

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,
Karlsruhe

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

2/2006

März/April
Seiten 25-48

Inhalt

Abhandlungen

Panz

§ 436 BGB und das neue
Erschließungsbeitragsrecht 25

Adam

Die Unwirksamkeit von Ehevereinbarungen ... 29

Krauß

Änderung des Betreuungsrechts 35

Rechtsprechung 39

Buchbesprechungen 45

§ 436 BGB und das neue Erschließungsbeitragsrecht

(von Peter Panz, Notar in Stuttgart)

A. „KAG tritt an Stelle von BauGB“

Seit dem 15.11.1994 ist durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994 (BGBl. I S.434 ff.) die Gesetzgebungszuständigkeit für das Erschließungsbeitragsrecht auf die Länder übergegangen.

Gesetzgeberische Intention war dabei, wegen der engen Verbundenheit des Erschließungsbeitragsrechts mit dem kommunalen Abgaberecht diesen Regelungsbereich insgesamt in die Gesetzgebungskompetenz dessen zu überführen, der den Kommunen sachlich am nächsten steht, also in die Kompetenz des Landesgesetzgebers (s. dazu ausführlich Reif/Rieche/Gloser, BWGZ 17/2005).

Gleichzeitig wurde damit die Gesetzgebungskompetenz der Länder erweitert.

Die konkurrierende bundesrechtliche Zuständigkeit für das übrige Erschließungsrecht bestand auch nach dem 15.11.1994 weiterhin unverändert fort. Nach der übergangsrechtlichen Regelung in Art. 125 a Abs.1 GG galten damit die erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften solange als Bundesrecht fort, bis sie durch Landesrecht ersetzt wurden.

Durch das Gesetz zur Neuregelung des kommunalen Abgaberechts und zur Änderung des Naturschutzgesetzes vom 17.03.2005, GBl. 2005 S.206 ff. (KAG), hat nun der Landesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz Ge-

brauch gemacht mit dem Ziel der Ablösung des bundesrechtlich geregelten Erschließungsbeitragsrechts durch das Landesrecht. Mit Inkrafttreten des KAG hat das Land Baden-Württemberg das früher in den §§ 127 ff. BauGB geregelte Erschließungsbeitragsrecht jetzt landesrechtlich geregelt. Sachlich lehnt sich aber auch das jetzt landsrechtlich geregelte Erschließungsbeitragsrecht nach KAG weitgehend an die früheren bundesrechtlichen Regelungen der §§ 127 ff. BauGB an (s. dazu auch DNotI-Report 5/2006 S.39 ff., Driehaus NVwZ 2005,1136).

Die neue Rechtslage führt u. a. dazu, dass die bislang sich auf §§ 132 ff. BauGB gründenden Erschließungsbeitragssatzungen ihre Bedeutung verlieren; sie können deshalb für künftige Beitragserhebungen keine Rechtsgrundlage mehr sein. Von den Kommunen müssen daher neue Erschließungsbeitragssatzungen erlassen werden, damit eine künftige Beitragsschuld und ihre Erhebung ihre gesetzliche Grundlage hat und damit auch zu Recht erhoben werden darf.

Übergangsrechtlich ist das bisherige Recht nach BauGB weiterhin anzuwenden, wenn eine Beitragsschuld vor dem 01. Oktober 2005 entstanden ist und wenn diesbezüglich der Erschließungsbeitrag noch zu erheben ist, § 49 Abs.7 KAG.

Eine kurze Gegenüberstellung der Bestimmungen des neuen Rechts (KAG) zu den alten Bestimmungen nach BauGB will die Parallelen und auch die Unterschiede für einzelne ausgewählte Tatbestände aufzeigen:

Neuer Rechtszustand nach KAG

§§ nach KAG

§ 20 Abs.2: Erhebungspflicht der Beiträge für Anbaustraßen und Wohnwege.

Für die übrigen Erschließungsanlagen besteht keine Erhebungspflicht mehr; die Beitragserhebung liegt jetzt im Ermessen der Kommune.

§ 21 bestimmt die Person des Beitragsschuldners. Nach Abs. 3 können solche auch Gesamthandsgemeinschaften sein.

§ 24 regelt den Spezialfall, dass sich Grundstücke im Eigentum des Beitragspflichtigen befinden.

§ 25 regelt jetzt die Vorauszahlungen.

§ 27 Öffentliche Last.

§ 28 Stundung im Falle land- oder forstwirtschaftlicher Nutzung oder kleingärtnerischer Nutzung.

§ 33 definiert die Erschließungsanlage (um die Kinderspielflächen erweitert; Beschränkungsmöglichkeit auf Lärmschutzanlagen)

Keine Kostenspaltung mehr möglich

Alter Rechtszustand nach BauGB

§§ nach BauGB

§ 127 Erhebungspflicht insgesamt

Definition der Person des Beitragspflichtigen in § 134 Abs.1.

Keine normierte Entsprechung.

Bisher in § 133 Abs.3 geregelt.

§ 134 Abs.2: öffentliche Last.

§ 135 Abs.4: Stundung im Falle land- oder forstwirtschaftlicher Nutzung oder kleingärtnerischer Nutzung.

Definition in § 127 Abs.2

Es bestand die Möglichkeit der Kostenspaltung, § 127 Abs. 3, 4

Neuer Rechtszustand nach KAG

Alter Rechtszustand nach BauGB

§§ nach KAG

§ 35 definiert die beitragsfähigen Erschließungskosten, wobei in Abs. 1 eine Klarstellung zu den Fremdfinanzierungskosten enthalten ist und Abs. 2 die ausgeschlossenen Kosten enthält

§ 33 regelt die Erforderlichkeit der Erschließungsanlagen. Mindesteigenanteil der Gemeinde: 5 %

§ 34 bestimmt Satzungsnotwendigkeit mit der Möglichkeit der Umsetzung der Erhebungsmöglichkeit. Kostenspaltung ist jetzt nicht mehr möglich.

§ 36 bestimmt die Art der Kostenermittlung (diese können nach tatsächlich entstandenen Kosten oder aber auch nach Einheitssätzen ermittelt werden).

§ 38 normiert die Verteilung der beitragsfähigen Erschließungskosten mit der Möglichkeit der Festlegung eines gebietsbezogenen Artzuschlags und der weiteren Möglichkeit einer Vergünstigungsregelung bei Mehrfacherschließung.

§ 40 befasst sich mit den beitragspflichtigen Grundstücken.

§ 41 regelt das Entstehen der Beitragsschuld und die Freistellung davon.

§§ nach BauGB

In § 128 war der Erschließungsaufwand geregelt, Abs. 1 enthielt Klarstellung zu den Fremdfinanzierungskosten und Abs. 2 regelte die ausgeschlossenen Kosten

§ 129 regelte die Erforderlichkeit des Erschließungsaufwands. Mindesteigenanteil der Gemeinde: 10 %.

Notwendigkeit einer Satzung, § 132.

Auch nach 130 konnte der beitragsfähige Erschließungsaufwand nach den tatsächlichen Kosten oder nach Einheitssätzen ermittelt werden. Hingegen sah Abs. 2 noch die Ermittlung nach Einzelanlagen, nach Abschnitten nach Erschließungseinheiten vorzunehmen).

§ 131 Abs.2, 3 stellte Maßstäbe für die Verteilung des Erschließungsaufwands auf.

§ 133 definierte Gegenstand und Entstehen der Beitragspflicht

§ 133 Abs. 2 definierte das Entstehen der Beitragspflicht und Abs. 3 regelte die Vorausleistungen.

Folgende **wesentlichen Neuregelungen** können damit schlagwortartig benannt werden:

a)

Seit dem 01.10.2005 ist das Erschließungsbeitragsrecht *Landesrecht*.

b)

Eine *Verpflichtung* zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen besteht nur noch hinsichtlich von Anbaustraßen und Wohnwegen.

Im Übrigen können die Gemeinden in eigener Zuständigkeit entscheiden, ob sie für andere Erschließungsanlagen (z.B.: Sammelstraßen, Sammelwege, Grünanlagen, Kinderspielplätze, Anlagen zum Schutze gegen Geräuschmissionen) Beiträge erheben oder nicht.

c)

Die nach früherem Recht bestehende Möglichkeit der sog. *Kostenspaltung* ist entfallen, s. dazu unten.

d)

Die erschlossenen Grundstücke sind in Bezug auf Sammelstraßen und Sammelwege, Grünanlagen, Lärmschutzanlagen, Parkflächen und Kinderspielplätzen in einer *Zuordnungssatzung* zu regeln.

e)

Für *Zweit- oder weitere Erschließungen* kann die Satzung eine Beitragsfreiheit in Teilen oder auch insgesamt vorsehen.

f)

Nacherhebungen sind nunmehr nur noch im Rahmen der §§ 129,172 ff. AO möglich.

g)

Übermaßvorauszahlungen werden bei einem Wechsel im Eigentum mit der endgültigen Beitragsschuld verrechnet. Hierbei ist zu beachten, dass der Anspruch auf Rückgewähr von Vorauszahlungen, die die tatsächliche Beitragsschuld übersteigen, dem Vorausleistenden zusteht, falls dieser vor dem 01. Oktober 2005 die Vorausleistung erbracht hat und wenn der Erschließungsbeitragsanspruch nach diesem Termin entsteht. Im Übrigen gilt für den Gläubiger der Rückerstattung § 25 Abs.3 KAG.

h)

Es besteht die Möglichkeit der *Teilflächenstundung* im Bereich der Land- und Forstwirtschaft.

i)

Die frühere Erschließungseinheit wird durch die *Abrechnungseinheit* ersetzt. Innerhalb derer bestehen erweiterte Zusammenfassungsmöglichkeiten.

j)

Das Beitragsrecht soll künftighin *transparenter* gestaltet werden. Dies in der Weise, dass eine Bekanntgabe der erschließungsrelevanten Entscheidungen (Erschließungsabschnitt bzw. Zusammenfassung von Erschließungsanlagen zu einer Abrechnungseinheit; Bekanntgabe der endgültigen

Herstellung einer Erschließungsanlage und des Entstehens der Beitragsschuld).

k)

Erschließungsbeiträge werden künftighin nach Maßgabe der §§ 1 bis 8 KAG bzw. nach Maßgabe der §§ 20 bis 28 KAG bzw. 33 bis 41 KAG *geltend gemacht*. Letztere Bestimmungen sind an die Stelle der bisherigen §§ 127 bis 135 BauGB getreten.

l)

Der bisherige *kommunale Anteil* von mindestens 10 % an den Anschlussbeiträgen ist auf nunmehr 5% der beitragsfähigen Kosten abgesenkt worden.

m)

Während nach früherem Erschließungsbeitragsrecht beim *Verkauf gemeindeeigener Grundstücke* nicht in einer Person Beitragsschuldner und Beitragsberechtigter sein konnte und daher Erschließungsbeiträge frühestens beim Verkauf der Grundstücke anfallen konnten (BVerwG in NVwZ 1985, 92) führt das KAG neu dazu, dass Erschließungsbeiträge für Grundstücke, die im Gemeindeeigentum stehen, nunmehr nach den allgemeinen Regeln anfallen und zu verrechnen sind, (§§ 24, 16 KAG). D.h., die Gebührenbeitragsschuld für gemeindeeigene Grundstücke gilt jetzt in dem Zeitpunkt als entstanden, in dem sie auch bei einem Dritten entstehen würde, § 16 Abs.2 KAG. In der Praxis ist demnach zu unterscheiden,

B.

„Neues Schuldrecht, § 436 BGB“

Sowohl § 436 a.F. BGB wie auch der neue § 426 BGB regeln in disponibler Weise die Rechtsbeziehungen zwischen Käufer und Verkäufer in Ansehung der öffentlichen Lasten (Steuern, Beiträge und Gebühren), die den Grundstückseigentümer in seiner Eigenschaft als Eigentümer treffen; nicht geregelt sind die Rechtsbeziehungen zur erhebungsberechtigten Stelle, also das Außenverhältnis. Der Anwendungsbereich des § 436 BGB ist der Kauf, der Tausch und die kaufähnlichen Verträge. Von einer allgemeinen Klausel, etwa des Inhalts, dass der Verkäufer die Übereignung lastenfreien Eigentums schuldet, ist abzuraten, weil in einem solchen Fall durch Auslegung zu ermitteln wäre, ob damit auch die Freiheit von öffentlichen Lasten gemeint ist oder nicht.

§ 436 BGB regelt nicht die Frage eines Rechtsmangels i.S. des § 435 BGB, sondern begründet eine Pflicht gegen die andere Vertragspartei auf Freistellung oder Zahlung (Palandt-Putzo 63. Aufl., RN.5 zu § 436 BGB).

Im Gegensatz zu der früheren Regelung (§§ 446 Abs.1 a.F., 436 a.F., 101 BGB), wonach der Erwerber eines Grundstücks die nach der Übergabe fällig werdenden Anlieger- und Erschließungskosten zu tragen hatte, die vor notariellem Vertragsschluss schon ausgeführt, aber erst nach Übergabe an ihn fällig waren, bestimmt jetzt der durch die sog. Schuldrechtsreform (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 29.11.2001, BGBl. I S. 3138 ff.) neu eingeführte § 436 BGB, dass, soweit nicht ein anderes vereinbart ist, der Käufer eines Grundstücks verpflichtet ist, Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerbeiträge für diejenigen Maßnahmen zu tragen, die bis zum Tage des Vertragsschlusses bautechnisch begonnen sind, unabhängig vom Entstehen der Beitragsschuld. Der Regelungsbereich des § 436 BGB betrifft abschließend die Erschließungskosten, die nach öffentlichem Recht durch Beitragsbescheid zu erheben sind. Er re-

gelt (ausschließlich) das Innenverhältnis der Vertragsparteien mit der Folge einer möglicher Weise bestehenden internen Ausgleichspflicht; die nach öffentlichem Recht bestehende Beitragsschuldnerschaft wird dadurch nicht berührt.

Die Regelung nach dem alten Recht war wenig sachgerecht, weil hiernach der Käufer auch die Erschließungskosten für diejenigen Maßnahmen zu tragen hatte, die zwar bei Vertragsschluss schon ausgeführt waren, die aber erst nach der Übergabe des Grundstücks an ihn fällig wurden.

Dies hatte für den Käufer den Nachteil, dass er die Erschließungskosten auch für solche Maßnahmen zu tragen hatte, die erst lange nach Fertigstellung abgerechnet wurden und bezüglich derer er oft im Glauben war, dass sie bei der Kaufpreisbemessung Berücksichtigung gefunden hätten.

Andererseits bot das alte Recht Sicherheit in der Weise, dass der Zeitpunkt des Übergangs der Kostentragungspflicht mit der Übergabe als nach außen erkennbarem Sachverhalt eindeutig feststand.

Das neue Recht schreibt somit in für die Vertragsteile abdingbarer Weise fest, dass der Verkäufer für alle Erschließungskosten aufzukommen hat, die für Maßnahmen anfallen, die bis zum Tag des Vertragsschlusses (dies ist der Tag der notariellen Beurkundung des Veräußerungsvorgangs, s. § 311 b BGB) bautechnisch begonnen worden sind. Dies kann für den Verkäufer die Gefahr mit sich bringen, dass er lange nach Vertragsschluss noch für solche Erschließungskosten aufkommen muss, die zwar bei Vertragsschluss schon begonnen sind, die aber zeitlich erst viel später abgerechnet worden sind und die er bei der Bemessung des Kaufpreises möglicherweise gar nicht berücksichtigt hat.

Um praxisgerechte Lösungen zu finden, müssen wir uns zunächst einige Grundbegriffe des Erschließungsbeitragsrechts vor Augen führen:

a)

Es muss zunächst einmal die erstmalige und endgültige Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage vorliegen.

In diesem Zusammenhang ist es in einzelnen Fällen auch erlaubt, die Erschließung in einzelnen Abschnitten durchzuführen, § 37 Abs. 2 KAG). Wird so verfahren, so sind die einzelnen Abschnitte erschließungsrechtlich jeweils selbständiger Gegenstand der Beitragserhebung.

Umgekehrt können aber auch einzelne an sich selbständige Erschließungsanlagen zu einer Abrechnungseinheit zusammengefasst werden, § 37 Abs. 3 KAG.

Schließlich können Anschlussbeiträge auch für einen separaten Teil einer öffentlichen Einrichtung erhoben werden, § 29 Abs. 1 KAG. Schütz/Häußermann (BWGZ 24/2005) nennen hierzu als Beispiel die getrennte Erhebung von Kanal- und Klärbeiträgen bei der Abwasserbeseitigung an Stelle eines einheitlichen Abwasserbeitrags.

Die Erschließungsbeiträge werden durch Verwaltungsakt beim Beitragsschuldner, der nach öffentlichem Recht zu qualifizieren ist, angefordert.

Die nach früherem Erschließungsrecht bestehende Möglichkeit der Kostenspaltung nach Teileinrichtungen, § 127 Abs. 3 BauGB wurde in das neue Erschließungsrecht nicht übernommen.

b)

Abzustellen i.S. der Zurechnung gem. § 436 BGB ist jeweils auf den bautechnischen Beginn der auslösenden Maßnah-

me. Dies ist der Zeitpunkt des ersten Spatenstichs, Schütz/Häußermann aaO, nicht etwa der Beginn mit der Planung oder der Zeitpunkt der Auftragsvergabe. Die Beitragspflicht hingegen entsteht frühestens mit der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage.

C. Formulierungsvorschlag

In einem früheren Beitrag (BWNNotZ 1984 S. 144 ff.) habe ich bereits für das alte Recht einzelne Formulierungsvorschläge vorgestellt. Diese sind nun unter den gewandelten Verhältnissen nach oben Teil A. und B. einer näheren Prüfung zu unterziehen.

Es können m. E. die drei folgenden falltypischen Konstellationen vorgestellt werden, denen die folgende allgemeine Belehrung je voranzustellen wäre:

„Der Notar hat die Erschienenen über § 436 BGB belehrt. Es ist deshalb bekannt, dass mangels einer abweichenden Vereinbarung der Käufer verpflichtet ist, Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerbeiträge für die Maßnahmen zu tragen, die bis zum Tage des Vertragsschlusses bautechnisch begonnen sind, unabhängig vom Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld.“

Die Parteien vereinbaren sich dazu wie folgt:“

1. Alternative (Verkäufer garantiert die vollständige, abgerechnete Ersterschließung/den heutigen Erschließungszustand)

„Verkäufer garantiert, dass die gesamte öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Ersterschließung der Kaufsache durchgeführt, schlussabgerechnet und bezahlt ist. Sollte dennoch der Käufer für Zahlungen nach dem derzeitigen (Erst-)Erschließungszustand in Anspruch genommen werden, treffen diese den Verkäufer.“

„Verkäufer garantiert, dass der heutige, tatsächlich vorhandene und bekannte öffentlich- und privatrechtliche Erschließungszustand der Kaufsache schlussabgerechnet und bezahlt ist. Sollte dennoch der Käufer für Zahlungen nach dem derzeitigen tatsächlichen Erschließungszustand in Anspruch genommen werden, treffen diese den Verkäufer.“

Die beiden Vorschläge könnten dann noch um die folgende Klausel ergänzt werden:

„Sollten sich etwaige Rückerstattungsansprüche insoweit ergeben, so kommen diese dem ... zugute; ggf. wird diesem schon jetzt ein etwaiger Rückerstattungsanspruch abgetreten“.

2. Alternative (Verkäufer trägt die Kosten für einen bestimmten Ausbauzustand – hier können Überschneidungen mit der 1. Alternative 2. Fall vorliegen)

„Alle Erschließungsmaßnahmen im bautechnischen Sinn, seien sie öffentlich- und/oder privatrechtlicher Art, die bis zum heutigen Tage bautechnisch tatsächlich durchgeführt sind, trägt der Verkäufer, egal, ob für diese Maßnahmen bereits ein Beitragsbescheid oder eine Rechnung zugegangen und bezahlt ist. Sollte für solche Maßnahmen der Käufer herangezogen werden, hat ihn der Verkäufer davon freizustellen.“

Falls gewünscht, könnte aus Gründen der Beweissicherung noch Folgendes angefügt werden:

„Derzeit liegt folgender Ausbauzustand der Kaufsache vor...“.

„Sollte der Erschließungsgläubiger nicht bereit oder nicht in der Lage dazu sein, die anfallenden Kosten entsprechend aufzuteilen, so wird einem von der zuständigen IHK zu bestellenden Sachverständigen die Aufgabe zugewiesen, die Aufteilung entsprechend dieser Vereinbarung vorzunehmen. Die Kosten des Sachverständigen tragen Verkäufer und Käufer je zur Hälfte“.

3. Alternative (Stichtag soll der Zugang des Bescheides sein)

„Der Verkäufer hat alle öffentlich-rechtlichen wie auch privatrechtlichen Erschließungskosten zu tragen, für die ihm oder seinen Rechtsvorgängern bis zum ... ein Beitragsbescheid oder eine Rechnung zugegangen ist und zwar unabhängig von künftigen Bestand dieser Bescheide. Der Verkäufer versichert, dass er alle bisher angeforderten Bescheide bzw. Rechnungen bezahlt hat.

