

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar Achim Falk,  
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Heidelberg

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

**2/2004**

März/April  
Seiten 25–48

## Inhalt

### Abhandlungen

*Bachmayer*  
Mietrecht in der notariellen Praxis . . . . . 25

*Krauß*  
Die „Reform“ zur Einschränkung  
der Betreuung . . . . . 33

**Rechtsprechung** . . . . . 36

**Buchbesprechungen** . . . . . 46

### **BWNotZ-Inhaltsverzeichnis und Einbanddecke 2002/2003**

Das Inhaltsverzeichnis für die BWNotZ-Jahrgänge 2002/2003 liegt diesem Heft bei. Einbanddecken können bei der Geschäftsstelle des Württembergischen Notarverein e.V. bestellt werden.

Der Preis pro Einbanddecke beträgt 11,- EUR. Weitere Informationen können den diesem Heft beigefügten Bestellhinweisen entnommen oder bei der Geschäftsstelle erfragt werden.

## Mietrecht in der notariellen Praxis

Von Christian Bachmayer, Württ. Notariatsassessor, Heilbronn

(Fortsetzung von Heft 1/2004)

### D. Mietervorkaufsrecht, Kündigungsbeschränkung bei Umwandlungen, §§ 577, 577 a BGB

#### 1. Übernahme mit Änderungen

a) Das Mietervorkaufsrecht gem. § 570b a.F. = § 577 n.F. ist durch Art. 4 Nr. 7 des Mietrechtsänderungsgesetzes vom 21. Juli 1993 in das BGB aufgenommen worden und am 01. September 1993 in Kraft getreten. Im ursprünglichen Gesetzesentwurf zum 4. Mietrechtsänderungsgesetz war das Mietervorkaufsrecht noch nicht enthalten, sondern ist erst auf den Vorschlag des Bundesrates in der Stellungnahme zum Gesetzentwurf aufgenommen worden. Das Mietervorkaufsrecht gem. § 570b = § 577 ist aber nicht ohne Vorbild. Es lehnt sich stark an das bis zum 1. Januar 2002 geltende Vorkaufsrecht nach § 2b WoBindG an.

b) Das Wohnungsbindungsgesetz (WoBindG) ist zum 1. Januar 2002 aufgehoben worden, so dass nunmehr für alle entsprechenden Fälle nur noch das Vorkaufsrecht gem. § 577 zur Anwendung kommt. Wegen einer eventuellen Konkurrenzproblematik bei zeitlich gestreckten Fällen sei auf das DNotI-Gutachten vom 28. Mai 2002<sup>74</sup> verwiesen.

c) Durch das Mietrechtsreformgesetz hat das Vorkaufsrecht, wie dargestellt, nur geringfügige Änderungen erfahren. Der Kreis der Personen, bei denen ein Vorkaufsrecht (im Falle einer Veräußerung an diese) ausgeschlossen ist, wurde ebenso wie bei der Kündigung wegen Eigenbedarfs neu formuliert. Die in der Praxis bestehende Streitfrage über die Form der Ausübung des Vorkaufsrechts wurde dahin geregelt, dass Schriftform erforderlich ist. Nur klarstellend wurde in das Gesetz eingefügt, dass, soweit in § 577 keine besonderen Regelungen enthalten sind, die allgemeinen Bestimmungen über den Verkauf gelten. Schließlich ergibt sich durch die Änderung der eintrittsberechtigten Personen bei Tod des Mieters mittelbar eine Änderung auch beim Übergang des Vorkaufsrechts bei Tod des Mieters.

d) Das Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnversorgung hat gegenüber der bisherigen Regelung in § 564b a.F. weitergehende Möglichkeiten der Kündigungssperre nach Umwandlung von Wohnraum im Raumeigentum enthalten. Diese Regelungen wurden nunmehr, neben den schon bisher bestehenden Regelungen, mit geringfügigen Änderungen in das BGB übernommen.

#### 2. Das Mietervorkaufsrecht nach § 577 BGB

a) Tatbestandliche Voraussetzungen

(1) „Wohnraum“

(a) Im Gegensatz zu dem eben behandelten Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis ist beim Mietervorkaufsrecht die Definition des Wohnraums durchaus wichtig. § 578 verweist nämlich weder wegen der Grundstücksmitte noch wegen der sonstigen Raummiete (insbesondere Gewerberaummitte) auf § 577, so dass solchen Mietverhältnissen kein Vorkaufsrecht entsteht.

(b) „Vermietete Wohnräume“ ist nach ganz herrschender Meinung nicht im engeren, wörtlichen Sinne zu verstehen. In der Regel umfasst die Mietsache „Wohnung“ auch nicht zum eigentlichen Wohnen dienende Nebenräume wie Keller, Dachboden sowie ggf. eine Garage. In diesen Fällen ist sicherlich auf die Wohnung als Ganzes abzustellen. Die Abgrenzung wird ähnlich wie beim Wohnungseigentum selbst vorzunehmen sein, wo richtiger Auffassung nach auch dann nur Wohnungseigentum (und nicht Wohnungs- und Teileigentum) vorliegt, wenn die betreffende Einheit auch die eben genannten Nebenräume umfasst<sup>75</sup>.

Auch eine gemischte oder teilgewerbliche Nutzung schließt die Anwendung des Mietervorkaufsrechts nicht aus. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Norm ist vor allem auf die Mieterbelange abzustellen. Unmaßgeblich ist daher, wie die betreffende Einheit künftig im Grundbuch bezeichnet wird (Wohnungs- oder Teileigentum), oder ob sie nach der Aufteilung nicht mehr zu Wohnzwecken dienen soll. Ausschlaggebend ist allein die tatsächliche bzw. überwiegend tatsächliche Nutzung durch den Mieter<sup>76</sup>. Weiter von Bedeutung ist die Regelung im Mietvertrag: liegt nach Ansicht oder ausdrücklicher Vereinbarung der Beteiligten ein einheitliches Mietverhältnis über eine „Wohnung“ vor, oder sind ggf. getrennte Mietverhältnisse (z.B. über eine Wohnung im 1. OG und Büroräume im 2. OG) gegeben?

(c) Vor diesem Hintergrund der „Einheitlichkeit des Mietverhältnisses“ ist auch die Einbeziehung von mitvermieteten Garagen oder Stellplätzen im Freien zunächst unproblematisch. Fraglich ist jedoch, wie dies zu behandeln ist, wenn eine Anmietung erst später oder durch separaten Mietvertrag erfolgt. Auch insoweit wird man jedoch im Sinne einer Einheitlichkeit des Mietverhältnisses auf den Willen der Beteiligten abstellen müssen. Wenn hiernach auch für die später hinzugekommenen Vertragsgegenstände die Vorschriften über die Wohnraummitte gelten sollen (z.B. hinsichtlich der Kündigungsbeschränkung, Kündigungsfristen, Einheitlichkeit der Miete und dergleichen) sind diese auch von einem Mietervorkaufsrecht mit erfasst<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Staudinger/Sonnenschein, BGB, 13. Bearbeitung 1997, § 570 b RN 8 m.w.N.

<sup>76</sup> Wirth, MittBayNot 1998 S. 9

<sup>77</sup> Wirth a.a.O. (Fn. 76), Staudinger/Sonnenschein a.a.O. (Fn. 75)

<sup>74</sup> Dokumentnummer 11258

## (2) Identität von aufteilendem Eigentümer und Vermieter

(a) Anders als beim Eintritt des Erwerbers gem. § 566 ist beim Mietervorkaufsrecht auch keine Identität zwischen aufteilendem Eigentümer und Vermieter erforderlich. Dies liegt offen auf der Hand bei der Aufteilung gem. § 3 WEG, wenn die Mietverhältnisse bereits vor der Aufteilung durch den jeweiligen künftigen Alleineigentümer als Vermieter abgeschlossen waren. In diesem Fall liegen mehrere Mietverhältnisse mit unterschiedlichen Vermietern vor. Die Aufteilung erfolgt jedoch durch alle Eigentümer insgesamt, so dass man hinsichtlich des einzelnen Mietverhältnisses nicht von einer Identität zwischen aufteilendem Eigentümer und Vermieter sprechen kann. Dennoch entsteht zweifellos das Mietervorkaufsrecht bei einer nachfolgenden Veräußerung.

(b) Nach Staudinger/Sonnenschein a.a.O.<sup>78</sup> kommt ggf. auch ein Mietervorkaufsrecht in der Person des Untermieters in Betracht.

Normalerweise wird durch § 577 nur der Hauptmieter geschützt. Nach Staudinger/Sonnenschein a. a. O. soll dies jedoch anders sein, wenn es sich um einen gewerblichen Zwischenvermieter handle. Begründet wird dies damit, dass für den gewerblichen Zwischenmieter der Mietvertrag kein Mietverhältnis über Wohnraum, sondern über ein Gewerbeobjekt darstelle. In diesem Fall schütze § 577 unmittelbar den Untermieter.

Richtiger dürfte es sein, auf den Schutzzweck der Norm abzustellen. Durch das Mietervorkaufsrecht soll verhindert werden, dass der Wohnungsmieter als Nutzer von Wohnraum infolge der Umwandlung „aus seiner Wohnung vertrieben wird“ (Stichwort: Luxussanierungen). Im Fall der gewerblichen Zwischenvermietung kommt dieser Schutzzweck ersichtlich nur in der Person des Untermieters zum Tragen.

## (3) „Überlassung“

(a) Ähnlich wie § 566, stellt auch die Anwendbarkeit des § 577 darauf ab, dass dem Mieter der Wohnraum bereits überlassen worden ist. Auch insoweit ist der Begriff derselbe wie in § 566 und in § 535, so dass zunächst auf die obigen Ausführungen zum Eintritt in das Mietverhältnis verwiesen werden kann.

(b) Nicht notwendig ist, dass der Mieter den Wohnraum noch bewohnt. Hat der Mieter den Wohnraum (z.B. im Abwicklungsstadium eines Mietverhältnisses) bereits verlassen, kommt dennoch ein Mietervorkaufsrecht zur Entstehung.

Ein Mietervorkaufsrecht soll auch für den geschiedenen Ehegatten nach dem Auszug aus der gemeinsam angemieteten Ehwohnung entstehen, solange nicht über das Mietverhältnis im Hausratsverfahren oder durch Vereinbarungen mit dem Vermieter zu Gunsten des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten entschieden ist<sup>79</sup>.

(c) Problematisiert wird der Fall, dass die Überlassung an den Mieter zwischen der Beurkundung der Teilungserklärung und deren grundbuchlichen Vollzug erfolgt. In diesem Fall könnte man bei enger Auslegung des § 577 zu dem Schluss kommen, dass weder die erste Tatbestandsalternative („Wohnungseigentum begründet worden ist“) noch die zweite („Wohnungseigentum begründet werden soll“) erfüllt ist, so dass ein Mietervorkaufsrecht nicht zur Entstehung gelange<sup>80</sup>.

Richtigerweise besteht eine Schutzlücke jedoch nicht. Wenn man die zweite Tatbestandsalternative („soll“) nicht nur dahin versteht, dass es sich um die (innere) Einstellung des Eigentümers handelt, sondern auch um die technische Realisierung, so wird man nach Beurkundung der Teilungserklärung, aber vor deren Vollzug, unschwer dahin kommen, dass immer noch Wohnungseigentum begründet werden soll. Der überwiegenden Meinung, dass auch in diesem Fall vor dem Hintergrund des Gesetzeszwecks ein Mietervorkaufsrecht besteht<sup>81</sup>, ist zu folgen.

## (4) „Begründung von Wohnungseigentum“

Wie soeben dargestellt, kennt § 577 zwei Tatbestandsalternativen, nämlich die, dass nach der Überlassung Wohnungseigentum begründet worden ist, und die, dass nach der Überlassung Wohnungseigentum begründet werden soll.

(a) Unproblematisch dürfte der Fall sein, dass Wohnungseigentum bereits begründet worden ist. Auch die Fälle, in denen die Teilungserklärung bereits beurkundet, aber noch nicht grundbuchlich vollzogen ist, fallen richtiger Ansicht nach in den Anwendungsbereich des § 577, so dass in diesen Fällen ein Mietervorkaufsrecht besteht.

(b) Fraglich ist jedoch, was Voraussetzung des Mietervorkaufsrechts ist, wenn nur Wohnungseigentum „begründet werden soll“.

- Unzweifelhaft ist, dass eine reine innere Absicht des Eigentümers nicht genügt. Die Tatsache, dass eine Aufteilungsabsicht bestanden hat und damit ein Mietervorkaufsrecht gegeben ist, wäre in dem entsprechenden Sachverhalt freilich auch kaum zu beweisen. Spätestens nach vollzogener Aufteilung und späterem Verkauf greift jedenfalls die erste Tatbestandsalternative ein.

- Umstritten ist hingegen, wie weit Vorbereitungshandlungen gediehen sein müssen, um zur Anwendbarkeit der zweiten Tatbestandsalternative des § 577 zu kommen. Sicherlich ausreichend ist die Einholung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung sowie eines abgestempelten Aufteilungsplans; bereits die entsprechende Antragstellung muss genügen. Bereits das bloße Anfertigen des Aufteilungsplans kennzeichnet eine Aufteilungsabsicht und muss daher für die Anwendung des § 577 ausreichend sein. Richtiger Ansicht nach ist wohl jede irgendwie dokumentierte, ernstliche Aufteilungsabsicht ausreichend<sup>82</sup>. Es würde daher bereits genügen, dass in einem Kaufvertrag an mehrere Erwerber die Klausel enthalten ist, dass nach der Umschreibung eine Aufteilung erfolgen soll.

- Gerade in den letztgenannten Fällen der sehr vagen Aufteilungsabsicht wird aber mit der auf das Vorkaufsrecht nach § 577 uneingeschränkt anzuwendenden Rechtsprechung zu § 2 WoBindG gefordert, dass die einzelnen zu bildenden Sondereigentumseinheiten bereits hinreichend konkretisiert sind. Ein Mietervorkaufsrecht und damit ein klag- und durchsetzbarer Anspruch auf Übereignung einer bestimmten Wohnung kann nur bestehen, wenn diese bereits hinreichend abgegrenzt ist. Es kann nicht sein, dass der Mieter nach Ausübung des Vorkaufsrechts den Umfang seines Anspruchs (Miteigentumsanteil, Kaufpreis, vom Sondereigentum umfasste Räume, Gemeinschaftseigentum etc.) selbst festlegen kann<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> § 570b RN 9 ff.

<sup>79</sup> Staudinger/Sonnenschein a.a.O. (Fn. 75), § 577 b RN 13 m.w.N.

<sup>80</sup> vgl. Langhein DNotZ 1993, 656, Wirth a.a.O. (Fn. 76) S. 11

<sup>81</sup> Staudinger/Sonnenschein a.a.O. (Fn. 75), § 570b RN 20

<sup>82</sup> Staudinger/Sonnenschein a.a.O. (Fn. 75), § 570b RN 19; enger: Götz, BWNotZ 2000, 10

<sup>83</sup> Wirth a.a.O. (Fn. 76), S. 11, im Ergebnis ebenso Götz a.a.O. (Fn. 82) S. 10

In dem in der Praxis häufig vorkommenden Fall, dass ein mehrere Wohnungen umfassendes Objekt an mehrere Eigentümer verkauft wird, welche Aufteilungsabsicht haben, wird zur Vermeidung des Vorkaufsrechts vorgeschlagen, dass im Kaufvertrag eine genaue Beschreibung dieser Wohnungen und damit deren Konkretisierung vermieden wird<sup>84</sup>. Dies kann freilich nur vordergründig helfen, da jedenfalls nach erfolgter Aufteilung der nächste Verkauf das Mietervorkaufsrecht auslöst. Im übrigen scheidet der Vorschlag häufig in der Praxis schon aus steuerlichen Gründen. Die Erwerber wollen zur Geltendmachung steuerlicher Vorteile (Eigenheimzulage und dergl.) oder wegen ihrer unterschiedlichen Finanzierung im Vertrag festgehalten wissen, wem künftig welche Wohnung zugedacht wird, und wie sich der Gesamtpreis auf die einzelnen Wohnungen verteilt. Auch sind die Miteigentumsanteile der einzelnen Erwerber in der Regel bereits auf die künftige Aufteilung bemessen. Damit ist die hinreichende Konkretisierung gegeben und ein Vorkaufsfall ausgelöst.

#### b) Ausschluss des Vorkaufsrechtes

(1) Fraglich ist, ob im Abwicklungsstadium eines Mietverhältnisses auch ein Vorkaufsrecht entsteht. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jedenfalls solange der Mietvertrag noch nicht voll beendet ist, ein Mietervorkaufsrecht in Betracht kommt.

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass jedenfalls dann, wenn das Mietverhältnis bereits von der Mieterseite aus gekündigt wurde, ein Mietervorkaufsrecht nicht mehr ausgelöst werden könne. Richtigerweise ist dies jedoch zu verneinen, da sich für diese Auffassung im Gesetz keine Stütze findet und auch der Gesetzgeber anlässlich der Reformierung des Mietrechts keine entsprechende Klarstellung in das Gesetz aufgenommen hat. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Norm ist daher bis zur Vollbeendigung des Mietverhältnisses stets mit der Auslösung eines Mietervorkaufsrechts zu rechnen<sup>85</sup>.

(2) Gemäß § 577 Abs. 1 S. 2 ist das Mietervorkaufsrecht ausgeschlossen, wenn der Vermieter die Wohnräume an einen Familienangehörigen oder an einen Angehörigen seines Haushalts verkauft. Dies entspricht (mit Ausnahme des Benötigens für sich selbst, welches hier logischerweise keine Rolle spielen kann) dem Personenkreis, der den Vermieter auch zur Eigenbedarfskündigung berechnigen würde. In den Gesetzentwürfen vor Inkrafttreten des § 570b a.F. war daher auch eine entsprechende Verweisung auf die Eigenbedarfskündigung enthalten. Dies ist jedoch so nicht Gesetz geworden.

Das bedeutet, dass zwar hinsichtlich der in Betracht kommenden Personen die gleichen Maßstäbe anzulegen sind wie bei der Kündigung wegen Eigenbedarfs; diese wurden bereits dargestellt. Um ein Mietervorkaufsrecht auszuschließen, ist es aber nicht notwendig, dass die berechtigten Personen das Objekt nach der Übertragung auch selbst nutzen wollen, wie dies bei der Eigenbedarfskündigung der Fall ist. Unabhängig von der beabsichtigten Nutzung durch den Erwerber ist daher ein Mietervorkaufsrecht bei Veräußerung an Familien- oder Haushaltsangehörige generell ausgeschlossen. Umgehungsgeschäften (Verkauf an den Sohn zur Vermeidung eines Vorkaufsrechts, Weiterverkauf durch diesen) kann über § 242 begegnet werden.

(3) § 577 Abs. 1 S. 3 verweist nunmehr ausdrücklich auf die Vorschriften über den Vorkauf. Bei diesem wird seit jeher vertreten, dass ein Vorkaufsrecht ausgeschlossen ist, wenn der Verkauf nicht an einen fremden Dritten erfolgt. Dies ist bei Mietervorkaufsrecht nicht anders. Verkauft daher ein Miteigentümer seinen ideellen Anteil an einer Wohnung an einen anderen Miteigentümer, so ist ein Vorkaufsrecht des Mieters grundsätzlich ausgeschlossen.

Dies gilt freilich nicht, wenn, nach erfolgter Aufteilung, ein Wohnungseigentümer seine neue Einheit an einen anderen Eigentümer derselben Anlage veräußert. Das Wohnungseigentum ist gegenüber dem bloßen Bruchteilseigentum soweit selbstständig, dass hier von einem Verkauf an einen Dritten auszugehen ist.

(4) Durch die Verweisung auf den Vorkauf kommt auch § 471 zur Anwendung, wonach ein Vorkaufsrecht ausgeschlossen ist, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder aus einer Insolvenzmasse erfolgt. Dies hat also auch beim Mietervorkaufsrecht zu gelten. Der Heranziehung des § 470 (Verkauf an einen gesetzlichen Erben) über die Verweisung in § 577 bedarf es jedoch nicht, da § 577 Abs. 1 S. 2 (Verkauf an Angehörige) insoweit eine speziellere und weitergehende Regelung enthält.

(5) Umstritten ist, inwieweit der Mieter auf das Vorkaufsrecht verzichten kann.

Fraglos kann der Mieter nach Eintritt des Vorkaufsfall und Mitteilung gem. § 469 auf das Vorkaufsrecht verzichten. Zu diesem Zeitpunkt ist das Vorkaufsrecht bereits entstanden und läuft die Ausübungsfrist. Damit ist der Mieter nicht mehr schutzbedürftig<sup>86</sup>.

Demgegenüber wird ein Verzicht des Mieters vor Eintritt des Vorkaufsfall für unzulässig gehalten. Während beim rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht gem. §§ 463ff. anerkannt ist, dass der Vorkaufsberechtigte bereits vor Eintritt des Vorkaufsfall durch Erlassvertrag auf sein Recht verzichten kann, wird dies bei Mietervorkaufsrecht im Hinblick auf § 577 Abs. 5 verneint<sup>87</sup>. Dies gilt nicht nur für einen generellen Verzicht des Mieters (z.B. bereits im Mietvertrag), sondern auch für den Fall, dass sich die Verkaufsabsichten bereits konkretisiert haben und dem Mieter die entsprechende Wohnung bereits vorab zum Kauf angeboten wurde.

