

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

– BWNotZ –

Herausgeber:

Württ. Notarverein e. V., Stuttgart

in Verbindung mit dem

Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Inhalt	Seite
Kersten, Das Bundes-Bodenschutzgesetz im Grundstückskaufvertrag	73
Kies, Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Steuerrecht	80
Rechtsprechung	87
Buchbesprechungen	96

4/2000

Juni/Juli

EINLADUNG

zu der ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarvereins e.V. am

Samstag, den 14. Oktober 2000, 9.30 Uhr,

nach Fellbach in die Schwabenlandhalle.

Die Tagesordnung sieht folgendes vor:

- | | |
|---|---|
| 1. Bericht des Vorstands | 5. Umstellung der Mitgliedsbeiträge auf EURO und Beitragserhöhung |
| 2. Ansprachen der Gäste | 6. Aussprache |
| 3. Entlastung des gesamten Vorstands und der Geschäftsführung | 7. Verschiedenes |
| 4. Wahlen | |
| a) Vorstand | |
| b) Beirat | |

Ab 19.30 Uhr findet in der Schwabenlandhalle für alle Kolleginnen und Kollegen mit ihren Familienangehörigen und Freunden der Familienabend mit Tanz und abwechslungsreichem Programm statt.

Bitte beachten Sie den neuen Veranstaltungsort der Mitgliederversammlung!

Der Vorstand:

Strobel, Wandel, Seidl, Schulz, Haußmann

Das Bundes-Bodenschutzgesetz und seine Auswirkungen auf Gewährleistungsregelungen im Grundstückskaufvertrag

Justizrat Martin Kersten, Notar in Karlsruhe

§ 1 Ausgangsfall

Ein angenommener Ausgangsfall:

Auf einem größeren Gelände an der Ortsgrenze betreibt die Muni-AG eine Munitionsfabrik. Diese wird im Jahr 1965 stillgelegt. Die Fabrikhallen stehen leer und verfallen langsam, während die Gemeinde über die künftige Nutzung berät. Schließlich kauft die Gemeinde das Gelände im Jahr 1970. Ein Bebauungsplan für Wohnbebauung wird aufgestellt, die Fabrikhallen abgerissen und das Gelände oberflächlich aufbereitet, parzelliert und in der Folgezeit erschlossen. Ab 1980 erfolgt schließlich in relativ kurzer Zeit die Bebauung. Unter den Bauherren ist A., der sein Grundstück 1981 direkt von der Stadt kauft. Anfang der Neunziger Jahre kommt in der lokalen Presse der Verdacht auf, daß der Boden mit Schwermetallen, die bei der Munitionsproduktion anfallen, insbesondere mit Quecksilber verunreinigt sein könnte.

Am 31. 1. 1999 schließt Eigentümer A mit Käufer B einen Kaufvertrag über ein Einfamilienhaus in diesem Gelände. Der Vertrag enthält den üblichen Gewährleistungsausschluß für verborgene Sachmängel. Die Auflassung wird am 20. 2. 1999 erklärt, der Antrag auf Vollzug des Eigentumswechsels geht am 27. 2. 1999 beim Grundbuchamt ein und wird am 10. 3. 1999 im Grundbuch vollzogen.

Im Jahr 2000 werden tatsächlich Bodenverunreinigungen mit Quecksilber festgestellt. B, der Käufer, ist vermögenslos, die Muni-AG längst liquidiert. Daraufhin wird Verkäufer A seitens der zuständigen Behörde zur Sanierung bzw. zu den Kosten der Sanierung herangezogen.

§ 2 Das BBodSchG und seine Regelungen

Das „Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten“ vom 17. 3. 1999¹ ist am

1. 3. 1999 in Kraft getreten². Nach der grundlegenden Bestimmung des § 1 BBodSchG soll das Gesetz die natürlichen Funktionen des Bodens sichern oder wiederherstellen. Das Gesetz wird ergänzt durch die Bundes-Bodenschutz- und AltlastenVO (BBodSchV) vom 12. 7. 1999³, in der der Gesetzgeber von den zahlreichen Ermächtigungen im BBodSchG Gebrauch gemacht hat.

1. Begriffsbestimmungen des Gesetzes

Das Gesetz definiert den Boden als die obere Schicht der Erdkruste, soweit diese

- ⇒ natürliche Funktionen als Lebensgrundlage für Mensch und Tier, Pflanzen und Organismen
- ⇒ Funktionen als Archivar der Natur- und Kulturgeschichte
- ⇒ Nutzungsfunktionen als Rohstofflagerstätte, Siedlungs- und Erholungsfläche, für Landwirtschaft und Forsten, Verkehr, Ver- und Entsorgung

wahrnimmt (§ 2 Abs. 1 und 2). Sobald diese Funktionen beeinträchtigt werden und dabei Gefahren, erhebliche Nachteile oder Belästigungen für den Einzelnen oder die Allgemeinheit herbeigeführt werden können, spricht das Gesetz von „schädlichen Bodenveränderungen“. Liegt bei einzelnen Flächen der Verdacht solcher schädlichen Bodenveränderungen vor, han-

delt es sich um Verdachtsflächen. Um eine solche handelt es sich also vor Abschluß des Kaufvertrages bei dem Grundstück im Ausgangsfall.

Das Gesetz definiert sodann Altlasten (§ 2 Abs. 5) als

- ⇒ stillgelegte Abfallbeseitigungsanlagen (also etwa Müllhalden) und sonstige Grundstücke, auf denen Abfälle behandelt, gelagert oder abgelagert worden sind⁴
- ⇒ Altstandorte, mithin Grundstücke, auf denen mit umweltgefährdenden Schadstoffen umgegangen worden ist (Ausnahme: Anlagen nach dem Atomgesetz)

durch die schädliche Bodenveränderungen oder sonstige Gefahren für den Einzelnen oder die Allgemeinheit hervorgerufen werden.

Bei Altlasten in diesem Sinne steht also fest, daß Bodenverunreinigungen vorhanden sind. Im Ausgangsfall gilt dies für die Zeit ab 2000, als im Boden Quecksilber tatsächlich gefunden wurde. Solange dies nicht der Fall ist, spricht das Gesetz von altlastenverdächtigen Flächen (§ 2 Abs. 6).

Nach § 1 sind Altlasten zu sanieren. Sanierungen sind nach § 3 Abs. 7 Maßnahmen zur Beseitigung oder Verminderung der Schadstoffe (Dekontamination), zur langfristigen Verhinderung der Ausbreitung von Schadstoffen ohne deren Beseitigung (Sicherungsmaßnahmen) und zur Beseitigung oder Verminderung schädlicher Veränderungen der physikalischen, chemischen oder biologischen Bodenbeschaffenheit.

2. Anwendungsbereich und Pflichten Einzelner

Dem BBodSchG gehen die in § 3 genannten Vorschriften als *leges speciales* vor, insbesondere das Abfallgesetz, Flurbereinigungsgesetz, Teile der Bundes- und Landeswaldgesetze, Straßengesetze, Bundesberggesetz und das BImSchG. Nach wohl herrschender Meinung ist die Aufzählung Pflichtiger bzw. Verantwortlicher in § 4 abschließend⁵. Sie erweitert im übrigen den Kreis der bisher polizeirechtlich – sei es auf Grund der allgemeinen Polizeigesetze oder auf Grund von Spezialgesetzen – Verantwortlichen teilweise erheblich.

Grundsätzlich hat sich aber jeder, der auf den Boden einwirkt, also in welcher Art auch immer, so zu verhalten, daß schädliche Bodenveränderungen nicht hervorgerufen werden. Dies gilt also unabhängig von Eigentum oder Besitz (§ 4 Abs. 1).