Forderungen aus künftig zugestellten Bescheiden oder künftig zugehenden Rechnungen hat der Käufer zu tragen, auch wenn sie frühere Maßnahmen betreffen.“

Bei den von mir vorgestellten Formulierungsbeispielen ist darauf zu achten, dass zwischen den öffentlich-rechtlichen Bescheiden und den privatrechtlichen Rechnungen nicht unterschieden wurde, sondern eine einheitliche Behandlung vorgesehen ist (was m. E. der Regelfall in der praktischen Fallabwicklung sein dürfte). Wird eine Differenzierung insoweit gewünscht, so wären die Vorschläge entsprechend anzupassen.

Bei allen drei vorgestellten Alternativen könnte, falls dies gewünscht wird, in Ansehung der Erschließungsbeiträge noch differenziert werden zwischen solchen, die auf Grund öffentlichen Rechts erhoben werden und solchen, die ihren Erhebungsgrund im privatrechtlichen Bereich haben, z.B. durch folgende ergänzende Vereinbarung: „Hinsichtlich der vorhandenen privatrechtlichen Versorgungsanlagen (Elektrizität, Gas, Heizwärme, Telefon, soweit vorhanden, hat der Käufer ab Besitzübergabe ggf. vertragliche Vereinbarungen mit den Versorgern zu treffen. Bereits insoweit erteilte Aufträge treffen den Auftraggeber“ (Formulierungsbeispiele in Krauß Immobilienkaufverträge in der Praxis, 3. Aufl., RN.905 ff.).

Die Unwirksamkeit von Ehevereinbarungen

(von Roman F. Adam, Rechtsanwalt in Wetzlar)

I. Einführung

Mit seinen Urteilen vom 6.2.2001¹ und 29.3.2001² hat der erste Senat des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen der Privatautonomie im Familienrecht Stellung genommen und jeweils Entscheidungen eines Oberlandesgerichts aufgehoben, welche den vorehelichen Unterhaltsverzicht von Frauen betrafen, die im Zeitpunkt der vertraglichen Vereinbarung schwanger waren, bevor die Ehe eingegangen wurde. Diese Entscheidungen entsprachen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht dem sich aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 6 GG ergebenden Schutzgebot. Damit ist die Frage zu beantworten, welche Folgen sich aus den insoweit unklaren Vorgaben der Urteile ergeben. Im Gegensatz zu dem nach § 1585 c BGB möglichen Unterhaltsverzicht bedürfen Vereinbarungen über den Ausschluss des Versorgungs- und Zugewinnausgleichs (§ 1408 BGB) einer notariellen Beurkundung (§ 1410 BGB). Obwohl es in der ersten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nur um einen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt ging und dieser nicht beurkundet worden war, sprach das Bundesverfassungsgericht von Eheverträgen und führte aus, dass die Inhaltskontrolle bei den ohne notarielle Beurkundung möglichen Vereinbarungen zum Unterhalt nach der Scheidung um so mehr geboten sei, weil es dort keinen Schutz durch Formerfordernisse oder Verfahrensregelungen gibt³. Das Bundesverfassungsgericht geht somit offenbar davon aus, dass auch der Ausschluss des Zugewinn- und Versorgungsausgleichs überprüft werden muss, wenn eine Unterlegenheit und unangemessene Benachteiligung des anderen Teils vorliegt. In seiner zweiten Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht denn auch über einen Fall entschieden, in dem die Beschwerdeführerin nicht nur auf Unterhalt nach der Scheidung verzichtet hatte, sondern auch die Gütertrennung und ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs vereinbart worden waren. Das Bundesverfassungsgericht hat die Entscheidung des Oberlandesgerichts aufgehoben, ohne zwischen diesen einzelnen Punkten zu differenzieren und sich dabei erneut auf Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 4 GG berufen, während in der ersten Entscheidung auch noch Art. 6 Abs. 2 GG zur Begründung heran gezogen worden war. Die folgenden Ausführungen gehen der Frage nach, welche Folgen sich aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergeben, die für erhebliche Verunsicherung gesorgt haben.

II. Das Bundesverfassungsgericht und die Grenzen der Vertragsfreiheit

1.

Mit den Entscheidungen zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen knüpft das Bundesverfassungsgericht an seine bisherige Rechtsprechung zu den Bedingungen privatautonomer Vertragsgestaltung an, so dass ein Vergleich der familienrechtlichen Problematik mit den früheren Fällen hilfreich sein könnte, in denen Grenzen der Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) auf diesem Gebiet gezogen werden sollten, die es dem Grundgesetz entnehmen zu können glaubte.

a)

Zunächst ist das berühmte Urteil im Fall des Handelsvertreters zu nennen, der mit dem Prinzipal vereinbart hatte, nach der Beendigung seiner Tätigkeit für diesen zwei Jahre lang ohne Karenzentschädigung für kein Konkurrenzunternehmen tätig zu sein, wenn die Auflösung des Vertrags auf einem von ihm zu vertretenden wichtigen Grund beruht⁴. Bereits in den Gründen dieser Entscheidung wurde vom Bundesverfassungsgericht ausgeführt, die Privatautonomie beruhe auf dem Prinzip der Selbstbestimmung und setze daher die Möglichkeit dazu für beide Parteien voraus. Habe eine von ihnen die Macht, einseitig vertragliche Bedingungen zu diktieren, bedeute dies für den anderen Teil Fremdbestimmung, so dass kein sachgerechter Ausgleich der Interessen gewährleistet sei und der Gesetzgeber eingreifen müsse, um die Grundrechte des Unterlegenen zu schützen⁵. Dieser Fall unterscheidet sich allerdings insofern von den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zu Ehevereinbarungen, als es dort um das Grundrecht der Berufsfreiheit des Handelsvertreters (Art. 12 Abs. 1 GG) ging, welche durch das mit keiner Entschädigung verbundene Wettbewerbsverbot beeinträchtigt wurde, während der Verzicht auf den Unterhalt und Zugewinn- sowie Versorgungsausgleich Art. 6 GG betrifft. Dennoch könnte ein Vergleich zu den Ehevereinbarungen in Frage kommen, bei denen es um den Unterhalt wegen Betreuung eines minderjährigen Kindes (§ 1570 BGB) geht, denn dort ist die/der Verzichtende oft sogar an der Wahrnehmung jeder beruflichen Tätigkeit und damit daran gehindert, selbst für ihren/seinen Lebensunterhalt zu sorgen. Anders als bei den Ehevereinbarungen lag im Fall des Handelsvertreters aber eine durch Rechtsgeschäft begründete Verpflichtung zur beruflichen Abstinenz vor, während diese dort nicht zum Vertragsinhalt gehört. Auch wenn die Frau im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Ehevertrags schwanger war, können sich die Parteien später darauf verständigen, dass sie weiter ihren Beruf ausübt und der Vater sich um das Kind kümmert, womit sich ein Globalverzicht auf nachehelichen Unterhalt sowie Versorgungs- und Zugewinnausgleich zu seinen Lasten auswirken würde. Abgesehen davon wurde im Fall des Handelsvertreters mit dem damaligen § 90 a Abs. 2 S. 2 HGB eine gesetzliche Bestimmung für verfassungswidrig erklärt, die Vereinbarungen der von den Parteien getroffenen Art erst ermöglicht hatte, während dieses Schicksal § 1408 BGB erspart geblieben ist.

b)

Bei dem Vergleich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Wirksamkeit von Ehevereinbarungen mit seiner ebenfalls Aufsehen erregenden Entscheidung zur Bürgschaft von Familienangehörigen⁶ sticht hier wie dort bereits auf den ersten Blick die Begünstigung eines nahen Angehörigen ins Auge, auch wenn es sich im einen Fall stets um den (zukünftigen) Ehepartner handelt, während bei der Inanspruchnahme von Bürgen typischerweise auch deren Eltern oder sonstige nahe Verwandte in Betracht kommen. In der bekannten Bürgschaftsentscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht ein Urteil des BGH aufgehoben, das die Haftung einer im Zeitpunkt der Unterschrift einundzwanzig-

¹ BVerfGE 103, S. 89 ff. = FamRZ 2001, S. 343.

² FamRZ 2001, S. 985.

³ BVerfG, aaO (Fn. 1), S. 102.

⁴ BVerfGE 81, S. 242.

⁵ BVerfG, aaO (Fn. 4), S. 255.

⁶ BVerfGE 89, S. 214.

jährigen Tochter des Hauptschuldners für dessen Verbindlichkeiten im Gegensatz zu den Vorinstanzen für unbedenklich erklärt hatte, obwohl sie geschäftlich unerfahren war, die Bank den Eindruck erweckt hatte, dass ihre Unterschrift mit keinen Risiken verbunden sei, und die Bürgin nicht einmal annähernd dazu in der Lage gewesen ist, die Verbindlichkeiten zu tilgen und sich damit in einer lebenslangen Schuldnerschaft befunden hätte. Insoweit könnte man ihre Situation mit derjenigen einer Mutter vergleichen, die von ihrem geschiedenen Ehemann keinen Betreuungsunterhalt erhält und ihm nach der Ehevereinbarung auch noch den Unterhalt, den dieser für das gemeinsame Kind zu zahlen verpflichtet ist, teilweise erstatten muss. Diese Parallele ergibt sich aber aus der besonderen Härte des Sachverhalts, welcher dem Urteil vom 6.2.2001 zugrunde lag und darin bestand, dass die Beschwerdeführerin nicht nur auf Unterhalt verzichtet hatte, sondern darüber hinaus auch noch die Verpflichtung eingegangen war, dem Vater ihres Kindes einen Teil der von ihm für dieses geschuldeten Unterhaltszahlungen zu erstatten. Sofern dagegen nur auf den Betreuungs- und sonstigen Unterhalt verzichtet wird, unterscheidet sich die Situation dadurch grundlegend von der Lage der Bürgin, dass diese zahlen soll, während die Mutter des Kindes von dessen Erzeuger im Fall der Ehevereinbarung zwar keine finanzielle Unterstützung erhält, sich aber selbst zu keiner Leistung verpflichtet, deren Erfüllung ihr unmöglich ist. Ihr eigener Lebensunterhalt wird hier nicht durch die Tilgung von Verbindlichkeiten (eines Dritten) gefährdet, sondern dadurch, dass sie selbst für ihren Lebensunterhalt arbeiten muss, woran sie durch die Sorge für ein minderjähriges Kind (teilweise) gehindert und daher auf Sozialhilfe angewiesen ist. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die typische Situation des Bürgschaftsfalls durch uneigennütziges Handeln geprägt ist, während die schwangere Mutter durch den Abschluss einer Ehevereinbarung den Vater dazu bewegen möchte, mit ihr die Ehe einzugehen, was nicht nur im Interesse des gemeinsamen Kindes liegt. Während die Bürgin nur zum Vorteil ihres Vaters handelte und somit durch ihr Handeln keine eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgte, hat die Schwangere durch ihren Unterhaltsverzicht die Ehe mit dem Vater des Kindes erreicht und es somit zumindest während der Dauer des Zusammenlebens besser als eine unverheiratete Mutter, deren Anspruch auf Unterhalt (§ 1615 I Abs. 1, 2 S. 1, 2 BGB) in der Regel drei Jahre nach der Geburt endet (§ 1615 I Abs. 2 S. 3 BGB).

2.

Da sich die Situation bei den Ehevereinbarungen somit von derjenigen bei Bürgschaften für nahe Angehörige unterscheidet und mit dem Fall des Handelsvertreters ohnehin nicht vergleichbar ist, dessen Benachteiligung durch ein verfassungswidriges Gesetz ermöglicht wurde, ist es kaum verwunderlich, dass diese beiden Entscheidungen den Bundesgerichtshof nicht dazu veranlassen konnten, seine Rechtsprechung zur (Un-)Wirksamkeit von Ehevereinbarungen zu überdenken⁷. Im Hinblick auf die Verpflichtung der Mutter, dem Vater ihres Kindes einen Teil des von ihm geschuldeten Unterhalts zurück zu zahlen, weil insoweit ein Verzicht wegen § 1614 Abs. 1 BGB nicht möglich ist, hätte für den BGH dazu ohnehin keine Veranlassung bestanden, da von ihm eine solche Vereinbarung niemals gebilligt worden war. Obwohl der mit Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 6.2.2001 entschiedene Fall nur diesen Streitgegenstand betraf, wurden weiter gehende Anforderungen für die Überprüfung von Ehevereinbarungen aufgestellt. Die Folgen eines Ungleichgewichts für die Wirksamkeit der Ehevereinbarungen bleiben

allerdings im Dunkeln, denn ob eine Benachteiligung der Ehefrau zur Unwirksamkeit des Verzichts auf den Unterhalt und/oder desjenigen auf den Versorgungs- und/oder Zuegwinnausgleich führt, ist von den Familiengerichten zu beantworten. Dies gilt ebenso für die Frage, ob stets der gesamte Verzicht auf den Unterhalt und/oder den Versorgungs-/Zuegwinnausgleich nichtig ist oder in welcher Höhe eine Teilunwirksamkeit auch hinsichtlich der einzelnen Scheidungsfolgen in Betracht zu ziehen ist. Sich auf den Standpunkt zu stellen, dass dies eben Sache der Fachgerichtsbarkeit sei, ist aber zu einfach, denn wenn es unmöglich ist, hier klare Linien zu ziehen, müsste dies die Richtigkeit der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts selbst in Frage stellen. Eindeutig zutreffend ist nur die Annahme einer Unwirksamkeit der Vereinbarung über die Erstattung von Kindesunterhalt, denn wer die Verpflichtung zur Sorge für sein eigenes Kind auf dessen ohnehin schwer belastete Mutter abwälzen möchte, handelt grob rücksichts- und verantwortungslos. Die Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung nach § 138 Abs. 1 BGB ist unabhängig davon gegeben, ob man dafür ein dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ widersprechendes Rechtsgeschäft fordert oder dies nicht nach moralischen sondern rein rechtlichen Kriterien beurteilt⁸. Dass sie die Mehrheit der Bevölkerung für sittenwidrig hält, weil man für sein eigenes Kind freiwillig Verantwortung übernimmt, dürfte ebenso klar sein wie die aus den Konsequenzen einer Zahlung der Mutter an den Vater folgende Unwirksamkeit aus Rechtsgründen. Jene hat nach Art. 6 Abs. 4 GG Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft, von der es daher nicht zugelassen werden darf, dass ihr die Verantwortung für das Kind vollständig überlassen wird. Abgesehen davon geht es um den Schutz des Kindes selbst, bei dessen Pflege und Erziehung nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG es sich um eine Pflicht beider Elternteile handelt, die nicht gewährleistet ist, wenn es der Mutter selbst finanziell zu schlecht geht. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 6 Abs. 4 GG gebieten nach der Lehre von den Drittwirkungen der Grundrechte im Privatrecht und den sich aus ihnen ergebenden Schutzpflichten eine Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB.

III. Die Rechtsprechung der Fachgerichte zum Ehevertrag auf dem Prüfstand

Bevor das Bundesverfassungsgericht die Auffassung vertrat, dass Ehevereinbarungen wegen Benachteiligung des Ehepartners, welcher sich unter Aufgabe seiner Berufstätigkeit der Betreuung des Kindes widmet, unwirksam sein könnten, hatte der BGH in solchen Fällen geschiedenen Ehefrauen nur einen zeitlich begrenzten Notunterhalt zugesprochen⁹. Dies ist deswegen gerechtfertigt, weil ansonsten auch das Kind unter den fehlenden Einkünften seiner Mutter zu leiden hätte. Für den Zeitraum, in dem diese durch die Betreuung an der Ausübung einer Berufstätigkeit gehindert ist, wurde die Berufung des Vaters auf die Buchstaben des Ehevertrags vom BGH daher als unzulässige Rechtsausübung angesehen. Dass der Beschwerdeführerin von dem Oberlandesgericht ein Anspruch auf den notwendigen Unterhalt zugesprochen und der Totalverzicht im Ehevertrag insoweit korrigiert worden war, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 29.3.2001 aber nicht daran gehindert, dessen Urteil aufzuheben¹⁰. Damit stellt sich die Frage, ob nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nur für Här-

⁸ Adam, AnwBl. 2003, S. 336, 338 ff.

⁹ NJW 1995, S. 1148. Dass die Schwangerschaft nicht der gemeinsamen Lebensplanung entsprach, war keine Voraussetzung für den Unterhalt (BGH, NJW 1992, S. 3164, 3165).

¹⁰ AaO (Fn. 2).

⁷ A. A. Dauner-Lieb, AcP 2001, S. 295, 302.

tefälle der von ihm entschiedenen Art eine Korrektur geboten sein soll oder dies nicht auch sonst die Folgen gebieten, welche mit einem Verzicht auf Unterhalt sowie Versorgungs- und möglicherweise sogar Zugewinnausgleich verbunden sein können. Dagegen spricht, dass die Vertragsfreiheit im Ehe-recht damit für solche Fälle nahezu aufgehoben würde, in denen es einen schwächeren und einen stärkeren Teil gibt. Wenn § 1585 c BGB und § 1408 BGB nur noch unter (gleich?) armen Eheleuten oder (annähernd gleich starken?) Doppelverdienern Anwendung finden könnten, würde dies eine ganz enge Grenze ihres Anwendungsbereichs darstellen, welche sich schon aus entsprechenden Einschränkungen der Vorschriften selbst ergeben müsste, sofern sie nicht nur bei einer entsprechenden verfassungskonformen Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar wären, was vom Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen aber weder behauptet noch auch nur angesprochen wird. Daher kann eine Begrenzung des Anwendungsbereichs der §§ 1585 c, 1408 BGB, welche zur überwiegenden Funktionslosigkeit dieser Normen und folglich nur dazu führt, sich Auseinandersetzungen über Unterhalt sowie Versorgungs- und Zugewinnausgleich zu ersparen, wenn es sich wegen der nahezu fruchtlosen Ergebnisse ohnehin nicht lohnen würde, darüber zu streiten, kaum überzeugend begründet werden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob ein kumulativer Verzicht auf Scheidungsunterhalt sowie Versorgungs- und Zugewinnausgleich auch nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich nicht an § 138 BGB scheitert, sofern keine weiteren Umstände hinzutreten¹¹, und nur bei Schwangerschaft im Zeitpunkt der Ehevereinbarung¹² oder einer vergleichbaren Ungleichgewichtslage etwas anderes gilt.

IV. Die Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts durch Fachgerichte

1.

Die Entscheidungen des Oberlandesgerichts München vom 1.10.2002 und vom 25.9.2002

In einem Urteil vom 1.10.2002¹³ hat das OLG München versucht, den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts dadurch Rechnung zu tragen, dass es den in einer notariellen Ehevereinbarung erklärten Verzicht einer Hausfrau und Mutter auf Unterhalt nach einer Scheidung sowie auf den Gewinn- und Versorgungsausgleich für in vollem Umfang unwirksam hielt, obwohl der Anspruch wegen Betreuung eines Kindes (§ 1570 BGB) davon ausgenommen und eine private Kapitallebensversicherung als Alterssicherung der Ehefrau vereinbart worden war. Ein anderer Senat des OLG München¹⁴ hat in einem Beschluss vom 25.9.2002 den vollständigen Ausschluss des nahehelichen Unterhalts sowie des Zugewinn- und des Versorgungsausgleichs in einem Fall, welcher durch die Berufstätigkeit beider Eheleute im Zeitpunkt der Beurkundung des Ehevertrags und die damals gemeinsame Absicht, keine Kinder haben zu wollen, charakterisiert war, hingegen nicht beanstandet, weil es an der vom Bundesverfassungsgericht geforderten einseitigen Dominanz fehlte. Eine Unwirksamkeit des Ehevertrags scheidet daher aus und der Tatsache, dass die Ehefrau Jahre später doch schwanger wurde, sei vom Amtsgericht dadurch Rechnung getragen worden, dass es ihr für die Klage auf Unterhalt Prozesskostenhilfe bewilligt habe¹⁵. Das OLG bezieht sich dabei

auf eine Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, also den vom BGH bereits vor den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zuerkannten Betreuungsunterhalt¹⁶. Ob dieser der Höhe nach auf den Notbedarf begrenzt ist, konnte das OLG offen lassen, da hierüber die Vorinstanz noch zu entscheiden hatte. Die Durchführung des Versorgungs- und des Zugewinnausgleichs wäre für die Antragstellerin voraussichtlich nicht vorteilhaft gewesen. Dies war in dem der Entscheidung vom 1.10.2002 zugrunde liegenden Fall ganz anders und das OLG sah den Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs durch die zugunsten der Antragstellerin begründete Kapitallebensversicherung nicht annähernd kompensiert. Angesichts eines weit überdurchschnittlich hohen Einkommens des Antragsgegners wurde darüber hinaus auch noch für bedeutsam gehalten, dass die Altersversorgung von Großverdienern in der Regel nicht nur mit den einem Versorgungsausgleich unterliegenden Anwartschaften gesichert werde, sondern auch über das unter den Zugewinnausgleich fallende Vermögen. Die angebliche Unterlegenheit der Antragsgegnerin sollte aus diesem Grund hier auch zur Unwirksamkeit des Verzichts auf den Zugewinnausgleich führen, was zusätzlich noch damit gerechtfertigt wurde, dass die Unwirksamkeit des Verzichts auf Unterhalt und Versorgungsausgleich zur Nichtigkeit des gesamten Ehevertrags führe¹⁷.

2.

