist, ein Vorkaufsrecht zu.⁴ Für den Erwerb bestimmter Grundstücke – insbesondere landwirtschaftlich genutzter sowie solcher mit Mietshäusern – ist eine behördliche Genehmigung erforderlich.⁵

Neben Alleineigentum an einem Grundstück⁶ kann auch Miteigentum mehrerer Personen begründet werden, wobei den Miteigentümern jeweils ein bestimmter ideeller Anteil zusteht. Verfügungen über das Grundstück bedürfen der Zustimmung sämtlicher Miteigentümer. Besondere Beschränkungen sind zu beachten, wenn ein Grundstück im Miteigentum von Ehegatten oder Mitgliedern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft steht.

Eine weitere Form des Eigentums ist die sogenannte Eigentumsgemeinschaft (*egendomsgemenskap*), die dem Gesamthandseigentum entspricht. Diese Form des Eigentums besteht zwischen den Gesellschaftern einer so genannten einfachen Gesellschaft (*enkelt bolag*), dem Pendant zur BGB-Gesell-

schaft des deutschen Rechts. Da die einfache Gesellschaft selbst nicht rechtsfähig ist, stehen zum Gesellschaftsvermögen gehörende Vermögensgegenstände im Eigentum der Gesellschafter in Eigentumsgemeinschaft. Im Innenverhältnis der Gesellschafter darf kein Gesellschafter ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter über zum Gesellschaftsvermögen gehörende Vermögensgegenstände verfügen.

Im Unterschied zum deutschen Recht kann in Schweden kein direktes Eigentum an Wohnungen begründet werden.⁷ Allerdings ist es möglich, ein unbefristetes Nutzungsrecht an einer Wohnung (*bostadsrätt*) zu erwerben, wenn das betreffende Wohnhaus und das Grundstück im Eigentum einer sogenannten Wohnungsrechtsvereinigung (*bostadsrättsförening*) stehen.⁸ Das Wohnungsrecht wird durch den Erwerb eines Anteiles an der Wohnungsrechtsvereinigung erworben. Mit dem Weiterverkauf des Gesellschaftsanteils erlischt das Wohnungsrecht.

2. Der Eigentumserwerb im schwedischen Grundstücksrecht

a. Eigentumsübertragung

Nach schwedischem Recht geschieht die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück durch den Abschluss eines Grundstückskaufvertrages.⁹ Sobald die Parteien ihre Unterschrift unter den Grundstückskaufvertrag gesetzt haben, geht das Eigentum an dem Grundstück auf den Käufer über, wenn nicht der Kaufvertrag eine aufschiebende Bedingung enthält. Der Käufer ist zwar verpflichtet, den Eigentumsübergang binnen drei Monaten nach Vertragsschluss zur Eintragung in das Grundstücksregister anzumelden.¹⁰ Die Eintragung in das Grundstücksregister hat jedoch lediglich deklaratorische Wirkung. Enthält der Kaufvertrag – wie üblicherweise – eine Bestimmung, die den Kauf vom Eintritt einer Bedingung abhängig macht, geht das Eigentum an dem Grundstück erst mit

* Kanzlei *Coudert Brothers Advokatbyrå*, Stockholm.

¹ *Tiberg/Sterzel/Cronhult*, Swedish Law, 1994, S. 151.

² Vgl. im Einzelnen *Malmström/Agell*, *Civilrätten*, 2001, S. 227.

³ *Malmström/Agell* (Fn. 2), S. 228 f.

⁴ Rechtsgrundlage ist das Vorkaufsgesetz (1967:868).

⁵ Näher unten I. 2. a.

⁶ Zur Frage, welche Gegenstände Zubehör (*tillbehör*) eines Grundstücks sind, vgl. Kap. 2 JB und die Darstellung in *Malmström/Agell* (Fn. 2), S. 218 ff.

⁷ Es hat in Schweden in der Vergangenheit Diskussionen gegeben, die Möglichkeit zum Kauf von Eigentumswohnungen einzuführen. Gesetzesvorschläge in diese Richtung (SOU 1982:40) fanden jedoch keine Mehrheit im schwedischen Parlament.

⁸ Rechtsgrundlage ist das Gesetz über das Wohnungsrecht (1991:614).

⁹ Kap. 4 § 1 JB. Dem schwedischen Recht ist die Trennung von schuldrechtlichem und sachenrechtlichem Geschäft fremd. Es wird daher nicht zwischen Kauf und Eigentumsübertragung unterschieden.

¹⁰ Unten I. 2. c.

Eintritt der Bedingung über. In einem solchen Fall erstellen die Parteien bei Bedingungseintritt üblicherweise eine zweite Urkunde, den sog. Kaufbrief (*köpebrev*), mit dessen Unterzeichnung das Eigentum übergeht.

Auch wenn der Kaufvertrag eine aufschiebende Bedingung enthält, ist der Käufer bereits mit Abschluss des Grundstückskaufvertrages berechtigt, unter Vorlage des Kaufvertrages die Eigentumsbeschreibung im Grundstücksregister zu beantragen. Die Eintragungsbehörde erklärt den Antrag auf Eintragung allerdings für ruhend, solange nicht die Vorlage des Kaufbriefes erfolgt ist.¹¹ Ein entsprechender Eintrag im Grundstücksregister schützt den Käufer vor einem gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten.

Für den Erwerb bestimmter Grundstücke ist eine behördliche Genehmigung erforderlich. Dies gilt insbesondere für Grundstücke, die landwirtschaftlich genutzt werden,¹² sowie für solche, auf denen Mietshäuser errichtet wurden.¹³

b. Form des Grundstückskaufvertrages

Der Kaufvertrag über den Erwerb eines Grundstücks ist in schriftlicher Form abzuschließen.¹⁴ Dabei wird ein bestimmter Mindestinhalt des Grundstückskaufvertrages zu dessen Wirksamkeit verlangt.¹⁵ Im Unterschied zum deutschen Recht besteht keine Pflicht, den Grundstückskaufvertrag beurkunden zu lassen. Notare werden bei Grundstücksgeschäften nicht eingeschaltet.¹⁶ Auch Anwälte (*advokater*) werden in Schweden nur bei größeren Grundstücksgeschäften beauftragt. Stattdessen wird regelmäßig ein Grundstücksmakler (*fastighetsmäklare*) eingeschaltet, der das Grundstück vermittelt und den Parteien zugleich bei der Errichtung der Vertragsurkunde und dem Vollzug des Vertrages behilflich ist. Anders als in Deutschland ist der Grundstücksmakler nicht Interessenvertreter einer Partei, sondern hat – jedenfalls nach dem Gesetz – die Stellung eines unparteiischen Mittelsmannes, dem sowohl der Verkäufer als auch der Käufer vertrauen können sollen. Die Mitwirkung eines Maklers bei Grundstücksgeschäften ist nicht zwingend vorgeschrieben. Es ist daher in Schweden nicht ungewöhnlich, dass Käufer und Verkäufer eines Grundstücks den Kaufvertrag ohne jegliche Mitwirkung Dritter verhandeln und abschließen.

c. Eintragung in das Grundstücksregister

Wie gesehen, ist die Eintragung im Grundstücksregister nach schwedischem Recht keine Voraussetzung für den Übergang

des Eigentums an einem Grundstück. Den Käufer trifft allerdings die Verpflichtung, innerhalb von drei Monaten nach dem Eigentumserwerb (d. h. nach Unterzeichnung des Kaufvertrages oder, im Falle einer aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung, nach Eintritt der Bedingung) die Eintragung des Erwerbs in das Grundstücksregister zu beantragen.¹⁷ Wie weiter unten im Einzelnen dargelegt,¹⁸ hat der Käufer – vor allem zur Vermeidung gutgläubigen Erwerbs – ein erhebliches Interesse daran, möglichst bald nach Abschluss des Grundstückskaufvertrages den Antrag auf Eintragung des Erwerbs bei dem Grundstücksregister zu stellen.

3. Grundstücksrechte

a. Nutzungsrechte

Als Nutzungsrechte an einem Grundstück werden im *Jordabalken* das Erbbaurecht (*tomträtt*), die Dienstbarkeit (*servitut*), das Recht auf Elektrizität (*rätt till elektrisk kraft*), die Miete (*hyra*) und die Pacht (*arrende*) sowie sonstige Nutzungsrechte (*annan nyttjanderätt*) genannt.

Das Erbbaurecht (*tomträtt*) ist ein dem Eigentum angenähertes Nutzungsrecht an in öffentlichem Eigentum stehenden Grundstücken auf unbestimmte Zeit gegen Zahlung einer jährlichen Abgabe.¹⁹ Mit der Begründung des Erbbaurechts wird zugleich das Eigentum an einem auf dem Grundstück befindlichen Gebäude sowie sonstiges zum Grundstück gehörendes Eigentum übertragen. Das schwedische *tomträtt* entspricht im Wesentlichen dem deutschen Erbbaurecht, allerdings mit dem Unterschied, dass das schwedische Erbbaurecht ausschließlich an einem Grundstück begründet werden kann, das in öffentlichem Eigentum steht.

Die schwedische Grunddienstbarkeit (*servitut*) entspricht der Grunddienstbarkeit im deutschen Recht und begründet das Recht, ein dienendes Grundstück in gewisser Hinsicht zugunsten eines herrschenden Grundstücks in Anspruch zu nehmen.²⁰

Das Recht auf Elektrizität (*rätt till elektrisk kraft*) beinhaltet das Recht, Strom von einer auf einem anderen Grundstück befindlichen Anlage zu beziehen.²¹ Auf diese Weise kann das Interesse des Beziehers von Elektrizität an der Aufrechterhaltung der Stromlieferung einem dinglichen Schutz unterstellt werden.

Zu den sonstigen Nutzungsrechten (*annan nyttjanderätt*) zählen z. B. Jagd- und Fischrechte sowie Wohnrechte.²²

Die Nutzungsrechte können nach den Vorschriften des *Jordabalken* in das Grundstücksregister eingetragen werden; das Erbbaurecht muss eingetragen werden. Die Eintragung ist nicht Voraussetzung für die materiell-rechtliche Begründung der Nutzungsrechte. Die Rechte werden außerhalb des Registers allein durch die Errichtung einer Vertragsurkunde begründet; eine nachfolgende Eintragung hat lediglich deklaratorischen Charakter.

b. Das Grundpfandrecht

Das wichtigste der Rechte Dritter an einem Grundstück ist das Grundpfandrecht (*panträtt*), ein Verwertungsrecht an dem

¹¹ Kap. 20 § 7 Ziff. 14 JB.

¹² Gesetz über den Erwerb von Grund und Boden (1979:230).

¹³ Gesetz über den Erwerb von Mietgrundstücken (1975:1132). Ist von den Mietern eines Mietshauses auf der Grundlage des Gesetzes (1982:352) über das Recht zum Erwerb von Grundstücken zwecks Umwandlung in ein Wohnrecht eine Wohnrechtsgemeinschaft gebildet worden, die ihr Interesse an dem Erwerb des Hauses durch einen Vermerk im Grundstücksregister kundgetan hat, so ist der Verkäufer des Grundstücks, auf dem das Mietshaus liegt, unter Umständen verpflichtet, das Grundstück bei einem Verkauf zunächst dieser Wohnrechtsgemeinschaft anzubieten. Tut er dies nicht, ist die Veräußerung des Grundstücks unwirksam.

¹⁴ Kap. 4 § 1 Abs. 1 JB.

¹⁵ Näher unten II. 2. a.

¹⁶ Die schwedische Rechtsordnung kennt nur die Institution des *Notarius Publicus*, die für internationale Kontakte mit Ländern eingerichtet worden ist, die für bestimmte Sachverhalte, beispielsweise im Gesellschaftsrecht oder Familienrecht, öffentliche Beglaubigungen durch eine allgemein anerkannte Institution fordern (vgl. die Gesetzesvorlage Prop. 1981/82:63, S. 40.). Im Bereich des Grundstücksrechts hat der *Notarius Publicus* dagegen keine Bedeutung.

¹⁷ Kap. 20 §§ 1 ff. JB. Die Eintragung wird auch als *lagfart* bezeichnet.

¹⁸ I. 4. b.

¹⁹ Kap. 13 § 1 JB.

²⁰ Kap. 14 § 1 Abs. 1 JB.

²¹ Kap. 15 § 1 JB.

²² Kap. 7 § 3 JB.

Grundstück zur Sicherung einer Forderung. Das Grundpfandrecht entsteht durch die Eintragung des Grundpfandrechts im Grundstücksregister²³ und die Übergabe eines Pfandbriefes (*pantbrev*) an den Gläubiger.²⁴ Das Grundpfandrecht entsteht also nicht bereits mit der Eintragung in das Grundstücksregister (die allerdings zwingend erforderlich ist und konstitutiven Charakter hat), sondern erst mit der Übergabe des Pfandbriefes an den Gläubiger. Der Pfandbrief wird von der Eintragungsbehörde als Nachweis über die Eintragung des Grundpfandrechts im Grundstücksregister ausgestellt. Erst wenn der Gläubiger den Pfandbrief als Sicherheit für die Forderung erhalten hat, ist das Grundpfandrecht wirksam begründet. Die Übergabe eines Pfandbriefes kann durch eine Eintragung in einem besonderen Register, dem Pfandbriefregister (*pantbrevregister*), ersetzt werden. Eine solche Eintragung wird auch als Computerpfandbrief (*datapantbrev*) bezeichnet. Das Pfandbriefregister dient der elektronischen Registrierung solcher Grundpfandrechte, für die kein schriftlicher Pfandbrief ausgefertigt worden ist, und ermöglicht es z. B. Kreditinstituten, die an das Register angeschlossen sind, auf die aufwendige Verwahrung einer Vielzahl von Pfandbriefen zu verzichten.

Der Pfandbrief ist von der gesicherten Forderung losgelöst und bringt nur zum Ausdruck, dass das Grundstück für einen bestimmten Geldbetrag haftet. Die gesicherte Forderung beruht oft auf einem selbständigen Schuldversprechen, kann aber auch eine mündliche vereinbarte Forderung oder eine Forderung aufgrund eines gegenseitigen Vertrages sein. Schuldner der gesicherten Forderung ist in der Regel der Grundstückseigentümer, kann aber auch ein Dritter sein.

Der Rang des Grundpfandrechts richtet sich nach dem Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eintragung in das Grundstücksregister.²⁵ Aus dem Grundstücksregister sind die auf dem Grundstück lastenden Grundpfandrechte einschließlich ihres Ranges ersichtlich. Die Registerbehörde stellt auf Antrag eine offizielle Bescheinigung über alle bestehenden Belastungen, den sogenannten *gravationsbevis*, aus.

Solange der Pfandbrief dem Gläubiger nicht übergeben worden ist, sondern sich bei dem Grundstückseigentümer befindet, begründet er zugunsten des Eigentümers des Grundstücks eine Eigentümerhypothek (*ägarhypoteket*).²⁶ Eine Eigentümerhypothek entsteht auch dann, wenn der Eigentümer nach Erlöschen der gesicherten Forderung den Pfandbrief vom Gläubiger zurückerhält. Der Eigentümer kann den Pfandbrief dann erneut – unter Beibehaltung des Ranges – zur Begründung eines Grundpfandrechts verwenden.

4. Das Grundstücksregisterwesen

a. Das Grundstücksregister

Seit dem 1.7.2000 sind alle wichtigen Informationen über Grundstücke in einem Register, dem Grundstücksregister (*fastighetsregister*), enthalten. Zuvor waren die Angaben über verschiedene Register verteilt, die zusammen das sogenannte Grundstücksregistersystem (*fastighetsregistersystemet*) bildeten.²⁷ Die früheren Register bilden nunmehr verschiedene Ab-

schnitte des Grundstücksregisters. Das Grundstücksregister wird von der zentralen Landvermessungsbehörde (*lantmäteriverket*) in Gävle unterhalten und verwaltet.²⁸ Allerdings ist das Recht, Eintragungen in bestimmten Teilen des Registers vorzunehmen, teilweise anderen Behörden vorbehalten.²⁹

Bereits in den siebziger Jahren begann man in Schweden damit, sämtliche Informationen in den damals verfügbaren Grundstücksregistern EDV-mäßig zu erfassen.³⁰ Diese Arbeiten wurden Mitte der neunziger Jahre abgeschlossen. Sämtliche im Grundstücksregister enthaltenen Informationen können heute elektronisch abgerufen werden.

Das Grundstücksregister ist in folgende Abschnitte eingeteilt:³¹

- einen allgemeinen Teil (*allmänna delen*);
- den Eintragungsteil (*inskrivningsdel*);
- einen Abschnitt mit Adressangaben (*adressdel*);
- einen Abschnitt mit Angaben zu auf dem Grundstück befindlichen Gebäuden (*byggnadsdel*);
- einen Abschnitt mit Angaben zur Grundstücksbewertung als Grundlage für die Grundsteuer (*taxeringsuppgiftsdel*);
- Zusatzinformationen (*tilläggsinformation*).

Der allgemeine Teil beinhaltet alle wesentlichen geographischen Informationen über das betreffende Grundstück, u. a. Größe, genaue Lage, Koordinaten, Nutzungsart, Informationen über vorgenommene Zusammenlegungen oder Teilungen sowie Angaben zu relevanten Plänen, v. a. dem Bebauungsplan.

In dem Eintragungsteil (*inskrivningsdel*) werden die an Grundstücken bestehenden Rechte sowie eventuell bestehende Verfügungsbeschränkungen wie folgt registriert:

- Angaben zu dem oder den Grundstückseigentümern, zum Tag der Eintragung, dem Datum der Erwerbssurkunde und dem vereinbarten Kaufpreis;
- Angaben zu eventuellen Erbbaurechten (*tomträtter*) nebst näheren Angaben zu dem zugrunde liegenden Vertrag wie der vereinbarten Laufzeit, dem zu zahlenden Zins, der Vereinbarung eines Kündigungsrechts und dem Rechtsinhaber;
- Eintragungen zu den auf einem Grundstück ruhenden Belastungen, nämlich Grundpfandrechten, Grunddienstbarkeiten, Recht auf Elektrizität und Nutzungsrechten einschließlich – für jedes Recht – dem Datum der Stellung des Antrages auf Eintragung.

Der Eintragungsteil wird von der Eintragungsbehörde (*inskrivningsmyndighet*) geführt, einer Behörde, welche Teil der örtlichen Amtsgerichte (*tingsrätt*) ist. Bei der Eintragungsbehörde werden neben dem Eintragungsregister ein sog. Tagebuch (*dagbok*) über die laufenden Eintragungsangelegenheiten sowie Akten mit den Registereintragungen zu-

werden. Das neue Grundstücksregister sollte nicht mit dem früheren Grundstücksregister verwechselt werden, das einen Teil des Grundstücksregistersystems bildete. Vgl. zu den alten Registern *Grauers*, *Fastighetsköp*, S. 17.

²³ § 2 Abs. 1 Verordnung (2000:308) über Grundstücksregister.

²⁴ Beispielsweise hat gemäß Kap. 19 § 3 JB nur die Eintragungsbehörde (*inskrivningsmyndigheten*) das Recht, Eintragungen im Eintragungsteil des Registers vorzunehmen; s. u. I. 4. a.

²⁵ Vgl. zum Folgenden *Malmström/Agell* (Fn. 2), S. 225.

²⁶ Der Inhalt der einzelnen Abteilungen wird in der Verordnung (2000:308) über das Grundstücksregister im Einzelnen beschrieben.

²³ Die Eintragung wird üblicherweise als *inteckning* bezeichnet.

²⁴ Kap. 6 § 2 JB.

²⁵ Kap. 17 § 6 JB.

²⁶ Kap. 6 § 9 JB.

²⁷ Zu nennen sind insbesondere das frühere Grundstücksregister (*fastighetsregister*), das vornehmlich landvermessungstechnische Daten enthielt, und das Eintragungsregister (*inskrivningsregister*), in welches die an Grundstücken bestehenden Rechte eingetragen

grunde liegenden Schriftstücken, Urkunden und Vermerken geführt.

Für den Rang verschiedener Grundstücksrechte ist der Zeitpunkt der Stellung der Anträge auf Eintragung maßgeblich.³²

b. Wirkungen der Eintragung

Nach schwedischem Recht vollzieht sich der Eigentumsübergang an einem Grundstück sowie die Begründung von Nutzungsrechten an einem Grundstück, wie gesehen, außerhalb des Grundstücksregisters. Die Eintragung in das Grundstücksregister ist nicht konstitutiv für den Rechtserwerb und berührt daher grundsätzlich nicht das Rechtsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer. Zwar sieht das Gesetz eine Pflicht des Erwerbers vor, binnen drei Monaten ab Eigentumserwerb einen Antrag auf Eintragung des Erwerbs bei dem Grundstücksregister zu stellen, bei deren Verletzung eine Geldbuße verhängt werden kann.³³ Jedoch sind keine materiell-rechtlichen Wirkungen an eine fehlende Eintragung geknüpft. Der Käufer ist und bleibt Eigentümer des Grundstücks, auch wenn er nicht die Eintragung im Grundstücksregister beantragt.

Auch wenn die Eintragung im Grundstücksregister keine Voraussetzung für den Eigentumserwerb ist, hat sie erhebliche Bedeutung, und jeder Erwerber eines Grundstücks oder Nutzungsrechts an einem Grundstück in Schweden sollte schnellstmöglich die Eintragung beantragen. Denn im Falle von Mehrfachverfügungen über das Grundstück genießt diejenige Verfügung Vorrang, die zuerst zur Eintragung in das Grundstücksregister angemeldet wird, soweit der Erwerber bei Vertragsschluss gutgläubig war (unten aa). Auch kann der neue Eigentümer aufgrund des Voreintragungsgrundsatzes nur eingeschränkt über das Grundstück verfügen, solange er nicht als Eigentümer eingetragen ist (bb). Ist der Erwerb des als Eigentümer Eingetragenen unwirksam und das Grundstücksregister aus diesem Grund unrichtig, so ist gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten möglich (cc).

aa. Rechtserwerb durch Eintragung bei Mehrfachverfügungen

Eine Ausnahme von dem Grundsatz des Rechtserwerbes ohne Eintragung stellt die Vorschrift Kap. 17 § 1 JB dar. Diese regelt, dass bei Mehrfachverfügungen des Eigentümers über Grundstücksrechte demjenigen Erwerber des Grundstücks oder Nutzungsrechts an einem Grundstück der Vorrang eingeräumt wird, der als erster die Eintragung in das Grundstücksregister beantragt, unabhängig davon, welcher Vertrag früher abgeschlossen wurde. Allerdings wird dem so begünstigten Antragsteller eine solche Vorrangstellung dann nicht eingeräumt, wenn er bei Vertragsschluss von der früheren Verfügung des Grundstückseigentümers Kenntnis hatte oder hätte haben müssen.³⁴ Es handelt sich daher bei dem Erwerb eines Grundstücks oder Nutzungsrechtes gemäß Kap. 17 § 1 JB genau genommen um einen gutgläubigen Erwerb aufgrund nachfolgender Eintragung in das Grundstücksregister. Hat aufgrund der Regelung in Kap. 17 § 1 JB eine Eigentumsübertragung Vorrang vor einer anderen, so entfaltet die nicht ein-

getragene Verfügung keine Wirkung, so dass von dem Erwerber keinerlei Rechte an dem Grundstück geltend gemacht werden können.³⁵

bb. Der Voreintragungsgrundsatz

Die Bedeutung des Grundstücksregisters für Grundstücks-transaktionen zeigt sich auch an dem Umstand, dass – auch wenn für den Übergang des Eigentums an einem Grundstück auf den Erwerber eine Eigentumsumschreibung im Grundstücksregister nicht notwendig ist – erst die Eintragung des neuen Eigentümers in das Register die Möglichkeit begründet, über das Eigentum uneingeschränkt verfügen zu können. Denn formell-rechtlich bedarf jede in das Grundstück einzutragende Verfügung über ein Grundstücksrecht der Bewilligung des eingetragenen Eigentümers (Voreintragungsgrundsatz).

cc. Gutgläubiger Erwerb

Nach Kap. 18 §§ 1, 2 JB kann von einem Nichteigentümer wirksam Eigentum oder ein Grundpfandrecht an einem Grundstück erworben werden, wenn dieser in dem Grundstücksregister als Eigentümer eingetragen war und der Erwerber weder wusste noch hätte wissen müssen, dass es sich bei dem Eingetragenen nicht um den Eigentümer handelte (positive Registerpublizität). Während für den Fall der Mehrfachverfügung Kap. 17 JB die *lex specialis* ist,³⁶ erfasst Kap. 18 JB diejenigen Fälle, in denen der Erwerb des als Eigentümer Eingetragenen unwirksam ist und das Grundstücksregister aus diesem Grunde unrichtig ist.

Dem Erwerber wird zugunsten des tatsächlichen Eigentümers gemäß Kap. 18 § 3 JB dann kein Gutglaubenschutz gewährt, wenn das vermeintliche Recht des eingetragenen Eigentümers auf eine gefälschte Urkunde zurückgeht oder diese von einem dazu nicht Berechtigten oder unter Anwendung von Zwang ausgefertigt worden war. Das Gleiche gilt, wenn der wahre Eigentümer bei Vertragsschluss mit dem im Grundstücksregister Eingetragenen unmündig oder sonst geschäftsunfähig war, eine Betreuung angeordnet oder das Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet worden war.

Dem Eigentümer, der aufgrund des guten Glaubens eines Dritten sein Eigentum verliert, steht gemäss Kap. 18 § 4 Abs. 1 JB unabhängig von einer Sorgfaltpflichtverletzung der registerführenden Beamten allein aufgrund des Registerinhalts ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat zu. Die Entschädigung kann allerdings gemindert werden oder ganz entfallen, wenn den Eigentümer ein Mitverschulden trifft. Ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat steht auch demjenigen gutgläubigen Erwerber zu, dessen guter Glaube nach Kap. 18 § 3 JB nicht geschützt wird, wenn er bei Vertragsschluss nicht wusste oder hätte wissen müssen, dass es sich bei dem Verkäufer nicht um den wahren Eigentümer handelte.³⁷

Gegen einen gutgläubigen Erwerb Dritter kann sich der Käufer eines Grundstücks, dessen Eigentumserwerb von einer Bindung abhängt und der daher nicht sofort im Grundstücksregister als Eigentümer eingetragen werden kann, dadurch schützen, dass er unter Vorlage des Grundstückskaufvertrages

³² Kap. 17 § 6 JB.

³³ Kap. 20 §§ 2 und 3 JB. Auch der Erwerber eines Erbbaurechts ist verpflichtet, einen Antrag auf Eintragung zu stellen, Kap. 21 § 1 JB.

³⁴ Vgl. Kap. 17 § 2 JB für den Erwerb von Eigentum, Kap. 17 § 3 JB für das Nutzungsrecht, die Grunddienstbarkeit und das Recht auf elektrische Kraft. Bewilligt der frühere Eigentümer nach der Übertragung des Eigentums ein Grundpfandrecht an dem Grundstück, ist gutgläubiger Erwerb gemäß Kap. 6 § 7 JB möglich.

³⁵ Kap. 17 § 5 JB. Wird hingegen die Eintragung eines Nutzungsrechts an dem Grundstück zeitlich früher beantragt, ist die Eintragung weiterer Verfügungen des Eigentümers in das Register möglich; der später eingetragene Rechtsinhaber muss allerdings das vorrangige Recht gegen sich gelten lassen, Kap. 17 § 5 S. 2 JB.

³⁶ Kap. 18 § 1 Abs. 3 JB.

³⁷ Kap. 18 § 4 JB.

einen Eintrag ins Eintragsregister beantragt, der das Vorliegen eines schwebenden Antrages auf Eigentumsumschreibung offenbart.

Neben der positiven Registerpublizität hat das Grundstücksregister auch die Wirkung der negativen Registerpublizität, wonach der Erwerber eines Grundstücks nur eingetragene Belastungen gegen sich gelten lassen muss, es sei denn, der Grundstückskaufvertrag enthält einen Vorbehalt zugunsten eines bestehenden, aber nicht registrierten Rechts eines Dritten³⁸ oder der Erwerber war hinsichtlich des Bestehens eines solchen Rechts bösgläubig (Kenntnis oder grobe Fahrlässigkeit)³⁹. Liegen diese Umstände nicht vor, erwirbt der Käufer das Grundstück lastenfrei mit der Folge, dass nicht eingetragene Rechte erlöschen. Eine Ausnahme von der negativen Publizität des Eintragsregisters gilt für das Recht auf Elektrizität, das gemäß Kap. 7 § 11 Abs. 2 JB auch ohne Eintragung, Vorbehalt oder Bösgläubigkeit stets gegen den neuen Erwerber eines Grundstücks wirkt, sowie bei Miete und Pacht, die der Grundstückskäufer nach Kap. 7 § 13 Abs. 1 JB gegen sich gelten lassen muss, wenn ein schriftlicher Miet- bzw. Pachtvertrag vorliegt und der Mieter oder Pächter vor Übertragung des Eigentums auf den Erwerber das Vertragsobjekt in Besitz genommen hat.

II. Der Grundstückskaufvertrag

1. Vorbereitung und Abschluss

In aller Regel beauftragt der Verkäufer des Grundstücks einen Grundstücksmakler damit, ihm Kaufinteressenten zu vermitteln. Der Makler trägt zunächst die für den Entwurf des Grundstückskaufvertrages benötigten Informationen über das Grundstück durch Befragung des Verkäufers und Einsichtnahme in das Grundstücksregister zusammen. Überprüft werden vor allem das Eigentum des Verkäufers, das Vorhandensein etwaiger Verfügungsbeschränkungen und Belastungen, der Familienstand des Verkäufers (im Hinblick auf eine eventuell erforderliche Genehmigung durch den Ehegatten)⁴⁰ sowie die Art der Grundstücksnutzung (im Hinblick auf eine eventuell erforderliche behördliche Genehmigung)⁴¹. Anhand dieser Angaben und unter Berücksichtigung der Wünsche des Verkäufers bestimmt der Grundstücksmakler den gewünschten Kaufpreis und fertigt eine schriftliche Beschreibung des Grundstücks sowie eine Aufstellung aller den Grundstückseigentümer treffenden Ausgaben an, um den Kaufinteressenten ein umfassendes Bild von dem Gesamtaufwand für den Kauf zu geben. Kaufinteressenten erhalten sodann die Möglichkeit, das Grundstück zu besichtigen. Verbleiben nach dem Besichtigungstermin – wie in der Regel – mehrere Kaufinteressenten, findet ein vom Grundstücksmakler organisiertes Versteigerungsverfahren statt, in dessen Rahmen die Kaufinteressenten Gelegenheit erhalten, dem Grundstücksmakler gegenüber telefonisch Angebote für das Grundstück abzugeben. Am Ende dieses Verfahrens steht es dem Eigentümer frei, mit welchem Interessenten er in Verhandlungen über den Abschluss eines Kaufvertrages eintreten will. Regelmäßig wird dies derjenige Interessent sein, der das höchste Angebot abgegeben hat, soweit nicht Zweifel an dessen Zahlungsfähigkeit bestehen. Die Vertragsverhandlungen finden unter Mithilfe des Grundstücksmaklers statt, der – ausgehend von Standard-

vertragsmustern – den Kaufvertrag entwirft. Diese Standardformulare enthalten alle gesetzlich zwingend erforderlichen Angaben⁴² und können um individuelle Vertragsvereinbarungen ergänzt werden. Mit der Unterzeichnung des Vertrages durch beide Parteien wird der Kaufvertrag bindend.⁴³

2. Inhalt des Grundstückskaufvertrages

a. Mindestinhalt

Gemäß Kap. 4 § 1 Abs. 1 JB ist der Kaufvertrag über ein Grundstück in schriftlicher Form abzuschließen. Die zu errichtende Urkunde muss neben den Namen der Vertragsparteien und der genauen Registerbezeichnung des Grundstücks den vereinbarten Kaufpreis sowie die – zumindest konkludente – Erklärung des Verkäufers enthalten, dass er das Eigentum an dem in der Urkunde bezeichneten Grundstück auf den Käufer überträgt. Sie muss des Weiteren sowohl vom Käufer als auch vom Verkäufer unterschrieben sein. Ein Kaufvertrag, der ohne Beachtung dieser Formvorschrift abgeschlossen wird, ist unwirksam.⁴⁴ Wollen die Vertragsparteien besondere vertragliche Vereinbarungen treffen, ist zu beachten, dass bestimmte Vertragsbedingungen gemäß Kap. 4 § 3 JB zwingend schriftlich vereinbart werden müssen.⁴⁵ Dem Schriftformerfordernis unterliegen z. B. vertragliche Bestimmungen, die die Erfüllung oder den Bestand des Kaufvertrages von einer Bedingung abhängig machen (Nr. 1), eine Vereinbarung, nach welcher der Verkäufer keine Haftung dafür übernimmt, dass er der tatsächliche Eigentümer ist (Nr. 2), und eine Beschränkung des Rechts des Käufers, über das Grundstück zu verfügen und dieses mit Rechten Dritter zu belasten (Nr. 3)⁴⁶. Aufschiebende oder auflösende Bedingungen sind zudem nur wirksam, wenn die Erfüllung oder der Bestand des Grundstückskaufvertrages nicht länger als zwei Jahre nach Vertragschluss von einer Bedingung abhängig gemacht werden, es sei denn, die Bedingung besteht in der Zahlung des Kaufpreises, der Durchführung einer Grundstücksumbildung oder einer gesetzlichen Bestimmung.⁴⁷

Andere als die in Kap. 4 § 3 JB genannten Vereinbarungen können wirksam mündlich oder in einem gesonderten schriftlichen Vertrag vereinbart werden. Es ist also nicht erforderlich, dass der Grundstückskaufvertrag alle für den Kauf relevanten Vereinbarungen enthält.

b. Die Bedeutung des Kaufbriefes

Üblicherweise vereinbaren die Parteien, dass der Käufer bei Vertragsschluss eine Anzahlung (ein so genanntes Handgeld, *handpenning*) leisten soll und die Zahlung des Restkaufpreises gleichzeitig mit dem Übergang des Besitzes auf den Käufer

⁴² Unten II. 2. a.

⁴³ Um Verzögerungen bei der späteren Registereintragung zu vermeiden (gemäß Kap. 20 § 7 Ziff. 1 JB wird der Antrag auf Eigentumsumschreibung für ruhend erklärt, wenn die Unterschrift des Verkäufers unter den Grundstückskaufvertrag nicht von zwei Zeugen beglaubigt worden ist), wird die Unterschrift des Verkäufers unter den Kaufvertrag in der Regel von zwei Zeugen beglaubigt. Eine Voraussetzung für die Wirksamkeit des Grundstückskaufvertrages ist dies allerdings nicht.

⁴⁴ Kap. 4 § 1 Abs. 3 JB.

⁴⁵ Allerdings ist die praktische Bedeutung dieser Formvorschrift gering, da üblicherweise zu Beweis Zwecken sämtliche Vertragsvereinbarungen in die Kaufurkunde aufgenommen werden; vgl. *Hellner*, *Speziell avtalsrätt II – Kontraktsträtt*, 1993, S. 43.

⁴⁶ Eine solche vertragliche Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Eigentümers muss gemäß Kap. 20 § 14 JB durch einen Vermerk im Grundstücksregister eingetragen werden.

⁴⁷ Kap. 4 §§ 3 Ziff. 1 und 4 JB.

³⁸ Kap. 7 § 11 Abs. 1 JB.

³⁹ Kap. 7 § 14 Abs. 1 JB.

⁴⁰ Ist der Verkäufer verheiratet, muss er gemäß Kap. 7 § 5 Ehegesetz regelmäßig vor der Veräußerung des Grundstücks die Genehmigung des Ehegatten einholen.

⁴¹ Oben I. 2. a.

fer an einem vereinbarten Datum erfolgen soll. Der Eigentumsübergang wird in diesem Fall von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht, und die Parteien erstellen bei Bedingungseintritt eine zweite Urkunde, den sog. Kaufbrief (*köpebrev*), mit dessen Unterzeichnung das Eigentum an dem Grundstück auf den Käufer übergeht.⁴⁸ Der Kaufbrief ist in der gleichen Weise zu verfassen wie der Kaufvertrag, nämlich schriftlich unter Bezeichnung der Vertragsparteien, des Grundstücks und des vereinbarten Kaufpreises.⁴⁹ Weiter ist die Erklärung des Verkäufers aufzunehmen, dass er das Eigentum an dem Grundstück auf den Käufer überträgt. Die Urkunde ist von beiden Parteien zu unterzeichnen. Eine diesen Vorgaben nicht entsprechende Urkunde ist als Kaufvertragsurkunde ohne Wirkung. In dem Kaufbrief erklärt der Verkäufer den Verzicht auf die Bedingung der Kaufpreiszahlung, indem er bescheinigt, dass der vollständige Kaufpreis vom Käufer entrichtet wurde.⁵⁰ Der auf diese Weise errichtete Kaufbrief hat die Wirkungen, die ein Kaufvertrag ohne eine aufschiebende Bedingung hat: Mit Unterschriftsleistung beider Parteien geht das Eigentum an dem Grundstück auf den Käufer über.

c. Haftung des Verkäufers für Mängel des Grundstücks

Nach der gesetzlichen Regelung haftet der Verkäufer dem Käufer, wenn das Grundstück nicht mit dem übereinstimmt, was die Parteien vertraglich vereinbart haben bzw. was der Käufer vernünftigerweise beim Kauf voraussetzen konnte.⁵¹ Im Falle von Mängeln des Grundstücks ist der Käufer berechtigt, den Kaufpreis zu mindern, sowie – unter bestimmten Voraussetzungen – vom Kaufvertrag zurückzutreten und Schadensersatz zu verlangen.⁵² Diese Haftung des Verkäufers wird allerdings durch eine weit reichende Obliegenheit des Käufers zur Untersuchung des Grundstücks deutlich eingeschränkt. Der Käufer darf sich nicht auf Mängel berufen, die er bei einer angesichts des Zustands des Grundstücks, der üblichen Beschaffenheit vergleichbarer Grundstücke und der Umstände bei Vertragsschluss erforderlichen Untersuchung des Grundstücks hätte entdecken können. Maßstab bei der Untersuchungspflicht ist ein mit der Materie normal bewandeter und erfahrener Laie. Ist der Käufer nicht hinreichend kompetent, muss er Hilfspersonen heranziehen. Regelmäßig beauftragt der Käufer einen Sachverständigen, einen so genannten *besiktningssman*, mit einer Untersuchung des Grundstücks.

Nach der gesetzlichen Regelung haftet mithin der Verkäufer für alle Mängel, die nicht von der Untersuchungspflicht des Käufers umfasst sind, d. h. alle so genannten versteckten

Fehler. Warnende Hinweise des Verkäufers auf eventuelle Probleme führen zu einer erhöhten Untersuchungspflicht. Auf der anderen Seite reduzieren Angaben des Verkäufers, es liege kein Mangel vor, die Untersuchungspflicht oder lassen sie gänzlich entfallen. Da die Frage, ob ein Mangel vom Käufer im Rahmen einer Untersuchung des Grundstücks hätte entdeckt werden müssen, ausschlagend dafür ist, ob der Verkäufer für den betreffenden Mangel haftet oder nicht, ist diese Frage Gegenstand einer Fülle von Rechtsstreitigkeiten.

Der Verkäufer haftet dem Käufer gegenüber auch für die Freiheit des Grundstücks von Rechtsmängeln. Ein Rechtsmangel liegt beispielsweise vor, wenn der Verkäufer nicht Eigentümer des Grundstücks war oder wenn das Grundstück mit einem Grundpfandrecht oder einem Nutzungsrecht belastet ist. Je nach der Art und Schwere des Mangels kann der Käufer zur Kaufpreisminderung, zum Rücktritt oder zum Schadensersatz berechtigt sein.

Die beschriebene gesetzliche Gewährleistungsregelung ist grundsätzlich dispositiv, die Parteien können also – unter Privatleuten – abweichende Regelungen treffen.⁵³ Der Verkäufer kann sich in der Regel auch generell von der Haftung für ihm unbekannt verdeckte Mängel wirksam freizeichnen.

3. Abwicklung

Ist wie regelmäßig vereinbart worden, dass das Eigentum am Grundstück erst mit vollständiger Zahlung des Kaufpreises übergehen soll, unterzeichnen die Parteien nach erfolgter Kaufpreiszahlung und dem Eintritt weiterer eventuell vereinbarter Bedingungen den Kaufbrief (*köpebrev*).⁵⁴ Die Kaufpreiszahlung und damit die Ausstellung des Kaufbriefes erfolgt meist gleichzeitig mit der Übertragung des Besitzes an dem Grundstück auf den Käufer. Mit Besitzübergang geht auch die Preisgefahr auf den Käufer über. Solange der Verkäufer das Grundstück in seinem Besitz hat, der Käufer also keinen Zutritt zu dem Grundstück erhält, haftet der Verkäufer für eventuelle Schäden und Wertminderungen.⁵⁵ Vor diesem Zeitpunkt geht die Gefahr nur dann auf den Käufer über, wenn dieser sich in Annahmeverzug befindet.⁵⁶ Mit Besitzübergang erhält der Käufer auch das Recht auf die Erträge des Grundstücks und hat die Kosten und Abgaben für das Grundstück zu tragen.⁵⁷

Der Kauf von Grundstücken wird üblicherweise durch ein Darlehen bei einer Bank, einem Kreditinstitut oder einer Bausparkasse finanziert, wobei das Darlehen durch ein auf das erworbene Grundstück bewilligtes Grundpfandrecht gesichert wird. Banken, Kreditinstitute und Bausparkassen akzeptieren normalerweise zwischen 70 % und 85 % des Marktwertes des beliehenen Grundstücks als Sicherheit. Will der

⁴⁸ Eine solche aufschiebende Bedingung muss, wie gesehen, gemäß Kap. 4 § 3 Ziff. 1 JB in schriftlicher Form in den Kaufvertrag aufgenommen werden. Jedoch ist eine ausdrückliche Klausel nicht erforderlich, da gemäß Kap. 4 § 5 JB für die Annahme einer aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung die schriftliche Vereinbarung ausreicht, dass ein Kaufbrief errichtet werden soll.

⁴⁹ Kap. 4 § 2 Satz 1 JB.

⁵⁰ *Grauers* (Fn. 27), S. 39; *Tiberg/Sterzel/Cronhult* (Fn. 1), S. 152 f. Damit kann der Kaufbrief auch als Quittung für den gezahlten Kaufpreis angesehen werden. Darüber hinaus sieht Kap. 4 § 6 JB vor, dass weitere im Kaufvertrag enthaltene aufschiebende oder auflösende Bedingungen als nicht länger vereinbart gelten, wenn sie nicht in den Kaufbrief aufgenommen wurden.

⁵¹ Kap. 4 § 19 JB.

⁵² Kap. 4 § 19 Abs. 1 JB. Ein Rücktrittsrecht besteht nur bei wesentlichen Mängeln. Ein Schadensersatzanspruch setzt Verschulden des Verkäufers oder die Abweichung von einer ausdrücklichen oder konkludenten Zusicherung des Verkäufers (letztere wird bei so genannten Kerneigenschaften angenommen) voraus.

⁵³ Gemäß Kap. 4 § 19 d JB darf bei dem Verkauf eines Grundstücks durch einen Kaufmann an einen Verbraucher nicht zum Nachteil des Verbrauchers von der gesetzlichen Regelung abgewichen werden.

⁵⁴ Oben II. 2. b.

⁵⁵ Kap. 4 § 11 Abs. 1 Satz 1 JB. Nach Kap. 4 §§ 11 Abs. 2 JB ist der Käufer bei einer Beschädigung oder Wertminderung des Grundstücks berechtigt, den Kaufpreis zu mindern oder, sofern der Schaden von wesentlicher Bedeutung ist, von dem Vertrag zurückzutreten. Sofern Schaden oder Wertverlust auf einem Verschulden des Verkäufers beruhen, kann der Käufer darüber hinaus Schadensersatz verlangen, Kap. 4 § 12 Abs. 1 JB. Das Rücktrittsrecht verjährt innerhalb eines Jahres nach Besitzübergang des Grundstücks auf den Käufer, sofern nicht der Verkäufer grob fahrlässig oder entgegen Treu und Glauben gehandelt hat, Kap. 4 § 12 Abs. 2 JB.

⁵⁶ Kap. 4 § 11 Abs. 1 Satz 2 JB.

⁵⁷ Kap. 4 § 10 Abs. 3 JB.

Käufer einen höheren Betrag leihen, werden normalerweise weitere Sicherheiten, z. B. Bürgschaften, verlangt.

Unterliegt das Verkaufsobjekt einem Vorkaufsrecht der Gemeinde, sorgt der Grundstücksmakler für die Anmeldung des mit den Unterschriften der Parteien bindenden Kaufvertrages.⁵⁸

4. Erwerbsbeschränkungen oder Genehmigungserfordernisse für ausländische Beteiligte?

Seit 1999 gelten nach schwedischem Recht keine Erwerbsbeschränkungen oder Genehmigungserfordernisse mehr für ausländische Käufer.⁵⁹ Die früher traditionell geltenden Erwerbsbeschränkungen für Ausländer durften nach dem Beitritt Schwedens zur EU im Jahre 1995 nur für eine Übergangszeit beibehalten werden.

III. Kosten, Gebühren und Steuern des Immobilienerwerbs

1. Kosten und Gebühren

Für den Antrag des Erwerbers auf Eintragung als Eigentümer in das Grundstücksregister ist eine Gebühr in Höhe von 875 Schwedischen Kronen zu zahlen. Da Grundstücksgeschäfte nach schwedischem Recht nicht beurkundet werden, fallen keine Notargebühren an. Soweit eine Partei beim Kauf oder Verkauf eines Grundstücks einen Rechtsanwalt (*advokat*) heranzieht, wird dessen Honorar frei vereinbart. Üblich ist dabei die Abrechnung auf der Basis von Stundensätzen.

Die Maklergebühr wird zwischen dem Makler und der ihn beauftragenden Partei (regelmäßig dem Verkäufer) frei ausgehandelt. Sie beträgt in der Regel 3 % bis 5 % des Kaufpreises.

2. Steuern

Die Grunderwerbsteuer (*stämpelskatt*) beträgt 1,5 % des Grundstückswertes für natürliche Personen und 3 % des Grundstückswertes für juristische Personen.⁶⁰ Der Wert des Grundstücks entspricht dem Kaufpreis, oder – für den Fall, dass der Kaufpreis niedriger ist als der sogenannte Taxierungswert (*taxeringsvärde*) für das Jahr vor der Stellung des Antrages auf Eintragung – dem Taxierungswert. Der Taxierungswert entspricht nach dem Gesetz 75 % des Marktwertes des Grundstücks und wird von der örtlichen Finanzverwaltung für jedes Grundstück auf der Grundlage detaillierter Tabellen und unter Berücksichtigung aller Eigenschaften des Grundstücks und der Gebäude festgelegt. Im Verhältnis zum Staat haften beide Vertragsparteien gesamtschuldnerisch für die Grunderwerbsteuer. Im Innenverhältnis hat sie der Käufer zu tragen.⁶¹ Beim Erwerb durch Schenkung oder Erbschaft fällt keine Erwerbsteuer an. Jedoch werden Erbschafts- bzw. Schenkungsteuer fällig.

Bei der Ausstellung von Pfandbriefen fällt eine Steuer in Höhe von 2 % des Pfandbriefbetrags zuzüglich einer Bearbeitungsgebühr in Höhe von 375 Schwedischen Kronen per Pfandbrief an.

⁵⁸ Gemäß § 7 Abs. 2 Vorkaufsgesetz (1967:868) ist der Verkauf eines Grundstücks bei der Gemeinde anzumelden, in der das Grundstück belegen ist; diese entscheidet daraufhin, ob sie ein bestehendes Vorkaufsrecht ausübt oder davon absieht.

⁵⁹ 1999 wurde das Gesetz über die Genehmigung bestimmter Grundstücksgeschäfte (1992:1368) aufgehoben.

⁶⁰ § 8 des Gesetzes (1984:404) über Grunderwerbsteuer bei Eintragungsbehörden.

⁶¹ Kap. 4 § 10 Abs. 3 Satz 2 JB.

Der Eigentümer eines Grundstücks ist verpflichtet, Grundsteuer (*fastighetsskatt*) zu zahlen,⁶² die – je nach Art der Nutzung des Grundstücks – jährlich 0,5 % oder 1 % des Taxierungswertes entspricht.

Einkünfte aus dem Grundstück in Form von z. B. Miete oder Pacht sind einkommensteuerpflichtig.

Natürliche Personen sind in Schweden vermögensteuerpflichtig mit einem Steuersatz von 1,5 % für den Teil des Nettovermögens, der 1,5 Mio. Schwedische Kronen übersteigt. Grundstücke werden bei der Berechnung des Vermögens mit dem Taxierungswert angesetzt.

Wer ein Grundstück verkauft, zahlt für einen eventuellen Veräußerungsgewinn (Kaufpreis abzüglich der Anschaffungskosten, der Kosten für eine Verbesserung des Grundstücks und der Veräußerungskosten wie z. B. Maklergebühren) eine Wertzuwachssteuer. Privatpersonen müssen $\frac{2}{3}$ des Veräußerungsgewinns mit einem Steuersatz von 30 % versteuern. Veräußerungsgewinne einer Gesellschaft aus Grundstücksverkäufen werden wie sonstige Einkünfte versteuert, wobei allerdings nur 90 % des Veräußerungsgewinns zu versteuern sind. Für den Verkauf von Grundstücken durch Privatpersonen, die auf dem Grundstück dauerhaft gewohnt haben und während des darauf folgenden Kalenderjahres ein neues Grundstück erwerben, um dort permanent zu wohnen, gelten besondere Regeln, die im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass Privatpersonen ihr Wohngrundstück mehrfach wechseln können, ohne bei eventuellen Wertsteigerungen Wertzuwachssteuer zu zahlen.