An Eigentum und Besitz gekoppelt ist die Pflicht des Eigentümers und des Inhabers der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück, Maßnahmen zur Abwehr der von diesem Grundstück drohenden schädlichen Bodenveränderungen zu ergreifen. Als Beispiel sei ein Tankstellengrundstück genannt, das mit einer Bodenplatte mit ausreichender Entwässerung zum Schutz auch der Nachbargrundstücke vor auslaufenden Treibstoffen zu versehen ist.

Neben dieser abstrakten – präventive Gefahrenabwehr – Haftung haften der Eigentümer und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück ebenso wie der Verursacher einer schädlichen Bodenverunreinigung oder Altlast und sein Rechtsnachfolger auf umfassende Sanierung – repressive Gefahrenabwehr –, zumindest auf Verhinderung der Ausbreitung von Schadstoffen. Diese Pflicht trifft auch *denjenigen, der aus handelsrechtlichem oder gesellschaftsrechtlichem Rechtsgrund für eine juristische Person einzustehen hat, der ein belastetes Grundstück gehört* und nach § 4 Abs. 6

BBodSchG den früheren Eigentümer. Im Folgenden sollen die einzelnen Personenkreise, soweit sie Zustandsstörer sind, näher bestimmt werden. Aufgabe des Eigentums befreit nicht von der Haftung.

a) derzeitiger Eigentümer

Wer Eigentümer ist, richtet sich nach bürgerlichem Recht⁶. Mehrere Personen haften in vollem Umfang, also als Gesamtschuldner, und nicht nur anteilmäßig⁷. Dies gilt auch für Wohnungseigentümergeinschaften. Es wird auf die rein formale Eigentümerstellung, also das Grundbuch, abgestellt, auch in Strohmann- und Treuhandsachen⁸. Unbeachtlich bleibt auch, wenn der Inhaber der tatsächlichen Gewalt – das Bauunternehmen, das eine Baustelle auf dem Grundstück unterhält, der Mieter oder auch der Nießbraucher – die Sachherrschaft über das Grundstück gegen den Willen oder ohne Kenntnis des Eigentümers oder ohne dessen Kenntnis ausübt.⁹

b) sonstige Berechtigte

Dinglich Berechtigte wie Nießbraucher, Erbbauberechtigte, Berechtigte aus beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten und dgl. können nur Zustandsstörer sein, wenn sie gleichzeitig Inhaber der tatsächlichen Gewalt sind.¹⁰

Entsprechendes gilt für schuldrechtlich Berechtigte wie Mieter oder Pächter. Auch hier kommt es auf die Inhaberschaft der tatsächlichen Gewalt an.

c) Inhaber der tatsächlichen Gewalt

Wer Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist, richtet sich nicht nach Zivilrecht, insbesondere nicht danach, ob ein Recht zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt oder Sachherrschaft besteht.¹¹ Andererseits ist derjenige, dem ein Recht zur Inbesitznahme des Grundstücks zusteht (Beispiel: Doppelvermietung), nicht schon deshalb Inhaber der tatsächlichen Gewalt. Allein nach der Verkehrsanschauung ist zu beurteilen, wem die tatsächliche Gewalt zusteht. Ein Mindestmaß an Sachherrschaft genügt bereits.

d) Einstandspflichtige

Wie oben dargelegt, ist auch derjenige, der aus handelsrechtlichem oder gesellschaftsrechtlichem Rechtsgrund für eine juristische Person einzustehen hat, der ein Grundstück gehört, Zustandsstörer im Sinne des BBodSchG. Dies gilt für jede juristische Person, die seit dem 1. 3. 1999 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist oder wurde.¹² Diese Haftung ist nicht etwa so zu verstehen, daß im Bereich des Bodenschutzes § 13 Abs. 2 GmbHG nicht gilt, sondern dahin, daß die Voraussetzungen der gesellschafts- oder handelsrechtlichen Durchgriffshaftung gegen den Gesellschafter der juristischen Person vorliegen müssen, um den Gesellschafter oder Geschäftsführer als Zustandsstörer in Anspruch nehmen zu können. Es sind dies insbesondere die Fälle der Unterkapitalisierung, Vermögensvermischung und der faktischen Konzernabhängigkeit und die sich daraus für Gläubiger ergebenden Risiken.

e) Veräußerung und Haftung des früheren Eigentümers

§ 4 Abs. 6 BBodSchG erweitert die Haftung auch auf den früheren Eigentümer. Dieser bleibt weiterhin zur Sanierung

⁶ VGH Mannheim, NJW 98, 624

⁷ VGH Mannheim BWGZ 1990, 828, Schlachbach/Heck, VBIW 1999, 406, (408), Knopp NJW 2000, 906

⁸ Schlachbach/Heck a. a. O.

⁹ Schlachbach/Heck a. a. O.

¹⁰ für Baden-Württemberg zu beachten ist hier, daß auch im Bad.-Württbg. Bodenschutzgesetz „sonstige Berechtigte“, also dinglich Berechtigte ebenso wie im BBodSchG nicht genannt sind, also nur eine Zustandshaftung als Inhaber der tatsächlichen Gewalt in Betracht kommen kann

¹¹ Schlachbach/Heck a. a. O. mit einer Vielzahl von weiteren Nachweisen.

¹² Schlachbach/Heck a. a. O. unter Hinweis auf Holzwarth/Radtke/Hilger, Handkommentar zum Bodenschutzgesetz, § 4 RdNr. 97

⁴ Dies dürfte dahin zu interpretieren sein, daß auch Grundstücke, auf denen sich längst kein Abfall mehr befindet, aber Abfälle behandelt worden sind (etwa Zwischenlagerung von Abbruchmaterial) von dieser Bestimmung erfaßt werden; nicht erfaßt werden vom Gesetz noch in Betrieb befindliche Müllhalden, hier gilt insbesondere das Abfallgesetz, siehe § 3 BBodSchG

⁵ so die h. M., vgl. z. B. Knopp, NJW 2000, 906; VGH Kassel, DB 2000, 202, a. A. Bickel, BBodSchG, 1999, RdNr. 22

verpflichtet. Diese Vorschrift hat unmittelbare Auswirkungen auf die tägliche Beurkundungspraxis des Notars. Der frühere Eigentümer eines Grundstücks ist danach zur Sanierung verpflichtet, wenn er sein Eigentum nach dem 1. 3. 1999 übertragen hat und die schädliche Bodenveränderung oder Altlast kannte oder kennen mußte. Hat der frühere Eigentümer beim Erwerb des Grundstücks darauf, daß schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten nicht vorhanden sind, gilt dies nicht, wenn sein Vertrauen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls schutzwürdig ist. Zu dieser Vorschrift nachstehend mehr.

3. Zwangsverwaltung und Insolvenz

Ob bei Anordnung der Zwangsverwaltung oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Eigentümer verantwortlicher Zustandsstörer bleibt oder diese Stellung ausschließlich auf den Zwangsverwalter oder Insolvenzverwalter übergeht, ist streitig. Für die notarielle Praxis ist dieser Streit jedoch unerheblich, denn wird das der Zwangsverwaltung unterliegende bzw. vom Insolvenzverfahren betroffene Grundstück veräußert, so wird regelmäßig die Zwangsverwaltung enden bzw. der Insolvenz- und Zwangsverwaltungsvermerk im Grundbuch gelöscht. Der bisherige Eigentümer unterliegt dann der Haftung aus § 4 Abs. 6 BBodSchG. Eine Zwangsversteigerung ändert daran nichts.