Die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Koblenz vom 23.6.2003 und vom 13.1.2004

Der dem Urteil des OLG Koblenz vom 13.1.2004¹⁸ zugrunde liegende Fall betraf einen Ehevertrag, in dem Unterhalt nach der Scheidung ausgeschlossen und Gütertrennung vereinbart worden war. Nur für den Fall einer Scheidung vor Ablauf von acht Jahren seit der Heirat hatte sich der Ehemann dazu verpflichtet, ab Rechtskraft des Urteils zwei Jahre lang einen monatlichen Unterhalt in Höhe von 1.500,00 DM an seine Frau zu zahlen; bis zum dritten Lebensjahr des jüngsten gemeinsamen Kindes der Parteien sollte er 2.000,00 DM betragen. Wenn mindestens ein Kind danach noch weiter bei der Mutter leben sollte, verlängerte sich der Zeitraum bis zum sechzehnten Lebensjahr des jüngsten Kindes. Danach sollte die Frau aber auf keinen Fall mehr einen Anspruch auf Unterhalt haben. Obwohl auf den Versorgungsausgleich nicht verzichtet worden war, kam das OLG Koblenz zu dem Ergebnis, dass der Ehevertrag einer Inhaltskontrolle nicht stand halte, weil sich die im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Ehevertrags kurz vor dem Hochzeitstermin schwangere Frau in einer Zwangslage befunden habe, die der in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 6.2.2001 und vom 29.3.2001 entspreche¹⁹. Auf der anderen Seite hat das OLG Koblenz mit Beschluss vom 23.6.2003²⁰ einen Ehevertrag, in dem Zugewinn- und Versorgungsausgleich ausgeschlossen und auf Unterhalt nach der Scheidung verzichtet worden war, auch angesichts einer Mittellosigkeit und fehlender Arbeitserlaubnis der ausländischen Ehefrau nicht beanstandet. Dabei wurden deren mangelnde Sprachkenntnisse nicht als Unwirksamkeitsgrund anerkannt, weil sie den Inhalt des beabsichtigten Ehevertrags zwei Wochen vor der Beurkundung in Anwesenheit des Notars sowie ihres zukünftigen Ehegatten mit einer Dolmetscherin hatte besprechen können und ihr

¹¹ BGH, NJW 1997, S. 126; OLG Hamm, FamRZ 1982, S. 1215 mit krit. Anm. Bosch.

¹² Wie in den Fällen des BGH, aaO (Fn. 11) und des OLG Hamm, aaO (Fn. 11).

¹³ FamRZ 2003, S. 35.

¹⁴ FamRZ 2003, S. 376.

¹⁵ OLG München, aaO (Fn. 14), S. 377.

¹⁶ AaO (Fn. 9).

¹⁷ AaO (Fn. 13), S. 37.

¹⁸ FamRZ 2004, S. 805.

¹⁹ AaO (Fn. 18.), S. 806.

²⁰ FamRZ 2004, S. 200.

einen Tag vorher auch noch eine schriftliche Übersetzung des Entwurfs zur Verfügung gestellt worden war. In der Entscheidung vom 13.1.2004 wurde der geschiedenen Ehefrau unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils hingegen ein Anspruch auf den vollen Betreuungsunterhalt zugesprochen. Dabei hat das OLG offen gelassen, ob der Ehevertrag nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam ist, weil eine Korrektur nach § 242 BGB im vorliegenden Fall zum gleichen Ergebnis führe²¹. Dieser Fall unterschied sich allerdings auch noch insoweit von demjenigen, welcher der Entscheidung vom 23.6.2003 zugrunde lag, als dort beide Parteien unvernünftig waren, während hier der Ehemann über ein monatliches Nettoeinkommen von 5.150 EUR verfügte. Ohne Ehevertrag hätte er daher einen mehr als doppelt so hohen Unterhalt zahlen müssen.

3.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.2.2004

Der dem Urteil des BGH vom 11.2.2004²² zugrunde liegende Fall gab ihm erstmals Gelegenheit, zu den sich nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ergebenden Konsequenzen für die einzelnen Scheidungsfolgen Stellung zu nehmen. Zu entscheiden war über die Revision gegen das Urteil des OLG München vom 1.10.2003²³, an das der Rechtsstreit zurückverwiesen wurde, weil es nach Auffassung des BGH noch einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts bedurfte. Dabei wurden die Rechtsausführungen des OLG aber schon zum Teil für unzutreffend erklärt. Der Verzicht auf den Zugewinnausgleich ist nach Auffassung des BGH von allen Scheidungsfolgen einer ehevertraglichen Vereinbarung am weitesten zugänglich, weil die gleichberechtigte Partnerschaft von Mann und Frau keine Vermögensgemeinschaft voraussetze und sich die nach § 1353 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB geschuldete eheliche Solidarität nur auf konkreten Versorgungsbedarf beziehe, dem im Rahmen des Unterhalts Rechnung zu tragen sei²⁴. Da der Zugewinnausgleich somit nicht zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts gehöre, zeige er sich vertraglichen Gestaltungen in weitem Umfang offen²⁵. Die Vereinbarung der Gütertrennung könne sich daher „nur unter engsten Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich erweisen“, was etwa dann in Betracht komme, „wenn die Ehegatten bei ihrer Abrede von beiderseitiger, ökonomisch vergleichbar gewinnbringender Berufstätigkeit ausgegangen sind, diese Planung sich später aber nicht verwirklichen lässt“²⁶. Im Unterhaltsrecht hält der BGH dagegen eine differenzierte Betrachtung für geboten und zählt „in erster Linie“ den Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) zum Kernbereich des Rechts der Scheidungsfolgen, da er „schon im Hinblick auf seine Ausrichtung am Kindesinteresse nicht der freien Disposition der Ehegatten unterliegt“, während auf Rang zwei sodann der Unterhalt wegen Krankheit (§ 1572 BGB) und Alters (§ 1571 BGB) folgen soll²⁸. Da der Versorgungsausgleich ein vorweggenommener Altersunterhalt sei, komme ihm der gleiche Rang wie diesem zu, wobei gehobene Verhältnisse einen weiteren Spielraum für Vereinbarungen eröffnen könnten. Der dritte Rang soll dem Erwerbslosenunterhalt (1573 BGB) zukommen, der vierte dem Kranken- (§ 1578 Abs. 2 Alt. 1 BGB) und Altersvorsorgeunterhalt (§ 1578 Abs. 3 BGB), der fünfte

dem Ausbildungs- (§ 1575 BGB) und dem sog. Aufstockungsunterhalt (§ 1573 Abs. 2 BGB)²⁹.

V. Die Folgen der Urteile des Bundesverfassungsgerichts vom 6.2.2001 und 29.3.2001

1.

Die Auswahl der nach den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts ergangenen Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte zeigt, dass nunmehr offenbar eine Wende stattgefunden hat, weil an der bisherigen Linie des Bundesgerichtshofs nicht mehr festgehalten wird und dieser selbst scheint sich dem zu beugen, denn von einem Kernbereich der gesetzlichen Scheidungsfolgen war zuvor nie die Rede gewesen. Im Schrifttum hatte sich hingegen schon lange Widerstand gegen seine Rechtsprechung geregigt³⁰ und die Kritiker sehen jetzt ihre Stunde gekommen, um eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu fordern. Diese soll sich nicht nur auf Extremfälle der vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Art beschränken, sondern über die Situation der „strukturellen Unterlegenheit“ hinaus zur Kontrolle sämtlicher Ehevereinbarungen führen, in denen Änderungen des Scheidungsfolgenrechts bei Einverdienern enthalten sind, und damit die angeblich zu weit gehende Dispositivität des gesetzlichen Systems der Scheidungsfolgen korrigieren³¹. Diese Auffassung geht nicht nur bei Schwangerschaft von einer „deutlichen Überforderung der Selbstverantwortung“³² aus, obwohl es fraglich ist, ob sich aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts solche Konsequenzen ergeben, denn dort ist nur davon die Rede, dass vor der Ehe mit erkennbar einseitiger Lastenverteilung zu Ungunsten der schwangeren Frau geschlossene Vereinbarungen einer richterlichen Inhaltskontrolle unterzogen werden müssten³³. Ob Ehevereinbarungen eine deutliche Benachteiligung enthalten, hänge wesentlich davon ab, welche familiäre Konstellation die Parteien anstrebten³⁴. Auf eine spätere, der ursprünglichen Lebensplanung nicht mehr entsprechende Entwicklung beziehen sich diese Ausführungen nicht, so dass Zweifel daran bestehen, ob auch die Korrektur von zunächst unbedenklichen Ehevereinbarungen mit Hilfe des § 242 BGB, d. h. den Instituten des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und der unzulässigen Rechtsausübung, eine notwendige Konsequenz aus den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts darstellt, oder sich der Schutz vor einseitiger Dominanz nicht einzig auf den Zeitpunkt der Unterzeichnung/Beurkundung beschränkt. Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich zur Unterlegenheit bei der Vertragsgestaltung Stellung genommen, wobei die Schwangerschaft nur als Indiz eines Ungleichgewichts bezeichnet wird, das durch die berufliche Qualifikation und Perspektive sowie die von den Parteien geplante Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit in der Ehe ausgeglichen werden könne³⁵.

Daher ist einer Entscheidung des OLG Hamm vom 2.7.2003³⁶ insoweit zuzustimmen, als es den vollständigen Verzicht auf nahehelichen Unterhalt sowie Zugewinn- und Versorgungsausgleich nach wie vor für möglich hält und die Wirksamkeit entsprechender Vereinbarungen nach den Verhältnissen des einzelnen Falles beurteilt. Das OLG Hamm entschied den Fall nach den Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung vor den

²¹ AaO (Fn. 18), S. 806 f.

²² NJW 2004, S. 930.

²³ AaO (Fn. 13).

²⁴ AaO (Fn. 22), S. 934.

²⁵ BGH, aaO (Fn. 22), S. 937.

²⁶ BGH, aaO (Fn. 25).

²⁷ AaO (Fn. 24).

²⁸ AaO (Fn. 24); vgl. dazu jüngst auch BGH, NJW 2005, S. 2391.

²⁹ AaO (Fn. 24).

³⁰ Vgl. etwa Bosch, aaO (Fn. 11); Büttner, FamRZ 1998, S. 1.

³¹ Dauner-Lieb, aaO (Fn. 7), S. 325, 329.

³² Dauner-Lieb, aaO (Fn. 7), S. 323.

³³ BVerfGE, aaO (Fn. 1), S. 102.

³⁴ BVerfGE, aaO (Fn. 1), S. 105.

³⁵ BVerfGE, aaO (Fn. 1), S. 104; vgl. dazu auch BGH, NJW 2005, S. 2386.

³⁶ FamRZ 2004, S. 201 f.

spektakulären Urteilen des Bundesverfassungsgerichts und stellte die Unbedenklichkeit des Ehevertrags fest, obwohl im Zeitpunkt der Beurkundung sowie der Heirat bereits ein gemeinsames Kind geboren war. Nach der Geburt eines weiteren Kindes beehrte die Frau im Scheidungsverfahren Unterhalt, der ihr vom OLG aber nur in Höhe des Notbedarfs zugesprochen wurde. Der BGH selbst hält allerdings an seiner diesbezüglichen Rechtsprechung offenbar nicht mehr fest, denn an die Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB soll sich nun eine Ausübungskontrolle nach den Grundsätzen des § 242 BGB anschließen³⁷, die zu einem über dem Existenzminimum liegenden Unterhalt führen kann³⁸. Daraus wird nun geschlossen, dass der BGH sich vom Notunterhalt und seiner früheren Rechtsprechung verabschiedet habe³⁹, obwohl im Fall des OLG München⁴⁰, dessen Urteil überprüft wurde, im Zeitpunkt des Ehevertrags eine Schwangerschaft vorlag. Die Anpassung der Höhe des Unterhalts nach § 242 BGB auf einen über dem Existenzminimum liegenden Betrag, wenn die tatsächliche Entwicklung der Lebensverhältnisse von der Planung im Ehevertrag grundlegend abweicht⁴¹, betrifft nämlich gerade solche Fälle, in denen zunächst keine Schwangerschaft bestanden hat. Sofern eine Ehevereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens einer Inhaltskontrolle nicht stand halte, soll sich dies nach zwei Beschlüssen des BGH vom 6.10.2004 aus § 138 Abs. 1 BGB ergeben⁴².

2.

a)

Ob die Wende in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und noch darüber hinaus gehende Forderungen von Teilen des Schrifttums einem Gebot der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entsprechen, ist anhand der von diesem zur Begründung seiner Auffassung heran gezogenen Grundrechte zu beurteilen. Da sich die Gestaltung von Ehevereinbarungen im Rahmen der durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Vertragsfreiheit bewegt, kann eine Inhaltskontrolle wegen späterer Entwicklungen nicht auf dieses Grundrecht gestützt werden. Wenn bei der Unterzeichnung des Vertrags beide Teile ihren freien Willen verwirklichen konnten, würde eine nachträgliche Korrektur durch den Richter der Privatautonomie gerade nicht entsprechen. Nach dem Bundesverfassungsgericht setzt die Inhaltskontrolle daher ein ungleiches Kräfteverhältnis im Zeitpunkt des Abschlusses voraus. Weiter gehende Eingriffe können sich nur aus Art. 6 Abs. 2 GG sowie Art. 6 Abs. 4 GG allein und nicht in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG ergeben. Da beide Bestimmungen nur zum Zuge kommen, wenn ein Kind geboren ist, kann eine Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen somit nicht auf die Urteile des Bundesverfassungsgerichts gestützt werden, wenn es an dieser Voraussetzung fehlt. Da jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft hat, muss ihr ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt auch dann zustehen, wenn er in einer Ehevereinbarung ausgeschlossen wurde. Art. 6 Abs. 4 GG verbietet aber nicht jede mit der Mut-

terschaft verbundene wirtschaftliche Belastung⁴³, so dass dieser Vorschrift keine Gewährleistung eines bestimmten Lebensstandards und damit von Unterhalt in einer den Mindestbedarf übersteigenden Höhe zu entnehmen ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 6.2.2001 die Forderung nach einem angemessenen und den Vermögensverhältnissen entsprechenden Unterhalt zwar auch mit der nach Art. 6 Abs. 2 GG gebotenen Sicherung des Kindesunterhalts begründet⁴⁴, weil die Leistungsfähigkeit der Mutter durch ihre vertragliche Verpflichtung, dem Vater seine Unterhaltszahlungen zu erstatten, nicht mehr gewährleistet war. Die der Mutter zur Verfügung stehenden Mittel müssen deswegen aber nicht über ihren Mindestbedarf hinaus gehen, weil auch die ebenfalls nur das Existenzminimum abdeckende Sozialhilfe für Familien mit Kindern dem Schutzgebot des Art. 6 GG genügt. Die Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen allein auf Art. 6 Abs. 4 GG zu stützen, ist darüber hinaus noch insoweit problematisch, als Ehevereinbarungen die gesamte Lebensdauer der Parteien betreffen, während der verfassungsrechtlich gebotene Mutterschutz sich nicht auf diesen Zeitraum erstreckt⁴⁵, sondern lediglich auf denjenigen des Bedarfs wegen der Geburt und Erziehung eines Kindes. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage bislang offen gelassen, so dass hier klare Worte in den Gründen seiner Entscheidungen gefallen wären, wenn es dazu hätte Stellung nehmen wollen. Somit ist ein vollständiger Verzicht auf den Versorgungsausgleich mit Art. 6 Abs. 4 GG ebenso zu vereinbaren wie der Ausschluss des Unterhalts wegen Erwerbslosigkeit nach einer langen Kinderpause.

b)

Ist nach allem somit festzustellen, dass sich aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts keine Konsequenzen für Ehevereinbarungen ergeben, die ohne sog. strukturelle Unterlegenheit abgeschlossen wurden, stellt sich aber noch die Frage, wann über die Fälle der Schwangerschaft hinaus von einer solchen Situation auszugehen ist, was jedenfalls dann nicht in Betracht kommt, wenn das Kind während der Ehe geboren wurde und die Frau später auf Unterhalt, Versorgungs- und/oder Zugewinnausgleich verzichtet, denn in solchen Fällen kann selbst die Scheidungsandrohung nicht mit der Situation einer Schwangeren verglichen werden⁴⁶. Ob die Situation einer Frau, welche die Ehe mit einem Mann anstrebt, dem sie bereits ein Kind geboren hat, mit den vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Schwangerschaftsfällen auf einer Stufe steht, ist hingegen zweifelhaft und Beleg für die durch seine überraschenden Urteile entstandene Rechtsunsicherheit.

In der Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz vom 23.6.2003⁴⁷ wurden unzureichende Sprachkenntnisse nur unter den dort gegebenen Umständen als Unwirksamkeitsgrund abgelehnt. Allgemein spricht hier jedoch gegen eine „strukturelle Unterlegenheit“, dass die Unterzeichnung fremdsprachiger Verträge einen Verzicht auf die Kenntnisnahme ihres Inhalt darstellt. Ob eine Frau nun davon absieht, sich die Ehevereinbarung durchzulesen, bevor sie unterschreibt, obwohl ihr die Kenntnisnahme möglich gewesen wäre, oder sie wegen fehlender Sprachkenntnis davon absieht, sich eine Übersetzung zu besorgen, macht keinen Unterschied. Daher kommt hier bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen

³⁷ AaO (Fn. 22), S. 935.

³⁸ AaO (Fn. 22), S. 936; vgl. auch BGH, aaO (Fn. 28): Ausgleich nur der ehebdingten Nachteile.

³⁹ So Rakete-Dombek, NJW 2004, S. 1273, 1276; vgl. auch Bergschneider, FamRZ 2001, S. 1337, 11338, 1339 f., der insoweit schon vor der Entscheidung des BGH vom 11.2.2004 den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts einen solchen Korrekturbedarf entnehmen wollte.

⁴⁰ AaO (Fn. 13).

⁴¹ BGH, aaO (Fn. 22), S. 935.

⁴² FamRZ 2005, S. 26 und 185; vgl. zu diesen Entscheidungen auch Grziwotz, MDR 2005, S. 73, 74 f.

⁴³ BVerfGE 60, S. 68, 74.

⁴⁴ AaO (Fn. 1), S. 107 f.

⁴⁵ BVerwGE 61, S. 79, 84.

⁴⁶ A. A. Büttner, aaO (Fn. 30), S. 5 f.

⁴⁷ AaO (Fn. 20).

gen lediglich eine Anfechtung (§§ 119, 123 BGB) in Frage, sofern nicht besondere Umstände vorliegen⁴⁸. Man muss jedoch damit rechnen, dass fehlende Sprachkenntnisse etwa dann als strukturelle Unterlegenheit angesehen werden, wenn der legale Aufenthalt einer ausländischen Frau von der Heirat eines deutschen Mannes abhängt und dieser auf einem Ehevertrag besteht.

Abgesehen davon könnte man daran denken, ein strukturelles Ungleichgewicht daraus zu entnehmen, dass nur eine Seite anwaltlich beraten und vertreten wird. Dagegen spricht jedoch, dass sich auch der andere Teil vertreten lassen könnte und selbst dafür verantwortlich ist, wenn er dies nicht tut, obwohl er es sich leisten könnte. Abgesehen davon entfällt bei der Beratung/Vertretung durch einen Anwalt die einseitige Dominanz des Gegners nicht, weil jener nur die fehlende Rechtskenntnis seines Mandanten kompensieren kann, dessen Zwangslage auch bei Inanspruchnahme kompetenten Beistands in der Regel fort dauert. Da der BGH die notarielle Belehrung als hinreichende Voraussetzung eines Gleichgewichts der Kräfte ausdrücklich abgelehnt hat⁴⁹, ist davon auszugehen, dass er bei anwaltlicher Beratung nicht anders entscheiden würde.

c)

In welchen Fällen die Familiengerichte zur Unwirksamkeit von Eheverträgen nach § 138 BGB wegen Schwangerschaft kommen und wann sie lediglich Korrekturen über § 242 BGB vornehmen werden, ist eine nicht leicht zu beantwortende Frage. Selbst ein Globalverzicht könnte nach der Entscheidung des BGH vom 11.2.2004 jedenfalls insoweit Anerkennung finden, als es um den Ausschluss des Zugewinnausgleichs und nicht zum sog. Kernbereich der Scheidungsfolgen gehörender Unterhaltstatbestände geht. Ob und wann auch davon abgesehen werden kann, auf den Unterhalt in dem den ehelichen Verhältnissen entsprechenden Umfang zu erkennen, und dieser in Höhe eines zwischen Notbedarf und ohne Vereinbarung geschuldeten Betrags zugesprochen werden darf, ist fraglich. Es zeigt sich hier, dass vom Bundesverfassungsgericht eine Inhaltskontrolle verlangt wird, deren Umsetzung im geltenden Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht überzeugend gelingen kann. Die Folge ist totale Rechtsunsicherheit, welche den Berater dazu veranlassen muss, für die Anspruchstellerin Maximalforderungen anzumelden, und dem Vertreter des Anspruchsgegners stets Vergleichsbereitschaft als sichersten Weg nahe zu legen scheint. Soll der Rechtsanwalt des Mannes seinem Mandanten von einem Ehevertrag abraten, obwohl dieser nur von einer gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch machen möchte? Damit stellt sich in der Tat die Frage, ob hier nicht der Rat erteilt werden muss, auf die Ehe zu verzichten⁵⁰. Für Notare könnte es sich empfehlen, die Parteien vor der Beurkundung eines Ehevertrags um Auskunft darüber zu bitten, ob eine Schwangerschaft besteht, und wenn dies der Fall ist, ihnen zu raten, von einer solchen Vereinbarung besser Abstand zu

nehmen. Ob sich der Notar nach einer Schwangerschaft erkundigen muss und die Beurkundung ablehnen kann oder sogar sollte, um eine Haftung wegen frustrierter Aufwendungen für einen unwirksamen Ehevertrag zu vermeiden, ist eine durchaus ernst zu nehmende Frage. Die Entstehung dieser Probleme beruht auf der unzutreffenden Annahme des Bundesverfassungsgerichts, im Inhalt einer Ehevereinbarung, die eine Schwangere einseitig belaste und ihre Interessen nicht angemessen berücksichtige, komme stets deren Unterlegenheit zum Ausdruck, womit es für diese keiner weiteren Indizien bedürfe⁵¹. Dabei handelt es sich um einen Zirkelschluss, denn die Unterlegenheit der Schwangeren soll durch ihre Benachteiligung bestätigt und diese wiederum mit der Schwangerschaft erklärt werden, obwohl es Frauen gibt, die auch ohne strukturelle Unterlegenheit für sie potentiell oder bereits absehbar nachteilige Ehevereinbarungen akzeptieren. Der Nachweis des Mannes, dass seine Frau auch ohne Schwangerschaft der für sie ungünstigen Regelung zugestimmt hätte, wird ihm durch die unwiderlegbare Vermutung des Bundesverfassungsgericht abgeschnitten, das davon ausgeht, ein solcher Akt der Selbstschädigung könne bei klarem Verstand und ohne Druck nicht in Betracht kommen, obwohl sogar der Globalverzicht im Recht der Ehescheidungsfolgen entgegen dem durch die Zahlen einer Untersuchung aus dem Jahre 1988 vermittelten Eindruck, die eingangs der Gründe des Urteils vom 6.2.2001 erwähnt wird⁵², nicht selten ist und keineswegs nur während einer Schwangerschaft erfolgt.