Schweden hat mit zahlreichen Ländern, u. a. mit Deutschland, zur Vermeidung einer doppelten Besteuerung Doppelbesteuerungsabkommen getroffen. Grundprinzip dieser Doppelbesteuerungsabkommen ist die Regelung, dass eine Steuerpflicht in dem Land besteht, in dem die betreffende Person ihren Wohnsitz hat. Für den Fall, dass ein nichtschwedischer Staatsangehöriger in Schweden Grundeigentum besitzt, sehen die Doppelbesteuerungsabkommen das Prinzip vor, dass eine Besteuerung hinsichtlich des Grundbesitzes nur in dem Land erfolgt, in dem das Grundstück belegen ist, im Beispielsfall also Schweden, oder dass zumindest in Schweden im Hinblick auf Grundbesitz gezahlte Steuern auf entsprechende Steuern im Ausland angerechnet werden. Dieses Prinzip gilt für alle auf das Grundeigentum bezogene Steuern, d. h. sowohl für Steuern auf Einkünfte aus dem Grundeigentum (z. B. Miete) als auch Wertzuwachssteuer und Vermögensteuer.

IV. Die Immobilie im Erbfall

1. Erbstatut und Rechtswahl

Gemäß dem schwedischen Gesetz über internationale Rechtsverhältnisse in Nachlasssachen⁶³ (Kap. 1 § 1) richtet sich das Erbstatut nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers.⁶⁴ War der Erblasser schwedischer Staatsangehöriger, findet mithin schwedisches Erbrecht Anwendung. Das schwedische Erbrecht folgt dem Prinzip der Nachlassseinheit. Bei im Ausland belegenem Immobilienvermögen findet keine Nachlassspaltung statt, d. h. auch das im Ausland belegene Immobilienver-

⁶² Gesetz (1984:1052) über die staatliche Grundsteuer.

⁶³ Gesetz (1937:81).

⁶⁴ Besondere Regelungen hinsichtlich des Erbstatuts gelten gemäß Gesetz (1935:45) für Erblasser aus den anderen nordischen Ländern (Dänemark, Finnland, Island und Norwegen).

mögen unterliegt dem schwedischen Erbrecht. Eine Ausnahme gilt nur für Immobilienvermögen, das im Ausland besonderen sukzessionsrechtlichen Regelungen unterworfen ist, z. B. Fideikommiss.

Ein Testament ist nach schwedischem Recht gültig, wenn es entweder den Formvorschriften des Rechts in dem Staat genügt, in dem es errichtet wurde, in dem der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments oder seines Todes seinen Wohnsitz hatte oder dessen Staatsangehöriger er zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments oder seines Todes war.⁶⁵ Soweit sich das Testament auf unbewegliches Eigentum bezieht, wird es zudem als wirksam angesehen, wenn es den Formvorschriften des Rechtes entspricht, das an dem Ort gilt, an dem das Grundstück belegen ist.

Eine Rechtswahl im Testament ist im schwedischen Recht grundsätzlich möglich, falls die gewählte Rechtsordnung nicht im Widerspruch zu zwingenden Regeln der *lex patriae* des Erblassers steht.⁶⁶

2. Nachlassverfahren und Nachlassabwicklung

Nach schwedischem Recht ist der ungeteilte Nachlass eine selbständige juristische Person.⁶⁷ Innerhalb von drei Monaten soll ein Nachlassverzeichnis errichtet werden.⁶⁸ Das Nachlassverfahren wird nicht von einem Notar oder von Behörden durchgeführt. Die Erben verwalten den Nachlass grundsätzlich gemeinsam. Auf Antrag eines Erben soll der Nachlass jedoch von einem Nachlassverwalter – normalerweise einem

Rechtsanwalt (*advokat*) – verwaltet werden.⁶⁹ Gemäß schwedischem internationales Privatrecht unterliegt der Nachlass zwingend der Nachlassverwaltung durch einen Nachlassverwalter, wenn der Erblasser schwedischer Staatsbürger war und im Ausland wohnhaft war.⁷⁰

Nach der Fertigstellung des Nachlassverzeichnisses wird das Nachlassverfahren durch die Aufteilung der Erbschaft abgewickelt. Die Aufteilung ist eine private Verrichtung zwischen den Erben.⁷¹

3. Steuern

Die Erbschaftsteuer wird nicht auf den gesamten Nachlass berechnet, sondern für jeden Erben und dessen Anteil gesondert. Dabei gelten für unterschiedliche gesetzliche Erben unterschiedliche Freibeträge, die z. B. für den Ehegatten oder unverheirateten Lebenspartner 280.000 Schwedische Kronen betragen. Hinsichtlich der Höhe der Erbschaftsteuer wird zwischen drei Klassen von Erben unterschieden, die unterschiedliche „Nähe“ zum Erblasser aufweisen. Die Klasse I, bei der die Erbschaftsteuer am niedrigsten ist, umfasst z. B. den Ehegatten/unverheirateten Partner, unmittelbare Nachkommen sowie Ehegatten/unverheiratete Partner der Kinder. Die Erbschaftsteuer für die Klasse I beträgt 10 % auf einen zu versteuernden Betrag (d. h. Wert der Erbschaft abzüglich Freibetrag) von 300.000 Schwedischen Kronen, 20 % auf einen zu versteuernden Betrag zwischen 300.000 und 600.000 Schwedischen Kronen und 30 % auf zu versteuernde Beträge über 600.000 Schwedischen Kronen.

⁶⁵ Kap. 1 § 4 Abs. 1 Gesetz (1937:81) über internationale Rechtsverhältnisse in Nachlasssachen.

⁶⁶ *Bogdan*, Schwedisches Internationales Privat- und Prozessrecht, 5. Aufl., S. 231.

⁶⁷ *Agell*, Zivilrecht, 17. Aufl., S. 393.

⁶⁸ Kap. 20 § 1 Erbgesetz.

⁶⁹ Kap 19 § 1 Erbgesetz; *Walin*, Kommentar zum Erbgesetz, Teil II, 3. Aufl., S. 67.

⁷⁰ Kap. 2 §§ 2 und 4 Gesetz (1937:81) über internationale Rechtsverhältnisse in Nachlasssachen.

⁷¹ *Agell* (Fn. 67), S. 396.

BUCHBESPRECHUNGEN

Hoffmann-Becking/Rawert (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht. 8., Neubearb. und erg. Aufl., Beck, 2003. 1754 S. + CD-ROM, 96 €

Rund fünf Jahre nach der siebten Auflage 1998 ist nunmehr in achter Auflage das Beck'sche Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht erschienen. Einer besonderen Empfehlung bedarf es nicht mehr, hat es sich doch neben seinen „großen Geschwistern“, den mehrbändigen Münchner Vertragshandbüchern des Verlages C. H. Beck, längst einen festen Platz in der Bibliothek der Kautelarjuristen erobert.

Allerdings haben sich seit der letzten Auflage zahlreiche Neuerungen, insbesondere in personeller und sachlicher Hinsicht, ergeben (müssen). So waren Veränderungen im Autorenkreis insbesondere durch das Versterben des als Mitherausgeber und Mitautor seit der ersten Auflage verdienstvoll tätigen *Helmut Schippel* notwendig. An seine Stelle, auch als Mitherausgeber, ist nun *Peter Rawert*, Notar in Hamburg, getreten. Von ihm stammen Teile der Formulare zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie das – erstmals behandelte – Umwandlungsrecht. Neu aufgenommen in den Autorenkreis wurden auch *Matthias Blaum*, Rechtsanwalt in Düsseldorf, *Klaus-Dieter Stephan*, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M., *Ernst Martin Feick*, Rechtsanwalt in Mannheim, *Jörg Maurer*, Rechtsanwalt in Karlsruhe und *Florian Möhrle*, Notar in Hamburg. Aus ihrer Feder stammen im Wesentlichen die Formulare zum Personengesellschaftsrecht, der GmbH, dem Handelsrecht, dem Kauf beweglicher Sachen und dem Immobilienrecht (insbesondere der Kauf von Grundstücken und Erbbaurechten und der Bauträgervertrag). Unter anderem mit *Brambring* (Familienrecht), *Graf zu Castell* (Erbrecht) und *Sandweg* (Sachenrecht) sind im Kreis der Autoren auch zahlreiche namhafte Notare verblieben.

Für alle Autoren stellten die umfangreichen gesetzgeberischen Neuerungen eine Herausforderung dar – lag doch zwischen der siebten und achten Auflage die gesamte vierzehnte Legislaturperiode des Deutschen Bundestages, die durch wesentliche Eingriffe in die behandelten Rechtsgebiete gekennzeichnet war. Vor allem das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit der am 1.1.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform gravierende Änderungen erfahren.

Ein kurzer Überblick über die wichtigsten Gesetze aus der jüngsten Zeit lässt den Umfang des einzuarbeitenden Materials und der erforderlichen sachlichen Neuerungen seit der Voraufgabe erahnen:

- Kapitalgesellschaften-und-Co-Richtlinie-Gesetz (BGBl 2000 I, 154)
- Namensaktiengesetz (BGBl 2001 I, 123)
- Lebenspartnerschaftsgesetz (BGBl 2001 I, 266)
- Gesetz zur Umstellung des Kostenrechts auf Euro (BGBl 2001 I, 751)
- Mietrechtsreformgesetz (BGBl 2001 I, 1149)
- Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr (BGBl 2001 I, 1542)
- Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (BGBl 2001 I, 1887)

- Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (BGBl 2001 I, 3138)
- Wertpapiererwerbs und -übernahmegesetz (BGBl 2001 I, 3822)
- Transparenz- und Publizitätsgesetz (BGBl 2002 I, 2681)
- Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts (BGBl 2002 I, 2834)
- OLG-Vertretungsänderungsgesetz (BGBl 2002 I, 2850).

Mit Rechtsstand vom 1.9.2002 versucht das Beck'sche Formularbuch, alle notwendigen Änderungen zu erfassen, und gibt dabei jedem Vertragsgestalter gerade in noch ungewohnten Fragestellungen den gewohnt knappen, aber stets präzisen Rückhalt.

Nicht verwundern darf angesichts der Fülle der zu berücksichtigenden Gesetzesänderungen, dass sich vereinzelt noch einige Ungenauigkeiten eingeschlichen haben, die sicherlich in einer weiteren Auflage umgehend wieder beseitigt werden:

So wäre bei dem Muster über den Kauf beweglicher Sachen (Formular III. A. 1) ein Hinweis auf die neuen Vorschriften des Schuldrechts, insbesondere des Verbrauchsgüterkaufs gemäß §§ 474 ff. BGB, die teilweise ja zwingendes Recht statuieren, wünschenswert gewesen. Der Terminus „Gewährleistung“ sollte in notariellen Verträgen künftig wohl eher vermieden werden; im Hinblick auf das neue Schuldrecht wäre ein Begriff wie „Rechte und Ansprüche wegen Mängeln“ zutreffender. Zuzugeben ist allerdings, dass sich der Begriff „Gewährleistung“ über die Jahrzehnte beim rechtsuchenden Publikum durchaus mit Bedeutung gefüllt hat.

In Formular VI. 1 (S. 939, Fn. 6) hätte ein Hinweis auf die Neuregelung des § 14 HeimG durch die Neufassung des Heimgesetzes vom 5.11.2001 (BGBl I, 2970) erfreut, insbesondere – ggf. mit Gestaltungsempfehlung – auf § 14 Abs. 6 HeimG.

Im Detail nicht überzeugend scheint Formular VI. 8, welches nach der Überschrift ein gemeinschaftliches Testament von Lebenspartnern mit Auslandsbezug vorstellt, in Abs. V. dann jedoch formuliert: „Erbeinsetzung und ... Vermächtnis werden vertraglich unter gegenseitiger Annahme vereinbart ... Jeder Teil von uns behält sich das Recht vor, von diesem Erbvertrag ... zurückzutreten.“ Neben der Divergenz zwischen Überschrift und Text fehlt zumindest in der zugehörigen Fußnote 4 auch eine Erörterung des – schwierigen – Problemkreises, ob und wie sicher durch das Gestaltungsmittel Rechtswahl (bindend oder einseitig?) ein Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament ermöglicht wird – insbesondere, wenn diese im anwendbaren ausländischen Erbrecht, wie in mehreren Rechtskreisen, formell- oder materiellrechtlich verboten sind oder das Verbot sogar zum ausländischen ordre public international gehört (vgl. hierzu Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl., Teil G, Rdnr. 163 m. w. N.).

Wie zurückhaltend der Rechtsgestalter mit dem Zitat von Gesetzen in einer legislativ derart „schnellebigen“ Zeit sein sollte, zeigt der Formulierungsvorschlag zum Erbbaurecht in IV. 35: Hier wird ein „Erbbaurecht gemäß der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15.1.1919 – RGBl. S. 72 – zuletzt geändert am 9.6.1998 Art. 11 a I EuroEG, BGBl. I, 1242 –

(ErbbrVO)“ bestellt. Richtigerweise wurde die Erbbaurechtsverordnung zuletzt jedoch durch das OLGVertrÄndG vom 23.7.2002 geändert.

Dass auch ein so aktuelles Formularbuch wie das Beck'sche bereits in Einzelheiten veraltet sein kann, zeigt sich in derselben Musterformulierung zum Erbbauzins. Der nunmehr aktuelle Verbraucherpreisindex für Deutschland auf der Basis 2000 = 100 konnte dort (§ 3 Abs. 1 lit. a) noch nicht berücksichtigt werden: Zwar hatte das Statistische Bundesamt bereits im Februar 1999 mitgeteilt, dass es ab Januar 2003 nur noch einen einheitlichen Verbraucherpreisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte berechnen werde, dieser allgemeine Index wurde jedoch erst seit Januar 2003 umbenannt in den „Verbraucherpreisindex für Deutschland“ (kurz VPI); vgl. hierzu u. a. das Rundschreiben der Bundesnotarkammer 31/2002 vom 29.11.2002 und DNotI-Report 2003, 9 f. Dies gilt soweit ersichtlich auch für alle anderen Mustertexte, die indexierte Wertsicherungsklauseln zum Gegenstand haben, so vor allem II. 2., II. 4. und II. 5.

Sicherlich wird in einer Folgeauflage im Rahmen der Vorschläge zur General- und Vorsorgevollmacht (Formular I. 36) ein Hinweis auf das bei der Bundesnotarkammer geführte zentrale elektronische Register für Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen nicht fehlen (vgl. hierzu das Rundschreiben der Bundesnotarkammer aus jüngster Zeit; Nr. 10/2003 vom 13.2.2003). Die Vorteile eines solchen zentralisierten Registers, im Falle eines Betreuungsverfahrens dem Vormundschaftsgericht die schnelle und zuverlässige Information über relevante Urkunden zu ermöglichen, liegen auf der Hand.

Kleinere Ungenauigkeiten und ggf. von den Bearbeitern abweichende kautelarjuristische Überzeugungen können jedoch keinesfalls darüber hinwegtäuschen, dass mit der achten Auflage des Beck'schen Formularbuchs ein gewohnt großer Wurf gelungen ist. Besonderes Lob verdient dabei die Beifügung

einer Text-CD-ROM zur achten Auflage – bisher musste sich der Benutzer mit Textdisketten behelfen. Dem Fortschritt der elektronischen Medien und der Forderung nach möglichst rascher Integration der Mustertexte in eigene Textverarbeitungssysteme wurde so vom Verlag in vollem Umfang Rechnung getragen.

Zudem wurde das Werk um je einen Abschnitt über EDV-Verträge (*Michael Bartsch*) und Umwandlungsrecht (*Peter Rawert*) erweitert, während im Übrigen an der bewährten inhaltlichen Konzeption im Wesentlichen festgehalten wurde. Gerade die Ausweitung in Richtung Umwandlungsrecht erfreut den breit angelegten Vertragsjuristen, wie es u. a. die Notare ja traditionell sind.

In erfreulicher Weise wurden nicht zuletzt Anregungen aus der Vergangenheit für die Neuauflage aufgegriffen, so insbesondere die von *Langenfeld* in seiner Besprechung zur siebten Auflage in BWNZ 1999, 102 geäußerte Anregung, Umstellungs- und Übergangsvorschriften bei der GmbH auf Euro sollten in Formulare umgesetzt werden: Dies ist nunmehr in IX. 37 geschehen.

Das Werk zeichnet sich nach wie vor besonders durch seine Vollständigkeit auf knappem Raum aus; es vermeidet unnötig lange, schwer erfassbare und dogmatische Ausführungen und setzt an die Stelle von Weitschweifigkeit präzise und auf das wesentliche konzentrierte Zusammenfassungen für die tägliche praktische und insbesondere kautelarjuristische Arbeit. Hier leistet es Hervorragendes. Ob als Grundlage für die Erarbeitung von vertraglichen Vereinbarungen oder als Anregung zur Aktualisierung und Überarbeitung eigener Formulierungen – mit dem Beck'schen Formularbuch hat man einen zuverlässigen, präzisen und konzentrierten Begleiter, der zum täglichen Arbeitszeug jedes Vertragsgestalters, insbesondere auch jedes Notars, zählen sollte.

Notarin *Anja Kapfer*, Hof

Junker/Kamanabrou: Vertragsgestaltung. Beck, 2002. 261 S., 18 €

Entgegen der Verlagswerbung ist das vorliegende Werk für den Einstieg in die Praxis der Rechtsberatung keine Hilfe. Das Vorwort der Autoren gibt sich denn auch bescheidener. Danach richtet es sich vornehmlich an Studierende zur ersten Einführung in die Thematik.

Als aufschlussreich – auch für den angehenden Praktiker – hervorzuheben sind die Passagen zu den psychologischen Hintergründen der Vertragsgestaltung (§ 8, S. 175 ff.), die allerdings an den Anfang des Buches gehört hätten. Die Abfolge der einzelnen Kapitel und die inhaltliche Auswahl erscheinen auch im Übrigen etwas zufällig. Vorbildlich ist die wissenschaftliche Aufbereitung des Werks. Fundstellennachweise und weiterführende Hinweise von solchem Umfang finden sich in vergleichbaren Werken zur Vertragsgestaltung nicht.

Das größte Manko des Buches, speziell für den angehenden Notar, ist die inhaltliche Schwerpunktsetzung. Die totale Ausblendung der Vertragsgestaltung im Erbrecht, Gesellschafts-

recht und Familienrecht ist selbst in einem einführenden Lehrbuch inakzeptabel und geht an der Realität von Prüfung und Praxis vorbei. Die Begründung der Autoren, die hierfür erforderlichen fundierten steuerrechtlichen Kenntnisse könnten beim Leser nicht als vorhanden vorausgesetzt werden, überzeugt nicht. Nicht nur die tägliche Praxis im Notariat und die bislang publik gewordenen Fallgestaltungen in den Examina, sondern auch andere einführende Lehrbücher (wie etwa die Werke von *Langenfeld* und *Schmittat*) zeigen, dass sich kautelarjuristische Probleme in den genannten Rechtsgebieten ohne steuerrechtlichen Bezug darstellen lassen. Ob stattdessen mit Abschnitten wie § 7 (S. 147 ff., Gestaltungssituation Factoring) oder § 10 (S. 221 ff., Gestaltung internationaler Verträge, zudem auf sehr vereinfachtem Niveau) dem Leser gedient ist, erscheint zweifelhaft. Wenig gewinnbringend ist auch der Versuch, auf 23 Seiten (§ 9, S. 195 ff.) die Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht abhandeln zu wollen.

Das somit verbleibende notarrelevante Kapitel (§ 6, S. 117 ff.) befasst sich mit dem Erwerb von Immobilien. Das Muster eines fiktiven Münchener Notars aber, das in seiner Abwick-

lung über Notaranderkonto ohnehin nicht regulärer bayerischer Praxis entspricht, kann nicht zur Nachahmung empfohlen werden. Die voraussetzungslose Fälligkeitstellung des Kaufpreises zu einem bestimmten Termin und die ebenso unausgestrichelte Festlegung des Übergangs von Besitz, Nutzungen und Lasten werden von den Autoren als vertraglicher Standard suggeriert. Die vorgeschlagene Regelung zur Finanzierungsgrundschuld (Eintragung erst nach Fälligkeit und Auszahlung des Darlehens) würde in der Praxis nie funktionieren. Zudem

ist das Institut der Belastungsvollmacht den Autoren unbekannt.

Fazit: Angehende Rechtsanwälte und Notare können auf die Anschaffung des Werks getrost verzichten. Studenten und Referendaren kann es bedingt empfohlen werden. Keinesfalls sollte diesen jedoch geraten werden, sich allein mit dem *Junker/Kamanabrou* auf das Feld der Kautelarjurisprudenz zu begeben.

Notarassessor Arne Everts, Eggenfelden

Roeser: Fachkunde. Prüfungsfragen und Fälle mit Lösungen. 12., vollst. überarb. Aufl., Gabler, 2003. 321 S., 21,90 €

Roeser: Training Fachkunde. Über 220 Fälle mit Lösungen, 7., vollst. überarb. Aufl., Gabler, 2003. 237 S., 22,90 €

a) Das Buch *Fachkunde* ist in die Themenbereiche Verfahrensrecht, Kostenrecht und Vollstreckungsrecht mit insgesamt siebenunddreißig Kapiteln unterteilt. Bezüglich dieser Themenbereiche beschränkt sich das Fachkundebuch jedoch nur auf die streitige Gerichtsbarkeit. Es ist daher für die Abschlussprüfung zum Notarfachangestellten nur eingeschränkt hinsichtlich des Verfahrensrechts und des Vollstreckungsrechts interessant. Der Themenbereich Kostenrecht behandelt ausschließlich die Bundesrechtsanwaltsgebührenverordnung (BRAGO). Die 12. Auflage des Fachkundebuches wurde wegen der zahlreichen gesetzlichen Änderungen komplett überarbeitet; insbesondere wurde das Gesetz zur Umstellung des Kostenrechts und der Steuerberatergebührenverordnung auf Euro, das Zustellungsreformgesetz, das Zivilprozessreformgesetz, das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und das OLG-Vertretungsänderungsgesetz berücksichtigt. Jedes einzelne Kapitel wird durch kurze Prüfungsfragen und -fälle mit den Lösungen abgeschlossen. Am Rand jedes Kapitels finden sich neben Randbemerkungen auch drei verschiedene Piktogramme: Die Glühbirne gibt den Hinweis für einen besonders interessanten Absatz, den man genau durchlesen sollte, der Notizblock steht neben Absätzen, deren Inhalte in der Zwischen- oder Abschlussprüfung stets abgefragt werden, und der Blitz gibt Hinweise auf Gefahren in Form von Prüfungsfallen. Obwohl das Buch vom Titel her vor allem an Prüflinge gerichtet ist, wird es nach Angabe des Autors auch gerne gelesen, wenn man sich nach einer längeren Pause wieder in die Materie einarbeiten will, wenn man permanentes Lernen im Beruf für selbstverständlich hält oder wenn man sich ganz einfach mit diesem Buch auf den neuesten Stand bringen will. Das Fachkundebuch ist aus dem jahrelangen Unterricht in Rechts- und Fachkunde entstanden und wurde mit jeder Auflage neu erprobt und in Teilen verändert, wann immer sich Inhalte als überflüssig herausstellten, Lücken entdeckt wurden oder sich Formulierungen als schwer verständlich erwiesen. Es unterstützt bei der gezielten Vorbereitung auf die schriftliche und mündliche Prüfung, hilft Verständnislücken auf prüfungsrelevantem Gebiet zu

schließen und bietet eigene Kontrollmöglichkeiten an, ohne den Lernenden mit unnötigem Wissen zu belasten. Außerdem gibt der Autor in der sehr persönlich formulierten Einleitung elf nützliche und brauchbare Tipps, wie man sich auf die Prüfung am besten vorbereitet und wie man mit dem Fachkundebuch effektiv arbeitet.

b) Das Buch *Training Fachkunde*, nachfolgend kurz als „Trainingsbuch“ bezeichnet, enthält zu den genannten Themen des Fachkundebuches ausgewählte Aufgaben in allen Schwierigkeitsgraden, von leicht bis Prüfungsniveau, und die dazugehörigen Musterlösungen. Die nun vorliegende siebte Auflage berücksichtigt die bis zum 1.3.2003 in Kraft getretenen zahlreichen Änderungen und es wurde um das für Prüfung und Praxis wichtiger gewordene Kapitel „Gebühren der Arbeitsgerichtsbarkeit“ erweitert. Das Trainingsbuch setzt voraus, dass man sich bereits mit diesen Themen beschäftigt hat, und ist in insgesamt achtzehn Kapitel unterteilt, in denen auch die bekannten Piktogramme Glühbirne und Blitz zu finden sind, wobei der Blitz im Trainingsbuch auf Prüfungsaufgaben und -fälle hinweist. Da es oft nicht ausreicht, nur bestimmte Themen zu erlernen, anstatt sie auch durch das Lösen von Aufgaben anzuwenden, ist das Trainingsbuch erschienen. Das Trainingsbuch ist, im Gegensatz zum mehr systematischen Fachkundebuch, praxisbezogen aufgebaut. Es werden keine reinen „Wissensfragen“ gestellt, sondern stets spezielle Fälle zur Lösung angeboten, und die in der Praxis zusammengehörigen Gebiete werden im Trainingsbuch auch grundsätzlich zusammengehörig geübt. Die behandelten Themen können mit dem Buch trainiert, das vorhandene Wissen gefestigt und vertieft sowie vorhandene Unsicherheiten beseitigt werden.

Das Fachkundebuch und das Trainingsbuch sind eng verzahnt; auf das Trainingsbuch wird im Fachkundebuch zu Beginn eines jeden Kapitels verwiesen. Beide Bücher leisten einen wichtigen und wertvollen Beitrag zur Prüfungsvorbereitung und tragen daher zum Gelingen der Abschlussprüfung für Rechtsanwalts- und Notarangestellte erheblich bei. Zusätzlich zu den besprochenen Büchern kann sich der interessierte Leser auch auf der Homepage des Autors über die neuesten gesetzlichen Änderungen zu den behandelten Themen informieren und sich weiteres Info- und Lernmaterial besorgen.

Oberinspektor i. N. Helmut Reinold jr., Mühldorf a. Inn

Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns: Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf. Beck, 2003. 900 S., 92 €

Das Besprechungswerk, schon 2001 als Neuerscheinung angekündigt, aber erst kürzlich erschienen, soll nach seiner Zielrichtung vor allem auch dem Kautelarjuristen bei der Ausgestaltung von Unternehmenskaufverträgen behilflich sein. Hierzu behandelt das Buch auf rund 900 Seiten nahezu sämtliche beim Unternehmenskauf auftretenden Problembereiche, und zwar sowohl in zivilrechtlicher (auf knapp 500 Seiten) als auch steuerrechtlicher (auf knapp 400 Seiten) Hinsicht. Zivilrechtlich finden sich hier Ausführungen u. a. zu:

- Ablauf des Unternehmenskaufs und vorvertragliches Stadium
- Gegenstand des Unternehmenskaufs (asset- und share-deal)
- Formerfordernisse, Zustimmungserfordernisse und Verfügungsbeschränkungen
- Übergangsstichtag
- Kaufpreis und Zahlungsmodalitäten
- Gewährleistung sowie Haftung von Verkäufer und Käufer
- Arbeitsrecht einschl. betrieblicher Altersversorgung, Betriebsverfassungsrecht und Mitbestimmung
- Besonderheiten bei grenzüberschreitenden Unternehmenstransaktionen sowie beim Kauf in der Krise und Insolvenz
- Zusammenschlusskontrolle
- Schiedsabreden.

Auch die steuerlichen Fragen des Unternehmenskaufs werden ausführlich dargestellt.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis 31.8.2002, im steuerrechtlichen Teil bis November 2002 berücksichtigt, so dass nicht nur die Unternehmenssteuerreform 2001 (samt gesetzlichen „Nachbesserungen“ einschl. Hinweisen zum StVergAbG, das allerdings nunmehr bekanntlich nur in wenigen Teilbereichen umgesetzt wurde), sondern auch das Übernahmegesetz und die Schuldrechtsreform eingearbeitet sind.

Kaum angesprochen werden leider Sonderformen des Unternehmenserwerbs, bei denen als Gegenleistung kein Geld, son-

dern eine Beteiligung gewährt wird, einschließlich „mergers“ durch Verschmelzung o. ä. Auch zum Kapitalerhöhungsmodell finden sich lediglich kurze steuerliche Hinweise. Des Weiteren wären zum Problem der Fortführung bzw. Ablösung von Pensionszusagen des verkaufenden Gesellschafter-Geschäftsführers nähere Ausführungen wünschenswert gewesen. Ferner erscheint das Stichwortverzeichnis noch verbesserungsbedürftig: Beim Stichwort „Kapitalerhöhungsmodell“ wird beispielsweise nur auf § 26 Rdnr. 9 verwiesen, obwohl sich nähere (steuerliche) Erläuterungen erst 10 Seiten weiter unter Rdnr. 43 f. finden; das Stichwort „Terminverkauf“ findet sich etwas überraschend nur unter dem Oberstichwort „Share Deal“. Die Gewährleistungsproblematik (Stichwort: Garantie und § 444 BGB) wird ausführlich behandelt, die Ablehnung der Gestaltung „verschuldensunabhängige Beschaffenheitsvereinbarung“ ist jedoch nicht überzeugend (die von den Verfassern behaupteten möglichen Haftungslücken könnten durch eine ausdrückliche Ausdehnung der Rechtsfolgenregelung auf sämtliche vereinbarte Beschaffenheitsvereinbarungen geschlossen werden!). Vertragsmuster oder einzelne Formulierungsvorschläge enthält das Buch nicht.

Insgesamt handelt es sich beim Besprechungswerk um einen praxistauglichen, aktuellen und sehr kompetenten Berater, der den Unternehmenskauf im Wesentlichen erschöpfend abhandelt und sich sicherlich neben den Konkurrenzwerken (z. B. *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 11. Aufl. 2003 [Vorauslage rezensiert in MittBayNot 2000, 417]; *Schaumburg*, Unternehmenskauf im Steuerrecht, 2. Aufl. 2000; *Hölters* [Hrsg.], Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 5. Aufl. 2002; *Knott/Mielke/Weidlich*, Unternehmenskauf, 2001 [rezensiert in MittBayNot 2002, 33]; *dies.*, Unternehmenskauf [RWS-Vertragsmuster 2003]; *Häger/Reschke*, Checkbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2002; *Semler/Volhard*, Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, 2001 [Bd. 1] / 2003 [Bd. 2]; Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2003; *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf, 4. Aufl. 2003; *Rotthege/Wassermann*, Mandatspraxis Unternehmenskauf, 2003; *Deloitte & Touche*, Unternehmenskauf im Ausland, 2002; *Merkt*, Internationaler Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2002) etablieren wird. Es kann dem an der Gestaltung eines Unternehmenskaufs interessierten Notar guten Gewissens zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Heilsbronn

Suchsland: Die zweckmäßige Regelung von Grundpfandrechten und Darlehen in Grundstückskaufverträgen. Heymann, 2003. 263 S., 72 €

Die zweckmäßige Regelung von Grundpfandrechten und Darlehen in Grundstückskaufverträgen gehört zum „Eingemachten“ in der Notariatspraxis. Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Thema weckt deshalb die Neugier des Praktikers um so mehr, wenn der Autor in seinem Vorwort „bei näherem Hinsehen“ festzustellen glaubt, dass die bisher im Schrifttum angebotenen Gestaltungsvorschläge „den Regelungsbedarf, der typischerweise bei Grundpfandrechten und Darlehen in Grundstückskaufverträgen entsteht, oft nicht angemessen abdecken und hinter der Interessenlage

der beteiligten Vertragsparteien zurückbleiben“. Um es kurz zu machen: Die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit rechtfertigen diese Einschätzung – zum Glück – nicht. Das Gefühl der Beruhigung, dass die „Rezepte“ aus den einschlägigen „Kochbüchern“ auch einer wissenschaftlichen Analyse standhalten, überwiegt deshalb am Ende ein wenig das der Enttäuschung, dass sich der Gewinn neuer Erkenntnisse bei der Lektüre dieser Dissertation in engen Grenzen hält.

Suchsland befasst sich im Wesentlichen mit der „Erfüllungs-“ und „Risikoplanung“ im Kaufvertrag bei der Wegfertigung von Grundpfandrechten, ihrer isolierten Übernahme (also ohne die gesicherte Darlehensschuld) und Gestaltungen, bei denen der Erwerber auch die Darlehensschuld selbst übernimmt. Seine Ergebnisse und auch Begründungen gehen aber

letztlich nicht über das hinaus, was der interessierte Leser nicht auch z. B. im Beck'schen Notarhandbuch, im Münchener Vertragshandbuch oder bei *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, zum Thema sucht und findet. Zu den Risiken bei der Lastenfreistellung zählt *Suchsland* u. a., dass der Darlehensgläubiger – gemeint ist wohl der Grundpfandrechtsgläubiger – seinen Treuhandauftrag über die Grundschuld Löschung widerruft (S. 86 f.). Die Unterscheidung der Widerruflichkeit von grundbuchverfahrensrechtlicher Löschungsbewilligung und dem Treuhandauftrag i. S. d. § 24 BNotO ist richtig. Die Einschätzung, letzterer könne, weil einseitig, bis zu seiner Erledigung frei widerrufen werden, ist dagegen – zum Glück – falsch (vgl. etwa LG Köln, DNotI-Report 1998, 97, und Gutachten DNotI-Report 1997, 1) bzw. zu undifferenziert: Das Widerrufsrecht ist ausgeschlossen bzw. eingeschränkt, sobald es schutzwürdige Interessen Dritter beeinträchtigt, also etwa der Kaufpreis schon insgesamt oder teilweise bezahlt ist. Nimmt der Notar die Lastenfreistellungsunterlagen vertretungsweise für die Vertragsparteien entgegen, ist der Gläubiger zumindest ihnen gegenüber am Widerruf gehindert (*Amann* in DAI-Skript „Vollstreckungsfeste Vertragsgestaltung, 2002, B II 3).

Die Einschätzung von *Suchsland*, wonach die Vereinbarung einer Vertragsübernahme der einer Schuldübernahme vorzu-

ziehen sei (S. 216 ff., 229), hat mich überzeugt: Schuldübernahme ist die Übernahme einer einzelnen Verbindlichkeit. Der Altschuldner behält all diejenigen Rechte und Pflichten, die Ausfluss seiner Stellung als Vertragspartei sind, insbesondere Gestaltungsrechte (*Staudinger/Rieble*, 1999, § 414 Rdnr. 84). Die Schuldübernahme ist deshalb „nichts Halbes und nichts Ganzes“ und wird weder den Interessen der Kaufvertragsparteien noch denen des Gläubigers gerecht. Besser ist die im BGB nicht besonders geregelte, aber für zulässig erachtete Vertragsübernahme (*Palandt/Heinrichs*, 62. Aufl., § 398 Rdnr. 38), bei der der bisherige Schuldner (Veräußerer) vollständig aus dem Vertragsverhältnis mit dem Gläubiger ausscheidet. Weder die eine noch die andere Gestaltung scheint mir aber bei Kaufverträgen (anders z. B. im Rahmen von Scheidungsvereinbarungen oder Überlassungen) zurzeit besonders aktuell zu sein.

Fazit: Die Darstellung der zweckmäßigen Regelung von Grundpfandrechten und Darlehen in Grundstückskaufverträgen in den gängigen Formularbüchern hält letztlich auch einer wissenschaftlichen Analyse stand. Ergänzend sei auf die hervorragenden Aufsätze von *Hansmeyer*, MittRhNotK 1989, 149, und *Ogilvie*, MittRhNotK 1990, 145, zum Thema verwiesen.

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

Hügel/Scheel (unter Mitarbeit von Wälzholz): Rechtshandbuch Wohnungseigentum. ZAP-Verlag, 2003. 663 S. + CD-ROM, 76 €

Das Wohnungseigentumsrecht ist schwierig zu überblicken, weil der Blick ins Gesetz nicht immer die Rechtsfindung erleichtert und vertiefte Kenntnis der Rechtsprechung erforderlich ist, die manchmal disparat erscheint. Umso dankbarer ist der Leser, wenn ihm durch den wuchernden Dschungel des Wohnungseigentumsgesetzes Schneisen geschlagen werden.

Das Buch, geschrieben von zwei Notaren und einem Rechtsanwalt, wendet sich an Spezialisten aus den eigenen Reihen, aber auch an juristische Laien (z. B. Verwalter). Mit (zum Teil vertieften) theoretischen Erörterungen werden praktische Umsetzungshilfen und Vertragsmuster verbunden, damit – wie es im Vorwort heißt – der „Spagat zwischen diesen beiden Polen“ gelingt. Folgerichtig ist für jeden etwas dabei, auch wenn nicht jeder alle Ausführungen mit demselben Interesse lesen wird. Ein Notar wird etwa den Abschnitt zum gerichtlichen Verfahren eher überfliegen. Hervorzuheben sind die ausführlichen Rechtsprechungslexika mit Leitsätzen und Fundstellennachweisen, die die Kapitel abschließen. Im Anhang finden sich die Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigung nach dem Wohnungseigentumsgesetz und die Heizkostenverordnung. Die beiliegende CD-ROM ist einfach zu bedienen, bietet alle Muster als Word- bzw. RTF-Dateien an und lässt die Speicherung im eigenen Textverarbeitungsprogramm zu.

Die Autoren haben die Änderungen, die der Schuldrechtsreform zu verdanken sind, zuverlässig – wenn auch ein wenig kurz – eingearbeitet. Den Mängelrechten beim Bauträgerkauf sind z. B. nur zwei Seiten gewidmet (Rdnr. 168–175). Notar-

relevant sind insbesondere die sehr gut gelungenen Darstellungen der Begründung bzw. Veränderung von Wohnungseigentum, des Erwerbs und der Regelungsmöglichkeiten innerhalb der Gemeinschaftsordnung. *Hügel* behandelt in diesen Abschnitten kenntnisreich die in der Praxis häufig wiederkehrenden Fragen der Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum und umgekehrt sowie der Unterteilung, Vereinigung und Aufhebung von Wohnungseigentum. Es gehört geradezu zum guten Ton, das Thema auch von der steuerrechtlichen Seite zu beleuchten. Die Erwartungen des Lesers erfüllt *Wälzholz* trefflich. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob der Gesetzgeber bei der geplanten Neufassung des Eigenheimzulagengesetzes den Federstrich in eine Richtung führt, die seinen Ausführungen die Aktualität nimmt.

Zwei Probleme brennen den Vertragsgestaltern besonders auf den Nägeln: die Öffnungsklauseln für Mehrheitsentscheidung und die so genannten Zitterbeschlüsse, deren Einzelheiten in den Rdnr. 273 ff. dargestellt werden. *Hügel* schlägt sich bei der Öffnungsklausel auf die Seite derjenigen, nach denen die Mehrheitsentscheidung aufgrund einer Öffnungsklausel eine Vereinbarung und mithin in das Grundbuch einzutragen ist (Rdnr. 271), wohingegen die wohl h. M. darin einen Mehrheitsbeschluss sieht, der nicht eintragungsfähig ist. Eine vermittelnde Lösung könnte sein, in der Gemeinschaftsordnung vorzusehen, dass der Änderungsbeschluss einer Vereinbarung gleichsteht und als Inhaltsänderung des Sondereigentums der Eintragung in das Grundbuch bedarf.

Insgesamt handelt es sich um ein rundum gelungenes Werk, das durch seinen Praxisbezug besticht. Es sei jedem, der sich in das Wohnungseigentumsrecht einarbeiten oder es vertiefen will, empfohlen.

Notarassessor Johannes Schwarzmann, München

Klingelhöffer: Pflichtteilsrecht. 2., völlig neu bearb. Aufl., Beck, 2003. 183 S., 22 €

Es überrascht nicht, dass das „Pflichtteilsrecht“ von *Klingelhöffer* nun in der zweiten Auflage erschienen ist. Bereits die erste Auflage aus dem Jahre 1996 war ein großer Erfolg und wurde ganz überwiegend positiv aufgenommen. Dies beruht vor allem auf der übersichtlichen Gliederung, der klaren Sprache und der Konzeption für die Rechtspraxis. Die Darstellung orientiert sich im Wesentlichen an der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die meist nicht in Frage gestellt wird. Abweichende Literaturmeinungen werden in der Regel nicht ausgebreitet. Der Praktiker wird somit schnell und zuverlässig über das geltende Recht informiert. Wertvolle Hilfestellungen erhalten vor allem Rechtsanwälte, da das Buch auch taktische und verfahrensrechtliche Hinweise und ein gesondertes Kapitel zum Pflichtteilsprozess enthält und die Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche ausführlich behandelt.

In der zweiten Auflage hat *Klingelhöffer* die neue Rechtsprechung und die gesetzlichen Neuregelungen wie z. B. das Pflichtteilsrecht des eingetragenen Lebenspartners sowie die Änderungen der Verjährungsvorschriften aufgrund der Schuldrechtsreform eingearbeitet. Außerdem hat er das Buch um ein Kapitel „Kostenrecht“ ergänzt. Der Umfang des Werks ist demgemäß von 154 auf 183 Seiten angestiegen. Seinem Grundsatz, ein „knappes Werk“ vorzulegen, ist der Autor damit jedoch treu geblieben.

Der Abschnitt „Pflichtteilsanspruch trotz Zuwendung des Erblassers“ gibt Anlass zu einigen kritischen Anmerkungen:

– In Rdnr. 60 behandelt der Autor den Fall, dass der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten einen Erbteil hinterlässt, der unter der Pflichtteilsquote liegt, sodass dem Pflichtteilsberechtigten ein Pflichtteilsrestanspruch nach § 2305 BGB zusteht. *Klingelhöffer* vertritt die Ansicht, der Erblasser könne die Geltendmachung des Zusatzpflichtteils in dem Fall, dass die Zuweisung bestimmter Gegenstände für den Pflichtteilsberechtigten interessant ist, in der Weise verhindern, dass er den Pflichtteilsberechtigten unter der Bedingung zum Erben einsetzt, dass dieser den Restanspruch nicht geltend macht. Nach der umstrittenen Rechtsprechung des BGH (DNotZ 1993, 810, 811 f.) ist eine Verwirkungsklausel im Bereich des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB (der zugewendete Erbteil ist nicht größer als der Pflichtteil) jedoch unwirksam, da sie der zwingenden Vorschrift des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB widerspricht. Als Gestaltungsmittel wird deshalb anstelle einer bedingten Erbeinsetzung eine bedingte Vermächtnisanordnung empfohlen (vgl. *Kanzleiter*, DNotZ 1993, 780, 785; *J. Mayer* in Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rdnr. 111).

– In Rdnr. 61 führt *Klingelhöffer* aus, der überlebende Ehegatte, der mit dem Erblasser in Zugewinnngemeinschaft gelebt hat und einen Erbteil erhalten hat, der unter dem Pflichtteilsanspruch liegt, könne den Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil verlangen, der sich aus dem gemäß § 1371 Abs. 1 BGB erhöhten gesetzlichen Erbteil ergebe (sogenannter großer Pflichtteil). Dies ist falsch. Im Falle der Ausschlagung erhält der Ehegatte nach § 1371 Abs. 3 BGB neben dem Zugewinnausgleich zwar den Pflichtteil, nach § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB aber nur den kleinen Pflichtteil, also die Hälfte des nicht erhöhten Erbteils. *Klingelhöffer* übersieht, dass die Ausschlagung dazu führt, dass der Ehegatte nicht Erbe wird, sodass § 1371 Abs. 2 anwendbar ist (vgl. z. B. *Palandt/Brudermüller*, § 1371 Rdnr. 19; *J. Mayer*, a. a. O., § 11 Rdnr. 158).

– In Rdnr. 62 behandelt der Autor den Fall, dass dem Pflichtteilsberechtigten ein „Vorausvermächtnis und quotal sein gesetzlicher Erbteil“ hinterlassen ist. *Klingelhöffer* behauptet, der Pflichtteilsberechtigte müsse beides ausschla-

gen, um seinen Pflichtteilsrestanspruch geltend machen zu können. Dies ist nicht richtig. Da der hinterlassene Erbteil größer ist als die Pflichtteilsquote, besteht kein Pflichtteilsanspruch, auch kein Pflichtteilsrestanspruch. Auch durch die Ausschlagung der Erbschaft entsteht kein solcher Anspruch, da bei Fehlen von Beschränkungen und Beschwerden kein Fall des § 2306 Abs. 1 Satz 2 vorliegt und der Pflichtteilsberechtigte nicht enterbt wurde (vgl. *J. Mayer*, a. a. O., § 2 Rdnr. 136; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2003, § 2305 Rdnr. 7, § 2307 Rdnr. 9). Anderes gilt nur in dem Sonderfall, dass der Pflichtteilsberechtigte der Ehegatte des Erblassers im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft oder ein eingetragener Lebenspartner in Ausgleichsgemeinschaft gewesen ist (§ 1371 Abs. 3 BGB, § 6 Abs. 2 Satz 4 LPartG).

Für die Gestaltungspraxis interessant ist die Verlängerung der Verjährungsfrist von Pflichtteilsansprüchen durch Verfügung von Todes wegen. *Amann* (DNotZ 2002, 94, 125 f.) hat diese Möglichkeit aufgrund der Neuregelung des § 202 Abs. 2 BGB aufgezeigt. *Schlichting* (ZEV 2002, 478, 480) hingegen vertritt nun die Ansicht, dass eine Verlängerung der Verjährung nur durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung erreicht werden könne. Deshalb sei fraglich, ob der Erblasser die Verjährungsfrist auch einseitig zu Lasten des Erben oder Beschenkten durch Verfügung von Todes wegen verlängern könne. *Klingelhöffer* (Rdnr. 123 a) weist demgegenüber im Anschluss an *Amann* zu Recht darauf hin, dass § 202 Abs. 2 n. F. BGB die Verlängerung der Verjährung durch Rechtsgeschäft, also auch durch Verfügung von Todes wegen, erlaube.

Für die alltägliche notarielle Praxis besonders interessant ist die Frage, ob ein Ehegatte, der einer Grundstücksschenkung des anderen Ehegatten zugestimmt hat oder seinen Anteil gemeinsam mit dem anderen Ehegatten veräußert hat, im Falle des Todes des anderen Ehegatten Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend machen kann. Dies kann durchaus relevant werden, falls sich die Beziehungen zu dem Beschenkten verschlechtern, der etwaige Ergänzungsanspruch vererbt wird oder gar auf einen Sozialhilfeträger übergeleitet wird. *Klingelhöffer* (Rdnr. 357 a) hält hier zu Recht einen konkludenten Pflichtteilsverzicht für möglich, wenn der Ehegatte mit seiner Zustimmung oder mit der Übertragung seines Anteils konkludent zum Ausdruck brachte, Pflichtteilsansprüche nicht geltend machen zu wollen. Hilfsweise sei die Geltendmachung des Anspruchs wegen des Verbots des widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) ausgeschlossen, da der Ehegatte Pflichtteilsansprüche nicht geltend machen wollte. Da viele notarielle Urkunden, vor allem ältere, einen ausdrücklichen gegenständig beschränkten Pflichtteilsverzicht des Ehegatten nicht enthalten, ist erfreulich, dass *Klingelhöffer* Möglichkeiten aufzeigt, häufig unerwünschte Pflichtteilsergänzungsansprüche abzuwehren. Der vorsichtige Notar wird sich allerdings auf diese Abwehrmöglichkeiten, die höchstrichterlich noch nicht abgesichert sind, nicht verlassen. Gerade dann, wenn Geschwister des Erwerbers ausdrücklich gegenständig beschränkte Pflichtteilsverzichte erklären, ist zweifelhaft, ob dem Ehegatten ein konkludenter Verzicht unterstellt werden kann. Ob der Schuldner des Anspruchs mit einer Berufung auf § 242 BGB vor Gericht durchdringt, ist vor allem in den Fällen zweifelhaft, in denen ein Sozialhilfeträger den Anspruch übergeleitet hat. Zu Recht wird daher von Notaren angeregt, vorsorglich einen gegenständig beschränkten Pflichtteilsverzicht des Ehegatten in die Urkunde aufzunehmen (vgl. z. B. v. *Dickhuth-Harrach*, FS Rheinisches Notariat, 1998, S. 185, 191; *J. Mayer*, ZEV 2000, 263, 265).

Insgesamt kann das Werk aufgrund seiner übersichtlichen und klaren Darstellung und hohen Aktualität zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar Dr. Hilmar Keller, Wassertrüdingen

Zimmermann: Die Testamentsvollstreckung. Handbuch für die gerichtliche, anwaltliche und notarielle Praxis. 2., überarb. Aufl., Erich Schmidt, 2003. 580 S., 100 €

Der Testamentsvollstrecker ist *en vogue*. Nach der neuen Auflage des „Bengel“ liegt jetzt die zweite Auflage des Werkes von *Zimmermann* vor. *Zimmermann*, Vizepräsident des LG Passau, ist nach Kenntnis des Rezensenten, welche gerne berichtigt werden kann, der erste namhafte Nichtkaularjurist, welcher sich außerhalb der Kommentare zum BGB umfassend mit diesem Thema beschäftigt.