§ 3 Zur Haftung des früheren Eigentümers nach § 4 Abs. 6 BBodSchG

Die Vorschrift ist aus Sicht des Zivilrechtlers äußerst unglücklich gefaßt und verlangt in vielerlei Hinsicht der Auslegung. Dies beginnt mit der Frage, was unter dem Begriff „der frühere Eigentümer“ zu verstehen ist, insbesondere in Fällen der Gesamtrechtsnachfolge (Erbfall, Umwandlungen nach dem UmwG) und endet bei dem auslegungs- und ausfüllungsbedürftigen Begriff der „Umstände des Einzelfalls“.

1. Der frühere Eigentümer

Früherer Eigentümer ist zunächst grundsätzlich immer derjenige, der nach dem Grundbuch formell Inhaber des Eigentums ist, also als Eigentümer im Grundbuch eingetragen oder wie im Erbfall dessen Rechtsnachfolger ist. Überträgt der eingetragene Eigentümer den Grundbesitz – egal in welcher Form, also entgeltlich oder unentgeltlich –, so unterliegt er der Haftung aus § 4 Abs. 6 BBodSchG. Beim Sonderfall des gutgläubigen Erwerbs durch den Käufer vom zwar eingetragenen aber nichtberechtigten Verkäufer kann nichts anderes gelten, denn dann hat sich der Veräußerer die Eigentümerstellung zum Zeitpunkt der Eigentumsübertragung angemaßt oder – zum Beispiel bei der Veräußerung durch den Erbscheinserben, wenn der Erbschein nach Veräußerung eingezogen wird – zumindest zu Eigen gemacht.

Andererseits knüpft das BBodSchG nicht an die formelle Eintragung im Grundbuch an, sondern spricht nur von der Übertragung des Eigentums und früherem Eigentümer. Das Grundbuch begründet nur den guten Glauben an das Eigentum, nicht aber die Rechtsstellung als Eigentümer. Auch derjenige, der eingetragener Eigentümer sein könnte, muß deshalb als Eigentümer im Sinne des BBodSchG angesehen werden. So die auseinander gesetzte Erbengemeinschaft, auf deren Zwischeneintragung vor Auseinandersetzung im Grundbuch verzichtet wurde, der Erbscheinserbe, der den Grundbesitz sofort an Abkömmlinge überträgt, denn in diesen Fällen hätte ein bloßer Berichtigungsantrag zur Grundbuchberichtigung genügt.

Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich, daß der Begriff der „Übertragung“ umfassend gesehen werden muß und jede gewollte Veränderung in der Person des Eigentümers erfaßt.

Auch eine Zwangsversteigerung ist danach eine Eigentumsübertragung, denn die Beschlagnahme durch den die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger ändert nichts an der Eigentümerstellung des Schuldners, der sein Eigentum originär mit Zuschlagsbeschluß verliert.

Auch die Übertragung eines Handelsgeschäftes im Wesentlichen und einschließlich Grundbesitz mit oder ohne das Recht zur auch teilweisen Fortführung der Firma¹³ gehört hierher. Der frühere Inhaber der Firma haftet dann nach § 4 Abs. 6 BBodSchG.

Auch Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz stellen sich, wenn Grundbesitz betroffen ist, in einer Vielzahl der Fälle als Übertragung von Eigentum an Grundbesitz dar. Bei der Verschmelzung wird das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers auf das Vermögen des (neu gegründeten oder auch bereits bestehenden) Rechtsträgers übertragen. Nichts anderes geschieht in allen Fällen der Spaltung, sei es zur Neugründung, sei es zur Aufnahme.¹⁴ Anders zu beurteilen ist die formwechselnde Umwandlung, z. B. einer GmbH in eine AG. Hier erfolgt gerade keine Vermögensübertragung, denn der Rechtsträger wechselt lediglich sein rechtliches Kleid.

Standardfall der notariellen Praxis ist natürlich die Übertragung von Grundbesitz, sei es durch Kaufvertrag, sei es durch Schenkung oder durch Übertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge.

2. Übertragung des Eigentums nach dem 1. 3. 99

Für neu abzuschließende Verträge spielt der Stichtag vom 1. 3. 1999 keine Rolle mehr. Für Altverträge gilt für die Haftung des früheren Eigentümers nach der Auffassung von Knopp¹⁵ und Schlachbach/Heck¹⁶ eine rein formelle Auslegung, nämlich der Tag der Eintragung im Grundbuch, weil erst dieser den Eigentumserwerb vollendet. Beide Autoren lassen das Argument, daß zwischen dem Tag der Auflassung, dem Eingang des vollzugsreifen Antrags auf Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch – also nach Zahlung etwa anfallender Steuern und Vorliegen der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes sowie aller etwa sonst noch erforderlichen Genehmigungen – und dem tatsächlichen Vollzug des Eigentumswechsels durch Unterschrift des Grundbuchbeamten längere, rein zufallsbedingte Zeiträume liegen können, unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht gelten. Schutzwürdig ist aber das Vertrauen in den Bestand oder Nichtbestand einer Haftung nur solange, wie der zu Schützende nicht alles zur Vollendung des Rechtserwerbs getan hat. Angesichts der Verwendung des Begriffes Eigentum im Gesetz kann es nicht auf den Tag des zugrundeliegenden schuldrechtlichen Geschäftes oder auf den Tag der Auflassungserklärung ankommen. Die Auflassung schafft nur die Grundlage des Eigentumswechsels, der Vollzug im Grundbuch bewirkt ihn. Nicht unberücksichtigt bleiben kann, daß auch der vollzugsreife Antrag zurückgenommen werden kann.

Abzustellen ist deshalb bei der Stichtagsfrage, die nur bei im Grundbuch bereits vollzogenen Eigentumswechseln eine Rolle spielen kann, da nur dann ein „früherer“ Eigentümer vorhanden ist, nicht auf den Tag des Vollzugs des Eigentumswechsels im Grundbuch, sondern auf den Tag, an dem dem Grundbuchamt alle Voraussetzungen zum Vollzug des Eigentumswechsels im Grundbuch vorgelegen haben, also der vollzugsreife Antrag auf Vollzug, die Unbedenklichkeitsbescheinigung und alle etwa erforderlichen Genehmigungen. Zu

¹³ vgl. BGH NJW 1992, 911, BVerwG NJW 1971, 1624. Entscheidend ist, ob der Verkehr die alte mit der neuen Firma identifiziert, BGH NJW 1992, 911

¹⁴ Schlachbach/Heck a. a. O. sind hier (Seite 411) ersichtlich nicht auf dem neuesten Stand

¹⁵ Knopp, Flucht aus der Zustandsverantwortung in DVBl 1999, Seite 1010, derselbe, NJW 2000, 906 m. w. N.

¹⁶ Schlachbach/Heck a. a. O.

beachten ist hier, wer genau den Eintragungsantrag gestellt hat, etwa nur der Veräußerer oder nur der Erwerber oder, bei Verzicht beider Parteien auf Rechts der eigenen Antragstellung, der Notar für beide Partner.¹⁷

3. Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis von den Verunreinigungen

Kennen i. S. v. § 4 Abs. 6 BBodSchG ist die tatsächliche positive Kenntnis zum Zeitpunkt der Übertragung des Grundbesitzes, nicht zum Zeitpunkt des Erwerbs.¹⁸ Im Ausgangsfall hatte A im Jahr 1981 keine positive Kenntnis, auch nicht bei Veräußerung.