VI. Fazit zum Stand der Rechtsprechung

Aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen ergeben sich keine allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit in diesem Bereich. Nur wenn eine „strukturelle Unterlegenheit“ der Frau vorliegt, sind danach von den gesetzlichen Bestimmungen abweichend geregelte Folgen der Ehescheidung zu korrigieren, sofern dies im Einzelfall geboten ist. Neben der Schwangerschaft kommen kaum weitere Fälle einer „strukturellen Unterlegenheit“ in Betracht. Der Bundesgerichtshof ist neuerdings jedoch der Auffassung, dass Ehevereinbarungen auch ohne das Vorliegen einer strukturellen Unterlegenheit der Korrektur bedürfen, wenn es sich um den sog. „Kernbereich“ der gesetzlichen Bestimmungen handelt, wozu in erster Linie der Betreuungsunterhalt gehöre, an zweiter Stelle aber auch der Unterhalt wegen Krankheit und Alters sowie der Versorgungsausgleich. Welche Folgen sich aus diesem „Ranking“ ergeben und ob/wann auch für die im dritten oder vierten „Rang“ angesiedelten Unterhaltstatbestände Korrekturen erfolgen müssen, ist offen. Grundsätzlich kommt dies hier wohl ebenso wenig (selten) wie beim Zugewinnausgleich in Betracht. Auszugleichen sind grundsätzlich auch nur Nachteile, welche durch die gemeinsame eheliche Lebensplanung verursacht wurden, so dass sich die Höhe des Unterhalts und Versorgungsausgleichs bei der Inhaltskontrolle grundsätzlich an dem Einkommen der Ehefrau aus ihrer früheren beruflichen Tätigkeit orientieren muss. In diesem Rahmen sind Ehevereinbarungen daher weiterhin möglich.

⁴⁸ OLG Köln, FamRZ 2002, S. 457 mit krit. Anm. Bergschneider, der von einer faktischen Dominanz des Mannes ausgeht, die von ihm zu widerlegen sei.

⁴⁹ AaO (Fn. 22), S. 934 f.

⁵⁰ Vgl. dazu die treffende Kritik von Rauscher, DNotZ 2002, S. 751 und FuR 2001, S. 155.

⁵¹ BVerfGE, aaO (Fn. 1), S. 104 f.

⁵² AaO (Fn. 1), S. 91 unter A. I. 2.

Die Änderung des Betreuungsrechts durch das 2. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts

(von Dieter Krauß, Notar i.R. in Kernen i.R.)

Durch das 2. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 21.4.2005 sind gesetzliche Neuregelungen geschaffen worden, die bereits im Gesetzgebungsverfahren zu heftigen Meinungsverschiedenheiten zwischen Fachleuten, Betroffenen und Verbänden geführt haben. Der vom Bundesrat eingebrachte Gesetzentwurf ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in wesentlichen Punkten geändert worden. Insbesondere ist das vorgesehene gesetzliche Vertretungsrecht für Ehegatten, Lebenspartner und nahe Verwandte vollständig weggefallen. Wesentliches Ziel des jetzt vorliegenden Gesetzes ist – neben einigen sicher eintretenden Vereinfachungen – die Eindämmung der von den Bundesländern zu tragenden Kosten für die Vergütung der Betreuer. Nachstehend werden die wesentlichen Neuregelungen kurz dargestellt.

I. Grundzüge

Die wesentlichen Neuregelungen des Gesetzes betreffen die Vorschriften über die Vergütung von Berufsvormündern und Berufsbetreuern. Das Berufsvormündervergütungsgesetz in der Fassung vom 13.12.2001 wird aufgehoben und durch das „Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern“ kurz: „VBVG“ ersetzt.

Die Neuregelungen des VBVG unterscheiden sich vom Berufsvormündervergütungsgesetz im wesentlichen durch

1. die Tatsache, dass das VBVG nicht nur für die aus der Staatskasse zu leistende Vergütung, sondern auch für die Vergütung aus dem Vermögen gilt,
2. unterschiedliche Regelungen für Berufsvormünder und Berufsbetreuer,

3. die Umstellung der Vergütung von Berufsbetreuern von der Zeitvergütung auf Pauschalsätze, die auch die Umsatzsteuer und die Auslagen abgelten.

II. Die Bestimmungen des VBVG

1. Feststellung der Berufsmäßigkeit

Die bisher in § 1836 Abs. 1 Satz 3 a.F. enthaltenen Bestimmungen über die Feststellung der Berufsmäßigkeit sind ohne sachliche Änderung in § 1 VBVG übernommen worden. Berufsmäßigkeit liegt vor, wenn der Betreuer mindestens 10 Betreuungen berufsmäßig führt; sein Zeitaufwand spielt keine Rolle. § 1 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 2 gilt für Betreuer nicht (siehe § 4 Abs. 3 Satz 2 VBVG). Dagegen bleibt es für den Berufsvormund bei der Vorschrift nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 2, wonach Berufsmäßigkeit auch dann vorliegt, wenn der nach § 3 zu vergütende Zeitaufwand wenigstens 20 Wochenstunden beträgt. Stellt das Vormundschaftsgericht die berufsmäßige Führung nach § 1 VBVG fest, so steht dem Vormund nach § 2 Abs. 2 Satz 1 VGVB ein Anspruch auf Vergütung zu, der bei Mittellosigkeit i.S. von § 1836d BGB aus der Staatskasse verlangt werden kann (§ 2 Abs. 2 Satz 2 VBVG).

2. Vergütung für den Berufsbetreuer

Die Pauschalierung der Vergütung erfolgt in der Weise, dass der einem Betreuer zu vergütende Zeitaufwand pro Monat pauschaliert wird. Dabei wird unterschieden, ob der Betreute in einem Heim lebt oder außerhalb eines Heims, ob die Betreuung weniger als ein Jahr oder bereits länger besteht, ob die Vergütung aus dem Vermögen oder aus der Staatskasse zu leisten ist¹. Der pauschalierte Zeitaufwand ergibt sich aus nachstehender Zusammenstellung nach § 5 Abs. 1 und 2 VBVG:

Zeitraum/Monate	Betreuer lebt im Heim				Betreuer lebt nicht im Heim			
	1.-3.	4.-6.	7.-12.	ab 13.	1.-3.	4.-6.	7.-12.	ab 13.
aus Vermögen Stunden pro Monat	5,5	4,5	4,0	2,5	8,5	7,0	6,0	4,5
aus Staatskasse Stunden pro Monat	4,5	3,5	3,0	2,0	7,0	5,5	5,0	3,5

Dieser pauschalierte Zeitaufwand ist mit dem sich aus § 4 Abs. 1 VBVG ergebenden Stundensatz zu vergüten. Dieser Stundensatz wird in § 4 Abs. 1 Satz 1 VBVG auf 27,00 Euro festgeschrieben. Er erhöht sich nach § 4 Abs. 1 Satz 2 entsprechend den Regelungen des bisherigen BVormVG auf 33,50 Euro, falls der Betreuer über nutzbare Fachkenntnisse verfügt, die durch eine abgeschlossene Lehre oder durch eine vergleichbare Ausbildung erworben wurden und auf 44,00 Euro, wenn die nutzbaren Fachkenntnisse an einer Hochschule oder durch eine vergleichbare Ausbildung erworben worden sind. Wie bei der bisherigen Regelung wird nach § 4 Abs. 3 Satz 1 VBVG vermutet, dass bei der Bestellung eines Betreuers, der über Fachkenntnisse im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 2 verfügt, diese auch für die Führung der Betreuung nutzbar sind, sofern das Vormundschaftsgericht nichts anderes bestimmt.

Das Vormundschaftsgericht wird also künftig bei der Bestellung eines Betreuers im Bestellungsbeschluss jeweils feststellen müssen, ob die Betreuung ehrenamtlich oder berufsmäßig im Sinne von § 1 Abs. 1 VBVG geführt wird und ob der Berufsbetreuer über Fachkenntnisse im Sinne von § 4 Abs. 1

Satz 2 VBVG verfügt. Bevor der Beschluß erlassen werden kann, hat der vorgesehene Betreuer sich über Zahl und Umfang der von ihm berufsmäßig geführten Betreuungen zu erklären (§ 1897 Abs. 8 BGB). Es ist der Vorschrift nicht eindeutig zu entnehmen, ob der Betreuer diese Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgericht abzugeben hat, oder ob die vom Betreuer nach § 10 VBVG gegenüber der Betreuungsbehörde abzugebende Jahreserklärung ausreichend ist. Unklar ist weiter, was das Gesetz unter dem „Umfang“ der geführten Betreuungen versteht. Sind darunter der nach § 5 festzustellende pauschale Zeitaufwand und die nach § 6 zu vergütenden Sonderfälle oder die vom Betreuer tatsächlich für seine Berufstätigkeit aufgewendete Zeit oder der Gesamtbetrag der ihm zugeflossenen Vergütungen zu verstehen? Für welchen Stichtag hat der Betreuer diese Angaben zu machen? Aktuelle Angaben zum Umfang seiner Betreuungen lassen sich wiederum nur mit einem erheblichen Zeitaufwand machen. Der Sinn der Vorschrift ist, dass das Vormundschaftsgericht prüfen kann, ob der Betreuer nicht zu viele Betreuungen führt und deswegen Zweifel bestehen, ob er die

zusätzliche Betreuung ordnungsgemäß führen kann. Dazu wird es genügen, wenn die letzte Erklärung nach § 10 VBVG vorgelegt wird. Eine gesonderte Erklärung wird das Vormundschaftsgericht nur verlangen können, wenn besondere Gründe vorliegen. Wird der Betreuer erstmals im Bezirk des Vormundschaftsgerichts bestellt, soll dieses zur Eignung des Betreuers und zu den Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 (zweite Alternative) die Betreuungsbehörde anhören.

Die neuen Stundensätze enthalten die anfallende gesetzliche Umsatzsteuer und die Auslagen (§ 4 Abs. 2 Satz 1 VBVG). Sie werden demnach nicht mehr gesondert vergütet. Eine Ausnahme gilt nur für die Vergütung von Dienstleistungen des Betreuers im Rahmen seiner sonstigen beruflichen Tätigkeit (§ 4 Abs. 2 Satz 2 VBVG).

Da es künftig bei der Höhe des zu vergütenden Stundensatzes darauf ankommt, ob der Betreute in einem Heim lebt, ist der Heimbegriff in § 6 Abs. 3 VBVG definiert. In Zweifelsfällen kann das Vormundschaftsgericht auch eine Auskunft bei der zuständigen Heimbehörde einholen².

Zweifelhaft ist, was in § 5 Abs. 1 und 2 unter „den ersten drei Monaten der Betreuung“ zu verstehen ist. Nach der Gesetzesbegründung zu der ursprünglich vorgesehenen Vorschrift § 1908m BGB kommt es ausschließlich auf die erste Anordnung einer Betreuung an. Erfolgt lediglich ein Betreuerwechsel, so steht dem Betreuer keine erhöhte Vergütung zu, unabhängig davon, ob vorher ein ehrenamtlicher Betreuer oder ein Berufsbetreuer bestellt war. Nach Auffassung von Deinert in BTPrax 2005 Spezial Seite S15, rechnet die Zeit, in der ein ehrenamtlicher Betreuer bestellt war, jedoch nicht. Diese Auffassung kann jedoch angesichts der klaren Begründung in BR-Drucksache 865/03 S. 79 nicht zutreffen³. Auch eine Aufgabenerweiterung führt nicht dazu, dass dem Betreuer eine höhere Stundenpauschale zusteht, denn die Pauschale ist nicht vom Umfang der Aufgaben abhängig. Auch ein Kontrollbetreuer nach § 1896 Abs. 3 BGB oder ein Gegenbetreuer nach §§ 1908i i.V. 1792 BGB oder ein Betreuer mit einem geringen Aufgabenkreis erhält die volle Pauschale.

Auf alle Fälle erhält in einer Betreuungssache nur ein Berufsbetreuer eine Pauschalvergütung. Durch die neu eingefügte Vorschrift des § 1899 Abs. 1 Satz 3 BGB wird die Möglichkeit zur Bestellung mehrerer Betreuer nach § 1899 Abs. 1 Satz 1 eingeschränkt. Mehrere Betreuer, die eine Vergütung erhalten, dürfen künftig nicht bestellt werden. Dies gilt nicht für den Betreuer zur Vertretung bei einer Sterilisation (§ 1899 Abs. 2), für den Betreuer, der für den Verhinderungsfall bestellt ist (§ 1899 Abs. 4) und für den Gegenbetreuer. In der Gesetzesbegründung dieser Neuregelung (BR-Drucks. 865/03 S. 64) wird nur von Berufsbetreuern gesprochen. Daher dürfte es wohl zulässig sein, neben einem pauschal zu vergütenden Berufsbetreuer einen ehrenamtlichen Betreuer zu bestellen und auch ihm eine Vergütung aus dem Vermögen nach § 1836 Abs. 2 BGB zu bewilligen.

In § 5 Abs. 4 VBVG ist geregelt, wie der zu vergütende Zeitraum zu berechnen ist. Durch Verweisung auf § 187 Abs. 1 BGB wird bestimmt, dass der Tag des Wirksamwerdens der Betreuerbestellung nicht mitgerechnet wird. Sie wird nach § 69 a Abs. 3 FGG mit der Bekanntgabe an den Betreuer wirksam. Die Monatsfrist endet an dem gleichen Kalendertag des folgenden Monats (§ 188 Abs. 2). Endet das Amt des Betreuers vor Ablauf eines vollen Monats, so steht dem Betreuer nur eine zeitanteilige Vergütung nach Tagen zu. Nicht geregelt ist, auf wie viele Tage die monatliche Zeitpauschale aufzuteilen ist. Nach Deinert BtPrax 2005 Extra Seite S16 sei der Monat nach § 191 BGB mit 30 Tagen zu rechnen. Dies ist im Hinblick auf eine Vereinfachung der Berechnung sinnvoll, auch wenn § 191 BGB nicht unmittelbar angewendet werden

kann. Die Gesetzesbegründung zu der Vorschrift ist unklar (vgl. BR-Drucks. 865/03 S. 78). Folgt man der Auffassung von Deinert, ist die dem Betreuer nach § 5 Abs. 1 und 2 VBVG zustehende Stundenpauschale durch 30 zu teilen⁴. Die auf die restlichen Tage entfallende Stundenzahl ist auf volle Zehntel aufzurunden (§ 5 Abs. 4 Satz 2 und 3). Die Vorschrift ist auch anzuwenden, wenn neben dem Betreuer ein Ersatzbetreuer wegen tatsächlicher Verhinderung bestellt wird. Entsprechendes gilt bei einem Wechsel des Betreuten von der eigenen Wohnung in ein Heim oder umgekehrt oder bei nachträglichem Eintritt oder Wegfall der Mittellosigkeit.

Die Vorschriften in § 5 Abs. 6 VBVG enthalten Sonderregelungen für den Fall des Betreuerwechsels von einem Berufsbetreuer zu einem ehrenamtlichen Betreuer. Findet ein solcher Wechsel statt, so erhält der Betreuer für den laufenden Monat und den Folgemonat weiterhin den vollen Zeitaufwand vergütet. Gleiches gilt, falls neben einem ehrenamtlichen Betreuer ein Berufsbetreuer bestellt war und der ehrenamtliche Betreuer das Amt allein weiterführt.

Ausnahmen von der Pauschalvergütung gelten nach § 6 VBVG für Betreuer, deren Aufgabenkreis lediglich die Vertretung bei der Einwilligung in eine Sterilisation umfasst (§ 1988 Abs. 2) oder die für den Fall der rechtlichen Verhinderung des Betreuers nach §§ 181, 1795 i.V. 1908i Abs. 1 Satz 1 oder wegen vorübergehender Geschäftsunfähigkeit des Betreuers bestellt sind oder wenn dem Betreuer wegen eines erheblichen Interessengegensatzes nach § 1796 BGB für einzelne Angelegenheiten die Vertretungsbefugnis entzogen und für diesen Bereich ein besonderer Betreuer bestellt wird. Ein solcher Betreuer wird wie bisher nach dem geltend gemachten Zeitaufwand vergütet. Der Stundensatz entspricht dem Stundensatz des Berufsvormunds nach § 3 VBVG. Zusätzlich erhält er nachgewiesene Auslagen und die Umsatzsteuer. Es besteht jedoch die Möglichkeit der Bewilligung eines höheren Stundensatzes nach § 3 Abs. 3 VBVG. Der Fall der tatsächlichen Verhinderung (z.B. wegen Urlaubs oder Krankheit) fällt nach der ausdrücklichen Regelung nicht unter diese Vorschrift, denn bei einer tatsächlichen Verhinderung ist der pauschale Zeitaufwand nach Tagen zwischen dem Betreuer und dem Vertretungsbetreuer aufzuteilen.

3. Vergütung für den Berufsvormund

Die Vergütung des Berufsvormunds ist in § 3 VBVG geregelt. Es wurden im wesentlichen die Vorschriften des § 1 des BVormVG, die bisher nur für eine nach § 1836 a BGB aus der Staatskasse zu leistende Vergütung galten, in die neue Vorschrift übernommen. Die Stundensätze wurden jedoch von 18 Euro auf 19,50 Euro, bzw. von 23 Euro auf 25 Euro und von 31 Euro auf 33,50 Euro erhöht. Zusätzlich ist die Umsatzsteuer zu vergüten. Auslagen sind wie bisher auf Einzelnachweis zu ersetzen. Die Regelungen gelten nicht nur bei Vergütung aus der Staatskasse sondern auch bei Vergütung aus dem Vermögen. Allerdings kann nach § 3 Abs. 3 VBVG ausnahmsweise ein höherer Stundensatz bewilligt werden, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Geschäfte gerechtfertigt ist und der Mündel nicht mittellos ist.

4. Vergütung für den Vereinsbetreuer

Die Vergütung für Vereinsbetreuer entspricht derjenigen für Berufsbetreuer und ist in § 7 VBVG geregelt. Die Vorschrift in § 1908 e wurde aufgehoben. Da die Vergütung die Umsatzsteuer enthält, gemeinnützige Betreuungsvereine jedoch nur den ermäßigten Steuersatz von 7 % zu entrichten haben, bedeutet dies eine Erhöhung der Vergütungssätze.

5. Vergütung für den Behördenbetreuer

Die Vorschriften des § 1908 h wurden als § 8 in das VBVG ohne sachliche Änderung übernommen. Danach kann eine Vergü-

tung nur bewilligt werden, wenn Umfang und Schwierigkeit der Geschäfte des Betreuers dies rechtfertigen und der Betreute nicht mittellos i.S. von § 1836 d BGB ist. Auslagen sind auf Einzelnachweis unabhängig von Umfang und Schwierigkeit zu erstatten, sofern nicht Mittellosigkeit vorliegt.

6. Entstehung, Erlöschen, Fälligkeit, der Ansprüche

Nach der Rechtsprechung und der h.M. zu § 1836 Abs. 2 Satz 2 BGB ist der Vergütungsanspruch des Berufsbetreuers mit der Erbringung seiner Leistung entstanden (Palandt § 1836 RZ 9, Damrau-Zimmermann § 1836 RZ 41). Es stellt sich nach der Umstellung auf die Pauschalvergütung die Frage, wann der Vergütungsanspruch entsteht, da es nicht mehr auf die Erbringung einer bestimmten Leistung ankommt. Ausreichend ist die Tatsache der Bestellung zum Betreuer während eines bestimmten Zeitraums. Ob der Betreuer in dieser Zeit tatsächlich auch Leistungen erbracht hat, ist für die Frage einer Vergütung unerheblich. Man wird deswegen davon ausgehen müssen, dass der Vergütungsanspruch täglich entsteht. Damit beginnt die jetzt in § 2 VBVG geregelte Frist von 15 Monaten jeweils täglich für die auf diesen Tag entfallende zeitanteilige Pauschalvergütung. Dagegen dürfte es für eine Vergütung nach § 3 und § 6 VBVG bei der Erbringung der Einzelleistung verbleiben. Die Pauschalvergütung nach § 5 VBVG kann nach § 9 VBVG jeweils nach Ablauf von drei Monaten geltend gemacht werden. Sie wird gemäß § 56 g FGG vom Vormundschaftsgericht festgesetzt und wird mit der Wirksamkeit des Festsetzungsbeschlusses, also nach § 16 FGG mit der Bekanntmachung an den Betreuer, fällig.