Die Monographie ist umfassend und spricht alle wesentlichen Probleme der Testamentsvollstreckung an. Aus notarieller Sicht fehlen allerdings Überlegungen, welche die Anordnung der Testamentsvollstreckung vermeiden, wie etwa die letztwillige Entziehung der Vermögenssorge oder die Anordnung nach § 1777 BGB. Besonderen Wert legt das Werk auf die Rechtsmittel, die in den einzelnen Verfahrensschritten angebracht sind.

Aus Sicht des Notars fehlen einige Problemkreise: Kann der Testamentsvollstrecker als Verkäufer eine Finanzierungsgrundschuld bestellen? Nachdem der Testamentsvoll-

strecker dem Schenkungsverbot unterliegt, fehlen Hinweise zu Gestaltungsalternativen wie das Vermächtnis an den Testamentsvollstrecker, einen Gegenstand an einen Dritten weiterzugeben. Wie kann der Notar den Käufer gegen den Wegfall der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers absichern? Zu wenig behandelt sind die Verjährungsfristen nach dem BGB i. d. F. vom 1.1.2002. Rdnr. 450 stellt ohne Begründung eine 30-jährige Verjährungsfrist fest, was fraglich ist, weil es sich um schuldrechtliche Ansprüche handelt.

Sehr gut gelungen ist die Darstellung über die Vergütung des Testamentsvollstreckers (Rdnr. 695 ff.), wobei *Zimmermann* zu Recht die bekannten Tabellen als zu pauschal verurteilt. Jedem Notar sei daher zu raten, nicht auf eine Tabelle zu verweisen, sondern eine detaillierte Vergütungsregelung zu treffen.

Zimmermann hat eine fundierte Monografie, welche die aktuelle Rechtsprechung und Literatur behandelt, vorgelegt. Ein umfangreiches Inhalts- und Literaturverzeichnis ergänzen die Arbeit. Jetzt die wichtigste Frage: Soll der „Zimmermann“ angeschafft werden? Ich empfehle dies für jeden Notar, um auch die Sicht des forensischen Praktikers in die Testamentsgestaltung einfließen zu lassen.

Notar *Helmut Kopp*, Ingolstadt

Prütting (Hrsg.): Außergerichtliche Streitschlichtung. Ein Handbuch für die Praxis. Beck, 2003. 336 S., 48 €

Die außergerichtliche Streitschlichtung ist spätestens seit dem In-Kraft-Treten des § 15 a EGZPO in aller Munde. Die Aufregung erreichte ihren Höhepunkt, als die ersten Bundesländer ihre Schlichtungsgesetze verkündeten. Inzwischen haben sich die Wogen geglättet; es ist eher ruhig geworden um die außergerichtliche Streitschlichtung. Das liegt in erster Linie an dem bekannten Schlupfloch: Wer das Mahnverfahren wählt, kann die Schlichtung vermeiden. Es wäre jedoch ein Fehler, die außergerichtliche Schlichtung deshalb abzuschreiben. Der Gesetzgeber hat zuletzt durch die Neufassung des § 278 ZPO gezeigt, dass ihm außergerichtliche Konfliktbeilegung und die erhoffte Justizentlastung am Herzen liegen. Es ist daher kein Fehler, sich mit den Grundlagen der Schlichtung zu beschäftigen, auch wenn nicht klar ist, wie es mit den Schlichtungsgesetzen der Länder weitergeht, die zum Großteil als so genannte Zeitgesetze erlassen wurden.

Das Buch gliedert sich in vier Teile. Im 1. Teil führt *Prütting* in das Thema der Streitschlichtung ein: Er verweist auf die historischen Grundlagen, vergleicht die deutsche Rechtslage mit der in anderen Ländern, beschreibt den aktuellen Stand der Streitschlichtung mit seinen Chancen, aber auch Risiken, und streift sogar verfassungsrechtliche Fragen. Der zweite Teil ist das Herzstück. Dort stellen *Krafka*, *U. Schmidt*, *Heck* und *Taxis* den Ablauf des obligatorischen Schlichtungsverfahrens dar. Der dritte Teil widmet sich der freiwilligen Streitschlichtung. Im vierten Teil (Anhang) finden sich die Landesgesetze (auch in einer Synopse) und vor allem nach Ländern geordnete Musterformulare. Die Autoren haben sich beim Aufbau für eine einleuchtende Systematik entschieden: Die

Abschnitte (Themen) sind – soweit Abweichungen bestehen – unterteilt in die drei Varianten der hauptsächlich zuständigen Schlichter, nämlich Baden-Württemberg (Rechtsanwaltsmodell), Bayern (Notarmodell) und den Schiedsamtsländern (Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein). Langes Blättern nach einer bestimmten Frage verlangt das Buch daher nicht.

Den bayerischen Leser interessieren vor allem die Ausführungen zum bayerischen Schlichtungsgesetz, die zuverlässig und sehr kenntnisreich von *Krafka* behandelt werden. Einige Ausführungen sind schlagwortartig hervorzuheben, da sie bei Fragen, die sich in der Praxis immer wieder stellen, dienlich sind und die Ergebnisse überzeugend begründet sind: Zur Durchführung des Schlichtungsverfahrens ist der Schlichter nicht verpflichtet (Rdnr. 403). Kommt der Schlichter zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für die Schlichtung nicht vorliegen, ist das Gericht in einem nachfolgenden Prozess daran gebunden (Rdnr. 405). Bei der Beurteilung einer Schlichtung als voraussichtlich erfolglos, steht dem Schlichter Ermessen zu (Rdnr. 547). Für die Registrierung des Antrags nach Art. 7 BaySchlG ist nicht zwingend ein eigenes Register zu führen; es empfiehlt sich aber ein Schlichtungsbuch (Rdnr. 417). In diesem Zusammenhang sei ergänzend auf das Rundschreiben 12/2000 der Notarkasse A. d. ö. R. hingewiesen, wonach empfohlen wird, die Schlichtungsgebühren unter „Auslagen“ (Spalte IX des Kostenregisters) zu buchen. Die Antragserweiterung während des Schlichtungsverfahrens bedarf nicht der Zustimmung des Schlichters oder der Gegenpartei, es ist jedoch darauf zu achten, dass der Anwendungsbereich des BaySchlG eröffnet bleibt (Rdnr. 505). Werden mehrere Anträge gestellt, ist für jeden Streitgegen-

stand ein eigenes Schlichtungsverfahren durchzuführen (Rdnr. 507). Die Bestimmungen der Nebenintervention und der Streitverkündung finden bei Beteiligung Dritter bei der Schlichtung keine Anwendung (Rdnr. 509). Die Schuldrechtsreform hat auch die Schlichtung nicht unberührt gelassen. In den Rdnr. 211 ff. weist *Krafka* darauf hin, dass die Verjährung nicht mehr unterbrochen, sondern nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB gehemmt wird. Abzustellen ist darauf, ob der Schlichter die Bekanntgabe des eingereichten Antrags veran-

lasst hat; es ist sogar irrelevant, dass die Gegenpartei keine Kenntnis von dem Antrag hat!

Insgesamt bietet das Buch einen vortrefflichen Überblick über das Schlichtungsverfahren und zuverlässige Hilfe bei zahlreichen Einzelproblemen. Zu loben sind insbesondere die Erläuterungen zum BaySchlG. Allen, die schlichten, kann das Werk nur empfohlen werden.

Notarassessor *Johannes Schwarzmann*, München

Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung. Bd. 9. §§ 916–1068, EGZPO. 22. Aufl., Mohr Siebeck, 2002. 851 S., 179 €

Nicht unbedingt von Notaren, wohl aber von allen, die sich intensiver mit Schiedsgerichtsbarkeit befassen, ist der zu besprechende 9. Band des Großkommentars mit Spannung erwartet worden. Neben der bekannt vorzüglichen Kommentierung des einstweiligen Rechtsschutzes durch *Grunsky*, die mit der Neuauflage auf den Stand von Anfang 2002 gebracht wurde, enthält der Kommentar nämlich nun eine erstmalige Kommentierung des 10. Buchs (Schiedsrichterliches Verfahren), das durch das SchiedsVfG vom 22.12.1997, in Kraft getreten am 1.1.1998, vollständig neu gefasst wurde. Für diese Kommentierung zeichnet – wie schon zum alten Recht – *Peter Schlosser* verantwortlich. Dies gibt beste Gewähr für eine authentische Auslegung des Gesetzes, war *Schlosser* doch Mitglied der vom Bundesminister gebildeten Expertenkommission, deren detaillierter kommentierter Diskussionsentwurf im weiteren Gesetzgebungsverfahren bis auf wenige Änderungen im Detail übernommen wurde. Dieser Hintergrund und die langjährige praktische Erfahrung des Autors im Bereich von Schiedsverfahren verleihen der Kommentierung ein besonderes Gewicht.

Zu den auch für das Notariat interessanten Sachfragen ist insbesondere die eindeutige Aussage zum Anwendungsbereich des § 1051 ZPO erfreulich. Dessen sehr weite und allgemeine Formulierung hat in der Literatur erhebliche Debatten darüber ausgelöst, in welchem Umfang Parteien das vom Schiedsgericht anwendbare Recht wählen können. Laut *Schlosser* § 1051 Rdnr. 3 bezieht sich die Vorschrift nur auf solche Rechtsregeln oder Rechtsordnungen, die auch sonst durch Parteivereinbarung festgelegt werden können, so dass international zwingende Statute wie das Gesellschaftsstatut, das Vollmachtsstatut, das Statut dinglicher Rechte und das Erbstatut nur dort einer Parteivereinbarung offen stehen, wo es das Statut selbst vorsieht (z. B. Art. 25 Abs. 2 EGBGB).

Bedauerlich, aber angesichts der Voraufgabe nicht überraschend ist es, wenn in § 1053 Rdnr. 7 undifferenziert festgestellt wird, dass durch einen Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut auch die notarielle Form ersetzt werden kann. Schon der Wortlaut des § 1053 Abs. 3 stellt nur darauf ab, dass das Wirksamkeitshindernis des notariellen Formzwangs beseitigt wird, ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut also auch ohne notarielle Beurkundung wirksam ist, wenn er Regelungen im Sinne von § 311 b Abs. 2 oder § 15 GmbHG enthält. Vom Gesetzeswortlaut hingegen nicht veranlasst und auch aus Gründen der Praktikabilität keinesfalls sinnvoll ist es hinge-

gen, den Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlauf als öffentliche Urkunde anzusehen bzw. einer solchen gleichzustellen. Deshalb kann ein solcher Schiedsspruch ohne Vollstreckbarerklärung gemäß § 1060 Abs. 1 ZPO auch nicht Grundlage von Eintragungen in öffentliche Register sein, wenn als Eintragungsvoraussetzung die Vorlage einer öffentlichen Urkunde gefordert ist (a. A. *Schlosser* in Rdnr. 2 zu § 1060).

Die Bedeutung von *Schlossers* Kommentierung liegt aber weniger in diesen, auch in anderen Standardkommentaren diskutierten Streitpunkten, sondern in den in allen Bereichen flüssig lesbaren und umfangreichen Ausführungen, die stets die praktischen Bedürfnisse des Schiedsrichters im Blick haben und gemäß dem internationalen Ursprung des SchiedsVfG auch ausländische Rechtsprechung und Literatur in großem Umfang aufgreifen. In deutscher Sprache einmalig ist die umfangreiche Kommentierung zu staatsvertraglichen Übereinkommen und Abkommen zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Anhang zu § 1061), insbesondere zum New Yorker UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, das zumindest in Schiedsverfahren, bei denen eine Vollstreckung im Ausland in Betracht kommt, mit seinen Regeln auch die Verfahrensgestaltung des Schiedsgerichts selbst bestimmt.

Lesenswert für Notare, die Schiedsklauseln in ihre Verträge einbauen, sind insbesondere die umfassenden Darlegungen zur Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen und zu gesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelstreitigkeiten im Besonderen (§ 1034 Rdnr. 11 bis 31). Auch wenn *Schlosser* Schiedsklauseln in diesen Bereichen befürwortet, verbirgt er dem Vertragsgestalter nicht, dass solche Klauseln nicht geringe Unsicherheiten bergen. Zu den in der Literatur in letzter Zeit wieder häufiger ins Gespräch gebrachten letztwilligen Schiedsverfügungen gemäß § 1066 1. Alt. ZPO fallen die Ausführungen hingegen sehr knapp aus. So wird z. B. die Kontroverse über die Unterwerfung von Pflichtteilsstreitigkeiten unter die Schiedsgerichtsbarkeit durch eine solche Schiedsverfügung gar nicht erwähnt.

Zumindest für diejenigen Kollegen, die beabsichtigen, als Schiedsrichter tätig zu werden, ist die Anschaffung des Bandes wärmstens zu empfehlen. Dem steht allerdings entgegen, dass der Kommentar vom Verlag nur geschlossen abgegeben wird, was die Anschaffung für den speziell am Schiedsrecht Interessierten unverhältnismäßig teuer macht. Angesichts der immer weiter fortschreitenden Spezialisierung auch im Bereich des Prozessrechts sollte der Verlag diese Abgabepolitik unbedingt überdenken.

Notar Dr. *Stefan Bandel*, Deggendorf

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. § 179 BGB (*Anfechtungsrecht eines Vertreters ohne Vertretungsmacht*)

Das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung steht einem in Anspruch genommenen Vertreter ohne Vertretungsmacht in Abwehr einer Haftung nach § 179 BGB selbständig zu.

BGH, Urteil vom 22.2.2002, V ZR 113/01; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin schloss am 29.1.1997 mit dem Sohn des Beklagten einen notariellen Vorvertrag über den Verkauf eines ihr gehörenden Grundstücks. Im Notartermin trat für sie die Ehefrau ihres Geschäftsführers, die Rechtsanwältin W., als Vertreterin ohne Vertretungsmacht und für seinen Sohn der Beklagte auf. Streitig ist, welche Erklärungen er dabei abgab. Der Sohn des Beklagten hat den Vertrag nicht genehmigt; die Klägerin hat ihn erst im Berufungsrechtszug genehmigt.

Mit der Klage nimmt die Klägerin den Beklagten als vollmachtlosen Vertreter auf Schadenersatz nebst Zinsen seit 15.4.1997 und die Feststellung in Anspruch, ihr allen weiteren Schaden zu ersetzen. Der Beklagte hat behauptet, sein vollmachtloses Handeln offen gelegt zu haben. Außerdem hat er den Vertrag angefochten mit der Behauptung, die Klägerin habe ihm eine ihr bekannte Ölverschmutzung des Grundstücks verschwiegen.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hält die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs aus § 179 Abs. 1 BGB für gegeben. § 179 Abs. 3 BGB stehe dem Ersatzanspruch nicht entgegen. Ebenso wenig habe die Klägerin arglistig eine Ölkontamination des Grundstücks verschwiegen. Sie habe sich auf die Ansicht eines Sachverständigen verlassen dürfen, die Verschmutzungen beschränkten sich auf einen geringen Bereich und seien leicht und folgenlos zu beseitigen. Sie habe zudem davon ausgehen dürfen, den Beklagten als Nachbarn nicht über eine etwaige frühere Nutzung des Grundstücks als Tankstelle unterrichten zu müssen.

Dies hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

II. Eine Haftung des Beklagten als Vertreter ohne Vertretungsmacht kommt im Ergebnis schon deswegen nicht in Betracht, weil der Beklagte den Vorvertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten hat. Die Frage der (fehlenden) Bevollmächtigung des Beklagten sowie einer evtl. Kenntnis der Klägerin hiervon kann deshalb dahinstehen.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hatte die Klägerin eine Aufklärungspflicht in Bezug auf die – zumindest für möglich gehaltene – Ölkontamination des Bodens, wie die Revision zu Recht rügt. Den Verkäufer eines Grundstücks trifft nämlich eine Offenbarungspflicht hinsichtlich solcher Umstände, die für die Entschließung des Käufers von entscheidender Bedeutung sind und deren Mitteilung er nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte (st. Rspr. des Senats, vgl. nur Ur. v. 20.10.2000, V ZR 285/99, NJW 2001, 64 m. w. N.). Die Kontaminierung eines Grundstücks mit Öl stellt einen solchen offenbarungspflichtigen Umstand dar; der Verkäufer handelt arglistig, wenn er diesen Umstand verschweigt, obwohl er ihn kennt oder zumindest für möglich hält (vgl. Senat a. a. O.).

Die Klägerin ist nach ihrem eigenen, durch vorgelegte Urkunden untermauerten, Tatsachenvortrag durch Schreiben des Magistrats der Stadt O. am Main (Umweltamt) vom 24.10.1996 über die „größenmäßig nicht unerhebliche Verunreinigung des Bodens“ auf dem in Rede stehenden Grundstück informiert gewesen. Sie beauftragte deshalb mit Schreiben vom 12.11.1996 – den Vorgaben des Umweltamts folgend – das Ingenieurbüro G./D. mit der „Durchführung der erforderlichen Arbeiten und Erstellung eines Gutachtens“. Das Gutachten wurde am 21.2.1997, also erst nach Abschluss des Vorvertrages, fertig gestellt. Zu dieser Zeit befand sich das verunreinigte Erdreich noch auf dem Grundstück, wie das Gutachten ausdrücklich feststellt. Unter diesen Umständen hätte die Klägerin die ihr bekannte und in ihrem Umfang zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht definitiv geklärte Verunreinigung mit Öl nicht verschweigen dürfen. Das gilt umso mehr, als die Klägerin ausweislich des Gutachtens nicht nur am 3.12.1996, sondern nochmals am 3.2.1997 den Gutachterauftrag u. a. auf den Abbruch und die Zwischenlagerung des verölten Pflasters auf dem Grundstück sowie den Aushub und die Zwischenlagerung des verölten Bodens erweiterte. Sie sah also selbst Klärungs- und Handlungsbedarf.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin habe schon auf Grund der Nachbarschaft des Beklagten annehmen dürfen, diesen nicht über eine etwaige frühere Nutzung des Grundstücks zum Betrieb einer Tankstelle unterrichten zu müssen, ist rechtsfehlerhaft. Denn es geht nicht um die frühere Nutzung des Grundstücks, sondern um dessen Mangelhaftigkeit. Es fehlt insoweit aber bereits an tatsächlichen Anhaltspunkten, die der Klägerin den Schluss gestattet hätten, dem Beklagten sei die Ölverschmutzung bekannt. Im Übrigen hätte die Klägerin selbst dann noch eine Offenbarungspflicht getroffen, wenn dem Beklagten Umstände bekannt oder durch eine Besichtigung hätten bekannt werden können, aus denen sich lediglich ein Altlastenverdacht ergeben hätte (vgl. Senat a. a. O.).

Das nach alledem bestehende Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung steht dem in Anspruch genommenen Vertreter ohne Vertretungsmacht, also dem Beklagten, in Abwehr einer Haftung nach § 179 BGB selbständig zu (*Staudinger/Schilken* [2001], § 179 Rdnr. 10; *Erman/Palm*, BGB, 10. Aufl., § 179 Rdnr. 5; *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl., § 179 Rdnr. 6; *MünchKomm-BGB/Schramm*, 4. Aufl., § 179 Rdnr. 26).

2. BGB § 164 (*Nichtigkeit einer Treuhandvereinbarung aufgrund Insihgeschäfts*)

BGB § 164

Eine Treuhandvereinbarung, die auf Grund einer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreienden Vollmacht zum Nachteil des Vertretenen durch Insihgeschäft getroffen wird, ist wegen Missbrauchs der Vollmacht nichtig.

ZPO § 138

Zu den Anforderungen an die Substantiierungspflicht.

BGH, Urteil vom 25.2.2002, II ZR 374/00; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt den Beklagten, ihren geschiedenen Ehemann, auf Zustimmung zu Grundbuchberichtigungen in Anspruch. Der Beklagte hatte ab April 1989, gestützt auf eine Generalvollmacht der Klägerin, über deren Beteiligungen an vier Grundstücksgesellschaften bürgerlichen Rechts verfügt und die Löschung der Klägerin als Mitgesellschafterin in den Grundbüchern bewirkt.

Die Parteien streiten im Wesentlichen darüber, ob die Klägerin die Gesellschaftsbeteiligungen treuhänderisch für den Beklagten hielt, wie dieser behauptet.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache.

I. Das Berufungsgericht hat die Gesellschafterbeschlüsse, die dem Ausscheiden der Klägerin aus den Grundstücksgesellschaften zugrunde liegen, für unwirksam gemäß § 138 BGB erachtet. Der Beklagte hatte die Beschlüsse auf der Grundlage einer ihm vom Verbot des Selbstkontrahierens befreienden Generalvollmacht der Klägerin vom 10.5.1972 für die Klägerin in deren Vertretung gefasst. Nach Ansicht des Berufungsgerichts war die Klägerin bei der Beschlussfassung nicht wirksam vertreten, weil der Beklagte unter Missbrauch der Vollmacht gehandelt habe. Er sei als ihr Vertreter gehalten gewesen, die Interessen der Klägerin, seiner Auftraggeberin, zu wahren. Wie er und die übrigen Beteiligten erkannt hätten, liefen die Beschlüsse den Interessen der Klägerin jedoch zuwider. Die Rechtslage wäre zwar anders zu beurteilen, wenn die Klägerin die Gesellschaftsbeteiligungen lediglich treuhänderisch für den Beklagten gehalten hätte. Der Beklagte habe eine Treuhandabsprache jedoch nicht in ausreichend substantiiert Weise dargetan und könne sich auch nicht mit Erfolg auf den jeweils als Insichgeschäft am 12.2.1982 formlos und am 14.11.1989 dann auch in notarieller Form geschlossenen Treuhandvertrag berufen, weil auch insoweit ein Missbrauch der Vollmacht vorliege.

Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht in allen Punkten stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft die Anforderungen an die Substantiierungspflicht in Bezug auf die behauptete Treuhandvereinbarung überspannt und den angebotenen Beweis nicht erhoben.

II. 1. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht allerdings die Gesellschafterbeschlüsse ebenso wie den Treuhandvertrag wegen Vollmachtsmissbrauchs für den – von ihm als gegeben angesehenen – Fall als unwirksam angesehen, dass der Beklagte dazu nicht auf Grund einer Abrede berechtigt war, kraft derer die Klägerin ihre Anteile an den verschiedenen Grundstücksgesellschaften lediglich als (uneigennützig) Treuhänderin für den Beklagten halten sollte.

Die Gesellschaftsbeteiligungen waren werthaltig. Sie verkörperten jeweils eine Beteiligung an dem Wert des von der betreffenden Gesellschaft gehaltenen Grundstücks. Da in Ermangelung eines gegenteiligen Parteivortrags von der Werthaltigkeit dieser Grundstücke auszugehen ist, lag in dem Entzug der Gesellschaftsbeteiligungen eine Verletzung vermögenswerter Interessen der Klägerin und damit ein Missbrauch der Generalvollmacht, sofern der Beklagte zu seinem Vorgehen nicht auf Grund einer mit der Klägerin getroffenen Treuhandabrede befugt war.

Eine solche Befugnis ergibt sich auch nicht ohne weiteres aus dem von dem Beklagten unter Benutzung der ihm erteilten

Vollmacht unter dem Datum des 12.2.1982 zunächst formlos geschlossenen, nach den Behauptungen der Klägerin rückdatierten und nachträglich am 14.11.1989 auch notariell beurkundeten Treuhandvertrag. Er räumt dem Beklagten zwar eine entsprechende Berechtigung ein, wäre aber aus den bereits genannten Gründen seinerseits wegen Vollmachtsmissbrauchs nichtig, wenn die Klägerin die Gesellschaftsbeteiligungen nicht lediglich als uneigennützig Treuhänderin für den Beklagten halten sollte.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht jedoch, wie die Revision mit Erfolg rügt, auf einem Verfahrensfehler, weil das Berufungsgericht das Vorbringen des insoweit dargelegungs- und beweisbelasteten Beklagten über eine zwischen ihm und der Klägerin hinsichtlich der vier in Rede stehenden Grundstücksbeteiligungen getroffene Treuhandabrede als nicht ausreichend substantiiert angesehen und den angebotenen Beweis, Parteivernehmung der Klägerin, deshalb nicht erhoben hat.

Der Beklagte hat sich, ohne insoweit nähere Einzelheiten zu nennen, auf eine Einigung der Parteien berufen und zudem vorgebracht, dass die Klägerin 1988/1989 ihm und Dritten gegenüber wiederholt erklärt habe, sie wolle nicht länger mit ihrem Namen und ihrer persönlichen Haftung in die Grundstücksangelegenheiten eingebunden sein, sie wolle mit seinen Grundstücksangelegenheiten nichts zu tun haben. Sein Vortrag genügt damit den Anforderungen, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles an die Substantiierung seiner Behauptungen gestellt werden können.

Es kann nicht erwartet werden, dass die Parteien Jahre zurückliegende Vorgänge im Zusammenhang mit den Grundstücksgeschäften des Beklagten noch datieren und hinsichtlich der jeweiligen Umstände ins Einzelne gehend schildern können. Sie waren miteinander verheiratet und hatten, bevor es in ihrer Ehe zu Spannungen und Differenzen kam, keine Veranlassung, sich über Jahre hinweg Daten und Umstände von Vereinbarungen bezüglich der Grundstücke zu merken oder diese gar aufzuzeichnen. Dass der Beklagte zu diesen Punkten keine Angaben machen konnte, genügt daher nicht, um seinen Vortrag für unschlüssig zu halten. Er hat seine Darlegung zudem mit der Wiedergabe von verschiedenen Äußerungen der Klägerin abgerundet, so dass sie entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts einer Beweisaufnahme zugänglich ist. Dass er hinsichtlich der in Rede stehenden Gesellschaftsbeteiligungen der Klägerin keinen Grund angegeben hat, weshalb eine Treuhandabrede ebenso wie im Falle des der Klägerin 1972 geschenkten Miteigentumsanteils am Grundstück E.-straße 54 sinnvoll gewesen sei, bedeutet nicht, dass es einen solchen Grund nicht gegeben hat; er mag in den mit den Grundstücksgeschäften verfolgten wirtschaftlichen Zielen des Beklagten gelegen haben, die er nicht offenbaren will.

3. BGB § 1018 (*Keine Beschränkung einer Grunddienstbarkeitsberechtigung auf unselbständige Grundstücksteile*)

Die Berechtigung aus einer Grunddienstbarkeit kann nicht mit dinglicher Wirkung auf „die Eigentümer und/oder Mieter, Nutzer“ einer Erdgeschosswohnung eingeschränkt werden, wenn an dieser kein Wohnungseigentum gebildet worden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 17.4.2002, 20 W 277/01; mitgeteilt von *Andreas Kersten*, Hofgeismar

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1) übertrugen mit notarieller Urkunde vom 2.2.2000 eine noch zu vermessende, mit zwei Garagen bebaute Teilfläche an die Beteiligten zu 2). Die Beteiligten zu 1) und 2) vereinbarten unter § 2 des Vertrags eine Grunddienstbarkeit, wonach der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks Ulmenstraße 22 das dienende Grundstück, nämlich die nach der Übertragung gemäß § 1 verbliebene Restfläche, auf Dauer zum Gehen von den beiden Garagen zum Hausgrundstück Ulmenstraße 22 und zurück neben dem jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks mitbenutzen darf. Innerhalb der Eigentümergemeinschaft Ulmenstraße 22 sollten jedoch nur die Eigentümer und/oder Mieter, Nutzer der Wohnung im Erdgeschoss zur Ausübung des Gehrechts berechtigt sein. Das als herrschend vorgesehene Grundstück Ulmenstraße 22 steht nach dem derzeitigen Grundbuchstand im Eigentum der Beteiligten zu 2) je zur Hälfte und ist nicht in Wohnungseigentum aufgeteilt.

Mit Zwischenverfügung verlangte das Grundbuchamt eine Abänderung der Eintragungsbewilligung für die Grunddienstbarkeit, gegebenfalls in der Form, dass es sich bei der Einschränkung, wonach nur die Eigentümer und/oder Mieter, Nutzer der Wohnung im Erdgeschoss zur Ausübung berechtigt sein sollen, um eine schuldrechtliche Vereinbarung handele, da insoweit keine dingliche Absicherung möglich sei. Gegen diese Beanstandung richtete sich die Erinnerung der Beteiligten, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die gemäß §§ 78 Satz 1, 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 GBO zulässige und formgerecht eingelegte weitere Beschwerde ist nicht begründet, denn die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 78 GBO, 550 ZPO a. F. i. V. m. § 26 Nr. 10 EGZPO).

Die Zurückweisung der Erstbeschwerde durch das Landgericht beruht nicht auf einer Gesetzesverletzung, denn die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 4.9.2000, soweit sie hier Verfahrensgegenstand ist, war berechtigt. (...) Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung hinsichtlich der Person des Berechtigten der Grunddienstbarkeit – wie auch sonst für den Gläubiger einer dinglichen Belastung – ausgeschlossen ist; dieser ist in den Eintragungsvermerk aufzunehmen, denn die Person des Berechtigten gehört nicht zum Rechtsinhalt (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 44 Rdnr. 47; *Bauer/v. Oefele/Knothe*, GBO, § 44 Rdnr. 41 m. w. H.). Deshalb wäre es nicht zulässig, im Eintragungsvermerk als Berechtigten der Grunddienstbarkeit den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks anzugeben, diese Berechtigung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung jedoch mit dinglicher Wirkung auf die Eigentümer und/oder Mieter, Nutzer der Erdgeschosswohnung einzuschränken.

Die Grunddienstbarkeit (in der Form der Benutzungsdienstbarkeit) ist nach §§ 1018, 1019 BGB das beschränkte dingliche Recht, ein Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, wobei berechtigt nicht eine bestimmte Person (wie beim Nießbrauch oder der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit) ist, sondern der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks, für dessen Benutzung die Belastung des dienenden Grundstücks mit der Grunddienstbarkeit einen Vorteil bieten muss. Schon nach dieser gesetzlichen Definition ist zu unterscheiden zwischen dem *Berechtigten der Grunddienstbarkeit* und dem erforderlichen *Vorteil für das herrschende Grundstück*, was in der Beschwerdebegründung unzutreffend gleichgesetzt wird. Nur um diesen letztgenannten Vorteil geht es, wenn für zulässig erachtet wird, die Ausübung der Grunddienstbarkeit zugunsten des herrschenden Grundstücks auf einen realen Teil daran zu beschränken. Dabei handelt es sich praktisch um die parallele Regelung zu der Beschränkung der

Ausübung auf reale Teile des dienenden Grundstücks. Dagegen kann herrschendes Grundstück, an dem das Eigentum oder eigentumsgleiche Recht des jeweiligen Eigentümers besteht, bei der Grunddienstbarkeit nur ein Grundbuchgrundstück nach dem geltenden Liegenschaftsrecht sein, d. h. diejenige räumlich abgegrenzte Bodenfläche, die auf einem besonderen Grundbuchblatt für sich allein oder auf einem gemeinschaftlichen Blatt nach § 4 GBO unter einer besonderen Nummer im Verzeichnis der Grundstücke eingetragen ist. Zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines realen Grundstücksteils kann nach einhelliger Meinung dagegen eine Grunddienstbarkeit nicht bestellt werden, es sei denn, dieser Teil wird durch Abschreibung zu einem selbständigen Grundstück umgestaltet (KGJ Nr. 53, 170; BayObLGZ 1965, 267, 271; MünchKommBGB/*Falckenberg*, 3. Aufl., § 1018 Rdnr. 24; *Palandt/Bassenge*, BGB, 61. Aufl., § 1018 Rdnr., 3; RGRK, 12. Aufl., § 1018 Rdnr. 9; *Staudinger*, BGB, 13. Aufl., § 1018 Rdnr. 13; *Soergel/Stürmer*, BGB, 12. Aufl., § 1018 Rdnr. 38). Etwas anderes wird auch in dem Handbuch der Grundstückspraxis von *Lambert-Lang/Tropf/Frenz* (Seite 693, Rdnr. 9 und 10), auf das sich die Beteiligten in der weiteren Beschwerde berufen haben, nicht vertreten. Ihr Vergleich der Grunddienstbarkeit mit dem Wohnungsrecht nach § 1093 BGB ist schon deshalb kein Argument, weil letzteres sich als beschränkte persönliche Dienstbarkeit gerade hinsichtlich der Person des Berechtigten und damit im hier wesentlichen Kriterium von der Grunddienstbarkeit unterscheidet.

Dass es sich bei der Erdgeschosswohnung des Anwesens Ulmenstraße 22 – unterstellt, eine solche ist vorhanden – nicht um eine reale Teilfläche des herrschenden Grundstücks handeln kann, ergibt sich schon daraus, dass sie nicht nach formellem Grundstücksrecht als selbständiges Grundstück abgeschrieben werden kann. Zwar könnte zugunsten eines Wohnungseigentums als nahezu grundstücksgleichem Recht eine Grunddienstbarkeit eingetragen werden (*Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 100; *Palandt*, a. a. O.; *Staudinger*, a. a. O., Rdnr. 7), an dem Anwesen Ulmenstraße 22 ist jedoch nach dem derzeitigen Grundbuchinhalt kein Wohnungseigentum, auch nicht an der Erdgeschosswohnung, begründet worden. Nach der für die Beurteilung der Eintragungsfähigkeit maßgeblichen Formulierung der Eintragungsbewilligung in § 2 des Vertrags vom 2.2.2000 kann demnach keine Eintragung der Grunddienstbarkeit erfolgen, weil die „Eigentümer“ der Wohnung im Erdgeschoss des Anwesens Ulmenstraße 22 nicht Berechtigte im Sinne des § 1018 BGB sein können, jedenfalls nicht, solange kein Wohnungseigentum gebildet worden ist.

Die Eintragung von Mietern bzw. Nutzern der Wohnung als Berechtigten scheidet schon deshalb aus, weil auch eine teilweise Verdinglichung obligatorischer oder besitzrechtlicher Beziehungen unzulässig ist (vgl. zu der Problematik der Mitbenutzungsrechte Dritter bei Grunddienstbarkeiten *Löscher*, Rpfleger 1962, 432). Daran ändert es nichts, dass anerkanntermaßen (BGH, DNotZ 1971, 471; 1976, 21; MünchKommBGB, a. a. O., § 1018 Rdnr. 22) die Berechtigung aus der Grunddienstbarkeit mangels anderer Vereinbarung auch von dritten Personen ausgeübt werden kann, die wie z. B. Kunden, Mieter und Pächter in besonderer Beziehung zum Eigentümer stehen. Der Fall, dass der Eigentümer des belasteten Grundstücks ein Mitbenutzungsrecht für Dritte bestellt hat, was als Beschränkung der Grunddienstbarkeit eintragungsfähig wäre (KG, HRR 1934 Nr. 169), liegt hier nicht vor. Die landgerichtliche Argumentation hinsichtlich der Unbestimmtheit des Antrags trifft jedenfalls insoweit zu, dass der in der Eintragungsbewilligung der Beteiligten vom 2.2.2002 unternommene Versuch, die Berechtigung aus der Grunddienstbarkeit

anders als über das Eigentum am herrschenden Grundstück zu definieren, zu einer Verwischung des Unterschieds zwischen Grunddienstbarkeit und beschränkter persönlicher Dienstbarkeit führt, die nach dem formellen Bestimmtheitsgrundsatz im Eintragungsverfahren nicht hingenommen werden kann.

4. § 34 GBO (Bezugnahme auf Genossenschaftsregister im Grundbuchverfahren)

Nach § 34 GBO genügt statt des Zeugnisses des Registergerichts die Bezugnahme auf das Genossenschaftsregister, wenn das Grundbuchamt zugleich das Registergericht ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Saarbrücken, Beschluss vom 5.2.2002, 5 T 14/02

Zum Sachverhalt:

Mit vor der Verfahrensbevollmächtigten geschlossenem notariellen Kaufvertrag vom 13.9.2001 vereinbarten die Antragsteller u. a. die Veräußerung des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes und die Löschung der in Abteilung III Nr. 10, 11 und 12 des Grundbuchs eingetragenen Belastungen. Dabei handelt es sich um jeweils zugunsten der Volksbank V e. G. eingetragene Briefgrundschulden über 40.000 DM, 50.000 DM und 15.000 DM. Zugleich bewilligten und beantragten sie die entsprechende Löschung im Grundbuch und beauftragten die Verfahrensbevollmächtigte, entsprechende Löschungunterlagen bei der Gläubigerin anzufordern. Die Verfahrensbevollmächtigte hat mit Schreiben vom 7.11.2001 unter Hinweis auf die Löschungsbewilligung der B-Bank e. G., der Rechtsnachfolgerin der Volksbank V e. G., die Löschung der in Abteilung III Nr. 10, 11 und 12 eingetragenen Rechte beantragt. Der Löschungsbewilligung war zum Nachweis der Rechtsnachfolge und der Vertretungsberechtigung eine notarielle Bescheinigung des Notars L vom 23.8.2001 beigefügt.

Mit Zwischenverfügung vom 12.11.2001 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass sich aus der notariellen Bescheinigung nicht ergebe, wann der Notar in das Genossenschaftsregister des Amtsgerichts Saarbrücken zur Klärung der Befugnis zur Vertretung der Gläubigerin eingesehen habe, und um Vorlage einer „ordnungsgemäßen Vertretungsberechtigung“ binnen einer Frist von zwei Monaten gebeten.

Darauf haben die Antragsteller mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 20.11.2001 zum Nachweis der Vertretungsberechtigung auf das Genossenschaftsregister des Amtsgerichts Saarbrücken Bezug genommen.

Mit weiterer Zwischenverfügung vom 30.11.2001 hat das Grundbuchamt unter Hinweis auf die laufende Frist darauf hingewiesen, dass eine Bezugnahme auf Registerakten nach Ausgliederung des Grundbuchamtes nicht mehr zulässig sei.

Gegen diese Zwischenverfügungen des Grundbuchamtes haben die Antragsteller Beschwerde mit der Begründung eingelegt, eine Bezugnahme auf die Registerakten sei gemäß § 34 GBO auch dann zulässig, wenn Grundbuch und Register in unterschiedlichen Gebäuden untergebracht seien.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und zur Begründung im Wesentlichen auf die räumliche Entfernung des Registers sowie auf die im Falle der Inbezugnahme erforderliche sorgfältige und eventuell zeitraubende Überprüfung hingewiesen, die von dem Grundbuchamt bzw. Rechtspfleger bei dem hohen Arbeitsanfall nicht zu verkraften sei; im Übrigen verursache dies – durch die Notwendigkeit der Benutzung eines privaten Pkw – zusätzliche Kosten.

Aus den Gründen:

(...)

II. Die gemäß § 11 Abs. 1 RPflG i. V. m. § 71 GBO zulässige Beschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügungen (...)

Das Grundbuchamt hat mit der Zwischenverfügung vom 12.11.2001 zwar zu Recht beanstandet, dass sich aus der notariellen Bescheinigung vom 23.8.2001 nicht ergebe, wann der Notar zur Klärung der Befugnis zur Vertretung der B-Bank in das Genossenschaftsregister des Amtsgerichts Saarbrücken eingesehen habe.

Eine im Handelsregister, Partnerschaftsregister, Genossenschaftsregister oder Vereinsregister eingetragene Vertretungsberechtigung wird durch eine Bescheinigung des Notars mit der gleichen Beweiskraft nachgewiesen wie durch ein Zeugnis des Registergerichts, vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 1 BNotO. Der Notar darf diese Bescheinigung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 BNotO nur dann ausstellen, wenn er zuvor das Register oder eine beglaubigte Abschrift desselben eingesehen hat. Dabei hat er den Tag der Einsichtnahme des Registers in der Bescheinigung anzugeben, § 21 Abs. 2 Satz 2 BNotO. Denn die Annahme einer solchen Beweiskraft der notariellen Bescheinigung ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Zeitraum zwischen Registereinsicht und Bescheinigung so bemessen ist, dass er nicht im Einzelfall Zweifel an der Fortdauer der Vertretungsberechtigung begründet. Daher ist die Bescheinigung nicht brauchbar, wenn sie den Tag der Einsichtnahme in das Register nicht angibt (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 3638, in Fn. 2 auch zum Meinungsstand über die Anforderungen an das Alter dieser Bescheinigung).

An einer ausdrücklichen Angabe des Tages der Einsichtnahme fehlt es vorliegend. Ob diesem Erfordernis auch dadurch Genüge getan werden kann, dass die notarielle Bescheinigung vom 23.8.2001 das Datum verschiedener Registereintragungen – zuletzt am 19.7.2001 – wiedergibt, kann im Ergebnis offen bleiben. Denn das Grundbuchamt durfte insoweit, auch hinsichtlich der im Einzelfall an das Alter der Bescheinigung zu stellenden Anforderungen, mit der Zwischenverfügung jedenfalls auf die Beseitigung verbleibender Zweifel hinwirken.

Die Zwischenverfügung vom 12.11.2001 war gleichwohl auf die Beschwerde der Antragsteller hin aufzuheben. Denn nachdem die Antragsteller zum Nachweis der Vertretungsberechtigung – in zulässiger Weise – auf das Genossenschaftsregister des Amtsgerichts Saarbrücken Bezug genommen haben, kann sich aus dem Inhalt der zunächst vorgelegten notariellen Bescheinigung vom 23.8.2001 kein Eintragungshindernis mehr ergeben.

Soweit das Amtsgericht mit der weiteren Zwischenverfügung vom 30.11.2001 den Nachweis der Vertretungsberechtigung durch eine Bezugnahme auf die Registerakten als unzulässig abgelehnt hat, leidet das Verfahren des Amtsgerichts jedoch an einem schweren Verfahrensfehler.

Nach § 34 GBO genügt statt des Zeugnisses des Registergerichts die Bezugnahme auf das Register, wenn das Grundbuchamt zugleich das Registergericht ist. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Auch wenn die Bestimmung sich ausdrücklich nur auf das Handelsregister und das Güterrechtsregister bezieht, so ist sie sinngemäß auch auf das Genossenschaftsregister sowie auf sonstige bei demselben Amtsgericht geführte Register und Akten sinngemäß anzuwenden (vgl. *Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 34 Rdnr. 2); entsprechend kommt zum Nachweis der Vertretungsbefugnis statt einer Bescheinigung des das Genossenschaftsregister führenden Gerichts nach § 26 Abs. 2 GenG auch die schlichte Bezugnahme auf das Genossenschaftsregister in Betracht. Wie das Grundbuchamt richtig sieht, ist dabei für die Statthaftigkeit der Bezugnahme auf die Identität der Behörde abzustellen; entscheidend ist insoweit

also nicht der räumliche Zusammenhang im gleichen Gebäude (vgl. *Demharter*, a. a. O., Rdnr. 3; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 5. Aufl., § 34 GBO Rdnr. 3; KG, JW 1935, 3042, 3043).

Die vom Grundbuchamt zur Ablehnung der Statthaftigkeit der Bezugnahme angestellten Erwägungen stehen in Widerspruch zu der eindeutigen gesetzlichen Regelung des § 34 GBO.

Der allein maßgebliche Gesichtspunkt der Identität der Behörde hängt nicht davon ab, ob die einzelnen Abteilungen der Behörde räumlich mehr oder weniger weit voneinander entfernt liegen. Unabhängig davon ist das Kriterium der räumlichen Trennung auch mangels Bestimmtheit ungeeignet, denn es wäre stets ungewiss, wann eine räumliche Trennung nun groß genug sein soll, um einen Ausschluss der Anwendbarkeit des § 34 GBO zu rechtfertigen (vgl. KG, JW 1935, 3042, 3043). In diesem Sinne erweist sich auch das in der Nichtabhilfeentscheidung zugrunde gelegte Kriterium – Erreichbarkeit nur mit dem Pkw – als untauglich.

Soweit das Grundbuchamt weiter auf den hohen Arbeitsanfall sowie die Entstehung zusätzlicher Kosten abgestellt hat, rechtfertigen auch diese Erwägungen es selbstverständlich nicht, den Verfahrensbeteiligten die durch das Gesetz für den Fall der behördlichen Einheit – ohne Einschränkung – eingeräumte Möglichkeit der Bezugnahme zu versagen.

5. GBO §§ 78, 71, 18; BGB § 880 Abs. 2 Satz 2 (*Konkludente Eintragungsbewilligung*)

(...)

3. Die fehlende Eintragungsbewilligung des Grundstückseigentümers gem. § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB kann Gegenstand einer Zwischenverfügung des Grundbuchamtes sein.

4. Im Rahmen zulässiger Auslegung reicht für die Annahme einer Eintragungsbewilligung des Grundstückseigentümers aus, wenn aus der notariellen Urkunde sein Wille hervorgeht, eine bestimmte Eintragung, die eine Rangänderung umfasst, zu bewirken.

OLG Hamm, Beschluss vom 21.1.2002, 15 W 413/01; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten sind als Gesellschafter bürgerlichen Rechts als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Der Beteiligte zu 1) hat dem Beteiligten zu 2) in notarieller Urkunde vom 15.6.2001 Vollmacht erteilt, „mich in meiner Eigenschaft als Gesellschafter der W-GbR zu vertreten. Die Vollmacht ist beschränkt auf rechtsgeschäftliche Erklärungen, die von mir in meiner Eigenschaft als Gesellschafter der GbR abzugeben sind: Der Bevollmächtigte ist insbesondere ermächtigt, Grundstücke zu veräußern und zu belasten und alle zur Durchführung von Rechtsgeschäften über Grundstücke erforderlichen grundbuchlichen Erklärungen abzugeben und zwar bezüglich der Grundstücke (...).“

In notariell beglaubigter Urkunde vom 22.8.2001 hat der Beteiligte zu 2) erklärt: „Die Eigentümer des Grundstücks Gemarkung G, Flurstück 326, räumen hiermit dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Gemarkung G, Flurstück 284, ein Ver- und Entsorgungsleitungsrecht ein.“ Nach näherer Bezeichnung des Rechtsumfangs und Bezugnahme auf eine beigefügte Lageskizze hat der Beteiligte zu 2) bewilligt und beantragt, die Grunddienstbarkeil im Grundbuch einzutragen, und zwar mit Rang vor den Grundpfandrechten Abt. III Nr. 2 und 3 des Grundbuchs aufgrund noch beizubringender Vorrang-

einräumungsbewilligungen der Gläubigerin. In dem Beglaubigungsvermerk des Notars heißt es, der Beteiligte zu 2) handele sowohl im eigenen als auch im Namen des Beteiligten zu 1) aufgrund dessen Bevollmächtigung in der vorgenannten Urkunde vom 15.6.2001.

Den am 27.9.2001 vom Urkundsnotar gem. § 15 GBO gestellten Eintragungsantrag hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes mit Zwischenverfügung vom 8.10.2001 dahin beanstandet, es fehle die gem. § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB erforderliche Zustimmungserklärung des Beteiligten zu 1); die zusammen mit dem Eintragungsantrag vorgelegte Urkunde vom 15.6.2001 ergebe keine Bevollmächtigung des Beteiligten zu 2), den Beteiligten zu 1) hinsichtlich dieser Zustimmungserklärung zu vertreten.

Gegen diese Zwischenverfügung hat der Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz des Urkundsnotars vom 02.11.2001 Beschwerde eingelegt, mit der er beantragt hat, das Grundbuchamt zur Eintragung des Versorgungs- und Entsorgungsleitungsrechts entsprechend der Bewilligung vom 22.8.2001 anzuweisen.

Das Landgericht hat durch Beschluss vom 28.11.2001 die Zwischenverfügung aufgehoben. Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes sei allein aus formellen Gründen aufzuheben. Denn die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Zwischenverfügung gem. § 18 Abs. 1 GBO lägen nicht vor. Unabhängig von dem in der Zwischenverfügung genannten Eintragungshindernis, nämlich dem fehlenden Nachweis der Bevollmächtigung des Beteiligten zu 2), bestehe daneben ein weiteres Eintragungshindernis, das nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden könne. Denn die Erklärung des Beteiligten zu 2) vom 22.8.2001 ergebe ihrem Inhalt nach nicht, dass er namens des Beteiligten zu 1) auch die nach § 880 Abs. 2 S. 2 BGB erforderliche Zustimmungserklärung des Eigentümers für den Rangrücktritt der Grundpfandrechte habe abgeben wollen. Dieses weitere Eintragungshindernis hätte zwingend zur sofortigen Zurückweisung des Eintragungsantrages führen müssen; der Erlass einer Zwischenverfügung sei deshalb unzulässig.