(6) Nach h.M. stellt § 577 kein Vorkaufsrecht für jeden Verkauf dar, sondern nur ein Vorkaufsrecht für den ersten Verkauf. Der BGH hat entschieden, dass ein Verkauf, der einer (nicht zum Vorkauf berechtigenden, § 471) Zwangsversteigerung nachfolgt, kein Mietervorkaufsrecht auslöst<sup>88</sup>. Damit sind natürlich wie beim rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht Umgehungsmöglichkeiten eröffnet, nämlich z.B., wenn die erste Veräußerung kein Verkauf, sondern eine Schenkung oder Ausstattung ist, welcher ein Verkauf nur nachfolgt. Nach Ansicht des BGH a.a.O. kann solchen Umgehungsgeschäften über § 242 begegnet werden<sup>89</sup>. Götz a.a.O. tendiert jedoch jedenfalls zwischen den Zeilen für ein Vorkaufsrecht für den ersten Verkauf, für den es ausgeübt werden kann.

<sup>84</sup> Wirth a.a.O. (Fn. 76), zweifelnd Götz a.a.O. (Fn. 82) S. 12

<sup>85</sup> Wirth a.a.O. (Fn. 76) S. 10

<sup>86</sup> Wirth a.a.O. (Fn. 76) S. 14 m.w.N. auch zu abweichenden Ansichten

<sup>87</sup> Wirth a.a.O. (Fn. 76) m.w.N.

<sup>88</sup> BGH DNotI-Report 1999, Seite 112

<sup>89</sup> siehe auch Götz a.a.O. (Fn. 82) S. 12

## c) Sonstige Regelungen, Rechtsfolgen

## (1) Verweisung auf Vorkauf

Wie dargestellt, verweist § 577 Abs. 1 S. 3 nunmehr klarstellend auf die Vorschriften zum Vorkauf, §§ 463ff., ohne dass hiermit eine Änderung der Rechtslage verbunden ist.

(a) Verwiesen ist damit unter anderem auf die Vorschrift § 469 über die Ausübungsfrist; wie beim normalen Vorkaufsrecht über Grundstücke beträgt die Ausübungsfrist auch hier zwei Monate.

(b) Die Verweisung in § 577 Abs. 1 Satz 3 erfasst auch die Mitteilungspflicht gem. § 469 Abs. 1. Hiernach hat entweder der Verkäufer oder der Erwerber dem Mieter den Inhalt des Kaufvertrags unverzüglich mitzuteilen; erst durch diese Mitteilung wird die Ausübungsfrist gemäß § 469 Abs. 2 in Gang gesetzt.

Nach der gesetzlichen Regelung ist nur der Verkäufer zur Mitteilung verpflichtet, nicht aber der Käufer. Er kann freilich diese Verpflichtung des Verkäufers im Kaufvertrag übernehmen<sup>90</sup>. Die Mitteilung ist keine Willenserklärung, sondern eine reine Wissenserklärung. Eine bestimmte Form ist für die Mitteilung nicht vorgeschrieben, so dass diese auch formlos möglich ist. Freilich wird, da der Zugang der Mitteilung beim Mieter die Ausübungsfrist für das Vorkaufsrecht auslöst, aus Beweissicherungsgründen eine strengere Form angezeigt sein.

Mitzuteilen ist der Inhalt des Kaufvertrages. Da mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes ein zweiter Kaufvertrag mit demselben Inhalt zustande kommt, umfasst die Mitteilungspflicht den gesamten Inhalt des Kaufvertrages<sup>91</sup>. Mitzuteilen ist auch eine eventuelle Genehmigungsbedürftigkeit des Vertrages. Da die Mitteilungspflicht (und das Vorkaufsrecht) erst durch einen wirksamen Kaufvertrag ausgelöst wird, trifft den Verkäufer die Mitteilungspflicht erst, wenn die für die Rechtswirksamkeit des Vertrages erforderlichen Genehmigungen vorliegen und der Vertrag wirksam geworden ist. Nicht mitgeteilt werden müssen solche Genehmigungen, die nur für den Vollzug erforderlich sind<sup>92</sup>. Am einfachsten wird die Mitteilungspflicht dadurch erfüllt, dass dem Vorkaufsberechtigten eine Vertragsabschrift einschließlich der Genehmigungen zugeleitet wird.

Die Mitteilung über den Abschluss des Kaufvertrages löst zwar die Ausübungsfrist für das Vorkaufsrecht aus, ist jedoch nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für dieses. Der Vorkauf kommt daher auch dann zustande, wenn der Berechtigte von seinem Recht Gebrauch macht, ohne dass ihm der Vertrag mitgeteilt wurde<sup>93</sup>.

(2) Neben den vorstehenden Auswirkungen der Verweisung auf die Vorschriften zum Vorkauf sind in § 577 weitergehende Regelungen enthalten.

(a) Nach § 577 Abs. 2 ist die Mitteilung über den Inhalt des Kaufvertrages mit einer Unterrichtung des Mieters über sein Vorkaufsrecht zu verbinden.

Umstritten ist, ob hierfür ein bloßer Hinweis auf die gesetzliche Regelung genügt<sup>94</sup>. Richtiger Ansicht nach kann dies jedoch nicht ausreichen. Das Gesetz verlangt die „Unterrichtung“ des Mieters über sein Vorkaufsrecht, so dass man wird fordern müssen, dass der Mieter über das Bestehen des Vorkaufsrechtes, die Ausübungsfrist und die Form der Ausübung aufgeklärt wird<sup>95</sup>.

Nach dem Gesetz ist die Unterrichtung des Mieters mit der Mitteilung über den Inhalt des Kaufvertrages zu verbinden. Richtigerweise ist hierunter eine zeitliche Verbindung zu verstehen, so dass die Unterrichtung über das Vorkaufsrecht zeitgleich mit der Mitteilung über den Inhalt des Kaufvertrages erfolgen muss. Eine körperliche Verbindung dergestalt, dass bei Übermittlung der Kaufvertragsabschrift auch eine schriftliche Unterrichtung über das Vorkaufsrecht abgefasst und mit der Vertragskopie verbunden werden müsste, kann nicht gefordert werden<sup>96</sup>, wenngleich dies in der Praxis aus Beweisgründen ratsam erscheint.

(b) Über die Form der Ausübung des Vorkaufsrechtes bestand im Schrifttum lange Zeit Streit. Aus der Verweisung auf die allgemeinen Bestimmungen über das Vorkaufsrecht war abzuleiten, dass die Ausübung keiner Form bedarf (§ 464 Abs. 1 S. 2). Jedenfalls de lege ferenda wurde aber insbesondere von Seiten der Notare gefordert, für die Ausübung des Vorkaufsrechtes notarielle Beurkundung vorzuschreiben. Nur so sei die ausreichende Beratung und Lehrgang des Mieters über ein für ihn möglicherweise riskantes Geschäft gesichert. Dem wurde entgegengehalten, dass damit der Schutzzweck der Norm wegen zu großer Hürden für den Mieter möglicherweise unterlaufen würde.

Der Gesetzgeber hat sich nunmehr dafür entschieden, die Ausübung des Vorkaufsrechtes (nur) von der Einhaltung der Schriftform abhängig zu machen, § 577 Abs. 3.

(c) Gemäß § 473 ist das Vorkaufsrecht grundsätzlich nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, sofern nichts anderes bestimmt ist. § 577 Abs. 4 enthält demgegenüber die Regelung, dass das Vorkaufsrecht auf diejenigen Personen übergeht, welche auch aufgrund der Vorschrift des § 563 Abs. 2 und 3 als Nachfolger des verstorbenen Mieters in das Mietverhältnis eintreten.

(3) Im übrigen entsprechen die Rechtsfolgen bei Ausübung des Vorkaufsrechtes denen beim normalen Vorkauf.

(a) Durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes kommt ein zweiter Kaufvertrag mit dem Mieter unter denselben Bestimmungen zustande, wie sie der Erstkauf enthält. Der Bestand des Erstkaufvertrages bleibt hiervon unberührt, so dass sich der Verkäufer einer doppelten Erfüllungspflicht ausgesetzt sieht, mit entsprechender Schadensersatzfolge bei Nichterfüllung. Im Erstkaufvertrag ist daher jedenfalls ein Rücktrittsrecht für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechtes vorzusehen. Es ist unstrittig, dass mit der Geltendmachung des Rücktritts der durch Ausübung des Vorkaufsrechtes zustande gekommene zweite Kaufvertrag mit dem Mieter nicht wieder hinfällig wird.

(b) Der Mieter übernimmt bei Ausübung des Vorkaufsrechtes auch alle Nebenverpflichtungen aus dem Erstkaufvertrag. Da der Verkäufer durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes nicht schlechter gestellt werden soll, als dies ohne das

<sup>90</sup> vgl. Staudinger/Sonnenschein a.a.O. (Fn. 75), § 570b RN 41

<sup>91</sup> vgl. Staudinger/Sonnenschein a.a.O., § 570b RN 42; differenzierend Palandt, BGB, 61. A., § 469 n. F. RN 3: die Unterrichtung muss so vollständig sein, dass dem Dritten die Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes innerhalb der gesetzten Frist möglich ist.

<sup>92</sup> Palandt (FN 91), BGH NJW 1994, 315

<sup>93</sup> Palandt (FN 91)

<sup>94</sup> so Langhein, DNotZ 1993, 650, 667

<sup>95</sup> Staudinger/Sonnenschein a.a.O., (Fn. 75), § 570b RN 43

<sup>96</sup> Staudinger/Sonnenschein a.a.O., (Fn. 75), § 570b RN 44

Vorkaufsrecht der Fall wäre, ist der Mieter auch verpflichtet, die Kosten des Erstkaufvertrages zu übernehmen, wenn der Erstkäufer, wie regelmäßig, vertraglich die Zahlung der Vertragskosten übernommen hat, oder sich dies aus der gesetzlichen Regelung ergibt. Hat der Erstkäufer die Kosten bereits bezahlt, soll ihm gegen den Mieter ein Bereicherungsanspruch zustehen<sup>97</sup>.

Hinsichtlich der Maklerprovision ist zu unterscheiden:

- War der Verkäufer dem Makler gegenüber die Verpflichtung zur Zahlung der Maklercourtage eingegangen, so ändert sich daran auch durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nichts.

- Hatte in dem eben genannten Fall, wie häufig üblich, der Erstkäufer mit dem Verkäufer die Übernahme dieser Provision vertraglich vereinbart, so trifft dies nunmehr wie bei den Vertragskosten selbst den Mieter, der sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat. Wie bei den Vertragskosten selbst, hat der Erstkäufer ggf. einen Bereicherungsanspruch gegen den Mieter.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle darauf, dass in diesen Sachverhalten eine zusätzliche Gegenleistung des Käufers an den Verkäufer vorliegt mit der Folge der Erhöhung der Vertragskosten beim Notar sowie der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer.

- Hatte der Erstkäufer seinerseits die Maklerverpflichtung eingegangen, so geht diese Verpflichtung nicht auf den Vorkaufsberechtigten über. Die Provisionspflicht des Erstkäufers soll jedoch, ggf. in Auslegung des Maklervertrages, nachträglich wieder entfallen, weil der letztlich durchgeführte Kaufvertrag (nämlich der mit dem Mieter) weder auf Vermittlung noch auf Nachweis des Maklers zustande gekommen ist<sup>98</sup>.

(c) Festzuhalten bleibt jedoch, dass nur ein Verkauf das Mietervorkaufsrecht auslöst, nicht die Aufteilung selbst. Freilich kann der das Vorkaufsrecht auslösende Verkauf bereits vor der Aufteilung liegen (2. Tatbestandsalternative: „begründet werden soll“), oder jedenfalls auch lange Zeit danach, so dass man es den Fällen in der notariellen Praxis häufig nicht „auf den ersten Blick“ ansieht, ob es sich einem Sachverhalt im Anwendungsbereich von § 577 handelt.

d) „Problemfälle“

(1) Auf die Problematik der hinreichenden Konkretisierung ist bereits oben eingegangen worden. Ein Vorkaufsrecht soll im Fall der zweiten Tatbestandsalternative des § 577 („begründet werden soll“) nur entstehen, wenn die neuen, noch zu bildenden Einheiten beim Verkauf hinreichend konkretisiert sind. Dargelegt wurde auch bereits, dass der Vorschlag, diese Konkretisierung im Kaufvertrag deswegen tunlichst zu unterlassen, möglicherweise letztlich nicht weiterführt bzw. aus anderen, insbesondere steuerlichen Überlegungen, nicht durchführbar ist.

(2) Schwierigkeiten ergeben sich, wenn eine von den bisherigen Mietverhältnissen abweichende Aufteilung des Objekts vorgenommen wird. Hieran ist insbesondere zu denken, wenn ein Investor Wohnungen, die bisher ohne Stellplatz waren, einen Stellplatz oder eine Garage zuweist, die Stellplatzzuweisung anders erfolgt, als dies der bisherigen, mietvertragsgemäßen Nutzung entspricht oder die Einheiten überhaupt anders gebildet werden, als diese vermietet sind.

(a) Entscheidungen sind hierfür, soweit ersichtlich, noch nicht ergangen. In der Literatur wird vertreten, dass in diesem Fall das Vorkaufsrecht des Mieters sich auf die neu gebildete Einheit, wie sie nach der Teilungserklärung gebildet ist oder gebildet werden soll, bezieht<sup>99</sup>. Dem wird entgegengehalten, dass diese Lösung dogmatisch und praktisch unbefriedigend erscheint<sup>100</sup>. Auch Wirth a.a.O. gesteht jedoch zu, dass diese Lösung am sachgerechtesten ist. Zu weitgehend wäre es jedenfalls, dem Mieter nicht nur ein Vorkaufsrecht, sondern darüber hinaus auch einen Anspruch auf mietvertragskonforme Aufteilung des Objekts einzuräumen.

(b) Im umgekehrten Fall, nämlich wenn der bisher mit Stellplatz vermieteten Wohnung nach der Aufteilung kein Stellplatz mehr zustehen soll, wird dem Mieter ausnahmsweise gem. § 242 ein Anspruch auf Zuweisung eines entsprechenden Stellplatzes zugestanden<sup>101</sup>.

(c) Eine andere Frage ist es, ob in den erstgenannten Fällen der Mieter gezwungen ist, „mehr“ zu kaufen, als ihm bisher vermietet war. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der bisher mit nur einem Stellplatz vermieteten Wohnung in der Teilungserklärung ein zweiter Stellplatz zugewiesen wurde. Nach Brambring<sup>102</sup> soll § 467 S. 2 beim Mietervorkaufsrecht keine Anwendung finden, damit der eigentliche Schutzzweck der Norm (Schutz des Mieters vor Verlust seiner Wohnung nach Umwandlung) nicht durch zu hohe wirtschaftliche Hürden unterhöhlt wird. Die herrschende Meinung geht jedoch davon aus, dass auch beim Mietervorkaufsrecht § 467 S. 2 gilt, so dass der Verkäufer verlangen kann, dass sich das Vorkaufsrecht auch auf den zweiten Stellplatz erstreckt, wenn eine Trennung für ihn nicht ohne Nachteil möglich ist<sup>103</sup>.

(d) Eine ähnliche Problematik ergibt sich, wenn die neu gebildete Sondereigentumseinheit mehrere, bisher selbständige und getrennt vermietete Wohnungen umfasst. In diesem Fall wird man annehmen müssen, dass das Vorkaufsrecht den verschiedenen Mietern gemeinschaftlich im Verhältnis § 472 zusteht. Nach der Ausübung des Vorkaufsrechts können diese regelmäßig selbst eine Unterteilung der Einheit entsprechend den gemieteten Wohnungen vornehmen.

(3) Umstritten war, ob dem vorkaufsberechtigten Mieter auch ein Kaufpreinsnachlass beim Paketverkauf zugute kommt.

(a) Werden mehrere Wohnungen an einen Kapitalanleger durch einheitlichen Kaufvertrag verkauft, so ist dies häufig zugunsten des Käufers mit einem Preisabschlag gegenüber dem Einzelpreis der Wohnung verbunden. Die Streitfrage ist nunmehr dahingehend entschieden, dass dem Mieter auch der auf seine Wohnung entfallende anteilige Preisnachlass zugute kommt<sup>104</sup>. Dies wird aus dem Schutzzweck der Norm sowie aus dem Verbot von zum Nachteil des Mieters abweichenden Vereinbarungen gemäß § 577 Abs. 5 gefolgert.

(b) Vor diesem Hintergrund sind wohl auch „Umgehungsgeschäfte“ zu betrachten. Nicht zu Lasten des Mieters wird es z.B. gehen, wenn im Kaufvertrag für die einzelnen Wohnungen die Einzelverkaufspreise ausgewiesen sind und dann ein pauschaler Abschlag gewährt wird. Auch in diesem Fall bekommt der Mieter die Wohnung zum ermäßigten

<sup>99</sup> Staudinger/Sonnenschein a.a.O. (Fn. 75), § 570b RN 23

<sup>100</sup> Wirth a.a.O. (Fn. 76) S. 10

<sup>101</sup> Wirth a.a.O. (Fn. 76) S. 10

<sup>102</sup> DNotI-Report 1993 Nr. 13, S. 6

<sup>103</sup> Wirth a.a.O. (Fn. 100) m.w.N.

<sup>104</sup> OLG Düsseldorf, DNotZ 1999, 491, Götz a.a.O. (Fn. 82) S. 11

<sup>97</sup> Götz a.a.O. (Fn. 82) S. 12 m.w.N.

<sup>98</sup> vgl. Götz a.a.O. (Fn. 97) m.w.N.

Preis. Dies wird sogar dann gelten, wenn dem Käufer ein Rücktrittsrecht vom Vertrag für den Fall eingeräumt ist, dass nur einzelne von mehreren Mietern von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen.

(c) Im gleichen Sinne ist zu entscheiden, wenn im Kaufvertrag ein Kaufpreis für die mietfreie Wohnung ausgewiesen ist (für den Fall, dass der Verkäufer das Mietverhältnis noch durch Mietaufhebungsvertrag beseitigen kann) und ein zweiter, regelmäßig darunter liegender Kaufpreis für den Fall, dass der Mieter übernommen werden muss. Auch in diesem Fall wird dem Mieter bei Ausübung des Vorkaufsrechts der geringere Kaufpreis zugute kommen<sup>105</sup>.

### 3. Kündigungssperre, § 577 a BGB

a) Neben bzw. unabhängig von dem eben behandelten Mietervorkaufsrecht ist in den Fällen der Umwandlung von Wohnraum in Sondereigentum auch die Kündigungssperre nach § 577a zu beachten. Nach § 577a Abs. 1 ist eine Berufung des Vermieters auf die zur Kündigung berechtigende Gründe des Eigenbedarfs sowie der gehinderten Verwertungsmöglichkeit auf die Dauer von drei Jahren seit der Veräußerung nicht berufen.

Durch die neue Formulierung (bisher: „Veräußerung“, nunmehr: „Veräußerung an ihn“) ist klargestellt, dass die Frist nur einmal mit der ersten Veräußerung beginnt und bei der zweiten Veräußerung keine neue Frist anläuft<sup>106</sup>. Andererseits ist festzuhalten, dass wegen der Kündigungssperre auf die Veräußerung und nicht auf die Aufteilung in Raumeigentum abgestellt ist. Die Kündigungssperre gilt daher nicht ab Vollzug der Teilungserklärung oder dergl., sondern erst ab einer Veräußerung, so dass die Sperre für jede Wohnung zu einem unterschiedlichen Zeitpunkt und noch Jahre nach der Aufteilung eintreten kann.

b) Hatte bisher die allgemeine Kündigungssperre nach § 564b a.F. auf die zur Kündigung berechtigenden Gründe des Vermieters allgemein verwiesen, so ist die Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten nunmehr in § 577a n.F. so weit eingeschränkt, wie es bereits bisher nach dem nicht mehr geltenden Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten gefährdeter Wohnversorgung der Fall war: hiernach verbleibt dem Vermieter jedenfalls die Möglichkeit zur Kündigung, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt.

c) Im bisherigen Recht waren sowohl im BGB als auch im Sozialklauselgesetz unterschiedliche Ermächtigungsgrundlagen für die Landesregierungen enthalten, die Kündigungsfristen auf fünf oder auf zehn Jahre zu verlängern. Die Ermächtigungsgrundlage ist nunmehr in § 577a einheitlich geregelt. Abweichend von der bisherigen Regelung gilt einheitlich eine Kündigungssperre von (maximal) zehn Jahren, diese aber tatsächlich nur maximal, so dass, entgegen der bisherigen starren Regelung, der Ordnungsgeber auch die Möglichkeit hat, andere Sperrfristen zu wählen. Gemäß § 577 Abs. 2 S. 2 darf eine solche Rechtsverordnung auch eine Gültigkeitsdauer von höchstens zehn Jahren haben, so dass vom Ordnungsgeber in regelmäßigen Abständen zu überprüfen ist, ob die Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum zu angemessenen Bedingungen nach wie vor gefährdet ist oder nicht.

d) Nach der Übergangsregelung in Art. 229 § 3 Abs. 6 EGBGB gelten Verordnungen auf der bisherigen Ermächtigungsgrundlage bis maximal 31. August 2004 weiter; spätestens dann sind vom Ordnungsgeber neue Verordnungen über die Kündigungssperre zu erlassen. In Baden-Württemberg bestand eine Verordnung nach § 564b a.F., welche jedoch zum 31. Dezember 2001 ausgelaufen ist<sup>107</sup>. Eine entsprechende Nachfolgeregelung auf der neuen Rechtsgrundlage ist erlassen<sup>108</sup>.