III. Vergütung für ehrenamtliche Betreuer

An den Vorschriften über die Vergütung ehrenamtlicher Vormünder und Betreuer hat sich trotz Neufassung des § 1836 BGB nichts geändert. Die Bestimmungen sind jetzt in § 1836 Abs. 2 BGB enthalten. Auch die Aufwandspauschale für ehrenamtliche Betreuer nach § 1836a BGB bleibt unverändert.

IV. Vergütung für Pfleger

Für alle Arten von Pflugschaften sind die Vorschriften des Vormundschaftsrechts entsprechend anwendbar (§ 1915 Abs. 1 BGB). Damit gelten auch die Bestimmungen über die Vergütung des Vormunds in den §§ 1835 bis 1836 e BGB einschließlich der Bestimmungen der §§ 1 bis 3 VBVG. Jedoch wird durch den neu eingefügten § 1915 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmt, dass die Bestimmungen in § 3 Abs. 1 – 3 VBVG nicht anzuwenden sind und sich die einem Berufspfleger nach § 1836 Abs. 1 zu bewilligende Vergütung nach den für die Führung der Pflugschaft nutzbaren Fachkenntnissen sowie nach Umfang und Schwierigkeit der Geschäfte richtet, sofern nicht Mittellosigkeit vorliegt und die Vergütung somit aus dem Vermögen des Pflugschäftlings zu zahlen ist. Im Falle der Mittellosigkeit im Sinne von § 1836 c BGB bleibt es jedoch für die aus der Staatskasse zu bewilligende Vergütung bei den Vergütungssätzen nach § 3 VBVG.

V. Vergütung für Verfahrenspfleger

Die Regelungen über die Vergütung des Verfahrenspflegers in § 67 Abs. 3 FGG wurden aufgehoben und durch die neue Bestimmung § 67 a FGG ersetzt. Gleichzeitig wurde in § 67 FGG durch eine Verweisung auf § 1897 Abs. 6 Satz 1 BGB klargestellt, dass ein Berufsverfahrenspfleger nur dann bestellt werden soll, wenn kein geeigneter ehrenamtlicher Verfahrenspfleger zur Verfügung steht. Hinsichtlich der Vergütung wird in den neuen Bestimmungen auf die Regelungen in § 1836 Abs. 1 und 3 BGB (Neufassung) verwiesen. Dies bedeutet, dass dem ehrenamtlichen Verfahrenspfleger keine Vergütung bewilligt werden kann, auch wenn Vermögen vorhanden ist, da keine Verweisung auf § 1836 Abs. 2 BGB er-

folgt ist. Der ehrenamtliche Verfahrenspfleger erhält somit ausschließlich Auslagen nach § 1835 Abs. 1 bis 2 BGB. Ist ein berufsmäßiger Verfahrenspfleger bestellt, so wird er gemäß §§ 1 bis 3 VBVG nach Zeitaufwand vergütet und erhält seine Auslagen nach § 1835 Abs. 1 – 2 BGB. Jedoch sieht § 67 a Abs. 3 BGB vor, dass das Vormundschaftsgericht eine Pauschale als Vergütung und Aufwendersersatz bewilligen kann. Die Pauschale ist nach dem voraussichtlichen Zeitaufwand, dem Stundensatz nach § 3 VBVG und einer Auslagenpauschale von 3 Euro pro Stunde zuzüglich Umsatzsteuer zu bemessen. Nach der ausdrücklichen Regelung in § 67 a Abs. 3 Satz 3 FGG sind darüber hinaus weitere Aufwendersersatz- oder Vergütungsansprüche ausgeschlossen. Der als Verfahrenspfleger bestellte Rechtsanwalt hat daher keinen zusätzlichen Anspruch nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz. Für den Mitarbeiter eines Betreuungsvereins als Verfahrenspfleger gelten die Vorschriften für Berufsbetreuer, jedoch steht die Vergütung dem Verein zu. Für Mitarbeiter einer Betreuungsbehörde als Verfahrenspfleger erhält die Behörde weder Aufwendersersatz noch Vergütung.

VI. Stärkung der Vorsorgevollmacht

Von einem der weiteren Ziele des Gesetzentwurfs, der Stärkung der privaten Vorsorgevollmacht, ist im Gesetz selbst wenig übrig geblieben. In § 1901 a BGB wurde lediglich eingefügt, dass auch der Besitzer einer Vorsorgevollmacht zur Unterrichtung des Vormundschaftsgerichts und zur Vorlage einer Abschrift verpflichtet ist. Weiter wurde durch die Absätze 2 bis 6 des § 6 des Betreuungsbehördengesetzes eingefügt, dass die bei der Betreuungsbehörde zu bestellende Urkundsperson befugt ist, Unterschriften und Handzeichen auf Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen zu beglaubigen. Vorsorgevollmacht ist nicht nur eine Generalvollmacht für sämtliche Angelegenheiten des Vollmachtgebers, sondern auch eine Vollmacht für einzelne Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten. Um ihre Zuständigkeit für die Beglaubigung zu prüfen, hat die Urkundsperson von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen und die Beglaubigung abzulehnen, falls es sich erkennbar um eine Vollmacht handelt, von der nicht erst bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Betreuerbestellung Gebrauch gemacht werden soll. Da die Vorschrift ausdrücklich bestimmt, dass sich die Beglaubigungsbefugnis nur auf „Vorsorgevollmachten“ bezieht, ergibt sich daraus keine allgemeine Befugnis zur Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen auf sonstigen Vollmachten. Unterschriften unter Patientenverfügungen dürfen nur beglaubigt werden, wenn sie Bestandteil von Vorsorgevollmachten sind. Es handelt sich um eine öffentliche Beglaubigung i.S. von § 129 BGB. Sie ist daher ohne Einschränkung im Grundbuchverfahren verwendbar (vgl. BR-Drucks. 865/03 S. 104, obwohl aus dem Text des Artikels 2 des 2. BtÄndG das Gegenteil geschlossen werden könnte). Die Urkundsperson ist nicht zur Beratung über den Text der Vorsorgevollmacht oder zu deren Entwurf berechtigt. Die Betreuungsbehörde hat jedoch auf Wunsch gemäß der Neufassung des Betreuungsbehördengesetzes auch Bevollmächtigte „bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben“ zu beraten und zu unterstützen. Die Beglaubigungsgebühr wurde in Abs. 5 auf 10 Euro ohne Rücksicht auf einen etwaigen Geschäftswert festgesetzt, jedoch wurden durch Abs. 6 die Landesregierungen ermächtigt „die Gebühren für Beratung und Beglaubigung abweichend“ zu regeln. Es erscheint zweifelhaft, ob sich durch die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörden die Anzahl der zur Betreuungsvermeidung geeigneten Vorsorgevollmachten wesentlich erhöhen läßt.

Durch Artikel 2 des 2. BtÄndGes ist § 11 des Melderechtsrahmengesetzes durch eine Bestimmung ergänzt worden, nach

der künftig auch melderechtliche Verpflichtungen durch einen Bevollmächtigten erfüllt werden können, sofern die Vollmacht öffentlich oder durch eine Urkundsperson nach § 6 Abs. 2 des Betreuungsbehördengesetzes beglaubigt ist. Die Formulare der Vorsorgevollmachten sollten deswegen dahingehend ergänzt werden, dass die Vollmacht sich auch auf die Vertretung bei der Erfüllung der Verpflichtungen nach § 11 Abs. 1 bis 3 des Melderechtsrahmengesetzes durch den Bevollmächtigten erstreckt. Durch eine Ergänzung des § 51 ZPO wurde die in der Rechtsprechung umstrittene Frage geklärt, ob trotz einer Vorsorgevollmacht ein gesetzlicher Vertreter zu bestellen ist (so BayObLG, FamRZ 1998, 920). Durch den neuen § 51 Abs. 3 ZPO ist nun klargestellt, dass eine mindestens schriftliche Vorsorgevollmacht die Bestellung eines Betreuers für das Zivilprozessverfahren entbehrlich macht. Dabei wird in dieser Vorschrift auch der Begriff der Vorsorgevollmacht definiert; diese ist danach eine „Bevollmächtigung, die geeignet ist, gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB die Erforderlichkeit einer Betreuung entfallen zu lassen“.

VII. Änderungen im materiellen Vormundschafts- bzw. Betreuungsrecht

Die gesetzlichen Vorschriften des Betreuungsrechts selbst sind nur geringfügig geändert worden.

1. In § 1896 BGB wurde als Abs. 1 a eingefügt, dass gegen den freien Willen eines Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden darf. Damit soll klar gestellt werden, dass einem voll geschäftsfähigen Volljährigen gegen seinen Willen kein Betreuer bestellt werden darf. Dies ergibt sich bereits aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz nach § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB und war bereits bisher herrschenden Meinung (vgl. hierzu bereits Bienwald, *Betreuungsrecht*, § 1896 RZ 186 und Damrau-Zimmermann § 1896 RZ 26).
2. Die nach § 1899 Abs. 4 BGB bestehende Möglichkeit, einen Vertretungsbetreuer für den Fall zu bestellen, dass der Betreuer diesem die Besorgung überträgt, wird aufgehoben. Künftig kann das Vormundschaftsgericht nur noch einen Vertretungsbetreuer bestellen, der im Falle der rechtlichen oder tatsächlichen Verhinderung tätig werden kann.
3. Neu eingefügt wurde in § 1901 Absatz 4 BGB die Vorschrift, dass das Vormundschaftsgericht zu Beginn der Betreuung die Erstellung eines Betreuungsplans durch einen Berufsbetreuer anordnen kann. Durch diesen Betreuungsplan sollen Ziele und Maßnahmen definiert werden, die der Betreuer im Rahmen seiner Aufgaben nach § 1901 Abs. 1 bis 4 BGB erreichen oder einleiten will. Hierbei hätte der Betreuer wohl auch anzugeben, ob er alle Aufgaben selbst erfüllen oder sie teilweise an Dritte übertragen will, die diese berufsmäßig erfüllen (Steuerberater, Rechtsanwalt, Haus- oder Vermögensverwalter)⁵.
4. In § 1908b Abs. 1 wird als Satz 2 eingefügt, dass ein wichtiger Grund für die Entlassung des Betreuers auch dann vorliegt, wenn der Betreuer eine erforderliche Abrechnung vorsätzlich falsch erstellt hat. Nach der Gesetzesbegründung (BR-Drucks. 865/03 S. 68) ist der Zweck der Vorschrift, dem Bezirksrevisor zu ermöglichen, die Entlassung des Betreuers zu beantragen, falls dieser zu Lasten der Staatskasse vorsätzlich falsch abgerechnet hätte. Dem Wortlaut der Vorschrift ist dies nicht zu entnehmen. Es ergibt sich jedoch auch aus der ebenfalls erfolgten Änderung des § 69 g Abs. 1 Satz 2 FGG. Mit der Umstellung auf die Pauschalvergütung werden jedoch die Möglichkeiten für eine falsche Vergütungsabrechnung deutlich eingeschränkt. Die Erstellung einer vorsätzlich falschen Betreuungsabrechnung wäre auch nach dem bisherigen Recht ein Entlassungsgrund i.S. von § 1908 b Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. Palandt, § 1908b RZ 3).

VIII. Änderungen des Verfahrensrechts

Im Wesentlichen beruhen die Änderungen des Verfahrensrechts auf den oben dargestellten Änderungen des materiellen Rechts. Jedoch sind auch einige davon unabhängige Änderungen erfolgt.

1. In § 65 FGG wurde als Abs. 6 eingefügt, dass ein Richter auf Probe im ersten Jahr seiner Ernennung nicht in Betreuungssachen tätig sein darf.
2. Die Vorschrift über die Abgabe des Betreuungsverfahrens in § 65 a FGG wurde dahingehend geändert, dass eine gerichtliche Entscheidung nicht mehr erforderlich ist, falls der Betreuer der Abgabe nicht zustimmt. Deswegen musste § 65 a Abs. 2 FGG dadurch ergänzt werden, dass vor der Abgabe nicht nur der Betreute sondern auch der Betreuer zu hören ist. Eine Entscheidung des Gerichts nach § 46 Abs. 2 FGG ist für den Fall des Widerspruchs des Betreuten nicht mehr vorgesehen. Weiter wird in Satz 2 eingefügt, dass eine Änderung des gewöhnlichen Aufenthalts für den Fall fingiert wird, dass sich der Betreute länger als ein Jahr an einem anderen Ort aufhält. Das abgebende Vormundschaftsgericht braucht also nach Ablauf eines Jahres nicht mehr zu prüfen, ob der neue Aufenthaltsort tatsächlicher Mittelpunkt der Lebensführung des Betreuten ist⁶.
3. In § 68 b FGG wird als Absatz 1 a eingefügt, dass unter den dort genannten Voraussetzungen ein bereits erstelltes Gutachten des medizinischen Dienstes der Pflegeversicherungskasse im Betreuungsverfahren verwendet werden kann. Die Verwendung eines solchen Gutachtens im Betreuungsverfahren setzt die Einwilligung des Betroffenen oder des Verfahrenspflegers voraus.
4. In § 69 Abs. 1 Ziffer 5 wird der Zeitraum, nach dem das Vormundschaftsgericht über die Aufhebung oder Verlängerung zu entscheiden hat von höchstens fünf Jahren auf sieben Jahre verlängert. Die in den bis zum 30.6.2005 ergangenen Beschlüssen zur Betreuerbestellung festgelegten Fristen werden jedoch dadurch nicht verändert, auch falls sie fünf Jahre betragen, da Art. 229 § 14 EGBGB keine entsprechende Vorschrift enthält. Diese Neuregelung wird sicher zu einer gewissen Entlastung der Vormundschaftsgerichte beitragen.
5. Durch Änderung des Rechtspflegergesetzes wird den Ländern die Möglichkeit eröffnet, den Richtervorbehalt in § 14 Abs. 4 RpfVG einzuschränken und damit dem Rechtspfleger weitere Zuständigkeiten bei der Betreuerbestellung zu übertragen.

IX. Inkrafttreten der Neuregelungen

Das 2. BtÄnd-Gesetz ist nach seinem Artikel 12 am 1. Juli 2005 in Kraft getreten; von diesem Zeitpunkt an wurde das Berufsvormündervergütungsgesetz aufgehoben. Durch Artikel 7 des Gesetzes wird in § 229 EGBGB als § 14 eine Überleitungsvorschrift eingefügt. Danach richten sich Vergütungs- und Aufwendersersatzansprüche, die vor dem 1.7.2005 entstanden sind, nach dem bisherigen Recht. Es ist daher zweckmäßig, wenn Vormundschaftsgerichte die Berufsbetreuer auffordern, die vor dem 1.7.2005 entstandenen Ansprüche alsbald geltend zu machen.

¹ Zum Zeitpunkt der Mittellosigkeit: Deinert, *BtPrax* 2006, 180; Sorg, *BWNNotZ* 2005, 84.

² Zum Heimbegriff: Lipp/Orth, *BtPrax* 2006, 37.

³ vgl. hierzu OLG München und OLG Schleswig, *BtPrax* 2006, 73 f. sowie Landgerichtsentscheidungen bei Deinert, *BtPrax* 2006, 76 und Sorg *BWNNotZ* 2005, 85.

⁴ Anders Sorg in seinen Berechnungsbeispielen in *BWNNotZ* 2005, 84.

⁵ Zum Betreuungsplan: Fröschle in *BtPrax* 2006, 43.

⁶ Zu den Voraussetzungen der Abgabe nach dem neuen § 65 a FGG: OLG Schleswig, *BtPrax* 2006, 37.

Rechtsprechung

FGG §§ 65 a, 46 Abs. 2

Gem. § 65 a FGG liegt ein wichtiger Grund für die Abgabe einer Betreuung liegt vor, wenn der gewöhnliche Aufenthalt des Betroffenen sich geändert hat und die Aufgaben des Betreuers im Wesentlichen am neuen Aufenthaltsort zu erfüllen sind. Insgesamt maßgebend sind Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit im konkreten Fall.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 18.05.2004 – 8 AR 18/04

Aus den Gründen:

1.

Nachdem das Abgabesuchen des bisher zuständigen Amtsgerichts – Vormundschaftsgericht W. vom Notariat – Vormundschaftsgericht B S. abgelehnt worden ist und daraufhin das Amtsgericht W. die Sache hierher vorgelegt hat, sind die Voraussetzungen für eine Zuständigkeitsbestimmung durch den Senat nach §§ 65 a, 46 Abs. 2 FGG gegeben.

2.

Der Abgabestreit zwischen beiden Vormundschaftsgerichten war hier dahin zu entscheiden, dass es bei der Zuständigkeit des Amtsgerichts W. bis auf weiteres verbleibt und das Notariat B S. zur Übernahme des Verfahrens derzeit nicht verpflichtet ist.

a)

Der Betreute, der seinen ständigen Aufenthalt seit August 1999 im Psychiatrischen Zentrum W. hatte, ist am 23.12.2003 in das Psychiatrische Zentrum B S. soweit ersichtlich, auf Dauer – verlegt worden. Nach § 65 a Abs. 1 Satz 2 FGG stellt ein solcher Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Betroffenen eine Tatsache dar, die für die Annahme eines wichtigen Grundes für die Verfahrensabgabe von zentraler Bedeutung ist.

Allerdings ist ein derartiger Aufenthaltswechsel nicht zwingend ein die Verfahrensabgabe rechtfertigender Grund, selbst dann nicht, wenn weder der Betroffene noch der Betreuer der beabsichtigten Abgabe widersprochen haben. Weitere Voraussetzung für eine solche Abgabe ist, dass die Aufgaben des Betreuers im Wesentlichen am neuem Aufenthaltsort zu erfüllen sind. Insgesamt maßgebend sind Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit im konkreten Fall (ständige Senatsrechtsprechung und allgemeine Meinung; vgl. Keidel/Kuntze/Kayser, FG, 15. Aufl., § 65 a Rn. 9).

b)

Im vorliegenden Fall steht eine Abgabe zum jetzigen Zeitpunkt nicht mit den Erfordernissen der Zweckmäßigkeit im Einklang. Die angeordnete Betreuerbestellung beschränkt sich auf die „Vermögenssorge einschließlich der Regelung von Erbschaftsangelegenheiten“ und ist spätestens bis zum 12.02.2006 zu überprüfen. Tatsächlich hat der Betreuer nur die Aufgabe, die Erbschaftsansprüche des Betreuten nach dem Tode seines Vaters im November 1999 im Verhältnis zu seinen zahlreichen Geschwistern und im Hinblick auf Regressforderungen des Landratsamts zu regeln.

Bei diesem tatsächlich sehr beschränkten Aufgabenbereich ist es zweckmäßig, wenn der bisherige Betreuer an seinem

bisherigen Tätigkeitsort die Aufgabe zu Ende führt. Ein häufiger persönlicher Kontakt des Betreuers mit dem Betreuten ist beim hier gegebenen Aufgabenkreis nicht erforderlich. Ein Betreuerwechsel, wie er im Regelfall als Folge einer Abgabe an ein anderes, örtlich weiter entferntes Vormundschaftsgericht zweckmäßig ist, wäre dagegen im vorliegenden Fall in hohem Maße unzweckmäßig, weil der derzeitige Betreuer die Regelung der Angelegenheit weit gefördert hat. Vielmehr liegt es nach den Berichten des Betreuers nahe, dass die Erbschaftsangelegenheit noch innerhalb des vorgesehenen Zeitraums bis Februar 2006 endgültig abgewickelt werden kann, so dass auch eine Verlängerung der Betreuerbestellung aus heutiger Sicht entbehrlich erscheint.

Deshalb entspricht es den Anforderungen der Zweckmäßigkeit besser, wenn das Amtsgericht W. trotz des Aufenthaltswechsels des Betreuten das vorliegende Betreuungsverfahren im Zusammenhang mit dem dort ansässigen Betreuer zu Ende führt.

Mitgeteilt von Notar Peter Zweifel, Bad Schussenried

Anmerkung zur Entscheidung des OLG Stuttgart vom 18.5.2004 (8 AR 18/04)

Auch bei Abgaben von Betreuungen gilt der Grundsatz der „perpetuation fori“, d. h.: die einmal begründete Zuständigkeit dauert grundsätzlich fort, auch wenn sich die maßgeblichen tatsächlichen Umstände oder das Verfahrensrecht ändern, vergl. BHGZ 71, 69, 71.

Ein wichtiger Grund für die Abgabe einer Betreuung liegt vor, wenn der gewöhnliche Aufenthalt des Betroffenen sich geändert hat und die Aufgaben des Betreuers im Wesentlichen am neuen Aufenthaltsort zu erfüllen sind (§ 65 a FGG).