Aus den Gründen:

Der Senat teilt nicht die Auffassung des Landgerichts, im Hinblick auf das angenommene weitere Eintragungshindernis der fehlenden Zustimmungserklärung des Beteiligten zu 1) gem. § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB scheidet der Erlass einer Zwischenverfügung gem. § 18 Abs. 1 GBO aus. Nach gefestigter Rechtsprechung ist allerdings eine Zwischenverfügung nicht zulässig, wenn diese der Behebung eines Eintragungshindernisses dienen soll, das nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann (vgl. etwa BGHZ 27, 310, 314 = NJW 1958, 1090; BayObLGZ 1980, 299, 300; OLG Frankfurt, Rpfleger 1990, 292). Ein solcher Mangel muss zur sofortigen Zurückweisung des Eintragungsantrags führen. Eine gleichwohl ergangene Zwischenverfügung ist im Beschwerderechtszug allein aus diesem Grund aufzuheben (BayObLGZ 1991, 97, 102 = NJW-RR 1991, 718; *Budde* in Bauer/v. Oefele, GBO, § 77 Rdnr. 15). Um einen solchen Mangel handelt es sich, wenn die nach § 19 GBO erforderliche Bewilligung des Berechtigten fehlt. Die Rechtsprechung hat diesen den Erlass einer Zwischenverfügung ausschließenden Grund jedoch auf die Fälle beschränkt, in denen die Bewilligung des von der Eintragung unmittelbar Betroffenen fehlt, während die Bewilligung nur mittelbar in ihren Rechten Betroffener Gegenstand einer Zwischenverfügung sein kann (BayObLGZ 1990, 6, 8; Rpfleger 1997, 154; *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 12). Im vorliegenden Fall ist von der Vorrangeinräumung unmittelbar betroffen die Gläubigerin der zurücktretenden Grundpfandrechte, deren Bewilligung vorgelegt ist. Die nach materiellem Recht gem. § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB erforderliche Zustimmung des Grundstückseigentümers begründet indessen nur seine mittelbare Betroffenheit durch die Rangänderung (*Demharter*, § 19 Rdnr. 52 f.). Von diesem Standpunkt aus hätte das Landgericht die Zwischenverfügung nicht aufheben, sondern nach einer Sachentscheidung über die erhobene Beanstan-

ding allenfalls auf das von ihm angenommene weitere Eintragungshindernis hinweisen dürfen.

Auch in der sachlichen Beurteilung vermag sich der Senat dem Standpunkt des Landgerichts nicht anzuschließen. Der Rangrücktritt eines Grundpfandrechts erfordert nach der sachlichrechtlichen Vorschrift des § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB im Hinblick auf die Anwartschaft des Grundstückseigentümers auf den Erwerb des Eigentümerrechts seine Zustimmung, die nach Satz 3 der Vorschrift entweder gegenüber dem Grundbuchamt oder einem der an der Rangänderung Beteiligten zu erklären ist. Im Hinblick auf dieses Zustimmungserfordernis ist grundbuchverfahrensrechtlich die Bewilligung (§ 19 GBO) des Rangrücktritts auch durch den Grundstückseigentümer erforderlich (BayObLG, NJW-RR 1988, 460, 461).

Ob eine gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung diese Bewilligung enthält, ist durch Auslegung der Erklärung unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes zu ermitteln. Die Erklärung muss deshalb nicht zwingend dahin gehen, dass der Rangrücktritt durch den Grundstückseigentümer ausdrücklich bewilligt wird oder – aus der Sicht des materiellen Rechts ausgedrückt – dieser dem Rangrücktritt zustimmt. Das Erfordernis einer ausdrücklichen Erklärung lässt sich entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht daraus herleiten, dass nach materiellem Recht die Zustimmung des Grundstückseigentümers nach § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB ein von der Einigung der an der Rangänderung unmittelbar beteiligten Berechtigten (§ 880 Abs. 2 Satz 1 BGB) zu unterscheidendes Rechtsgeschäft ist (vgl. im Hinblick auf die Anwendung des § 181 BGB in diesem Zusammenhang RGZ 157, 24, 30). Hier geht es demgegenüber maßgebend um die grundbuchverfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung des Grundstückseigentümers. An deren Nachweis dürfen nicht allein deshalb höhere Anforderungen gestellt werden, weil das zugrunde liegende materielle Rechtsgeschäft gegenüber demjenigen der an der Rangänderung unmittelbar Beteiligten selbständige Bedeutung hat. Die Eintragungsbewilligung des Grundstückseigentümers kann deshalb auch mit derjenigen für die Neueintragung eines Rechts in der Weise verbunden werden, dass die für den bedungenen Rang des neu einzutragenden Rechts erforderlichen Veränderungen gebilligt werden. Für die Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes entscheidend ist, dass eine bestimmte Rangänderung von dem erklärten Einverständnis des Eigentümers umfasst ist (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 2562). Die von dem Beteiligten zu 2) in der Urkunde vom 22.8.2001 erklärte Eintragungsbewilligung lässt insoweit keine Zweifel zu. Sie enthält die Erklärung, dass die bewilligte Grunddienstbarkeit mit Rang vor den Grundpfandrechten Abt. III Nr. 2 und 3 des Grundbuchs aufgrund noch beizubringender Vorrangeinräumungsbewilligungen der Gläubigerin eingetragen werden soll. Die Erklärung soll also eine ihrem Inhalt nach bestimmte Eintragung, die eine Rangänderung umfasst, bewirken. Damit ist auch das Einverständnis des Grundstückseigentümers zu dieser Rangänderung erklärt.

Schließlich vermag der Senat der Beanstandung des Grundbuchamts nicht zu folgen, die Bevollmächtigung des Beteiligten zu 2), die Bewilligung des Rangrücktritts für den Beteiligten zu 1) als den weiteren gesamthänderischen Grundstückseigentümer zu erklären, sei nicht hinreichend nachgewiesen. Bestehen Zweifel an dem Umfang einer Vollmacht, so ist diese nach den für die Auslegung von Grundbucheintragungen geltenden Grundsätzen auszulegen. Wegen des das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatzes kommt die Auslegung nur insoweit in Betracht, als sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Bleibt danach die

Reichweite einer Vollmacht zweifelhaft, so ist von ihrem geringeren, eindeutig festzustellenden Umfang auszugehen (vgl. etwa BayObLG, Rpfleger 1996, 322; OLG Düsseldorf, FGPrax 1990, 166, 167). Die Auslegung der notariellen Erklärung des Beteiligten zu 1) vom 15.5.2001 führt nach Auffassung des Senats zu dem zweifelsfreien Ergebnis, dass sie auch die Bewilligung des Rangrücktritts durch den Grundstückseigentümer umfasst. Bei dieser Erklärung handelt es sich um eine Spezialvollmacht, die sich ihrem Gegenstand nach auf Verfügungen über die im Gesamthandsvermögen der BGB-Gesellschaft befindlichen Rechte beschränkt. Die Erklärung ist sprachlich so aufgebaut, dass sie in ihrem ersten Teil eine umfassende Bevollmächtigung des Beteiligten zu 2) in dem Kreis der genannten Geschäfte enthält, nämlich den Beteiligten zu 1) bei Rechtsgeschäften in seiner Eigenschaft als Gesellschafter der BGB-Gesellschaft zu vertreten. Diese Erklärung wird ergänzt durch die Aufzählung einzelner Rechtsgeschäfte, die durch die Eingangsformulierung „insbesondere“ klarstellt, dass es sich eine beispielhafte Aufzählung ohne abschließenden Charakter handeln soll. Der Annahme, dass sich die Vollmacht auch auf die Eigentümerzustimmung gem. § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB und die entsprechende Eintragungsbewilligung erstrecken soll, steht deshalb nicht entgegen, dass dieses Rechtsgeschäft in dieser Aufzählung nicht ausdrücklich genannt ist. Im Übrigen lässt bereits allein die Formulierung der beispielhaft genannten Geschäfte den zweifelsfreien Schluss zu, dass sich die Vollmacht auf sämtliche Grundstücksgeschäfte erstrecken soll, nämlich die Veräußerung und Belastung sowie „alle zur Durchführung von Rechtsgeschäften über Grundstücke erforderlichen grundbuchlichen Erklärungen“. Es besteht danach keinerlei Anlass zu der Annahme, dass die Eigentümerzustimmung zum Rangrücktritt gem. § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB von dieser Vollmacht nicht umfasst werden soll, zumal dieser ein deutlich geringeres wirtschaftliches Gewicht zukommt als etwa die Neubelastung oder Veräußerung des Grundstücks. Dies gilt umso mehr, als der Beteiligte zu 2) umfassend zur Vertretung des Beteiligten zu 1) in seiner Eigenschaft als Mitgesellschafter bevollmächtigt worden ist.

6. BGB §§ 1896, 1901, 1904 (*Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für Einwilligung des Betreuers in Behandlungsabbruch*)

a) Ist ein Patient einwilligungsunfähig und hat sein Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen, so müssen lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn dies seinem zuvor – etwa in Form einer sog. Patientenverfügung – geäußerten Willen entspricht. Dies folgt aus der Würde des Menschen, die es gebietet, sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu eigenverantwortlichem Entscheiden nicht mehr in der Lage ist. Nur wenn ein solcher erklärter Wille des Patienten nicht festgestellt werden kann, beurteilt sich die Zulässigkeit solcher Maßnahmen nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten, der dann individuell – also aus dessen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen – zu ermitteln ist.

b) Ist für einen Patienten ein Betreuer bestellt, so hat dieser dem Patientenwillen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Maßgabe des § 1901 BGB Ausdruck und Geltung zu ver-

schaffen. Seine Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung kann der Betreuer jedoch nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts wirksam verweigern. Für eine Einwilligung des Betreuers und eine Zustimmung des Vormundschaftsgerichts ist kein Raum, wenn ärztlicherseits eine solche Behandlung oder Weiterbehandlung nicht angeboten wird – sei es, dass sie von vornherein medizinisch nicht indiziert, nicht mehr sinnvoll oder aus sonstigen Gründen nicht möglich ist. Die Entscheidungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts ergibt sich nicht aus einer analogen Anwendung des § 1904 BGB, sondern aus einem unabwiesbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts.

c) Zu den Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung.

BGH, Beschluss vom 17.3.2003, XII ZB 2/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Der Betroffene erlitt am 29.11.2000 infolge eines Myocardinfarktes einen hypoxischen Gehirnschaden im Sinne eines apallischen Syndroms. Seither wird er über eine PEG-Sonde ernährt; eine Kontaktaufnahme mit ihm ist nicht möglich.

Auf Anregung der Klinik, in welcher der Betroffene behandelt wurde, bestellte das Amtsgericht mit Beschluss vom 18.1.2001 den Sohn des Betroffenen – den Beteiligten – u. a. für die Aufgabenkreise „Sorge für die Gesundheit des Betroffenen, Vertretung gegenüber Behörden und Einrichtungen (z. B. Heimen)“ zum Betreuer; die Betreuung wurde mit Beschluss vom 18.12.2001 verlängert.

Am 8.4.2002 hat der Beteiligte beim Amtsgericht „die Einstellung der Ernährung über die PEG-Sonde“ für seinen Vater beantragt, da eine Besserung des Zustandes seines Vaters nicht zu erwarten sei und die Einstellung dem früher geäußerten Wunsch seines Vaters entspreche. Der Beteiligte verweist hierzu auf eine maschinenschriftliche und vom Betroffenen handschriftlich unter Angabe von Ort und Datum unterzeichnete Verfügung mit folgendem Wortlaut:

„Verfügung

Für den Fall, dass ich zu einer Entscheidung nicht mehr fähig bin, verfüge ich:

Im Fall meiner irreversiblen Bewusstlosigkeit, schwerster Dauerschäden meines Gehirns oder des dauernden Ausfalls lebenswichtiger Funktionen meines Körpers oder im Endstadium einer zum Tode führenden Krankheit, wenn die Behandlung nur noch dazu führen würde, den Vorgang des Sterbens zu verlängern, will ich:

- keine Intensivbehandlung,
- Einstellung der Ernährung,
- nur angst- oder schmerzlindernde Maßnahmen, wenn nötig,
- keine künstliche Beatmung,
- keine Bluttransfusionen,
- keine Organtransplantation,
- keinen Anschluss an eine Herz-Lungen-Maschine.

Meine Vertrauenspersonen sind ... (es folgen die Namen und Adressen der Ehefrau sowie des Sohnes und der Tochter).

Diese Verfügung wurde bei klarem Verstand und in voller Kenntnis der Rechtslage unterzeichnet.

Lübeck, den 27.11.1998, H. S.“

Die Ehefrau und die Tochter des Betroffenen haben erklärt, mit dem Antrag des Beteiligten einverstanden zu sein und ihn voll zu unterstützen.

Das Amtsgericht hat den Antrag abgelehnt, da er keine Rechtsgrundlage habe. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten möchte das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht zurückweisen. Es sieht sich daran durch die Beschlüsse des OLG Frankfurt vom 15.7.1998, 20 W 224/98,

FamRZ 1998, 1137, und vom 20.11.2001, 20 W 419/01, FamRZ 2002, 575, sowie des OLG Karlsruhe vom 29.10.2001, 19 Wx 21/01, FamRZ 2002, 488, gehindert. In diesen Entscheidungen haben die Oberlandesgerichte ausgesprochen, dass die Einwilligung des Betreuers eines selbst nicht mehr entscheidungsfähigen, irreversibel hirngeschädigten Betroffenen in den Abbruch der Ernährung mittels einer PEG-Magensonde anlog § 1904 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.

Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht ist demgegenüber der Ansicht, dass die Einwilligung des Betreuers in einem solchen Fall nicht genehmigungsbedürftig sei; es hat deshalb die Sache gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

(...)

II. Die Vorlage ist zulässig. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass das vorlegende Oberlandesgericht zu einer anderen als der von ihm beabsichtigten Entscheidung gelangen würde, wenn es sich der abweichenden Ansicht der Oberlandesgerichte Frankfurt und Karlsruhe anschliesse, und dass es nach seiner Ansicht für die zu treffende Entscheidung auf die streitige Rechtsfrage ankommt. An diese Ansicht ist der Senat – soweit die Zulässigkeit der Vorlage in Frage steht – gebunden (Senatsbeschluss BGHZ 121, 305, 308).

Das vorlegende Gericht geht – insoweit in Übereinstimmung mit den Oberlandesgerichten Frankfurt und Karlsruhe – davon aus, dass für den Behandlungsabbruch bei nicht einwilligungsfähigen Patienten die Bestellung eines Betreuers und dessen Einwilligung erforderlich ist. Die Einwilligung in den Behandlungsabbruch sei nicht höchstpersönlich; denn ohne Betreuer ließe sich das dem nicht einwilligungsfähigen Betroffenen zustehende Selbstbestimmungsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG in Bezug auf die aktuelle Beendigung der Behandlung rechtlich nicht verwirklichen. Die Einwilligung unterfalle auch dem Aufgabenkreis „Gesundheitsfürsorge“, der alle im Bereich der medizinischen Behandlung anstehenden Entscheidungen umfasse, und zwar auch dann, wenn eine Wiederherstellung der Gesundheit nicht mehr zu erreichen sei.

Für eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dieser Einwilligung fehle es – entgegen der Auffassung der Oberlandesgerichte Frankfurt und Karlsruhe – allerdings an einer rechtlichen Grundlage:

Eine Analogie zu § 1904 BGB scheitere, da eine „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzes nicht vorliege. Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit dem Betreuungsgesetz das gesamte Betreuungsrecht geregelt habe. Dabei habe er, wie sich aus den Materialien ergebe, auch den Fall des zum Tode führenden Abbruchs einer lebenserhaltenden Maßnahme bei einem einwilligungsunfähigen Betreuten bedacht. Gleichwohl habe er davon abgesehen, diesen Fall in den „Kanon“ der ausnahmsweise einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Maßnahmen aufzunehmen.

Jedenfalls sei § 1904 Abs. 1 BGB nicht geeignet, eine Gesetzeslücke zu begründen oder zu schließen; denn die dort geregelten Tatbestände seien wertungsmäßig dem hier zu behandelnden Fall des Behandlungsabbruchs nicht gleich. So gehe es bei der nach § 1904 Abs. 1 BGB genehmigungsbedürftigen Einwilligung des Betreuers um ärztliche Maßnahmen, die unter Abwägung der Risiken darauf gerichtet seien, die Gesundheit des Betroffenen wiederherzustellen; die Genehmigung der Einwilligung zu einem Behandlungsabbruch würde dagegen auf die Lebensbeendigung des Betroffenen abzielen. Beide Ziele stünden nicht in einem Verhältnis von „weniger“ und „mehr“; vielmehr habe die absichtliche Lebensbeendi-

gung eine andere Qualität, die auch einer besonderen rechtlichen Würdigung und Behandlung bedürfe. Außerdem regelt § 1904 Abs. 1 BGB die Genehmigung der Einwilligung in ein ärztliches Tun, während bei der Genehmigung der Einwilligung in den Behandlungsabbruch ein ärztliches Unterlassen im Vordergrund stehe. Genau genommen gehe es hier nicht um eine Einwilligung des Betreuers in eine medizinische Maßnahme, sondern um den Widerruf oder die Verweigerung einer solchen Einwilligung; diese seien aber nach § 1904 BGB gerade genehmigungsfrei.

Selbst wenn aber eine Gesetzeslücke anzunehmen wäre, so wäre eine Ergänzung durch Gerichte ausgeschlossen, weil die staatliche Mitwirkung bei einem auf Lebensbeendigung eines Menschen gerichteten Verhalten so wesentlich sei, dass sie einer Regelung durch den Gesetzgeber bedürfte. Dies gelte insbesondere für die Frage, ob ein Sachverständigengutachten einzuholen sei und ob, wie es der Bundesgerichtshof formuliert habe, dann, wenn sich bei der Prüfung Umstände für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens des Betreuten nicht finden ließen, auf „Kriterien zurückgegriffen werden“ müsse, die „allgemeinen Wertvorstellungen“ entsprächen. Solche „Kriterien“ dürften geeignet sein, die Meinung zu fördern, im Vormundschaftsrichter „den Richter über Leben und Tod“ zu sehen oder „den Schritt in eine andere Republik“ befürchten zu lassen. Ferner machte ein möglicherweise religiös oder sonst ethisch beeinflusstes „Kriterium“ die Entscheidung des gesetzlichen – und damit unentrichtbaren – Richters unberechenbar.

III. Da die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG erfüllt sind, hat der beschließende Senat gemäß § 28 Abs. 3 FGG anstelle des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts über die weitere Beschwerde zu entscheiden.

1. Die weitere Beschwerde ist nach § 27 Abs. 1 FGG statthaft; der Beteiligte ist gemäß § 20 Abs. 1 FGG auch beschwerdeberechtigt.

2. Das Rechtsmittel ist auch begründet. Der Beteiligte hat beantragt, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen. Damit möchte er erreichen, dass das Vormundschaftsgericht seiner Entscheidung, nicht länger in die künstliche Ernährung des Betroffenen einzuwilligen, zustimmt. Die Vorinstanzen haben es zu Unrecht abgelehnt, in der Sache tätig zu werden.

a) Die gegen eine weitere künstliche Ernährung des Betroffenen gerichtete Entscheidung des Beteiligten ist nicht schon deshalb einer Zustimmung des Vormundschaftsgerichts entzogen, weil sie sich rechtlich als ein Unterlassen darstellt.

Die Beibehaltung einer Magensonde und die mit ihrer Hilfe ermöglichte künstliche Ernährung sind fortdauernde Eingriffe in die körperliche Integrität des Patienten (*Hufen*, NJW 2001, 849, 853 m. w. N.). Solche Eingriffe bedürfen – ebenso wie das ursprüngliche Legen der Sonde – grundsätzlich der Einwilligung des Patienten. Ist der Patient im Zeitpunkt der Maßnahme nicht einwilligungsfähig, so gilt: Eine frühere Willensbekundung, mit welcher der Patient seine Einwilligung in Maßnahmen der in Frage stehenden Art für eine Situation, wie sie jetzt eingetreten ist, erklärt oder verweigert hat, wirkt, falls der Patient sie nicht widerrufen hat, fort (*Lipp* in May et al., *Passive Sterbehilfe*, 2002, S. 37, 43 und Fn. 37 m. w. N.; *Taupitz*, Verhandlungen des 63. DJT 2000, Gutachten A 41); die inzwischen eingetretene Einwilligungsunfähigkeit ändert nach dem Rechtsgedanken des § 130 Abs. 2 BGB an der fortdauernden Maßgeblichkeit des früher erklärten Willens nichts. Ist eine solche frühere Willensbekundung nicht bekannt, beurteilt sich die Zulässigkeit der Maßnahme, falls unaufschieb-

bar, nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten, bis für diesen ein Betreuer bestellt ist (*MünchKomm/Schwab*, BGB, 4. Aufl., § 1904 Rdnr. 38).

Ist – wie hier – für den einwilligungsunfähigen Patienten ein Betreuer bestellt und erreichbar, vermag der mutmaßliche Patientenwille allein einen Eingriff in die persönliche Integrität des Patienten nicht länger zu rechtfertigen (*Taupitz*, A 71). Mit der Bestellung des Betreuers ist die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen wiederhergestellt; Arzt und Pflegepersonal können deshalb nicht mehr unmittelbar auf den Willen des einwilligungsunfähigen Patienten „durchgreifen“ (*Taupitz*, A 70 f.). Eine Willensbekundung, mit welcher der Betroffene seine Einwilligung in die in Frage stehenden Maßnahmen und für die jetzt eingetretene Situation erklärt oder verweigert hat, wirkt weiterhin – als Ausfluss seines Selbstbestimmungsrechts – fort. Als gesetzlicher Vertreter hat der Betreuer die exklusive Aufgabe, dem Willen des Betroffenen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Maßgabe des § 1901 BGB Ausdruck und Geltung zu verschaffen.

Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall: Die Beibehaltung der Sonde und die Fortführung der über sie ermöglichten künstlichen Ernährung bedürfen, da eine Einwilligung des Betroffenen nicht vorliegt, der Einwilligung des Beteiligten. Mit dem Verlangen, diese Behandlung nicht fortzusetzen, hat der Beteiligte die erforderliche Einwilligung verweigert. Ob der Beteiligte früher zumindest konkludent in die Behandlung eingewilligt hat und sich das Verlangen nach Abbruch der Behandlung deshalb (auch) als Widerruf dieser Einwilligung darstellt, mag dahinstehen. Bereits das Unterlassen der erforderlichen Einwilligungserklärung kann – für sich genommen – auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft werden; es ist damit einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung nicht schon per se entzogen.

Soweit in der Literatur nur der Widerruf einer einmal erteilten Einwilligung, nicht aber die erstmalige Verweigerung der Einwilligung (*Fröschele*, JZ 2000, 72, 80: „nullum“) als „an sich“ genehmigungsfähig angesehen wird, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Denn das Unterlassen des Betreuers, in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung einzuwilligen, kann nicht anders beurteilt werden als das Unterlassen, in die Weiterbehandlung einzuwilligen. Zwar liegt im zweiten Fall unter Umständen auch ein aktives Handeln – nämlich der Widerruf einer zuvor erteilten Einwilligung – vor. Die Abgrenzung ist jedoch – etwa im Hinblick auf die Frage, ob eine Einwilligung vom Betreuer konkludent erteilt worden ist oder ob eine einmal erteilte Einwilligung die in Frage stehenden Maßnahmen für die jetzt eingetretene Situation noch abdeckt – fließend; sie rechtfertigt jedenfalls keine rechtliche Differenzierung. Wollte man nur den Widerruf einem vormundschaftsgerichtlichen Kontrollvorbehalt unterstellen, bestünde im Übrigen die Gefahr, dass von lebenserhaltenden Maßnahmen nur noch zögerlich Gebrauch gemacht wird, um deren späteren – an die vormundschaftsgerichtliche Kontrolle gebundenen – Abbruch zu vermeiden; der mit dem Kontrollvorbehalt (auch) verfolgte Lebensschutz würde in sein Gegenteil verkehrt.

Auch kann ein Kontrollforderndes nach Auffassung des Senats sinnvoll nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Betreuer die Erteilung der Einwilligung in eine medizinische Behandlung nur schlechthin unterlassen oder ob er seine Einwilligung verweigert und damit aktiv gehandelt hat (so aber wohl – jedenfalls für die analoge Anwendbarkeit des § 1904 BGB – *Taupitz*, A 87, und *Lipp*, S. 51). Da für eine die körperliche Integrität verletzende medizinische Behandlung oder

Weiterbehandlung eine Einwilligung notwendig ist, ist deren Verweigerung nichts anderes als eine Bekräftigung des Unterlassens, die Einwilligung zu erteilen. Hinge die vormundschaftsgerichtliche Kontrolle von einer solchen Bekräftigung ab, wäre das Erfordernis dieser Kontrolle beliebig manipulierbar.

b) Ein Tätigwerden des Vormundschaftsgerichts wird, wie das vorlegende Oberlandesgericht zutreffend ausführt, auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine Entscheidung gegen die Fortführung der künstlichen Ernährung des Betroffenen höchstpersönlicher Natur ist.

In der Rechtsprechung und Literatur wird zwar zum Teil die Auffassung vertreten, dass dem Betreuer die Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betroffenen, weil höchstpersönlich, nicht zustehe und deshalb auch einer Überprüfung durch das den Betreuer kontrollierende Vormundschaftsgericht entzogen sei (vgl. etwa LG München I, FamRZ 1999, 742; LG Augsburg, FamRZ 2000, 320, 321; *Lilie* in Wienke/Lippert, Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben, 2001, S. 75, 83; *Seitz*, ZRP 1998, 417, 420; *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl., § 1904 Rdnr. 42). Diese Ansicht würde es jedoch, recht verstanden, nicht hindern, das Verlangen des Beteiligten nach Abbruch der künstlichen Ernährung einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung zu unterwerfen. Da der Beteiligte sein Verlangen auf den erklärten und fortgeltenden Willen des Betroffenen stützt, trifft er insoweit keine eigene Entscheidung; er setzt vielmehr nur eine im Voraus getroffene höchstpersönliche Entscheidung des Betroffenen um. Die richtige Umsetzung des Willens des Betroffenen und die damit einhergehende Unterlassung einer eigenen, den Willen des Betroffenen ersetzenden Einwilligung des Beteiligten in die Weiterbehandlung des Betroffenen ist – wie dargelegt – aber ein tauglicher Gegenstand einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung.

Auch generell lässt sich aus der Höchstpersönlichkeit einer Entscheidung kein zwingendes Argument gegen die Entscheidungszuständigkeit eines Betreuers und die Überprüfung seiner Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht herleiten; denn einem Betreuer werden vom Gesetz – etwa bei der Sterilisation (§ 1905 BGB) – durchaus höchstpersönliche Entscheidungskompetenzen übertragen. Zudem ergäbe sich, wenn man die Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahme oder die Durchsetzung einer solchen Entscheidung generell von der Aufgabenzuweisung an den Betreuer ausnähme, eine missliche Wahl: Entweder würde damit ein striktes Gebot zur Durchführung lebensverlängernder oder -erhaltender medizinischer Maßnahmen statuiert – also auch gegen einen vom Betroffenen früher geäußerten Willen. Oder die Entscheidung über die Frage der Behandlung oder Weiterbehandlung bliebe dem Arzt und/oder den nahen Angehörigen überlassen – dies allenfalls mit der Auflage, den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten zu ermitteln. An die Stelle der Willensbestimmung durch den Betreuer als den gesetzlichen Vertreter träte die Willensbestimmung durch den Arzt oder die Angehörigen, die sich aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht mehr legitimieren würde, unter Umständen mit Eigeninteressen kollidieren könnte und im System des geltenden Rechts einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle von vornherein nicht zugänglich wäre (vgl. zum Ganzen *Taupitz*, A 89; *Frösche*, JZ 2000, 74).

Eine andere Frage ist, ob das Vormundschaftsgericht dem Beteiligten mit der Übertragung des Aufgabenkreises „Sorge für die Gesundheit des Betroffenen“ auch die Entscheidung über

lebenserhaltende Maßnahmen der hier in Frage stehenden Art übertragen hat. Da sowohl das Amtsgericht wie auch das Beschränkengericht die Bestellung des Beteiligten nicht einschränkend ausgelegt haben, kann auch für das Verfahren der weiteren Beschwerde von einer umfassenden Zuständigkeit des Beteiligten für die medizinischen Belange des Betroffenen ausgegangen werden. Dies gilt umso mehr, als bei einer einschränkenden Auslegung des Aufgabenkreises die lebenserhaltenden Maßnahmen nicht fortgeführt, sondern von den behandelnden Ärzten im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem vom Betroffenen früher erklärten und als maßgebend fortdauernden Willen überprüft und, falls der Aufgabenkreis des Beteiligten nicht erweitert oder ein weiterer Betreuer bestellt würde, gegebenenfalls eingestellt werden müssten.

c) Gegen eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts lässt sich auch nicht anführen, dass es an Kriterien fehle, anhand derer das Verlangen des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, rechtlich überprüft werden könne, dass die Entscheidung des Beteiligten mithin nicht justiziabel sei.

aa) Die Frage, unter welchen medizinischen Voraussetzungen die Rechtsordnung gestattet, lebensverlängernde Maßnahmen zu unterlassen oder nicht fortzuführen, hat der Bundesgerichtshof in einer Strafsache dahin entschieden, dass das Grundleiden des Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) sein und einen tödlichen Verlauf angenommen haben müsse (Urteil vom 13.9.1994, 1 StR 357/94, NJW 1995, 204). Werde in einem solchen Fall der Tod in kurzer Zeit eintreten, so rechtfertige die unmittelbare Todesnähe es, von einer Hilfe für den Sterbenden und „Hilfe beim Sterben“, kurz von Sterbehilfe zu sprechen und dem Arzt den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen zu erlauben. In Fällen, in denen das Grundleiden zwar einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen habe, das Merkmal der unmittelbaren Todesnähe aber nicht gegeben sei und der Sterbevorgang somit noch nicht eingesetzt habe, liege eine Sterbehilfe im eigentlichen Sinne nicht vor. Auch wenn der Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen (auch im damals entschiedenen Fall: einer künstlichen Ernährung über eine Magensonde) unter solchen Umständen zum Teil bereits als Sterbehilfe im weiteren Sinne oder als „Hilfe zum Sterben“ bezeichnet werde und bei entsprechendem Patientenwillen als Ausdruck der allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit grundsätzlich anzuerkennen sei, seien doch an die Annahme des mutmaßlichen Willens erhöhte Anforderungen insbesondere im Vergleich zur eigentlichen Sterbehilfe zu stellen.

Diese objektive Eingrenzung zulässiger Sterbehilfe ist auch für das Zivilrecht verbindlich; denn die Zivilrechtsordnung kann nicht erlauben, was das Strafrecht verbietet. Aus ihr folgt, dass für das Verlangen des Betreuers, eine medizinische Behandlung einzustellen, kein Raum ist, wenn das Grundleiden des Betroffenen noch keinen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat und durch die Maßnahme das Leben des Betroffenen verlängert oder erhalten wird. Richtig ist zwar, dass der Arzt das Selbstbestimmungsrecht des einwilligungsfähigen Patienten zu achten hat und deshalb keine – auch keine lebenserhaltenden – Maßnahmen gegen dessen Willen vornehmen darf (vgl. etwa *Taupitz*, A 19 ff.). Die Entscheidungsmacht des Betreuers ist jedoch mit der aus dem Selbstbestimmungsrecht folgenden Entscheidungsmacht des einwilligungsfähigen Patienten nicht deckungsgleich, sondern als gesetzliche Vertretungsmacht an rechtliche Vorgaben gebunden; nur soweit sie sich im Rahmen dieser Bindung hält, kann sie sich gegenüber der Verpflichtung des Arztes,

das Leben des Patienten zu erhalten, durchsetzen. Das bedeutet: Die medizinischen Voraussetzungen, unter denen das Recht eine vom gesetzlichen Vertreter konsenterte Sterbehilfe (auch im weiteren Sinne) gestattet, binden den Arzt ebenso wie den gesetzlichen Vertreter. Liegen sie nicht vor, ist die Sterbehilfe rechtswidrig; sie wird nicht dadurch rechtmäßig, dass der gesetzliche Vertreter in sie – und sei es auch mit Billigung des Vormundschaftsgerichts – einwilligt. Deshalb ist die Verweigerung der Einwilligung hier insoweit ebenso irrelevant wie eine etwaige Billigung dieser Verweigerung durch das Vormundschaftsgericht.

Daraus lässt sich indes nicht herleiten, dass das Verlangen des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, jedenfalls insoweit einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung entzogen sei, als die medizinischen Voraussetzungen, unter denen ein solches Verlangen rechtlich überhaupt erst zulässig wäre, in Frage stünden. Ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren böte vielmehr – im Gegenteil – die Möglichkeit, verantwortlich zu prüfen, ob der rechtliche Rahmen für das Verlangen des Beteiligten überhaupt eröffnet ist. Dies wäre immer dann zu verneinen, wenn eine letzte Sicherheit, dass die Krankheit des Betroffenen einen irreversiblen und tödlichen Verlauf angenommen habe, nicht zu gewinnen wäre.

bb) Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 13.9.1994 (a. a. O., S. 204 f.) das Unterlassen oder den Abbruch lebensverlängernder oder lebenserhaltender Maßnahmen – bei Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen – allerdings nur dann als rechtmäßig erachtet, wenn das Unterlassen oder der Abbruch der Maßnahmen dem – im entschiedenen Fall: mutmaßlichen – Willen des Patienten entspricht. Diese Ausrichtung auf den Willen des Betroffenen korrespondiert mit den Vorgaben, die auch § 1901 BGB für das Betreuerhandeln normiert. Maßgebend sind nach § 1901 Abs. 3 Satz 1, 2 BGB die – auch früher geäußerten (§ 1901 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 BGB) – Wünsche des Betroffenen, sofern sie sich feststellen lassen, nicht durch entgegenstehende Bekundungen widerrufen sind (§ 1901 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BGB) und dem Wohl des Betreuten nicht zuwiderlaufen (§ 1901 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 BGB). Das Wohl des Betreuten ist dabei nicht nur objektiv, sondern – im Grundsatz sogar vorrangig (MünchKomm/Schwab, § 1901 Rdnr. 14) – subjektiv zu verstehen; denn „zum Wohl des Betreuten gehört auch die Möglichkeit, ... sein Leben nach seinen eigenen Vorstellungen und Wünschen zu gestalten“ (§ 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB). Nichts anderes gilt, wenn sich – auf die vorliegende Situation bezogene – Wünsche des Betroffenen nicht feststellen lassen: Dann hat sich der Betreuer nach § 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB am „Wohl des Betreuten“ zu orientieren, dies aber nach § 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB aus der Sicht des Betreuten – d. h. nach dessen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen – zu bestimmen (vgl. zum Ganzen G. Fischer, FS Deutsch 1999, 545, 548 ff., 555; Fröschele, JZ 2000, 76; einschränkend Taupitz, A 41: „objektive Interessenabwägung mit subjektivem Korrekturvorbehalt“; in diese Richtung auch Lipp, S. 48 f.); man kann insoweit von einem (individuell-) mutmaßlichen Willen des Betroffenen sprechen (kritisch zu dieser Rechtsfigur Höfling, JuS 2000, 111, 116). Allerdings kommt die Berücksichtigung eines solchen (individuell-) mutmaßlichen Willens nur hilfsweise in Betracht, wenn und soweit nämlich eine im einwilligungsfähigem Zustand getroffene „antizipative“ Willensbekundung des Betroffenen – mag sie sich als Einwilligung in oder als Veto gegen eine bestimmte medizinische Behandlung darstellen – nicht zu ermitteln ist. Liegt eine solche Willensäußerung, etwa – wie hier – in Form einer so genannten „Patientenverfügung“, vor,

bindet sie als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts, aber auch der Selbstverantwortung des Betroffenen den Betreuer; denn schon die Würde des Betroffenen (Art. 1 Abs. 1 GG) verlangt, dass eine von ihm eigenverantwortlich getroffene Entscheidung auch dann noch respektiert wird, wenn er die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Entscheiden inzwischen verloren hat. Die Willensbekundung des Betroffenen für oder gegen bestimmte medizinische Maßnahmen darf deshalb vom Betreuer nicht durch einen „Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen“ des Betroffenen „korrigiert“ werden, es sei denn, dass der Betroffene sich von seiner früheren Verfügung mit erkennbarem Widerrufswillen distanziert oder die Sachlage sich nachträglich so erheblich geändert hat, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung die aktuelle Sachlage nicht umfasst (Taupitz, A 41: Die in eigenverantwortlichem Zustand getroffene Entscheidung dürfe nicht „unter spekulativer Berufung darauf unterlaufen werden ..., dass der Patient vielleicht in der konkreten Situation doch etwas anderes gewollt hätte“; vgl. auch A 106 ff.).

Auch wenn der Beteiligte somit strikt an den wirklichen und (nur) hilfsweise an den mutmaßlichen Willen des Betroffenen gebunden ist, so spricht dies ebenfalls nicht gegen die Möglichkeit, das Verlangen des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle zu unterziehen. Ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren böte nicht nur den Rahmen für eine Prüfung, ob der Beteiligte den Willen des Betroffenen mit der Vorlage der von diesem getroffenen Verfügung erschöpfend ermittelt hat oder ob die Umstände des Einzelfalles weitere Erkundungen geboten erscheinen lassen. Sie eröffnete auch die Möglichkeit, für alle Beteiligten verbindlich festzustellen, dass die vom Beteiligten gewünschte Einstellung der Behandlung in der nunmehr vorliegenden Situation dem in der Verfügung zum Ausdruck gelangten Willen des Betroffenen entspricht (vgl. etwa G. Fischer in Medicus et al., Schadensrecht, Arztrecht ..., 2001, S. 37, 50).

cc) Keiner Entscheidung bedarf die Frage, ob und unter welchen Gegebenheiten ein Betreuer seine Einwilligung in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Weiterbehandlung des Betroffenen verweigern darf, wenn zwar die medizinischen Voraussetzungen für eine zulässige Hilfe beim oder auch zum Sterben vorliegen, Wünsche des Betroffenen aber nicht geäußert oder nicht ersichtlich sind und sich auch bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung konkrete Umstände für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens des Betroffenen nicht finden lassen. In einem solchen Fall soll nach der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (a. a. O., S. 205) auf Kriterien zurückgegriffen werden, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen. Diese Auffassung ist auf – zum Teil sehr engagierte – Kritik (vgl. etwa Dörner, ZRP 1996, 93, 95 f.; Laufs, NJW 1998, 3399, 3400) gestoßen, die sich das vorliegende Oberlandesgericht zu Eigen macht und deren sachliche Berechtigung hier nicht im Einzelnen zu erörtern ist. Die Diskussion um die Zulässigkeit und die Grenzen der Hilfe im oder auch zum Sterben wird gerade durch das Fehlen verbindlicher oder doch allgemeiner Wertmaßstäbe geprägt (Taupitz, A 38, allerdings mit dem Versuch einer „objektiven“ Interessenabwägung a. a. O. 41 ff., 46 ff.; Knittel, Betreuungsgesetz, § 1904 BGB Anm. 9 f.). Auch die Verfassung bietet keine sichere Handhabe, die im Widerstreit der Schutzgüter von Leben und Menschenwürde eine dem jeweiligen Einzelfall gerecht werdende, rechtlich verlässliche und vom subjektiven Vorverständnis des Beurteilers unabhängige Orientierung ermöglicht (vgl. etwa Hufen, NJW 2001, 850). Soweit vor diesem Hintergrund für ein von keinem nachgewiesenen (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Be-

troffenen getragenes Verlangen des Betreuers nach Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen überhaupt Raum bleibt (verneinend OLG Düsseldorf, FamRZ 2000, 1556, 1557; OLG Karlsruhe, a. a. O., S. 492; OLG Frankfurt, FamRZ 1998, 1138; FamRZ 2002, 577), böte sich als Richtschnur möglicherweise ein Verständnis des Wohls des Betroffenen an, das einerseits eine ärztlich für sinnvoll erachtete lebenserhaltende Behandlung gebietet, andererseits aber nicht jede medizinisch-technisch mögliche Maßnahme verlangt. Ein solches, einem objektiv zu mutmaßenden Willen des Betroffenen angenähertes Verständnis (in diese Richtung Lipp, S. 48 f.; vgl. aus medizinischer Sicht auch *Schöne-Seifert*, Verhandlungen des 63. DJT 2000, Referat K 41, 48, mit der Forderung, „Behandlungsstandards“ – unter Offenlegung ihrer notwendigen ethischen Prämissen – zu entwickeln) böte jedenfalls einen zumindest objektivierbaren Maßstab, der – außerhalb der Spannbreite einer immer möglichen Divergenz in der ärztlichen Indikation – für die Betreuerentscheidung auch in diesem vom Willen des Betroffenen nicht determinierten Grenzbereich menschlichen Lebens eine vormundschaftsgerichtliche Nachprüfung eröffnet.

d) Das Oberlandesgericht hat allerdings mit Recht angenommen, dass § 1904 BGB für eine vormundschaftsgerichtliche Überprüfung des Verlangens des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, keine Rechtsgrundlage hergibt. Auch eine analoge Anwendung dieser Einzelvorschrift kann, worauf das Oberlandesgericht zutreffend hinweist, für sich genommen eine solche Aufgabenzuweisung an das Vormundschaftsgericht schwerlich begründen.

So lässt sich bereits bezweifeln, ob die Vorschriften des Betreuungsrechts, in denen einzelne Handlungen des Betreuers einem Genehmigungsvorbehalt unterstellt werden, ein geschlossenes gedankliches System darstellen, das es erlaubt, andere, von der legislativen Problemselektion nicht aufgegriffene Konfliktsituationen als eine „planwidrige“ Unvollständigkeit (vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 196 f.: „Gesetzeslücke im engeren Sinn“) zu verstehen. Jedenfalls ist § 1904 BGB für sich genommen nicht geeignet, im Wege analoger Anwendung Entscheidungen des Betreuers gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende medizinische Behandlung dem Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Prüfung zu unterziehen. Zum einen fehlt insoweit bereits die Gleichheit der Problemlage: Der Schutz eines heilungsfähigen Patienten vor dem Einsatz riskanter medizinischer Mittel ist etwas völlig anderes als die medizinische Versorgung eines tödlich und unheilbar erkrankten Menschen (*Schwab*, FS Henrich, 2000, 511, 524; MünchKomm/Schwab, § 1904 Rdnr. 38). § 1904 BGB will – anders ausgedrückt – dem Betroffenen Leben und Gesundheit erhalten, der geforderte Behandlungsabbruch will sein Leben gerade beenden. Beide Ziele stehen sich nicht im Verhältnis von „maius“ und „minus“ gegenüber; sie sind miteinander inkomparabel und deshalb einem „erst recht“-Schluss nicht zugänglich (LG München, a. a. O.). Auch eine Gesamtanalogie (Rechtsanalogie) zu den §§ 1904 bis 1907 BGB kommt nicht in Betracht. Zum einen lässt sich diesen schon tatbestandlich ganz unterschiedlichen Genehmigungsvorbehalten kein „allgemeiner Grundsatz“ unterlegen, dessen folgerichtige Entfaltung auch Antworten auf die Frage nach der Zulässigkeit des Abbruchs einer lebenserhaltenden Behandlung bereithält. Zum anderen lässt sich diese Frage mit der in diesen Genehmigungsvorbehalten vorgesehenen Rechtsfolge auch nicht erschöpfend beantworten: Lehnt das Vormundschaftsgericht es ab, eine nach den §§ 1904 bis 1907 BGB genehmigungspflichtige Erklärung oder Maßnahme des Betreuers zu genehmigen, so ist die Erklärung unwirksam und die Maßnahme

unterbleibt. Verweigert der Betreuer die notwendige Einwilligung in die lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betreuten, so wird diese Behandlung damit allein noch nicht zulässig. Das Vormundschaftsgericht müsste, falls es nicht einen anderen Betreuer bestellt, die Einwilligung des Betreuers in die Behandlung ersetzen (vgl. *Steffen*, NJW 1996, 1581; *Engers/Wagenitz*, FamRZ 1988, 1256, 1257). Eine solche willensersetzende Entscheidungsmacht des Vormundschaftsgerichts ist dem geltenden Recht strukturell nicht fremd, aber auf eng begrenzte Tatbestände beschränkt (vgl. § 1810 Satz 1 Hs. 2, § 1837 Abs. 4 i. V. m. § 1666 Abs. 3 BGB, arg. e contr. § 1908 i Abs. 1 BGB; vgl. *Staudinger/Engler*, BGB, 13. Bearb., § 1837 Rdnr. 2, 47; MünchKomm/Wagenitz, BGB, 4. Aufl., § 1837 Rdnr. 4 ff., 35). Die §§ 1904 bis 1907 BGB bieten für sie keine Grundlage.

e) Die fehlende Möglichkeit einer analogen Heranziehung der §§ 1904 bis 1907 BGB schließt freilich die Befugnis des Senats nicht aus, für die verweigernde Einwilligung des Betreuers in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung oder Weiterbehandlung eines nicht einwilligungsfähigen Betroffenen im Wege einer Fortbildung des Betreuungsrechts eine vormundschaftsgerichtliche Prüfungszuständigkeit zu eröffnen. Die Fortbildung des Rechts ist eine Pflicht der obersten Gerichtshöfe des Bundes und wird ständig geübt (grundlegend BVerfGE 34, 296, 287 ff.; BGHZ 3, 308, 315; zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl., 366 ff., insbes. 413 ff.; *Larenz/Canaris*, S. 187 ff., insbes. 232 ff.). Sie ergibt sich vorliegend aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts und dem unabweisbaren Bedürfnis, mit den Instrumenten dieses Rechts auch auf Fragen im Grenzbereich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich verantwortbare Antworten zu finden.

aa) Der Vorrang des Gesetzes hindert eine solche Rechtsfortbildung nicht (dazu allgemein etwa BVerfGE 96, 56, 62). Zwar ist richtig, dass der Gesetzgeber des Betreuungsgesetzes – wie sich aus dessen Materialien ergibt – dem Wunsch eines nicht einwilligungsfähigen Betreuten auch insoweit Beachtung zuerkennen wollte, als „dieser darauf gerichtet ist, in der letzten Lebensphase nicht sämtliche denkbaren lebens-, aber auch schmerzverlängernden medizinischen Möglichkeiten einzusetzen“ (BT-Drs. 11/4528, S. 128). Richtig ist auch, dass der Gesetzgeber ein Verhalten des Betreuers, das auf Durchsetzung eines solchen Wunsches gerichtet ist, keinem Genehmigungsvorbehalt unterworfen hat. Daraus lässt sich jedoch nicht auf ein „beredtes Schweigen“ des Gesetzes schließen, das es verbieten könnte, im Wege der Rechtsfortbildung die unterlassene Einwilligung des Betreuers in lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahmen einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Zum einen lassen die in den §§ 1904 bis 1907 BGB aufgegriffenen Konfliktsituationen kein geschlossenes Konzept erkennen, das einer rechtsfortbildenden Erweiterung nicht zugänglich wäre; zum andern ist – wie ausgeführt – der in diesen Vorschriften normierte Genehmigungsvorbehalt schon strukturell nicht geeignet, die Frage nach der Zulässigkeit des Abbruchs einer lebenserhaltenden Behandlung einer erschöpfenden Regelung zuzuführen; aus der Nichter Streckung der im Gesetz vorgesehenen Genehmigungserfordernisse auf diese Frage lässt sich deshalb nicht schließen, der Gesetzgeber habe diese Frage generell einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung entziehen wollen. Auch die weitere Entwicklung des Betreuungsrechts rechtfertigt einen solchen Schluss nicht. Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25.6.1998 (BGBl I, 1580) verhält sich zur Frage eines Genehmigungserfordernisses nicht; das war nach der vorrangig auf eine Neuordnung des Rechts der Betreuervergütung gerichteten Zielsetzung

dieses Gesetzes allerdings auch nicht anders zu erwarten (*Knieper*, NJW 1998, 2720, 2721). Auch für die Folgezeit lässt sich das Schweigen des Gesetzgebers nicht als eine legislative Entscheidung gegen eine vormundschaftsgerichtliche Prüfungszuständigkeit für das Verlangen des Betreuers nach Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen deuten. Die Bundesregierung sah, wie auch ihre Antwort auf die Anfrage des Abgeordneten *Hüppe* belegt, keinen unmittelbaren Handlungsbedarf: Danach wirft die Entscheidung des Oberlandesgerichts „nicht nur tiefgreifende juristisch-ethische Fragen, sondern auch vielfältige forensisch-praktische Fragen auf, die einer gründlichen Aufarbeitung bedürfen, bevor die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Maßnahme ... beantwortet werden kann“ (BT-Drs. 13/11345, Frage Nr. 14, S. 11). Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist berufen, hierzu ihren Beitrag zu leisten und damit zugleich mögliche Wege für die vielfach geforderte (vgl. etwa Vormundschaftsgerichtstag e. V., BTPrax 1998, 161, 162; *Taupitz*, A 92; *Scheffen*, ZRP 2000, 313, 316 f.; *Hufen*, NJW 2001, 857) und auch nach Auffassung des Senats wünschenswerte gesetzliche Regelung aufzuzeigen.

bb) Der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG steht einer solchen Rechtsfortbildung nicht entgegen (so aber wohl Vormundschaftsgerichtstag e. V., BTPrax 98, 161, 162; *Jürgens*, BTPrax 98, 159, 160; *Alberts*, NJW 1999, 835, 836). Denn durch die Prüfungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts wird nicht in die Rechte des Betroffenen auf Leben und körperliche Unversehrtheit eingegriffen, der Vormundschaftsrichter – entgegen einer gelegentlich gebrauchten plakativen Formulierung – also nicht zum „Herrn über Leben und Tod“ ernannt (so aber AG Hanau, BTPrax 1997, 82, 83; *Deichmann*, MDR 1995, 983, 984; mit Recht kritisch *Verrel*, JR 1999, 5, 6). Vielmehr werden – im Gegenteil – die Grundrechte des Betroffenen geschützt, indem die Entscheidung des Betreuers, nicht in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung oder Weiterbehandlung des Betroffenen einzuwilligen, einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen und dabei auf ihre Übereinstimmung mit dem Willen des Betroffenen – als Ausfluss seiner fortwirkenden Selbstbestimmung und Selbstverantwortung – überprüft wird (OLG Karlsruhe, a. a. O., S. 490).

cc) Eine im Wege der Fortbildung des Betreuungsrechts zu begründende Prüfungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts findet ihre natürliche Grenze dort, wo der Regelungsbereich des Betreuungsrechts, dessen Handhabung den Vormundschaftsgerichten anvertraut ist, endet. Das Betreuungsrecht regelt, soweit medizinische Maßnahmen für den Betroffenen in Frage stehen, zwar nicht nur das Verhältnis des Betreuers zum Betroffenen; es schreibt auch vor, inwieweit der Betreuer die dem Betroffenen zustehenden Rechte gegenüber Ärzten oder Pflegekräften wahrnehmen kann. Der Umfang dieser Rechte selbst ist jedoch nicht Gegenstand des Betreuungsrechts und deshalb von vornherein einer isolierten vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung entzogen.