### 4. Folgerungen für die Praxis

a) Gemäß § 20 BeurkG ist der Notar verpflichtet, auf gesetzliche Vorkaufsrechte hinzuweisen und dies in der Niederschrift zu vermerken. Diese Hinweis- und Belehrungspflicht gilt selbstverständlich auch bei dem gesetzlichen Mietervorkaufsrecht nach § 577. Kommt also im konkreten Fall ein Mietervorkaufsrecht in Betracht, so hat der Notar darauf hinzuweisen und die Beteiligten über die Rechtsfolgen zu belehren, so wie ggf. auf entsprechende Vereinbarungen hinzuwirken.

Man wird von dem Notar nicht verlangen können, dass er den Beteiligten verbindliche Auskunft darüber gibt, ob ein Mietervorkaufsrecht besteht oder nicht. Auch das Gesetz verlangt nur, dass auf die Möglichkeit des Bestehens von Vorkaufsrechten hinzuweisen ist. Insbesondere in den Fällen, in denen ein bisher nicht aufgeteiltes Mietshaus an einen Erwerber verkauft wird, wird der Notar nicht bis ins Detail nachforschen müssen, ob dieser Aufteilungsabsicht hat. In der Regel haben Notare aber ein Gespür dafür entwickelt, wann die entsprechenden Fälle in Betracht kommen.

b) Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 577 vor, so ist ein Mietervorkaufsrecht gegeben. Abweichende Vereinbarungen sind gem. § 577 Abs. 5 zu Lasten des Mieters nicht wirksam möglich. Auf das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen haben die Beteiligten nur bedingt Einfluss.

Eine Einflussmöglichkeit besteht insoweit, als eine Aufteilung noch nicht stattgefunden hat, sondern nur Wohnungseigentum begründet werden soll. Ob der für diesen Fall gegebene Vorschlag, das Mietervorkaufsrecht dadurch zu verhindern, dass die Aufteilungsabsichten möglichst wenig konkretisiert wird, ein tauglicher ist, darf nach dem oben Gesagten bezweifelt werden.

c) Da ein Verzicht auf das Mietervorkaufsrecht vor Eintritt des Vorkaufsfalls nicht möglich ist, und ein Mietervorkaufsrecht ggf. auch noch im Abwicklungsstadium eines Mietverhältnisses in Betracht kommen kann, bestehen auch insoweit im Vorfeld eines Vertrages wenig Möglichkeiten, Klarheit zu schaffen. Denkbar bleibt allein ein Mietaufhebungsvertrag mit dem Mieter, der auch aus anderen Gründen (Nutzungsinteresse des Erwerbers) in Betracht kommen kann.

d) Ist daher mit einem Mietervorkaufsrecht zu rechnen, so sind im Erstkauf entsprechende Vereinbarungen zu treffen. Notwendig ist auf jeden Fall ein Rücktrittsrecht des Verkäufers vom Erstkaufvertrag, damit dieser nicht zwei Erfüllungsansprüchen ausgesetzt ist. Des Weiteren sollten die Beteiligten auf die besondere Mitteilungspflicht gegenüber dem Mieter aufmerksam gemacht werden. Um die

<sup>105</sup> so wohl auch Götz a.a.O. (Fn. 104)

<sup>106</sup> vgl. Palandt, BGB, 61. A., § 577a RN 4

<sup>107</sup> vgl. Vielitz a.a.O. (Fn. 3) S. 583

<sup>108</sup> GBl. 2001, 686

Ausübungsfrist durch den Mieter auszulösen, ist nicht nur der gesamte Inhalt des Kaufvertrages mitzuteilen, sondern den Mieter auch über sein Vorkaufsrecht zu unterrichten. Dies umfasst richtiger Ansicht nach nicht nur den Hinweis auf das Bestehen des Vorkaufsrecht als solchem, sondern auch auf die Form und Frist der Ausübung.

e) Eine Verpflichtung des Notars, in jedem Falle auf die Verlängerung der Kündigungsfristen gemäß § 577a hinzuweisen, soll nach OLG Düsseldorf<sup>109</sup> nicht bestehen. Eine Hinweispflicht ist jedenfalls dann gegeben, wenn dem Notar bekannt wird, dass der Sachverhalt in den Anwendungsbereich des § 577a fällt, der Käufer selbst Nutzungsabsichten hat und für ihn der Kauf auch von der Kündigungsmöglichkeit der maximalen Frist von neun Monaten abhängig ist.

## E. Spezialfälle

### 1. Vormietrecht

Aufgrund der im Schuldrecht (auch nach der Schuldrechtsreform) bestehenden Vertragsfreiheit steht es den Beteiligten grundsätzlich frei, auch Verträge mit einem Inhalt abzuschließen, der nicht einheitlich unter eine gesetzliche Regelung fällt. Es bestehen daher keine Bedenken dagegen, dass zwischen Beteiligten ein Vormietrecht begründet wird<sup>110</sup>. Ein solches kommt beispielsweise in Betracht, wenn im Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung und in vergleichbaren Fallgestaltungen der Eigentümer ein Mitspracherecht bezüglich der Vermietung der anderen Wohnung haben möchte. Auf das Vormietrecht sind, soweit nicht im Vormietvertrag ein anderes geregelt ist, die Bestimmungen über den Vorkauf §§ 463ff. entsprechend anzuwenden<sup>111</sup>. Auf Seiten des Vormietberechtigten ist das Vormietrecht daher grundsätzlich weder übertragbar noch vererblich, soweit nicht ein anderes geregelt ist, § 473.

Fraglich ist, ob das Vormietrecht auf Seiten des Verpflichteten im Fall des Verkaufs der Wohnung des Berechtigten bzw. der betroffenen Wohnung auf den Erwerber übergeht. Dies ist nach dem oben in Teil C Ausgeführten jedenfalls dann der Fall, wenn das Vormietrecht Bestandteil eines Mietvertrags mit dem Vormietberechtigten war (im Sinne einer Wiedereinstiegs Klausel). Nach der bestrittenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>112</sup> soll das Vormietrecht entsprechend § 566 (stets?) auf einen Erwerber übergehen.

### 2. Beschränkung der Gebrauchsüberlassung

In den vorgenannten Fällen kommt auch eine Beschränkung der Gebrauchsüberlassung dann in Betracht, wenn es sich bei den Objekten um Wohnungs- oder Teileigentum handelt. Gegen eine solche Vereinbarung, auch mit dinglicher Wirkung in der Teilungserklärung, bestehen keine grundsätzlichen Bedenken<sup>113</sup>.

Es handelt sich hier nicht um eine Beschränkung i.S.d. § 12 WEG, da diese Norm unstreitig nur Veräußerungen betrifft und als Ausnahme von § 137 eng auszulegen ist. § 12 WEG

kann daher auch nicht, wie es etwa beim Erbbaurecht möglich ist, auf Belastungen des Wohnungseigentums erstreckt werden.

Bei der Vereinbarung einer Beschränkung der Gebrauchsüberlassung handelt es sich vielmehr um eine zulässige Vereinbarung über Gebrauch und Nutzung des Sonder Eigentums gemäß §§ 15, 10 WEG. In jüngerer Zeit ist die Zulässigkeit solcher Vereinbarung insbesondere entschieden worden im Rahmen von Anlagen mit betreuten Altenwohnungen, wo über die beschränkte Gebrauchsüberlassung dem Versorger mittelbar ein Belegungsrecht eingeräumt wurde. Problematisch ist dabei, wenn über die Gebrauchsüberlassungsbeschränkung (mit dinglicher Wirkung) mittelbar der Eintritt des Nutzers in den Versorgungsvertrag abgesichert werden soll. Eine solche wäre nicht zulässig. Ein vereinbartes Zustimmungserfordernis eines Dritten (z.B. des Verwalters, Betreibers oder des Versorgers) zur Gebrauchsüberlassung wird auch in den zuletzt genannten Fällen jedenfalls dann möglich sein, wenn in Anlehnung an § 12 WEG die Zustimmung nur aus wichtigem Grund versagt werden kann.

### 3. Mietvertrag „auf Lebenszeit“

Im Rahmen von Überlassungsverträgen, aber auch bei der Beratung von Lebensgefährten, die in einer nur dem einen Teil gehörenden Wohnung wohnen, und in vergleichbaren Fällen, wird häufig die Absicherung des Nutzers vor „Rauswurf“ diskutiert.

Zunächst kommen in einem solchen Fall natürlich die dinglichen Nutzungsrechte wie Nießbrauch oder Wohnungsrecht gemäß § 1093 in Betracht. Diesen ist jedoch gemein, dass sie zu einer unentgeltlichen Nutzung des Objekts berechtigen. Laufende Nutzungsentgelte können nicht als dinglicher Inhalt des Rechts vereinbart und im Grundbuch eingetragen werden. Es ist jedoch zulässig, ein Wohnungsrecht als Sicherungsrecht für ein vereinbartes Mietverhältnis zu bestellen und das dingliche Recht jedenfalls hinsichtlich des Bestands oder der Ausübung an den Fortbestand des Mietvertrags zu koppeln.

Soll allein eine schuldrechtliche Vereinbarung getroffen werden, so stellt sich die Frage, wie der Nutzer über einen gewissen Zeitraum bzw. ggf. auf seine Lebenszeit vor Beendigung des Mietverhältnisses geschützt werden kann. Die Möglichkeit zur Vereinbarung eines so genannten „einfachen Zeitmietvertrags mit Verlängerungsoption“ gemäß § 564c Abs. 1 a.F. ist, wie dargestellt, weggefallen. Zeitmietverträge sind gemäß § 575 nur noch mit Qualifizierungsgründen in der Person des Vermieters möglich. Wenn auch solche Qualifizierungsgründe, namentlich der „Eigenbedarf“, in der Praxis häufig vorliegen mögen, so schützt dies den Mieter jedenfalls dann nicht, wenn ein Eigentumswechsel stattfindet und damit der Qualifizierungsgrund wegfällt. Ein Mietvertrag „auf die Lebenszeit“ des Mieters als eine Vermietung zum vorübergehenden Gebrauch gemäß § 549 Abs. 2 Nr. 1 anzusehen, kommt regelmäßig wohl nicht in Betracht.

Nach allgemeiner Meinung kann jedoch der Vermieter ohne Einschränkung auf sein ordentliches Kündigungsrecht verzichten (siehe oben Teil C). Ein solcher Kündigungsverzicht geht gemäß § 566 auch auf einen Erwerber über. Ein Mietverhältnis auf Lebenszeit des Mieters lässt sich daher so begründen, dass der Mietvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wird und der Vermieter auf sein Kündigungsrecht bis zum Tod des Mieters verzichtet.

<sup>109</sup> DNotZ 1995, 414

<sup>110</sup> vgl. Palandt, BGB, 61. A., Einführung vor § 535 RN. 5 m.w.N.

<sup>111</sup> vgl. Palandt a.a.O. (FN 110)

<sup>112</sup> BGHZ 55, 71

<sup>113</sup> vgl. die einschlägigen Kommentare zum WEG, zu §§ 12 und 15 je m.w.N.



Ob andererseits eine Bindung auch des Mieters an den Mietvertrag durch Kündigungsverzicht erreicht werden kann, ist höchst umstritten. Dies wurde oben bereits dargestellt.

#### 4. „Sale-and-lease-back“, Mietkauf<sup>114</sup>

Auch hinsichtlich von Immobilien kommen immer wieder Mietkaufverträge oder „Sale-and-lease-back“ vor. Auf die Einzelheiten einer solchen Konstruktion, insbesondere auf die Qualifizierung eines Leasingvertrags, kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Der Gesetzgeber hat auf jeden Fall, entgegen berechtigten Wünschen aus der Praxis, den Leasingvertrag nicht als gesondertes Vertragsverhältnis im BGB geregelt.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Miet- bzw. Leasingvertrag bei Beurkundung des Kaufvertrags mit beurkundet werden muss, § 311b. Ob sich daran nach der Entscheidung des BGH vom 13.06.2002<sup>115</sup> etwas ändert, darf meines Erachtens bezweifelt werden.

Der BGH hatte in dem genannten Fall die Frage zu entscheiden, ob ein Bauvertrag gemäß § 311b beurkundungspflichtig sei, weil er mit einem Grundstückskaufvertrag zusammenhänge. Nach dem Sachverhalt hatten die Käufer vor Abschluss des Kaufvertrags mit einem von dem Verkäufer verschiedenen Bauunternehmer einen Bauvertrag abgeschlossen, der jedoch bereits auf das später erworbene Grundstück abgestimmt war, insbesondere dieses konkret bezeichnete. Im Bauvertrag wurde ein Rücktrittsrecht für den Fall eingeräumt, dass der Kaufvertrag mit dem Eigentümer nicht zustande kommen sollte. Auf Vermittlung des Bauunternehmers wurde sodann der Kaufvertrag geschlossen. Der BGH sieht den Bauvertrag nicht als beurkundungspflichtig an. Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

„Ist ein Bauvertrag von einem Grundstückskaufvertrag abhängig, dieser aber nicht von ihm, ist er nicht gemäß § 313 (a.F.) zu beurkunden.“

Das Gericht führt in den Entscheidungsgründen aus, dass ein Vertrag, der als solcher dem Formgebot des § 313 S. 1 a.F. nicht unterliegt, dann notariell zu beurkunden ist, wenn er mit einem Grundstücksgeschäft eine rechtliche Einheit bilde. Eine rechtliche Einheit bestehe dann, wenn die Verträge nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen. Dies setze nicht voraus, dass die Abhängigkeit der Verträge wechselseitig sei. Auch bei einseitiger Abhängigkeit stehen und fallen beide Geschäftsteile mit dem Vertrag, von dem der andere abhängt.

Andererseits müsse ein solches Abhängigkeitsverhältnis auch vor dem Hintergrund des Formzwecks gesehen werden. Das Abhängigkeitsverhältnis sei aus der Sicht des Grundstücksvertrags zu beurteilen. Hänge der Grundstücksvertrag von dem anderen Vertrag ab, so sei auch der andere Vertrag beurkundungspflichtig, auch wenn dieser für sich genommen nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis stehe. Sei jedoch der andere Vertrag von dem Grundstücksvertrag abhängig, nicht aber der Grundstücksvertrag von jenem, so bestehe keine Beurkundungspflicht.

An der gesamten Beurteilung (Beurkundungsbedürftigkeit ja

oder nein) ändere sich auch dann nichts, wenn zunächst der eine Vertrag und alsdann der andere Vertrag geschlossen wird. Von der zeitlichen Abfolge der Verträge sei die Frage der Formbedürftigkeit nicht abhängig.

Auf die Mietrechtsverhältnisse übertragen bedeutet dies, dass dann, wenn zusammen mit einem Grundstücksgeschäft im Sinne des § 311b ein Mietverhältnis begründet werden soll, dieses grundsätzlich beurkundungsbedürftig ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Abschluss des Grundstücksvertrags von dem Mietverhältnis abhängig ist. Soll das Grundstücksgeschäft auf jeden Fall geschlossen werden und ist nur das Mietverhältnis von dem Zustandekommen des Grundstücksgeschäfts abhängig gemacht, so entfällt eine Beurkundungspflicht.

In der Praxis wird der Notar nicht in jedem Fall sauber unterscheiden können, ob der eine oder andere Sachverhalt vorliegt. Der vorsichtige Notar wird daher stets auf Mitbeurkundung drängen.

Im klassischen Fall von „sale-and-lease-back“ ist es ohnehin so, dass der Verkäufer anschließend wieder Mieter des verkauften Objekts werden will. In diesem Fall wird man von der Abhängigkeit der Geschäfte ausgehen müssen, so dass eine Beurkundungspflicht gegeben ist. Nach dem Gesagten ist dies auch dann nicht anders zu sehen, wenn die Beteiligten, wie häufig, beim Notar angeben, der Mietvertrag sei bereits vorab privatschriftlich geschlossen worden.

Aus der Sicht der Beteiligten ist maßgebliches Argument „gegen die Mitbeurkundung“, neben der Dauer der Beurkundung und der anderen Formalitäten (Vorlesen, genehmigen, unterschreiben), häufig der Kostenpunkt. Hierzu ist zu sagen, dass jedenfalls im Fall von „sale-and-lease-back“ (Einheit der Beteiligten auf der Ebene sowohl des Miet- als auch des Kaufvertrags) der Leasingvertrag und der Kaufvertrag gegenstandsgleich sind, so dass nur einmal die doppelte Gebühr anfällt<sup>116</sup>. Für den Geschäftswert ist maßgeblich der höhere der beiden Werte. Nach Auffassung des BayObLG<sup>117</sup> ist hier für den Leasingvertrag gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 2. Halbsatz KostO von der vereinbarten Grundmietzeit auszugehen.

#### 5. Mietgarantieverträge

Wie bereits oben dargestellt, kann die Miete eine Beschaffenheit der Mietsache sein. Im Rahmen des Kaufrechts ist daher § 443 über die Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie zu beachten. § 443 regelt ausdrücklich im Kaufrecht auch den Fall, dass ein Dritter dem Käufer gegenüber eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Auf die besonderen Risiken der Garantie ist bereits an anderer Stelle nachdrücklich hingewiesen worden<sup>118</sup>.

Was die Frage der Mitbeurkundung des Mietgarantievertrags angeht, so kann auf das eben zum Mietkauf Gesagte verwiesen werden. Aus der Sicht des Käufers hängt der Kaufvertrag regelmäßig vom Abschluss auch des Mietgarantievertrags ab, so dass man zur Formbedürftigkeit kommen wird.

Hinsichtlich der Kosten wird man ebenfalls grundsätzlich

<sup>114</sup> zum Ganzen vgl. Heckschen im Beckschen Notarhandbuch, 3. Auflage, S. 573 ff.

<sup>115</sup> VII ZR 321/00, DNotI - Dokument Nr. 10198

<sup>116</sup> vgl. Bayerische Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Auflage Rn. 1113

<sup>117</sup> MittBayNot 1984, 145

<sup>118</sup> vgl. Bachmayer, Schuldrechtsreform, BWNotZ 2002, 100

von der Gegenstandsgleichheit ausgehen müssen<sup>119</sup>. Anders mag die Beurteilung sein, wenn die Mietgarantie nicht vom Verkäufer, sondern von einem Dritten erklärt wird. Aber auch dann wird man regelmäßig nur vom Kaufpreis als Geschäftswert auszugehen haben, da im Kaufpreis das Entgelt für die Übernahme der Mietgarantie regelmäßig enthalten sein wird.

## 6. Teilzeit-Wohnrechteverträge

Die Vorschriften über die Teilzeit-Wohnrechteverträge, welche ursprünglich am 1. Januar 1997 in Kraft getreten sind, dienen zur Umsetzung einer EG-Richtlinie. Damit sollte der in den 90er-Jahren sprunghaft vergrößerte Markt der Time-Sharing-Verhältnisse innerhalb der EU möglichst einheitlich geregelt werden, sowohl durch Formvorschriften, Informationspflichten sowie durch Widerrufsrechte. Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurden die Vorschriften über Teilzeit-Wohnrechteverträge in das BGB integriert und finden sich nunmehr in § 481 bis 487, womit zugleich zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass sie sich in das System des Schuldrechts einordnen<sup>120</sup>.

Inhaltlich stellt der Erwerb eines Teilzeit-Wohnrechts einen Rechtskauf dar, so dass neben den §§ 481 bis 487 über § 453 auch die §§ 433 ff. Anwendung finden<sup>121</sup>.

Für Teilzeit-Wohnrechteverträge ist grundsätzlich Schriftform vorgeschrieben, § 484, soweit nicht in anderen Vorschriften eine strengere Form geregelt ist. Dies kann sich insbesondere aus der Art der Einräumung des Teilzeit-

Wohnrechts ergeben. Gemäß § 481 ist ein Teilzeit-Wohnrechtevertrag ein Vertrag, durch den ein Unternehmer (§ 14) einem Verbraucher (§ 13) gegen Zahlung eines Gesamtpreises das Recht verschafft oder zu verschaffen verspricht, für die Dauer von mindestens drei Jahren ein Wohngebäude jeweils für einen bestimmten oder zu bestimmenden Zeitraum des Jahres zu Erholungs- oder Wohnzwecken zu nutzen. Die Form der Rechtseinräumung ist ausdrücklich offen gelassen. Nach § 481 Abs. 1 S. 2 kann das Recht ein dingliches oder ein anderes Recht an einem Grundstück sein oder insbesondere auch in einer Mitgliedschaft in einem Verein oder in einem Anteil an einer Gesellschaft bestehen. Aus der jeweils gewählten Art kann sich daher eine notarielle Mitwirkungspflicht ergeben, entweder in der Form der notariellen Beurkundung (z.B. bei der Übertragung von GmbH-Gesellschaftsanteilen oder wenn Miteigentum eingeräumt wird) oder in Form der Unterschriftsbeglaubigung (z.B. gemäß § 29 GBO bei der Einräumung von dinglichen Rechten). In der Praxis wird der Unternehmer freilich eine Rechtsform für die Teilzeit-Wohnrechteverträge wählen, welche die Mitwirkung eines Notars entbehrlich macht.