Zum Aufenthalt:

An die Feststellung des „gewöhnlichen Aufenthalts“ sind hohe Anforderungen zu stellen (u.a. BGH v. 5.2.1975 Az. IV ZR 103/73). Zu fordern ist ein Aufenthalt von einer Dauer, der zum Unterschied von dem einfachen oder schlichten Aufenthalt nicht nur gering sein darf. Vielmehr ist das Vorhandensein weiterer Beziehungen zu dem Aufenthaltsort zu verlangen, speziell in familiärer oder beruflicher Hinsicht. Durch zeitweilige Abwesenheit, auch von längerer Dauer, wird der gewöhnliche Aufenthalt normalerweise nicht aufgehoben, sofern die Absicht besteht, an den früheren Aufenthaltsort zurückzukehren.

Der gewöhnliche Aufenthalt setzt also eine gewisse Dauer voraus und beinhaltet vor allem soziale Beziehungen (soziale Integration), insbesondere in familiärer Hinsicht.

Bei einem unfreiwilligen Aufenthalt (z.B. Haft oder Unterbringung) wird die soziale Integration entweder ebenfalls fehlen und deshalb kein neuer gewöhnlicher Aufenthalt entstehen oder sie wird längere Zeit in Anspruch nehmen, so dass es beim bisherigen gewöhnlichen Aufenthalt verbleibt und einer neuer gewöhnlicher Aufenthalt erst nach längerer Dauer eines solchen Aufenthalts entsteht. (u.a. Spellenberg IPRax 1988 1/4).

Gleiches gilt bei langer stationärer Behandlung chronisch Kranker, etwa in einem Zentrum für Psychiatrie (u. a. OLG Stuttgart bzw. Bühler in BWNNotZ 92, S. 79).

Es ist allgemein anerkannt, dass eine nur vorübergehende Abwesenheit vom Ort des gewöhnlichen Aufenthalts dort den gewöhnlichen Aufenthalt nicht beseitigt.

Durch einen von vornherein nur als vorübergehend, wenn auch für längere Zeit (hier: Aufenthalt in einer Rehabilitationsklinik für bis zu zwei Jahre) angelegten Aufenthalt wird regelmäßig kein gewöhnlicher Aufenthalt begründet (BayObLG vom 23.7.1992, Rpfleger 1993 S. 63, s. auch OLG Stuttgart vom 26.11.1996 DI 97, 341 bzw. BWNotZ 97 S. 149).

Von einer Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts wird man hier im allgemeinen erst ausgehen können, wenn die sozialen Bindungen an den zuvor freiwillig als Existenzmittelpunkt gewählten Ort weggefallen sind, weil eine Rückkehr dorthin nicht mehr gewollt oder nicht mehr möglich ist (OLG Stuttgart aaO.).

Zu fragen ist vor allem:

- hat der betroffene Patient den derzeitigen Aufenthaltsort bereits als gewöhnlichen Aufenthaltsort;
- wurde die Bindung an den bisherigen (gewöhnlichen) Aufenthaltsort aufgegeben (z. B. Wohnungskündigung usw.).

Zur Aufgabenerledigung (am neuen Ort):

Ein wichtiger Grund für die Abgabe der Betreuung besteht darin, dass der Betreuer im Bezirk des neuen Gerichtes tätig ist bzw. dort seine Aufgaben zu erfüllen sind und der Führung der Betreuung dem persönlichen Kontakt des Betreuers zu dem Vormundschaftsgericht eine besondere Bedeutung zukommt bzw. dass sich der Betreuer mit dem Vormundschaftsgericht in Verbindung setzen kann, wobei der Gesichtspunkt von Bürgernähe der Verwaltung eine ausschlaggebende Rolle spielt (bereits BayObLG R 1981, 63 und LG Stuttgart, BWNotZ 1979, 124).

Ein wichtiger Grund für die Abgabe ist gegeben, wenn durch sie ein Zustand geschaffen wird, der eine leichtere und zweckmäßigere Führung der Betreuung ermöglicht. Maßgebend ist das Wohl des Betreuten. Daneben kann auch das Interesse des Betreuers an leichterem Verkehr mit dem Vormundschaftsgericht berücksichtigt werden, nicht dagegen das Interesse eines der beteiligten Gerichte. Für den Betreuer bedeutet es in der Regel eine wesentliche Erleichterung seiner Aufgaben, wenn er das Vormundschaftsgericht, dessen Aufsicht er untersteht und das ihn zu beraten hat, leicht erreichen kann.

Es ist auch zu prüfen, ob für das abgebende Vormundschaftsgericht in Zukunft häufige persönliche Anhörungen des Betroffenen notwendig werden. Erschöpfte sich die Tätigkeit dieses abgebenden Gerichts bisher in schriftlichem Kontakt mit dem Betreuer so ist eine Abgabe zweifelhaft. Entscheidungen, die künftig im Betreuungsbereich zu treffen sind und bei denen eine Anhörung des Betroffenen notwendig ist, können auch durch ein Rechtshilfeersuchen erledigt werden. Auch die Notwendigkeit einer weiteren Reise zur Anhörung des Betroffenen ist regelmäßig noch kein wichtiger Grund für die Abgabe (OLG Stuttgart bereits im Beschluss vom 10.4.1980 zur erstmaligen Unterbringung (Az. 8 AR 7/80)).

Festzustellen ist also, dass der Aufenthaltswechsel des Betreuten für sich allein in der Regel kein wichtiger Grund für die Abgabe einer Betreuungssache darstellt.

Zu beachten ist weiter, dass dem abgebenden Gericht die Aufklärungspflicht über die Abgabegründe obliegt und nicht dem zur Übernahme angegangenen Gericht. Die pauschale Zitierung des § 65 a FGG rechtfertigt eine Abgabe nicht.

Das abgebende Gericht hat in der Abgabeverfügung die gesetzlichen Voraussetzungen für die Abgabe darzulegen. Damit soll das übernehmende Gericht in die Lage versetzt werden, die erforderlichen Grundlagen für die Prüfung der Übernahmebestätigung vorzunehmen.

Es sollte nicht Sache des Übernahmegerichts sein, diese erforderlichen Überlegungen / Nachforschungen selbst vorzunehmen (U. a. OLG Celle vom 7.10.1992, FamRZ 1993 S. 221).

Insbesondere hat die tatsächliche Änderung des gewöhnlichen Aufenthalts das abgebende Gericht so vollständig aufzuklären, dass das zur Entscheidung eines Abgabestreits berufene Obergericht die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, abschließend entscheiden kann (OLG Karlsruhe vom 17.3.1995, Rpfleger 1995 S. 458).

Notar Peter Zweifel, Bad Schussenried

LFGG § 41 Abs. 3, ZPO § 42, FGG § 6 Abs. 2, BeurkG § 17

Belehrt ein Amtsnotar Beteiligte im Rahmen seiner Beurkundungstätigkeit nach § 17 BeurkG, führt dies nicht zu einer Befangenheit für seine Tätigkeit als Nachlassrichter.

LG Stuttgart Beschl. vom 10.12.2003 – 1 AR 33/03

Aus den Gründen:

I.

Mit Ihrem Ablehnungsgesuch macht die Verfahrensbeteiligte geltend, der Nachlassrichter sei u. a. deshalb befangen, weil er die Witwe und Testamentsvollstreckerin sowohl in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin als auch als Miterbin und als in Betracht kommende Testiererin für ein neues Testament beraten habe. In dem von ihr in Gang gesetzten Verfahren auf Entlassung der Testamentsvollstreckerin könne er aus diesen Gründen nicht mehr unvoreingenommen entscheiden.

In seiner dienstlichen Äußerung hat der Nachlassrichter dargelegt, dass er im Rahmen der Erbvertragsöffnung und der Annahme des Testamentsvollstreckeramtes die üblichen Hinweise gegeben habe. Es bestehe keine enge persönliche Vertrauensbeziehung zu ihr. Bei einem oder zwei weiteren Telefongesprächen sei es um die Errichtung eines neuen Testaments gegangen.

II.

Das Befangenheitsgesuch ist unbegründet. Es sind keine Gründe ersichtlich, dass der Nachlassrichter in der Nachlasssache nicht unvoreingenommen entscheiden würde.

Gemäß § 41 III des Baden-Württembergischen LFGG (Ba-Wü LFGG) ist es Aufgabe des NachlG und damit des amtierenden Notars als Nachlassrichter, Erben und andere Nachlassbeteiligte über die erbrechtlichen Rechtswirkungen in angemessenem Umfang zu belehren. Im Rahmen seiner Beurkundungstätigkeit trifft den Notar eine Belehrungspflicht gemäß § 17 BeurkG.

In seiner Eigenschaft als öffentlicher Notar wäre er für die Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses zuständig (§§ 20 BNotO, 3 Ba-Wü LFGG). Weiterhin wäre er als öffentlicher Notar auch zur Beurkundung eines Testaments verpflichtet

(§§ 15, 20 BNotO, 3 Ba-Wü LFGG). Diese verschiedenen Zuständigkeiten des Amtsnotars in Personalunion sind eine Besonderheit der baden-württembergischen Notariatsverfassung, ohne dass daraus per se eine Befangenheit des als Nachlassrichter tätigen Notars hergeleitet werden könnte. Aus jeder der genannten Tätigkeiten entspringt eine Belehrungspflicht.

Die jeweiligen Aufgaben des Amtsnotars, (FG-Richter/Urkundsnotar) in unterschiedlichen Verfahrensgegenständen (Erbvertragsöffnung mit der Erteilung von Belehrungen, Beurkundung der Erklärung über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes, Beurkundung eines Nachlassverzeichnisses, Beurkundung eines Testaments mit jeweiliger Belehrungspflicht) sind nicht vergleichbar mit der Vorbefassung ein und desselben Richters in derselben Sache in verschiedenen Instanzen. Im vorliegenden Fall geht es um Tätigkeiten in unterschiedlichen Verfahren, die auch beim Prozessrichter nicht per se zur Befangenheit in den Parallelverfahren führen würden.

Der Verfahrensbevollmächtigte zweifelt die vom Notar in dessen dienstlichen Äußerung gemachten Aussagen an. Sein diesbezügliches Vorbringen bewegt sich im Bereich von Vermutungen und Spekulationen, die keine Grundlage für eine Befangenheit darstellen. Vielmehr wären Befangenheitsgründe gemäß §§ 44 II ZPO glaubhaft zu machen. Den danach geforderten formalen Anforderungen entspricht das Befangenheitsgesuch nicht.

Mitgeteilt von Notar Dr. Rastätter, Karlsruhe

BGB § 1018, GBO § 53 Abs. 1 Satz 2

Eine Grunddienstbarkeit, nach der der jeweilige Eigentümer des dienenden Grundstücks entschädigungslos alle Einwirkungen aus dem Betrieb der auf dem herrschenden Grundstück errichteten und betriebenen baulichen und sonstigen, insbesondere immissionsrechtlich genehmigungspflichtigen Anlagen duldet, auch wenn sich diese Einwirkungen künftig ihrem Umfang nach oder durch eine Änderung des Betriebs und der hierbei angewandten Verfahren ändern, kann zulässiger Inhalt einer Eintragung im Grundbuch sein. Ein umfassender Verzicht auf die Ausübung von Rechten wahrt den Bestimmtheitsgrundsatz.

BayObLG, Beschl. v. 15.4.2004 – 2Z BR 221/03

Aus den Gründen:

I.

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer eines Grundstücks. In der zweiten Abteilung ist für den jeweiligen Eigentümer von Grundstücken, die der Beteiligten zu 2 gehören, die darauf ein Chemiewerk unterhält, eine Grunddienstbarkeit eingetragen. In den notariellen Bewilligungsurkunden vom 2.3. und 17.5.2001, die durch Bezugnahme zum Inhalt des Grundbuchs wurden, wird der Inhalt des Rechts wie folgt beschrieben:

Der jeweilige Eigentümer des dienenden Grundstücks duldet entschädigungslos alle Einwirkungen aus dem Betrieb der auf den herrschenden Grundstücken errichteten und betriebenen baulichen und sonstigen, insbesondere immissionsrechtlich genehmigungs-

pflichtigen Anlagen, insbesondere durch Lärm, Staub, Erschütterungen, auch wenn sich diese Einwirkungen künftig ihrem Umfang nach oder durch eine Änderung des Betriebs und der hierbei angewandten Verfahren ändern, umfassend auch den Verzicht auf Ersatzansprüche wegen der durch die Grunddienstbarkeit auferlegten Duldung.

Der Beteiligte zu 1 hat verlangt, die eingetragene Grunddienstbarkeit wegen nicht hinreichender Bestimmtheit von Amts wegen zu löschen. Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat dem nicht entsprochen. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das Landgericht das Grundbuchamt angewiesen, die Grunddienstbarkeit im Grundbuch zu löschen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2.

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist erfolgreich; es führt zur Aufhebung des Beschlusses des Landgerichts, weil sich die Eintragung des Rechts nach ihrem Inhalt nicht als unzulässig erweist und die Voraussetzungen einer Löschung von Amts wegen nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO somit nicht vorliegen.

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a)

Inhaltlich unzulässige Eintragungen im Grundbuch sind unwirksam. Sie bringen weder das Recht zum Entstehen, noch wahren sie den Rang, noch genießen sie Öffentlichen Glauben (Demharter GBO 24. Aufl. § 53 Rn. 52 m.w.N.). Eine inhaltlich unzulässige Eintragung liegt auch dann vor, wenn der Inhalt des eingetragenen Rechts nicht ausreichend bestimmt ist (Demharter § 53 Rn. 49). Steht die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung fest, ist die Löschung von Amts wegen gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO vorzunehmen. Ein entsprechender Antrag eines Beteiligten hat nur die Bedeutung einer Anregung.

Grundsätzlich kann eine so genannte Immissionsduldungsverpflichtung, auch verbunden mit einem Schadensverzicht wegen Industrieimmissionen (siehe Schöner/Stöber Grundbuchrecht 12. Aufl. Rn. 1136), zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit und somit einer Grundbucheintragung sein, wenn die vertraglichen Bindungen über die sich aus dem Gesetz nicht ohnehin ergebenden Verpflichtungen und Beschränkungen hinausgehen (OLG Köln Rpfleger 1982, 463; Schöner/Stöber Rn. 11 37). Es handelt sich dann um eine Grunddienstbarkeit des Inhalts, „dass die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt“ (§ 1018 BGB Fall 3). Damit sind nämlich in erster Linie Rechte und Ansprüche gemeint, die sich aus dem Nachbarrecht ergeben (BayObLG MittBayNot 1990, 107 m.w.N.).

Gegenstand und Inhalt der Grunddienstbarkeit sind aus der Eintragung im Grundbuch zu entnehmen, die nach § 874 BGB zulässigerweise auf die Bewilligungsurkunde Bezug nimmt. Dabei hat das Rechtsbeschwerdegericht den Inhalt des Grundbuchs selbständig und ohne Bindung an die Auffassung des Tatrichters auszulegen. Abzustellen ist grundsätzlich auf den Wortlaut und den Sinn der Bewilligung, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb des Grundbuchs dürfen zur Ermittlung von Inhalt und Umfang eines Grundstücksrechts nur herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für

jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. Rspr.; vgl. BGHZ 113, 374/378; BGH NJW-RR 2003, 1235).

b)

Die gegenständliche Grunddienstbarkeit umfasst neben Duldungsansprüchen im gleichen Ausmaß auch den Verzicht auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, die zum Inhalt des Eigentums gehören (vgl. BayObLG Rpfleger 1990, 54). Dagegen bestehen keine Bedenken (Demharter Anh. zu § 44 Rn. 19).

c)

Der aus dem Zweck des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse an unbeweglichen Sachen zu schaffen und zu erhalten (BayObLGZ 1990, 191), abgeleitete Bestimmtheitsgrundsatz (Demharter Anh. zu § 13 Rn. 5) ist durch die vorgenommene Eintragung nicht verletzt. Er verlangt, dass der Anspruch nach Inhalt oder Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar ist (vgl. BGH NJW 2002, 2461; Demharter Anh. zu § 44 Rn. 87; Anh. zu § 13 Rn. 5). Hierfür ist jedoch ausreichend, dass der Umfang des Rechts aufgrund objektiver Umstände bestimmbar ist, die auch außerhalb des Grundbuchs liegen können, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind (BGHZ 130, 342/345 ff.; OLG Düsseldorf RNotZ 2004, 94 jeweils für Reallast; BGH NJW 2002, 2461 f. für durch Vormerkung zu sicherndes bedingtes Recht). Die Bestimmbarkeit des Rechtsinhalts wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass darüber möglicherweise erst ein Rechtsstreit geführt werden muss (BayObLGZ 1997, 246 f.; BayObLG NJW-RR 1990, 1169 f.). Sofern die höchstmögliche Belastung für einen Dritten erkennbar ist, läßt es die Rechtsprechung im Allgemeinen genügen, dass der Umfang eines Rechts durch einen objektiv bestimmbareren Bedeutungsinhalt umrissen wird (BayObLGZ 1999, 198/200; 2000, 60/63). Unsicherheiten im Einzelfall stehen dem Bestimmtheitsanforderung nicht entgegen. Die Frage der Bestimmtheit stellt sich erst, nachdem der Inhalt des dinglichen Rechts durch Auslegung ermittelt ist. Erst wenn die Auslegung ergibt, dass der Inhalt der Grunddienstbarkeit mehrdeutig oder nicht vollständig geregelt ist, liegt eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes vor (Falckenberg in MünchKomm 3. Aufl. § 1018 Rn. 11).

d)

Die Grunddienstbarkeit erweist sich ihrem Inhalt nach als ausreichend bestimmt.

(1) Zu dulden sind Einwirkungen aus Anlagen. Anlagen sind nach dem Sprachgebrauch des Sachenrechts von Menschen geschaffene, der Grundstücksnutzung dienende Einrichtungen von gewisser Selbständigkeit und Dauer (BGH NJW 2002, 678). Die Klausel erwähnt zwar beispielhaft auch immissionsrechtlich genehmigungspflichtige Anlagen (siehe §§ 4 ff. BImSchG); damit wird aber kein umfassender Anlagenbegriff (vgl. etwa § 3 Abs. 5 Nr. 3 BImSchG) eingeführt; angeknüpft wird vielmehr an die vorhandene Fabrikationsanlage. Erfasst werden errichtete und bereits betriebene Anlagen, also solche, die ein Produkt menschlicher Tätigkeit sind.

(2) Unter dem im zivilen Nachbarrecht gebräuchlichen Begriff der Einwirkungen (vgl. § 906 BGB) fallen ohne Beschränkung auf unwägbarere Stoffe alle grenzüberschreitenden Immissionen, die in ihrer Ausbreitung weitgehend unkontrollierbar und unbeherrschbar sind (BGHZ 117, 110) und denen gesundheits- oder sachschädigende Wirkung zukommen kann (Palandt/Bassenge BGB 63. Aufl. § 906 Rn. 5; siehe auch § 3

Abs. 2 BImSchG). Durch die Rechtsprechung ist geklärt, dass dazu nicht Grobimmissionen (BGHZ 11 1, 158), negative Einwirkungen (Palandt/Bassenge § 903 Rn. 9 und § 906 Rn. 4) und immaterielle Einwirkungen (Palandt/Bassenge § 903 Rn. 10 und § 906 Rn. 4) zählen. Die Beschränkung des Ausschlusses auf Einwirkungen im Sinn von § 906 BGB ist nicht nur der Begriffswahl, sondern vor allem den aufgeführten Regelbeispielen („durch Lärm, Staub, Erschütterungen“) und dem Umstand zu entnehmen, dass er sich auf den Betrieb einer Anlage bezieht.

(3) Der im Sprachgebrauch in mehrfachem Sinn verwandte Begriff „Betrieb“ lässt sich nach seiner nächstliegenden Bedeutung, wie er in der Klausel zum Ausdruck kommt, als „Betriebsweise“ verstehen (siehe Kutscheid in Landmann/Rohmer BImSchG § 3 Rn. 28 j), nämlich die Art und Weise der Produktion.

(4) Zudem enthält die Klausel eine vertragliche Regelung für zukünftige Änderungen in der Nutzung der herrschenden Grundstücke. Davon erfasst sind Einwirkungen, die von den gegenwärtigen in quantitativer wie in qualitativer Hinsicht abweichen. Ohne die Regelung lägen Inhalt und Umfang bei einer zeitlich unbegrenzten Dienstbarkeit zwar ebenfalls nicht in jeder Beziehung von vornherein fest, sondern wären Veränderungen unterworfen, die sich aus der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung ergeben (BGH NJW-RR 2003, 1235 und 1237). Den Beteiligten ist es jedoch unbenommen, im Rahmen der Zwecksetzung zum Inhalt der Dienstbarkeit auch Duldungspflichten für Einwirkungen zu bestimmen, die aus einer über den Rahmen vorhersehbarer wirtschaftlicher Entwicklung hinaus gehenden Grundstücksnutzung oder auch aus einer willkürlichen Betriebsänderung hervorgehen (siehe Ricken WM 2001, 979/984; Soergel/Stürner BGB 13. Aufl. § 1018 Rn. 37). Ohne eine derartige Vereinbarung müsste sich der Eigentümer des herrschenden Grundstücks nämlich in den Grenzen einer der Art nach gleich bleibenden, nur im Rahmen vorhersehbarer wirtschaftlicher Entwicklung gesteigerten Benutzung des Grundstücks halten und dürfte insbesondere keine willkürliche Benutzungsänderung oder -erweiterung vornehmen (BGH NJW-RR 2003, 1235 und 1237).