Daraus ergibt sich, dass auch die Frage, welche lebensverlängernden oder -erhaltenden Maßnahmen der Betroffene beanspruchen und der Betreuer folglich als sein gesetzlicher Vertreter für ihn einfordern kann, nicht vom Betreuungsrecht zu beantworten ist. Auch dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen lässt sich eine Antwort nicht entnehmen; denn dieses Recht lässt sich nur als Abwehrrecht gegen, nicht aber als Anspruch auf eine bestimmte Behandlung begreifen (*Taupitz*, A 23; *Verrel*, JZ 1996, 224, 226; einschränkend *Lilie*, FS Steffen, 1995, S. 273, 276). Im Grundsatz gesichert erscheint, dass der Arzt – gestützt auf sein Grundrecht der Berufsfreiheit

und seine allgemeine Handlungsfreiheit – jedenfalls solche Maßnahmen verweigern kann, für die keine medizinische Indikation besteht (*Taupitz*, A 23 f. m. w. N.). Die medizinische Indikation, verstanden als das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall (*Opderbecke*, MedR 1985, 23, 25), begrenzt insoweit den Inhalt des ärztlichen Heilauftrags (*Taupitz*, A 23 ff.; vgl. auch *Lilie* in Wienke/Lippert, S. 80). Diese – im Schnittfeld naturwissenschaftlicher und medizinethischer Überlegungen nicht immer scharfe – Begrenzung (vgl. etwa die Umschreibung in den Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbegleitung NJW 1998, 3406; w. N. bei *Taupitz*, a. a. O., Fn. 4) ist dem Betreuungsrecht vorgegeben; denn die rechtliche Betreuungsbedürftigkeit eines Patienten verändert den Rahmen, in dem er ärztliche Behandlung beanspruchen kann, nicht (*Taupitz*, A 40; *Lipp*, S. 53; *Opderbecke/Weißbauer*, MedR 1998, 395, 397). Die Frage, ob eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung medizinisch indiziert ist und ihre Durchführung deshalb vom ärztlichen Heilauftrag geboten wird, kann deshalb für das Betreuungsrecht nur als Vorfrage – d. h. im Zusammenhang mit der dem Vormundschaftsgericht obliegenden Beurteilung eines Verhaltens des Betreuers bei der Wahrnehmung von Patienteninteressen des Betroffenen – Bedeutung erlangen. Für sich genommen – also losgelöst von der Prüfung eines derartigen Betreuerverhaltens – kann diese Frage nicht zum Gegenstand eines vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens erhoben werden.

dd) Für das Betreuungsrecht kann der Inhalt des ärztlichen Heilauftrags und das aus ihm resultierende Behandlungsangebot danach allerdings mittelbar relevant werden, und zwar in zweifacher Hinsicht:

Für eine Einwilligung des Betreuers in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung ist von vornherein kein Raum, wenn ärztlicherseits eine solche Behandlung nicht angeboten wird – sei es, dass sie nach Auffassung der behandelnden Ärzte von vornherein nicht indiziert, sinnlos geworden oder aus sonstigen Gründen nicht möglich ist (*Lipp*, S. 52 f.). Das Unterlassen (erst recht die Weigerung) des Betreuers, in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung einzuwilligen, ist – wie einleitend dargelegt – zwar tauglicher Gegenstand einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle, setzt aber notwendig ein entsprechendes ärztliches Behandlungsangebot voraus. Fehlt es an einem solchen Angebot, kommt eine vormundschaftsgerichtliche Prüfung allenfalls insoweit in Betracht, als die Pflicht des Betreuers in Frage steht, in Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen die Erfüllung des ärztlichen Heilauftrags durch die Einforderung bestimmter lebensverlängernder oder -erhaltender Behandlungen durchzusetzen. Die Frage, welche Möglichkeiten dem Vormundschaftsgericht hier zur Verfügung stehen, den Betreuer zur Erfüllung dieser Pflicht anzuhalten, beantwortet sich aus der Aufsichtspflicht des Vormundschaftsgerichts (§ 1908 i. V. m. § 1837, § 1908 b BGB). Sie bedarf hier keiner vertiefenden Erörterung; denn ein solcher Fall liegt hier ersichtlich nicht vor.

Nur soweit ärztlicherseits eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung angeboten wird, ist eine Einwilligung des Betreuers als des gesetzlichen Vertreters des einwilligungsunfähigen Patienten überhaupt erforderlich. Ein Unterlassen (erst recht eine Verweigerung) der Einwilligung in die angebotene Behandlung wird – nach der im Wege der Rechtsfortbildung gewonnenen Auffassung des Senats – jedoch nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts wirksam. Eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des einwilligungsunfähigen Patienten ist bei medizini-

scher Indikation deshalb auch ohne die Einwilligung des Betreuers zunächst – bis zu einer Entscheidung des Vormundschaftsgerichts – durchzuführen oder fortzusetzen. Das Vormundschaftsgericht hat das Verhalten des Betreuers anhand der oben aufgeführten Kriterien auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen; es trifft also keine eigene Entscheidung gegen lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahmen (vgl. *Taupitz*, A 85 und Fn. 410 mit rechtsvergleichenden Hinweisen; *Lipp*, S. 52). Das Vormundschaftsgericht muss der Entscheidung des Betreuers gegen eine solche Behandlung zustimmen, wenn feststeht, dass die Krankheit des Betroffenen einen irreversiblen tödlichen Verlauf genommen hat und die ärztlicherseits angebotene Behandlung dem früher erklärten und fortgeltenden Willen des Betroffenen, hilfsweise dessen (individuell-)mutmaßlichen Willen widerspricht. Die Frage, ob das Vormundschaftsgericht der Entscheidung des Betreuers gegen eine solche Behandlung auch dann zustimmen darf, wenn sich ein entsprechender wirklicher oder mutmaßlicher Wille trotz erschöpfender Nachforschungen des Betreuers nicht feststellen lässt, wird namentlich dann praktisch, wenn das Vormundschaftsgericht zu einer Beurteilung der medizinischen Indikation gelangt, die von der – diese Indikation behandelnden – Bewertung des behandelnden Arztes abweicht; diese Frage kann, wie ausgeführt, hier offen bleiben. Stimmt das Vormundschaftsgericht der eine Behandlung oder Weiterbehandlung ablehnenden Entscheidung des Betreuers zu, ist dessen Einwilligung nicht länger entbehrlich und die Nichterteilung dieser Einwilligung wirksam. Verweigert das Vormundschaftsgericht dagegen seine Zustimmung, so gilt damit zugleich die Einwilligung des Betreuers in die angebotene Behandlung oder Weiterbehandlung des Betroffenen als ersetzt. Das vormundschaftsgerichtliche Verfahren ist dem Richter vorbehalten (ebenso § 14 Abs. 1 Nr. 4 RPflG). § 69 d Abs. 1, 2 FGG findet eine entsprechende, den Besonderheiten des Regelungsgegenstandes Rechnung tragende Anwendung. So hat sich der Vormundschaftsrichter vom Zustand des Betroffenen einen persönlichen Eindruck zu verschaffen (vgl. § 69 d Abs. 1 Satz 2 FGG). Auch wird er auf die Einholung eines zusätzlichen, von einem anderen als dem behandelnden Arzt erstellten Sachverständigengutachtens (vgl. § 69 d Abs. 2 FGG) im Regelfall nicht verzichten können, wenn die medizinischen Voraussetzungen für die Forderung des Betreuers, die Behandlung einzustellen, nicht durch eine neuere, den Anforderungen an ein Sachverständigengutachten genügende ärztliche Stellungnahme belegt sind (vgl. dazu näher OLG Karlsruhe, a. a. O., S. 492) oder wenn er – in Abweichung von der Beurteilung des behandelnden Arztes – die medizinische Indikation der ärztlicherseits angebotenen Behandlung verneinen will.

Mit diesem Zustimmungserfordernis wird dem Schutz des Betroffenen in seinen Grundrechten auf Leben, Selbstbestimmung und Menschenwürde in ausgewogener Weise Rechnung getragen (*Taupitz*, A 84; *Lipp*, S. 52, *Saliger*, JuS 1999, 16, 20). Zugleich zielt dieses Erfordernis auf Schutz und Fürsorge für den Betreuer: Indem das Betreuungsrecht dem Betreuer unter Umständen eine Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betroffenen abverlangt, bürdet es ihm eine Last auf, die allein zu tragen dem Betreuer nicht zugemutet werden kann (LG Duisburg, NJW 1999, 2744). Da das Recht vom Einzelnen nichts Unzumutbares verlangen kann, erscheint es dem Senat zwingend geboten, den Betreuer durch das vormundschaftsgerichtliche Prüfungsverfahren zu entlasten. Dieses Verfahren bietet einen justizförmigen Rahmen, innerhalb dessen die rechtlichen – auch strafrechtlichen – Grenzen des Betreuerhandelns geklärt und der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Betroffenen – im Rahmen des Möglichen umfassend – ermittelt werden kann (OLG Karlsruhe, a. a. O., S. 490; *Knittel*, a. a. O.).

Das Prüfungsverfahren vermittelt der Entscheidung des Betreuers damit eine Legitimität, die geeignet ist, den Betreuer subjektiv zu entlasten sowie seine Entscheidung objektiv anderen Beteiligten zu vermitteln (*Taupitz*, A 82 f.), und die ihn zudem vor dem Risiko einer abweichenden strafrechtlichen ex-post-Beurteilung schützt (OLG Karlsruhe, a. a. O.; *Fröschle*, JZ 2000, 79, *Saliger*, JuS 1999, 21). Die Beschränkung des Prüfungsvorbehalts auf Fälle, in denen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betroffenen medizinisch indiziert ist oder jedenfalls ärztlicherseits angeboten wird, der Betreuer aber in die angebotene Behandlung nicht einwilligt, stellt schließlich sicher, dass die Vormundschaftsgerichte nur in Konfliktlagen angerufen werden können; damit wird vermieden, dass die Vormundschaftsgerichte generell zur Kontrolle über ärztliches Verhalten am Ende des Lebens berufen und dadurch mit einer Aufgabe bedacht werden, die ihnen nach ihrer Funktion im Rechtssystem nicht zukommt, nicht ohne weiteres auf Fälle der Betreuung einwilligungsunfähiger Patienten beschränkt werden könnte und wohl auch sonst ihre Möglichkeiten weit überfordern würde.

IV. Der Senat sieht sich an seiner Auffassung durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13.9.1994 (a. a. O.) nicht gehindert.

In dieser Entscheidung hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs die Einstellung der künstlichen Ernährung der Patientin, die seit Jahren infolge einer irreversiblen Hirnschädigung zu einer eigenen Entscheidung nicht mehr in der Lage war, für die deshalb deren Sohn zum Pfleger mit dem Aufgabenkreis „Zuführung zu ärztlicher Behandlung“ bestellt worden war und deren Grundleiden einen tödlichen Verlauf angenommen hatte, für rechtswidrig erachtet, weil für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung der Patientin hinreichend sichere Anhaltspunkte gefehlt hätten und die Zustimmung des Pflegers zur Einstellung der künstlichen Ernährung schon mangels einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unwirksam gewesen sei. § 1904 BGB sei nach seinem Sinn und Zweck in Fällen der Sterbehilfe jedenfalls dann – erst recht – entsprechend anzuwenden, wenn eine ärztliche Maßnahme in der Beendigung einer bisher durchgeführten lebenserhaltenden Behandlung bestehe und der Sterbevorgang noch nicht unmittelbar eingesetzt habe. Wenn schon bestimmte Heileingriffe wegen ihrer Gefährlichkeit der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Betreuers entzogen seien, dann müsse dies umso mehr für Maßnahmen gelten, die eine ärztliche Behandlung beenden sollten und mit Sicherheit binnen kurzem zum Tode des Kranken führten.

Diese – von der dargelegten Rechtsmeinung des erkennenden Senats unterschiedliche – Sicht des § 1904 BGB begründet indes keine Abweichung im Sinne des § 132 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 GVG, die zu einer Anfrage an den 1. Strafsenat Anlass geben und, falls dieser an seiner Auffassung festhielte, eine Vorlage an die Vereinigten Großen Senate erfordern würde; denn der Unterschied zwischen beiden Auffassungen ist für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht erheblich. § 132 GVG räumt den Vereinigten Großen Senaten die Befugnis zur Beantwortung streitiger oder grundsätzlich bedeutsamer Rechtsfragen nur ein, soweit deren Beantwortung für die Entscheidung des konkreten Falles nach Auffassung des vorlegenden Senats erforderlich wird. Diese Beschränkung ergibt sich mittelbar aus § 138 Abs. 1 Satz 3 GVG, der die Bindungswirkung der Entscheidung auf die vorgelegte Sache bezieht. Sie entspricht im Übrigen auch dem Verständnis, das der Bundesgerichtshof dem Begriff der Entscheidungserheblichkeit für die Zulässigkeit der Vorlagen anderer Gerichte – etwa, wie im vorliegenden Fall, nach § 28 Abs. 2 FGG – beimisst; danach muss sich, wie anfangs ausgeführt, aus dem

Vorlagebeschluss ergeben, dass es vom Standpunkt des vorliegenden Gerichts aus auf die Vorlagefrage ankommt, das vorliegende Gericht also bei Befolgung der abweichenden Ansicht zu einem anderen Ergebnis gelangen würde (Senatsbeschluss BGHZ 121, 305, 308; ebenso BGHZ 82, 34, 36 f.; 112, 127, 129; 117, 217, 221). Für eine Vorlage nach § 132 Abs. 2 GVG kann – wovon auch die Vereinigten Großen Senate ausgehen (BGHZ 126, 63, 71 f. unter Bezugnahme auf BGHZ 88, 353, 357; 112, 127, 129; 117, 217, 221) – nichts anderes gelten. Daher ist es unstatthaft, den Vereinigten Großen Senate Fragen vorzulegen, deren Beantwortung lediglich die Begründung einer Entscheidung, nicht jedoch deren Ergebnis beeinflusst (BGH, NJW 2000, 1185 f.; *Kissel*, GVG, 3. Aufl., § 132 Rdnr. 20 i. V. m. § 121 Rdnr. 21; zustimmend *Zöller/Gummer*, ZPO, 23. Aufl., § 132 GVG; *Albers* in *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 61. Aufl., § 132 GVG Rdnr. 7). So liegen die Dinge hier. Auch wenn man der Auffassung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs folgte und aus § 1904 BGB herleitete, dass in Fällen der Sterbehilfe (im weiteren Sinne) die Zustimmung des Betreuers zur Einstellung der künstlichen Ernährung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderte, müsste das Vormundschaftsgericht auf den Antrag des Beteiligten hin tätig werden und prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Beteiligte seine Einwilligung in die Beibehaltung der Magensonde und die Fortdauer der künstlichen Ernährung des Betroffenen unterlassen darf. Für das in § 132 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 GVG vorgeschriebene Verfahren ist mithin im vorliegenden Fall kein Raum.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Albrecht*, MittBayNot 2003, 348 (in diesem Heft).

7. BGB §§ 1821, 1829 Abs. 1 Satz 2; FGG § 28 Abs. 2, §§ 55, 62 (*Wirksamkeit der Versagung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch das Beschwerdegericht gegenüber dem Vertragspartner*)

a) **Zur Beurteilung der Frage, ob sich die weitere Beschwerde gegen eine gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB wirksam gewordene und damit dem Änderungsverbot der §§ 55, 62 FGG unterliegende Genehmigungsentscheidung richtet, ist nicht auf die erstinstanzliche Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, sondern auf die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts abzustellen.**

b) **Hat das Landgericht der Beschwerde gegen die Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung stattgegeben, also die Genehmigung verweigert, so wird diese Entscheidung dem Vertragsgegner gegenüber erst unter den Voraussetzungen des § 1829 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 BGB wirksam und damit unabänderbar i. S. v. § 55 FGG.**

c) **Die Unvereinbarkeit der §§ 62 und 55 FGG mit Art. 19 Abs. 4 GG (BVerfG, Beschluss v. 18.1.2000, 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709) kann für die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde nur von Bedeutung sein, soweit sie sich gegen eine unabänderbare vormundschaftsgerichtliche Genehmigungsentscheidung richtet.**

BGH, Beschluss vom 19.3.2003, XII ZB 121/01; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Betroffene ist – wie sich erst nach Vorlage der Sache an den Bundesgerichtshof herausgestellt hat – am 9.4.1986 in C./USA gestorben. Sie war US-amerikanische Staatsangehörige. Mit Beschluss vom 1.9.1997 ordnete das Amtsgericht – Rechtspfleger – für die Betroffene eine Abwesenheitspflegschaft an und bestellte die Beteiligte zu 2 zur Pflegerin. Diese belastete in notarieller Urkunde vom 26.6.1998 namens der Betroffenen zwei dieser gehörende Grundstücke zugunsten der (vormals) Beteiligten zu 5 mit einer Grunddienbarkeit. Der Rechtspfleger genehmigte dieses Rechtsgeschäft durch Beschluss vom 2.7.1998. Mit Beschluss vom 20.5.1999 richtete das Amtsgericht – Rechtspfleger – wiederum eine Abwesenheitspflegschaft für die Betroffene ein und bestellte erneut die Beteiligte zu 2 zur Pflegerin. Mit notariellem Vertrag vom 3.8.1999 veräußerte die Pflegerin die vorgenannten Grundstücke der Betroffenen in deren Namen an die (vormals) Beteiligten zu 5. Diesen Vertrag genehmigte der Rechtspfleger mit Beschluss vom 16.8.1999. Die vorgenannten Genehmigungen sind den Beteiligten zu 5 von der Beteiligten zu 2 mitgeteilt worden, wobei insoweit der jeweils beurkundende Notar aufgrund allseits erteilter Vollmacht zur Entgegennahme, Mitteilung und Empfangnahme handelte.

Nachdem die Beteiligten zu 3 und 4 von den Grundstücksgeschäften nebst Genehmigungen erfuhren, legten sie gegen alle oben genannten Beschlüsse Beschwerde ein. Das Landgericht hat die Beschwerden im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.1.2000 (u. a. NJW 2000, 1709) für zulässig erachtet und die angefochtenen Beschlüsse des Rechtspflegers aufgehoben. Hiergegen hat (u. a.) die Beteiligte zu 2 weitere Beschwerde eingelegt.

Das Oberlandesgericht Köln hält dieses Rechtsmittel für zulässig, sieht sich jedoch durch die in FamRZ 2001, 710 f. veröffentlichte Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 14.8.2000 gehindert, eine sachliche Entscheidung zu treffen. Es hat deshalb gemäß § 28 Abs. 2 FGG die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (OLGR Köln 2001, 369 f.).

Nachdem nachträglich der Tod der Betroffenen aktenkundig wurde, haben das Amtsgericht die Abwesenheitspflegschaft und das Oberlandesgericht die für das Verfahren der weiteren Beschwerde angeordnete Verfahrenspflegschaft aufgehoben.

Aus den Gründen:

(...)

II. Die Sache ist dem vorliegenden Oberlandesgericht zur Behandlung und Entscheidung in eigener Zuständigkeit zurückzugeben, denn die Vorlage ist nicht zulässig.

Zu den Voraussetzungen einer zulässigen Vorlage gemäß § 28 Abs. 2 FGG gehört, dass das vorliegende Oberlandesgericht von einer auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs abweichen will. Die Abweichung muss dieselbe Rechtsfrage betreffen und die Beantwortung dieser Rechtsfrage muss für beide Entscheidungen erheblich sein. Der Bundesgerichtshof ist an die für die Entscheidungserheblichkeit maßgebliche rechtliche Beurteilung des Falles, wie sie dem Vorlagebeschluss zugrunde gelegt ist, gebunden. Er prüft aber, ob unter Zugrundelegung dieser Beurteilung Entscheidungserheblichkeit und Abweichung vorliegen (st. Rspr., vgl. etwa Senatsbeschluss vom 1.7.1998, XII ZB 181/97, FamRZ 1999, 22, 23). Danach ist die Vorlage insbesondere dann unzulässig, wenn schon aus dem Inhalt des vorgelegten Beschlusses – aus dem dort mitgeteilten Sachverhalt und der dort zum Ausdruck gebrachten rechtlichen Beurteilung – folgt, dass es der Klärung der Vorlagefrage nicht bedarf (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 16.7.1997, XII ZB 97/96, NJW-RR 1997, 1162).

So liegt der Fall hier.

1. Die Vorlagefrage betrifft die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde (§ 27 FGG) gegen vormundschaftsgerichtliche

Genehmigungsentscheidungen. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 18.1.2000 (a. a. O.) die §§ 62 und 55 FGG mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar erklärt, soweit sie den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehren, Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu unterziehen.

Das vorliegende Oberlandesgericht ist der Ansicht, in einem solchen Fall, in dem eine Genehmigungsentscheidung des Rechtspflegers entgegen §§ 62, 55 FGG anfechtbar bleibt, müsse den Beteiligten insoweit der regelmäßige Beschwerderechtszug offen stehen, d. h. einschließlich der im Regelfall statthafter weiteren Beschwerde.

Demgegenüber vertritt das Oberlandesgericht Hamm in dem genannten Beschluss die Auffassung, die weitere Beschwerde gegen eine Entscheidung des Landgerichts bleibe ausgeschlossen, wenn es die Beschwerde gegen eine wirksam gewordene Genehmigungsentscheidung des Rechtspflegers nach sachlicher Prüfung zurückweist. Denn in diesen Fällen sei dem Betroffenen eine richterliche Überprüfung der Entscheidung des Rechtspflegers nicht verwehrt worden. Für das Verfahren der weiteren Beschwerde bleibe es daher bei der Anwendung des § 62 FGG.

Von dieser Entscheidung will das vorliegende Gericht abweichen.

2. Diese Abweichung ist für die beabsichtigte Entscheidung nicht erheblich. Das vorliegende Oberlandesgericht bräuchte sich von seinem Rechtsstandpunkt aus nur dann mit der Frage zu befassen, ob dem Oberlandesgericht Hamm zu folgen ist oder nicht, wenn sich die weitere Beschwerde gegen eine im Sinne von § 55 FGG wirksam gewordene Genehmigungsentscheidung richten würde, mithin die Anwendung des § 62 FGG (i. V. m. § 63 FGG) in Frage stünde. Das ist hier aber nicht der Fall.

a) Soweit sich die weitere Beschwerde gegen die Aufhebung der die Abwesenheitspflegschaft anordnenden Beschlüsse des Rechtspflegers vom 1.9.1997 und 20.5.1999 durch das Landgericht richtet, steht ihrer Zulässigkeit das gesetzliche Änderungsverbot des § 55 FGG (§§ 62, 63 FGG) ersichtlich nicht entgegen. Weder die Anordnung der Pflegschaft und die Pflegerbestellung noch die Aufhebung dieser Maßnahmen durch das Beschwerdegericht sind Genehmigungsentscheidungen im Sinne von § 55 FGG.

b) Aber auch was die Aufhebung der Beschlüsse des Rechtspflegers vom 2.7.1998 und 16.8.1999 (Genehmigung der vorgenannten Rechtsgeschäfte) durch das Landgericht anbelangt, liegt der weiteren Beschwerde keine nach § 55 FGG unabänderbar gewordene Entscheidung zugrunde.

Insoweit ist nicht auf die erstinstanzliche Entscheidung des Vormundschaftsgerichts abzustellen, sondern auf den landgerichtlichen Beschluss selbst (vgl. *Bassenge/Herbst/Roth*, FGG/RPflG, 9. Aufl., § 63 Rdnr. 8). Denn in den Grenzen des Rechtsmittels tritt das Landgericht vollständig an die Stelle der ersten Instanz und hat in der zur Entscheidung stehenden Angelegenheit die gleichen Befugnisse wie diese (vgl. *Keidel/Kahl*, FGG, 14. Aufl., § 25 Rdnr. 2 mit Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung). Der angefochtene Beschluss hat – im Unterschied zu der im Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vorausgegangenen landgerichtlichen Entscheidung – nicht die sachliche Bestätigung einer wirksam gewordenen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, sondern die Aufhebung solcher Genehmigungen zum Inhalt.

Die in der Beschwerdeentscheidung des Landgerichts zugleich enthaltene Verweigerung der fraglichen Genehmigun-

gen unterliegt nicht dem Änderungsverbot des § 55 FGG. Die hierfür erforderliche Wirksamkeit der Beschwerdeentscheidung hätte nur unter den hier nicht vorliegenden Voraussetzungen des § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB (§ 1915 Abs. 1 BGB) eintreten können. Nach dieser Bestimmung wird die Verweigerung (oder Erteilung) der (hier nach §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1915 Abs. 1 BGB) erforderlichen Genehmigung dem Vertragsgegner gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den Vormund bzw. Pfleger mitgeteilt wird, wobei die Mitteilung in der Absicht erfolgen muss, den durch den Mangel der Genehmigung verursachten Schwebestand zu beseitigen (vgl. hierzu etwa *Keidel/Engelhardt*, a. a. O., § 55 Rdnr. 21 m. w. N.). Die Beteiligte zu 2 hat jedoch insoweit nichts veranlasst. Sie hat vielmehr im Gegenteil weitere Beschwerde gegen die landgerichtliche Entscheidung mit dem Begehren eingelegt, die Beschwerde der Beteiligten zu 3 und 4 gegen die erteilten Genehmigungen des Rechtspflegers zu verwerfen bzw. zurückzuweisen. Ohnehin wäre eine etwa erfolgte Mitteilung rechtlich wirkungslos geblieben, weil die Beteiligte zu 2 nicht wirksam zur Pflegerin bestellt wurde und sie daher die Betroffene bzw. deren Erben nicht vertreten konnte. Die Anordnung der Abwesenheitspflegschaft war – da die Betroffene Ausländerin war – nach § 14 Abs. 1 Nr. 4 RPflG dem Richter vorbehalten; die insoweit gleichwohl durch den unzuständigen Rechtspfleger getroffenen Maßnahmen waren gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 RPflG unwirksam. Die Unwirksamkeit der Pflegschaftsanordnung hatte auch die Nichtigkeit der hierauf aufbauenden Pflegerbestellung zur Folge (vgl. etwa *Erman/Holzhauser*, BGB, 10. Aufl. § 1774 Rdnr. 9).

Anmerkung:

Leider hat der BGH den Wunsch nach einer Klärung der Rechtslage¹ nicht erhört und keine Entscheidung zur Sache getroffen. Eigentlich versucht der BGH nur, die Entscheidungserheblichkeit der divergierenden Rechtsmeinungen zu verneinen und überzeugt nicht einmal hier. Die für die notarielle Praxis äußerst wichtige Frage, ob und mit welchen Wirkungen vormundschaftsgerichtliche² Genehmigungen auch nach Mitteilung an die Gegenseite angefochten und aufgehoben werden können,³ bleibt somit weiter offen.

Interessant sind jedoch die – leider auch nicht dogmatisch hinterfragten – zugrunde liegenden Annahmen des BGH und

¹ So meine Anmerkung MittBayNot 2001, 81, 85.

² Die Probleme stellen sich gleichermaßen bei Handeln von Vormund, Betreuer und Pfleger (einschließlich Nachlasspfleger). Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung wird daher nur vom „Vormund“ und „Vormundschaftsgericht“ gesprochen. Wurde (aufgrund der Neuregelung der §§ 1643 ff. BGB) das Familiengericht tätig, soll dagegen nicht die Beschwerde nach § 19 FGG zum Landgericht eröffnet sein, sondern die befristete Beschwerde nach §§ 64 Abs. 3 FGG, 621 Abs. 1 Nr. 1, 621 e ZPO, 119 Abs. 1 GVG zum Oberlandesgericht; so OLG Dresden FamRZ 2001, 1307, DNotI-Report 2003, 97, 98 und *Zorn*, FamRZ 2001, 1273, 1274 mit Nachweis der Gegenmeinungen. So jetzt auch *Keidel/Engelhardt*, FGG, 15. Aufl. 2003, § 55 Rdnr. 3; a. A. noch die Voraufgabe, die in § 55 Rdnr. 1 in der fehlenden Nennung des Familiengerichts ein Redaktionsversehen angenommen hatte, sowie *Staudinger/Engel*, BGB, 2000, § 1643 Rdnr. 62. Geht man mit *Zorn*, FamRZ 2001, 1275 f. von einer analogen oder mit *Keidel/Engelhardt*, § 62 Rdnr. 3 f., von einer direkten Anwendung des § 62 FGG nach Mitteilung der Genehmigung (§ 1829 BGB) aus, ändert sich dadurch für die notarielle Praxis wenig. Andernfalls sollte man mit der Mitteilung der Genehmigung den Ablauf der Beschwerdefrist abwarten, um Wirksamkeitszweifel im Falle der nachträglichen Beschwerde auszuschließen (so de lege ferenda auch *Sonnenfeld*, RPfleger 2000, 246, 247).

³ Hierzu etwa *Waldner*, DNotZ 2001, 650, 652, *Reiß*, MittBayNot 2001, 81, 82 ff. und *RNotZ* 2001, 203, 204 ff.

des vorliegenden OLG Köln (Beschluss vom 6.6.2001, 16 Wx 8/2001): Wie sich aus dem vom OLG Köln mitgeteilten Sachverhalt ergibt, handelten die Beschwerdeführer, die Beteiligten zu 3 und 4, nicht etwa als Erben der Voreigentümerin, sondern als Inhaber eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts am Grundstück. Das OLG Köln möchte die stattgebende Beschwerdeentscheidung deshalb mangels einer rechtlichen Beschwer der Beschwerdeführer aufheben, versteht jedoch die Entscheidung des OLG Hamm vom 14.8.2000⁴ so,⁵ dass das OLG Hamm nach der Entscheidung des Rechtspflegers *nur eine* richterliche Entscheidung, aber keinen *Instanzenzug* zulässt. Tatsächlich hat das OLG Hamm die Frage offen gelassen, ob die Unvereinbarkeitsklärung des § 62 FGG eine Beschwerde eröffnet, und nur im konkreten Fall festgestellt, dass der Anspruch auf einen Richter nach Art 19 Abs. 4 GG jedenfalls erfüllt sei, wenn der Beschwerderichter die Entscheidung des Rechtspflegers nach eigener Sachprüfung gebilligt habe. Die übrigen Ausführungen des OLG Hamm deuten eher auf ein Fortgelten des § 62 FGG.⁶

Die eigentlich entscheidungsrelevante Frage wäre dann aber nicht, ob ein Instanzenzug eröffnet ist (in diese Richtung die Vorlagefrage des OLG Köln), sondern ob überhaupt die Beschwerde zulässig ist. Wäre dies nicht der Fall, müsste das OLG die Beschwerdeentscheidung mangels Statthaftigkeit der Beschwerde aufheben.⁷ Die Frage wäre damit sicher entscheidungserheblich.

Ohne dass der BGH dies anspricht, kommt das OLG Köln noch zu einem für die Praxis äußerst interessanten Ergebnis: In Ziffer 1 der Gründe wird – ohne nähere dogmatische Begründung – die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 5, des Vertragspartners des Pflinglings, für unzulässig erklärt, weil „die Aufhebung der Pflegschaften sowie der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen (...) die Wirksamkeit der Bestellung der Grunddienstbarkeit sowie der Eigentumsübertragung unberührt lassen“.⁸ Bisher ging die wohl herrschende Meinung davon aus, dass die Aufhebung der Genehmigung auch dem genehmigten Vertrag rückwirkend die Rechtsgrundlage entzieht.⁹ Sollte die Meinung des OLG Köln weitere Anhänger finden, wäre zumindest diese äußerst praxisrelevante Frage¹⁰ im Sinne der Rechtssicherheit entschieden.

⁴ 15 W 59/00, z.B. abgedruckt in MittBayNot 2000, 543 und RNotZ 2001, 221 m. Anm. *Reiß* 201.

⁵ Dieser Einschätzung schließt sich der BGH implizit an, da er nicht auf die eigentliche Frage zurückgeht, ob trotz § 62 FGG der Beschwerderechtszug überhaupt eröffnet war.

⁶ So gerade der Leitsatz „§ 62 FGG ist (...) weiterhin geltendes Recht“.

⁷ Die Auslegung des Beschlusses des OLG Hamm durch das OLG Köln würde auch zu dem misslichen Ergebnis führen, dass eine offensichtlich unzulässige Beschwerdeentscheidung ihrerseits unanfechtbar wäre. In diese Richtung tendiert auch *Keidel/Engelhardt*, § 62 Rdnr. 10.

⁸ Anscheinend wurde diese Meinung bereits vom Beschwerdegericht vertreten, das nach Ziffer 3) der Gründe zur Begründung der Beschwer auf mögliche Amtshaftungsansprüche der Beschwerdeführer verwiesen hat.

⁹ So OLG Schleswig, MittBayNot 2001, 80, 81; BayObLGZ 1989, 242, 255; *Heß/Vollkommer*, JZ 2000, 785, 789; *Waldner*, DNotZ 2000, 650, 652; differenzierend *Reiß*, MittBayNot 2001, 81, 84. A. A. *Pawlowski*, JZ 2000, 913, 918 f., der aus der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt die Wirksamkeit des Vertrages auch nach Aufhebung der Genehmigung folgert, und *Zorn*, FamRZ 2001, 1275 f., der aus den Gründen des Verkehrsschutzes die Unabänderlichkeit aus der materiellen Rechtslage folgert. §§ 55 und 62 FGG zögen daraus nur die verfahrensrechtliche Konsequenz.

¹⁰ Siehe nur *Waldner*, a. a. O.

Nicht berücksichtigt wurde, dass auch hier wieder die angefochtene Rechtspflegerentscheidung vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erfolgte:¹¹ Wie ich in MittBayNot 2001, 81, 83 zu entwickeln versucht habe, dürfte der Rechtsgedanke der § 95 Abs. 3 Satz 3 BVerfGG i. V. m. 79 BVerfGG auch im vorliegenden Fall einer bloßen Unvereinbarkeitsklärung zutreffen: Danach sollen im Interesse der Rechtssicherheit (abgesehen von Strafurteilen) bisher rechtskräftige Entscheidungen auch weiter als wirksam behandelt werden. Zwar geht es im vorliegenden Fall nicht darum, eine rechtskräftige Entscheidung zu ändern, sondern eigentlich um die Frage, ob die Entscheidung gem. § 62 FGG überhaupt rechtskräftig geworden ist. Eine Analogie müsste jedoch aufgrund der zugrunde liegenden Wertungen zulässig sein.¹²

Zum Schluss seiner Entscheidung bringt der BGH dann noch eine Überraschung: Weil der funktionell unzuständige Rechtspfleger den Abwesenheitspfleger für einen Ausländer bestellt habe, seien sowieso alle Handlungen des Pflegers (und damit – vom BGH unausgesprochen – wohl auch der Vertragsabschluss) nichtig. Dies entspricht zwar der Gesetzeslage, befriedigt aber dennoch nicht: § 32 FGG ordnet an, dass ungerechtfertigte Bestellungen zum Vormund die Wirksamkeit der Handlungen des Vormunds im Außenverhältnis unberührt lassen, ausgenommen Fälle der sachlichen Unzuständigkeit. Als Fall der sachlichen Unzuständigkeit wird auch das Handeln des Rechtspflegers anstelle des Richters in diesem alleine vorbehaltenen Angelegenheiten (§ 8 Abs. 4 RPfGG) verstanden.¹³ Glücklicherweise dürfte sich die Fehlerquelle in Vormundschaftssachen realistisch auf ein irrtümliches Handeln des Rechtspflegers bei Beteiligung eines Ausländers (§ 14 Abs. 1 Ziffer 4 RPfGG) beschränken.¹⁴

Im Gegensatz zu den sonstigen Nichtigkeitsfällen fällt hier auf, dass eine Evidenz des Mangels – zumindest für den juristischen Laien – nicht erkennbar ist und wohl auch kaum ein Jurist beim Vorliegen einer Bestallung zum Vormund (etwa anhand der Unterschrift) prüft, wer gehandelt hat.¹⁵

¹¹ Ähnlich restriktiv für „Altfälle“ OLG Hamm, MittBay Not 2000, 543, 545.

¹² Die planwidrige Gesetzeslücke liegt darin, dass das BVerfGG von Entscheidungen wie Urteilen oder Verwaltungsakten ausgeht, die nach einer bestimmten Zeit unanfechtbar werden. Dagegen arbeitet das FGG insoweit anders, als es im Normalfall die unbefristete Beschwerde vorsieht (Grenzen sind hier nur Verwirkung oder Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses), um dann bei Entscheidungen, die einen besonderen Verkehrsschutz verlangen (neben der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung z. B. auch Grundbucheintragen oder Erbscheinserteilungen), Sonderregelungen zu treffen, darunter eben §§ 55, 62 FGG. Auch nach Meinung des BVerfG liegt der Verfassungsverstoß nicht in der Unanfechtbarkeit, sondern in der fehlenden Möglichkeit, vorher von einem Richter gehört zu werden (BVerfG, MittBayNot 2000, 311, 314).

¹³ *Keidel/Zimmermann*, FGG, § 32 Rdnr. 8; *Erman/Holzhauser*, BGB, 10. Aufl., 2000, § 1774 Rdnr. 9.

¹⁴ *Staudinger/Engler*, BGB, 1999, § 1774, Rdnr. 26. Dagegen soll keine Nichtigkeit bei Handeln des Familien- statt des Vormundschaftsgerichts oder bei Tätigwerden der falschen Instanz eintreten (*Staudinger/Engler*, a. a. O., Rdnr. 24; ausführlich DNotI-Report 2003, 97). Die Fälle, dass eine unzuständige Gerichtsbarkeit tätig wird (*Staudinger/Engler*, a. a. O., Rdnr. 25), etwa Pflegerbestellung durch die Strafkammer, dürften wohl kaum vorkommen.

¹⁵ Gerade bei der Abwesenheitspflegschaft besteht selbst dann noch das Risiko, dass die verschollene „Landwirtstochter Lieschen Müller in X-Dorf“ 1928 in die USA ausgewandert ist und dort eingebürgert wurde. Der Sachverhalt der Entscheidung des OLG Köln deutet wohl eher darauf hin, dass die amerikanische Staatsangehörigkeit bekannt war.

Dass dann sicher Amtshaftungsansprüche gegeben sind,¹⁶ ist nur ein schwacher Trost.

Zumindest wäre eine Analogie zu §§ 1698 a, b, 1893 Abs. 1, 1908 i Abs. 1 BGB zu prüfen: Wenn diese Vorschriften einen gutgläubigen Vormund und seinen Vertragspartner¹⁷ im Vertrauen auf den Fortbestand der Vormundschaft schützen, dürfte dies von der Interessenlage ebenso für den Fall einer von Anfang an unwirksamen Vormundschaft gelten.¹⁸ Ein Fahrlässigkeitsvorwurf dürfte zumindest bei juristischen Laien kaum begründbar sein, wenn der Laie dem gut ausgebildeten Rechtspfleger vertraut.

Notar *Martin Thomas Reiß*, Münsterstadt

¹⁶ Dass grundsätzlich die Amtspflichten nur dem Mündel gegenüber bestehen, dürfte an der Haftung gegenüber einem Dritten für einen schuldhaft geschaffenen Rechtsschein nichts ändern, in diese Richtung *Staudinger/Wurm*, BGB, 2002, § 839 Rdnr. 641 mit dem Fall der unrichtigen Auskunft. Sicher geschützt ist auch der gutgläubige Vormund, der als vollmachtloser Vertreter haftet (§ 179 BGB).

¹⁷ Dies aber nur bei Gutgläubigkeit des Vormunds, *Palandt/Diederichsen*, BGB, 62. Aufl., § 1698 a Rdnr. 1; anderenfalls haftet immerhin der Vormund nach § 179 Abs. 3 BGB, dazu *Staudinger/Coester*, BGB, 2000, § 1698 a, Rdnr. 7.

¹⁸ §§ 1698 a, b BGB stammen aus dem Recht der elterlichen Sorge. Hier ist wegen der Vaterschaftsvermutungen für den Ehemann der Mutter und des Vaterschaftsfeststellungsverfahrens kaum ein Fall vorstellbar – vielleicht abgesehen von neuen Fortpflanzungstechnologien –, in dem von Anfang an gutgläubige Scheineltern handeln.

8. BGB §§ 242, 2306 Abs. 1 Satz 2; BSHG § 90 Abs. 1 (*Zu den Wirkungen einer Pflichtteilsstrafklausel beim gemeinschaftlichen Behindertentestament*)

Haben sich Eltern eines sozialhilfeabhängigen Kindes mit Behinderung in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und das behinderte Kind erst zum Erben des Längerlebenden berufen, dann jedoch beschränkt durch Testamentsvollstreckung, so ist eine Überleitung des Pflichtteilsanspruchs des Kindes nach dem erstversterbenden Elternteil gemäß § 90 Abs. 1 S. 1 BSHG auf den Sozialhilfeträger ausgeschlossen, wenn im Testament eine Pflichtteilsstrafklausel angeordnet ist. (Leitsatz des Einsenders)

LG Konstanz, Urteil vom 26.2.2003, 5 O 329/02; mitgeteilt von Notarassessor *Lorenz Spall*, Speyer/Germersheim

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Überleitung eines Pflichtteilsanspruchs auf den klagenden Sozialhilfeträger.

Die verstorbenen Eltern der geistig behinderten T errichteten am 15.5.1993 ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben einsetzten. Als Erben nach dem Letztversterbenden wurden die acht Kinder bestimmt, wobei in Bezug auf die T Testamentsvollstreckung angeordnet wurde. Das Testament bestimmte weiter, dass ein Kind, das nach dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangt, nach dem Tod des anderen Elternteils ebenfalls „auf den Pflichtteil gesetzt“ werden sollte.

Die T ist seit 1.4.1986 in einem Wohnheim untergebracht. Der Kläger trägt die Kosten der Heimunterbringung im Rahmen der Eingliederungshilfe nach dem BSHG. Der Kläger leitete durch Bescheid vom 29.6.2001 sämtliche erbrechtlichen Ansprüche der T gegen den Nachlass ihrer Eltern auf sich über und machte diese Ansprüche gegen die Beklagten, die übrigen sieben Kinder der Verstorbenen, geltend.

Die für T bestellte Ergänzungsbetreuerin lehnte die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen wegen nachteiliger Folgen für die Betreute ab. Der Kläger vertritt die Rechtsansicht, das Testament sei dahin gehend auszulegen, dass die Ehegatten sich gegenseitig als Vollerben einsetzen wollten und die Kinder damit für den ersten Erbfall enterbt seien. Daraus ergebe sich nach dem Tod des Erstversterbenden ein Pflichtteilsanspruch der T, den der Kläger nach § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG auf sich übergeleitet habe.

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

Der Kläger war im vorliegenden Fall aus Rechtsgründen daran gehindert, einen Pflichtteilsanspruch der [T] nach dem erstversterbenden Elternteil nach § 90 BSHG auf sich überzuleiten, da die Überleitung des Pflichtteilsanspruches nach dem erstversterbenden Elternteil im Ergebnis einer dem Kläger verwehrten Ausschlagung der Erbschaft nach dem Letztversterbenden gleichkommt; ihm steht deshalb auch kein Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB gegen die Beklagten zu.

I. Grundsätzlich ist anerkannt, dass der Sozialhilfeträger nach § 90 BSHG auch Pflichtteilsansprüche auf sich überleiten kann (*Schellhorn*, Kommentar zum BSHG, 16. Aufl., § 90 Rdnr. 22 m. w. N).

Es könnte vorliegend darüber diskutiert werden, ob nicht der Umstand, dass die Überleitung der Ansprüche deren Geltendmachung durch den Berechtigten voraussetzt und diese – im vorliegenden Fall unterbliebene – Geltendmachung als höchstpersönliches Recht den Pflichtteilsanspruch auch für den Sozialträger unerreichbar macht (vgl. hierzu *Palandt*, 62. Aufl., § 2317 Rdnr. 9). Denn das Gesetz knüpft das Entstehen von Rechtswirkungen aus dem Pflichtteilsanspruch an seine Geltendmachung, und ein Unterlassen der Geltendmachung unterliegt nicht der Gläubigeranfechtung (BGH, ZEV 1997, 345; vgl. auch *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., S. 920).

Ob aber die Verweigerung der Geltendmachung durch die Pflichtteilsberechtigten, bzw. deren Vertreterin, die Überleitbarkeit eines ihr möglicherweise zustehenden Pflichtteilsanspruchs auf den Kläger verhindert hat, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden.

Denn im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass mit der Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden auch der Verlust der Erbenstellung nach dem Letztversterbenden untrennbar verbunden ist. Denn das Testament sieht vor, dass derjenige, der nach dem Erstversterbenden den Pflichtteil verlangt, auch nach dem Letztversterbenden auf den Pflichtteil gesetzt ist. Würde man also zulassen, dass der Kläger die Pflichtteilsansprüche der [T] geltend macht, so würde das zu dem Ergebnis führen, dass die Bedürftige ihre Erbenstellung nach der Mutter verlieren und der Kläger Zugriff auch auf den Pflichtteil nach dieser erhielte. Dies wäre ohne den ersten Erbfall nur dann möglich, wenn die durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung beschränkte Erbenstellung ausgeschlagen würde, da die vorliegende Testamentsgestaltung dem Sozialhilfeträger nach der Rechtsprechung des BGH zum sog. Behindertentestament wirksam den Zugriff auf das Erbe entzieht, vgl. BGHZ 111, 36.

Zwar liegt der vorliegende Fall insofern anders, als der Sozialhilfeträger den Zugriff auf den Pflichtteil nach dem Letztversterbenden nicht erst durch eine Ausschlagung, sondern bereits durch die Überleitung des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden erhielt. Es besteht insoweit jedoch eine mit dem Fall des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB vergleichbare Interessenlage, die eine Gleichbehandlung beider Fälle gebietet. Diese

Vorschrift bestimmt, dass ein – wie vorliegend im Testament bestimmt – durch einen Testamentsvollstrecker beschwerter Erbe den Pflichtteil nur verlangen kann, wenn er das Erbe ausschlägt. Diskutiert wird in dieser Konstellation, ob der Sozialhilfeträger das Ausschlagungsrecht auf sich überleiten kann, um anschließend an den Pflichtteil zu gelangen (vgl. zum Meinungsstand Soergel, BGB, 13. Aufl., § 2306 Rdnr. 29, sowie allgemein zum Konkurrenzverhältnis erbrechtlicher Entschließungsfreiheit und Nachrang der Sozialhilfe Ivo, FamRZ 2003, 6).

Nach überwiegender und richtiger Ansicht kann der Sozialhilfeträger das Ausschlagungsrecht nicht auf sich überleiten, da es sich dabei um ein höchstpersönliches Recht des Erben handelt. Es ist dessen höchstpersönliche und alleinige Entscheidung, ob er die ihm übertragene Erbenstellung akzeptiert oder nicht. Da die Erbenstellung selbst nicht übertragbar ist, kann auch ein Recht, das über Bestehen oder Nichtbestehen der Erbenstellung entscheidet, nicht übertragbar sein. Auch gestattet § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG schon seinem Wortlaut nach gerade nur die Überleitung von Ansprüchen, nicht aber von Gestaltungsrechten wie dem Ausschlagungsrecht (vgl. *Krampe*, AcP 191 [1991], 526, 530 f. und 532 f.). Nichts anderes gilt für die vorliegende Konstellation. Die testamentarische Verwirkungsklausel verknüpft wie § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB die Geltendmachung des Pflichtteils untrennbar mit dem Verlust der Erbenstellung. Dass Letzteres hier durch testamentarische Enterbung, dort durch Erbausschlagung eintritt, hindert die Vergleichbarkeit der Sachverhalte nicht, da in beiden Fällen der Erbe durch sein persönliches Handeln die Entscheidung über seine Erbenstellung in der Hand hält. Auch wenn [T] durch das Testament für den ersten Erbfall enterbt sein sollte, würde dies an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte ebenfalls nichts ändern, da das Testament in seinem gesamten Verfügungsumfang zu betrachten ist und es für den zweiten Erbfall unstreitig eine Erbeinsetzung der gemeinsamen Kinder vorsieht.

Ist somit für den Fall des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB das Recht des Erben, den Pflichtteil zu verlangen und dadurch über seine Erbenstellung zu entscheiden, richtigerweise als höchstpersönlich und nicht gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG auf den Sozialhilfeträger überleitbar anzusehen, muss dasselbe auch hier für das Recht zur Geltendmachung des Pflichtteils durch die Kinder (...) gelten.