Für den Notar weiter bedeutsam ist § 483 Abs. 2. § 483 regelt die Vertrags- und Prospektsprache bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen. Der Verkaufs- und Informationsprospekt sowie der Teilzeit-Wohnrechtevertrag hat in der Amtssprache abgefasst zu sein, in welcher der Verbraucher seinen Wohnsitz hat. Es kommt also nicht auf den Lageort, sondern auf die Seite des Verbrauchers an. Handelt es sich um ein deutsches Objekt und einen ausländischen Verbraucher, so ist gemäß § 483 Abs. 2, §§ 5 und 16 BeurkG bei Formbedürftigkeit (dennoch) in deutscher Sprache zu beurkunden, sofern der Notar der fremden Sprache nicht hinreichend kundig ist. Wird in deutsch beurkundet, so ist dem Verbraucher dann aber, über die Vorschriften des Beurkundungsgesetzes hinaus, in jedem Fall eine beglaubigte Übersetzung des Vertrags auszuhändigen.

<sup>119</sup> Streifzug durch die Kostenordnung a.a.O. (FN 16), Rn. 155

<sup>120</sup> vgl. Palandt, BGB, 61. A., Vorbemerkung vor § 481 Rn. 1

<sup>121</sup> vgl. Palandt, a.a.O. (FN 121), Vorbemerkung vor § 481 Rn. 5

## Die „Reform“ zur Einschränkung der Betreuung

Von Dieter Krauß, Notar i.R., Kernen i.R.

Am 19. Dezember 2003 hat der Bundesrat einen Gesetzentwurf zur Änderung des Betreuungsrechts – Betreuungsrechtsänderungsgesetz – beschlossen (Bundesrats-Drucksache 865/03). Der Entwurf basiert auf dem Ergebnis einer Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, deren Einsetzung bereits 2001 beschlossen worden war. Schon deren Arbeitsauftrag lautete dahin, „konkrete Lösungsvorschläge zur Änderung des Betreuungsrechts zu erarbeiten, die dazu beitragen, die Zahl der Betreuungsfälle zu reduzieren, fehlgeleitete Ressourcen im Interesse der eigentlichen Betreuungsarbeit zu bündeln und die Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht auf das Notwendige zu beschränken“.

Der nun vorliegende Gesetzentwurf will das im Arbeitsauftrag dargestellte Ziel unter Anderem mit Gesetzesänderungen in drei Bereichen verwirklichen durch:

1. die Einführung eines gesetzlichen Notvertretungsrechts für Ehegatten, eingetragene Lebenspartner und Verwandte,
2. die Unterstützung der Vorsorgevollmacht,
3. die Pauschalierung der Vergütung und des Auslagenersatzes der Betreuer.

Durch diesen Beitrag soll nur ein grober Überblick über die wesentlichen neuen Regelungen dieses Gesetzentwurfs versucht werden, der nun im Bundestag zur Beratung ansteht und der zum 1.1.2005 in Kraft treten könnte.

### Notvertretungsrecht des Ehegatten

Der neue § 1358 Abs. 1 schafft ein gesetzliches Vertretungsrecht von Ehegatten für den Fall der Verhinderung infolge Krankheit oder Behinderung. Das Vertretungsrecht soll jedoch nur gelten, wenn keine Vorsorgevollmacht erteilt wurde und auch kein Betreuer bestellt worden ist. Es ist dann ausgeschlossen, wenn die Ehegatten getrennt leben oder wenn der verhinderte Ehegatte einen entgegenstehenden Willen geäußert hat. Wenn diese Voraussetzungen des § 1358 Abs. 1 vorliegen, besteht ein gesetzliches Vertretungsrecht

1. zur Verfügung über Girokonten,
2. zur Geltendmachung und Entgegennahme von Sozialleistungen,
3. zur Vertretung in Steuerangelegenheiten,
4. zur Vertretung in Bezug auf Mietverhältnisse als Mieter sowie zum Abschluss eines Heimvertrages.

Das Vertretungsrecht besteht jeweils nur, wenn bei jedem Vertretungsfall der vertretende Ehegatte schriftlich erklärt, dass er mit dem verhinderten Ehegatten verheiratet ist, nicht von ihm getrennt lebt, von einer Vorsorgevollmacht oder Betreuung nichts bekannt ist und dieser keinen entgegenstehenden Willen geäußert hat. Weiter ist bei jedem Vertretungsfall ein ärztliches Zeugnis über die Handlungsunfähigkeit vorzulegen, aus dem sich ergibt, dass eine persönliche Untersuchung vor nicht länger als sechs Monaten stattgefunden hat und bei dieser, soweit möglich, ihr Zweck erläutert worden ist.

Wenn die Erklärung des vertretenden Ehegatten und das ärztliche Attest vorliegen, besteht bei gutem Glauben ein gesetzlich fingiertes Vertretungsrecht, wie beim Vorliegen einer Vollmachtsurkunde.

Das Vertretungsrecht über Girokonten soll stark eingeschränkt sein, denn innerhalb von 30 Tagen darf nur über Guthaben bis zu höchstens 3.000 Euro und über Guthaben aus Sozialleistungen nach §§ 18-29 SGB I, Krankenkassenleistungen und Beihilfen verfügt werden. Als Verfügung gilt auch die Erteilung eines Dauerauftrages. Das Vertretungsrecht gilt nicht für andere Bankkonten, z.B. Spar- oder Termingeldkonten. Bestehen verschiedene Girokonten bei verschiedenen Banken, so kann über jedes dieser Konten bis zur Höhe von 3.000 Euro verfügt werden, nicht aber, wenn verschiedene Girokonten bei einer Bank bestehen.

Durch den neuen § 1358a wird weiter dem Ehegatten für den Fall des Vorliegens der Voraussetzung nach § 1358 Abs. 1 ein Vertretungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten eingeräumt. Danach kann der Ehegatte Erklärungen, die auf die Vornahme einer Untersuchung des Gesundheitszustands, einer Heilbehandlung oder eines ärztlichen Eingriffs gerichtet sind, für den verhinderten Ehegatten abgeben. Sofern die Voraussetzungen des § 1904 Abs. 1 vorliegen, ist dazu die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts notwendig. Das Vertretungsrecht besteht nur, wenn der Ehegatte eine schriftliche Erklärung über das Vorliegen der Voraussetzungen für das Vertretungsrecht vorlegt.

Im Lebenspartnerschaftsgesetz wird § 8 Abs. 2 dahingehend geändert, dass auch die neuen Vorschriften der §§ 1358 und 1358a entsprechend anzuwenden sind.

### **Vertretungsrecht Verwandter**

Das vorgesehene Vertretungsrecht Verwandter soll nur für Gesundheitsangelegenheiten eingeführt werden, falls weder Ehegatte noch Lebenspartner vorhanden ist. Vertretungsberechtigt sind in erster Linie volljährige Kinder. Falls solche nicht vorhanden oder erreichbar sind, soll den Eltern dieses Vertretungsrecht zustehen. Der Umfang des Vertretungsrechts entspricht demjenigen des Ehegatten. Auch Verwandte müssen bei Ausübung ihres Vertretungsrechts eine schriftliche Erklärung abgeben, dass sie vertretungsberechtigte Angehörige sind, vom Vorliegen einer Vollmacht oder Betreuung oder von einem entgegenstehenden Willen nichts bekannt ist. Sind mehrere gleichrangige Verwandte vorhanden, so genügt die Erklärung eines von ihnen, jedoch führt der Widerspruch eines gleichrangigen Verwandten dazu, dass keine gültige Erklärung vorliegt.

### **Unterstützung der Vorsorgevollmacht**

Die Verbreitung von Vorsorgevollmachten soll dadurch erleichtert werden, dass durch eine Änderung des Betreuungsbehördengesetzes auch Aufgabe der Betreuungsbehörde werden soll, neben Betreuern auch Bevollmächtigte und gesetzlich vertretungsberechtigte Ehegatten, Lebenspartner oder Verwandte bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beraten und zu unterstützen. Weiter wird für die Betreuungsbehörde die Befugnis zur Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen eingeführt, für die unabhängig vom Geschäftswert eine Gebühr von 10 Euro entsteht. Anerkannten Betreuungsvereinen soll das Recht eingeräumt werden, über die Errichtung einer Vorsorgevollmacht zu beraten.

### **Änderung der Vorschriften über die Vergütung und den Auslagenersatz der Betreuer**

Die bedeutendste Änderung betrifft die Vorschriften über die Vergütung der Betreuer. Die Regelungen über die Vergütung und die Auslagen der Vormünder und der Betreuer werden getrennt. Die Neuregelungen der Betreuervergütung und der Auslagerstattung werden als §§ 1908i bis 1908o eingefügt. Für Vormundschaften bleibt es beim bisherigen Recht.

Der Betreuer soll künftig nach dem neuen § 1908i nicht mehr nach seinem tatsächlichen Zeitaufwand vergütet werden, sondern erhält eine pauschale Vergütung. Dies gilt nicht nur bei Vorliegen von Mittellosigkeit, sondern ebenso für vermögende Betreute. Berufsbetreuer werden künftig grundsätzlich mit Pauschalen vergütet, ohne dass ein Zeitaufwand nachzuweisen ist. Dabei wird unterschieden zwischen Fällen, in denen der Betreute in einem Heim oder außerhalb lebt. Lebt der Betreute in einem Heim, so werden dem Betreuer während der ersten drei Monate 4,5 Stunden, vom 4. bis zum 6. Monat 3,5 Stunden, vom 7. bis zum 12. Monat 3 Stunden und danach jeweils 2 Stunden pro Monat vergütet. Ein Betreuerwechsel gilt nicht als Neuordnung. Lebt der Betreute nicht in einem Heim, so werden in den ersten drei Monaten 7 Stunden, vom 4. bis zum 6. Monat 5,5 Stunden, vom 7. bis zum 12. Monat 5 Stunden und danach 3,5 Stunden pro Monat vergütet. Der Betreuer kann seine Vergütung künftig jeweils nach Ablauf von drei Monaten beanspruchen. Bei Änderung der Vergütungsvoraussetzungen oder bei Beendigung des Amtes ist zeitaufwendig nach Tagen zu vergüten. Hinsichtlich der Höhe der Stundensätze ist keine Änderung gegenüber dem geltenden Recht vorgesehen. Demnach richtet sich die Höhe des Stundensatzes nach den nutzbaren Fachkenntnissen und der Schwierigkeit der Geschäfte, jedoch bei mittellosen Betreuten nach § 1 des Gesetzes über die Vergütung von Berufsvormündern.

Ausnahmen von dieser Pauschalierungsregelung gelten nach dem neuen § 1908m nur für Verhinderungsbetreuungen (§§ 181, 1795, 1908i sowie § 1899 Abs. 4 BGB) sowie für den besonderen Betreuer zur Einwilligung in eine Sterilisation (§ 1899 Abs. 2). Ihre Vergütung soll sich wie bisher nach dem nachzuweisenden Zeitaufwand richten.

Auch die Vergütung eines ehrenamtlichen Betreuers soll pauschaliert werden und sich nach dem neuen § 1908i richten. Jedoch gilt beim ehrenamtlichen Betreuer weiterhin die Voraussetzung, dass ein Anspruch auf Vergütung nur besteht, wenn Umfang und Schwierigkeit dies rechtfertigen und das Vormundschaftsgericht sie bewilligt. Bei Mittellosigkeit kann ein ehrenamtlicher Betreuer auch weiterhin keine Vergütung beanspruchen.

Auslagen des Berufsbetreuers sollen ebenfalls pauschaliert werden. Die Auslagenpauschale soll 3 Euro pro vergüteter Stunde betragen.

Die Vergütungsregelungen für Berufsbetreuer gelten auch für die Vergütung von Betreuungsvereinen oder von Vereinsbetreuern.

### Kritik der Neuregelungen

Es ist nicht das Ziel dieses Aufsatzes, die vorgesehenen Neuregelungen einer umfassenden Kritik zu unterziehen. Aus der Sicht des Praktikers in Betreuungssachen sollen jedoch Vorbehalte in allzu hohe Erwartungen an die Auswirkungen der „Reform“ formuliert werden.

Zu begrüßen ist die Einführung eines gesetzlichen Vertretungsrechts für Angehörige, da ohnehin der größte Teil der Bevölkerung vom Bestehen eines solchen Rechts ausgeht und im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten ein solches Recht von zahlreichen Ärzten und Krankenhäusern auch praktiziert wird. Es wird sich dadurch sicher eine kleinere Anzahl von Betreuungen vermeiden lassen, insbesondere solche über die heute in einem Eilverfahren entschieden werden müsste. Es ist aber vorhersehbar, dass das gesetzliche Vertretungsrecht des Ehegatten zur Verfügung über Girokonten von den Banken nicht akzeptiert werden dürfte, da die Überwachung der komplizierten Regelung den Banken einen hohen Kontrollaufwand abverlangt, der nur mit entsprechend geschultem Personal zu bewältigen sein dürfte. Es ist daher unschwer vorzusehen, dass die Banken durch eine entsprechende Klausel in ihrem Kontoeröffnungsantrag das gesetzliche Vertretungsrecht des Ehegatten ausschließen lassen und im Bedarfsfalle auf die Erteilung ihrer üblichen unbegrenzten Bankvollmacht verweisen werden. Zudem wird in zahlreichen Fällen wegen der monatliche Obergrenze von 3000 Euro trotzdem eine Betreuung notwendig sein, da z.B. die Zahlung der Heimkosten für den verhinderten Ehegatten einen erheblichen Teil dieses Betrages ausschöpfen wird. Ungeklärt scheint zudem die Verfügung über das Konto durch eine EC-Karte oder durch eine Lastschrift. Weiter betrifft die neue Vorschrift nur die Vertretung nach außen, nicht jedoch das Innenverhältnis. Die zur Begründung des Entwurfs dazu gemachten Ausführungen (S. 31 ff.) greifen zu kurz. Denn das Innenverhältnis der Verfügungen läßt sich nur teilweise durch die Verweisung auf die §§ 1356, 1357 und 1360 begründen. Schließlich können auch Verfügungen über das Girokonto notwendig werden, die nicht der Finanzierung des Familienunterhalts dienen. Aber auch bei Verfügungen im Rahmen des Familienunterhalts stellt sich die Frage, ob Auftragsrecht sinngemäß anzuwenden ist und folglich eine Auskunfts- und Rechenschaftspflicht nach § 666 besteht.

Zu begrüßen ist weiter die Unterstützung bei der Erteilung einer Vorsorgevollmacht. Es sind aber Zweifel angebracht, ob die Betreuungsbehörden oder gar die Betreuungsvereine mit ihrer derzeitigen personellen Ausstattung in der Lage sein werden, eine Rechtsberatung über die Erteilung von Vorsorgevollmachten vorzunehmen und die Betreuungsbehörden Bevollmächtigte zudem bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unterstützen können. Schließlich haften Behörde bzw. Verein für den Fall der Erteilung unrichtiger Auskünfte. Weshalb die Einräumung einer Beglaubigungsbefugnis für die Betreuungsbehörden die Erteilung von Vorsorgevollmachten unterstützen soll, ist nicht erkennbar. Während die Betreuungsbehörde in jedem Landkreis bzw. jeder Groß-

stadt nur eine Dienststelle hat, gibt es in Großstädten und in jeder größeren Gemeinde eine ausreichende Anzahl von Notaren. Weshalb der Gang zur Betreuungsbehörde der Bevölkerung leichter fallen soll, als der Gang zum Notar ist nicht ersichtlich. Für denjenigen, der eine Vorsorgevollmacht erteilen will, könnte allenfalls die bei der Betreuungsbehörde entstehende geringe Gebühr von 10 Euro ausschlaggebend sein, die Betreuungsbehörde statt den Notar vor Ort aufzusuchen.

Die öffentliche Kritik (z.B. BtPrax 5/03 S. 187-191 und S. 191-195), an den Vorschlägen der Arbeitsgruppe bzw. an dem Gesetzesvorhaben konzentriert sich hauptsächlich auf die geplante Neuregelung des Vergütungsrechts. Richtig ist sicher die Feststellung in der Begründung (S. 37), dass die derzeitige Vergütungsregelung für Berufsbetreuer sowohl für die Betreuer als auch für die Vormundschaftsgerichte einen erheblichen Arbeitsaufwand verursacht und eine objektive Prüfung des Zeitaufwands des Betreuers durch das Vormundschaftsgericht kaum möglich ist. Weder aus der Gesetzesbegründung noch aus dem Bericht der Arbeitsgruppe läßt sich entnehmen, dass die Neuregelung vorrangig der Verminderung der stark angestiegenen Kosten in Betreuungssachen dienen soll. Gleichwohl dürfte dies der eigentliche Anlaß der Reform sein. Wie bei der Gesundheitsreform wird die Pauschalvergütung von Leistungen als geeignetes Mittel zur Kostendämpfung gesehen. Nach dieser Pauschalierungsregelung würde beim Stundensatz von 31 Euro künftig ein Berufsbetreuer mindestens 744 Euro (für 24 Stunden) und höchstens 2.092,50 Euro (für 67,5 Stunden) jährlich erhalten können. Wie bei jeder Pauschalierung kommt es auf den tatsächlichen Aufwand nicht an. Bei den Betreuern würde durch die Neuregelung der Aufwand für die Erstellung der Tätigkeitsliste wegfallen. Bei den Vormundschaftsgerichten würde durch eine Pauschalierung der Überprüfungsaufwand geringer. Auch die Einschaltung eines Verfahrenspflegers oder des Bezirksrevisors wird nur noch in Ausnahmefällen notwendig sein. Der Einsparung an Zeit für die Prüfung des einzelnen Vergütungsantrags steht jedoch der erhöhte Aufwand für die Bearbeitung von vier Vergütungsanträgen entgegen. Zudem weiß jeder Praktiker, dass bei umfangreichen Betreuungen mit größerem Vermögen in der Neuordnungsphase ein Zeitaufwand von 7 Stunden monatlich kaum ausreichen dürfte. Aber auch bei schon länger laufenden Betreuungen, bei denen der Betreute in einer möglicherweise weiter entfernten Einrichtung lebt, kann ein Zeitaufwand von 2 Stunden nicht für regelmäßige Besuche beim Betreuten ausreichen. Auch eine umfangreiche Rechnungslegung kann mit dem geringen Zeitaufwand kaum bewältigt werden. Eine derartige Pauschalierung führt deshalb dazu, dass die Berufsbetreuer entweder ihre Tätigkeit aufgeben oder umfangreichere Betreuungen nicht mehr übernehmen werden oder ihre Leistungen im einzelnen Betreuungsfall so vermindern, dass sie die Möglichkeit erhalten, zusätzliche Betreuungsfälle zu übernehmen. Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass ein Berufsbetreuer künftig zwischen 40 und 50 Betreuungen führen muss, um eine ausreichende Vergütung für seine Berufstätigkeit zu erhalten. Dies wird jedoch dazu führen, dass Betreuungen, wie teilweise vor der Einführung des Betreuungsrechts, wieder nur als „Aktenfälle“ bearbeitet werden und der Betreuer von dem Betreuten und seinem Lebensumfeld keine unmittelbare Kenntnis hat. Der positive Ansatz des Betreuungsrechts wäre damit wieder in sein Gegenteil verkehrt. Schwierige Betreuungen mit großem zeitlichem Aufwand würden möglicherweise von den Betreuungsbehörden übernommen

werden müssen, weil kein anderer Betreuer gefunden werden kann. Die vorgesehene „Reform“ wäre damit ein Rückschritt zu Lasten der Betroffenen. Bleibt noch zu erwähnen, dass die von der Arbeitsgruppe vorgeschlagene

Senkung der Aufwandspauschale, von 312 Euro, für ehrenamtliche Betreuer, auf 180 Euro nicht in dem Gesetzentwurf enthalten ist, denn sonst wären sicher noch mehr Betreuungen auf die Betreuungsbehörden zugekommen.

## Rechtsprechung

### GmbHG § 8 Abs. 3, BeurkG §§ 16, 38, 40

**Bei der öffentlichen Beglaubigung der Anmeldung einer GmbH zur Eintragung in das Handelsregister durch Geschäftsführer, die der deutschen Sprache nicht kundig sind, ist es weder erforderlich, dass der beigezogene Dolmetscher vereidigt wird, noch muss dieser die Anmeldung unterschreiben.**

OLG Karlsruhe Beschl. v. 08.11.2002 - 11 Wx 48/02

Aus den Gründen:

#### I.

Der Vertrag über die Gründung der betroffenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie ein Beschluss, durch den Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt wurden, sind am 4. Dezember 2001 notariell beurkundet worden. Die Gesellschafter sind Polen und beherrschen die deutsche Sprache nicht. Die Niederschrift nebst Anlage (Satzung der Gesellschaft) wurde den Beteiligten vom Notar in deutscher Sprache vorgelesen und anschließend von dem anwesenden Dolmetscher in die polnische Sprache übersetzt. Auf eine Vereidigung des Dolmetschers hatten die Beteiligten ausdrücklich verzichtet. Die Niederschrift wurde von den Beteiligten und vom Dolmetscher unterschrieben.

Am gleichen Tag meldeten die Gesellschafter die Gesellschaft und ihre Bestellung als Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Anmeldung enthält die nach § 8 Abs. 2 und 3 GmbHG erforderlichen Versicherungen. Im Beglaubigungsvermerk des Notars heißt es, die Registeranmeldung sei den Gesellschaftern von dem Dolmetscher in Gegenwart des Notars in die polnische Sprache übersetzt worden.

Mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2002 teilte das Amtsgericht – Registergericht – mit, es bestehe ein Eintragungshindernis. Die Wirksamkeit der in der Anmeldung enthaltenen Versicherungen sowie der Belehrung stehe nicht zweifelsfrei fest. Zur Anmeldung hätte ein vereidigter Dolmetscher beigezogen werden müssen. Ein Verzicht auf die Vereidigung sei nicht möglich, da das Registergericht Erklärungsempfänger sei. Ferner sei erforderlich, dass der Dolmetscher mitunterzeichne.

Der hiergegen eingelegten Beschwerde half das Amtsgericht nicht ab. Das Landgericht wies die Beschwerde mit Beschluss vom 14. Mai 2002 zurück.

#### II.

Die Zwischenverfügung des Registergerichts und die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts sind aufzuheben. Die Auffassung, bei der Anmeldung der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister müsse ein vereidigter

Dolmetscher beigezogen werden, der die Anmeldung auch mitunterschreibe, entbehrt der gesetzlichen Grundlage.

1. Nach § 7 Abs. 1 GmbHG ist die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. In der Anmeldung haben die Geschäftsführer nach § 8 Abs. 3 GmbHG zu versichern, dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 3 und 4 GmbHG entgegenstehen, und dass sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind. Die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister ist nach § 12 Abs. 1 HGB in öffentlich beglaubigter Form einzureichen.

2. Die Anforderungen an notarielle Beurkundungen sind im Beurkundungsgesetz geregelt.

a) Für die Beurkundung von Willenserklärungen, bei denen ein Beteiligter der deutschen Sprache nicht hinreichend kundig ist, sieht § 16 Abs. 1 Satz 2 BeurkG vor, dass die Niederschrift dem Beteiligten übersetzt werden muss. Für die Übersetzung ist, falls der Notar nicht selbst übersetzt, ein Dolmetscher beizuziehen (§ 16 Abs. 3 Satz 1 BeurkG). Ist dieser nicht allgemein vereidigt, soll ihn der Notar nach § 16 Abs. 3 Satz 3 BeurkG vereidigen, es sei denn, dass alle Beteiligten darauf verzichten. Die Niederschrift soll nach § 16 Abs. 3 Satz 5 auch von dem Dolmetscher unterschrieben werden.

b) Die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister bedarf jedoch nicht der notariellen Beurkundung, sondern nur der öffentlichen Beglaubigung. Das bedeutet nach § 129 Abs. 1 Satz 1 BGB, dass die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden muss. Die Beglaubigung einer Unterschrift ist die Öffentliche Beurkundung der Tatsache, dass die Unterschrift von einer bestimmten Person herrührt und dass der Aussteller seine Unterschrift persönlich vor dem Notar vollzogen hat (Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Auflage, § 40 Rdn. 2). Anders als bei der notariellen Beurkundung einer Willenserklärung ist es hier nicht erforderlich, dass die Erklärung von der Urkundsperson inhaltlich wahrgenommen und verantwortlich geprüft wird. Die Tätigkeit der Urkundsperson beschränkt sich vielmehr auf die Bezeugung der Richtigkeit der Unterschrift (BGHZ 37, 79, 86). Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass die strengen Anforderungen des § 16 BeurkG für die Beglaubigung einer Unterschrift nicht gelten (Limmer in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 40 BeurkG Rdn. 11; Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Auflage, § 40 Rdn. 40; Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 3. Auflage, § 40 Rdn. 44; Jansen, FG, 2. Aufl., § 40 BeurkG Rdn. 25). Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des Notars, welche Maßnahmen er trifft, um Zweifel, Unklarheiten und Täuschungen auszuschließen. Nach dem Beglaubigungsvermerk hat der Notar den anmeldenden Geschäftsführern die Registeranmeldung durch

einen Dolmetscher in die polnische Sprache übersetzen lassen. Anhaltspunkte dafür, dass die Geschäftsführer gleichwohl keine sichere Kenntnis von dem Inhalt der Anmeldung erlangt hätten, sind nicht ersichtlich. Solche sind auch in der Zwischenverfügung des Registergerichts nicht aufgezeigt.

c) Die Notwendigkeit einer Vereidigung des Dolmetschers und der Unterzeichnung der Anmeldung durch ihn kann auch nicht aus § 38 BeurkG abgeleitet werden. Nach dieser Regelung gelten für die Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen die Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen – und damit auch § 16 BeurkG – entsprechend. Der Gesetzgeber verlangt jedoch in § 8 Abs. 3 GmbHG von den Anmeldenden keine Versicherung an Eides Statt. Zwar ist die Abgabe einer falschen Versicherung im Sinne von § 8 Abs. 3 GmbHG strafbewehrt. Auch entspricht der Strafrahmen des § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG dem des § 156 StGB. Das genügt jedoch angesichts des eindeutigen Wortlauts von § 8 Abs. 3 GmbHG nicht, um eine Anwendung der §§ 38, 16 BeurkG auch auf die öffentliche Beglaubigung einer Anmeldung zu rechtfertigen.

d) Die Notwendigkeit einer Vereidigung des Dolmetschers ergibt sich ferner nicht aus § 9 FGG. Diese Bestimmung findet auf öffentliche Beurkundungen keine Anwendung (Kahl in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 14. Auflage, § 9 Rdn. 2).

e) Schließlich ist eine Vereidigung des Dolmetschers und seine Unterschriftsleistung bei der Anmeldung auch im Hinblick auf die Belehrung nach § 53 Abs. 2 BZRG nicht geboten. Die Belehrung nach § 53 Abs. 2 BZRG dient dazu, den Anmeldenden deutlich zu machen, dass sie selbst dann verpflichtet sind, eine strafrechtliche Verurteilung zu offenbaren, wenn diese Verurteilung nicht in das Führungszeugnis oder nur in ein Führungszeugnis nach § 32 Abs. 3, 4 BZRG aufzunehmen ist. Die Belehrung kann nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG auch durch einen Notar vorgenommen werden. Weder die Belehrung noch die Versicherung der Anmeldenden, die Belehrung erhalten zu haben, bedürfen nach dem Gesetz der notariellen Beurkundung. Nimmt der Notar die Belehrung vor, handelt es sich damit nicht um eine Tätigkeit nach § 20 BNotO, sondern um eine sonstige Tätigkeit nach § 24 BNotO. Auch insoweit steht es daher im pflichtgemäßen Ermessen des Notars, in welcher Weise er sicherstellt, dass fremdsprachige Beteiligte die Belehrung verstehen. Nach dem Beglaubigungsvermerk hat der Notar den anmeldenden Geschäftsführern die Registeranmeldung, in der auch die Belehrung durch den Notar vermerkt ist, durch einen Dolmetscher in die polnische Sprache übersetzen lassen. Anhaltspunkte dafür, dass die Geschäftsführer gleichwohl nicht ordnungsgemäß belehrt wurden, sind nicht ersichtlich. Solche sind auch in der Zwischenverfügung des Registergerichts nicht aufgezeigt.

Mitgeteilt vom Richter am OLG Dr. Deichfuß, Karlsruhe

**EWGRL 335/69 Art. 3 Abs. 2; Art. 4  
KostO § 36 Abs. 2; § 39; § 45; § 47  
UmwG §6; § 13; 16; 80  
GenG § 1 ; § 7; § 157**

**1. Eingetragene Genossenschaften verfolgen einen Erwerbszweck und sind daher gem. Art. 3 Abs. 2 EWGRL 335/69 zur Anwendung der Gesellschaftssteuererrichtlinie den Kapitalgesellschaften gleichgestellt.**

**2. Die Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften durch Aufnahme stellt eine gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c EWGRL 335/69 der Gesellschaftssteuer unterliegende Erhöhung des Kapitals durch Einlagen dar.**

**3. Zur Auswirkung des Beschlusses des EuGH vom 21.03.2002 – Gründerzentrum – auf die zu erhebenden Gebühren für notarielle Leistungen, die von einem badischen Amtsnotar im Zusammenhang mit der Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften erbracht worden sind.**

**(Fortführung von OLG Karlsruhe v. 24.09.2002, Az. 14 Wx 133/00, OLG 2002, S. 437 ff. = Rpfleger 2002, S.655 ff. = FGPrax 2002, 275)**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.12.2002 14 Wx 130/01

Aus den Gründen:

#### A.

1. Der Notar beim Notariat Ü. hat beurkundet:

a) in der Urkunde I UR 496/2000 – unter Verwendung eines Fremdentwurfs – den Verschmelzungsvertrag zwischen der V.-bank e.G.mit Sitz in Ü. (übernehmender Rechtsträger) und der S.- und K.-bank e.G. mit Sitz in B. (Übertragender Rechtsträger) und

b) am 19.04.2000 in der Urkunde I UR 495/2000 den in der Vertreterversammlung der V.-bank e.G. vom 18.04.2000 gefassten Verschmelzungsbeschluss

Ferner hat der Notar am 19.04.2000 die Anmeldung der Verschmelzung zum Genossenschaftsregister beim Amtsgericht beurkundet (UR I 497/2000).

3. Gegen die Kostenrechnung in Höhe von DM 48.068,08 hat die Kostenschuldnerin Erinnerung eingelegt.

Unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 29.09.1999, C-56/98 – „Modele“ – meint sie, die in Rechnung gestellten Notargebühren stellen in Wahrheit eine der – die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital betreffenden – Gesellschaftssteuererrichtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.07.1969 widersprechende Steuer dar. Die KostO sei im vorliegenden Fall wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht unanwendbar; die Kostenrechnung sei – ggfls. nach den tatsächlichen Aufwendungen für die erbrachte Dienstleistung – neu zu erstellen.

Das Amtsgericht Überlingen hat die Erinnerung zurückgewiesen.

Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht Konstanz zurückgewiesen.

#### B.

Die infolge Zulassung (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO) statthafte und auch im übrigen zulässige weitere Beschwerde ist teilweise begründet. Die angegriffene Kostenrechnung steht zwar im Einklang mit den einschlägigen deutschen Vorschriften, namentlich denen der KostO. Indessen sind die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Kostenansätze nicht mit der Regelung gemäß Art. 10 und Art. 12 Nr. 1 lit. e.

der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.07.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.06.1985 („Gesellschaftssteuerrichtlinie“; im folgenden auch „Richtlinie“ oder „RL“) vereinbar. Da die genannten Richtlinienbestimmungen nach Auffassung des EuGH inhaltlich unbedingt und hinreichend genau abgefasst sind, begründen sie für die einzelnen Gesellschaften in den Mitgliedsstaaten Rechte, auf die sie sich auch vor den nationalen Gerichten berufen können (EuGH, Urteil vom 02.12.1997, C-188/95 – „Fantask – Tz. 53 [ZIP 1998, Seite 206 ff.]; BayObLGZ 1998, S. 303 ff., 307; Gustavus, ZIP 1998, S. 502 ff., 503). Die nicht mit der Richtlinie vereinbaren Kostenansätze konnten daher keinen Bestand haben und waren aufzuheben.

### I.

1. Gemäß Art. 1 RL können die Mitgliedsstaaten der EG eine als „Gesellschaftssteuer“ bezeichnete harmonisierte Abgabe auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften im Sinne der Richtlinie (Art. 3 Abs. 1 RL) oder ihnen gemäß Art. 3 Abs. 2 RL gleichzusetzende Vereinigungen erheben. Die Vorgänge, die der Gesellschaftssteuer unterliegen oder ihr unterworfen werden können, sind in Art. 4 RL abschließend aufgeführt. In Art. 10 RL ist bestimmt, dass von Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen mit Erwerbzweck abgesehen von der Gesellschaftssteuer „Steuern oder Abgaben“ auf die dort genannten auf Art. 4 RL bezogenen Vorgänge (lit. a und b) nicht erhoben werden, ferner nicht auf „die der Ausübung einer Tätigkeit vorausgehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbzweck aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann“ (lit. c). Art. 12 Abs. 1 RL normiert Ausnahmen von diesem Verbot.

2. Demgemäß sind die von der Kostenschuldnerin angegriffenen Kostenansätze dann – und nur dann – mit der Gesellschaftssteuerrichtlinie unvereinbar, wenn sie, ohne unter die Ausnahmeregelung nach Art. 12 Abs. 1 RL zu fallen, vom Verbotstatbestand des Art. 10 RL erfasst werden.

Da die den hier angegriffenen Kostenansätzen zugrundeliegenden notariellen Leistungen – unter der Voraussetzung, dass die Richtlinie überhaupt auf eingetragene Genossenschaften anwendbar ist – im Vorfeld der in Art. 4 RL genannten Vorgänge liegen und somit von den diese in Bezug nehmenden Verbotstatbeständen nach Art. 10 lit. a und b nicht erfasst werden, kommt insoweit allenfalls ein Verbot nach Art. 10 lit. c RL in Betracht. Dabei ist das darin normierte Besteuerungsverbot – trotz fehlender ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 4 RL – auf solche aufgrund der Rechtsform der Gesellschaft vorgeschriebene Formalien beschränkt, die im Zusammenhang mit den in Art. 4 RL aufgeführten Vorgängen stehen (vgl. EuGH, Urteil vom 27.10.1998, C-152/97 – „Agas“ – Tz. 21 (WM 1999, Seite 343 ff., 345); Görk, DNotZ 1999, Seite 851 ff., 868; ders., ZIP 2002, S. 667 ff., 668).

Die grundsätzliche Frage, ob die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallenden Vorgangs durch einen beamteten Notar im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe als „Steuer“ im Sinne der Richtlinie anzusehen sind, hat der EuGH inzwischen mittels Hinweis auf Tz. 23 seines allerdings die Verhältnisse in Portugal betreffenden „Modelo“-Urteils vom 29.09.1999, C

56/98 (ZIP 1999, S. 1681 ff.) bejaht (Tz. 27 f. des Beschlusses vom 21.03.2002, C-264/00 – „Gründerzentrum“ – [ZIP 2002, S. 663 ff.]).

### II.

Für die einzelnen von der Kostenschuldnerin angegriffenen Kostenansätze ergibt sich danach folgendes:

#### 1. Beurkundung des Verschmelzungsvertrags

a) Der im vorliegenden Fall für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags erfolgte Ansatz einer Beurkundungsgebühr (§ 36 Abs. 2 KostO) von 30.220,00 DM sowie einer Auswärts- und einer Unzeitgebühr (§ 58 Abs. 1 bzw. Abs. 3 KostO) von jeweils 60,00 DM widerspricht der Gesellschaftssteuerrichtlinie.

aa) Die Gebühren unterfallen dem Verbotstatbestand gemäß Art. 10 lit. c RL:

(1) Als eingetragene Genossenschaft (e. G.) ist die Kostenschuldnerin zwar keine „Kapitalgesellschaft“ im Sinne der Richtlinie (vgl. den abschließenden Katalog in Art. 3 Abs. 1 RL). Indessen werden in Art. 3 Abs. 2 RL zur Anwendung der Gesellschaftssteuerrichtlinie „den Kapitalgesellschaften alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristische Personen gleichgestellt, die einen Erwerbzweck verfolgen“. Diese Merkmale sind bei der e. G. gegeben. Etwas anderes gilt nicht etwa deshalb, weil die e. G. als Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft auf die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft „ihrer Mitglieder“ gerichtet ist (vgl. § 1 Abs. 1 GenG). Denn die Mitgliedernützlichkeits des Erwerbzwecks ist keine spezifische, sie von den anderen auf Erwerb gerichteten Vereinigungen unterscheidende Besonderheit der e. G. (hierzu etwa Beuthien, GenG mit Umwandlungsrecht, 13. Auflage 2000, Rn. 6 zu § 1)

(2) Die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags ist auf einen von Art. 4 Abs. 1 lit. c RL erfassten Vorgang bezogen.

Nach der genannten Vorschrift unterliegt der Gesellschaftssteuer „die Erhöhung des Kapitals einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art“. Wie der EuGH für die französische Aktiengesellschaft entschieden hat, fällt darunter auch eine Kapitalansammlung, die durch Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaften in der Weise erfolgt, dass das Kapital der Übernehmenden Gesellschaft durch Einbringung des gesamten Vermögens der übertragenden Gesellschaft erhöht wird (Urteil vom 13.02.1996, C-197/94 und C-252/94 – „Bautiaa“ bzw. „Societe francaise maritime“ – insbesondere Tz. 33-36 [ABI. EG 1996 Nr. C 133/3-4]; vgl. ferner Vogt, WuB II N. Art. 12 RL 69/335 EWG 2.99 [Anm. zu EuGH, C-152/97 – „Agas“ -1]).

Für die hier vorliegende Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften durch Aufnahme gilt nichts anderes. Dabei ist die Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften – anders als das etwa bei der Verschmelzung zweier GmbHs oder zweier Aktiengesellschaften durch Aufnahme der Fall ist (vgl. §§ 54, 55 bzw. §§ 68, 69 UmwG) – gemäß § 80 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 UmwG stets mit einer Bildung weiterer Geschäftsanteile für die Genossen der Übertragenden e. G., auf die im Rahmen des § 7 Nr. 1 GenG Mindesteinlagen zu erbringen bzw. zu belassen sind, und damit mit einer Erhöhung des Eigenkapitals der aufnehmenden e. G. verbunden.

(3) Da gemäß § 6 UmwG der Verschmelzungsvertrag zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung bedarf, stellt diese im Sinne von Art. 10 lit. c RL eine sonstige „Formalität“ dar, der die Gesellschaft zur Ausübung ihrer Tätigkeit unterworfen ist (vgl. EuGH, C-56/98 – „Modelo“ –, Tz. 26; C-264/00 – „Gründerzentrum“ –, Tz. 29).

bb) Die für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags angesetzte Gebühr stellt – entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung – keine „Abgabe mit Gebührencharakter“ dar, die gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. e RL in Abweichung von Art. 10 RL erhoben werden kann.

(1) „Abgaben mit Gebührencharakter“ im Sinne der Gesellschaftssteuerrichtlinie sind nur solche Abgaben, deren Berechnung auf der Grundlage der Kosten für die erbrachte Leistung erfolgt (EuGH, C-56/98 – „Modelo“ –, Tz. 29; Urteil vom 21.06.2001, C-206/99 „SONAE“ –, Tz. 32 [EuZW 2001, S. 500 ff.]; Fabis, ZIP 1999, S. 1683 f.; Görk, DNotZ 1999, S. 851 ff., 862 ff.). Dabei kommt dem Umstand, dass die Gebühren für die Beurkundung von Verschmelzungsverträgen nach oben hin begrenzt sind (vgl. § 39 Abs. 4 KostO), keine entscheidende Bedeutung zu. Seine insoweit missverständliche Rechtsprechung (vgl. Tz. 30-32 des „Modelo“-Urteils), auf die sich das Landgericht gestützt hatte, hat der EuGH inzwischen im „SONAE“-Urteil dahin präzisiert, dass das Bestehen einer Obergrenze für Abgaben der hier vorliegenden Art für sich allein diesen Abgaben einen Gebührencharakter dann nicht verleihen kann, wenn die Obergrenze nicht so festgelegt ist, dass sie den Kosten der Dienstleistung angemessen ist, für die die Abgaben die Gegenleistung darstellen (Nr. 2 der Urteilsformel sowie Tz. 36).

(2) Nicht nur unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags unter Verwertung eines Fremdentwurfs erfolgt ist, stehen die hierfür angesetzten Gebühren von insgesamt 30.340,00 DM (Beurkundungsgebühr zzgl. Auswärtsgebühr zzgl. Unzeitgebühr) in einem deutlichen Missverhältnis zu dem konkret erbrachten Aufwand. Eine Qualifizierung der für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags angesetzten Gebühren als „Abgabe mit Gebührencharakter“ scheidet deshalb aus.

b) Damit widersprechen die diesbezüglichen Kostenansätze dem Gemeinschaftsrecht mit der Folge, dass die Kostenrechnung insoweit aufzuheben war. Die Sache wird daher an den Kostenbeamten zur Festsetzung einer im Einklang mit der Gesellschaftssteuerrichtlinie stehenden Gebühr für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags zurückgegeben. Da der Gesetzgeber bislang noch keine richtlinienkonforme Gebührenregelung zur Verfügung gestellt hat, wird der Kostenbeamte den berücksichtigungsfähigen Aufwand in pauschalierender Weise zu ermitteln haben. Dabei können – wie der EuGH in seinem Urteil vom 02.12.1997, C-188/95 – „Fantask“ –, Tz. 33 (ZIP 1998, S. 206 ff., 210) für die Eintragung von Aktiengesellschaften ins Handelsregister ausgeführt hat – „sämtliche Kosten (berücksichtigt werden), die mit den Eintragungen zusammenhängen, einschließlich des auf diese Vorgänge entfallenden Teils der allgemeinen Kosten“.

Es bestehen keine Bedenken dagegen, dass der Kostenbeamte bei Ermittlung der dem Land aufgrund der Protokollierung des hier in Rede stehenden Verschmelzungsvertrags entstandenen Kosten die im Erlass des

Justizministeriums Baden-Württemberg vom 22.05.2002 – Az. 5656/0227 – aufgeführten Pauschalsätze je Arbeitsstunde vorläufig und vorbehaltlich der noch zu ermittelnden tatsächlichen Kosten zugrundelegt.