Viel wichtiger als der häufig wohl auch schwer nachzuweisen- de Tatbestand der positiven Kenntnis dürfte der der fahrlässigen Unkenntnis („kennen mußte“) sein, die sich der veräußernde Eigentümer zurechnen lassen muß¹⁹. Fahrlässige Unkenntnis wird wohl schon dann anzunehmen sein, wenn dem Eigentümer hätte bekannt sein müssen, daß es sich bei dem zu übertragenden Grundstück um eine altlastenverdächtige Fläche im Sinne von § 2 Abs. 4, 6 BBodSchG handelt²⁰, er also, als er das Grundstück erworben hat, dies hätte wissen müssen.

Was sich einfach anhört, begegnet in der Praxis großen Schwierigkeiten. Ist fahrlässige Unkenntnis schon dann gegeben, wenn der Eigentümer die Presse nicht verfolgt oder etwa als Ausländer mangels Sprachkenntnis nicht lesen kann? Hat der fahrlässig gehandelt, der sich nicht nach der Geschichte oder dem Umfeld des Grundstücks erkundigt? Handelt der fahrlässig, der beim Erwerb einer Wiese am Rhein bei Köln unberücksichtigt läßt, daß diese ab und an überschwemmt wird und damit mit Giftstoffen aus dem Oberlauf oder seinen Seitenflüssen verunreinigt sein könnte? Solche Fragen sind dann im Einzelfall zu beantworten, wobei der Begriff der fahrlässigen Unkenntnis im öffentlich-rechtlichen BBodSchG und im zivilrechtlichen BGB gleichen Regeln folgen. Der bisherige Eigentümer ist beim Verkauf eines – möglicherweise – kontaminierten oder von schädlichen Bodenveränderungen betroffenen Grundstücks schon jetzt zur Aufklärung des Käufers verpflichtet²¹. Letztlich wird dieser Tatbestand von der in notariellen Kaufverträgen üblicherweise verwendeten Formulierung, daß der Verkäufer versichert, daß ihm verborgene Sachmängel nicht bekannt sind, jedoch nicht ausreichend erfaßt. Diese Formulierung beinhaltet nämlich nur die Versicherung, keine positive Kenntnis zu haben.

4. Schutzwürdiges Vertrauen beim früheren Erwerb

Der veräußernde Eigentümer haftet dann nicht auf Sanierung, wenn er beim Erwerb des Grundstückes darauf vertraut hat, daß schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten nicht vorhanden sind und sein Vertrauen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls schutzwürdig ist (§ 4 Abs. 6 BBodSchG). Gemeint ist hier der Erwerb der Eigentümerstellung und der damit verbundenen Sachherrschaft.²²

a) früherer Erwerb

Der vom Gesetz verwendete Begriff „Erwerb“ ist auslegungsbedürftig. Auch ein Erbe erwirbt. Da dieser Erwerb jedoch kraft Gesetzes erfolgt, denn die Erbschaft gilt als angenommen,

wenn nicht rechtzeitig die Ausschlagung erfolgt, und beim Erwerb des Erben keinerlei Handeln durch den Erben erfolgt, wird deutlich, daß unter früherem Erwerb im Sinne der Vorschrift des § 4 Abs. 6 nur ein Erwerb der Eigentümerstellung auf Grund einer dahin gerichteten, nicht in einem Unterlassen liegenden Willensbetätigung des Erwerbers verstanden werden kann, wozu selbstverständlich auch eine Erbauseinandersetzung gehört.

In Erbfällen ist deshalb bezgl. der fahrlässigen Unkenntnis und der Schutzwürdigkeit keinesfalls auf den Zeitpunkt des Erbfalls, sondern auf den Zeitpunkt des Erwerbs durch den Erblasser bzw. dessen Rechtsvorgänger abzustellen. Im Hinblick auf die dem Erben dann obliegende Beweislast (derjenige, der sich auf fahrlässige Unkenntnis und Schutzwürdigkeit beruft, dürfte dafür beweiselastet sein, da er sich auf die Ausnahme vom gesetzlichen Grundsatz beruft) ist dies ein dem Erben denkbar unangenehmes Ergebnis. Dem Erben müssen sicherlich Beweiserleichterungen zu gute kommen, je länger ein willensgesteuerter Erwerb durch den bzw. die Erblasser zurück liegt.

b) Schutzwürdigkeit

Das Vertrauen des früheren Eigentümers, also dessen, der das Grundstück, wann auch immer, durch tatsächliche Willensbetätigung erworben hat, muß unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls schutzwürdig gewesen sein.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist der nicht schutzwürdig, der blind auf die Freiheit von solchen Beeinträchtigungen vertraut hat.²³ Wer ein solches Risiko eingeht, soll die Folgen der ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit tragen.

Bei der Prüfung, ob ein schutzwürdiges Vertrauen beim Erwerb vorlag, wird deshalb in aller erster Linie auf den Inhalt des früheren Kaufvertrages abgestellt werden können und müssen²⁴. Sind weitere Anhaltspunkte vorhanden – zum Beispiel Schriftverkehr zwischen den Vertragsparteien oder mit einem Makler – so kann auch dies hilfreich sein. Nach der Formulierung des Gesetzes kommt es aber bei der Frage der Schutzwürdigkeit nicht nur auf die Wissenslage beim früheren Erwerb des Grundstücks durch den Verkäufer, sondern auch auf eine Bewertung zum Zeitpunkt des neu abzuschließenden Vertrages an.

Gefährlich für den Verkäufer werden in solchen Fällen deshalb Formulierungen im früheren wie auch gegenwärtigen Vertrag, daß bei Auftreten von Bodenverunreinigungen innerhalb einer gewissen Frist der Verkäufer diese auf seine Kosten zu beseitigen habe, denn damit zeigt der Verkäufer gerade, daß er nicht schutzwürdig sei. Hätte er nicht verkauft, wäre er in jedem Fall als Zustandsstörer in Anspruch genommen worden. Selbst wenn also beim Erwerb des Grundstückes Gutgläubigkeit des Verkäufers in vollem Umfang zu bejahen gewesen wäre, wäre diese nicht schutzwürdig und damit der Verkäufer haftbar für die Sanierung. Dies gilt im Ausgangsfall wohl auch für A, jedenfalls dann, wenn ihm der Verdacht von Altlasten bekannt war und er dies bei Abschluß des Kaufvertrages nicht offenbart haben sollte.

Genauso, wie den Verkäufer eine Pflicht zur Aufklärung betrifft, hat im Gegenzug der Käufer auch ein Recht hierauf²⁵. Liegt eine Verletzung dieser Pflicht bzw. dieses Rechtes vor, kann von Schutzwürdigkeit keine Rede mehr sein.

Andererseits dürfen die Anforderungen an die Annahme der Schutzwürdigkeit nicht überspannt werden. Beim BBodSchG handelt es sich um ein völlig neues und extrem in die Vergangenheit wirkendes Gesetz. Es kann – insbesondere in Erbfäl-

¹⁷ Nur der, der den Antrag gestellt hat oder in dessen Auftrag der Antrag gestellt wurde, hat ein Recht zur Antragsrücknahme. In der Vertragsgestaltung sollte beim Eigentumswechsel künftig dem Käufer/Erwerber in Verdachtsfällen die Möglichkeit gelassen werden, den Eintragungsantrag zurückzunehmen. Es empfiehlt sich, nur den Erwerber den Eintragungsantrag auf Vollzug der Auffassung stellen zu lassen.