Es ist kein Grund ersichtlich, warum anders als im Fall des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Sozialhilfeträger hier das Recht zustehen sollte, über die Erbenstellung des Sozialhilfeempfängers zu entscheiden. Auch wenn grundsätzlich gilt, dass derjenige, der öffentliche Hilfe in Anspruch nimmt, in der Disposition über sein Einkommen und sein Vermögen nicht mehr völlig frei ist (*Schellhorn*, a. a. O., § 25 Rdnr. 18), so ist vorliegend das Nachrangprinzip der Sozialhilfe der Entschließungsfreiheit der Bedürftigen unterzuordnen.

Dieses Ergebnis ist auch insofern nicht unbillig, als es den Grundsatz des generelleren Vorrangs des öffentlichen Interesses vor der Entschließungsfreiheit des pflichtteilsberechtigten Sozialhilfeempfängers nicht gibt. Es gibt keine Verpflichtung, den Pflichtteil gleichsam zum Wohle des Sozialhilfeträgers geltend zu machen. So vertritt der BGH die Auffassung, dass das Nachrangprinzip, welches ohnehin bereits durch die Regelungen des BSHG vielfach durchbrochen wird, nicht die Sittenwidrigkeit eines Testaments bewirkt, aufgrund dessen dem Sozialhilfeträger der Zugriff auf den Pflichtteil der behinderten Tochter des Erblassers verwehrt wird (BGH, IV ZR 169/89, FamRZ 1990, 730, 732; vgl. auch LG Konstanz, 5 O 423/90, NJW 1992, 360, 361). Er ordnet damit gerade in Fäl-

len wie dem vorliegenden die Interessen des Pflichtteilsberechtigten nicht generell dem öffentlichen Interesse unter.

Der BGH hat es ausdrücklich gebilligt, dass dem behinderten Kind aus dem Nachlass seiner Eltern zusätzlich Leistungen zufließen, auf die der Sozialhilfeträger keinen Zugriff nehmen kann. Genau so liegt der Fall hier. Dem Testament der verstorbenen Eltern liegt der ausdrückliche Wille zugrunde, die behinderte Tochter zu begünstigen. Hätten die Eltern die Tochter jeweils als Erbin unter Anordnung der Testamentsvollstreckung eingesetzt, so hätte der Kläger dies hinnehmen müssen. Dass sich die Eltern nach dem Tode des Erstversterbenden als Alleinerben eingesetzt haben, läuft zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich auf eine Abweichung von dem – durch die Rechtsprechung gebilligten – Behindertentestament hinaus.

Die Kammer ist der Auffassung, dass die behinderte Tochter zumindest aus Billigkeitsgründen gleichgestellt werden muss, § 242 BGB.

Die Überleitbarkeit des Pflichtteilsanspruchs ist deshalb vorliegend ausgeschlossen; die dennoch erklärte Überleitungsanzeige ging „ins Leere“. Auf das Vorliegen der weiteren Anspruchsvoraussetzungen des § 90 Abs. 1 Satz 3 BSHG braucht nicht eingegangen zu werden.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Spall*, MittBayNot 2003, 356 (in diesem Heft).

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. AktG § 130 Abs. 2, § 241 Nr. 2 (*Keine Pflicht des Notars zur Überwachung der Stimmauszählung in der Hauptversammlung*)

1. Die aktienrechtlichen Protokollierungspflichten des Notars sind in § 130 AktG abschließend geregelt.

2. Soweit es die aktienrechtliche Wirksamkeit des Protokolls angeht, ist es ausreichend, wenn der Notar das vom Versammlungsleiter festgestellte Abstimmungsergebnis protokolliert. Die Wirksamkeit der notariellen Beurkundung hängt nicht davon ab, dass er eigene Feststellungen zum Abstimmungsergebnis trifft, es also etwa selbst ermittelt oder – protokollarisch nachvollziehbar – überprüft. Seine aktienrechtlichen Protokollierungspflichten können nicht durch Überwachungs- und Protokollierungspflichten, die ihm daneben mit Blick auf seine Amtsstellung bei der „Begleitung“ der Hauptversammlung obliegen, mit der Folge erweitert werden, dass deren Verletzung zur Nichtigkeit der in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse führt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.3.2003, 16 U 79/02

Zum Sachverhalt:

Der Kläger, Aktionär der Beklagten, begehrt die Feststellung der Nichtigkeit der in der Hauptversammlung der Beklagten am 27.6.2001 zu den Tagesordnungspunkten 2, 3, 4 und 7 gefassten Beschlüsse; hilfsweise macht er deren Anfechtbarkeit geltend. In dem notariellen Protokoll über die Hauptversammlung ist u. a. festgehalten:

Der Aufsichtsratsvorsitzende teilte mit, dass gegenwärtig das Verzeichnis der erschienenen und vertretenen Aktionäre erstellt wird, das alsdann während der Dauer der Hauptversammlung zur Einsichtnahme ausliege. Bei Präsenzveränderung werde die Teilnehmerliste im Nachtragsverzeichnis fortgeschrieben, auch diese würden zur Einsicht ausgelegt und von ihm und dem Notar unterzeichnet. Da die Präsenz vor der Abstimmung festgestellt werden müsse, bitte er diejenigen Teilnehmer, welche die Hauptversammlung vor einer Abstimmung verlassen wollten, entweder einen anderen Teilnehmer oder einem Mitglied der Ausgangskontrolle schriftliche Vollmacht zu ihrer Vertretung zu erteilen oder sich am Saalausgang zur Änderung des Teilnehmerverzeichnisses abzumelden.

Zum Abstimmungsverfahren stellte der Vorsitzende sodann fest, dass die Abstimmung durch das Stimmkartenverfahren erfolgen solle; allerdings behalte er sich vor, ein anderes Abstimmungsverfahren zu wählen, wenn sich dies als notwendig erweisen sollte. Es solle ferner das Subtraktionsverfahren angewendet werden, wonach nur die Nein-Stimmen und die Enthaltungen abgegeben würden. Der Anteil der Ja-Stimmen errechne sich durch Abzug der Nein-Stimmen und der Stimmenthaltungen von der sich aus dem Teilnehmerverzeichnis ergebenden jeweiligen Gesamtpräsenz. Die eingesammelten Stimmabschnitte würden nach Beendigung der Abstimmung mit Hilfe eines EDV-Systems ausgewertet. Die Abstimmung solle in einem Block durchgeführt werden; die Stimmen zu den TOP 2–11 würden in einem Sammelgang eingesammelt werden. Das Abstimmungsergebnis werde am Schluss der Abstimmung bekannt gegeben und die Beschlüsse festgestellt.

Der Vorsitzende gab im Verlaufe der Hauptversammlung den Inhalt von zwei Präsenzlisten bekannt, welche dieser Urkunde als Anlage 1 beigelegt sind. Aufgrund der Präsenzliste, Stand 12.54 Uhr, stellte der Vorsitzende fest, dass von dem insgesamt 61.897.983 EUR betreffenden Grundkapital der Gesellschaft – eingeteilt in 61 897 983 Stückaktien – und nach Abzug von 136 265 Aktien, welche die Gesellschaft selbst hält und die daher nicht stimmberechtigt sind, heute 32 115 087 Aktien und 32 115 087 Stimmen vertreten sind.

Der Vorsitzende legte sodann das von ihm unterzeichnete Teilnehmerverzeichnis für die Dauer der Versammlung zur Einsichtnahme beim Notar aus unter nochmaligem Hinweis darauf, dass etwaige Präsenzveränderungen vor jeder Abstimmung festgestellt würden.

Punkt 2 der Tagesordnung: Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns:

Der Vorsitzende stellte fest, wer gegen den Vorschlag der Verwaltung stimmen bzw. sich der Stimme enthalten möchte, möge den Stimmabschnitt zwei aus dem Stimmabschnittbogen lösen und für den nach TOP 11 folgenden Sammelgang bereit halten.

Punkt 3 der Tagesordnung: Beschlussfassung über die Entlastung des Vorstands ...

Punkt 4 der Tagesordnung: Beschlussfassung über die Entlastung des Aufsichtsrats ...

Punkt 7 der Tagesordnung: Wahlen zum Aufsichtsrat ...

Aufgrund des 1. Nachtrags zur Präsenzliste – Stand 17.57 Uhr – stellte der Vorsitzende später fest, von dem insgesamt 61.897.983 EUR betragenden Stammkapital ... seien heute 32 087 556 Aktien und so viele Stimmen vertreten. Es folgte nunmehr die Einsammlung der Stimmen, nachdem zuvor der Vorsitzende nochmals das Verfahren erklärte, wobei er darum bat, die Neinstimmen in den roten Sammelbehälter, die Stimmenthaltungen in den grünen Sammelbehälter einzuwerfen.

Nach einer Pause gab der Vorsitzende die Abstimmungsergebnisse wie folgt bekannt:

TOP 2: Die Präsenz betrug 32 087 556 Stimmen. Die Abstimmung ergab 31 990 049 Ja-Stimmen = 99,7 %, 57 689 Nein-Stimmen = 0,18 %, 39 818 Enthaltungen = 0,12 %. Der Vorsitzende gab bekannt, dass damit der Vorschlag der Verwaltung zu TOP 2 angenommen ist und stellte den Beschluss fest.

Das Ergebnis zu den anderen Tagesordnungspunkten wurde in gleicher Weise festgestellt.

Der Kläger hat vorgetragen, es habe keine wirksame Beschlussfassung gegeben. Soweit ersichtlich habe er die Hauptversammlung protokollierende Notar keine eigenen Feststellungen zur Abstimmung getroffen, denn während der Durchführung der Abstimmung

habe er sich ausschließlich im Saal befunden und darauf gewartet, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrates das Ergebnis der Abstimmung, so wie es sich nach den Feststellungen der Verwaltung der Beklagten ergeben haben solle, zu Protokoll gebe. Dies sei aber nicht ausreichend. Inhalt der notariellen Niederschrift müsse das Ergebnis der Abstimmung so sein, wie es sich nach den Feststellungen des Notars ergebe. Ein Verstoß hiergegen habe die Nichtigkeit der angefochtenen Beschlüsse zur Folge.

Im angefochtenen Urteil hat das Landgericht ausgeführt, dass die Beschlüsse nichtig seien (MittBayNot 2002, 202). Hiergegen richtet sich die Berufung.

Aus den Gründen:

Zu Recht wenden sich die Beklagte und ihr Streithelfer mit ihren zulässigen Berufungen dagegen, dass das Landgericht die vom Kläger angegriffenen Hauptversammlungsbeschlüsse schon wegen eines Beurkundungsmangels gemäß §§ 130 Abs. 2, 241 Nr. 2 AktG als nichtig angesehen hat. Da das Landgericht sich mit den weiteren vom Kläger geltend gemachten Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen nicht befasst hat, diese aber zum Teil noch umfangreicher Aufklärung bedürfen, hält der Senat es – aus den mit den Parteien in der Senatsverhandlung erörterten Gründen – für sachgerecht, im Wege der Zwischenfeststellung vorab diese Vorfrage zu entscheiden und festzustellen, dass die Hauptversammlungsbeschlüsse zu den Tagesordnungspunkten 2, 3, 4 und 7 nicht wegen eines Beurkundungsmangels nichtig sind (§§ 256 Abs. 2 i. V. m. §§ 301 Abs. 1, 303 ZPO).

Entgegen der Auffassung des Landgerichts folgt die Nichtigkeit der zu den Tagesordnungspunkten 2 bis 4 und 7 gefassten Hauptversammlungsbeschlüsse nicht schon aus einem Beurkundungsmangel, insbesondere verstößt die Niederschrift des Streithelfers zu dem Ergebnis der Abstimmung zu diesen Tagesordnungspunkten nicht gegen § 130 Abs. 1, Abs. 2 AktG. Das Landgericht hat – wie im Folgenden im Einzelnen ausgeführt werden wird – verkannt, dass die aktienrechtlichen Protokollierungspflichten des Notars in § 130 AktG abschließend geregelt sind. Sie können nicht durch Überwachungs- und Protokollierungspflichten des Notars, die ihm mit Blick auf seine Amtsstellung bei der „Begleitung“ der Hauptversammlung obliegen, mit der Folge erweitert werden, dass deren Verletzung zur Nichtigkeit der Beschlüsse führt.

1. Ein Beschluss der Hauptversammlung ist ausschließlich unter den einschränkenden Voraussetzungen der für Hauptversammlungsbeschlüsse geltenden Vorschriften nichtig (§ 241 Nr. 1–6 AktG sowie für bestimmte Beschlüsse §§ 250, 253, 256 AktG). Die Nichtigkeitsgründe sind im Aktiengesetz nach ganz herrschender Meinung aus Gründen der Rechtssicherheit abschließend geregelt. Greift ein Nichtigkeitsgrund nicht ein, ist der fehlerhafte Beschluss lediglich anfechtbar (vgl. nur *Hüffer*, AktG, 5. Aufl., § 241 Rdnr. 5; *Henze*, Aktienrecht, 5. Aufl., Rdnr. 1208; *Richter* in *Semler/Volhard*, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, III C Rdnr. 97; *Obermüller/Werner/Winden*, Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl., O Rdnr. 19, jeweils m. w. N.; etwas einschränkend *K. Schmidt* in *Großkommentar zum AktG*, 4. Aufl., § 241 Rdnr. 20).

Ist ein Beschluss nichtig, entfaltet er wegen der Schwere des Mangels von Anfang an die gewollte Rechtswirkung schon nicht. Dies ist nur bei besonders schweren Fehlern – ausnahmsweise – anzunehmen, während die durch Klage eines Anfechtungsberechtigten geltend zu machende Anfechtbarkeit die Regelfolge von Mängeln bei Beschlüssen der Hauptversammlung ist (vgl. nur *Hüffer*, *Richter*, *Obermüller/Werner/Winden*, jeweils a. a. O., sowie *Semler* in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, AG, 2. Aufl., § 41 Rdnr. 1 ff.).

§ 241 AktG sieht die Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen bei Verfahrensfehlern (§ 241 Nr. 1 und 2 AktG) und inhaltlichen Mängeln (§ 241 Nr. 3 und 4 AktG) vor. Daneben kann die Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses durch rechtskräftig erfolgreiche Anfechtungsklage und rechtskräftige Entscheidung über die Amtslöschung nach § 144 FGG herbeigeführt werden (§ 241 Nr. 5 und 6 AktG). Schließlich zählt § 241 AktG im Eingangssatz Nichtigkeitsgründe auf, die an anderer Stelle geregelt sind (§§ 217 Abs. 2, 228 Abs. 2, 234 Abs. 3 und § 235 Abs. 2 AktG).

2. Von diesen möglichen Nichtigkeitsgründen kommt vorliegend nur der eines Beurkundungsmangels nach § 241 Nr. 2 AktG in Betracht. Danach ist ein Beschluss dann nichtig, wenn eine nach dem Gesetz erforderliche Beurkundung nicht oder nicht durch einen Notar stattgefunden hat (§ 130 Abs. 1 AktG), die Niederschrift nicht den erforderlichen Inhalt aufweist (§ 130 Abs. 2 AktG) oder die Unterschrift des Notars oder des Versammlungsleiters fehlt (§ 130 Abs. 4 AktG). Alle weiteren Beurkundungsmängel führen nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut weder zur Nichtigkeit des Beschlusses noch zu dessen Anfechtbarkeit. Die Nichtigkeit können sie nicht begründen, weil die generell nichtigkeitsbegründenden Umstände in § 241 AktG abschließend aufgezählt sind, zur Anfechtbarkeit führen sie deshalb nicht, weil die Beschlussfassung nicht auf dem Mangel der ihr erst nachfolgenden Beurkundung beruhen kann (vgl. nur *Semler/Volhard*, I H Rdnr. 8; *Hüffer*, § 130 Rdnr. 32).

3. Dass die Niederschrift des Streithelfers über die Hauptversammlung der Beklagten vom 27.6.2001 nicht den erforderlichen Inhalt aufweist, lässt sich entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht feststellen.

In die Niederschrift des § 130 Abs. 1 AktG ist nicht der gesamte Ablauf der Hauptversammlung, sondern sind nur bestimmte Vorgänge und Erklärungen zwingend aufzunehmen. Gemäß § 130 Abs. 2 AktG sind der Ort und der Tag der Verhandlung, der Name des Notars sowie die Art und das Ergebnis der Abstimmung und die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung anzugeben.

3.1. Soweit es die Förmlichkeiten der Hauptversammlung angeht, enthält die Niederschrift die notwendigen Angaben dazu, dass am 27.6.2001 die ordentliche Hauptversammlung der Beklagten (...) im Beisein des protokollführenden und -unterzeichnenden (...) als amtlichem Vertreter des Notars (...) – des Streithelfers der Beklagten – stattgefunden hat.

3.2. Neben diesen Formalien verlangt § 130 Abs. 2 AktG die Angabe der Abstimmungsart, also Angaben dazu, welche Stimmen abgegeben werden sollen (Ja-Stimmen und Enthaltungen, Nein-Stimmen und Enthaltungen oder Ja- und Nein-Stimmen), wie sie abgegeben werden sollen (durch Handaufheben, Aufstehen, Zuruf, auszufüllenden Stimmzettel, EDV-Stimmkarten), wo sie abzugeben sind und wie sie ausgezählt werden (durch den Versammlungsleiter, Stimmzähler, manuell oder maschinell, mit Hilfe von EDV, vgl. nur *Semler/Volhard*, I H Rdnr. 34 ff.; *Hüffer*, § 130 Rdnr. 17 ff.).

Sämtliche vorgenannten Angaben enthält die notarielle Niederschrift; sie führt ausdrücklich an, dass die Abstimmung durch das Stimmkartenverfahren unter Anwendung des Subtraktionsverfahrens erfolgen solle, wonach nur die Nein-Stimmen und die Enthaltungen abgegeben werden. Nach Beendigung der Abstimmung, die in einem Block durchgeführt werde, würden die eingesammelten Stimmabschnitte mit Hilfe eines EDV-Systems ausgewertet.

Dem Gesamtzusammenhang der Urkunde lässt sich dabei entnehmen, dass bei der später vorgenommenen Abstimmung

auch dementsprechend vorgegangen worden ist. Zwar hat der Notar nur festgestellt, dass die Einsammlung der Stimmen erfolgte, nachdem der Vorsitzende nochmals das Verfahren erläutert und dann gebeten hatte, die Nein-Stimmen in den roten Sammelbehälter und die Enthaltungen in den grünen einzuwerfen. Dass dabei aber anders verfahren worden ist, als der Vorsitzende eingangs der Versammlung festgehalten hatte, er insbesondere von dem Vorbehalt der Wahl eines anderen Abstimmungsverfahrens Gebrauch gemacht hat, ist gerade nicht dokumentiert worden. Nur dies aber hätte der Notar zusätzlich aufnehmen müssen.

3.3. § 130 Abs. 2 AktG schreibt ferner vor, dass das Ergebnis der Abstimmung zu protokollieren ist, wobei zum einen die Zahl der abgegebenen Stimmen und zum anderen die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung, also die rechtliche Folgerung aus den Stimmenzahlen festzuhalten ist.

Auch diesen Anforderungen genügt das Protokoll. Als Ergebnis der Abstimmung ist die Zahl der abgegebenen Ja-Stimmen sowie der Nein-Stimmen und beim Subtraktionsverfahren zusätzlich die Zahl der Stimmenthaltungen zu protokollieren (vgl. nur *Hüffer*, § 130 Rdnr. 19; *Semler/Volhard*, I H Rdnr. 43; *Zöllner* in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, § 130 Rdnr. 34; *Eckardt* in *Geßler/Hefermehl, Aktiengesetz*, § 130 Rdnr. 24). Das streitige Protokoll enthält zu jedem der gefassten Beschlüsse die aktuelle Stimmenpräsenz, die Anzahl der Nein-Stimmen, die der Enthaltungen und die aus ihnen ermittelte Anzahl der Ja-Stimmen.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist es nicht zu beanstanden, dass der Notar insoweit nur das vom Vorsitzenden bekannt gegebene Abstimmungsergebnis wiedergegeben und keine eigenen Feststellungen hierzu getroffen hat.

Soweit es die aktienrechtliche Wirksamkeit des Protokolls angeht – und nur hierauf kommt es für die vom Senat allein zu entscheidende Frage der Nichtigkeit gemäß § 241 Nr. 2 AktG an – ist der Notar nicht verpflichtet, eigene Feststellungen zum Abstimmungsergebnis zu treffen, es also etwa selbst zu ermitteln oder das Ergebnis – protokollarisch nachvollziehbar – zu überprüfen. Ihm obliegt nicht die Feststellung dessen, was er gemäß § 130 AktG zu beurkunden hat. Hierauf lassen Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 130 AktG sowie Sinn und Zweck der notariellen Beurkundung keinen Schluss zu.

3.3.1. Nach dem Wortlaut des § 130 Abs. 2 AktG ist der Notar nur verpflichtet, das Ergebnis der Abstimmung zu protokollieren, ohne dass näher ausgeführt ist, worauf diese Protokollangaben beruhen. Insoweit geht das Landgericht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass der Notar – ungeachtet der streitigen Frage, ob § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Beurkundungsgesetz Anwendung findet oder § 130 AktG lex specialis dazu ist – naturgemäß nur seine eigenen Wahrnehmungen niederlegen kann (vgl. nur *Krieger*, ZIP 2002, 1597, 1598 f.).

Keinesfalls aber kann dem Wortlaut der Norm weiter entnommen werden, dass sich diese zu protokollierenden eigenen Wahrnehmungen des Notars nicht auf das – vom Versammlungsleiter verkündete – Abstimmungsergebnis beziehen dürfen, sondern auch auf dessen Ermittlung erstrecken müssen. Zwar unterscheidet § 130 Abs. 2 AktG zwischen dem Ergebnis der Abstimmung und der Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung. Die unterschiedliche Formulierung des § 130 Abs. 2 AktG erklärt sich jedoch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Die Aktienrechtsnovelle von 1900 sah in § 259 Abs. 2 AktG vor, dass das Protokoll nur Art und Ergebnis der Beschlussfassung anzugeben hatte. Da nach dem Wortlaut dieser Vorschrift Unklarheit darüber be-

stand, ob sich die Angaben nur auf das eigentliche Abstimmungsergebnis oder/und auch auf die Erklärung des Vorsitzenden zur Beschlussfassung zu erstrecken habe, bestimmte § 111 Abs. 2 AktG 1937, dass sowohl das Abstimmungsergebnis als auch die Beschlussfeststellung durch den Vorsitzenden verbindlich aufzunehmen sind (siehe dazu im Einzelnen *Krieger*, ZIP 2002, 1597, 1599 m. w. N.).

3.3.2. Auch Sinn und Zweck des Protokollierungserfordernisses und die dem Notar dabei zugewiesene Funktion rechtfertigen es nicht, die Wirksamkeit des notariellen Protokolls von eigenen Feststellungen des Notars zum Abstimmungsergebnis abhängig zu machen.

Zweck der Vorschrift des § 130 Abs. 1 AktG ist die Dokumentation der Willensbildung in der Hauptversammlung im Interesse der Rechtssicherheit. Das Ergebnis der notariellen Beurkundung „soll eine mit der Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde im Sinne des § 415 ZPO ausgestattete Unterlage schaffen, in der die Wahrnehmungen des Notars über die beurkundeten Vorgänge festgehalten“ werden. Im Interesse der Beteiligten sowie im öffentlichen Interesse soll die notarielle Niederschrift auch Aufschluss darüber geben, ob die Beschlüsse in einem geordneten Verfahren entsprechend den satzungsmäßigen und gesetzlichen Vorgaben, also formell ordnungsgemäß zustande gekommen sind. Entgegen der Auffassung des Landgerichts aber dient sie nicht auch dazu, Beweis für die Gesetzmäßigkeit der in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse zu erbringen (vgl. zu Vorstehendem nur *Werner* in Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 1993, § 130 Rdnr. 3; *Zöllner* in Kölner Kommentar, § 130 Rdnr. 2; *Eckardt* in Geßler/Hefermehl, § 130 Rdnr. 9; *Hüffer*, § 130 Rdnr. 1; *Obermüller/Werner/Winden*, N Rdnr. 2; BGH, AG 1994, 466; *Schaaf*, Rdnr. 808; *Krieger*, ZIP 2002, 1597, 1600; *Reul*, AG 2002, 543, 544).

Um dem zu genügen, ist es ausreichend, wenn der Notar in der von ihm erstellten Niederschrift das Abstimmungsergebnis festhält, welches – auch – ihm von dem Versammlungsleiter mitgeteilt worden ist (so auch *Krieger*, *Reul*, a. a. O.).

Aufgabe des Notars ist es im Rahmen des § 130 AktG daher auch nur, die getroffenen Beschlüsse zu protokollieren. Nach der gesetzlich vorgesehenen Funktionstrennung trifft nicht ihn, sondern den Versammlungsleiter die Aufgabe, das Abstimmungsergebnis zu ermitteln. Letzterer hat nicht nur die Feststellung über die Annahme oder Ablehnung des Antrags als rechtliche Folgerung aus dem ermittelten Abstimmungsergebnis zu treffen. Durch ihn erfolgt vielmehr nach ganz herrschender Meinung auch die Auszählung der Stimmen, bei der er sich allerdings Hilfspersonen und technischer Hilfsmittel bedienen darf. Er – allein – trägt die Verantwortung für den Ablauf der Hauptversammlung, die Durchführung der Abstimmung, die Ermittlung der aus ihr folgenden Ergebnisse sowie die Feststellung der Beschlüsse und damit auch für die korrekte Stimmenerfassung (vgl. nur *Hüffer*, § 133 Rdnr. 12; *Richter* in *Semler/Volhard*, I D Rdnr. 162, I H Rdnr. 46; *Obermüller/Werner/Winden*, D Rdnr. 48, E Rdnr. 111; *Eckardt* in *Geßler/Hefermehl*, § 133 Rdnr. 13; *Zöllner* in *Kölner Kommentar*, § 133 Rdnr. 61 f.). Soweit dem Versammlungsleiter bei der Beschlussfeststellung oder seiner Verkündung Fehler unterlaufen, führen solche Mängel im Übrigen nicht zur Nichtigkeit, sondern lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses (vgl. nur *Semler*, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, AG, 2. Aufl., § 40 Rdnr. 33; *Hüffer*, § 243 Rdnr. 19; *K. Schmidt* in *Großkommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., 1996, § 243 Rdnr. 38).

Auch angesichts der Funktionstrennung zwischen dem Versammlungsleiter und dem beurkundenden Notar ist es daher

nicht zu beanstanden, wenn der Notar im Protokoll der Hauptversammlung die Angaben des Versammlungsleiters zum Ergebnis der Abstimmung festhält.

3.3.3. Entgegen der Auffassung des Landgerichts können die dem Notar darüber hinaus obliegenden Prüfungs- und Überwachungspflichten nicht zu einer Erweiterung der aktienrechtlichen Protokollierungs- und Wirksamkeitserfordernisse führen.

Die notariellen Amtspflichten gehen allerdings nach ganz überwiegender Meinung über die aktienrechtlichen Wirksamkeitserfordernisse für das von ihm zu erstellende Protokoll hinaus und können dazu führen, dass er nach pflichtgemäßem Ermessen durchaus verpflichtet sein kann, weitere beschlussrelevante Angaben in das Protokoll aufzunehmen.

Aufgrund seiner Stellung als Träger eines öffentlichen Amtes und Organ der Rechtspflege treffen den Notar Prüfungs- und Hinweispflichten, die darauf gerichtet sind, sich während des Ablaufs der Hauptversammlung ein Bild von der „Ordnungsmäßigkeit des Versammlungsablaufs“ zu machen und evidente Verstöße gegen Gesetz oder Satzung zu vermeiden. Dabei mögen ihn auch gewisse Prüfungspflichten bezüglich der Präsenzerfassung, der Erstellung des Teilnehmerverzeichnisses, des Abstimmungsverfahrens und der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses treffen (siehe auch *Hüffer*, § 130 Rdnr. 12; *Zöllner* in *Kölner Kommentar*, § 130 Rdnr. 63 f.; *Semler/Volhard*, I H Rdnr. 13, *Obermüller/Werner/Winden*, N Rdnr. 8; *Semler* in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, AG, § 40 Rdnr. 6; generell ablehnend dagegen *Eckardt* in *Geßler/Hefermehl*, § 130 Rdnr. 55 f.). Die Reichweite dieser Pflichten hängt dabei jeweils vom Einzelfall ab und richtet sich nach dem Organisationsgrad der Gesellschaft oder dem Vorhandensein eines professionellen Hauptversammlungs-Organisators (vgl. nur *Priester*, a. a. O.; *Krieger*, ZIP 2002, 1597, 1601; *Reul*, AG 2002, 543, 549 f.). Aktiv muss er seine Überwachungs- und Einwirkungspflichten dann wahrnehmen, wenn er auf Fehler und Regelwidrigkeiten aufmerksam wird. Keinesfalls darf er sich dabei aber neben oder an die Stelle des Versammlungsleiters setzen, denn allein diesen trifft im Außenverhältnis die Versammlungsleitung und die Verantwortung für den ordnungsgemäßen Ablauf der Hauptversammlung (vgl. nur *Fleischhauer* in *Zetzsche*, *Die virtuelle Hauptversammlung*, 2002, 165, 174; *Priester*, *DNotZ* 2001, 661, 669, 671 f.).

Der Notar hat also insbesondere zu überprüfen und sich zu vergewissern, dass der Versammlungsleiter die allein ihm bei Abstimmung und Ergebnisfeststellung obliegenden Aufgaben – Durchführung eines ordnungsgemäßen Abstimmungsvorgangs mit ordnungsgemäßer und korrekter Ermittlung des Abstimmungsergebnisses – ordnungsgemäß wahrnimmt und erledigt. Nur in diesem Rahmen hat er sich selbst davon zu vergewissern, dass das vom Versammlungsleiter vorgeschlagene Abstimmungsverfahren nach dem Gesetz und/oder der Satzung zulässig ist, korrekt eingehalten wird und die von diesem pflichtgemäß bekannt zu gebende und tatsächlich bekannt gegebene Feststellung der zu fassenden Beschlüsse mit dem mitgeteilten Ergebnis der Abstimmung übereinstimmt. Diesen Pflichten ist der Vertreter des Streithelfers hier nachgekommen, insbesondere konnte er sich – was das Landgericht verkannt hat – bei der Stimmzählung ebenso wie der Versammlungsleiter beim Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte auf die von den Zählern gelieferten Daten verlassen. Da der Notar im Grundsatz nicht verpflichtet ist, nach Beschlussmängeln zu forschen, war es nicht seine Aufgabe, die korrekte Stimmabgabe jedes einzelnen Mitglieds der Hauptversammlung zu überwachen und die Auszählung der Stim-

men sowie die vom Versammlungsleiter eingesetzten technischen Hilfsmittel zu überprüfen.

Was die Dokumentation dieser Pflichten im Protokoll angeht, so wird ganz überwiegend die Meinung vertreten, dass der Notar im Grundsatz frei ist, aus Beweisgründen und/oder Zweckmäßigkeitsüberlegungen weitere Umstände – fakultativ – in die Niederschrift aufzunehmen, wozu etwa auch der von dem Kläger angeführte Vermerk über die Überprüfung der zur Ermittlung der Abstimmungsergebnisse eingesetzten EDV-Anlage gehört (vgl. nur *Schaaf*, Praxis der Hauptversammlung, 2. Aufl., I F Rdnr. 820 ff.; *Obermüller/Werner/Winden*, N Rdnr. 31 ff.; *Bezenberger* in Festschrift Schippel, Seite 361 ff., 374 ff.; *Hüffer*, § 130 Rdnr. 5; *Werner* in Großkommentar zum AktG, § 130 Rdnr. 40; *Schulte*, AG 1985, 33 ff., 39; a. A. *Eckardt* in Geßler/Hefermehl, § 130 Rdnr. 38 auch insoweit ablehnend; für eine weitergehende Aufnahme-pflicht *Wilhelmi*, BB 1987, 1331, 1334 f.).

Verpflichtet ist er zur Aufnahme weiterer – für die Wirksamkeit der Beschlüsse – relevanter Umstände hingegen nach pflichtgemäßem Ermessen nur dann, wenn er im Rahmen seiner Überprüfung Anlass zu Beanstandungen findet, abweichende Feststellungen trifft oder es um sonstige beschlussrelevante Vorgänge geht (vgl. nur *Zöllner* in Kölner Kommentar, § 130 Rdnr. 55, 37; *Obermüller/Werner/Winden*, N Rdnr. 33; *Schaaf*, I F Rdnr. 823 ff.; *Schulte*, AG 1985, 33, 39; *Priester*, Sonderheft zur DNotZ 2001, 52, 65; ablehnend auch insoweit *Eckardt* in Geßler/Hefermehl, § 130 Rdnr. 55).

Dass den Notar aus seiner Amtsstellung heraus weitere Überwachungs- und Protokollierungspflichten treffen können, ändert daher nichts daran, dass er den vom Versammlungsleiter in alleiniger Verantwortung bestimmten Ablauf der Hauptversammlung – und damit auch die von ihm festzustellenden und tatsächlich festgestellten Ergebnisse der Abstimmung und nach seinen Feststellungen gefassten oder nicht gefassten Beschlüsse – selbst dann protokollieren muss, wenn dies mit seinen tatsächlichen Feststellungen nicht übereinstimmt oder die Beschlüsse nichtig oder anfechtbar sind. Ihm bleibt nur die Möglichkeit, seine abweichenden Feststellungen nach Kundgabe gegenüber dem Versammlungsleiter ebenfalls im Protokoll festzuhalten.

Unabhängig davon, dass hier eine Verletzung der – nur – aus der Amtsstellung des Notars resultierenden Überwachungs- und Protokollierungspflicht nicht festgestellt werden kann, könnte eine solche aber auch nicht zur Nichtigkeit der Beurkundung führen, denn die aktienrechtliche Protokollierungspflicht kann durch diese zusätzlichen Pflichten nicht erweitert werden. Dem stehen schon der abschließende Charakter der Nichtigkeitsgründe und damit Gründe der Rechtssicherheit entgegen (vgl. nur *Hüffer*, § 241 Rdnr. 1; *Priester, Reul*, jeweils a. a. O.). Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Beurkundung kann daher weder aus einer Verletzung der Prüfungs- und Überwachungspflicht noch aus einer unterbliebenen oder unzureichenden Dokumentation dieser Pflicht hergeleitet werden. Eine solche schuldhaftige Pflichtverletzung kann nur zu einer Schadensersatzverpflichtung des Notars führen, nicht aber die weitreichende Folge der Nichtigkeit wegen eines Protokollmangels im Sinne der §§ 130 Abs. 2, 241 Nr. 2 AktG haben (so auch *Bezenberger*, Festschrift Schippel, 331, 383; *Reul*, AG 2002, 543 ff.; *Krieger*, ZIP 2002, 1597, 1601; *Schaaf*, Rdnr. 823 ff.; *Priester*, EWiR § 130 AktG 1/02, 645). Schließlich spricht ganz entscheidend dafür, dass Protokollierungs- und Überwachungspflichten des Notars in der Hauptversammlung strikt zu trennen sind und letztere nicht die Anforderungen an die Beschlussprotokollierung nach § 130 Abs. 2 AktG erweitern können, da andern-

falls ein Wertungswiderspruch entstehen würde: Eine fehlerhafte Ermittlung des Ergebnisses der Stimmenausschüttung durch den hierfür allein zuständigen Versammlungsleiter führt – wie oben ausgeführt – nur zur Anfechtbarkeit des betroffenen Hauptversammlungsbeschlusses, dann aber kann eine unzureichende Überwachung oder die unzureichende Dokumentation dieser durch den Notar nicht die Nichtigkeit des gefassten Beschlusses zur Folge haben (so auch *Krieger*, ZIP 2002, 1597, 1601).

Internationales Privatrecht

10. EGBGB Art. 220 Abs. 3 Satz 1 und 2; GG Art. 3 Abs. 2 (Zur Auslegung von Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 EGBGB)

Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 EGBGB dahin auszu-legen, dass nicht Art. 15 EGBGB angewandt, sondern das nach Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB bestimmte Recht auch über den 8.4.1983 hinaus gelten soll, wenn die Ehegatten vor diesem Zeitpunkt von der Geltung eines mannesrechtlich angeknüpften Ehegüterrechts ausgegangen sind, verstößt gegen Art. 3 Abs. 2 GG. (Leitsatz der Schriftleitung)

BVerfG, Beschluss vom 18.12.2002, 1 BvR 108/96

Zum Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Anwendung von Art. 220 Abs. 3 Satz 1 und 2 EGBGB auf familienrechtliche Rechtsverhältnisse, in denen die Ehe nach dem 31.3.1953 und vor dem 9.4.1983 geschlossen wurde und die Ehescheidung nach dem 8.4.1983 erfolgt ist.

Die Beschwerdeführerin ist Deutsche, ihr geschiedener Ehemann Österreicher. Die Ehe wurde am 15.9.1973 in Kanada geschlossen. Die Eheleute ließen sich kurz nach der Eheschließung in der Bundesrepublik Deutschland nieder. Am 11.11.1975 schlossen sie einen notariellen Ehevertrag, in dem es unter anderem heißt: „Wir leben hiernach im gesetzlichen Güterstand des österreichischen Rechts. Wir schließen hiermit die Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns am Vermögen der Ehefrau aus.“

Die Ehe wurde 1992 geschieden. Die Beschwerdeführerin nahm anschließend den geschiedenen Ehemann auf Zugewinnausgleich in Anspruch. Die Klage wurde abgewiesen. Das Amtsgericht berief dabei deutsches Recht als Güterrechtsstatut, sah aber im Ergebnis einen Ausgleichsanspruch als nicht gegeben an, weil der Zugewinn der Beschwerdeführerin den Zugewinn des Ehemannes überstiegen habe.

Die hiergegen gerichtete Berufung wies das Oberlandesgericht zurück. Es gelangte zur Anwendung österreichischen Rechts als Güterrechtsstatut. Für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe sei für die Zeit bis zum 8.4.1983 Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB maßgeblich, da die Eheleute von der Geltung des österreichischen Rechts ausgegangen seien, was sich aus dem Inhalt des notariellen Vertrages vom 11.11.1975 ergebe. Da die Scheidung der Ehe in die Zeit nach dem 8.4.1983 falle und eine güterrechtliche Abwicklung nach diesem Stichtag in Frage stehe, sei nach Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB die Bestimmung des Art. 15 EGBGB n. F. anzuwenden. Diese könne zwar weder eine formlose noch eine fingierte Rechtswahl. Hieraus ergebe sich jedoch kein Statutenwechsel. Vielmehr wirke die in Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB hilfsweise vorgesehene und hier verwirklichte Berufung des Rechts, von dessen Anwendung die Ehegatten ausgegangen seien, auf die Zeit nach dem 8.4.1983 herüber (BGH, FamRZ 1986, 1200, 1202; 1987, 679, 680; 1988, 40, 41; 1993, 289, 291). Nach dem danach maßgeblichen österreichischen Recht sei der Anspruch auf Aufteilung des ehelichen Vermögens jedoch erloschen, da die Beschwerdeführerin nicht rechtzeitig innerhalb der Jahresfrist nach Rechtskraft der Scheidung die Klage eingereicht habe.

Mit ihrer allein gegen das Urteil des OLG gerichteten Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin die Verletzung von Art. 3 Abs. 2 GG. Sie sei übereinstimmend mit ihrem Ehemann davon ausgegangen, dass für sie aufgrund des früheren Art. 15 EGBGB österreichisches Güterrecht gegolten habe. Mit der notariellen Vereinbarung hätten die Eheleute erkennbar lediglich Modifikationen dieses für sie geltenden Güterrechts vornehmen und keine Rechtswahl treffen wollen. Demgemäß habe sie im Berufungsverfahren darauf hingewiesen, dass für die Zeit nach dem 8.4.1983 Art. 15 EGBGB in seiner heutigen Fassung anzuwenden sei. Die Auslegung des Art. 220 EGBGB in der Weise, dass bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen von Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Vorschrift das sich daraus ergebende Güterrechtsstatut ungeachtet der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts noch für die Zeit nach dem 8.4.1983 weitergelte, verletze ihre Rechte aus Art. 3 Abs. 2 GG. Nach dem verfassungswidrigen früheren Art. 15 EGBGB habe für die Ehe der Parteien zunächst das Heimatrecht des Ehemannes gegolten. Die Beschwerdeführerin habe es durch die notarielle Vereinbarung wenigstens erreicht, dass dessen unerträglichste Folge, nämlich die Verwaltung des Vermögens der Ehefrau durch den Ehemann, durch eine ehevertragliche Regelung beseitigt worden sei. Mehr habe mit diesem Vertrag abgesehen von den anderen unbedeutenden Regelungen nicht erreicht werden sollen. Insbesondere habe nicht die Unsicherheit über die mögliche Anwendbarkeit verschiedener Güterrechte beseitigt werden sollen. Der Vertrag bringe vielmehr unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Parteien auf der Grundlage des Art. 15 EGBGB a. F. davon ausgegangen seien, dass sie angesichts der verschiedenen Staatsangehörigkeiten der Eheleute dem Heimatrecht des Ehemannes unterlägen. Der Wortlaut des Art. 220 Abs. 3 EGBGB sei eindeutig. Danach unterlägen die güterrechtlichen Wirkungen von früheren Ehen bis zum 8.4.1983 dem Recht, das sich aus Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3 dieser Vorschrift ergebe. Für die Zeit nach dem 8.4.1983 sei Art. 15 EGBGB n. F. anzuwenden. Aus dem Wortlaut der Vorschrift könne nicht gefolgert werden, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, dass bei Vorliegen eines Sachverhaltes gemäß Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB das danach gegebene Recht entgegen dem eindeutigen Gesetzeswortlaut auch für die Zeit nach dem 8.4.1983 anzuwenden sei. Dennoch habe sich das OLG der Auslegung dieser Vorschrift durch den BGH angeschlossen und die Revision aus diesem Grunde auch nicht zugelassen.

Aus den Gründen:

II. (...)

1. Die angegriffene Entscheidung verletzt die Rechte der Beschwerdeführerin aus Art. 3 Abs. 2 GG, weil sie die ursprünglich unter Anwendung des alten, verfassungswidrigen Kollisionsrechts erfolgte Anknüpfung an das Heimatrecht des Ehemannes aufrechterhält. Das Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau in Art. 3 Abs. 2 GG stellt eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden Rechts dar (BVerfGE 22, 93, 98). Es konkretisiert den allgemeinen Gleichheitssatz und verbietet, dass der Geschlechtsunterschied einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben kann (BVerfGE 63, 181, 194). Zwar ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Berücksichtigung biologischer und funktionaler Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses erlaubt (BVerfGE 3, 225, 242; st. Rspr.). Eine Anknüpfung an das Heimatrecht des Ehemannes, wie sie im früheren Kollisionsrecht in Art. 15 Abs. 1 EGBGB a. F. enthalten war, lässt sich auf solche Merkmale jedoch nicht zurückführen und verstößt daher gegen Art. 3 Abs. 2 GG (BVerfGE 63, 181, 194 f.). Dabei ist es auch nicht erheblich, ob das Heimatrecht des Ehemannes etwa günstiger oder in seinen Rechtsfolgen vergleichbar mit dem Heimatrecht der Ehefrau ist; allein die kollisionsrechtliche Zurücksetzung der Ehefrau führt unabhängig vom Inhalt des anzuwendenden Rechts zur Benachteiligung der Ehefrau (BVerfGE 63, 181, 195).

2. In diesem Sinne verstößt die Auslegung der Übergangsvorschrift des Art. 220 Abs. 3 EGBGB durch das Oberlandes-

gericht gegen das Gebot der Gleichberechtigung von Frauen und Männern, da sie im Ergebnis die auf der Grundlage des verfassungswidrigen alten Kollisionsrechts erfolgte Anknüpfung des Ehegüterrechts an das Heimatrecht des Ehemannes aufgreift und fortschreibt.

a) Ob die Anknüpfung an das „Ausgehen von der Anwendung“ eines Rechts für den Übergangszeitraum bis zum Bekanntwerden der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 15 EGBGB a. F. (BVerfGE 63, 181) am 8.4.1983, wie sie in Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB enthalten ist, einen Verstoß gegen das Gebot der Gleichberechtigung von Männern und Frauen aus Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG beinhaltet, kann hier offen bleiben, denn zur Prüfung steht nur die Anwendung der Übergangsvorschrift des Art. 220 Abs. 3 EGBGB auf den Zeitraum nach dem Bekanntwerden der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Für diesen Zeitraum sieht die Vorschrift in Abs. 3 Satz 2 nach ihrem eindeutigen Wortlaut vor, dass Art. 15 EGBGB in seiner neuen Fassung anzuwenden ist, und lässt somit den Eintritt eines Statutenwechsels zu.

b) Soweit die nach Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB in der Alternative des „Ausgehens“ von der Anwendung eines Rechts erfolgte Berufung des Heimatrechts des Ehemannes unbeschadet der Vorschrift des Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB und unter Verdrängung des hierdurch bedingten Statutenwechsels auch für den Zeitraum nach dem 8.4.1983 als maßgeblich angesehen wird, verstößt dies gegen Art. 3 Abs. 2 GG. Ein Verhalten der Eheleute, welches allein darin bestand hat, von der alten gleichheitswidrigen Rechtsordnung auszugehen bzw. diese als für sich maßgeblich anzusehen, kann nicht als Begründung dafür dienen, den gleichheitswidrigen Zustand ihnen gegenüber dauerhaft aufrechtzuerhalten.

Die in der angegriffenen Entscheidung vorgenommene Auslegung kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie aus Gründen des Vertrauensschutzes geboten sei.

Denn ein Vertrauen der Eheleute in das Fortbestehen der früheren bestehenden Rechtslage wäre nicht schützenswert. Da gemäß Art. 117 Abs. 1 GG gleichheitswidrige Normen seit dem 31.3.1953 außer Kraft gesetzt sind, ist ein schutzwürdiges Vertrauen seit diesem Zeitpunkt nicht mehr anzuerkennen (BVerfG, Beschluss vom 21.6.1988, 1 BvR 35/88, FamRZ 1988, 920).

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Eule*, MittBayNot 2003, 335 (in diesem Heft).

Öffentliches Recht

11. BGB § 839 (*Zum Vertrauensschutz bei gemeindlicher Auskunft über Baulandqualität*)

Zum Vertrauensschutz bei einer unrichtigen gemeindlichen Auskunft über die Baulandqualität eines Außenbereichsgrundstücks.

BGH, Urteil vom 11.4.2002, III ZR 97/01

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin kaufte mit notariellem Vertrag vom 14.1.1991 eine noch unvermessene, ca. 3 385 m² große Teilfläche des Flurstücks 143 der Flur 2 im Außenbereich der beklagten Gemeinde. Bei der Beurkundung lag eine Bestätigung vor, die die Überschrift „Rat der Gemeinde D.“, das Datum vom 1.11.1990, die Unterschrift der seinerzeitigen

Bürgermeisterin H. sowie den Stempel „Gemeindeamt D.“ trug und folgenden Wortlaut hatte:

„Das Gemeindeamt D. bestätigt, dass die Grundstücke in D. Flur 2 Flurstück 141–143 als unerschlossenes Bauland verkauft werden kann. Die Gemeinde D. übernimmt die Erschließungskosten nicht.“

Auf diese Bescheinigung wurde im Kaufvertrag ausdrücklich Bezug genommen. An wen sie adressiert war und wie sie in den Besitz der Klägerin, ihres Ehemanns oder des Notars gelangt ist, ist streitig.

Der Ehemann der Klägerin hatte zuvor bereits weitere Teilflächen aus dem hier in Rede stehenden Flurstück 143 sowie aus den Flurstücken 142 und 144 erworben. Bei dem von ihm geschlossenen Kaufvertrag vom 7.11.1990 hatte die Bescheinigung vom 1.11., bei dem weiteren Vertrag vom 29.11.1990 eine inhaltsgleiche Bescheinigung vom 28.11.1990 vorgelegen.

Die Eheleute beabsichtigten, auf den erworbenen Flächen insgesamt 22 Einfamilienhäuser zu errichten. Eine diesbezügliche Bauvoranfrage der Klägerin und ihres Ehemanns vom 28.1.1994 wurde mit Bescheid vom 6.4.1994 abgelehnt. Die hiergegen eingelegten Rechtsbehelfe (Widerspruch und verwaltungsgerichtliche Klage) blieben erfolglos.

Die Klägerin nimmt nunmehr die Beklagte auf Schadensersatz aus Amtspflichtverletzung wegen der Auskunft vom 1.11.1990 in Anspruch. Sie macht geltend, sie habe das Grundstück nur im Vertrauen auf dessen durch die Bescheinigung bestätigte Baulandqualität erworben und einen weit überhöhten Kaufpreis bezahlt.

Das Landgericht hat der auf Zahlung von 130.429,94 DM nebst Zinsen gerichteten Klage zur Hälfte, das Berufungsgericht hat ihr in vollem Umfang (bis auf einen Teil der Zinsforderung) stattgegeben (NVwZ-RR 2001, 704). Mit der Revision verfolgt die beklagte Gemeinde ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Abweisung der Klage.

1. Allerdings kann zugunsten der Klägerin davon ausgegangen werden, dass die Bescheinigung vom 1.11.1990 so nicht hätte erteilt werden dürfen. Sie legte nämlich zumindest das Missverständnis nahe, dass die Fläche bereits Baulandqualität besaß, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall war. Die Bürgermeisterin der Beklagten hatte damit jedenfalls gegen ihre Amtspflicht verstoßen, eine *unmissverständliche* Auskunft zu erteilen. Diese Amtspflicht war zugunsten der Klägerin auch dann drittgerichtet, wenn diese selbst nicht unmittelbar Empfängerin der Auskunft gewesen sein sollte. Die Auskunft war nämlich hinsichtlich der Flurstücke 141 bis 143 objektbezogen und schützte insoweit jeden, der im berechtigten Vertrauen auf ihre Richtigkeit Rechtsgeschäfte über die darin bezeichneten Grundstücke tätigte (vgl. Senatsurteil vom 3.5.2001, III ZR 191/00 = NVwZ 2002, 373, 374).