## 2. Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses der Vertreterversammlung

Auch der für die Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses der Vertreterversammlung der übernehmenden e. G. erfolgte Ansatz einer Beurkundungsgebühr (§ 47 Satz 1 KostO) von 10.000,00 DM sowie einer Auswärts- und einer Unzeitgebühr (§ 58 Abs. 1 bzw. Abs. 3 KostO) von je 60,00 DM widerspricht der Gesellschaftssteuerrichtlinie. Die Ausführungen oben zu 1. – Beurkundung des Verschmelzungsvertrags – gelten entsprechend:

Die Gebühr unterfällt dem Verbotstatbestand gemäß Art. 10 lit. c RL, weil die notarielle Beurkundung des von den Anteilsinhabern gefassten Verschmelzungsbeschlusses Voraussetzung für dessen Wirksamkeit ist (§ 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG) und der Verschmelzungsbeschluss Bedingung für die Ausübung und Fortführung der eingetragenen Genossenschaft in der von ihren Anteilshabern gewollten Form ist (vgl. § 13 Abs. 1 UmwG).

Die für die Beurkundung angesetzten Gebühren stehen auch hier in einem erkennbaren Missverhältnis zu dem vom Land im konkreten Fall erbrachten Aufwand, so dass eine Erhebung auch nicht nach der Ausnahmvorschrift Art. 12 Abs. 1 lit. e RL erfolgen durfte.

Auch insoweit war die Kostenrechnung daher aufzuheben und die Sache zur Festsetzung einer richtlinienkonformen Gebühr an den Kostenbeamten zurückzuverweisen.

## 3. Beurkundung der Anmeldung zum Genossenschaftsregister

Ob auch der Gebührenansatz für die Beurkundung der Anmeldung zum Genossenschaftsregister (§ 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO) von 805,00 DM nebst einer Auswärts- und einer Unzeitgebühr (§ 58 Abs. 1 bzw. Abs. 3 KostO) von je 60,00 DM nach den oben zu 1. dargelegten Grundsätzen der Gesellschaftssteuerrichtlinie widersprechen, vermag der Senat nicht abschließend zu beurteilen.

Freilich handelt es sich auch bei der diesen Gebührenansätzen zugrundeliegenden notariellen Tätigkeit um „Formalitäten“ im Sinne von § 10 lit. c RL, weil die Anmeldung der Verschmelzung zur Eintragung in das Genossenschaftsregister gesetzlich vorgeschrieben ist (§ 16 Abs. 1 UmwG), und zwar in öffentlich beglaubigter Form (§ 157 GenG).

Indessen steht einerseits nicht fest, ist andererseits aber auch nicht auszuschließen, dass die diesbezüglich angesetzten Gebühren von insgesamt 825,00 DM den konkreten Aufwand des Landes – insbesondere die Prüfungs- und Vollzugstätigkeit des Notars sowie die damit verbundenen Vor- und Nacharbeiten weiterer Notariatsbediensteter – nicht unwesentlich übersteigen. Damit steht nicht fest, ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass auch diesen Gebühren kein „Gebührencharakter“ im Sinne von Art. 12 Abs. 1 lit. e RL zukommt. Daher war auch insoweit die Kostenrechnung aufzuheben und die Sache an den Kostenbeamten zur Festsetzung einer im Einklang mit der Richtlinie stehenden Gebühr zurückzuverweisen.



Mitgeteilt vom Richter am OLG Karlsruhe, 14 Zivilsenat in Freiburg Dr. Ernst-Friedrich Krauß

### BGB §§ 1629, 1795

**Werden Anteile an einer Grundbesitzgesellschaft bürgerlichen Rechts übertragen und soll der Zessionar der Anteile diese treuhänderisch für die minderjährigen Kinder des Zedenten halten, die minderjährigen Kinder eigene Forderungsrechte erwerben, jederzeit die Übertragung der Anteile an sich verlangen können und soll eine jederzeitige Umwandlung der BGB-Gesellschaft in eine andere Rechtsform, insbesondere in eine Kommanditgesellschaft möglich sein, bedarf diese Vereinbarung der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers.**

LG Stuttgart, Beschl. vom 06.09.2001 1 T 53/00

#### Sachverhalt:

In notarieller Urkunde vom 22.08.2000 übertrug Frau H. M ihren Anteil an einer Grundbesitz haltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf ihre Mutter. Gleichzeitig wurde vereinbart, dass diese den übertragenen Anteil treuhänderisch für die minderjährigen Kinder der H. M. in der Weise hält, dass die minderjährigen Kinder eigene Forderungsrechte erwerben, jederzeit die Übertragung der Anteile an sich verlangen können und eine jederzeitige Umwandlung der BGB-Gesellschaft in eine andere Rechtsform, insbesondere in eine Kommanditgesellschaft möglich sein soll.

#### Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig, sie hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

1. Das Grundbuchamt hat in seiner Zwischenverfügung den Vollzug der gestellten Grundbuchberichtigungsanträge zu Recht von der Bestellung eines Ergänzungspflegers für die minderjährigen Kinder, sowie von der Genehmigung des Treuhandvertrags vom 22.8.2000 durch den Ergänzungspfleger abhängig gemacht. Möglicherweise ist nicht nur ein Ergänzungspfleger für alle vier minderjährigen Kinder zu bestellen, sondern vier Ergänzungspfleger – für jedes Kind einer.

2. Die in der notariellen Urkunde vom 22.8.2000 enthaltene treuhänderische Übertragung des Anteils der an der Grundbesitz-Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihrer typisch stillen Beteiligung an dem einzelkaufmännischen Unternehmen unter der Firma Autohaus ist im Hinblick auf die gleichzeitig in dem bezeichneten Vertrag getroffene Treuhandabrede kein Vertrag zu Gunsten Dritter – wie von den Vertragsbeteiligten in der notariellen Urkunde erklärt –, sondern ein Vertrag zu Lasten Dritter, und zwar zu Lasten der minderjährigen Treugeber, der zuvor in Ziff. 1 genannten vier minderjährigen Kinder von Frau H. M.. Dies hat zur Folge, dass die minderjährigen Kinder, die die vertragliche Position von Treugebern haben, beim Abschluss des Treuhandvertrages hätten mitwirken müssen. Dabei wäre die Mutter der Kinder, Frau H. M., nach §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2 Nr. 1 BGB von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen gewesen, weil der Treuhandvertrag zwischen der Mutter von Frau H. M. als Treuhänderin einerseits und den minderjährigen Kindern von Frau H. M. als Treugeber

andererseits und damit mit einer Verwandten in gerader Linie geschlossen wurde. Es hätte der Mitwirkung zumindest eines Ergänzungspflegers – möglicherweise auch von vier Ergänzungspflegern (§ 1909 BGB) – bedurft.

a) Nach II/5. der Vertragsurkunde ist die Treuhänderin verpflichtet, auf jederzeitiges Verlangen eines der (heute) minderjährigen Treugebers den treuhänderisch gehaltenen Anteil auf den betreffenden Treugeber zu übertragen. Würde man diese Verpflichtung ohne Mitwirkung eines Ergänzungspflegers als wirksam ansehen, so würde beim Eintritt des Treugebers zumindest in die BGB-Gesellschaft der mit den Vorschriften der §§ 1629, 1795 BGB bezweckte Minderjährigenschutz unterlaufen und die minderjährigen Gesellschafter Pflichten aus dem Gesellschaftsrechtsverhältnis treffen, die nur unter Mitwirkung eines Ergänzungspflegers (und möglicherweise nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts) hätten begründet werden dürfen. Im Hinblick auf die sich aus einem Gesellschaftsrechtsverhältnis ergebenden Verpflichtungen für jeden Gesellschafter hat der BGH in seiner Entscheidung vom 10.2.1977 (BGHZ 68, 225 = NJW 1977, 1339) den Eintritt einer Person, die bisher nicht Gesellschafter war, als Vertrag zu Lasten eines Dritten angesehen, der im Übrigen auch unter dem Gesichtspunkt von § 107 BGB nicht nur rechtliche Vorteile für den minderjährigen Gesellschafter bringt. Die Entscheidung des BGH ist zwar im Zusammenhang mit einer gesellschaftsrechtlichen Nachfolge von Todes wegen ergangen, die den Eintretenden treffenden gesellschaftsvertraglichen Pflichten unterscheiden sich jedoch nicht, wenn der Eintritt auf der Grundlage eines Erwerbs von Todes wegen oder eines Erwerbs unter Lebenden erfolgt. Die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers beim Erwerb von Gesellschaftsbeteiligungen haben auch der BFH in BB 1974, 168 = DB 1974, 365 und das Landgericht Aachen in NJW-RR 1994, 1319 = Rpfleger 1994, 104 als erforderlich angesehen.

Schon unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt ist der gesamte Vertrag vom 22.8.2000 als schwebend unwirksam anzusehen, weil die Übertragung des Anteils von Frau H. M. an der BGB-Grundbesitz-Gesellschaft, ihrer typisch stillen Beteiligung am einzelkaufmännischen Unternehmen Autohaus, einerseits und die Treuhandvereinbarungen (als Vertrag zu Lasten der minderjährigen Kinder) andererseits in einem rechtlichen Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von § 139 BGB zueinander stehen. Die schwebende Unwirksamkeit der Treuhandvereinbarung führt auch zur schwebenden Unwirksamkeit der treuhänderischen Abtretung der Gesellschaftsbeteiligung an der Grundbesitz-GbR und der stillen Beteiligung am einzelkaufmännischen Unternehmen nach II/1. der Vertragsurkunde.

Damit ist das Grundbuch in Bezug auf die nach § 47 GBO als Eigentümer einzutragenden BGB-Gesellschafter in der Folge einer Abtretung eines BGB-Gesellschafts-Anteils nicht unrichtig geworden, der auf dieser Grundlage gestellte Grundbuchberichtigungsantrag kann im Grundbuch derzeit nicht vollzogen werden.

Nicht nur die Vertragsbestimmung II/5. macht den Treuhandvertrag zu einem Vertrag zu Lasten Dritter, sondern auch die Bestimmung in II/7. der Vertragsurkunde, wonach eine jederzeitige Umwandlung der BGB-Gesellschaft und der stillen Beteiligungen samt den Darlehensforderungen in eine andere Rechtsform, insbesondere in eine Kommanditgesellschaft, möglich sein soll. Auch dabei handelt es sich um eine Vertragsbestimmung zu Lasten der minderjährigen

Treugeber, die ohne deren Mitwirkung bei ordnungsgemäßer Vertretung nicht vereinbart werden kann; vgl. auch insoweit die oben lit. a) zitierten Entscheidungen des BGH, des BFH und des LG Aachen.

Über § 139 BGB erfasst die schwebende Unwirksamkeit auch dieser Bestimmung den gesamten Vertrag, so dass auch insofern eine Grundbuchunrichtigkeit nicht eingetreten ist.

c) Letztlich führt auch die Freistellungsverpflichtung nach II/8. der Vertragsurkunde nicht dazu, dass die Treuhandvereinbarung ein Vertrag zu Gunsten Dritter wäre. Ob bei Inanspruchnahme der minderjährigen Treugeber eine Freistellung durch Frau H. M. zum gegebenen Zeitpunkt im erforderlichen Umfang erfolgen könnte, hängt von deren wirtschaftlicher Bonität ab, die in keiner Weise beurteilt werden kann.

3. Ob zur ordnungsgemäßen Vertretung der minderjährigen Treugeber die Bestellung lediglich eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB ausreicht oder ob vier Ergänzungspfleger zu bestellen sein werden, weil nach §§ 191 5, 1795 Abs. 2, 181 BGB auch für den Ergänzungspfleger des Verbot des Selbstkontrahierens gilt, kann für die vorliegende Entscheidung dahin stehen. Das Grundbuchamt wird diese Frage zu gegebener Zeit in eigener Zuständigkeit erneut zu prüfen haben.

4. Es kann für die vorliegende Entscheidung auch dahin stehen, ob der oder die Ergänzungspfleger der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen. Zunächst ist abzuwarten, mit welchem konkreten Inhalt der Vertrag von dem oder den Pflegern genehmigt werden wird. Wenn die Frage der Zuständigkeit des Familien- oder Vormundschaftsgerichts und dessen örtliche Zuständigkeit geklärt sein werden, wird über die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit zu entscheiden sein.

Mitgeteilt von Notar Hans Ziegler, Gerlingen

### **GmbHG § 86**

#### **Zur praktischen Behandlung von Rundungsdifferenzen bei der Umstellung des Stammkapitals auf Euro**

LG Stuttgart, Beschl. vom 12.03.2002 32 T 3/02 KfH

Aus den Gründen:

1. Die Umrechnung des Stammkapitals und der beiden Stammeinlagen wurde entsprechend der Euroumrechnungskurs-VO (EG-Verordnung Nr. 2866/98 vom 31.12.1998) durchgeführt. Dabei ist die Summe der umgewandelten Anteile um 1 Cent höher als das umgerechnete Stammkapital (25.516,59 €).

Andererseits ist bei der Erhöhung des Stammkapitals auf 26.000,00 € die Summe der beiden Einzelerhöhungen um 1 Cent niedriger als die für die Erhöhung auf 26.000,00 € erforderliche Summe von 435,41 €.

Da beide Maßnahmen miteinander verwirklicht werden sollen, heben sich die beiden Differenzen auf. Es bestehen deswegen keine Bedenken, die Erhöhung des Stammkapital auf 26.000,00 € entsprechend der Anmeldung vom 18.01.2002 einzutragen.

2. Die Umstellung von § 11 (1) der Satzung – Gründungsaufwand – auf € ist möglich. Obwohl die Gesellschaft bereits seit 11.10.1995 im Handelsregister eingetragen ist, kann nicht völlig ausgeschlossen werden, dass noch eine Auseinandersetzung darüber entsteht, bis zu welchem Betrag die Gesellschaft die Gründungskosten tatsächlich getragen hat. Die Umstellung der Begrenzung des von der Gesellschaft zu tragenden Gründungsaufwands in € kann deswegen nicht abgelehnt werden.

Mitgeteilt von Notar Hans Ziegler, Gerlingen

### **BGB § 1380**

**1. Eröffnet ein Ehegatte unter seinem Namen ein Einzelgiro- bzw. Einzelwertpapierkonto bei einer Bank, so ist er nicht nur alleiniger Gläubiger der Guthabensforderung gegenüber der Bank im Außenverhältnis, sonder auch Innenverhältnis zum anderen Ehegatten.**

**2. Bei der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung der Eheleute über eine Bruchteilsberechtigung eines Ehegatten an der Guthabensforderung ist Zurückhaltung geboten. Allein der Umstand, dass einem Ehegatten Kontovollmacht erteilt wurde, reicht nicht aus.**

**3. Überträgt der Kontoinhaber dem anderen Ehegatten die Hälfte der Wertpapiere, so ist dieser Betrag seinem Endvermögen gem. § 1380 Abs. 2 BGB hinzuzurechnen.**

OLG Karlsruhe Urteil vom 28.03.2002 2 UF 50/01

Aus den Gründen:

Von sämtlichen Positionen im Rahmen der zu Gunsten der Klägerin festzustellenden Ausgleichsforderung ist zwischen den Parteien jetzt lediglich noch streitig, wie das Wertpapierdepot mit einem damaligen Nennwert von 50.000 DM zu behandeln ist, das die Parteien im Juni 1993, also noch vor dem hier maßgebenden Stichtag des 08.02.1994 (§1384 BGB) hälftig geteilt haben.

Der Wert der an die Klägerin übertragenen Wertpapiere ist mit seinem Kurswert im Zeitpunkt der Übertragung (also mit 25.000 DM) zuzüglich der bis zu diesem Tag aufgelaufenen Stückzinsen dem (jetzt) unstreitigen Endvermögen des Beklagten von 48.560,07 DM gemäß § 1380 Abs. 2 BGB hinzuzurechnen, denn die Wertpapiere gehörten ihm ursprünglich allein.

Entscheidend für diese Bewertung, dass das genannte Wertpapierdepot dem Beklagten allein und nicht den Parteien gemeinsam, wie die Klägerin behauptet, gehörte, ist zunächst, dass das Konto auf den Namen des Beklagten eröffnet und er somit Inhaber dieses Einzelkontos wurde. Der Inhaber des Einzelkontos, wie auch der eines Einzeldepotkontos (nicht Oder-Depots, wie in dem vom BGH, FamRZ 1997, 607 entschiedenen Fall), für das die gleichen Grundsätze wie die für die Geldkonten gelten, ist nicht nur alleiniger Gläubiger einer Guthabensforderung gegenüber der Bank (also Berechtigter im Außenverhältnis), vielmehr steht ihm im Regelfall das Guthaben auch im Innenverhältnis der Ehegatten beim Scheitern der Ehe

alleine zu (Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 2. Aufl., Rn. 555, 553, 512; Schwab/Borth, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl., Teil IX, Rn. 20; Haußleiter/Schulz Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 2. Aufl., Kap. 3 Rn. 134). Zwar können die Ehegatten, gegebenenfalls auch stillschweigend, eine Bruchteilsberechtigung des Ehegatten, der nicht Kontoinhaber ist, an der Kontoforderung jederzeit vereinbaren (Wever a.a.O.). Dass die Parteien eine solche Vereinbarung ausdrücklich geschlossen hätten, behauptet auch die Klägerin nicht. Eine stillschweigende Vereinbarung kann jedoch nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden, wobei bei der Annahme einer für das Innenverhältnis stillschweigend vereinbarten Mitberechtigung des Ehegatten, der nicht Kontoinhaber ist, Zurückhaltung geboten ist (Wever a.a.O. Rn. 513). Bei Gegenständen (des täglichen Bedarfs) kann, worauf Borth a.a.O. (Rn. 20) hinweist, durch deren Erwerb unter Ehegatten eine Gemeinschaft, insbesondere Miteigentum entstehen, auch wenn der Erwerb nur von einem Ehegatten finanziert wurde, weil einem Austausch von Leistungen innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft regelmäßig die Ansehung zu Grunde liegt, dass die jeweiligen Beiträge der Ehegatten zum finanziellen Aufwand gleichwertig sind. Selbst wenn es so wäre, dass das Wertpapierdepot nicht – wie der Beklagte behauptet – durch seine nebenberuflichen Einkünfte geschaffen wurde, sondern die Klägerin ihrerseits – wie von ihr behauptet – ebenfalls durch eigene Beiträge das Depot mitfinanziert hätte, würde dies angesichts der eindeutigen Zuordnung des Depots auf den Beklagten nicht ausreichen, eine dingliche Mitberechtigung der Klägerin zu fingieren (vgl. hierzu auch Borth, a.a.O.). So liegt hier gerade keiner der Fälle vor, in denen der BGH ein auf den Namen eines Ehegatten lautendes (Spar-) Guthaben anteilig aufgeteilt hat. Nach dem seiner Entscheidung vom 07.04.1966 (FamRZ 1966, 442) zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die Ehefrau ihr gesamtes Einkommen auf ein Sparbuch einbezahlt, während der Ehemann mit seinem Einkommen für den Unterhalt der Familie aufkam. Mit dem ersparten Geld sollte eine Ehe-wohnung erworben werden. Auch waren sich dort die Ehegatten – nach den Umständen zu schließen – darüber einig, dass das Angesparte beiden Ehegatten zustehen sollte. In diesem Fall hat der BGH zwischen den Ehegatten eine besondere Abrede über die Verwendung des Geldes angenommen und kam zur Mitberechtigung des Ehemannes. Eine solche Zweckverwendung des hier in Frage stehenden Wertpapierguthabens hat die Klägerin gerade nicht behauptet. Im Übrigen ist bei der Annahme einer für das Innenverhältnis stillschweigend vereinbarten Mitberechtigung des Ehegatten, der nicht Kontoinhaber ist, Zurückhaltung geboten. Allein der Umstand, dass diesem Ehegatten Vollmacht erteilt ist, reicht nicht aus (so zutreffend Wever, a.a.O. Rn. 514), zumal hier der Beklagte der Klägerin nur für sein laufendes Kontokorrentkonto bei der B-Bank, nicht aber gesondert für das Wertpapierdepot Vollmacht erteilt hat, worauf der Beklagte zu Recht hinweist. Zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung am 13.11.1970 war unstrittig noch kein Wertpapierdepot angelegt.

1. Bei der hieraus folgenden Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung der Klägerin ist somit dem nunmehr unstrittigen Endvermögen des Beklagten in Höhe von 48.560,07 DM der Wert der an die Klägerin übertragenen Wertpapiere mit ihrem Kurswert zur Zeit der Übertragung im Juni 1993 zuzüglich der bis zu diesem Tage aufgelaufenen Stückzinsen hinzuzurechnen

2. Nach Hinzurechnung dieses Betrages zum Endvermögen mit 48.560,07 DM und nach Abzug des (unstrittigen) Anfangsvermögens von 7.382,74 DM verbleibt ein Zugewinn von 68.012,75 DM und für die Klägerin (zunächst) ein Ausgleichsanspruch von 34.006,37 DM.

Mitgeteilt vom 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe

## BGB § 2250 Abs. 2

**1. Ein Nottestament nach § 2250 Abs. 2 BGB kann bereits dann wirksam errichtet werden, wenn die dort beschriebene nahe Todesgefahr nur objektiv vorliegt, ohne dass sich die Zeugen dessen bewusst wären.**

**2. Für die Beurteilung der Frage, ob eine nahe Todesgefahr im Sinne von § 2250 Abs. 2 BGB vorliegt, ist der Zeitpunkt maßgeblich, in welchem der Erblasser testiert.**

LG Freiburg, Beschl. v. 19.03.2003 4 T 187/02

Aus den Gründen:

Die am 09.10.2000 verstorbene Erblasserin hat am 06.10.2000 vor den Zeuginnen St. K., S.L. und A.G. ein Testament errichtet, wonach Alleinerbin die Beteiligte Ziffer 1 sein sollte. Außerdem wurden verschiedene Vermächtnisse ausgesetzt und Testamentsvollstreckung angeordnet. Frühere letztwillige Verfügungen wurden aufgehoben.