¹⁸ Knopp Flucht aus der Zustandsverantwortung in DVBl 1999, Seite 1010 mit weiteren Nachweisen

¹⁹ Knopp Flucht aus der Zustandsverantwortung in DVBl 1999, Seite 1010, Vierhaus, NJW 1998, 1266

²⁰ Knopp, NJW 2000, 906

²¹ Knopp Flucht aus der Zustandsverantwortung in DVBl 1999, Seite 1010 mit weiteren Nachweisen

²² Knopp Flucht aus der Zustandsverantwortung in DVBl 1999, Seite 1010

²³ BVerwG NVwZ 1991, 475, NVwZ 1997, 577

²⁴ Sorge, MittbayNot 199,234

²⁵ vgl. Knopp, NJW 2000, 907 m. w. N.

len – weit in die Vergangenheit wirken und, da der Rückgriff auf den früheren Eigentümer keinerlei zeitliche Schranken enthält, auch weit in die Zukunft. Dies zeigt, daß die Bejahung der Schutzwürdigkeit keinen schwer zu überwindenden Bedingungen ausgesetzt sein darf. In der Regel muß – auch unter dem Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung – deshalb davon ausgegangen werden, daß Schutzwürdigkeit gegeben ist, es sei denn es liegen von der Rückgriff nehmenden Behörde zu beweisende Umstände vor, die den Rückgriff auf einen früheren Eigentümer rechtfertigen würden.

5. „Ewigkeits“haftung und Verfassungsrechtlichkeit

§ 4 Abs. 6 BBodSchG enthält keinerlei zeitliche Schranken für die Nachhaftung des früheren Eigentümers. Der frühere Eigentümer kann nach der Formulierung des Gesetzes von der Behörde in Anspruch genommen werden, und zwar auch später als 30 Jahre nach Verkauf, zu einem Zeitpunkt, zu dem dem Verkäufer dann der Ausgleichsanspruch gegen seinen Käufer wegen eingetretener Verjährung verwehrt ist (§ 24 Abs. III BBodSchG). Die Vorschrift begegnet deshalb auch verfassungsrechtlichen Bedenken und wird unter diesem Aspekt kontrovers diskutiert.²⁶ Sie ist, wie dargelegt, deshalb zumindest verfassungskonform auszulegen, wobei Ansatzpunkt einerseits die Frage der Schutzwürdigkeit, andererseits der Zeitablauf sein kann und muß. Die in § 24 Abs. 3 BBodSchG vorgesehene Verjährungsfrist von 30 Jahren für Ausgleichsansprüche der Zustandsstörer untereinander und der Zustandsstörer gegen den Verursacher sollte deshalb analog auf den Anspruch der Behörde gegen den früheren Eigentümer (so dieser nicht Verursacher war) angewendet werden. Hinzukommt, daß die Behörde bei der Frage, wen sie in Anspruch nehmen kann und soll, eine Ermessensentscheidung treffen muß. Im Rahmen des Ermessens ist in jedem Fall zu berücksichtigen, daß der derzeit eingetragene Eigentümer einen „Gegenwert“ in Gestalt des Eigentums am Grund und Boden hat. Liegen also keine besonderen Umstände vor, dürfte der eingetragene Eigentümer derjenige sein, bei dem die Behörde ihre Ansprüche zunächst durchzusetzen hat. Daß der Verursacher in jedem Fall erster Haftender ist, ist selbstverständlich.

Die Frage, ob die von Verfassung wegen gebotene Sozialbindung des Eigentums einen Eingriff in das Eigentum wie in § 4 Abs. 6 BBodSchG rechtfertigt, sei hier dahingestellt. Für den Kautelarjuristen, der in jedem Fall zunächst von einer Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift ausgehen sollte, ist die nur denkbare Verfassungswidrigkeit nämlich bei der Frage, wie die Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien ausgestaltet sind, von nur untergeordneter Bedeutung. Er hat zu überlegen, wie er möglichen künftigen Streit der Beteiligten regeln bzw. gar ausschließen kann.

6. Rechtsbeziehungen der Störer untereinander

Jeder Zustandsstörer haftet auf die volle Sanierung im Sinne von § 2 Abs. 7 BBodSchG und die damit verbundenen Kosten für die Beseitigung der schädlichen Bodenveränderungen und Altlasten, § 24 Abs. 1 BBodSchG. Dem Gesetzgeber war jedoch klar, daß dies zu unbilligen Ergebnissen führen könnte. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung²⁷ hat er deshalb in § 24 Abs. 2 des BBodSchG einen gesetzlichen Ausgleichsanspruch mehrerer Verpflichteter begründet. Dabei setzt § 24 Abs. II nicht voraus, daß die Behörde mehrere Störer als Gesamtschuldner in Anspruch nimmt, sondern nur, daß abstrakt eine gesamtschuldnerische Haftung vorliegt²⁸. Die

Verpflichtung zum Ausgleich hängt dabei davon ab, inwieweit die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung mehrheitlich von dem einen oder dem/n anderen Störer/n verursacht wurde. Sind mehrere Verursacher vorhanden ist dieser Grad der Verursachung sicherlich äußerst problematisch zu beurteilen.

Der Ausgleichsanspruch verjährt innerhalb von drei Jahren ab Kostenbeitreibung bzw. ab Beendigung der Maßnahme (Abs. 2 Satz 4), spätestens jedoch nach 30 Jahren. Nur dem Zustandsstörer steht dabei ein Ausgleichsanspruch gegen andere Zustandsstörer und den Verursacher zu, nicht aber umgekehrt dem Verursacher gegen den Zustandsstörer.²⁹ Im Ausgangsfall hilft dies A wenig, da die anderen Störer abgesehen von der Stadt zahlungsunfähig oder längst nicht mehr vorhanden sind. Grundsätzlich aber besteht ein Ausgleichsanspruch auch gegen eine privatrechtlich tätig gewordene Stadt. Hierauf soll hier aber nicht näher eingegangen werden.

Eine Frage ergibt sich für die allgemeine notarielle Praxis: Reicht ein allgemeiner Gewährleistungsausschluß für – auch verborgene – Sachmängel aus, um auch den Rückgriff des Käufers aus § 24 BBodSchG gegen den Verkäufer auszuschließen? Dies erscheint je nach Formulierung im Kaufvertrag zumindest bedenklich.

Üblich und häufig zu finden sind bislang überhaupt nicht auf Altlasten oder Kontaminationen eingehende Formulierungen wie:

Es wird keine Gewähr geleistet für die Beschaffenheit des Grundstücks und den baulichen Zustand vorhandener Gebäude, für Flächenmaßrichtigkeit und für die Freiheit von Lasten, die ohne Eintragung im Grundbuch wirksam sind. Der Grundbesitz geht über wie er steht und liegt; die Käuferpartei hat ihn besichtigt. Die Verkäuferpartei haftet auch nicht für verborgene Mängel, ausgenommen solche, die ihr bekannt sind. Sie sichert zu, daß ihr uneingetragen wirksame Lasten und verborgene Mängel nicht bekannt sind.³⁰

oder gar

Ausgeschlossen wird die Gewährleistung für jegliche Sach- und Rechtsmängel. Jeder Verkäufer versichert, daß ihm wesentliche verborgene Sachmängel, die bei einer Besichtigung ohne besondere Sachkunde nicht feststellbar sind, nicht bekannt sind. Verkäufer versichert, daß ihm verborgene Sachmängel nicht bekannt sind.