2. Der hieraus hergeleitete Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG) scheidet jedoch daran, dass ein solches berechtigtes Vertrauen durch die Auskunft jedenfalls bei der Klägerin nicht begründet worden ist.

a) Auf einen wesentlichen Gesichtspunkt, der einer möglichen Bebaubarkeit des Grundstücks entgegenstehen konnte, wird schon in der Auskunft selbst hingewiesen, indem dort hervorgehoben wird, dass es um „*unerschlossenes* Bauland“ ging und dass die Beklagte die Erschließungskosten nicht übernehme. Diesem Umstand wird vom Berufungsgericht nicht das ihm gebührende Gewicht beigemessen. Zu Unrecht weist das Berufungsgericht insbesondere darauf hin, dass das geltende Baurecht den Begriff des „Rohbaulandes“ kenne, wobei es sich um grundsätzlich für eine bauliche Nutzung geeignete Flächen handele, die lediglich noch nicht hinreichend erschlossen seien. Der Begriff des Rohbaulandes gilt nämlich

– wie im Ansatz auch das Berufungsgericht nicht verkennt – nur für Flächen im Geltungsbereich eines Bebauungsplans (§ 30 BauGB), für Gebiete, für die ein Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans gefasst ist (§ 33 BauGB), und für den nichtbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB; vgl. zu alledem § 4 Abs. 3 WertV). Gerade um solche Gebiete ging es hier nicht, vielmehr um reine Außenbereichsflächen, bei denen die gesicherte Erschließung Voraussetzung für eine etwaige Bebaubarkeit ist (§ 35 Abs. 1 und 2 BauGB). Dies bedeutet, dass die Auskunft schon nach ihrem Aussagegehalt nicht geeignet war, eine „Verlässlichkeitsgrundlage“ für auf sie gestützte weitreichende finanzielle Dispositionen in Erwartung der Bebaubarkeit zu tätigen.

b) Hinzu kommt Folgendes: Nicht erst eine Frage des mitwirkenden Verschuldens im Sinne des § 254 BGB, sondern bereits eine solche der objektiven Reichweite des dem Betroffenen durch das Amtshaftungsrecht gewährten Vermögensschutzes ist es, ob die in Rede stehende Maßnahme (etwa: Auskunft, Verwaltungsakt) ihrer Art nach überhaupt geeignet ist, eine „Verlässlichkeitsgrundlage“ im vorbezeichneten Sinne für auf sie gestützte Aufwendungen, Investitionen oder dergleichen zu bilden. Diese – der Mitverschuldensprüfung vorgeschaltete – Frage beurteilt sich vorrangig nach dem Schutzzweck der jeweiligen behördlichen Maßnahme (zur Abgrenzung von objektiver Reichweite des Vertrauensschutzes und mitwirkendem Verschulden [dort: bei einer rechtswidrigen Baugenehmigung] s. Senatsurteil vom 11.10.2001, III ZR 63/00 = NJW 2002, 432; für BGHZ 149, 50 vorgesehen). Als Gesichtspunkte, die der Annahme haftungsrechtlich schutzwürdigen Vertrauens auf einen (rechtswidrigen) begünstigenden Verwaltungsakt (Gleiches gilt für eine Auskunft) – in bereits den Tatbestand des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB ausschließender Weise – entgegenstehen können, kommen nicht nur objektive Umstände, sondern auch subjektive Kenntnisse und sich aufdrängende Erkenntnismöglichkeiten des Empfängers in Betracht. Dies ist auch und gerade dann der Fall, wenn der Empfänger die Unrichtigkeit der Auskunft kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.

aa) Im vorliegenden Fall waren diese subjektiven Voraussetzungen zumindest bei dem Ehemann der Klägerin erfüllt. Dies hat der 8. Zivilsenat des Berufungsgerichts im Urteil des Parallelprozesses, den der Ehemann der Klägerin wegen derselben Auskunft gegen die Beklagte geführt hat und in dem auch dieselben Prozessbevollmächtigten tätig geworden sind, eingehend dargelegt (Urteil vom 9.11.2000, 8 U 41/00; bestätigt durch nicht mit Gründen versehenen Nichtannahmebeschluss des Senats vom 20.9.2001, III ZR 312/00): Der Ehemann war Architekt und nach eigenen Angaben „Grundstücksprofi“. Er hatte sich das betreffende Gelände angesehen und wusste daher, dass es sich um Grün- bzw. Brachland handelte, das nicht einmal am „Ortsrand“ (im Sinne etwa der Nachbarschaft zu einer im Zusammenhang bebauten Ortslage) lag, sondern weit ab vom eigentlichen Dorfkern, am äußersten Rande des Gemeindegebiets und umgeben von weiträumigen anderen landwirtschaftlichen Flächen. Dies entsprach einer krassen Außenbereichslage, bei der auch nicht im Entferntesten ein Ansatz für eine Bebaubarkeit nach § 35 BauGB bestand. In der Auskunft selbst war keinerlei Hinweis auf etwaige planerische Grundlagen der angeblichen Bebaubarkeit enthalten. Das bedeutet, dass die Unzulänglichkeit der Auskunft für jeden Architekten, der ein Bauvorhaben in der Größe von 22 Einfamilienhäusern verwirklichen will und bei dem deshalb zumindest elementare Kenntnisse der bauplanungsrechtlichen Gegebenheiten vorausgesetzt werden müssen, offen zutage lag.

bb) Dieses Wissen ihres Ehemanns muss sich die Klägerin entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zurechnen lassen. Schon das Landgericht hatte zutreffend ausgeführt, dass der Erwerb der hier in Rede stehenden Grundfläche durch die Klägerin nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern in das gemeinsame Projekt beider Eheleute eingebettet war, auf dem Gesamtareal eine Großbaumaßnahme von 22 Einfamilienhäusern zu verwirklichen. Treibende Kraft dieses Projekts war der Ehemann. Die Klägerin selbst war nach den im Berufungsrechtszug nicht beanstandeten Feststellungen des Landgerichts an der praktischen Durchführung der Baumaßnahme und deren Vorbereitung nicht beteiligt. Mit der Verfolgung dieses gemeinschaftlichen Ziels entstand zwischen den Ehegatten eine über die eheliche Lebensgemeinschaft hinausgehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in Form einer Innengesellschaft (§§ 705 ff. BGB), und zwar schon beim Erwerb der benötigten Grundstücksflächen. So hat es mit Recht das Landgericht gesehen; die Annahme des Berufungsgerichts, es lasse sich nicht mit hinreichender Sicherheit erkennen, dass eine derartige Gesellschaft bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs des von der Klägerin gekauften Grundstücks bestanden habe, beruht – wie die Revision mit Recht geltend macht – auf einer lebensfremden Würdigung des erdrückenden gegenteiligen Prozessstoffs. Insbesondere fügt sich der hier in Rede stehende Erwerbsvorgang nahtlos in die zahlreichen weiteren, vom Ehemann der Klägerin bei seiner Anhörung vor dem Landgericht am 22.12.1999 bestätigten gemeinsamen Grundstücksgeschäfte ein. Bei dieser Sachlage oblag es nicht der Beklagten, weitere Einzelheiten zur Entstehung einer Gesellschaft zwischen den Ehegatten vorzutragen, sondern umgekehrt der Klägerin, substantiiert diese sich nach dem Sachverhalt aufdrängende Würdigung auszuräumen. Dies ist jedoch – wie die Revision mit Recht hervorhebt – im Berufungsrechtszug nirgends geschehen.

cc) Die durch dieses gemeinsame Projekt begründete „Wissenszurechnung“ hinsichtlich etwaiger Bebauungsmöglichkeiten schlägt auch bereits auf den von der Klägerin getätigten Abschluss des Kaufvertrages durch. Dies hat die Folge, dass die Auskunft auch der Klägerin bereits objektiv keine „Verlässlichkeitsgrundlage“ geboten hat, und zwar unabhängig davon, welcher Grad des Verschuldens bei der Bürgermeisterin vorgelegen hatte.

12. GrdstVG § 9 Abs. 1 Nr. 1 (*Verbesserung der Agrarstruktur durch Zuerwerb*)

Bei einem groben Missverhältnis zwischen Eigenland und Pachtland dient ein Zuerwerb auch dann der Verbesserung der Agrarstruktur, wenn dadurch der Eigenlandanteil prozentual nur in geringem Maße erhöht wird.

BGH, Beschluss vom 26.4.2002, BLw 36/01; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 7.12.1998 verkauften die Beteiligten zu 1 bis 3 landwirtschaftlichen Grundbesitz in einer Größe von rund 9 ha an die Beteiligte zu 4. Mit Bescheid vom 23.3.1999 übte die Beteiligte zu 5 das Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz aus, um den Ankauf der Grundstücke durch die D. A. GmbH zu ermöglichen, die die Flächen gepachtet hat. Die dem Beteiligten zu 6 nachgeordnete Behörde versagte die Genehmigung des Vertrages vom 7.12.1998. Den Antrag der Beteiligten zu 4 auf gerichtliche Entscheidung hat das Landwirtschaftsgericht zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die beantragte Genehmigung erteilt. Hiergegen richtet

sich die – nicht zugelassene – Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 6, der die Wiederherstellung der Entscheidung des Landwirtschaftsgerichts erstrebt.

Aus den Gründen:

(...)

II. 1. Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 6 ist zulässig. Da das Beschwerdegericht sie nicht zugelassen hat und der Senat hieran gebunden ist (vgl. nur Senatsbeschl. v. 3.5.1996, BLw 39/95, NJW 1996, 2229) ist sie nur unter den Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1 LwVG als Abweichungsrechtsbeschwerde zulässig. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Das Beschwerdegericht geht von der Rechtsprechung des Senats aus, dass eine ungesunde Verteilung von Grund und Boden, die der Genehmigung des Vertrages zwischen den Beteiligten zu 1 bis 3 und der Beteiligten zu 4 nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG entgegenstehen kann, dann gegeben ist, wenn ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück an einen Nichtlandwirt veräußert wird, obwohl ein Landwirt die Fläche zur Aufstockung seines Betriebs dringend benötigt und bereit und in der Lage ist, das Land zu den Bedingungen des Kaufvertrages zu erwerben (BGHZ 75, 81, 83 f.; 94, 292, 294 f.; 112, 86, 88). Es legt an sich auch die Rechtsprechung des Senats zugrunde, wonach bei einem groben Missverhältnis zwischen Eigenland und Pachtland die Vergrößerung des Eigenlandanteils der wirtschaftlichen Stärkung des Betriebs und damit der Verbesserung der Agrarstruktur dient (Beschl. v. 29.11.1996, BLw 10/96, NJW 1997, 1073, 1075). Es meint aber, dieser Gesichtspunkt vermöge im konkreten Fall die Annahme eines dringenden Aufstockungsbedarfs nicht zu begründen, weil es lediglich um eine landwirtschaftlich nutzbare Fläche von ca. 9 ha gehe, die nur zu einer Erhöhung des Eigenlandanteils von – unterstellt – 9,2 % auf 9,6 % führe. Darin liegt ein abstrakter Rechtssatz, der dem Rechtssatz, den der Senat in seiner Entscheidung vom 29.11.1996 (BLw 10/96, a. a. O) aufgestellt hat, widerspricht. Das Beschwerdegericht schränkt nämlich diesen Rechtssatz ein, indem es den Standpunkt vertritt, ein grobes Missverhältnis zwischen Eigenland und Pachtland spiele für die Frage der Verbesserung der Agrarstruktur dann keine Rolle, wenn der mögliche Zuerwerb lediglich eine geringe prozentuale Erhöhung des Eigenlandanteils zur Folge habe.

2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet und führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht. Unterstellt man – wozu bindende Feststellungen fehlen –, dass die Beteiligte zu 4 einem Landwirt nicht gleichgestellt werden kann, so sind die Voraussetzungen für eine Versagung der Grundstücksverkehrsgenehmigung erfüllt. Die D. A. GmbH ist als landwirtschaftlicher Betrieb dringend zur Vergrößerung des Eigenlandanteils auf den Erwerb der an die Beteiligte zu 4 verkauften Fläche angewiesen. Dies führt zu einer Verbesserung der Agrarstruktur auch dann, wenn – wie hier – der Zuerwerb den Eigenlandanteil nur in geringem Maße zu erhöhen vermag. Auch eine geringe Vergrößerung des Eigenlandanteils dient der wirtschaftlichen Stärkung eines Betriebes. Die gegenteilige Auffassung des Beschwerdegerichts verkennt, dass jeder Schritt auf dem Weg zu einem ausgewogenen Verhältnis zwischen Eigenland und Pachtland eine strukturelle Verbesserung darstellt und eine Beschränkung auf solche Erwerbsmöglichkeiten, die nur verhältnismäßig große Flächen betreffen, dem Zweck, eine ungesunde Bodenverteilung zu vermeiden, zuwiderläuft. Im konkreten Fall wird das Bedürfnis der D. A. GmbH an einer Aufstockung des Eigenlandanteils besonders greifbar, da es sich

bei der an die Beteiligte zu 4 verkauften Fläche um eine von ihr zur Zeit aufgrund Pachtvertrages genutzte Fläche handelt, die – wie das Beschwerdegericht zugrunde legt – inmitten gut arrondierter und von ihr bewirtschafteter Flächen liegt.

Dass die D. A. GmbH eine langfristige Weiterbewirtschaftung dieser Fläche möglicherweise auch durch Pflugtausch mit der Beteiligten zu 4 (falls deren Erwerb genehmigt würde) sicherstellen könnte, lässt das Bedürfnis nach einem Erwerb nicht entfallen. Es würde an dem Missverhältnis zwischen Eigenland und Pachtlandanteil nichts ändern.

Steuerrecht

13. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 14 (*Grunderwerbsteuerpflicht bei bedingtem Kaufvertrag mit erklärter Auflassung*)

Ein unter einer Bedingung abgeschlossener Kaufvertrag unterliegt schon vor Bedingungseintritt der Grunderwerbsteuer, wenn die Auflassung erklärt worden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

FG Düsseldorf, Urteil vom 23.9.2002, 7 K 7145/01 GE, rkr.

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin erwarb mit notariellem Vertrag vom 22.5.2001 eine Landwirtschaftsfläche zu einem Preis von 405.650 DM. Im Vertrag heißt es:

„I. Kaufgegenstand

Dieser Kaufvertrag wird unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, dass ein Bebauungsplan, der räumlich auch den vorstehend verkauften Grundbesitz umfasst und der eine Wohnbebauung vorsieht, in Kraft tritt. Von der vorstehenden aufschiebenden Bedingung werden nicht die in dieser Urkunde enthaltenen Vollmachten, Bewilligungen und dinglichen Erklärungen, insbesondere nicht die Auflassung, erfasst. Jeder Beteiligte ist berechtigt, durch schriftliche Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsbeteiligten auf diese aufschiebende Bedingung zu verzichten; haben beide Vertragsbeteiligten auf die Bedingung verzichtet, wird dieser Vertrag unverzüglich rechtswirksam.

(...)

VI. Grundbuchliche Durchführung

Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass das Eigentum an dem unter Teil I dieser Urkunde bezeichneten Grundbesitz auf den Käufer zu Alleineigentum übergeht. Sie bewilligen und beantragen die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch.

(...)

VIII. Besondere Rücktrittsrechte

1. Der Käufer behält sich das Recht vor, von diesem Vertrag einseitig zurückzutreten, falls nicht bis zum 1.12.2004 ein Bebauungsplan, der räumlich auch den vorstehend verkauften Grundbesitz umfasst und der eine Wohnbebauung vorsieht, in Kraft getreten ist.“

Das beklagte Finanzamt ging davon aus, dass der vorgenannte Rechtsvorgang der Grunderwerbsteuer unterliege, und setzte mit Bescheid vom 13.6.2001 die Steuer auf 14.197 DM (3,5 v. H. von 405.650 DM) fest. Die Klägerin erhob Einspruch und verwies auf die im Vertrag enthaltene aufschiebende Bedingung. Der Beklagte wies den Rechtsbehelf als unbegründet zurück.

Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet. (...) Allerdings teilt das Gericht nicht die Rechtsauffassung des Beklagten, dass sich aus dem Vertrag vom 22.5.2001 ein unbedingter Anspruch auf Übertragung des Grundbesitzes ergebe und schon deshalb die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfüllt seien. Der

Kaufvertrag ist in dieser Hinsicht einer Auslegung nicht zugänglich. Die Wirksamkeit des Vertrages ist vom Erlass eines Bebauungsplanes abhängig gemacht worden (Abschnitt I. des Kaufvertrages), und diese Klausel ist von den Vertragsbeteiligten bzw. von dem mit der Beurkundung betrauten Notar ausdrücklich als „aufschiebende Bedingung“ bezeichnet worden. Eine solche Bedingung ist sinnvoll, und es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vertragsbeteiligten im Streitfall eine solche Bedingung abweichend vom Wortlaut des Vertrages gerade *nicht* haben vereinbaren oder darauf sogleich wieder haben verzichten wollen. Insbesondere ergibt sich dieser Schluss nicht aus dem weiter vereinbarten Rücktrittsrecht der Klägerin (Abschnitt VIII. des Vertrages). Auch dieses Recht hat einen Sinn, denn es ermöglicht der Klägerin, den bis zum Eintritt oder endgültigen Ausfall der Bedingung bestehenden Zustand der Ungewissheit nach einer genau festgelegten Wartezeit zu beenden.

Dennoch unterliegt der Kaufvertrag vom 22.5.2001 schon vor Eintritt der Bedingung der Grunderwerbsteuer. Das ergibt sich aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG, denn im Vertrag vom 22.5.2001 ist die Auflassung des Grundstücks erklärt worden. Die Vertragsbeteiligten sind sich nämlich einig gewesen, dass das Eigentum auf die Klägerin übergeht (Abschnitt VI.).

Die Anwendung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG wird auch nicht durch die Regelung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ausgeschlossen.

Es ist bereits fraglich, ob durch den unter einer Bedingung abgeschlossenen Kaufvertrag der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfüllt wird. Der Erwerber erlangt nämlich zunächst keinen einklagbaren Anspruch auf Übertragung des Grundbesitzes (vgl. dazu *Wolf* in Soergel, BGB, 12. Aufl., § 158 Rdnr. 14; *Westermann* in MünchKommBGB, 4. Aufl., § 158 Rdnr. 38–40), denn der Verpflichtungsvertrag ist schwebend unwirksam (§ 158 Abs. 1 BGB). Dementsprechend hat der Bundesfinanzhof – BFH – für den Bereich des (insoweit wortgleichen) Grunderwerbsteuergesetzes der ehemaligen DDR schon den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 als nicht erfüllt angesehen, wenn eine nach dem Recht der DDR erforderliche Genehmigung nicht erteilt war (vgl. dazu die Urteile vom 19.5.1993, II R 23/92, BStBl II, 628, und vom 21.4.1999, II R 44/97, BStBl II, 493). Ob dies auch für den Bereich des GrEStG gilt, hat der BFH im Hinblick auf seine Rechtsprechung zu § 23 GrEStG (Urteile vom 18.5.1999, II R 16/98, BStBl II, 606, und vom 8.2.2000, II R 51/98, BStBl II, 318) offen gelassen.

Auch im Streitfall kann die Frage dahinstehen.

Selbst wenn mit dem Vertrag vom 22.5.2001 bereits ein Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG verwirklicht worden ist, unterliegt die Auflassung der Grunderwerbsteuer. Nach Auffassung des Senats steht nämlich die Regelung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Anwendung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG nur dann entgegen, wenn der vorangegangene Erwerbsvorgang auch zur Entstehung der Steuerschuld geführt hat. Das ergibt sich aus der Struktur des GrEStG, die mit dem GrEStG 1940 neu festgelegt worden und seither unverändert geblieben ist (Hinweis auf *Boruttau*, GrEStG, 15. Aufl., Vorbemerkung zu § 1 Rdnr. 35, 36). Der Steuer unterliegt danach der Umsatz von Grundstücken (vgl. dazu die Begründung zum GrEStG 1940, RStBl 1940, 387 Abschnitt I. 1.), genauer der Erwerb von Grundbesitz (vgl. dazu *Boruttau*, § 1 Rdnr. 1 ff.). Dennoch knüpft das Gesetz regelmäßig nicht an den eingetretenen Erfolg an, sondern an vorgelagerte Rechtsvorgänge. Insoweit hat der Gesetzgeber eine genau abgestufte Reihenfolge von Vorgängen festgelegt, welche die Festsetzung der

Grunderwerbsteuer ermöglichen, nämlich das Verpflichtungsgeschäft (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG), die Auflassung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG) und letztlich den Eigentumsübergang (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG). Dabei hat er die Vorstellung gehabt, dass er ausgehend von den verschiedenen Arten des Übergangs von Grundbesitz genau voneinander abgegrenzte Tatbestände (Teilmengen) geschaffen habe, mit deren Verwirklichung die Steuerschuld entstehe (vgl. dazu die Begründung zum GrEStG 1940, RStBl 1940, 389 rechte Spalte). Im Hinblick auf den in den Nrn. 2 und 3 enthaltenen Ausschluss der jeweils vorangegangenen Tatbestände erweist sich diese Vorstellung auch als zutreffend, wenn in § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ein klagbarer Anspruch auf Übertragung des Eigentums gefordert wird. Sieht man aber bereits das unter einer Bedingung abgeschlossene oder von einer Genehmigung abhängige Verpflichtungsgeschäft als Erwerbsvorgang im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG an, schafft man eine Schnittmenge zwischen den Nummern 1 und 2, die der Gesetzgeber so nicht gesehen hat und bei deren steuerliche Würdigung die Wertungen des Gesetzes nicht außer Acht gelassen werden können. Insbesondere darf nicht aus den Augen verloren werden, dass der Gesetzgeber mit den Regelungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GrEStG zwar die Besteuerung des Grunderwerbs in dessen Vorbereitungsphase verlagert hat, das Ziel der Besteuerung aber nicht hat verändern wollen (vgl. dazu auch das Urteil des BFH vom 10.12.1997, II R 27/97, BStBl II 1998, 159). Eine solche Änderung träte jedoch ein, wenn ein unter einer Bedingung abgeschlossenes oder genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft über § 14 GrEStG generell die Entstehung der Steuer hinderte, denn selbst die Eintragung im Grundbuch und damit das übergegangene Eigentum könnte dann nicht mehr gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG der Besteuerung unterworfen werden.

Der Senat sieht sich in seiner Rechtsauffassung durch die Rechtsprechung des BFH bestätigt. Danach ist die Regelung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG nur dann durch § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ausgeschlossen, wenn durch die Auflassung ein „Anspruch auf Eigentumsverschaffung“ erfüllt wird (Urteil vom 16.6.1999, II R 20/98, BFH/NV 2000, 80). Ferner hat der BFH entschieden, dass auch der Tatbestand des § 1 Abs. 2 GrEStG durch ein unter einer Bedingung abgeschlossenes oder genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft nicht zwangsläufig ausgeschlossen sei (Entscheidungen vom 17.1.1996, II R 47/93, BFH/NV 1996, 579, und vom 12.12.1968, II B 42/68, BFHE 94, 359).

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Gottwald*, MittBayNot 2003, 343 (in diesem Heft).

14. EigZulG § 2 Abs. 1; AO § 39 Abs. 2 Nr. 1 (*Keine Eigenheimzulage bei wirtschaftlichem Eigentum eines Dritten*)

Mangels wirtschaftlichen Eigentums erhält der zivilrechtliche Eigentümer einer Eigentumswohnung keine Eigenheimzulage, wenn ein Dritter ihm ein Darlehen zum Erwerb der Wohnung gegeben hat, dieses durch Übertragung des Eigentums auf den Darlehensgeber zu tilgen ist, die Tilgung fällig ist, wenn der Eigentümer die Wohnung aufgibt, stirbt, in Insolvenz gerät oder die Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum betrieben wird und

dieser Anspruch durch eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch gesichert wird. (Leitsatz der Schriftleitung)

FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.5.2002, 2 K 1488/99, rkr.

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 6.3.1998 kaufte die 76-jährige Klägerin eine Eigentumswohnung. Der Kaufpreis betrug 90.000 DM, war am 1.4.1998 fällig und auf einem Notaranderkonto zu hinterlegen. Besitz, Nutzungen, Gefahren und Lasten gingen mit dem Tag der Kaufpreishinterlegung auf die Klägerin über.

Die Klägerin zog am 3.4.1998 in die Wohnung ein. Sie gab beim Finanzamt einen Antrag auf Festsetzung einer Eigenheimzulage ab dem Jahr 1998 ab. Betreffend die Finanzierung der Eigentumswohnung legte sie einen mit Herrn B geschlossenen notariellen Vertrag vom 9.4.1998 vor. B ist der Lebensgefährte der Tochter der Klägerin.

In diesem Vertrag erklärt die Klägerin, von B ein unverzinsliches Darlehen in Höhe von 99.000 DM erhalten zu haben. Es ist ohne Kündigung in einer Summe zu tilgen, wenn die Klägerin die Wohnung endgültig aufgibt oder stirbt. Es ist sofort und ohne Kündigung fällig, wenn die Klägerin in Konkurs gerät oder Zwangshypotheken auf den Grundbesitz eingetragen werden oder Zwangsverwaltung angeordnet oder der Grundbesitz veräußert wird. Das Darlehen ist nicht in Geld zurückzuzahlen, sondern in der Weise zu tilgen, dass das Eigentum am Grundbesitz auf B übertragen wird. Mit der vertragsmäßigen Umschreibung erlischt die Forderung auf Rückzahlung des Darlehens. Sollte die Klägerin vor ihrer Tochter sterben und letztere noch mit B zusammenleben, so ist die Tochter berechtigt, statt der Übertragung des Grundbesitzes auf B diesem den Betrag von 99.000 DM zurückzuzahlen.

Auf Seite 3 der notariellen Urkunde ist ausgeführt:

„Zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Übertragung des vorbezeichneten Grundbesitzes wird die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des B im Grundbuch bewilligt und beantragt, und zwar mit Rang in Abt. II nach der dort eingetragenen Grunddienstbarkeit und in Abt. III an erster Stelle.“

Zuvor hatten die Klägerin und B unter dem 4.3.1998 eine privatschriftliche Vereinbarung folgenden Wortlauts getroffen:

„Darlehensvertrag

Herr B gewährt Frau F [der Klägerin] ein zinsloses Darlehen auf zehn Jahre für den Kaufpreis von 90.000 DM und Nebenkosten. Das Darlehen ist an die Person der F gebunden. Beim Ableben von F oder Aufgabe der Wohnung durch F wird die Wohnung Eigentum von Herrn B. Damit ist der Anspruch auf Darlehensrückzahlung getilgt. Ausnahme: Tritt [die Tochter] das Erbe der F an, kann über das dann fällige Gesamtdarlehen neu verhandelt werden.“

B zahlte den Kaufpreis für die Eigentumswohnung direkt auf das Notaranderkonto. Das Amtsgericht trug am 17.4.1998 die Auflassungsvormerkung an der Eigentumswohnung zugunsten von B im Grundbuch ein.

Das beklagte Finanzamt lehnte den Antrag auf Festsetzung einer Eigenheimzulage ab.

Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet.

Nach Auffassung des Senats ist Herr B wirtschaftlicher Eigentümer der Eigentumswohnung; die Wohnung ist nicht die eigene Wohnung der Klägerin.

Nach § 2 Abs. 1 Eigenheimzulagengesetz ist begünstigt u. a. die Anschaffung einer eigenen Eigentumswohnung. Die Eigentumswohnung muss in das zivilrechtliche und auch wirtschaftliche Eigentum des Erwerbers übergegangen sein. – Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich aus-

schließen kann, so ist ihm das Wirtschaftsgut zuzurechnen (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO).

Das Niedersächsische Finanzgericht hat im Urteil vom 11.1.1989, VII 27/88, EFG 1989, 293, entschieden, dass ein Ehemann, der seiner Frau ein Grundstück schenkte, wirtschaftlicher Eigentümer bleibt, wenn er Rückübertragung verlangen kann, sobald die Frau das Grundstück ohne seine Zustimmung belastet oder veräußert oder wenn über das Vermögen der Frau der Konkurs eröffnet wird sowie wenn die Ehe geschieden wird und eine Rückauflassungsvormerkung eingetragen ist. Zur Begründung hat das Niedersächsische Finanzgericht u. a. ausgeführt, im (dortigen) Streitfall habe sich der Kläger im Schenkungsvertrag eine Rechtsstellung vorbehalten, die ihn in die Lage versetzt habe, hinsichtlich des verschenkten Grundbesitzes die wirtschaftliche Herrschaft auszuüben, deren gewöhnlicher Ausdruck das Eigentum sei, nämlich die das Eigentum kennzeichnende Nutzungs- und Verwertungsbefugnis; kraft dieser dem Kläger vorbehaltenen Rechtsstellung sei die beschenkte Klägerin als rechtliche Eigentümerin langfristig daran gehindert, wirtschaftlich auf den Grundbesitz einzuwirken; ihr Herausgabeanspruch sei wirtschaftlich ohne Bedeutung gewesen. – Entsprechend ist der vorliegende Streitfall zu beurteilen. Auch hier hat sich Herr B eine Rechtsstellung vorbehalten, durch die die Klägerin gehindert ist, auf das Grundeigentum einzuwirken.

Nach dem notariellen Vertrag vom 9.4.1998 ist die Klägerin verpflichtet, die Eigentumswohnung bei endgültiger Aufgabe der Wohnung auf Herrn B zurückzuübertragen. Eine entsprechende Verpflichtung besteht für den Fall des Ablebens der Klägerin – d. h. das Eigentum wird nur formell, wirtschaftlich jedoch nicht in die Erbmasse fallen. Der bedingt-befristete Übertragungsanspruch ist durch eine Auflassungsvormerkung gesichert, die nach der o. g. Grunddienstbarkeit an der dann vordersten Rangstelle eingetragen ist. Die Klägerin ist damit wirtschaftlich gehindert, über das Wohnungseigentum zu verfügen – etwa eine Hypothek zwecks Sicherung eines Darlehens eintragen zu lassen. Weiterhin ist die Klägerin faktisch nicht in der Lage, die Wohnung dauerhaft zu vermieten; bei einer derartigen dauerhaften Vermietung wäre davon auszugehen, dass die Klägerin die Wohnung endgültig aufgegeben hat. Die Klägerin hat wirtschaftlich gesehen lediglich ein bedingt-befristetes persönliches Nutzungsrecht. Das „Darlehen“ ist nach dem Vertrag vom 9.4.1998 zu Lebzeiten der Klägerin nicht fällig, es ist durch Übertragung des Eigentums abzulösen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch das vorgerückte Alter der Klägerin. Zudem ist das Darlehen bei Konkurs, Eintragung einer Zwangshypothek oder Zwangsverwaltung fällig, wobei das Darlehen ebenfalls nicht in Geld zurückzuzahlen, sondern das Eigentum am Grundbesitz an Herrn B zu übertragen ist.

Der Senat teilt nicht die in der mündlichen Verhandlung geäußerte Meinung der Klägerin, sie habe als vollwertige Eigentümerin gehandelt, indem sie die Eintragung der Auflassungsvormerkung eingeräumt habe. Demgegenüber fällt hier ins Gewicht, dass die Klägerin und Herr B bereits unter dem 4.3.1998 einen privatschriftlichen Vertrag geschlossen hatten, wonach Herr B dinglich abgesichert werden sollte. Diese privatschriftliche Vereinbarung ist zwar formnichtig; der Wille der Parteien, den späteren Übergang des Eigentums auf Herrn B sicherzustellen, ist jedoch deutlich erkennbar. Die umfassende Absicherung von Herrn B wurde sodann, diesem Willen der Vertragsschließenden folgend, durch notariellen Vertrag vom 9.4.1998 formwirksam durchgesetzt; auch wurde der Kauf der Eigentumswohnung durchgeführt. Zivilrechtlich sind die vertragsschließenden Parteien, wenn ein nichtiger

Vertrag bestätigt wird, verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der nichtige Vertrag von Anfang an gültig wäre (§ 141 Abs. 2 BGB). Änderungen der ursprünglichen Vertragsbedingungen in der Bestätigungsvereinbarung – wie im Streitfall erfolgt – sind möglich; es reicht aus, wenn sich die Parteien in Kenntnis der Umstände auf den Boden des früher Vereinbarten stellen (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl., § 141 Rdnr. 6, unter Hinweis auf BGH, NJW 1982, 1981; 1999, 3704).

Herr B war auch bei der Entrichtung des Kaufpreises für die Eigentumswohnung wirtschaftlich abgesichert, indem der Kaufpreis auf ein Notaranderkonto hinterlegt wurde. Ob die Klägerin Herrn B eine „Anweisung“ erteilt hatte, den Kaufpreis aus Vereinfachungsgründen auf das Notaranderkonto zu überweisen – wie im Schriftsatz vom 27.5.1999 formuliert wird –, erscheint dabei von geringer Bedeutung. Entscheidend ist, dass durch diese Zahlungsweise, die im Übrigen bei Grundstückskäufen als üblich bezeichnet werden kann, die zweckentsprechende Verwendung der Kaufpreissumme sichergestellt wurde, was insbesondere im Interesse von Herrn B lag.

Wirtschaftlich zusammenfassend gesehen hat Herr B der Mutter seiner Lebensgefährtin ein Nutzungsrecht zugewendet, wobei er wie ein Eigentümer aufgetreten ist und dieses Eigentum, abgesichert durch die Vormerkung, im vertraglichen Regelfall zurückerhalten wird. Selbst wenn bei Eintritt der vertraglichen Bedingung – die Lebensgefährtin leben bei Versterben der Klägerin zusammen – von der Lebensgefährtin der Kaufpreis (samt Nebenkosten) bezahlt wird, so fällt auch bei dieser Gestaltung der wirtschaftliche Gegenwert des Eigentums auf Herrn B zurück.

Der Umstand, dass die Klägerin schon ratenweise Beträge zurückbezahlt hat (insgesamt 8.525 DM und 635 €) erscheint für die Beurteilung des Falles von geringerem Gewicht. Derartige vorzeitige Rückführungen sind im Vertrag vom 9.4.1998 nicht vorgesehen. Die sachgerechte, dem erkennbaren Willen der Vertragsschließenden entsprechende Auslegung dieses Vertrags ergibt, dass Herr B den Anspruch auf Übereignung durch vorzeitige Darlehensteilrückzahlung nicht verliert.

Die Berücksichtigung des Alters der Klägerin führt nicht zu einer faktischen Entmündigung, sondern stellt lediglich die Würdigung eines Teils des Tatbestands im Rahmen einer ganz besonderen Vertragsgestaltung dar – bezeichnenderweise sind die Klägerin und Herr B zunächst in der Vereinbarung vom 4.3.1998 von einer Laufzeit des „Darlehens“ von nur zehn Jahren ausgegangen. Der weiter von der Klägerin angeführte Umstand, dass sie unter Vermittlung eines Immobilienmaklers die Wohnung selbst herausgesucht hat, tritt an Gewicht zurück, da jedenfalls mit Abschluss des Kaufvertrags sowie des alsbald folgenden notariellen Vertrags vom 9.4.1998 und der Eintragung der Auflassungsvormerkung – dem die privatschriftliche Vereinbarung vom 4.3.1998 vorangegangen war – die wirtschaftlich starke Position von Herrn B entstanden war.

Für die Auffassung des Senats spricht auch, dass es nicht dem Sinn und Zweck des Eigenheimzulagengesetzes, insbesondere § 2 Abs. 1, entspricht, wenn Eigenheimzulage an jemand gewährt wird, von dem feststeht, dass er das nur formelle Eigentum möglicherweise nur bis zur endgültigen Aufgabe der Wohnung behält und wirtschaftlich lediglich ein befristetes Nutzungsrecht innehat.

15. EigZulG § 6 Abs. 1 Satz 2 (*Keine Objektbeschränkung bei unentgeltlicher Überlassung der Nachbarwohnung an Angehörige*)

Der Anspruch auf Eigenheimzulage für eine in räumlichem Zusammenhang zur selbstbewohnten Wohnung liegende, unentgeltlich an Angehörige überlassene Wohnung ist nicht durch die für Eheleute geltende Objektbeschränkung in § 6 Abs. 1 Satz 2 EigZulG ausgeschlossen.

BFH, Urteil vom 28.6.2002, IX R 37/01

Zum Sachverhalt:

Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger), zur Einkommensteuer zusammen veranlagte Eheleute, erwarben im Jahr 1997 ein Grundstück, das sie im Folgejahr mit einem Wohnhaus bebauten. Das Haus verfügt über zwei abgeschlossene Wohnungen. Eine Wohnung bewohnen die Kläger selbst, die andere Wohnung haben sie der Mutter des Klägers unentgeltlich zu Wohnzwecken überlassen.

Die Kläger beantragten für beide Wohnungen eine Eigenheimzulage einschließlich der Kinderzulage für ein Kind. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) gewährte hiervon abweichend lediglich für die von den Klägern selbst genutzte Wohnung den Fördergrundbetrag sowie die Kinderzulage für ein Kind. Für die der Mutter des Klägers überlassene Wohnung lehnte das FA den Antrag der Kläger mit der Begründung ab, für das im räumlichen Zusammenhang belegene zweite Objekt könne eine Eigenheimzulage nicht gleichzeitig gewährt werden. Der hiergegen eingelegte Einspruch der Kläger blieb erfolglos. Die Klage hatte Erfolg (EFG 2001, 1482).

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO zurückzuweisen. Das Finanzgericht (FG) ist zu Recht davon ausgegangen, dass den Klägern auch für die unentgeltlich an die Mutter des Klägers überlassene Wohnung, welche in räumlichem Zusammenhang zu der selbst genutzten Wohnung der Kläger steht, Eigenheimzulage zu gewähren ist.

1. Das Eigenheimzulagengesetz begünstigt nach § 2 Abs. 1 EigZulG u. a. die Herstellung einer Wohnung in einem im Inland belegenen eigenen Haus. Der Anspruch auf Eigenheimzulage besteht für Kalenderjahre, in denen der Anspruchsberechtigte die Wohnung zu eigenen Wohnzwecken nutzt (§ 4 Satz 1 EigZulG); eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken liegt auch vor, soweit eine Wohnung unentgeltlich an einen Angehörigen i. S. von § 15 AO 1977 zu Wohnzwecken überlassen wird (§ 4 Satz 2 EigZulG).

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 EigZulG kann der Anspruchsberechtigte die Eigenheimzulage nur für ein „Objekt“ in Anspruch nehmen. „Objekte“ i. S. dieser Vorschrift sind Wohnungen sowie Ausbauten und Erweiterungen an einer Wohnung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 2 Abs. 1, Abs. 2 EigZulG).

Ehegatten, bei denen die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG vorliegen, können die Eigenheimzulage für insgesamt zwei Objekte beanspruchen (§ 6 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 EigZulG); dies gilt jedoch nicht gleichzeitig für zwei in räumlichem Zusammenhang belegene Objekte, wenn bei den Ehegatten im Zeitpunkt der Fertigstellung oder Anschaffung der Objekte die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG vorliegen (§ 6 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 EigZulG; sog. Objektbeschränkung).

2. Im Streitfall hat das FA für die von den Klägern selbst genutzte Wohnung zutreffend entsprechend dem Antrag der Kläger eine Eigenheimzulage gewährt. Eine gleichzeitige Förderung der unentgeltlich an die Mutter des Klägers zu Wohnzwecken überlassenen Wohnung ist indes – entgegen der Ansicht des FA – nicht mit Rücksicht auf die Objektbeschränkung des § 6 Abs. 1 Satz 2 EigZulG ausgeschlossen.

a) Zwar könnte der Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 2 EigZulG zunächst darauf hindeuten, dass eine räumlich mit einer geförderten Wohnung zusammenhängende (zweite) Wohnung auch dann nicht gefördert werden kann, wenn diese nicht selbst von den Ehegatten zu eigenen Wohnzwecken genutzt, sondern unentgeltlich an einen Angehörigen zu Wohnzwecken überlassen wird; denn sowohl die eigengenutzte als auch die unentgeltlich überlassene Wohnung sind begünstigte „Objekte“.

b) Sowohl nach dem Zweck der gesetzlichen Regelung als auch unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Gesetzesbegründung ist die Objektbeschränkung des § 6 Abs. 1 Satz 2 EigZulG indes auf die Fälle der unentgeltlichen Überlassung einer in räumlichem Zusammenhang belegenen Wohnung an Angehörige nicht anwendbar.

Die Vorschrift des § 6 Abs. 1 Satz 2 EigZulG ist der Vorgängerregelung in § 10 e Abs. 4 Satz 2 EStG nachgebildet. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten Ehegatten aufgrund der Neuregelung in § 6 Abs. 1 Satz 2 EigZulG die Förderung wie bisher für zwei Objekte in Anspruch nehmen können (vgl. die Gesetzesbegründung in BR-Drs. 498/95, S. 34). Hieraus hat das FG zu Recht gefolgert, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigte, den Regelungsgehalt der Objektbeschränkung für Eheleute, wie er § 10 e EStG zu entnehmen war, in einer für den Steuerpflichtigen nachteiligen Weise auszudehnen.

Entsprechend der Gesetzesbegründung zur Vorgängerregelung in § 10 e Abs. 4 Satz 2 EStG (BT-Drs. 10/3633, S. 16) soll § 6 Abs. 1 Satz 2 EigZulG vermeiden, dass Ehegatten, bei denen im Abzugszeitraum die Voraussetzungen für eine Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer vorliegen und die zwei Wohnungen in einem Zwei- oder Mehrfamilienhaus als Familienwohnung nutzen, die Förderung gleichzeitig für beide Wohnungen in Anspruch nehmen können. Eine durch § 6 Abs. 1 Satz 2 EigZulG zu verhindernde missbräuchliche Gestaltung hat der Gesetzgeber somit nur dann gesehen, wenn die künstliche Aufspaltung der ehelichen Wohnung in zwei sich in räumlichem Zusammenhang befindliche Wohnungen eine nicht gerechtfertigte Übersubventionierung bewirkt. Decken beispielsweise Eheleute ihr Wohnbedürfnis statt mit einer großen Wohnung durch zwei kleinere, in räumlichem Zusammenhang befindliche Wohnungen, soll § 6 Abs. 1 Satz 2 EigZulG eine Doppelförderung verhindern. Entsprechend diesem Normzweck ist die Überlassung einer in räumlichem Zusammenhang mit der Ehwohnung stehenden weiteren Wohnung an Angehörige nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift einzubeziehen. Es genügt insoweit auch nicht, dass die zweite Wohnung objektiv geeignet wäre, ein zusätzliches Wohnbedürfnis der Eheleute zu decken, wenn, wie im Streitfall, die Wohnung nach den nicht mit Revisionsrügen angegriffenen und damit den Senat gemäß § 118 Abs. 2 FGO bindenden Feststellungen des FG von den Eheleuten tatsächlich nicht genutzt wurde.

c) Dieses aus der Entstehungsgeschichte und dem Gesetzeszweck abgeleitete Auslegungsergebnis wird zusätzlich dadurch gestützt, dass die Objektbeschränkung nach dem Wortlaut des 2. Halbsatzes des § 6 Abs. 1 Satz 2 EigZulG nur gilt, wenn bei den Ehegatten im Zeitpunkt der Anschaffung der Objekte die Voraussetzungen der Zusammenveranlagung gegeben sind. Führen Eheleute hingegen in zwei sich in räumlichem Zusammenhang befindlichen Wohnungen keine eheliche Lebensgemeinschaft (und liegen daher die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG nicht vor), findet die Objektbeschränkung keine Anwendung. Nichts anderes kann aber gelten, wenn in dem anderen Objekt nicht der getrennt lebende Ehepartner, sondern ein Angehöriger unentgeltlich wohnt.

16. EigZulG § 8 Abs. 1 Satz 1 (*Keine Eigenheimzulage bei mittelbarer Grundstücksschenkung*)

Bei einem teilentgeltlichen Erwerb, der sich zum Teil als mittelbare Grundstücksschenkung darstellt, kann Eigenheimzulage nur für den Entgeltlichkeitsanteil gewährt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

Niedersächsisches FG, Urteil vom 26.11.2002, 13 K 465/00

Zum Sachverhalt:

Der Kläger erwarb mit notariellem Vertrag vom 22.3.1999 eine Wohnung zum Kaufpreis von 82.500 DM. Im notariellen Vertrag heißt es unter § 2 Nr. 5 wörtlich:

„Die Zahlung des Kaufpreises erfolgt durch den Erschienenen zu 3. [den Vater des Klägers] unter Berücksichtigung eines von dem Erschienenen zu 2. [Kläger] einzubringenden Bausparvertrages in Höhe von ca. 30.000 DM. Die Zahlung des Differenzbetrages erfolgt im Verhältnis zwischen den Erschienenen zu 2. und 3. im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und ist auf etwaige Pflichtteilsansprüche des Erschienenen zu 2. anzurechnen, und zwar sowohl gegenüber dem Erschienenen zu 3. als auch gegenüber dessen Ehefrau.“

Am 24.1.2000 zahlte die Bausparkasse 19.444,87 DM und am 31.7.2000 weitere 100 DM an den Vater des Klägers aus. Der Kläger trug zusätzlich die Grunderwerbsteuer und Gebühren für den Makler, die Auflassungsvormerkung, den Notar sowie für die Eigentumsumschreibung im Grundbuch in Höhe von insgesamt 8.000,68 DM. Die darüber hinausgehenden Aufwendungen wurden von den Eltern des Klägers getragen.

Mit Antrag vom 10.10.1999 beantragte der Kläger Eigenheimzulage ab 1999 ausgehend von einer Bemessungsgrundlage für Anschaffungskosten in Höhe von 82.500 DM. Mit Bescheid vom 24.1.2000 lehnte das beklagte Finanzamt die Festsetzung der Eigenheimzulage mit der Begründung ab, dass es sich um eine so genannte mittelbare Grundstücksschenkung seitens der Eltern des Klägers handele. Der Kläger habe mithin keine eigenen Aufwendungen gehabt.

Gegen diese Entscheidung hat der Kläger Einspruch erhoben. Im Verlauf des Einspruchsverfahrens reichte er Unterlagen nach, aus denen sich ergab, dass sich der Kläger mit einem Betrag von 19.544,87 DM (Auszahlung eines Bausparguthabens bei der Bausparkasse) an der Begleichung des Gesamtkaufpreises beteiligt hatte. Daneben trug der Kläger Anschaffungsnebenkosten in Höhe von 8.000,68 DM (Grunderwerbsteuer, Maklergebühr, Gebühr für Auflassungsvormerkung, Notargebühren, Gebühr für Eigentumsumschreibung und Gebühr für Löschung der Auflassungsvormerkung). Der Restbetrag wurde von den Eltern des Klägers auf der Grundlage von § 2 Ziffer 5 des notariellen Kaufvertrages gezahlt.

Ausgehend davon, dass sich der Kläger selbst an der Zahlung des Kaufpreises mit einem Eigenanteil beteiligt hatte, ging das FA im Einspruchsbescheid von einem teilentgeltlichen Erwerb aus, errechnete einen Entgeltlichkeitsanteil des Klägers von 23,69 v. H. und damit eine Bemessungsgrundlage für die Eigenheimzulage von 21.440 DM. Daraus ergab sich ein Zulagenbetrag von 536 DM.

Den weitergehenden Antrag des Klägers auf Gewährung einer Eigenheimzulage aus einer Bemessungsgrundlage von 91.726 DM lehnte das FA ab.

Aus den Gründen:

Die Klage ist nicht begründet.

Das FA hat die Eigenheimzulage in der beantragten Höhe zu Recht abgelehnt.

(...)

Bemessungsgrundlage sind die Herstellungskosten oder Anschaffungskosten der Wohnung zuzüglich der Anschaffungskosten für den dazugehörigen Grund und Boden (§ 8 Abs. 1 Satz 1 EigZulG). Danach ist u. a. Voraussetzung für die Gewährung der Eigenheimzulage, dass der Antragsteller die betreffende Wohnung angeschafft hat und er Eigentümer der Wohnung ist. Aus dem Wortlaut der Bestimmungen des Eigenheimzulagengesetzes ergibt sich allerdings nicht eindeutig, dass der Steuerpflichtige die Anschaffungskosten selbst getragen haben muss.

Der BFH hat jedoch zur Eigenheimförderung nach § 10 e EStG in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass nur eigene Aufwendungen des Steuerpflichtigen begünstigt sind, die ihm in Form von Anschaffungskosten oder Herstellungskosten entstanden sind. Nach dem Zweck der Vorschrift solle nur derjenige gefördert werden, der durch Aufwendungen belastet sei, die für die Anschaffung oder Herstellung des Wohnungseigentums erforderlich gewesen seien. Für den Fall einer so genannten mittelbaren Grundstücksschenkung, in dem dem Grundstückserwerber ein Geldbetrag geschenkt wurde mit der Auflage, ein bestimmtes Gebäude zu erwerben oder herzustellen, hat der BFH die Eigenheimförderung nach § 10 e EStG abgelehnt, weil der Erwerber nicht mit den Aufwendungen für die angeschaffte oder hergestellte Wohnung belastet war (vgl. z. B. BFH, Urteil vom 8.6.1994, X R 51/91, BStBl II 1994, 779; BFH, Urteil vom 29.7.1998, X R 54/95 und X R 50/95, BStBl II 1999, 128; BFH, Urteil vom 27.7.2000, X R 42/97, BFH/NV 2001, 307 jeweils m. w. N.).