Das Nachlassgericht hat mit der angefochtenen Entscheidung nach Anhörung der Zeuginnen K., L. und G. den Erbscheinsantrag der Beteiligten Ziff.1 zurückgewiesen. Das Drei-Zeugen-Testament sei nicht wirksam errichtet. Die genannten Zeuginnen hätten ihre Funktion als Urkundsperson offenbar nicht erkannt. Sie hätten sich keine Gedanken darüber gemacht, ob sie möglicherweise vor Entfaltung einer eigenen Beurkundungstätigkeit verpflichtet gewesen seien, zumindest den Versuch zu unternehmen, die Beurkundung einem Notar oder einem Bürgermeister zu überlassen. Sie hätten bereits zwei Tage vor der Errichtung des Drei-Zeugen-Testaments von dem Wunsch der Erblasserin erfahren, ein Testament errichten zu wollen. Zu diesem Zeitpunkt hätte ohne weiteres die Möglichkeit bestanden, mit einem Notar des Notariats Fr. einen Termin zur Beurkundung eines Testaments am darauffolgenden Freitag zu vereinbaren.

Die Beschwerde der Beteiligten Ziffer 1 ist zulässig und begründet.

1. Nach § 2250 Abs. 2 BGB kann jemand, der sich in so naher Todesgefahr befindet, dass voraussichtlich auch die Errichtung eines Testaments nach § 2249 BGB nicht mehr möglich ist, das Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichten. Von dieser Möglichkeit hat die Erblasserin vorliegend wirksam Gebrauch gemacht.

Bereits dem Wortlaut der genannten Vorschrift lässt sich entnehmen, dass schon das objektive Vorliegen der beschriebenen Todesgefahr dem Erblasser die Möglichkeit eröffnet, nach der genannten Vorschrift zu testieren. Nichts anderes besagt auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 3, 372, 376, 377). In der angegebenen Entscheidung führt der Bundesgerichtshof aus, dass in

zahlreichen, wenn nicht in den meisten Fällen der Errichtung eines Nottestamentes der Tod des Erblassers binnen so kurzer Zeit nach der Testamenterrichtung eintreten wird, dass man das Bestehen der nahen Todesgefahr zu dem maßgebenden Zeitpunkt schon nach dem Grundsatz des Anscheinsbeweises wird annehmen können. Wenn eine nahe Todesgefahr, die im Augenblick der Testamenterrichtung wirklich vorhanden ist, vorübergeht, ohne zum Tod zu führen, also in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr besteht, so wird nach den überzeugenden Ausführungen des Bundesgerichtshofes dadurch die Tatsache, dass sie zu dem früheren Zeitpunkt bestanden hat, nicht nachträglich beseitigt. Das ist selbstverständlich und brauchte vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich hervorgehoben zu werden. Die in § 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB angeordnete entsprechende Anwendung von § 2249 Abs. 2 BGB hat also einen Sinn nur dann, wenn neben dem Vorliegen einer wirklich nahen Todesgefahr auch die bloße Besorgnis einer solchen als Voraussetzung für die gültige Errichtung eines Nottestamentes ausreicht (BGH aaO.S. 376). Dementsprechend hat das Reichsgericht in einer sachlich nicht überholten Entscheidung vom 06.03.1943 im unmittelbaren Anwendungsbereich des Nottestamentes vor einem Bürgermeister zu § 2249 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgesprochen, dass das vor ihm errichtete Nottestament auch dann gültig ist, wenn der Bürgermeister zwar selbst nicht die Besorgnis eines vorzeitigen Ablebens des Erblassers hatte, objektiv eine solche Besorgnis jedoch vorgelegen hat (RGZ 171, 27, 28).

Der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen der Todesgefahr und für die Beurteilung, ob dann selbst die Errichtung eines Testaments nach § 2249 BGB nicht mehr möglich ist, ist der Zeitpunkt der Testierung. Es kommt nicht darauf an, ob der Erblasser bereits Tage zuvor das Verfahren zur Errichtung eines Nottestamentes vor drei Zeugen in Gang gesetzt hat. Der Erblasser ist – mit dem Risiko, dass eine weitere Verzögerung eine letztwillige Verfügung vereitelt – befugt, mit der Errichtung seiner letztwilligen Verfügung beliebig zuzuwarten. Der Erblasser ist nicht gehalten, sich zu einer rechtzeitigen Testierung zu entschließen, um die Errichtung eines Testamentes vor einem Notar oder eines Nottestamentes vor einem Bürgermeister zu ermöglichen. Folglich kommt es nicht darauf an, ob es der Erblasserin bzw. deren Gehilfen durch rechtzeitiges Handeln möglich gewesen wäre, auf den 06.10.2000, dem Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung, eine notarielle Beurkundung ihres letzten Willens zu organisieren. Maßgeblich ist vielmehr die Sachlage zum Zeitpunkt der Errichtung des Nottestamentes, d. h. am 06.10.2000.

Die Kammer teilt nicht die Besorgnis des Nachlassgerichts, dass hierdurch die Möglichkeit eröffnet werde, die grundsätzlich strengen Formvorschriften, die für das Recht der Testamenterrichtung gälten, ohne Not in einem weiten Bereich außer Kraft zu setzen. Bereits für den Regelfall stehen dem Erblasser zwei Formen der ordentlichen Testamenterrichtung zur Verfügung (vgl. § 2231 BGB). Die Möglichkeit, nach § 2047 BGB zu testieren, zeigt, dass der Gesetzgeber neben der qualitativ hochwertigen Form der Errichtung einer letztwilligen Verfügung vor dem Notar auch andere Formen toleriert, die den vom Nachlassgericht hervorgehobenen Bedürfnissen der Sicherheit des Rechtsverkehrs und dem Schutz der Interessen eines Erblassers und der möglichen Erben unter Umständen nur maßvoll gerecht werden. Folglich stehen dem Erblasser in den tatbestandlich beschriebenen besonderen Situationen der §§ 2249 und 2250 BGB besondere Formen der Errichtung einer letztwil-

ligen Verfügung zur Verfügung mit den damit notwendig verbundenen Risiken, die der Erblasser bzw. die von ihm vorgesehenen Erben zu tragen haben, wenn es nicht zu der wirksamen Errichtung der beabsichtigten letztwilligen Verfügung mit dem ins Auge gefassten Gehalt kommt. Dass der Erblasser, um in den Genuss der Möglichkeit einer Errichtung einer letztwilligen Verfügung nach § 2250 BGB zu kommen, mit der Errichtung des Testaments zuwartet, ist hinzunehmen. Missbrauch hierdurch ist nicht zu befürchten, da der Erblasser mit erheblichem eigenen Risiko handelt.

2. Der sachverständige Zeuge Dr. O. hat berichtet, seit dem 05.10.2000 sei die Patientin moribund gewesen, d. h. das Ableben der Patientin sei zu erwarten gewesen, wobei aus medizinischer Sicht der Zeitpunkt des zu erwartenden Ablebens in Stunden nicht anzugeben sei. Aus Sicht des sachverständigen Zeugen ist bereits am 06.10.2000 jederzeit mit dem Ableben der Patientin zu rechnen gewesen.

Die Kammer folgt deshalb den überzeugenden Ausführungen des sachverständigen Zeugen Dr. O.. Da bei der Errichtung des Testaments am 06.10.2000 um 10:30 Uhr jederzeit mit dem Ableben der Erblasserin zu rechnen war, bestand damals objektiv die Gefahr, dass sie vor Hinzuziehung eines Notars, der nach den Ausführungen des Nachlassgerichts bei einer Anforderung am Vormittag des 06.10.2000 noch am selben Tag, einem Freitag, die Beurkundung vorgenommen hätte, versterben würde. Dass innerhalb des genannten Zeitraumes ein Bürgermeister oder eine nach den gesetzlichen Vorschriften zu seiner Vertretung befugte Person (vgl. § 2249 Abs. 5 BGB) zur Beurkundung des Nottestamentes eintreffen würde, ist auszuschließen und wird auch vom Nachlassgericht nicht angenommen. Ohnehin war stündlich mit dem Ableben der Erblasserin zu rechnen, weshalb zum maßgeblichen Zeitpunkt der Testamenterrichtung eine anderweitige, vom Gesetz vorgesehene Testiermöglichkeit nicht mehr gegeben war.

Mitgeteilt von Dr. Ungewitter Richter am Landgericht, Freiburg

**GG Art. 34; BGB 839; BNotO §§ 114,115; BeurkG §§ 54a ff, 64, LFGG BW §§ 20, 21 ff**

**Die in einem Treuhandauftrag von der finanzierenden Bank einem Notar aufgebene „Sicherstellung“ der Umschreibung des Eigentumswechsels auf den Käufer liegt erst dann vor, wenn zur Eintragung des Eigentumswechsels nur noch das pflichtgemäße Handeln des beauftragten Notars und des zuständigen Grundbuchbeamten erforderlich ist. Macht der Finanzierungsgläubiger die Auszahlung des von ihm hinterlegten Geldbetrages von der „Sicherstellung der Eigentums Umschreibung“ abhängig, muss deshalb dem Notar auch die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts gem. § 22 Abs. 1 GrdEstG vorliegen.**

OLG Karlsruhe, Urt. vom 18.09.2003 - 4 U 115/03

Aus den Gründen:

#### I.

Die Klägerin begehrt die Feststellung der Schadensersatzpflicht des beklagten Landes wegen der Amtspflichtverletzung eines Notars, der einen von der Klägerin bei ihm treuhänderisch hinterlegten Kaufpreisanteil ohne Vorliegen einer

grunderwerbsteuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung ausbezahlt hat. Der dem Notar mit Schreiben vom 26.04.1999 erteilte Treuhandauftrag hatte u.a. folgenden Wortlaut:

Hierüber dürfen Sie verfügen, wenn Sie den Antrag gestellt haben, und zwar auch im Namen des Gläubigers, dass

- im Grundbuch zu unseren Gunsten eine Grundschuld über 480.000,00 DM eingetragen wird. Der Grundschuld dürfen nur folgende Rechte im Range vorgehen bzw. gleichstehen:

Abt. II: ohne vorrangige Rechte

Abt. 111: ohne vor- oder gleichrangige Rechte.

Grundlage bildet die Grundschuldbestellungsurkunde vom 12.03.99

- Ihre UR-Nr. 454/99.

Mit Annahme des Treuhandauftrages bestätigen Sie, dass

- der Kaufvertrag rechtswirksam ist und Ihnen alle Unterlagen vorliegen, die zur Stellung des Umschreibungsantrages erforderlich sind, mit Ausnahme der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes

- Sie durch Grundbucheinsicht frühestens eine Woche nach Einreichung des Eintragungsantrages festgestellt haben, dass der Eintragung keine Hinderungsgründe entgegenstehen und geprüft haben, dass dem Grundbuchamt vorgehende unerledigte Eintragungsanträge nicht vorliegen.

Sie erhalten den treuhänderisch überwiesenen Betrag mit der weiteren Auflage,

- den vereinbarten Kaufpreis (UR-Nr.: 453/99) teilweise zu begleichen

- die Umschreibung des Grundbuches auf Herrn K. W. als alleinigen Eigentümer sicherzustellen.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

## II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und auch in der Sache begründet.

1. Das beklagte Land hat nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB für Amtspflichtverletzungen ihrer im Landesdienst stehenden Notare (§§ 114, 115 BNotO) haftungsmäßig einzustehen (Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl., Rdnr. 376). Gemäß § 64 S. I BeurkG gilt für Notare in Baden-Württemberg das BeurkG und damit auch die §§ 54 a ff. BeurkG u.a. über Treuhandaufträge. Ferner finden nach § 20 FGG Bad.-Württ. die Vorschriften der §§ 21 bis 25 BNotO Anwendung.

Mit der Übernahme des ihm von der Klägerin mit Schreiben vom 26.04.1999 erteilten Treuhandauftrages (§ 23 BNotO) oblag dem Notar der Beklagten die Amtspflicht, diesen Auftrag sorgfältig zu erledigen (BGH NJW 1987, 3201, 3202). Der Notar musste dabei streng zwischen dem ihm von der Klägerin als der den Kaufpreis – teilweise – finanzierenden Kreditgeberin und dem ihm von den Kaufvertragsparteien erteilten Treuhandauftrag unterscheiden. Nicht zuletzt deshalb, weil die Interessenlage der verschiedenen Auftrag-

geber durchaus unterschiedlich sein konnte, war der Notar gehalten, die ihm mit Schreiben vom 26.04.1999 gemachten Treuhandaufträge so peinlich genau und wortgetreu wie möglich zu befolgen (BGH WM 2003, 1116, 1117; NJW 2000, 1644).

Im Streitfall war dem Notar in dem Schreiben der Klägerin vom 26.04.1999 als „weitere Auflage“ unter dem insoweit zweiten Spiegelstrich aufgegeben worden, „die Umschreibung des Grundbuches auf Herrn K. W. – den Käufer – als alleinigen Eigentümer sicherzustellen.“ Die in einem Treuhandauftrag einem Notar aufgegebenen „Sicherstellung“ der Eintragung eines Rechts im Grundbuch liegt dann vor, wenn zur Eintragung des Rechts nur noch das pflichtgemäße Handeln des beauftragten Notars und des zuständigen Grundbuchbeamten erforderlich ist (BGH WM 2003, 1116, 1117; NJW 1987, 3201, 3202). Im hier zu entscheidenden Fall hat eine solche Sicherstellung nicht bestanden – und besteht auch bis heute nicht –, als der Notar am 30.04.1999 über den bei ihm hinterlegten Geldbetrag verfügt hat. Denn unstreitig hat die nach dem Kaufvertrag vom Käufer beizubringende grunderwerbsteuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung, ohne die nach § 22 Abs. 1 GrdESTG der Erwerber eines Grundstücks nicht in das Grundbuch eingetragen werden darf, nicht vorgelegen. Zu Recht verweist insoweit mit ihrer Berufung auf das Urteil des BGH in WM 2003, 1116, 1117.

Soweit das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung die Ansicht vertritt, Sinn und Zweck sowie die im Einzelnen in dem Treuhandauftrag vom 26.04.1999 getroffenen Anordnungen führten zu dem Ergebnis, dass das Vorliegen einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung im Streitfall gerade nicht Voraussetzung für eine Verfügung über das hinterlegte Geld sein sollte, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Bereits der Aufbau des Auftrags Schreibens, beginnend mit „Hierüber – nämlich über den treuhänderisch überwiesenen Betrag – dürfen Sie verfügen, wenn Sie den Antrag – auf Eintragung einer erstrangigen Grundschuld – gestellt haben“, gefolgt von einer den Kaufvertrag und die Eigentums Umschreibung sowie die Grundschuldeintragung betreffenden, mit der Annahme des Treuhandauftrages verbundenen Bestätigung des Notars, dem sich zwei „weitere Auflagen“ in Bezug auf den „treuhänderisch überwiesenen Betrag“ anschließen, verlangen eine am gesamten Inhalt des Schreibens ausgerichtete Auslegung der dem Notar übertragenen Pflichten. Dabei macht schon der Umstand, dass die Klägerin mit der Annahme des Treuhandauftrages durch den Notar dessen Bestätigung sowohl der Wirksamkeit des Kaufvertrages als auch des Vorliegens aller Eigentums Umschreibungsunterlagen – die Unbedenklichkeitsbescheinigung ausgenommen – verbunden hat, deutlich, dass es der Klägerin nicht nur um die Absicherung ihres dem Käufer eingeräumten Kredits durch eine auf dem Grundstück lastende Grundschuld ging, sondern es ihr – wie in aller Regel bei der Kreditierung eines Grundstückskaufs auch auf die Erlangung der Eigentümerstellung ihres Darlehensnehmers ankam. Nachdem der Notar den Treuhandauftrag nur annehmen durfte, wenn er bestätigen konnte, dass hinsichtlich der Eigentums Umschreibung bereits – mit Ausnahme der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes – sämtliche Unterlagen vorlagen, machte die ihm darüber hinaus erteilte „Auflage“, die Eigentums Umschreibung sicherzustellen, nur Sinn, wenn diese weiterging als die vom Notar mit der Übernahme des Treuhandauftrages bestätigte Unterlagensituation. Schon deshalb lag es nahe, dass die bei der Erteilung des Treuhandauftrages noch nicht vorliegende

Unbedenklichkeitsbescheinigung Teil und Gegenstand der vom Notar im Weiteren geschuldeten Sicherstellung der Eigentumsumschreibung auf den Käufer sein sollte. Dem stand angesichts der bei der Klägerin und dem Käufer als deren Darlehensnehmer bestehenden unterschiedlichen Interessenlage nicht die in § 3 Abs. 7 S. 3 des Kaufvertrages vom 12.03.1999 getroffene Regelung entgegen, wonach im Verhältnis zwischen den Kaufvertragsparteien die steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung „außer Betracht“ bleiben sollte, zumal in § 3 Abs. 6 des Kaufvertrages ausdrücklich festgehalten war, dass der Notar „Auszahlungsbedingungen der Finanzierungsinstitute des Käufers“ zu beachten habe. Auch wenn diese Sicherstellung der Umschreibung des Grundstückseigentums auf den Darlehensnehmer der Klägerin in dem Schreiben vom 26.04.1999 nicht ausdrücklich zur Bedingung für eine Verfügung über den hinterlegten Geldbetrag gemacht war, musste die streitige Auflage in diesem Sinne verstanden werden, da der Treuhandauftrag ausschließlich dem Sicherungsbedürfnis der Klägerin hinsichtlich ihres Kredites diene und die Klägerin nach einer Verfügung über den hinterlegten Betrag die Möglichkeit verlor, durch für sie jederzeit zulässigen Widerruf des Treuhandauftrags (BGH NJW 2002, 1346, 1347; 1997, 2104, 2106) die Rückzahlung des Geldes von dem Notar zu verlangen und so auf dieses zuzugreifen.

Dem Landgericht ist zwar darin Recht zu geben, dass der Notar keinen Einfluss auf die Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung hatte, da die Grunderwerbsteuer im Streitfall nach der vertraglichen Regelung nicht von dem treuhänderisch hinterlegten Betrag bestritten werden sollte. Ferner war für den Notar nicht erkennbar, dass die Klägerin – nach ihrer Einlassung – in der Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung ein Indiz für die Bonität ihres Darlehensnehmers erblickte. Auch war das Sicherungsinteresse der Klägerin durch die zu ihren Gunsten bereits am 23.03.1999 ins Grundbuch eingetragene Grundschuld über 480.000,00 DM jedenfalls weitgehend (vgl. insoweit Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, BeurkG § 54 a Rdnr. 71 und Anm. 124) gewahrt. All dies ändert aber nichts daran, dass sich ein Notar angesichts der Strenge eines Treuhandauftrages, der in der Regel widerstreitenden Interessen der an einem finanzierten Kaufvertrag Beteiligten sowie der für einen Notar als Außenstehendem nicht ohne weiteres erkennbaren Interessen des einzelnen Treugebers eng und peinlich genau an den ihm übertragenen Auftrag zu halten hat – die jeweilige Interessenlage zu prüfen, ist der Notar deshalb gerade enthoben (BGH WM 2003, 1116, 1118) –

und bei Zweifeln am Umfang seiner Aufgaben diese durch Nachfrage bei seinem Auftraggeber und Klärung beheben muss. Dass dem Notar im Streitfall auch bewusst war, dass der ihm erteilte Treuhandauftrag so lange nicht erfüllt und abgeschlossen war, als die Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht vorlag und damit die Eigentumsumschreibung nicht gesichert war, belegt sein Schreiben vom 26.05.1999, in welchem er wegen der mangels Vorliegens einer Unbedenklichkeitsbescheinigung noch fehlenden Eigentumsumschreibung um eine Verlängerung des ursprünglich bis zum 18.05.1999 befristeten Treuhandauftrages gebeten hat.

Nach all dem durfte der Notar der Beklagten nicht ohne Vorliegen einer grunderwerbsteuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung am 30.04.1999 über das bei ihm hinterlegte Geld verfügen. Da ihm dies mangels Sicherstellung der Umschreibung des (Wohnungs-) Eigentums auf den Käufer – wohl – klar war, da angesichts seines fehlenden Einflusses auf die Beibringung der vorn Käufer zu erwirkenden Unbedenklichkeitsbescheinigung die von ihm verlangte Sicherstellung nur dann Sinn machte, wenn diese vor und nicht erst nach einer Verfügung über das hinterlegte Geld erfolgte, er seine Pflichtwidrigkeit zumindest aber hätte erkennen können und müssen und sich ggf. über den Umfang seiner Treuhandpflichten durch Rücksprache mit der Klägerin zu informieren gehabt hätte, hat er schuldhaft die ihm der Klägerin gegenüber bestehende Amtspflicht verletzt (Eylmann/Vaasen, a.a.O., BeurkG § 54 a Rdnr. 71).