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Erweiterung der Duldungsverpflichtung bestehen auch unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit keine Bedenken. Die Duldungspflicht erfasst alle Einwirkungen im Sinn von § 906 BGB, die von jedem beliebigen, im Rahmen der Rechtsordnung erlaubten oder erlaubnisfähigen Betrieb von Anlagen auf dem herrschenden Grundstück ausgehen. Ein Totalausschluss wahrt gerade die Bestimmtheit (Soergel/Stürner § 1018 Rn. 37). Daneben bleibt es den Beteiligten unbenommen, außerhalb des Grundbuchs schuldrechtlich Ausnahmen von der dinglich umfassenden Duldungspflicht, etwa für vom Regelbetrieb abweichende Störfälle, zu vereinbaren (BayObLG Rpfleger 1983, 391).

e)

Der Senat kann über das Rechtsmittel selbst entscheiden. Eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nach § 28 Abs. 2 FGG im Hinblick auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 27.6.1986 (15 W 10/86 = DNotZ 1986, 626) kommt nicht in Betracht.

Im Gegensatz zur erwähnten Entscheidung sieht sich der Senat durch eine Auslegung gemäß § 133 BGB in der Lage, den Inhalt des dinglichen Rechts zu ermitteln. Zudem ist durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mittlerweile geklärt, dass die Verwendung unbestimmter, aber der

Gesetzessprache entnommener Rechtsbegriffe in notariellen Urkunden, etwa zur Beschreibung von Anspruchsvoraussetzungen, im Allgemeinen dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen (BGHZ 130, 345; BGH NJW 2002, 2461). Insbesondere die letztgenannte Entscheidung, die auf Vorlage des Senats wegen Abweichung von der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Hamm (FGPrax 2000, 176) ergangen ist, stellt klar, dass die Bestimmbarkeit des Rechts nicht in Frage steht, sofern dessen Inhalt und Grenzen sich im konkreten Streitfall erst durch eine richterliche Entscheidung feststellen lassen.

Mitgeteilt von Johann Demharter,
Richter am Bayer. Obersten Landesgericht a.D.

§ 880 BGB

Die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks zusätzlich zu einem bereits eingetragenen oder zugleich bewilligten und beantragten Rangvermerks ist unzulässig, weil sie entbehrlich ist und lediglich zu einer Überfrachtung des Grundbuchs führen würde.

Landgericht Darmstadt, Beschl. vom 06.04.2004 – 26 T 216/03

Aus den Gründen:

I.

Mit notarieller Urkunde verkaufte der Beteiligte zu 1) sein Grundeigentum an den Beteiligten zu 2). Unter Nr. 8 der Urkunde bestellten und bewilligten die Beteiligten eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Beteiligten zu 2). In der „Anlage Grundschuld“ zu dieser Urkunde bestellten die Beteiligten eine Buch-Grundschuld über 155.000 Euro. Unter B. 3. des „Anlage Grundschuld“ heißt es:

„Es wird bewilligt, die hiermit bestellte Grundschuld nebst allen bewilligten Zinsen und Nebenleistungen mit Rang vor der für den Käufer im Kaufvertrag bewilligten Vormerkung und je einen Wirksamkeitsvermerk bei Vormerkung und Grundschuld einzutragen. Eintragung der Wirksamkeitsvermerke soll der Notar beantragen.“

Mit Schreiben vom 5.12.2003 stellte der Verfahrensbevollmächtigte den „Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung für den Käufer und aller Bewilligungen gemäß Anlage Grundschuld, insbesondere einschließlich der Wirksamkeitsvermerke bei Vormerkung und Grundschuld.“

Am 8.12.2003 hat das Grundbuchamt antragsgemäß die Auflassungsvormerkung in Abteilung II lfd. Nr. 5 mit „Rang nach Abt. III Nr. 6“ und die Grundschuld in Abteilung III lfd. Nr. 6 mit „Rang vor Abt. II Nr. 5“ eingetragen. Mit Beschluss vom selben Tag hat das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks zurückgewiesen, da hierfür kein Bedürfnis bestehe.

Hiergegen richtet sich das Rechtsmittel, das der Verfahrensbevollmächtigte mit Schriftsatz vom 13.12.2003 eingelegt hat.

II.

Die Beschwerde ist unbegründet. Das Grundbuchamt hat die von den Beteiligten begehrte Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks zu Recht abgelehnt.

Die Vorrangigkeit der Grundschuld vor der Auflassungsvormerkung ist durch die bewilligten und eingetragenen Rangvermerke hinreichend klargestellt. Die Rangfähigkeit der Auflassungsvormerkung wird auch von der zum Wirksamkeitsvermerk ergangenen Entscheidung des BGH vom 25.3.1999 (RPflegler 1999, 383) bestätigt. Anhaltspunkte für Zweifel an der Wirksamkeit der Grundschuld gegenüber der Auflassungsvormerkung, die nicht durch die eingetragenen Rangverhältnisse beseitigt sein könnten, sind in keiner Weise ersichtlich. Vor diesem Hintergrund ist die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks zusätzlich zu einem bereits eingetragenen oder zugleich bewilligten und beantragten Rangvermerk entbehrlich und würde lediglich zu einer Überfrachtung des Grundbuchs führen (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 1523 a).

Soweit die Kammer in der vom Verfahrensbevollmächtigten zitierten Entscheidung vom 30.10.2002 – Geschäftsnummer 26 T 171/2002 – (Rpflerger 2003, 123) die gegenteilige Auffassung vertreten hat, wird diese nicht mehr beibehalten.

Mitgeteilt von Notar Uwe Friedrich, Babenhausen

§§ 1 Abs. 3, 3 Abs. 1, Abs. 2 WEG

Es bleibt bei der in der bisherigen Rechtsprechung herrschenden Auffassung, dass am Einzelstellplatz einer durch eine mechanische Hebevorrichtung verbundene Doppelstockgarage (sog. Duplexgarage) in Ermangelung der erforderlichen Raumeigenschaft kein Sondereigentum begründet werden kann.

Thür. OLG, Beschluss v. 20.12.2004 – 9 W 654/03

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Hinsichtlich der Darstellung des Sachverhalts wird auf den angefochtenen Beschluss des Landgerichts Erfurt Bezug genommen.

1.

Das Landgericht hat die auf die Unterteilung des Sondereigentums an einer durch eine mechanische Hebevorrichtung verbundenen Doppelstockparkebene (sog. Duplexgarage) in zwei Sondereigentumseinheiten (untere und obere Parkebene) abzielende Erstbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen, weil am einzelnen Stellplatz kein Sondereigentum begründet werden könne. Dabei ist das Landgericht der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, insbesondere der des Bayerischen Obersten Landesgerichts (vgl. BayObIG NJW-RR 1995, 783 mit Nachw.) gefolgt. Hinsichtlich der Gründe wird auf den angefochtenen Beschluss Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich die weitere Beschwerde, die unter Berufung auf entsprechende Stimmen im Schrifttum (vgl. Hügel NotBZ 2000, 350, 354, 355 mit Nachw.) die entgegengesetzte Auffassung vertritt.

2.

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet.

Die Entscheidung des Landgerichts lässt keinen Rechtsfehler i.S.d. §§ 78 S. 2 GBO, 546, 547 ZPO erkennen.

Auch nach eingehender Abwägung aller für eine Anerkennung der Sonderrechtsfähigkeit des Einzelstellplatzes einer Doppelstockgarage vorgebrachten Argumente tritt der Senat in der bisherigen Judikatur – jedenfalls soweit die Entscheidung tragend – einhellig ablehnenden Auffassung bei. Eine Sonderrechtsfähigkeit scheidet aus Rechtsgründen aus. Die vom Antragsteller dargelegten Argumente vermögen eine abweichende Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Eine Zuerkennung der Sonderrechtsfähigkeit scheitert jedenfalls daran, dass dem einzelnen Stellplatz einer Doppelstockgarage die in § 1 Abs. 3 WEG zur Begründung von Teileigentum vorausgesetzte Raumeigenschaft fehlt.

a)

Soweit die Beschwerdebegründung aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 S. 2 WEG („abgeschlossene Räume“) den Schluss ziehen will, dass der Gesetzgeber mit der Verwendung des Begriffs „Räume“ nicht nur das Merkmal der Abgeschlossenheit, sondern zugleich die Raumeigenschaft des Garagenstellplatzes habe fingieren wollen, so ist diese Auslegung nicht zwingend. Gegen sie spricht insbesondere die systematische Stellung der Bestimmung. Während in § 3 Abs. 1 WEG die Raumeigenschaft zur – unverzichtbaren – Voraussetzung der vertraglichen Einräumung von Sondereigentum erklärt wird, regelt Abs. 2 S. 1 WEG das Abgeschlossenheitskriterium in Form einer Sollvorschrift. Da die für Garagenstellplätze geltende Fiktion gerade in diesem zweiten Absatz verankert ist, ist davon auszugehen, dass die Reichweite der Fiktionswirkung lediglich das in Satz 1 angesprochene Merkmal umfasst. Andernfalls hätte es aus gesetzessystematischer Sicht näher gelegen, in einem eigenen Absatz die beiden vorausgegangenen Absätze zu verklammern und eine generelle Ausnahmeregelung für Stellplätze sowohl hinsichtlich der Abgeschlossenheit als auch der Raumeigenschaft zu treffen.

b)

Wenn die Beschwerdebegründung die scheinbar nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Doppelstockgaragen und ebenerdigen Tiefgaragenstellplätzen beanstandet, so übersieht sie, dass diese Differenzierung auf sachliche Gründe zurückzuführen ist.

Anders als beim einzelnen Parkplatz einer mechanischen Hebebühne, der den Luftraum über der Grundfläche mit dem darunter oder darüber liegenden Parkplatz teilt, hat der ebenerdige Tiefgaragenstellplatz einen lichten Raum, der ausschließlich diesem Stellplatz zugewiesen ist. Zu Unrecht meint der Antragsteller, die „natürliche Raumeigenschaft“ auch eines solchen Stellplatzes bleibe unerklärlich, da er zur Seite hin offen und deshalb überhaupt nur aufgrund der Fiktion des § 3 Abs. 2 S. 2 WEG als „Raum“ anzusehen sei. Diese Argumentation verkennt, dass der Berechtigte eines ebenerdigen Stellplatzes – im Gegensatz zum Nutzer einer Hebebühne – jedenfalls die tatsächliche Möglichkeit hat, andere auszuschließen. Er könnte, technisch betrachtet, ohne weiteres den durch die Flächenbegrenzung ausgewiesenen Raum durch ein Metallgitter, eine Holzwand o.ä. absperren. Auch dem Einwand, aufgrund der in der Praxis häufig beengten Raumverhältnisse würden die Berechtigten mehrerer neben einander liegender ebenerdiger Stellplätze ebenfalls den Luftraum des jeweiligen Nachbarplatzes beim Türöffnen – faktisch – gemeinsam nutzen, ist damit der Boden entzogen. Das Abgeschlossenheitserfordernis des § 3 Abs. 2 S. 1 WEG wird für Garagenstellplätze gem. § 3 Abs. 2 S. 2 WEG lediglich insoweit fingiert, als es der tatsächlichen Anbringung einer solchen Begrenzungsvorrichtung nicht zwingend be-

darf, sondern die Markierungen auf der Bodenfläche ausreichen. Es macht aber für die Bewertung der Raumeigenschaft einen erheblichen Unterschied, ob der betreffende Nutzer – wie beim ebenerdigen Parkplatz – lediglich freiwillig auf die Anbringung einer Begrenzungsvorrichtung verzichtet (und sich mit den Bodenmarkierungen begnügt) oder ob bereits aus technisch-physikalischen Gründen jegliche *potenzielle* Abgeschlossenheit – wie bei der Hebebühne – ausscheidet. Die unterschiedliche rechtliche Bewertung von horizontaler und vertikaler Offenheit eines Stellplatzes wurzelt mithin in den nach der natürlichen Verkehrsanschauung unterschiedlichen Raumeigenschaften von Doppelstockgarage und Tiefgaragenstellplatz. Der Vorwurf einer sachwidrigen Ungleichbehandlung ist nicht begründet.

b)

Der Senat folgt auch nicht dem Antragsteller, wenn er die an der Verkehrsanschauung orientierte Betrachtungsweise der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur als „puristisch“ einstuft, die den berechtigten Interessen der Praxis nicht gerecht werde. Mag der Gesetzgeber mit der Fiktion des § 3 Abs. 2 S. 2 WEG eine erleichterte Verkehrsfähigkeit und damit grundsätzlich die Möglichkeit der Sonderrechtsfähigkeit des einzelnen Stellplatzes im Auge gehabt haben, so kann das jedenfalls nur für solche Eigentumsformen gelten, die nach dem Anschauungen des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs unbedenklich verkehrsfäh sind. Eben diese Voraussetzung erfüllt der einzelne Stellplatz einer Doppelstockgarage nicht. Denn die Begründung eines Sondereigentums wäre mit den das Sachenrecht dominierenden Grundsätzen des Typenzwangs und der Typenfixierung (vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 62. Aufl., Einf. Vor § 854, Rn. 3 mit Rspr.-Nachw.) nicht zu vereinbaren. Eine Anerkennung würde nicht den Interessen der Praxis dienen, sondern in Wahrheit ihrem Bedürfnis nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit der Zuordnung unbeweglicher Sachen zuwiderlaufen.

aa)

Das Grundkonzept des Rechtsinstituts des Wohnungseigentums beruht auf der Kombination zwischen den zum Miteigentum der Gemeinschaft gehörenden Grundstück bzw. Gebäudeteilen und den Sondereigentumseinheiten (Wohnungseigentum und Teileigentum gem. § 1 Abs. 2, Abs. 3 WEG) der einzelnen Wohnungseigentümer. Dabei unterliegt nach den Vorstellungen des Gesetzes jeder Raum, jeder Teil, jede Anlage und jede Einrichtung der eindeutigen Zuordnung zu einem der genannten Eigentumsmodalitäten, d. h. entweder dem Herrschaftsbereich des Einzelnen oder der Gemeinschaft.

Nach der Vorschrift des § 13 Abs. 1 WEG ist dem Wohnungseigentümer hinsichtlich seines Sondereigentums die gleiche Rechtsmacht wie dem Alleineigentümer einer Sache verliehen. So wie dieser gem. § 903 S. 1 BGB – vorbehaltlich der dort genannten Schranken – mit der ihm gehörenden Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann, so darf auch der Wohnungseigentümer über sein Sondereigentum gem. § 13 Abs. 1 WEG nach Belieben verfügen und andere von Einwirkungen ausschließen. Zwar findet dieses Recht nach dem Wortlaut der Vorschrift – wie das des Eigentümers kraft des Schrankenvorbehalts des § 903 S. 1 BGB – dort seine Grenzen, wo das Gesetz oder die Rechte Dritter entgegenstehen. Gleichwohl besteht der Kerngedanke, der zugleich die auf Privatautonomie und Individualeigentum gründende Rechts- und Gesellschaftsordnung verkörpert, darin, dass eine Bodenfläche samt zugehörigem Luftraum einer einzelnen souveränen Person zuge-

wiesen wird. Diese übt die Sachherrschaft vollumfänglich aus, die lediglich insoweit Einschränkungen unterworfen ist, als die Ausübung des Herrschaftsrechts unmittelbare Auswirkungen auf Belange des Gemeinschaftseigentums zeitigt (vgl. etwa die Duldung des Betretens und Zugangs der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile aus besonderem Anlass, § 14 Nr. 4 WEG).

bb)

Mit diesem elementaren Leitbild der abgegrenzten Herrschaftsbereiche des Gemeinschaftseigentums auf der einen Seite und des Wohnungsondereigentums auf der anderen Seite unvereinbar ist, wenn zwei Sondereigentümer gleichberechtigt denselben Luftraum über einer abgegrenzten Bodenfläche miteinander teilen. Das Sondereigentum bzw. Alleineigentum setzt seiner Definition entsprechend gerade voraus, dass ein ungeteiltes Herrschaftsrecht eines Sonder- oder Alleineigentümers besteht. Das ist bei der Begründung von Sondereigentum am einzelnen Stellplatz einer Doppelstockgarage nicht der Fall, weil die Herrschaft bzw. Duldung durch den einen Berechtigten unmittelbar mit der Herrschaft und der Duldung des anderen Berechtigten korrespondieren. Keiner kann den anderen grundsätzlich von der Einwirkung auf seinen Herrschaftsbereich ausschließen, beide haben den Zugang des anderen zu gestatten und sind ihrerseits auf die Gewährung des Zutritts durch jenen angewiesen.

Eine solche tatsächliche wie rechtliche Limitierung eines autonomen Sonderrechts widerspricht im Ergebnis den ei-

genen Voraussetzungen und passt jedenfalls nicht in das durch Typenzwang und Typenfixierung abgeschlossene System der geltenden Sachenrechtsordnung. Die vermeintlich praxisnahe gesteigerte Verkehrsfähigkeit des einzelnen Stellplatzes erweist sich insoweit als Scheinargument, weil sie zu Herrschaftsüberschneidungen führt und die Gefahr vermehrter Interessenkonflikte birgt. Der Senat hält deshalb an der bislang in der Rechtsprechung vorherrschenden Auffassung fest.

3.

Die Voraussetzungen einer Vorlage an den Bundesgerichtshof sind nicht erfüllt. Sie wäre nach §§ 79 Abs. 2 S. 1 GBO, 28 Abs. 2 S. 1 FGG nur zulässig, wenn der Senat bei der Auslegung einer bundesgesetzlichen Norm von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgericht abweichen würde. Das ist nicht der Fall. Das einzige – auch von der Beschwerdebegründung als Beleg für ihre Auffassung herangezogene – Judikat, das einer Sonderrechtsfähigkeit für Doppelstockstellplätze zuneigt, stammt vom OLG Hamm (vgl. Beschl. vom 04.10.1983 Rpfleger 1983, 19, 20). Doch war das Gericht ausweislich der Gründe im Streitfall nicht genötigt, diese Frage zu entscheiden, weil sie nicht entscheidungserheblich war. Auf ein bloßes obiter dictum lässt sich eine Divergenzvorlage nicht stützen (vgl. Bauer/von Oefele/Budde, GBO, § 79, Rn. 14 mit Rspr.-Nachw.).

Mitgeteilt vom 9. Zivilsenat des Thüringer Oberlandesgerichts

Buchbesprechungen

Das Fischereirecht in Baden-Württemberg. Von Rainer Karremann und Wolf-Dieter Laiblin. W. Kohlhammer Verlag Stuttgart. 3. Aufl. 2004. 288 S., 29 €.

Das Fischereirecht gehört mit zu den ältesten Regalrechten im Zivilrecht und hat durch die Sport- und Freizeitfischerei heute eine besondere Bedeutung für die weit verbreitete Freizeitbeschäftigung erlangt. Seit jeher war interessant, wer Fischereiberechtigter ist. Das Fischereirecht ab 1.1.1981 unterscheidet nun zwischen dem grundstücksgleichen Fischereirecht einschließlich des Erblehenfischereirechts und den übrigen (sonstigen) Fischereirechten als selbstständige private Rechte. Ungefähr 4800 grundstücksgleiche Rechte bedürfen der Grundbucheintragung, so mancher Einbuchungsantrag ist bis heute von nicht erledigt, obwohl bereits 25 Jahre vergangen sind. Das vorliegende Werk bietet bei der Erledigung dieser „hängenden Fälle“ eine vortreffliche Hilfestellung. Aber nicht nur die Grundbuchämter greifen gerne auf die sorgfältigen Erläuterungen zurück, auch andere Praktiker des Fischereirechts in den Fischereiverbänden, Behörden, Gerichten und in der Rechtsberatung werden das Buch mit großem Gewinn in die Hand nehmen. Die Einführung enthält einen Überblick über die Rechtsgebiete, die für die Fischerei von Bedeutung sind, so z. B. das Wasser-, Tierchutz-, Bau- und Lebensmittelrecht. Im Hauptteil werden die Gesetzesvorschriften praxisnah erläutert und auch die Verwaltungsreform zum 1.1.2005 berücksichtigt. Im Anhang geben die Autoren einen Überblick über die aufrecht erhaltenen Fischereirechte und ihre Eintragung in das Grundbuch bzw. Fischereiverzeichnis. Texte der Landesfischereiverordnung, der Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Fischereigesetzes und das Muster eines Fischereipachtvertrages vervollkommen das empfehlenswerte Werk. Wer das

Buch liest, wird auf alle Fragen der Praxis eine Antwort erhalten.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Die Betriebsaufspaltung. Gestaltung, Beratung, Muster. Von den Rechtsanwältinnen und Fachanwältinnen für Steuerrecht Dieter Carle, Thomas Carle und Dr. Peter Bauschatz. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2003. 346 Seiten Lexikonformat, geb. € 74,80.

Die Verfasser stellen in ihrer Neuerscheinung zunächst gut verständlich die verschiedenen Formen der Betriebsaufspaltung dar. Der typische Fall der Betriebsaufspaltung ist der, dass ein Einzelunternehmer eine Ein-Personen-GmbH gründet oder die Gesellschafter einer Personengesellschaft eine personen- und beteiligungsidentische Betriebs-GmbH gründen, auf die das Umlaufvermögen übertragen und an die das Anlagevermögen einschließlich Firmenwert verpachtet wird. Weitere Typisierungen schließen sich an und werden in allen ihren Verästelungen dargestellt. Anschließend folgt ein ausführliches Kapitel über die Begründung der Betriebsaufspaltung, beispielsweise im Wege der Ausgliederung zur Aufnahme oder zur Neugründung, durch Aufspaltung oder Abspaltung. Weitere Kapitel des Werkes widmen sich der Vertragsgestaltung, der Beendigung der Betriebsaufspaltung sowie umfassend dem Steuerrecht. Eine Betrachtung über die Tätigkeit des GmbH-Geschäftsführers im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, eine Darstellung der Betriebsaufspaltung im Insolvenzrecht sowie ausführliche Musterverträge, diese auf immerhin fast 60 Seiten, runden die Darstellung ab.