Die Eigenheimförderung nach § 10 e EStG ist zum 1.1.1996 durch das Eigenheimzulagengesetz abgelöst worden, das sich jedoch weiterhin eng an den Tatbestand des § 10 e EStG anlehnt. Durch die Neuregelung sollte lediglich die bisher als Abzug von der einkommensteuerlichen Bemessungsgrundlage ausgestaltete Förderung auf eine progressionsunabhängige Förderung umgestellt werden, um auch Personen mit geringem Einkommen den Erwerb von Wohnungseigentum zu erleichtern (siehe dazu *Wacker*, Kommentar zum EigZulG, 3. Aufl. 2001, vor § 1 Rdnr. 1). Hierdurch hat sich jedoch an dem Zweck der Wohnungseigentumsförderung nichts geändert, nur denjenigen zu fördern, der durch Aufwendungen für eine angeschaffte/hergestellte Wohnung belastet ist. Demgemäß ist auch die Rechtsprechung des BFH zu § 10 e EStG – und damit auch zur mittelbaren Grundstücksschenkung – auf das EigZulG anwendbar (ebenso *Wacker*, § 2 Rdnr. 100 und 157).

Im Streitfall geht der Senat davon aus, dass die Voraussetzungen für eine so genannte mittelbare Grundstücksschenkung vorgelegen haben. Daraus folgt, dass das FA im Einspruchsbescheid vom 14.9.2000 zutreffend nur von einem teilentgeltlichen Erwerb des Klägers ausgegangen ist. Lediglich der Eigenanteil des Klägers von 21.440 DM konnte somit in die Bemessungsgrundlage zur Berechnung der Eigenheimzulage eingehen. Den darüber hinausgehenden Betrag hat das FA zutreffend nicht in die Bemessungsgrundlage einbezogen.

Hinsichtlich des über dem Betrag von 21.440 DM hinausgehenden Betrages geht der Senat von einem unentgeltlichen Erwerb des Objektes aus, weil insofern die Voraussetzungen für eine mittelbare Grundstücksschenkung vorgelegen haben. Dabei kann hier dahinstehen, ob es sich um eine Schenkung im Rechtssinne handelte (§ 518 BGB) oder ob es sich um ein so genanntes Ausstattungsversprechen i. S. d. § 1624 Abs. 1 BGB handelte. In jedem Fall handelte es sich um eine unentgeltliche Zuwendung an den Kläger. Diese Zuwendung erfolgte auch zum Erwerb eines ganz bestimmten Objektes (...). Insofern hat der Kläger selbst keine Anschaffungskosten i. S. d. § 8 Abs. 1 EigZulG gehabt. Nicht zutreffend ist insofern die Auffassung des Klägers, dass der Anschaffungskostenbegriff aus § 255 Abs. 1 HGB nicht anwendbar sei. Die Vorschrift selbst gilt unmittelbar zwar lediglich für den Bereich des Handelsgesetzbuches, sie wird jedoch – mangels einer eigenständigen Regelung – auch im Steuerrecht entsprechend angewendet. Die Vorschrift gilt im Übrigen gleichermaßen im Bereich der Gewinneinkünfte wie auch im Bereich der Überschusseinkünfte (vgl. dazu z. B. BFH, Urteil vom 19.12.2000, IX R 100/97, BStBl II 2001, 345; BFH, Urteil vom 26.2.2002, IX R 20/98, BFH/NV 2002, 854 m. w. N.).

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Grunderwerbsteuer; Anwendung des § 1 Abs. 2 a GrEStG in der Fassung der Bekanntmachung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 und des Steueränderungsgesetzes 2001

Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 26.2.2003 (Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, 36 – S 4501 – 011 – 4 786/03; Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, S 4501 A – 446), BStBl I, 271.

1. Vorbemerkung

§ 1 Abs. 2 a GrEStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 1997 ist durch Artikel 15 des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 und Artikel 13 des Steueränderungsgesetzes 2001 geändert worden. § 1 Abs. 2 a GrEStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 1997 unterwarf Gestaltungen der Besteuerung, bei denen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren der Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft derart ausgewechselt wird, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung dieser Gesellschafterwechsel als ein auf die Übereignung eines inländischen Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft anzusehen ist. Das war stets der Fall, wenn 95 v. H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen (vgl. gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 24.6.1998 [BStBl I, 925]).

§ 1 Abs. 2 a GrEStG in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 stellt nicht mehr auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise ab, sondern allein auf den Übergang von mindestens 95 v. H. der Gesellschaftsanteile. Außerdem ist ausdrücklich geregelt, dass auch mittelbare Anteilsübertragungen Grunderwerbsteuer auslösen können. Die Neuregelung gilt für Erwerbsvorgänge, die nach dem 31.12.1999 verwirklicht werden.

Die Änderung des § 1 Abs. 2 a GrEStG im Rahmen des Steueränderungsgesetzes 2001 stellt klar, dass mit dem Begriff „Anteil“ die vermögensmäßige Beteiligung am Gesamthandsvermögen und nicht die Gesellschafterstellung als dingliche Mitberechtigung gemeint ist. Ferner ist Satz 3 an die Neuregelung des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG angepasst worden.

2. Personengesellschaft

Personengesellschaften im Sinne des § 1 Abs. 2 a GrEStG sind insbesondere die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (einschließlich der GmbH & Co. KG). Dazu gehören auch Personengesellschaften, deren Zweck sich nicht im Halten und Verwalten von inländischen Grundstücken erschöpft (vgl. BFH, Urteil vom 11.9.2002, BStBl II, 777).

3. Vermögen der Personengesellschaft

Die Regelung betrifft diejenigen Grundstücke, die während des Zeitraums, in dem sich der Gesellschafterbestand um mindestens 95 v. H. der Anteile ändert, durchgängig zum Vermögen der Personengesellschaft gehören. Ein Grundstück gehört auch dann durchgängig zum Vermögen der Personengesellschaft, wenn es im Zusammenhang mit einem vorgefassten Plan erst nach einem teilweise vollzogenen Gesellschafterwechsel erworben wurde. Zum Vermögen einer Personengesellschaft gehören nicht nur die Grundstücke, die sich

bereits im Eigentum der Personengesellschaft befinden oder deren Erwerb nach § 1 Abs. 1 GrEStG steuerbar gewesen ist, sondern auch solche Grundstücke, über die die Personengesellschaft die Verwertungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 2 GrEStG erlangt hat. Grundstücke, die der Personengesellschaft nach § 1 Abs. 3 GrEStG zuzurechnen sind, gehören ebenfalls zum Vermögen der Personengesellschaft.

4. Änderung des Gesellschafterbestandes

Der Gesellschafterbestand kann sich durch Übergang von Anteilen an der Personengesellschaft auf neue Gesellschafter (derivativer Erwerb) oder durch Erwerb von zusätzlichen Gesellschaftsanteilen durch neue Gesellschafter (originärer Erwerb) ändern. Unter Anteil an der Personengesellschaft ist – wie bei §§ 5 und 6 GrEStG – der Anteil der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zu verstehen (der Gesetzgeber hat dies nunmehr in § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG i. d. F. des StÄndG 2001 klargestellt). Der Anteil am Gesellschaftsvermögen ist der den einzelnen Gesellschaftern zustehende Wertanteil am Reinvermögen (vgl. BFH, Urteil vom 3.3.1993, BFH/NV, 494) als schuldrechtlicher, gesellschaftsvertraglicher Anspruch des einzelnen Gesellschafters gegen die Gesamthand. Die wertmäßige Beteiligung ergibt sich aus den gesellschaftsinternen Vereinbarungen, hilfsweise aus §§ 722, 734 BGB bzw. §§ 120–122 HGB. Für den Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung kommt es auf die Wirkung der schuldrechtlichen Vereinbarung an; die Wirkung tritt frühestens mit dem Vertragsabschluss ein. Der Zeitpunkt der Leistung der Einlagen ist unerheblich.

Die formwechselnde Umwandlung eines Gesellschafters führt nicht zu einem Gesellschafterwechsel i. S. des § 1 Abs. 2 a GrEStG.

§ 1 Abs. 2 a GrEStG erfasst keine Änderungen der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen der Altgesellschafter im Verhältnis zueinander. Unerheblich ist, in welcher Form diese Änderung erfolgt (z. B. Verschmelzung zweier Altgesellschafter durch Aufnahme, Verstärkung einer mittelbaren zu einer unmittelbaren Beteiligung). Altgesellschafter in diesem Sinne sind

- die Gründungsgesellschafter,
- die Gesellschafter, die vor dem Beginn des Fünfjahreszeitraums des § 1 Abs. 2 a GrEStG unmittelbar oder mittelbar an der Gesellschaft beteiligt waren (Ausnahme: Gesellschafter-Beitritt in Fällen eines vorgefassten Plans; vgl. Tz. 4.3) sowie
- die Gesellschafter, deren Beitritt schon einmal den Tatbestand des § 1 Abs. 2 a GrEStG erfüllt hat.

4.1 Derivativer Erwerb

Beim derivativen Erwerb liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a GrEStG vor, wenn mindestens 95 v. H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen unmittelbar oder mittelbar auf neue Gesellschafter übergehen. Ein Gesellschafterwechsel liegt auch dann vor, wenn sich dieser durch übertragende Umwandlung im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger vollzieht (vgl. BFH, Urteil vom 29.1.1997, BStBl II, 296). Bei der Ermittlung des Vermögenswertes sind insbesondere zu berücksichtigen:

- a) Veränderungen der Vermögensbeteiligungen durch bloße Kapitaländerungen (Beispiel 4.2.1),

b) Begründung von Treuhandverhältnissen (Beispiel 4.2.2), Treuhänder- und Treugeberwechsel, nicht dagegen die Rückübertragung auf den Treugeber,

c) mittelbare Veränderungen der Vermögensbeteiligungen (z. B. Änderungen der Beteiligungsverhältnisse bei einer Komplementär-GmbH); diese sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse der Gesellschaft, die unmittelbar oder mittelbar an der grundbesitzenden Gesellschaft beteiligt ist, zu mindestens 95 v. H. ändern (Beispiele 4.2.3 und 4.2.4). Bei mehrstufigen mittelbaren Beteiligungen ist die Prüfung, ob die 95-v. H.-Grenze erreicht ist, für jede Beteiligungsebene gesondert zu prüfen. Ist die 95-v. H.-Grenze erreicht, dann ist die mittelbare Beteiligung in voller Höhe zu berücksichtigen (nicht nur in Höhe von 95 v. H.; vgl. Beispiel Tz. 4.2.3).

Keine Steuerbarkeit tritt ein bei einer Verkürzung der Beteiligungskette. Wird die mittelbare Beteiligung zu einer unmittelbaren verstärkt, löst dies keine erneute Steuerpflicht aus.

4.2 Beispiele

4.2.1 Eine Gesellschaft besteht aus fünf Gesellschaftern, die jeweils zu 20 v. H. am Vermögen beteiligt sind. Das Gesellschaftsvermögen beträgt 100.000 €. Drei Gesellschafter übertragen ihre Anteile auf neue Gesellschafter. Anschließend wird innerhalb des Fünfjahreszeitraums das Vermögen im Wege der Kapitalerhöhung auf 1.000.000 € aufgestockt, wobei das zusätzliche Kapital ausschließlich auf die Anteile der hinzutretenden Gesellschafter entfällt. Da die Altgesellschafter weiterhin zusammen nur zu 40.000 € am Vermögen der Gesellschaft beteiligt bleiben, sind auf die Neugesellschafter insgesamt 96 v. H. der nunmehr bestehenden Anteile übergegangen. Zur Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG siehe Tz. 11.

4.2.2 An der Komplementär-GmbH, die 20 v. H. der Anteile einer GmbH & Co. KG hält, ist zu 100 v. H. eine weitere GmbH beteiligt, deren gesamte Anteile veräußert werden. Der einzige Kommanditist, der bisher 80 v. H. der GmbH & Co. KG-Anteile gehalten hat, vereinbart mit zwei Treugebern, für diese zukünftig jeweils 20 v. H. der Kommanditanteile treuhänderisch zu halten, außerdem veräußert er weitere 35 v. H. der Kommanditanteile an Dritte. Die unmittelbare Änderung des Gesellschafters der Komplementär-GmbH, die zu einer mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes der KG führt (20 v. H.), die Vereinbarung der Treuhandverhältnisse (40 v. H.) und die Veräußerung der 35 v. H. der Kommanditanteile sind zusammen zu berücksichtigen und führen zu einem Übergang von Gesellschaftsanteilen in Höhe von 95 v. H. auf neue Gesellschafter und erfüllen zusammen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a GrEStG. Zur Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG siehe Tz. 11.

4.2.3 An einer grundbesitzenden oHG sind A zu 85 v. H., B zu 5 v. H. und die C-GmbH zu 10 v. H. beteiligt. Die Anteile der C-GmbH halten X zu 90 v. H. und Y und Z zu je 5 v. H. In 01 überträgt A seine gesamte Beteiligung an der oHG auf D, in 02 übertragen X und Y ihre Anteile an der C-GmbH auf E und F. Die Übertragung der Beteiligung des A auf D führt zu einem unmittelbaren Gesellschafterwechsel i. H. v. 85 v. H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen. In Bezug auf die Anteile der C-GmbH liegt ein mittelbarer Gesellschafterwechsel i. H. v. 10 v. H. vor, weil die Änderung der Anteile an der C-GmbH 95 v. H. beträgt. Die mittelbare Anteilsänderung ist nicht anteilig (95 v. H. von 10 v. H.), sondern voll mit 10 v. H. zu berücksichtigen. Zur Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG siehe Tz. 11.

4.2.4 Eine GmbH ist als persönlich haftende Gesellschafterin zu 20 v. H. am Gesellschaftsvermögen einer GmbH & Co. KG

beteiligt. Alle Kommanditisten übertragen ihre Anteile auf neu hinzutretende Kommanditisten. Außerdem werden 80 v. H. der Anteile an der GmbH an diese neu hinzutretenden Kommanditisten veräußert. Die Übertragung der Kommanditanteile allein erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a GrEStG. Der Wechsel im Gesellschafterbestand der GmbH ist nicht mit dem unmittelbaren Gesellschafterwechsel zusammenzurechnen, weil sich die Beteiligungsverhältnisse der GmbH nicht zu mindestens 95 v. H. geändert haben. § 1 Abs. 2 a GrEStG ist somit nicht erfüllt.

4.3 Originärer Erwerb

Unter originärem Erwerb ist hier der Beitritt neuer Gesellschafter bei gleichzeitiger Kapitalerhöhung zu verstehen. Soll das (künftige) Eigenkapital der Gesellschaft aufgrund eines vorgefassten Plans – wie es z. B. bei der Durchführung größerer Immobilien-Investitionsvorhaben üblich ist – durch entsprechende Kapitalerhöhungen erbracht werden, ist § 1 Abs. 2 a GrEStG erfüllt, wenn die neuen Gesellschafter innerhalb von fünf Jahren entsprechend dem vorgefassten Plan bezogen auf das geplante Eigenkapital im Verhältnis zu den Beteiligungen der Altgesellschafter zu mindestens 95 v. H. beteiligt sind (vgl. Beispiel 1).

Altgesellschafter sind die Gründungsgesellschafter und grundsätzlich auch alle, die bereits vor dem Erwerb eines Grundstücks unmittelbar oder mittelbar an der Gesellschaft beteiligt gewesen sind. Gesellschafter, die bereits vor dem Erwerb eines Grundstücks an der Gesellschaft beteiligt waren, sind neue Gesellschafter und nicht Altgesellschafter, wenn ihre Beteiligung mit einer Immobilieninvestition nach einem vorgefassten Plan verknüpft ist (vgl. Beispiel 2).

Beispiel 1:

A und B gründen mit einer Beteiligung von je 5.000 € eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die zum Zweck der Errichtung eines Bürogebäudes ein Grundstück erwirbt. Entsprechend der vorhandenen Finanzierungsplanung beteiligt sich zunächst ein weiterer Gesellschafter C mit 190.000 € an der Gesellschaft. Anschließend treten der Gesellschaft weitere Gesellschafter bei, bis die erforderliche Kapitalaufstockung auf insgesamt 4 Mio. € vollzogen ist. In diesem Fall ist § 1 Abs. 2 a GrEStG nicht bereits mit dem Beitritt des C, sondern erst mit dem Vollzug der dem vorgefassten Plan entsprechenden Kapitalaufstockung i. H. v. 95 v. H., bezogen auf 4 Mio. €, verwirklicht, zu der auch der Kapitalbeitrag des C gehört.

Beispiel 2:

A und B gründen mit einer Beteiligung von je 5.000 € eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Nunmehr beteiligt sich C mit einer Einlage von 300.000 €. Anschließend erwirbt die Gesellschaft ein Grundstück zum Zweck der Errichtung eines Bürogebäudes. Danach treten der Gesellschaft weitere Gesellschafter bei, bis die Kapitalaufstockung entsprechend der vorhandenen Finanzierungsplanung auf insgesamt 4 Mio. € vollzogen ist.

Obwohl C der Personengesellschaft vor dem Erwerb des Grundstücks beigetreten ist, gehört sein Beitritt im Hinblick auf den vorgefassten Plan zu dem nach § 1 Abs. 2 a GrEStG maßgeblichen Gesellschafterwechsel, d. h. C gilt hier als neuer Gesellschafter. Erst mit dem Vollzug der dem vorgefassten Plan entsprechenden Kapitalaufstockung i. H. v. 95 v. H., bezogen auf 4 Mio. €, sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a GrEStG erfüllt.

Fällt die Kapitalerhöhung nachträglich geringer aus, als es dem Finanzierungsplan entspricht, weil sich z. B. die Investitionskosten verringert haben, ist das Beteiligungsverhältnis

der Alt- und Neugesellschafter zur Ermittlung der 95-v. H.-Grenze von dem verringerten Eigenkapital zu berechnen. Für die Ermittlung dieses Eigenkapitals ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Investition tatsächlich vorgenommen wurde, spätestens wenn das Objekt fertig gestellt worden ist.

5. Fünfjahreszeitraum

Für die Beurteilung der Frage, ob aufgrund einer Änderung des Gesellschafterbestandes von mindestens 95 v. H. der Anteile eine Grundstücksübertragung anzunehmen ist, sind alle Anteilsübertragungen innerhalb von fünf Jahren zu berücksichtigen. Die Fünfjahresfrist gilt für die Zusammenrechnung von sukzessiven Anteilsübertragungen. Übertragungen von mindestens 95 v. H. der Anteile, die in einem Rechtsakt vollzogen werden, vollziehen sich in einer logischen Sekunde, also immer innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren. § 1 Abs. 2 a GrEStG in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 ist erstmals auf Rechtsgeschäfte anzuwenden, die die Voraussetzungen dieser Bestimmung nach dem 31.12.1999 erfüllen (§ 23 Abs. 6 GrEStG). Der Fünfjahreszeitraum wird dagegen für alle Fassungen des § 1 Abs. 2 a GrEStG nur dadurch zeitlich begrenzt, dass Änderungen des Gesellschafterbestandes, die vor dem 1.1.1997 vorgenommen worden sind, nicht zu berücksichtigen sind (vgl. BFH, Urteil vom 8.11.2000, BStBl II, 422).

6. Anteilserwerb von Todes wegen

Gehen Anteile an der Personengesellschaft von Todes wegen auf neue Gesellschafter über, bleibt der Erwerb dieser Anteile bei der Ermittlung des 95-v. H.-Satzes i. S. d. § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG außer Ansatz.

7. Grundstückserwerbe von einem Gesellschafter

Hat die Personengesellschaft vor dem Wechsel des Gesellschafterbestandes von einem Gesellschafter ein Grundstück erworben und ist die für diesen Fall vorgesehene Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG aufgrund des § 5 Abs. 3 GrEStG ganz oder teilweise zu versagen oder rückgängig zu machen, ist die Steuer insoweit zu erheben, als sich der Anteil des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand vermindert. In diesen Fällen ist die Verminderung des Anteils des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand ein rückwirkendes Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO. Die Festsetzungsfrist beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem das Ereignis eintritt (§ 175 Abs. 1 Satz 2 AO).

§ 5 Abs. 3 GrEStG ist nach § 23 Abs. 6 Satz 2 GrEStG auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31.12.1999 verwirklicht werden. Erwerbsvorgänge in diesem Zusammenhang sind solche, auf die § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG anzuwenden sind. Werden solche Erwerbsvorgänge bis zum 31.12.1999 verwirklicht, gelten bei Anteilsverminderungen weiterhin die Grundsätze der Rechtsprechung des BFH zu § 5 GrEStG (vgl. Urteil vom 30.10.1996, BStBl II 1997, 87).

Steht die Verminderung des Anteils des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand im Zusammenhang mit einem Gesellschafterwechsel im Sinne des § 1 Abs. 2 a GrEStG, ist auf die für den Gesellschafterwechsel nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG zu ermittelnde Bemessungsgrundlage die Bemessungsgrundlage für den Erwerbsvorgang anzurechnen, für den aufgrund des § 5 Abs. 3 GrEStG die Steuervergünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG zu versagen ist, vgl. Beispiel 7.1.1. Es bestehen keine Bedenken, § 1 Abs. 2 a Satz 3 GrEStG auch auf die Fälle sinngemäß anzuwenden, in denen sich die Versagung der Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG

noch nach der Rechtsprechung des BFH (vgl. Urteil vom 30.10.1996, BStBl II 1997, 87) richtet, weil die Personengesellschaft bereits vor dem 1.1.2000 und damit vor dem zeitlichen Anwendungsbereich des § 5 Abs. 3 GrEStG von einem Gesellschafter ein Grundstück erworben hat. Diese für die Gewährung der Steuervergünstigung nach § 5 Abs. 2 GrEStG von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gelten auch für § 6 Abs. 3 GrEStG. Es bestehen deshalb keine Bedenken, § 1 Abs. 2 a Satz 3 GrEStG unabhängig vom Zeitpunkt der Verwirklichung des Erwerbsvorgangs in allen Fällen anzuwenden, in denen der nach § 1 Abs. 2 a GrEStG zu besteuernde Gesellschafterwechsel zur Versagung der Begünstigung nach § 6 Abs. 3 GrEStG führt (vgl. Tz. 11).

Durch die Versagung der Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG wegen des Gesellschafterwechsels wird die Gesellschaft grunderwerbsteuerlich so behandelt, als sei der neue Gesellschafter bereits im Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks durch die Personengesellschaft an dieser beteiligt (s. a. Tz. 7.1.2). Hinsichtlich der sich aus dem Gesellschafterwechsel ergebenden Beteiligungsquote des Gesellschafters an der neuen Personengesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 2 a GrEStG scheidet eine Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG jedoch aus, weil sich sonst eine Doppelbegünstigung ergeben würde. Da § 1 Abs. 2 a Satz 3 GrEStG eine Doppelbelastung vermeiden soll, ist die Anrechnung nur vorzunehmen, wenn das Ausscheiden des Gesellschafters, der das Grundstück übertragen hat, oder die Verringerung seiner Beteiligung durch Übertragung auf einen neuen Gesellschafter gleichzeitig einen Teil des die Besteuerung nach § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG auslösenden Gesellschafterwechsels darstellt. Die Veränderung der Beteiligungsverhältnisse unter Altgesellschaftern stellt keinen Teil des die Besteuerung nach § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG auslösenden Gesellschafterwechsels dar; deshalb ist die Bemessungsgrundlage des Erwerbsvorgangs, für den die Steuervergünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG aufgrund des § 5 Abs. 3 GrEStG zu versagen ist, nicht nach § 1 Abs. 2 a Satz 3 GrEStG zu berücksichtigen (s. auch Tz. 4 Satz 8). Entsprechendes gilt für Rechtsvorgänge i. S. des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG.

7.1 Beispiele

7.1.1 An der A & B oHG ist A zu 95 v. H. und B zu 5 v. H. beteiligt. A veräußert der oHG nach dem 31.12.1999 sein Grundstück zum Kaufpreis von 400.000 €, dessen Wert im Sinne des § 8 Abs. 2 GrEStG (Bedarfswert) 380.000 € beträgt. Für diesen Vorgang ist die Grunderwerbsteuer gem. § 5 Abs. 2 GrEStG nur von 20.000 € (= 5 v. H.) zu bemessen.

Verringert A innerhalb von fünf Jahren nach der Grundstücksübertragung seine Beteiligung durch Übertragung von 90 v. H. der Gesellschaftsanteile an C, ist die Steuer von dem anteiligen Kaufpreis von 360.000 € (= 90 v. H.) nach § 5 Abs. 3 GrEStG (nachträglich) zu bemessen.

Veräußert anschließend B innerhalb des Fünfjahreszeitraums seinen Gesellschaftsanteil (5 v. H.) an D, liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG vor. Von der gem. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG hierfür gültigen Bemessungsgrundlage (Bedarfswert in Höhe von 380.000 €) wird die Steuer gem. § 6 Abs. 3 i. V. m. § 6 Abs. 1 GrEStG jedoch nicht erhoben, soweit die Berechtigung der Gesamthänder am gesamthänderisch gebundenen Vermögen in beiden Gesamthandgemeinschaften übereinstimmt. Dies ist hier im Hinblick auf den Anteil von 5 v. H. des A der Fall. Somit sind vom Bedarfswert 19.000 € (= 5 v. H. von 380.000 €) von der Besteuerung freizustellen. Auf die so ermittelte Bemessungs-

grundlage von 361.000 € (380.000 € minus 19.000 €) ist nunmehr noch die Bemessungsgrundlage anzurechnen, von der die Steuer aufgrund der Versagung der Steuervergünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG aufgrund des § 5 Abs. 3 GrEStG nachträglich zu erheben ist (360.000 €). Somit verbleibt als endgültige Bemessungsgrundlage im Hinblick auf den Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 2 a GrEStG ein Betrag von 1.000 €. Die Steuer ist aufgrund der Steuerbefreiung des § 3 Nr. 1 GrEStG nicht zu erheben.

7.1.2 An der A & B oHG ist A zu 95 v. H. und B zu 5 v. H. beteiligt. A veräußert der oHG nach dem 31.12.1999 sein Grundstück. Für diesen Vorgang ist die Grunderwerbsteuer gem. § 5 Abs. 2 GrEStG nur in Höhe von 5 v. H. der Bemessungsgrundlage zu erheben. Verringert A innerhalb von fünf Jahren nach der Grundstücksübertragung seine Beteiligung durch Übertragung von 90 v. H. der Gesellschaftsanteile an B, ist die Steuer bei A bzw. bei der oHG in Höhe von 90 v. H. der Bemessungsgrundlage gemäß § 5 Abs. 3 GrEStG (nachträglich) zu erheben. In der Hand des B löst das Rechtsgeschäft, durch das der Anspruch auf Übertragung von 90 v. H. des Anteils am Vermögen der oHG von A auf B begründet wird, nicht den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG aus, obwohl durch die Übertragung 95 v. H. der Anteile am Vermögen der oHG in seiner Hand vereinigt werden. Im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG ist bei Personengesellschaften unter „Anteil an der Gesellschaft“ die gesamthänderische Mitberechtigung und nicht die vermögensmäßige Beteiligung am Gesellschaftsvermögen zu verstehen.

Veräußert anschließend B seine gesamte Beteiligung (95 v. H.) an C, liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG vor (Erwerb des Grundstücks von der A und B oHG durch die A und C oHG). Da A jedoch mit 5 v. H. am Vermögen der aufgrund der Fiktion des § 1 Abs. 2 a GrEStG erwerbenden neuen oHG und der alten oHG beteiligt ist, wird die Steuer in Höhe dieses Anteils gemäß § 6 Abs. 3 GrEStG nicht erhoben (vgl. dazu auch Tz. 11). Eine Anrechnung i. S. des § 1 Abs. 2 a Satz 3 GrEStG kommt nicht in Betracht, weil die Verringerung der Beteiligung des A an der oHG nicht Teil des die Besteuerung nach § 1 Abs. 2 a GrEStG auslösenden Gesellschafterwechsels ist.

8. Verhältnis zu § 1 Abs. 3 GrEStG

Ändert sich der Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft, kann eine Besteuerung nach § 1 Abs. 2 a oder 3 GrEStG in Betracht kommen. § 1 Abs. 2 a GrEStG geht der Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG vor. Die Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG wird durch § 1 Abs. 2 a GrEStG auch dann ausgeschlossen, wenn nach dessen Satz 3 oder einer Befreiungsvorschrift die Steuer nicht erhoben wird.

9. Verhältnis zu § 1 Abs. 6 GrEStG

Die Streichung des § 1 Abs. 2 a GrEStG im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 6 GrEStG trägt dem Umstand Rechnung, dass § 1 Abs. 2 a GrEStG einen Übergang des Grundstücks von einer Personengesellschaft auf eine andere Personengesellschaft fingiert, die für die Anwendung des § 1 Abs. 6 GrEStG u. a. erforderliche Erwerbidentität also nicht gegeben ist.

10. Verhältnis zu Befreiungsvorschriften

§ 1 Abs. 2 a GrEStG fingiert einen rechtsgeschäftlichen Grundstücksübergang. Dabei sind die Steuerbefreiungen des § 3 i. V. m. § 6 Abs. 3 und 4 GrEStG zu beachten.

Beispiel:

A, B und C sind Gesellschafter einer oHG. A überträgt seinen Anteil von 90 v. H. auf seinen Sohn D. B überträgt seinen Anteil von 8 v. H. auf den ihm fremden E. Auf die Übertragung des Anteils von A auf D, die zusammen mit der Anteilsübertragung von B auf E einen Grundstücksübergang nach § 1 Abs. 2 a GrEStG auslöst, ist § 3 Nr. 6 GrEStG anzuwenden. Zu besteuern sind nur 8 v. H. der Bemessungsgrundlage für die Übertragung des B auf E, da für die 2 v. H. des C § 6 Abs. 3 GrEStG anzuwenden ist, vgl. Tz. 11.

11. Verhältnis zu § 6 Abs. 3 GrEStG

In den Fällen des § 1 Abs. 2 a GrEStG ist nach der neuen Rechtslage § 6 Abs. 3 GrEStG anzuwenden, sofern der Gesellschafterbestand nicht vollständig wechselt. Es wird ein rechtsgeschäftlicher Grundstücksübergang fingiert, bei dem Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG der Wert i. S. d. § 138 Abs. 2 und 3 BewG ist. Die Steuer wird nicht erhoben, soweit der neue Anteil des in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafters dem Anteil entspricht, zu dem er am Vermögen der Gesamthand vor Gesellschafterwechsel beteiligt war.

Beispiel:

An der A & B oHG ist A mit einer Einlage von 10.000 € zu 10 v. H. und B mit einer Einlage von 90.000 € zu 90 v. H. beteiligt. B überträgt seinen Anteil auf C. Unter Kapitalaufstockung auf insgesamt 400.000 € tritt ein weiterer Gesellschafter D mit einer Einlage von 300.000 € in die Gesellschaft ein. Mit der Übertragung der Gesellschaftsanteile des B an C und dem Eintritt des Gesellschafters D gehen innerhalb von fünf Jahren im Verhältnis zum Gesellschaftsanteil des A 97,5 v. H. der Anteile der Gesellschaft nach Kapitalaufstockung auf andere Gesellschafter über. Die Steuer wird nach § 6 Abs. 3 GrEStG in Höhe von 2,5 v. H. der Bemessungsgrundlage (Wert nach § 138 Abs. 2 oder 3 BewG) nicht erhoben.

Die Voraussetzungen für die Gewährung der Vergünstigung nach § 6 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 GrEStG liegen jedoch dann nicht vor, wenn und soweit entsprechend einem vorgefassten Plan in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand die Gesamthänder ihre gesamthänderische Beteiligung völlig oder teilweise aufgeben oder sich ihre Beteiligung durch Hinzutritt weiterer Gesamthänder verringern soll (BFH, Urteile vom 24.4.1996, BStBl II, 458; vom 12.6.1996, BFH/NV, 930; vom 12.6.1996, BFH/NV 1997, 146; vom 10.3.1999, BFH/NV, 1376). Für Erwerbsvorgänge ab dem 1.1.2002 ist die Neufassung des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG zu beachten. Danach ist die Steuervergünstigung nach § 6 GrEStG insoweit zu versagen, als sich der Anteil des Gesamthänders am Vermögen der erwerbenden Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks von der einen auf die andere Gesamthand vermindert.

12. Verhältnis zu § 16 GrEStG

§ 16 GrEStG ist im Zusammenhang mit § 1 Abs. 2 a GrEStG nur dann anzuwenden, wenn alle Gesellschafterwechsel, die zu einer Verwirklichung des § 1 Abs. 2 a GrEStG geführt haben, rückgängig gemacht werden.

13. Bemessungsgrundlage

Nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG ist Bemessungsgrundlage für den fiktiven rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerb der Wert i. S. d. § 138 Abs. 2 und 3 BewG (zur Bewertung

siehe Abschnitte 124 ff. ErbStR, BStBl I Sondernr. 2/1998, 2). Die Bemessungsgrundlage ist nicht auf die Anteile der eintretenden Gesellschafter und der Altgesellschafter aufzuteilen, auch bei einer Übertragung von weniger als 100 v. H. der Anteile einer Gesellschaft ist Bemessungsgrundlage der volle Grundbesitzwert. Zur Anwendung des § 6 Abs. 1 und 3 GrEStG siehe aber die Ausführungen zu Tz. 11. Beruht die Änderung des Gesellschafterbestandes auf einem vorgefassten Plan zur Bebauung eines Grundstücks, ist der Wert des Grundstücks nach § 8 Abs. 2 Satz 2 GrEStG nach den tatsächlichen Verhältnissen im Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes maßgebend. Dies gilt nach § 23 Abs. 6 GrEStG für Erwerbsvorgänge, die nach Verkündung des Gesetzes am 31.3.1999 verwirklicht werden.

14. Steuerschuldner und Bekanntgabe des Steuerbescheids

Steuerschuldner ist in den Fällen des § 1 Abs. 2 a GrEStG die Personengesellschaft in ihrer jeweiligen Zusammensetzung (§ 13 Nr. 6 GrEStG). Der fiktive Grundstücksübergang auf eine neue Gesellschaft hat verfahrensrechtlich keinen Einfluss auf den Fortbestand der Gesellschaft. Gegen sie als Inhaltsadressaten ist der Steuerbescheid zu richten (§ 157 Abs. 1 Satz 2 AO). Bekannt zu geben ist er an die im Zeitpunkt der Bekanntgabe vertretungsberechtigten Personen

(§§ 709, 710 BGB; Hinweis auf BFH, Urteil vom 12.12.1996, BStBl II 1997, 299).

15. Anzeigepflicht

Die Anzeigepflicht nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 a GrEStG trifft die zur Geschäftsführung befugten Personen.

16. Zeitlicher Anwendungsbereich

Dieser Erlass ist vorbehaltlich der Ausführungen zu § 6 Abs. 3 GrEStG (Tz. 11) und § 8 Abs. 2 GrEStG (Tz. 13) auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31.12.1999 verwirklicht werden. § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG (Tz. 11) und § 8 Abs. 2 GrEStG (Tz. 13) sind bereits auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31.3.1999 verwirklicht werden. Zur Besonderheit der Anwendung des § 5 Abs. 3 i. V. m. § 1 Abs. 2 a Satz 3 GrEStG wird auf Tz. 7 verwiesen. § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG (vgl. Tz. 11) gilt für Erwerbsvorgänge ab dem 1.1.2002. Die gleich lautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 2 a GrEStG vom 24.6.1998 (BStBl I, 925) sind im Übrigen auf Erwerbsvorgänge, die bis zum 31.12.1999 verwirklicht worden sind, anzuwenden.

Dieser Erlass tritt an die Stelle des Erlasses vom 7.2.2000 (BStBl I, 344).

2. Link-Liste Legalisation und Apostille in den USA

Unter <http://www.travel.state.gov/authentication.html> findet sich eine nach Bundesstaaten gegliederte Adress- und Link-Liste der in den USA für Fragen zu Legalisation und Apostille zuständigen Behörden. Einige wenige Links sind allerdings schon veraltet (Hinweis von Notar Dr. Jens Eue, Bamberg).

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Friedrich Schuch, Weilheim, verstorben am 16.7.2003

2. Versetzung in den Ruhestand/Niederlegungen:

Mit Wirkung vom 1.9.2003:

Notarin Dr. Claudie Rombach, Arnstein, Niederlegung nach § 48 b

Notarin Eva Rumpf, München, Niederlegung nach § 48 b, bis ca. 31.8.2004

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.8.2003:

Burgau	dem Notar Christian Schmitt (bisher in Selb)
Nürnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Michael El-Gayar)	dem Notarassessor Christoph Schrenk (bisher in Erlangen, Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Sommerhäuser)
Rosenheim (in Sozietät mit Notar Dr. Hans-Christian Düwel)	dem Notarassessor Martin Regensburger (bisher in München, Notarstellen Prof. Dr. Geimer/ Dr. Graf v. Stosch)
Rothenburg o. d. Tauber	dem Notarassessor Dr. Marcus Bergerhoff (bisher in München, Notarstellen Pölsterl/Dr. Asam)
Vohenstrauß	dem Notarassessor Armin Riedel (bisher in München, Notarstelle Dr. Wolfsteiner)
Zusmarshausen	dem Notarassessor Martin Schmid (bisher in München, Notarstelle Wilfert-Kammer)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.8.2003:

Thomas Grund, Landshut (Notarstelle Häusler)

Rolf Metzger, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr. Aumüller/Dr. Brenner)

Dr. Martin Schwab, Landshut (Notarstelle Dr. Schervier)

Elke Worthmann, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Westermeier)

5. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Thomas Braun, Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl), wurde mit Wirkung vom 6.2.2002 promoviert

Notarassessor Thomas Kristic, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr. Aumüller/Dr. Brenner), ab 1.7.2003 in München (Notarstellen Mittenzwei/Dr. Steinbauer)

Notarassessor Dr. Steffen Limpert, Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl), ab 14.7.2003 in Arnstein (Notarstelle Dr. Rombach)

Notarassessor Tobias Aigner, Simbach am Inn (Notarstelle Dr. Stumpp), ab 1.8.2003 in München (Notarstellen v. Heynitz/Rumpf)

Notarassessor Dr. Markus Bischoff, Volkach (Notarstelle Dr. Wolf), ab 1.8.2003 in Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott; abgeordnet zur Verwaltung der Notarstelle Schmitt in Selb)

Notarassessor Thomas Zöpfl, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer; derzeit im Sonderurlaub), ab 1.8.2003 in Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler)

Notarassessor Dr. Manuel Strasser, Landshut (Notarstelle Häusler), ab 25.8.2003 in München (Notarstellen Kelch/Dr. Keller)

Notarassessor Jürgen Schlögel, Kelheim (Notarstelle Lebert), ab 1.9.2003 in München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/Dr. Götte)

Notarassessor Peter Eckersberger, Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornexl), ab 18.9.2003 in Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Oberinspektor i. N. Oliver Günther Mann, Bad Dürkheim (Notarstellen Unkrich/Holland), ab 15.5.2003 in Grünstadt (Notarstelle Notariatsverwaltung Dr. Philippsen)

Inspektorin i. N. Helga Bunk, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard), ab 1.7.2003 in Zusmarshausen (Notarstelle Schmid)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektorin i. N. Angelika Schusser, derzeit im Sonderurlaub, eigene Kündigung zum 31.8.2003

Oberinspektorin i. N. Petra Querfeld, Münchberg (Notarstelle Grötsch), eigene Kündigung zum 30.9.2003

Oberinspektor i. N. Thomas Scheck, Prien am Chiemsee (Notarstelle Dr. v. Daumiller/Dr. Rieger), eigene Kündigung zum 30.9.2003

Sonstiges:

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Dachau, Notarstelle Land, Frühlingstraße 16, 85221 Dachau.

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

Veranstaltungen des DAI

- | | |
|---|---|
| <p>1. Vollstreckungsfeste Vertragsgestaltung
(<i>Amann, Wagner, Morvilius</i>)
5.–6.9.2003 in Kiel</p> <p>2. Der Unternehmenskauf in der notariellen Praxis
(<i>Elsing, Heckschen, Pospich</i>)
12.9.2003 in Hamburg
13.9.2003 in Stuttgart</p> <p>3. Wohnungseigentum und Wohnungserbbaurecht
(<i>Albrecht, Langhein, Rapp, Volk</i>)
12.–13.9.2003 in Mainz</p> <p>4. 1. Jahresarbeitsstagung des Notariats
(<i>Krüger, Amann, Fischer, Basty, Kurzweilly u. a.</i>)
18.–20.9.2003 in Würzburg</p> <p>5. Intensivkurs Bauträgervertrag
(<i>Basty, Blank, Thode</i>)
25.–27.9.2003 in Bremen</p> <p>6. Aktienrecht in der notariellen Praxis
(<i>Priester, Krieger, Henze, Hommelhoff</i>)
26.–27.9.2003 in Berlin</p> <p>7. Vermögensnachfolge im Zivil- und Steuerrecht
(<i>Spiegelberger</i>)
2.–4.10.2003 in Fischbachau</p> <p>8. Intensivkurs Erbrecht
(<i>Frenz, Nieder, Kössinger</i>)
9.–11.10.2003 in Kiel</p> | <p>9. Sozialrechtliche Fragen bei Grundstücksübertragungen
(<i>Krauβ</i>)
11.10.2003 in Homburg/Saar
18.10.2003 in Bremen</p> <p>10. Praktikertagung Aktuelle Notarkostenfragen
(<i>Schmidt, Tiedtke</i>)
11.10.2003 in Münster</p> <p>11. Grundstückskaufverträge nach der Schuldrechtsreform
(<i>Krauβ</i>)
17.10.2003 in Bochum</p> <p>12. Die Stiftung im Zivil- und Steuerrecht
(<i>Thiel, Spiegelberger, Wachter, Wochner</i>)
18.10.2003 in Köln</p> <p>13. Intensivkurs zu Ehegattenverträgen
(<i>Langenfeld, Riemann</i>)
23.–25.10.2003 in Bad Kreuznach</p> <p>14. Intensivkurs Gesellschaftsrecht
(<i>Langenfeld, Spiegelberger</i>)
6.–8.11.2003 in Bad Kissingen</p> <p>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 (bzw. Fachinstitut für Steuerrecht), Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail (Fachinstitut für Notare): notare@anwaltsinstitut.de.</p> |
|---|---|

NEUERSCHEINUNGEN

1. *Abel*: Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz. 2. Aufl., Beck, 2003. 433 S., 49 €
2. *Bärman/Pick/Merle*: Wohnungseigentumsgesetz. 9., völlig neu bearb. Aufl., Beck, 2003. 1 828 S., 124 €
3. *Häublein*: Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht. Beck, 2003. 317 S., 29 €
4. *Koller/Roth/Morck*: Handelsgesetzbuch. 4. Aufl., Beck, 2003. 1 146 S., 49 €
5. *Lwowski*: Kreditsicherheiten. 8., Neubearb. Aufl., Erich Schmidt, 2003. 152 S., 18,60 €
6. *Müther*: Das Handelsregister in der Praxis. Dt. Anwalt-Verl., 2003. 296 S., 35 €
7. *Schulte-Nölke/Frenz/Flohr* (Hrsg.): Formularbuch Vertragsrecht. ZAP-Verlag, 2003. 1 632 S.+CD-ROM, 102 €
8. *Schwab*: Die Nachgründung im Aktienrecht: Tatbestand, Rechtsfolgen und Verfahren. Duncker & Humblot, 2003. 329 S., 76 €
9. *Semler/Volhard*: Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung. 2. Aufl., Beck, 2003. 1 109 S., 98 €
10. *Winkler*: Beurkundungsgesetz. 15., Neubearb. Aufl., Beck, 2003. 713 S., 90 €

1. BGH: Unzulässige Vermischung der Sicherheiten nach MaBV

(MaBV §§ 3, 7)

Eine Vermischung der Sicherheiten des § 3 MaBV und des § 7 MaBV in der Form, dass sich eine Bürgschaft nach § 7 MaBV mit Baufortschritt reduziert, ist unzulässig.

(Urteil vom 6.5.2003, XI ZR 33/02)

2. BayObLG: Keine Anfechtbarkeit der Eintragungsbewilligung

(GBO § 19, BGB § 119)

1. Die Eintragungsbewilligung ist eine rein verfahrensrechtliche Erklärung und als solche nicht anfechtbar.

2. Ein Rechtsirrtum berechtigt nicht zur Anfechtung.

(Beschluss vom 27.3.2003, 2Z BR 18/03)

3. OLG Hamm: Beschwerdebefugnis bei Ablehnung der Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens

(FGG §§ 20 Abs. 1, 144 a)

Gegen die Ablehnung der Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens steht dem Gegner der eingetragenen GmbH in einem noch anhängigen Zivilprozess ein Recht zur Beschwerde nicht zu.

(Beschluss vom 13.3.2003, 15 W 56/03)

4. KG: Widersprüchliche Kostenverteilungsregelungen in der Teilungserklärung

(WEG §§ 16 II, 28 I, III, V)

1. Sind in der Teilungserklärung unklare Regelungen betreffend die Bewirtschaftungskosten (hier: Gartenpflegekosten) von Sondernutzungsflächen enthalten, fehlen insbesondere jegliche Zahlenangaben zu den anteiligen Flächen und kann diese Regelung deshalb nicht praktiziert werden, so ist der gesetzliche Kostenverteilungsschlüssel nicht wirksam abbedungen.

2. Bis zu einer zahlenmäßigen Neufestlegung der Gartenpflegekosten durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer oder – falls die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind – durch ersetzende rechtskräftige gerichtliche Entscheidung hat der Verwalter in Jahresabrechnungen und Wirtschaftsplänen den in der Teilungserklärung vorgesehenen allgemeinen bzw. den gesetzlichen Kostenschlüssel anzuwenden.

(Beschluss vom 28.4.2003, 24 W 364/01)

5. KG: Ersatzfähigkeit vorprozessual entstandener Rechtsverfolgungskosten

(WEG §§ 43 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4, 47 Satz 2, pVV)

1. Verletzt der WEG-Verwalter seine Pflichten aus § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG, § 665 BGB, Eigentümerbeschlüsse weisungsgemäß auszuführen, steht der Anspruch auf weisungsgemäße Ausführung und ggf. auf Schadensersatz nur der Gemeinschaft, nicht dem einzelnen Wohnungseigentümer zu (BGHZ 106, 222).

2. Ein Individualanspruch für den einzelnen Wohnungseigentümer auf Schadensersatz (BGHZ 115, 223) kann auch nicht daraus abgeleitet werden, dass ein einzelner Wohnungseigentümer den Verwalter unbefugt abmahnt und die ihm daraus entstehenden Anwaltskosten geltend macht.

(Beschluss vom 12.5.2003, 24 W 279/02)

6. BGH: Zeitlicher Anwendungsbereich des § 19 a Abs. 2 Satz 2 BNotO

(BNotO § 19 a)

§ 19 a Abs. 2 Satz 2 BNotO ist nicht auf einen Versicherungsfall anzuwenden, der sich vor dem Inkrafttreten dieser Bestimmung (1. März 1999) ereignet hat.

(Urteil vom 19.3.2003, IV ZR 233/01)

7. BGH: Auszahlung vom Anderkonto vor Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung

(BNotO §§ 19, 23)

Weist die den Kauf eines Erbbaurechts finanzierende Bank den Urkundsnotar an, die auf ein Anderkonto des Notars überwiesene Darlehensvaluta erst auszuzahlen, wenn die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch „sichergestellt“ ist, so verletzt der Notar den mit der Bank bestehenden Treuhandauftrag, wenn er die Darlehenssumme auszahlt, obwohl die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts nicht vorliegt. Dies ist auch dann nicht anders zu beurteilen, wenn in dem vom Notar beurkundeten Kaufvertrag ausdrücklich bestimmt ist, dass die Fälligkeit des Kaufpreiszahlungsanspruchs nicht von der Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängen soll.

(Urteil vom 8.5.2003, III ZR 294/02)

8. BGH: Einreden aus dem Sicherungsvertrag gegen den Grundschuldanspruch nach Zwangsversteigerung

(BGB §§ 1157, 1169, 1192 Abs. 1; ZVG §§ 180, 53 Abs. 2)

Der Ersteher eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung, der aus einer bestehen gebliebenen Grundschuld dinglich in Anspruch genommen wird, kann dem Grundschuldgläubiger grundsätzlich keine Einreden entgegensetzen, die sich aus dem zwischen dem früheren Eigentümer (Sicherungsgeber) und dem Gläubiger (Sicherungsnehmer) abgeschlossenen Sicherungsvertrag ergeben.

(Urteil vom 21.5.2003, IV ZR 452/02)

9. OLG Hamm: Zu den Voraussetzungen eines Idealvereins

(BGB § 21)

Der Verein verfolgt auch dann einen ideellen Zweck, wenn seine satzungsgemäße Tätigkeit sich als Ausschnitt der Förderung eines übergeordneten Zwecks eines Dachvereins darstellt (Reisedienst des Kollpingwerkes).

(Beschluss vom 18.2.2003, 15 W 427/02)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F