Fehlt im Kaufvertrag jeglicher Hinweis darauf, daß auch die Gewährleistung für im Boden verborgene Sachmängel ausgeschlossen sein soll, muß zunächst bedacht werden, daß Gewährleistung der vom Gesetz (§ 459 BGB) vorgegebene Normalfall und der Gewährleistungsausschluß die Ausnahme ist, die besonderer vertraglicher Vereinbarungen bedarf. Die Gewährleistung kann auch nicht ganz ausgeschlossen werden³¹, weshalb in Kaufverträgen über Gebrauchtimmobilien regelmäßig durch die Erklärung des Verkäufers, verborgene Mängel nicht zu kennen, dem Käufer der Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung möglich bleibt. Allein dies spricht dafür, daß Formulierungen, wie oben wiedergegeben, den Anspruch aus § 24 Abs. II BBodSchG nicht auszuschließen.³² Es handelt sich bei dieser Vorschrift gerade nicht um eine Vorschrift, die die Haftung für Sachmängel dem Grunde nach regelt, sondern lediglich um die Begründung eines gesetzlichen, abstrakten Gesamtschuldnerausgleichs.

Nach der Rechtsprechung ist eine schädliche Bodenveränderung als Sachmangel anzusehen³³. Dem Käufer muß zumindest bewußt sein können, daß dies so ist. Der Notar hat die Parteien, wenn er, wie üblich, die Formulierungen auf der Grundlage der Erklärungen der Parteien wählt, über deren Wirkungen aufzuklären. Es empfiehlt sich daher, in jedem Ver-

29 Vierhaus, NJW 1998, 1137; Pützenbacher, NJW 1999, 1137 (1140)

30 Wurm-Wagner-Zartmann, Formular 38b

31 BGH NJW 71, 1795

32 vgl. hierzu auch Knopp, NJW 2000, 208, der zu recht darauf hinweist, daß die Beteiligten wahrscheinlich unter Altlasten völlig unterschiedliche Tatsachen verstehen können

33 Palandt, BGB, 59. Aufl., Randnr. 22 zu § 459, Sorge a. a. O.

26 siehe hierzu die Hinweise bei Knopp, Flucht aus der Zustandsverantwortung in DVBl

1999, Seite 1010, Schlabach/Heck a. a. O.; Knopp, NJW 2000, 907

27 siehe die Nachweise bei Knopp, NJW 2000, 907, FN 39

28 Pützenbacher, NJW 1999, 1137 (1140)

trag, der auf die Übertragung von Immobilien gerichtet ist – auch bei Schenkungen –, auf die Probleme von schädlichen Bodenverunreinigungen einzugehen und den Parteien Regelungen anzubieten.

7. Wertausgleichspflicht nach § 25 BBodSchG, Bodenschutzlast

Nach § 25 des BBodSchG hat ein Grundstückseigentümer eine Wertsteigerung seines Grundstücks durch eine erfolgte Sanierung insoweit auszugleichen, als ihm öffentliche Mittel zur Verfügung gestellt wurden, wenn der Verkehrswert nicht nur unwesentlich erhöht wurde, was ein Vergleich der Werte „belastetes Grundstück“ und „saniertes Grundstück“ ergeben muß. Interessant für die Vertragsgestaltung ist für den Kautelarjuristen, daß dieser Anspruch der Behörde als öffentliche Last auf dem Grundstück ruht, die auch auf Ersuchen der Sanierungsbehörde als *Bodenschutzlast* im Grundbuch eingetragen werden kann.

§ 4 Lösungen und Vorschläge für die notarielle Praxis

1. Bodenschutz- bzw. Altlastenkataster

Zumindest in Baden-Württemberg ist auf der Grundlage des Bad-Württbg. Bodenschutzgesetzes und einer Bodenlastenerhebung ein Bodenschutzkataster aufgestellt worden. Auf der Grundlage einer historischen Erhebung („Histe“) wurden diejenigen Grundstücke landesweit näher überprüft und teilweise auch konkret untersucht, die sich nicht von vornherein als unbedenklich aussortieren ließen. Die Bodenschutzkataster werden bei den Umweltämtern (meist Landratsämter, im Falle der Stadt Karlsruhe beim Amt für Abfallentsorgung, (Tel.: 1333140-44) geführt. Für Kampfmittel (Bomben aus dem Krieg) ist darüber hinaus der Kampfmittelbeseitigungsdienst Ansprechpartner. Da das Bodenschutzkataster keinen Anspruch auf Richtigkeit und Vollständigkeit geben kann und will, kann ein Käufer nur selbständig weitere Erhebungen durchführen, beispielsweise Befragen der Nachbarn, will er sich möglichst vollständig gegen die Altlastenproblematik absichern.

Die Grundstücke sind im Bodenschutzkataster eingestuft nach „A“ (für ausgeschieden, also kein Verdacht auf Altlasten bzw. Verdacht entkräftet), „B“ (für im Kataster belassen, weil Verdacht auf Altlasten besteht, ohne daß eine Belastung feststeht), „C“ (Es sind Verunreinigungen festgestellt und werden derzeit überwacht), „D“ (es besteht Sanierungsbedarf) und „E“ für Grundstücke mit akutem Sanierungsbedarf. Innerhalb der einzelnen Stufen gibt es aber je nach Informationsstand der Umweltämter noch Untergruppen. Zu diesen Erhebungen der Umweltämter besteht freier Zugang, der aber natürlich dem Datenschutz unterliegt, sobald Personendaten betroffen sind. Das Bodenschutzkataster bietet damit eine gute Möglichkeit, in Zweifelsfällen oder auch generell zu überprüfen, ob mit Bodenschäden im weitesten Sinne gerechnet werden muß oder nicht, ohne daß es absolute Sicherheit gibt, denn auch im Boden eines mit „A“ erfaßten Grundstücks können Zeitbomben schlummern.

Eine Pflicht für den Notar selbst, das Bodenschutzkataster einzusehen oder selbständig Erhebungen durchzuführen, besteht nicht. Da jedoch der Notar nach § 17 Abs. 1 Satz 2 darauf hinwirken muß, daß Irrtümer oder Zweifel vermieden werden, ist ein Hinweis des Notars auf das Bodenschutzkataster immer dann sinnvoll und wohl auch angebracht, wenn sich vor oder bei der Beurkundung oder in deren Vorfeld Anhaltspunkte für eine frühere möglicherweise umweltgefährdende Nutzung des Grundstücks ergeben, so insbesondere bei schon länger gewerblich genutzten Grundstücken. Wollen die Parteien auf eine vorherige Einsicht in das Bodenschutzkataster verzichten, sollte dies auch in der Urkunde vermerkt werden.

2. grundsätzliche Regelungsmöglichkeiten

Aus dem oben Gesagten ergibt sich ein akuter Regelungsbedarf in der notariellen Urkunde, und zwar nicht nur dann, wenn ein Anfangsverdacht auf Altlasten oder schädliche Bodenveränderungen besteht (Beispiele: frühere gewerbliche Nutzung, Tankstellengrundstück, Aufschüttungen, bei denen die Herkunft des Materials ungeklärt ist), sondern eigentlich in jedem Vertrag, der die Übertragung von Immobilien zum Gegenstand hat. Von Interesse sind für die Parteien dabei insbesondere §§ 4 Abs. 6 und 24 Abs. 2 und 3 BBodSchG. Beide Regelungen sind im Verhältnis der Parteien untereinander dispositiv³⁴ und damit eigenen Regelungen der Parteien zugänglich. Regelungen der Parteien untereinander sollen im Folgenden vorgeschlagen werden, und zwar unterschiedlich für die einzelnen Ausgangslagen, nämlich unverdächtigter Grundbesitz mit der rein theoretischen Möglichkeit auf schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten, Grundbesitz, bei dem die konkrete Möglichkeit von Altlasten besteht und Grundbesitz mit nachgewiesener Kontamination.

a) Grundbesitz mit rein theoretischer Möglichkeit auf schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten

Kein Grundstück ist von vorne herein als mit Sicherheit unbelastet zu bezeichnen. Selbst eine Wiese am lauschigen Bach kann (beispielsweise durch wilde Schadstoffbeseitigung) belastet sein.