Den Autoren ist es mit dieser Neuauflage gelungen, die Betriebsaufspaltung in zivilrechtlicher und steuerlicher Sicht gründlich aufzuarbeiten, Ordnung in die Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten zu bringen und die Betriebsaufspaltung übersichtlich und gut verständlich darzustellen.

Von besonderem Nutzen ist für den Anwender der ausführliche Vertragsteil, da dieser die theoretischen Ausführungen in praktischen Mustern anschaulich erhellt. Dem Slogan der Verlagsankündigung für das Buch, „vollständig – kompetent – praxisorientiert – nutzerfreundlich – gestaltungssicher“, kann nur beigepflichtet werden.

Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Schwetzingen

Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht. Von Lothar Pues und Dr. Walter Scheerbarth, C. H. Beck Verlag, München, 2. Auflage, 2004, XXI, 282 Seiten, in Leinen € 44,00, ISBN 3-406-51407-3.

Die Errichtung einer gemeinnützigen Stiftung erfordert Kenntnisse sowohl im Zivil- als auch im Steuerrecht.

Dem gemäß ist das hier anzuzeigende Buch in 3 Kapitel gegliedert: Die gemeinnützige Stiftung im Zivilrecht, Besteuerung der gemeinnützigen Stiftungen und Spendenrecht. Die Darstellung der gemeinnützigen Stiftung im Zivilrecht berücksichtigt hierbei sowohl die selbständige gemeinnützige Stiftung als auch die unselbständigen Stiftungen. Die wesentlichen Satzungsbestandteile der selbständigen Stiftung werden dargestellt und kompetent erläutert.

Das Werk informiert zuverlässig künftige Stifter und deren Berater. Die wichtigen Aspekte des Rechts der gemeinnützigen Stiftungen werden mit der für ein Praxishandbuch notwendigen Gründlichkeit erläutert, wobei auch die jüngsten Änderungen durch die Reform des Stiftungsrechts berücksichtigt werden. In einem Anhang werden die Texte der Landesstiftungsgesetze (soweit bereits novelliert in der neuesten Fassung) wiedergegeben.

Eine gute Hilfe stellen die Hinweise zur Gestaltung von Stiftungssatzungen ebenso dar, wie die beispielhafte Mustersatzung.

Die 2. Auflage berücksichtigt insbesondere die Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.07.2002: So müssen nach der neuen Rechtslage Stiftungen nicht mehr genehmigt sondern nur noch anerkannt werden. Das Buch beschreibt die Auswirkungen der Änderungen des Zivilrechts auf die früheren landesspezifischen Restriktionen bei Stiftungsgenehmigungen und stellt die Auswirkungen der Festschreibung der sog. „gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung“ und der „Unveräußerlichkeit von Stiftungsvermögen“ – insbesondere bei der Unternehmerstiftung dar.

Insgesamt gibt das Buch Auskunft über alle wichtigen Aspekte des Rechts der gemeinnützigen Stiftung, wobei die Hinweise zur Gestaltung der Stiftungssatzung besonders hilfreich sind. Berücksichtigt ist sowohl das geänderte Stiftungszivilrecht als auch das neue Stiftungssteuerrecht.

Das Werk wendet sich an Stifter, Erbgemeinschaften, an deren Berater, Rechtsanwälte, Notare und Banken.

Auch die 2. Auflage dieses Buches stellt eine hervorragende systematische und umfassende Einführung in das Stiftungsrecht dar und kann daher uneingeschränkt empfohlen werden.

Dr. Theodor Zimmermann, Notar in Karlsruhe

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, Kommanditgesellschaft, Stille Gesellschaft, Verlag C. H. Beck, 2. Auflage, 2004, XIX, 2020 Seiten, in Leinen € 145,00, ISBN: 3-406-44090-8.

Das Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts ist eine auf 4 Bände angelegte systematische Gesamtdarstellung der im deutschen Recht vorkommenden Gesellschaftsformen, wobei die Zielsetzung des Gesamtwerkes in der Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse der Rechtspraxis besteht.

Der vorliegende Band 2 informiert fundiert und praxisgerecht über die Kommanditgesellschaft, die GmbH & Co. KG sowie über die Stille Gesellschaft jeweils von der Entstehung bis zur Liquidation, wobei dogmatische Strukturen und Zusammenhänge jeweils problembezogen erläutert werden.

Das Buch ist benutzerfreundlich gegliedert: Jedem einzelnen Abschnitt ist eine Übersicht vorangestellt. Randnummern und ein detailliertes Sachverzeichnis erleichtern die Benutzung.

Der Schwerpunkt der Darstellung liegt – wie bei einem Handbuch für die Praxis nicht anders zu erwarten – bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages: Bei der KG liegt das besondere Augenmerk der Verfasser auf der Gesellschafterstellung, namentlich den vermögensbezogenen Gesellschafterrechten und -pflichten, der Haftung und der Nachfolge. Bei der Stillen Gesellschaft steht die Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten von der typischen Stillen Einlage bis zur atypischen Stillen Gesellschaft mit den jeweiligen Folgen für die Rechtsposition des Stillen Gesellschafters im Vordergrund.

Die hier vorgelegte 2. Auflage ist gegenüber der ersten Auflage um ca. 670 Seiten angewachsen, was vor allem auf die einzuarbeitenden Gesetzesnovellen: Reform des Umwandlungsrechts, KapCoRiLiG, Euro-Einführung, HRefG sowie kartellrechtliche und steuerliche Umwälzungen seit der letzten Auflage zurückzuführen sein dürfte.

Das Werk wird seinem Anspruch gerecht und kann jedem, der mit der praktischen Vertragsgestaltung befasst ist, insbesondere Notaren, Rechtsanwälten und Steuerberatern uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Dr. Theodor Zimmermann, Notar in Karlsruhe

Stiftungssatzung. Von Thomas von Holt und Christian Koch, Beck'sche Musterverträge Band 47, Verlag C. H. Beck, 2004, X, 192 Seiten, kartoniert mit CD-ROM, € 24,00, ISBN: 3-406-51615-7.

Der hier anzuzeigende neue Band aus der Reihe „Beck'sche Musterverträge“ befasst sich mit dem Stiftungsrecht. In seinem Vorwort streift der Vorstandsvorsitzende der Bank für Sozialwirtschaft AG, Rudolf Hammerschmidt, schlaglichtartig nicht nur die bei der Gründung einer Stiftung auftretenden Probleme sondern auch die im Zusammenhang mit der späteren Verwaltung einer Stiftung zu Tage tretenden Fragen und umreißt so den Rahmen, in dem sich die Erläuterungen der Autoren zur Stiftung bewegen.

Bereits ein Blick in das Inhaltsverzeichnis verdeutlicht den Praxisbezug dieses Buchs: Die Autoren begnügen sich nicht damit, die einzelnen rechtlichen Regeln zum Stiftungsrecht, die sich leider unsystematisch und in vielen Gesetzen verstreut befinden zusammenzutragen und zu kommentieren. Vielmehr werden hier auch die strategischen Entscheidungen bei der rechtlichen Ausgestaltung einer Stiftung, die recht-

lichen Rahmenbedingungen und beispielhaft einige Stiftungstypen (einfache Förderstiftung, operativ tätige Stiftung, unternehmensverbundene Stiftung, Familienstiftung und Bürgerstiftung) kompetent erläutert. Eingehend behandeln die Verfasser die Phase der Stiftungsgründung und das für das Überleben einer Stiftung wichtige Stiftungsmanagement.

Damit ist dieses Buch nicht nur für angehende Stifter und ihre Rechtsberater sondern auch für bereits im Management einer Stiftung Tätige von Interesse.

Wie bei einem Buch aus der Reihe „Beck'sche Musterverträge“ nicht anders zu erwarten, runden zahlreiche Musterformulierungen und vollständige Satzungstexte das Werk ab. Die dem Buch beigefügte CD enthält sämtliche Muster. Diese können so direkt in die eigene Textverarbeitung eingebunden werden und ohne großen Aufwand bei der Gestaltung einer Stiftungssatzung verwendet werden.

Das Buch wird insgesamt seinem Anspruch gerecht und stellt eine wertvolle Hilfe für die Stiftungspraxis dar.

Dr. Theodor Zimmermann, Notar in Karlsruhe

Zwangsvollstreckung. Von Dr. Hans Haarmeyer, Wolfgang Wutzke, Dr. Karsten Förster und Udo Hintzen, Beck'sche Kurz Kommentare, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck München 2004, 493 Seiten, 68 €, ISBN 3-406-51954-7.

Die zunehmende Zahl der Zwangsvollstreckungsverfahren lenkt den Blick auch auf entlegene Gebiete des Zwangsvollstreckungsrechts. Die Zwangsverwaltung ist eine Maßnahme der Einzelzwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in das unbewegliche Vermögen (§ 866 Abs. 1 ZPO). Sie dient der Befriedigung des Gläubigers aus den Erträgen (insbesondere Miet- und Pachteinkünften). Betreibt ein eingetragener Grundpfandgläubiger das Verfahren, so führt die Zwangsverwaltung – anders als die Zwangsversteigerung – nicht zum Erlöschen des Rechts des Gläubigers.

Die Vorschriften über das Zwangsverwaltungsverfahren sind geregelt in den §§ 146 bis 161 des Zwangsversteigerungsgesetzes. Das ZVG ergänzt die Bestimmungen der §§ 864-869 ZPO über die Immobiliarzwangsvollstreckung und ist daher kein Sondergesetz, sondern als aus der ZPO „ausgelagertes Unterkapitel der Vollstreckung wegen Geldforderungen“ (Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen § 146 ZVG Randnr. 2) anzusehen.

Das Verfahren gliedert sich in

- (1) Anordnung (§§ 146, 147, 15-19 ZVG)
- (2) Beschlagnahme des Grundbesitzes (§§ 148, 149, 20-26 ZVG)
- (3) Bestellung und Aufgaben des Zwangsverwalters (§§ 150-154 ZVG)
- (4) Teilungsplan (§§ 155-160, 10 ZVG)
- (5) Aufhebung der Zwangsverwaltung (§§ 161, 28, 29, 32, 34 ZVG)

Speziell für die Handhabung der Geschäftsführung und die Vergütung des Zwangsverwalters wurde die bundeseinheitliche Zwangsverwalterverordnung erlassen. Rechtsgrundlage ist die in § 152 a ZVG enthaltene Ermächtigung des Bundesministers der Justiz. Die Verordnung wurde mit Wirkung zum 01.01.2004 völlig neu gefasst. Bereits dies macht eine Neukommentierung erforderlich.

Der beschriebenen Gliederung folgt auch der hier besprochene Kommentar:

Er erläutert ausführlich auf den ersten 132 Seiten die §§ 146 bis 161 ZVG. Der Kommentierung jedes Paragraphen sind

Übersichten vorangestellt, die die Einarbeitung erleichtern und ein gezieltes schnelles Auffinden der Probleme erleichtern. Die Kommentierung kommt – anders als etwa der „Palandt“ – ohne Abkürzungen aus, was die Lesbarkeit erhöht.

In der Kommentierung zu § 146 ZVG erfolgt neben den besonderen Voraussetzungen für die Zwangsverwaltung ein kurzer Abriss über die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung (Titel, Klausel, Zustellung) sowie der besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen (etwa Verfallklauseln, Sicherheitsleistung, Nachweis des Annahmeverzugs, Wartefristen). Hier ist die Kommentierung zwar knapp, geht aber jeweils auf die mit der Zwangsverwaltung verbundenen Besonderheiten ein:

Bsp.: Wie wirkt sich die Anordnung von Nacherbfolge im Zwangsverwaltungsverfahren aus?

Die Nacherbfolge selbst ist kein Vollstreckungshindernis. Nach § 773 ZPO soll allerdings ein Gegenstand, der zur Vorerbenschaft gehört, nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert werden, wenn die Veräußerung im Fall des Eintritts der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber unwirksam ist. Da die Zwangsverwaltung nicht zu einer Veräußerung des Grundstücks führt, steht der Anordnung der Nacherbfolge nichts entgegen. Betreibt ein Eigengläubiger des Vorerben die Zwangsverwaltung, so ist das Verfahren allerdings mit Eintritt der Nacherbfolge von Amts wegen aufzuheben (§ 28 ZVG). Ist die Nacherbfolge im Grundbuch nicht eingetragen, so steht dem Nacherben die Drittwiderspruchsklage als Rechtsbehelf zur Verfügung (§ 773 Satz 2 in Verbindung mit § 771 ZPO).

Interessant ist auch der Einfluss eines Nießbrauchs auf die Zulässigkeit des Zwangsverwaltungsverfahrens gegen den Grundstückseigentümer. Um den Gläubiger aus den Erträgen des Grundstücks zu befriedigen muss der vom Vollstreckungsgericht bestellte Zwangsverwalter sich den Besitz verschaffen (§§ 146, 150 Abs. 2, 152 Abs.1 ZVG). Nach dem Gesetz steht aber auch dem Nießbraucher das Besitzrecht zu. Betreibt der Gläubiger die Zwangsverwaltung gegen den Grundstückseigentümer, so kann das Verfahren deswegen nur angeordnet werden, wenn der Nießbrauchsberechtigte der Anordnung zustimmt. Dies soll sich aus § 1065 BGB ergeben. Nach der Entscheidung des BGH vom 14.03.2003 (DNotZ 2003/S. 703) gilt dies auch dann, wenn der Nießbrauch dem die Zwangsverwaltung betreibenden Grundpfandgläubiger im Rang nachgeht. Der Nießbraucher ist zwar materiellrechtlich zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet. Der betreibende Gläubiger hat jedoch als allgemeine Vollstreckungsvoraussetzung außer dem Leistungstitel gegen den Eigentümer auch einen Duldungstitel gegen den Nießbraucher vorzulegen.

Gespannt durfte man auf die Meinung der Autoren zu diesem Urteil sein:

„Der Entscheidung wird man sicherlich aus vollstreckungsrechtlicher Sicht zustimmen müssen, aus praktischer Sicht kann sie jedoch für den Gläubiger zu einer mehrjährigen Zeitverzögerung und damit auch zu einem teilweisen Forderungsausfall führen. Sobald der nachrangige Nießbrauchsberechtigte die Zustimmungserklärung nicht freiwillig abgibt, muss ihn der Gläubiger in einem u.U. langwierigen Zivilrechtsstreit auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagen. ... Der Entscheidung kann daher nur eingeschränkt gefolgt werden. Dem Grundpfandgläubiger kann daher nur empfohlen werden, bereits bei der Kreditvergabe und der Grundpfandrechtsbestellung eine Verpflichtungserklärung des Eigentümers aufzunehmen, die auch bei der nachträglichen Bestellung eines Nießbrauchs diesen anhält, die freiwillige Zustim-

mungserklärung des Nießbrauchsberechtigten einzuholen.“ (Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen § 146 Randnummer 12)

Auf die Vertragsgestaltung von Übergabeverträgen gegen Nießbrauchsvorbehalt dürfte das Urteil des BGH aber ohne Einfluss sein, da Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung des Übergabevertrags gegenüber den eingetragenen Grundpfandrechtsgläubigern regelmäßig nicht bestehen.

Für den Urkundsnotar von zentraler Bedeutung ist die Vorschrift des § 148 ZVG (Beschlagnahme des Grundstücks; Umfang der Beschlagnahme). Aus der Kommentierung lassen sich die rechtlichen Grundlagen für die notarielle Vertragsgestaltung beim Verkauf eines in der Zwangsverwaltung befindlichen Grundstücks klar ableiten: Der Beschluss, durch welchen die Zwangsverwaltung angeordnet wird, gilt zugunsten des betreibenden Gläubigers als Beschlagnahme des Grundstücks (§§ 146 Abs. 1, 20 Abs. 1 ZVG). Die Beschlagnahme umfasst – anders als die Zwangsversteigerung – auch die weiteren Gegenstände des Hypothekenhaftungsverbandes (insbesondere die landwirtschaftlichen Erzeugnisse, das Zubehör, die Versicherungsforderungen und die Miet- und Pachtforderungen). Die Beschlagnahme hat die Wirkung eines relativen Veräußerungsverbots, §§ 146 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG, §§ 135, 136 BGB). Jede Verfügung des Schuldners über das Grundstück und die mithaftenden Gegenstände sind dem Gläubiger gegenüber unwirksam. Der eingetragene Zwangsverwaltungsvermerk ist jedoch keine Grundbuchsperre.

Zu beachten ist, dass gleichzeitig die Verfahren mehrerer Gläubiger betrieben werden können (Einzelzwangsvollstreckung). Wird nach Anordnung der Zwangsverwaltung ein weiterer Antrag eines Gläubigers auf Anordnung der Zwangsverwaltung gestellt, ist der Beitritt zu dem laufenden Verfahren zuzulassen (§ 27 ZVG).

Bei der Vertragsgestaltung über ein in der Zwangsverwaltung befindliches Grundstück muss deswegen die Aufhebung des Zwangsverwaltungsverfahrens sowohl des betreibenden als auch aller beigetretenen Gläubiger gewährleistet sein, um dem Erwerber den gegenüber jedermann wirksamen Erwerb des Eigentums zu ermöglichen. Am einfachsten geht das bekanntermaßen durch Hinterlegung des Kaufpreises auf einem Treuhandkonto (des Notars oder einer Bank). (Gestaltungsvorschläge zu gleichgelagerten Problematik bei angeordneter Zwangsversteigerung bspw. in Krauß; Immobilienkaufverträge in der Praxis, ZAP-Verlag oder Siegfried Schmidt „Das Grundstück in der Zwangsversteigerung“ BWNotZ 1992 S. 35).

Die Fälligkeit des Kaufpreises auch von der vorläufigen Einstellung des Zwangsverwaltungsverfahrens abhängig zu machen, ist indes gefährlich, da die Autoren die Einstellung des

Zwangsverwaltungsverfahrens für unzulässig halten (Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen § 146 ZVG Randnummer 62, streitig).

Die Verteilung des Erlöses richtet sich nach § 155 ZVG. Im Teilungsplan tritt für Grundpfandgläubiger im Gegensatz zur Zwangsversteigerung ein Rangverlust ein: In der günstigen Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG werden lediglich die laufenden Zinsen, nicht jedoch Zinsrückstände und die eigentliche Hauptforderung befriedigt. Hierin liegt der Hauptgrund dafür, dass Grundpfandgläubiger selten isoliert die Zwangsverwaltung beantragen, ohne gleichzeitig die Zwangsversteigerung zu betreiben. Die isolierte Zwangsverwaltung dürfte jedoch für Gläubiger von Reallasten künftig größere Bedeutung erlangen: Der von Bühler (BWNotZ 1985, S. 27) vorgeschlagene Rangtausch des Stammrechts vor die Einzelleistungen anlässlich der Bestellung der Reallast ist (so weit es sich nicht um eine Erbbauzinsreallast handelt) nach der Entscheidung des BGH vom 02.10.2003 (V ZB 38/02, MittBayNot 2004 S. 189) unzulässig und kann das Erlöschen des Stammrechts in der Zwangsversteigerung gem. § 91 Abs. 1 ZVG nicht verhindern. Hingegen führt die Zwangsverwaltung nicht zu einem Erlöschen des Stammrechts, kann mithin auch mehrmals aus dem gleichen Recht betrieben werden. Wirft das Pfandobjekt Mieterträge ab, so ist für die auf die Entrichtung von wiederkehrenden Leistungen gerichtete Reallast die Zwangsverwaltung die günstigere Vollstreckungsmaßnahme.

Anschaulich stellt das Werk auch das in der Praxis häufig anzutreffende Nebeneinander von Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung dar. Die Teilungsmasse des Zwangsversteigerungsverfahrens (bares Meistgebot evtl. nebst Zinsen) ist von der Teilungsmasse der Zwangsverwaltung (Einnahmeüberschüsse) streng zu trennen.

Der weit aus größere Teil des Kommentars (S. 137 bis 379) widmet sich der neugefassten Zwangsverwalterverordnung (ZwVwV).

Die Kommentierung gibt hier den Zwangsverwaltern einerseits und den mit deren Überwachung betrauten Rechtspflegern andererseits eine verlässliche Arbeitsgrundlage an die Hand und geht sehr detailliert auf Fragen der Rechte und Pflichten, der Haftung und nicht zuletzt der Vergütung ein. So nimmt allein die Kommentierung zu § 18 ZwVwV (Vergütung des Zwangsverwalters) mehr als 20 Seiten ein und schließt mit einer Faustregeltabelle mit klaren Prozentsätzen. Der Kommentar ist deswegen vor allem für die Nutzergruppe der aktiven Zwangsverwalter und der auf der Gegenseite betrauten Rechtspfleger ein echter Gewinn.

Holger Weidenmann, Bezirksnotar in Filderstadt

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. 0711/2 25 86 50), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), 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. 0711/2 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.

Herstellung: BRÄUER GmbH Druckerei und Verlag, Otto-Hahn-Str. 19, 73235 Weilheim (Tel. 07023-90044-0, Fax 07023-90044-22).