2. Die Feststellungsklage der Klägerin ist damit begründet. Bereits das Landgericht hat das Feststellungsinteresse der Klägerin (§ 256 Abs. 1 ZPO) mit zutreffenden Erwägungen bejaht, nachdem die Klägerin die Höhe ihres Schadens mit Rücksicht auf das offene Ergebnis der von ihr betriebenen Vollstreckung aus der Grundschuld nicht beziffern kann, ihr Darlehensnehmer in Vermögensverfall geraten ist und Anspruchsverjährung droht (§ 852 Abs. 1 BGB a.F.). Dabei kann die Beklagte dem Schadensersatzbegehren der Klägerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, dieser habe trotz der Pflichtverletzung des Notars die der Sicherung ihres Darlehensrückzahlungsanspruchs dienende Grundschuld erlangt. Denn der Schaden der Klägerin besteht darin, dass sie den bei dem Notar hinterlegten Geldbetrag bei pflichtgemäßem Verhalten des Notars jederzeit durch Widerruf bzw. spätestens nach Ablauf der Auftragsfrist hätte zurückverlangen können (BGH WM 2003, 1116, 1118; NJW 2002, 2459, 2460/2461).

## Buchbesprechungen

**Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil.** Von Kurt Schellhammer. 5., neu bearbeitete Auflage 2003, 1096 Seiten. C. F. Müller, Hüthig Fachverlage, Heidelberg. € 86,00.

Der „Schellhammer“ zum Schuldrecht bietet dem Leser wiederum eine kompetente und überaus praxisnahe Arbeitshilfe. Gerade bei den letzten großen Gesetzesänderungen hilft er, Tücken und Fehlerfallen zu erkennen und zu umgehen. Das Schuldrechtsreformgesetz hat ja das Schuldrecht des BGB in erheblichem Umfang umgebaut. Über weiten Teilen des Kaufrechts und des neuen Leistungsstörungenrechts liegt aber noch mancher Nebel. Das Werk arbeitet die Strukturen des neuen Kauf- und Leistungsstörungenrechts verständlich heraus und vermittelt es so, dass die Praxis damit arbeiten kann. Dem Verfasser ist es gut gelungen, den Stoff systematisch darzustellen. Thema des Werkes sind die ersten Bücher des BGB, der Allgemeine Teil und das Schuldrecht. Methodisch geht der Autor vom Normalfall zum Störfall, von der Regel zur Ausnahme. Das Buch folgt – was für den Praktiker sehr wichtig ist – der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Viel Sorgfalt wurde auf durchsichtige Stoffgliederung und klare Sprache verwendet. Zahllose Beispiele lockern die Erläuterungen auf. Das Werk zeichnet sich durch eine praxisnahe Konzeption aus.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Zivilprozess. Gesetz – Praxis – Fälle.** Von Kurt Schellhammer. 10. Auflage 2003, 1034 Seiten. C. F. Müller, Hüthig Fachverlage, Heidelberg. 86,00 €.

In kurzer Folge erscheint wegen zahlreicher Änderungen des Zivilprozessrechts eine neue Auflage dieses sehr informativen Lehr- und Praktikerbuches. In der Praxis von Notar und Grundbuchamt spielt die ZPO eine bedeutende Rolle. Vollstreckungsunterwerfungen, Titelumreibungen, einstweilige Verfügungen, Zwangs- und Arresthypotheken sind derzeit aus dem Rechtsalltag nicht mehr hinwegzudenken. Der Verfasser erläutert verständlich für den Studierenden wie auch den erfahrenen Praktiker das Zivilprozessrecht mit allen Besonderheiten. Eine Fülle an Beispielen, zahlreiche Schaubilder sowie eine übersichtliche Gliederung verstärken einprägsam die gut gelungene Vermittlung der schwierigen Materie. Das Werk ist voll auf der Höhe der Zeit.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Testament und Erbvertrag, Kommentar mit Erläuterungen, Checklisten und Gestaltungsvorschlägen, 4. Auflage.** Herausgegeben von Prof. Dr. Manfred Bengel, Notar in Fürth, und Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Notar in Passau. Luchterhand Verlag GmbH, Neuwied, Kriftel. 2002. XIV, 1270 Seiten Leinen € 99,00.

„Testament und Erbvertrag“, herausgegeben und mitbearbeitet von Bengel und Reimann sowie weiteren namhaften Autoren, gehört zweifellos zu den herausragenden Darstellungen der komplexen Materie Erbrecht, die der Büchermarkt bietet. Nimmt man das Buch erstmals zur Hand, ist man überrascht, dass es vom üblichen Aufbau sonstiger erbrechtlicher Literatur, nämlich nur Gesetzeskommentar oder nur lehrbuchartige Darstellung einschließ-

lich Gestaltungs- und Textvorschlägen, abweicht. Das Werk bietet beides. In einem systematischen Teil werden zunächst auf ca. 400 Seiten die Kapitel „Grundlagen des Rechts der Verfügungen von Todes wegen“, „Grundzüge des Internationalen Testaments- und Erbvertragsrechts“, „Grundzüge des Erbschaftsteuerrechts“, „Grundlegende allgemeine erbrechtliche Problemkreise“ und „Ausgewählte Fragen der materiellen Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen“ abgehandelt. Sodann schließt sich ein Formulareil mit ausführlichen Checklisten und hervorragenden Musterurkunden an, so zum Beispiel, um nur einige ausgefallene Gestaltungen zu nennen, auch bezüglich des Verständigungshelfers nach dem neuen § 24 BeurkG, zur Stiftungserrichtung, zum Behindertentestament, zu einem Erbvertrag mit Pflegeverpflichtung oder einem Zuwendungsverzichtsvertrag. Die Mustertexte stehen jedoch nicht nur abstrakt im Raum, sondern sind vielmehr angereichert mit vielen erläuternden und weiterverweisenden Fußnoten. Sodann schließt sich der Kommentarteil mit den Kapiteln „Errichtung und Aufhebung eines Testaments“ (§§ 2229-2264 BGB), „Gemeinschaftliches Testament“ (§§ 2265-2273 BGB) und „Erbvertrag“ (§ 2274-2302 BGB) sowie eine Kommentierung der §§ 1- 35 des BeurkG an. Der gesamte Kommentarteil umfaßt immerhin ca. 770 Seiten. Ein umfassendes Sachregister schließt die Darstellung ab. Das Werk besticht zum einen durch seine umfassende und sachkundige Darstellung der Thematik bis hin in Randbereiche Erbschaftssteuerrecht, internationales Privatrecht und Gesellschaftsrecht. Es zeichnet sich aber auch durch seine besondere Aktualität bei der Auf- und Einarbeitung aller zuletzt erfolgten Gesetzesänderungen und Rechtsprechung aus. Insoweit sind im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG, NJW 1999, 1853 (sprech- und schreibunfähiger Erblasser) insbesondere die Gesetzesänderungen zu § 2233 BGB sowie §§ 22-24 BeurkG und Wegfall von § 31 BeurkG zu nennen, weiterhin die Änderung in § 2300 BGB zur Rückgabe von Erbverträgen aus der amtlichen und notariellen Verwahrung. Von den Autoren eingearbeitet ist u.a. auch die vielbeachtete Entscheidung des BGH, NJW 2002, 1126, zur Aufgabe der bisher angenommenen Vermutung der Wechselbezüglichkeit zugunsten der Ersatzerben eines weggefallenen Schlußerben. Neu in der 4. Auflage berücksichtigt sind ferner das Lebenspartnerschaftsgesetz, das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, das Handelsrechtsreformgesetz, das Steuerentlastungsgesetz einschließlich der Änderungen in der Unternehmensbesteuerung und die Auswirkungen der zunehmenden Anzahl von ausländischen Ehen. Fazit: Eine Anschaffung, die sich lohnt. Das hervorragende Werk ist jedem mit dem Erbrecht befaßten Anwender uneingeschränkt zu empfehlen.

Wolfgang Schmenger, Notariatsdirektor in Schwetzingen

**Checkbuch Testamentsgestaltung, 2. Auflage.** Von Diplom-Finanzwirt Robert Kracht. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln. 2003, 176 Seiten € 34,80.

In Form von insgesamt 32 Checklisten bietet der Autor einen übersichtlichen Überblick über das Erbrecht und wesentliche Gestaltungsmöglichkeiten für Testamente und Erbverträge. Die Checklisten reichen von den bei der Vorbereitung der Verfügung von Todes wegen zu beachtenden Vorfragen, wie beispielsweise persönliche Verhältnisse, Zusammen-

setzung des Vermögens, Güterstand, Bindung durch vorherige Verfügungen oder Beachtung der Pflichtteilsrechte, bis hin zu konkreten Anweisungen zur Gestaltung und jeweiliger rechtlicher Erläuterung der einzelnen Sachbereiche. Drei Checklisten befassen sich mit Fragen zur steuerorientierten Gestaltung, nämlich der Ausnutzung erbschaftsteuerlicher Vorschriften, betrieblichen Erwerben und Vermeidung einkommensteuerlicher Nachteile. Darüber hinaus finden sich in fast allen weiteren Checklisten immer wieder wertvolle steuerliche Hinweise. Eine Auswahl von Testamentmustern am Ende des Werkes runden die Darstellung ab.

Wolfgang Schmenger, Notariatsdirektor in Schwetzingen.

**Langenfeld GmbH-Vertragspraxis.** Gestaltung, Beratung, Muster zur GmbH & Co KG, 4. Auflage. Von Prof. Dr. Gerrit Langenfeld. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2003. Lexikonformat, XLV, 329 Seiten hart € 49,80 mit CD-ROM.

Langenfeld eröffnet sein Praktikum der Vertragsgestaltung auch in der nunmehr vorliegenden 4. Auflage im Vorwort mit folgender Bemerkung: „Dieses Buch ist aus der Praxis für die Praxis geschrieben“. Treffender kann ein Buchbesprecher dieses Werk nicht kennzeichnen. Das Werk führt den Leser in einer besonders übersichtlichen Gliederung und Darstellung nach Fallgruppen und Vertragstypen rasch zu den einschlägigen Lösungsmöglichkeiten. Das Werk bietet genau das, was in der täglichen Praxis des Notars und GmbH-Beraters erwartet wird: Schnelles Auffinden der relevanten Vertragssituation, prägnante Darstellung der jeweiligen Problematik, die ohne jegliche unnötigen Ausschweifungen auf den Kern zielt, dies alles gepaart mit übersichtlich hervorgehobenen Mustertexten und der Möglichkeit zu deren unmittelbarer Umsetzung in die zu erstellende Urkunde mittels CD-ROM.

Von der Gründung der GmbH über die Satzungsänderung, Kapitalerhöhung einschließlich der Problematik von Voreinzahlungen, Kapitalherabsetzung, Euro-Umstellung, den Wandel der Rechtsform bis hin zur Auflösung, Geschäftsführerbestellung und Anteilsübertragungen werden alle GmbH-Themen, bei denen Gestaltungsbedarf besteht, behandelt und in rund 150 passende Muster umgesetzt. Im Rahmen des Kapitels „Vorratsgründung und Mantelverwendung“ konnte die Entscheidung des BGH vom 9. Dezember 2002 (NJW 2003, 892 = Rpfleger 2003, 195 = DNotI-Report 2003, 29) nicht mehr berücksichtigt werden. Der BGH hat insoweit entschieden, daß die Verwendung des Mantels einer „auf Vorrat“ gegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung wirtschaftlich eine Neugründung darstellt und auf diese die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden sind. In der Neuauflage wurden zwei Kapitel über GmbH & Co. KG neu aufgenommen, die aus steuerlichen Überlegungen wieder an Bedeutung gewinnt. Weiterhin wurden die Ausführungen zum Umwandlungsrecht deutlich erweitert. Nachdem das „Stuttgarter Verfahren“ „von einem bewährten, gerechten und einfachen Verfahren zu einem unsicheren, weil nicht mehr zu prognostizierenden Spielball der Steuergesetzgebung geworden“ ist (so zu Recht Langenfeld Rdn. 143 mit weiteren Nachweisen), geht Langenfeld neue Wege und schlägt auf der Grundlage der vom HFA des IDW vom 28.06.2000 aufgestellten neuen Grundsätze zur Unternehmensbewertung (zu finden im Internet als pdf-Datei über idw.de bzw. in Verbindung mit Google-Suche) eine bemerkenswerte neue Abfindungsklausel vor, der nach derzeitiger Bewertung wohl

am ehesten zukunftsicherer Bestand zukommen mag. (Anmerkung: IDW = Informationsdienst Wissenschaft e.V. Der IDW wird gefördert durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung. Rund 500 Wissenschaftseinrichtungen nehmen am IDW teil.) Der „Langenfeld GmbH Vertragspraxis“ ist nicht darauf gerichtet, das GmbH-Recht in allen Verästelungen zu behandeln. Das Werk zielt vielmehr darauf ab, eine praktische, übersichtliche Darstellung des GmbH-Rechts mit direktem Bezug auf die praktische Umsetzung in die Vertragsgestaltung zu schaffen. Es ist in dieser gewählten Konzeption nicht zu übertreffen und kann, wie alle Werke von Langenfeld, uneingeschränkt empfohlen werden.

Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Schwetzingen

**Das neue Schuldrecht.** Kompaktkommentar von Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Prof. Dr. Hans-W. Micklitz, Dr. Peter Rott, Prof. Dr. Klaus Tonner und Prof. Dr. Armin Willingmann. 982 Seiten, 2003. Luchterhand-Verlag, Neuwied. € 56,00.

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat das Schuldrecht des BGB in erheblichem Umfang umgebaut. Das Kaufrecht, das Leistungsstörungenrecht und das Verjährungsrecht wurden vollständig umgestaltet. Der gut gelungene Kommentar erfasst sämtliche Vorschriften des BGB, die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, das Zweite Schadensrechts-Änderungsgesetz und Art. 25 OLGVertrÄndG tangiert werden. Es liegt damit eine geschlossene Kommentierung zentraler Bereiche des Schuldrechts insgesamt vor. Erste Erfahrungen mit den neuen Vorschriften wurden bereits berücksichtigt. Das Werk erleichtert dem Praktiker die Handhabung der neuen Vorschriften, unterbreitet Lösungsvorschläge, deckt aber manche offene Fragen des neuen Rechts auf. Es ist erstaunlich, mit welcher Informationsdichte dieser Kompaktkommentar dem Nutzer praxisnahe Erläuterungen bietet. Der Kommentar ist ein guter Berater, kompetent und zuverlässig.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts.** Von Dr. Bernhard Reichert. 9., vollständig überarbeitete Auflage, 2003. 1698 Seiten. Luchterhand Verlag, Neuwied. € 99,00.

Das Standardwerk zum Vereins- und Verbandsrecht wurde vollständig überarbeitet. Die Darstellungen zu den Mitgliederpflichten, zu Vorstandsbeschlüssen, Vereinsstreitigkeiten vor Gericht, parteiinternen Wahlen sowie zum Parteiausschluss wurden aktualisiert, die geänderte Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat Eingang bei den Erläuterungen zum nicht rechtsfähigen Verein gefunden. Die Ausführungen zum Steuerrecht wurden um die Bereiche Umsatzsteuer, Gewerbesteuer sowie Kapitalertragsteuer erweitert und das Kapitel „Lohnsteuerrecht im Verein“ auf den neuesten Stand gebracht. Neu aufgenommen wurden die Themen: Beachtung des Bundesdatenschutzgesetzes im Verein, der Verschuldensnachweis bei Doping, die Versicherungspflicht für Vorstände, Rechtsanwaltskosten in Vereins-sachen sowie das Lizenzierungsverfahren und der Lizenzvertrag.

Alle neuen Rechtsentwicklungen sind hervorragend erläutert. Intensive Betrachtung erfahren die Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes in Bezug auf die Verschmelzung von Vereinen. Auch zur Insolvenz über das Vereinsvermögen finden sich umfangreiche Ausführungen. Selbst Nebengebiete wie der Schutz des Vereinsnamens, der Vereinswappen und



Vereinsemlen, die Beleidigung eines Vereins werden praxisnah dargestellt. Auch landesrechtliche Besonderheiten bei der Zuständigkeit für Registeranmeldungen sind berücksichtigt (z.B. Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz). Selbstverständlich enthält das Handbuch umfassende Erläuterungen zum Vereinsregister, dessen Vertrauensschutz und dem Registerverfahren, zum schiedsgerichtlichen Verfahren und zum Sponsoring sowie Muster für Satzungen, Protokolle und Registeranmeldungen. Das Buch nimmt Stellung zur Mitgliederwerbung als Haustürgeschäft, zur Wahrung der Schriftform mittels Telefax, zum kirchlichen Vereinsrecht. Diese wenigen wahllos herausgegriffenen Themen sollen genügen, um das Spektrum der in dem vorzüglichen Handbuch behandelten Rechts- und Praxisfragen darzustellen.

Das Werk ist ein „Klassiker“. Das Handbuch informiert souverän auf höchstem Niveau. Jeder, der mit Vereins- und Verbandsrecht zu tun hat, kommt an diesem Werk nicht vorbei und nimmt es mit großem Gewinn in die Hand.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Pflichtteilsrecht**, 2. Auflage. Von Dr. Hans Klingelhöffer, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof. NJW-Schriftenreihe, Heft 60. Verlag C.H. Beck, München 2003. XXV, 183 Seiten kartoniert € 22,00.

Obwohl eine Mindestbeteiligung am Nachlaß in Form von Pflichtteilsrechten, materiellen Noterbrechten oder Unterhaltsrechten von je her fester Bestandteil vieler Rechtsordnungen der Erde ist, erntet man in der Beratungspraxis in einer doch erstaunlich großen Zahl von Fällen entsetztes Erstaunen über diese gesetzliche Einschränkung der Testierfreiheit. Zunehmend wird die Beteiligung am Nachlaß mit einem Pflichtteil insbesondere in den Fällen als ungerecht empfunden, in denen die Kontakte zu den Kindern seit langem abgerissen oder belastet sind. Man kennt mittlerweile die fast standardisierend klingende, aber mit doch so viel Kummer verbundene Mitteilung der Eltern, das Kind habe sich seit langem nicht mehr um sie gekümmert und sie selbst in der Zeit der schweren Krankheit weder besucht noch angerufen. Es nimmt nicht Wunder, daß der 64. Deutsche Juristentag – wie Klingelhöffer unter Rdn. 12 a „Reformdiskussion“ in der Neuauflage sehr informativ darstellt – sich der Reform des Pflichtteilsrechts angenommen hat. Die Empfehlungen lauten dahingehend, das Pflichtteilsrecht der Eltern entfallen zu lassen, eine Anrechnung von Vorempfängen auch ohne ausdrückliche Bestimmung

einzuführen, die Stundungsmöglichkeiten und die Entziehungsgründe zu erweitern und für die Zuwendungen an Ehegatten ebenfalls eine Zehnjahresfrist gelten zu lassen. Insbesondere soll eine Pflichtteilsentziehung in Fällen der gänzlichen Zerrüttung zugelassen werden, wenn ein Näheverhältnis nicht besteht und dies nicht auf das Verhalten des Erblassers zurückzuführen ist (Rz. 37). Dem bereits seit Jahren bestehenden aktuellen Interesse am Pflichtteilsrecht trägt die Neuauflage von Klingelhöffer Rechnung.

Es ist erstaunlich, welche Vielzahl von Informationen, Fragen und Problemen aus dem Bereich des Pflichtteilsrechts in diesem Heft der NJW-Schriftenreihe abgehandelt werden, so unter anderen zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten, zur Pflichtteilsunwürdigkeit und Pflichtteilsentziehung, zur Vorschrift des § 2306 BGB, zu den Pflichtteilsquoten, den Rechten auf Auskunft und Wertermittlung, zur Feststellung der Nachlaßwerte unter besonderer Berücksichtigung von Unternehmen und Unternehmensebeteiligungen nebst Abfindungsklauseln, zur Behandlung landwirtschaftlicher Betriebe sowie zum Pflichtteilsprozeß. Besonders lesenswert für den Notar sind die Ausführungen in den Kapiteln „Internationales Privatrecht“ (Verlagerung des Vermögens in pflichtteilsfreie Rechtsordnungen) oder „Einfluss von Vermögensübertragungen unter Lebenden“. Der Autor nimmt einerseits eine distanzierte Haltung zu den in der Literatur angebotenen Schaukelmodellen (Wechsel des Güterstandes zwecks Minderung der Pflichtteilsansprüche von Abkömmlingen) ein, schließt sich aber andererseits der Meinung in der Literatur an, die gewissen Zuwendungen an den Ehegatten (z.B. hälftige Zuwendung des Einfamilienhauses) Vorrang vor den Pflichtteilsergänzungsansprüchen von Abkömmlingen einräumen will (vgl. Rz. 348 unter Hinweis auf Langenfeld, Eheverträge Rdn. 919 ff). Das Werk ist auf dem neuesten Stand. Aktuelle Entscheidungen sind eingearbeitet, so z.B. die lesenswerte Entscheidung des OLG Koblenz, NJW RR 2002, 100, die sich mit Bewertungsfragen zum Nießbrauch, Pflegerecht und dem Rückübertragungsanspruch befaßt, oder die in der Literatur einhellig kritisierte Entscheidung des OLG Dresden, NJW 2002, 3181, wonach Zahlungen des Erblassers an die Stiftung Frauenkirche einen Anspruch aus § 2329 nicht begründen sollen. Die Befassung mit der Materie schärft den Blick des Notars aus der Sicht des Anwalts und des Pflichtteilsberechtigten. Das lesenswerte Buch ist ein Gewinn für jede Notariatsbibliothek.

Wolfgang Schmenger, Notariatsdirektor in Schwetzingen

## Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 07 11/2 25 86 50), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kurfürstenanlage 23, 69115 Heidelberg (Tel. 0 62 21/59 14 70), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Straße 61–63, 71404 Korb (Tel. 0 71 51-3 03-0, Fax 0 71 51-3 59 68).