Dieser rein theoretische Verdacht auf Altlasten ist in der Masse der Immobiliengeschäfte vor der Beurkundung zwischen den Parteien bislang (auch und gerade wegen fehlender Sensibilisierung der Makler) überhaupt kein Thema. Die Parteien sind sich deshalb meistens gar nicht bewußt, daß sie hier Regelungen treffen können. Für den Notar ist diese Situation ein Gang zwischen Skylla und Charybdis. Einerseits sollte er in der Urkunde auf die Haftung nach dem BBodSchG hinweisen, andererseits darf er die Parteien nicht „kopfscheu“ machen oder gar einer Partei unbewußt helfen. Liegt deshalb diese Ausgangslage vor, sollte von Regelungsvorschlägen abgesehen werden und nur der notwendige Hinweis auf die denkbare Haftung in die Urkunde aufgenommen werden. Im übrigen erscheint es durchaus angemessen, den Vorschlag des Gesetzgebers wirken zu lassen, also in diesen Fällen keine § 4 Abs. 6 oder § 24 Abs. 2 und 3 BBodSchG abweichend regelnde Formulierungen in den Vertrag aufzunehmen, es sei denn, die Parteien haben ohne Zutun des Notars bereits Vereinbarungen getroffen. Ein Hinweis des Notars auf diese Möglichkeiten verbietet sich auf Grund seiner Neutralitätspflicht.

Formulierungsvorschlag:

Ausgeschlossen wird die Gewährleistung für jegliche Sachmängel, gleich ob offen oder verdeckt, insbesondere also auch die Gewährleistung für die Abgrenzung des Grundstückes in der Natur und die Bodenbeschaffenheit, insbesondere für schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes.

Jeder Verkäufer versichert, daß ihm wesentliche verborgene Sachmängel, wie etwa Feuchtigkeitsschäden oder Holzerkrankungen nicht bekannt sind. Jeder Verkäufer versichert zudem, daß ihm schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten nicht bekannt sind oder bekannt sein müßten.

Der Notar hat darauf hingewiesen, daß ein Verkäufer ihm bekannte verborgene Sachmängel und schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten oder den Verdacht hierauf, der sich auch aus dem Bodenschutzkataster ergeben kann, ungefragt offenbaren muß und nicht arglistig verschweigen darf und daß im Falle von schädlichen Bodenverunreinigungen oder Altlasten zudem eine Nachhaftung des Verkäufers auf Sanierung bestehen kann, wenn der Verkäufer solche Mängel positiv kannte oder zumindest infolge Fahrlässigkeit hätte kennen müssen.

(..... weiter mit Gewährleistung bei Verschlechterungen, Belehrungen etc.)

b) Grundstücke mit konkreten Verdachtsmomenten

Liegt – wie im Ausgangsfall – ein Anfangsverdacht vor, sollte der Kaufvertrag nicht nur die Folgen für den Fall einer Boden-

34 wovon alle vorgenannten Bearbeiter ausgehen

verunreinigung regeln, sondern insbesondere auch eine sofortige Überprüfung durch ein Bodengutachten. Selbst wenn aber bereits ein Bodengutachten ohne negatives Ergebnis vorliegt, kann der Käufer nicht sicher sein; die Probebohrungen des Sachverständigen könnten die Verunreinigungen nicht entdeckt haben.

Die Interessen von Verkäufer und Käufer sind hier genau konträr. Um eine Inanspruchnahme auf Haftung als Zustandsstörer möglichst gering zu halten, können die Vorschriften des § 4 Abs. 6 BBodSchG und 24 Abs. 2 und 3 BBodSchG sowohl zugunsten des Käufers wie auch des Verkäufers formuliert werden.

In Betracht kommen hier:

Das Interesse des Verkäufers (Käufers), einigermaßen abzuschern, daß er im Falle der Inanspruchnahme aus § 4 Abs. 6 BBodSchG einen Regreßanspruch gegen den Käufer hat. In diesen Fällen kommt eine Freistellungsverpflichtung in Betracht, etwa durch folgende Regelung, die auf den Fall der fahrlässigen Unkenntnis Bezug nimmt:

Sollte der Verkäufer (Käufer) aus § 4 Abs. 6 BBodSchG unter dem Gesichtspunkt der fahrlässigen Unkenntnis von schädlichen Bodenveränderungen oder Altlasten von der zuständigen Behörde auf Sanierung in Anspruch genommen werden, hat der Käufer (Verkäufer) den Verkäufer (Käufer) von diesen Forderungen freizustellen. Ein Ausgleichsanspruch des Käufers (Verkäufers) gegen den Verkäufer (Käufer) aus § 24 Abs. 2 BBodSchG wird ausgeschlossen.

Auch an eine Verkürzung der langen Verjährungsfrist von 30 Jahren nach § 24 BBodSchG kann gedacht werden, etwa:

Ausgleichsansprüche des Käufers (Verkäufers) gegen den Verkäufer (Käufer) aus § 24 Abs. 2 BBodSchG verjähren spätestens nach (1, 2) Jahren von heute an.

Zusammenfassend sind zwei Vertragstypen bei Grundstücken mit Anfangsverdacht vorhanden, die sich aus der unterschiedlichen Interessenlage der Parteien hinsichtlich des Risikos ergeben: Der Fall, daß der Verkäufer möglichst umfassend von einer Haftung freigestellt werden soll und jegliches Risiko der Käufer übernimmt und der, daß der Verkäufer mögliche Altlasten sanieren soll.

1b) Risiko der Sanierung beim Verkäufer:

Einigen sich die Parteien dahingehend, daß der Verkäufer das Risiko der Sanierung tragen soll, ist dahingehend zu unterscheiden, ob bereits ein Gutachten eingeholt wurde oder nicht.

Eine angemessene Formulierung zur Gewährleistung könnte dann, wenn der Verkäufer das Risiko tragen soll, etwa lauten:

Der Verkäufer erklärt zunächst, daß ihm schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten nicht positiv bekannt sind. Das Grundstück befindet sich jedoch in der Nähe einer **ehemaligen Kaserne. Es ist deshalb denkbar, daß von dieser ausgehend Schadstoffe auch in den Grund und Boden des hier verkauften Grundbesitzes gelangt sein könnten. Ein Bodengutachten liegt nicht vor, soll jedoch eingeholt werden. Der Notar hat darauf hingewiesen, daß es sinnvoll wäre, das Gutachten vor Beurkundung einzuholen, gleichwohl wünschen die Beteiligten sofortige Beurkundung.

Der Verkäufer verpflichtet sich deshalb, auf **seine Kosten bei einem hierfür allgemein bestellten und vereidigten Sachverständigen für das Grundstück ein Bodengutachten, das auf mindestens **4 Probebohrungen auf mindestens **5 Meter Tiefe basieren muß³⁵, in Auftrag zu geben. Der Notar hat darauf hingewiesen, daß ein Bodengutachten das Vorhandensein von schädlichen Bodenveränderungen bzw. Altlasten nachweisen, wenn auch nicht zur vollen Sicherheit ausschließen kann.

Abweichend von bzw. ergänzend zu den sonstigen in dieser Urkunde getroffenen Regelungen wird der Kaufpreis keinesfalls zur Zahlung fällig, bevor das Bodengutachten vorliegt.³⁶ Die Auffassung ist frühestens nach Vorliegen des Gutachtens und durchgeführter Sanierung zu erklären.³⁷

α) Kein Sanierungsbedarf

Soweit dieses Bodengutachten keinen Sanierungsbedarf im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes ergibt, gilt:

Der Kaufpreis wird innerhalb von **zwei Wochen nach Zugang des Gutachtens beim Käufer zur Zahlung fällig.

Ausgeschlossen wird die Gewährleistung für jegliche Sachmängel, gleich ob offen oder verdeckt, insbesondere also auch die Gewährleistung für

- die Abgrenzung des Grundstückes in der Natur,
- verborgene Sachmängel des Bauwerks, wie zum Beispiel Feuchtigkeitsschäden, Hausschwammbefall, Holzerkrankungen und dergleichen
- die Bodenbeschaffenheit, insbesondere für schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes
- nicht eingetragene, dinglich wirksame Lasten

Jeder Verkäufer versichert, daß ihm wesentliche verborgene Sachmängel, wie etwa Feuchtigkeitsschäden oder Holzerkrankungen nicht bekannt sind.

Der Notar hat darauf hingewiesen, daß ein Verkäufer ihm bekannte verborgene Sachmängel ungefragt offenbaren muß und nicht arglistig verschweigen darf und daß im Falle von schädlichen Bodenverunreinigungen oder Altlasten zudem eine Nachhaftung des Verkäufers auf Sanierung bestehen kann, wenn der Verkäufer solche Mängel positiv kannte oder zumindest infolge Fahrlässigkeit hätte kennen müssen.

Sollte der Verkäufer aus § 4 Abs. 6 BBodSchG unter dem Gesichtspunkt der fahrlässigen Unkenntnis von schädlichen Bodenveränderungen oder Altlasten von der zuständigen Behörde auf Sanierung in Anspruch genommen werden, hat der Käufer den Verkäufer von diesen Forderungen freizustellen, soweit der Sachverständige die schädlichen Bodenveränderungen oder Altlasten festgestellt hat. Ein Ausgleichsanspruch des Käufers gegen den Verkäufer aus § 24 Abs. 2 BBodSchG wird ausgeschlossen.

β) Sanierungsbedarf

Soweit das Bodengutachten Sanierungsbedarf im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes ergibt, gilt:

Über den vom Sachverständigen oder der zuständigen Behörde auf der Grundlage des Gutachtens festgestellten Sanierungsbedarf hinaus und wegen sonstiger Sachmängel verbleibt es beim unter α) vereinbarten umfassenden Gewährleistungsausschluß und den dort getroffenen Regelungen für schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten.³⁸

Der Verkäufer hat jedoch auf seine Kosten umgehend und unverzüglich alle notwendigen, vom Sachverständigen in seinem Gutachten vorgeschlagenen oder von der zuständigen Behörde auf der Grundlage des Gutachtens geforderten Sanierungsmaßnahmen in die Wege zu leiten und zu erfüllen.

Der Käufer kann, wenn die Sanierung nicht innerhalb von **4 Wochen³⁹ nach Vorliegen des Gutachtens abgeschlossen ist, durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Verkäufer vom Vertrag zurücktreten. Er ist im Fall des Rücktritts zur Bewilligung der Löschung der zu seinen Gunsten eingetragenen Vormerkung verpflichtet. Nimmt der Käufer das Rücktrittsrecht nicht innerhalb von weiteren **2 Wochen wahr, so erlischt dieses Rücktrittsrecht. Sämtliche Vertragskosten und die Kosten eines etwa schon erfolgten Vollzuges trägt im Falle des Rücktritts der Verkäufer. Gegenseitige Schadensersatzansprüche sind ausgeschlossen.

Der Kaufpreis wird erst nach Abschluß der Sanierungsmaßnahmen und Vorliegen einer Bestätigung der für die Überwachung der Sanierung zuständigen Behörde, daß Sanierungsbedarf nicht mehr besteht, beim Käufer zur Zahlung fällig.⁴⁰

Sollte der Käufer aus § 4 Abs. 6 BBodSchG wegen der vom Sachverständigen festgestellten Mängel von der zuständigen Behörde auf Sanierung in Anspruch genommen werden⁴¹, hat der Verkäufer den Käufer von diesen Forderungen freizustellen. Ein Ausgleichsanspruch des Verkäufers gegen den Käufer aus § 24 Abs. 2 BBodSchG wird diesbezüglich ausgeschlossen.

(weiter mit Regelungen zur Verschlechterung, Hinweis auf fehlende Wandlungs- und Minderungsmöglichkeit etc.)

Soll der Grund und Boden bebaut werden oder auch ein Abriß oder Umbau vorhandener Gebäudesubstanz vorgenommen werden, bietet sich häufig eine zeitliche oder auch auf die Baumaßnahmen bezogene partielle Gewährleistung an. Vorschlag, wenn kein Gutachten vorliegt:

Bei dem Grundbesitz besteht der Verdacht einer schädlichen Bodenveränderung bzw. einer Altlast im Sinne von § 3 BBodSchG. Der Notar hat darauf hingewiesen, daß nur ein Bodengutachten das Vorhandensein von schädlichen Bodenveränderungen bzw. Altlasten nachweisen, wenn auch nicht zur vollen Sicherheit ausschließen kann. Den Parteien ist dieses Risiko bewußt. Der Käufer beabsichtigt, die vorhandenen Gebäude abzureißen und auf dem Grundstück einen Neubau zu errichten. Sollten sich bis zur Fertigstellung der Decke über dem Kellergeschosses des Neubaus (Alternative: bis zum Abschluß der beim Umbau vorzunehmenden Tiefbauarbeiten – geplant sind nach heutigem Stand **) bereits heute vorhandene schädliche Bodenveränderungen bzw. Altlasten am Grundstück herausstellen, so hat diese der Verkäufer auf seine Kosten im Sinne von § 3 BBodSchG zu sanieren und den Käufer insoweit von jeglicher Inanspruchnahme als Zustandsstörer freizustellen. Soll-

³⁵ Wie viele Bohrungen und welche Tiefe erforderlich sind, sollte vorab mit dem vorgesehenen Sachverständigen geklärt werden.

³⁶ Hier ist zu beachten, daß auch das Eigentum nicht auf den Käufer übergehen darf, bevor nicht alle Bedenken, soweit möglich, ausgeräumt sind, um den Käufer nicht in die Haftung als Zustandsstörer zu bringen. Die Fälligkeit des Kaufpreises wird deshalb je nachdem, wie das Ergebnis des Gutachtens ist, unterschiedlich geregelt.

³⁷ Da der Käufer möglichst kein Risiko übernehmen soll und zum Zwecke nochmaliger Warnung vor der Haftung als Zustandsstörer.

³⁸ Eine solche Formulierung ist notwendig, damit auch der Fall der beim Gutachten nicht entdeckten Belastung erfaßt und geregelt wird.

³⁹ Die Länge der Frist ist nach den Umständen des Einzelfalles anzupassen.

⁴⁰ Soll der Verkäufer das Risiko tragen, so drückt sich das Risiko auch nicht im Preis aus.

⁴¹ Vgl. hierzu die Ausführungen zum von der Behörde ausübenden Ermessen.

te der Käufer aus § 4 Abs. 6 unter dem Gesichtspunkt der fahrlässigen Unkenntnis von schädlichen Bodenveränderungen oder Altlasten von der zuständigen Behörde auf Sanierung in Anspruch genommen werden, hat der Verkäufer den Käufer von diesen Forderungen freizustellen. Ein Ausgleichsanspruch des Verkäufers gegen den Käufer aus § 24 Abs. 2 BBodSchG wird ausgeschlossen.

Im übrigen – auch bezüglich etwaiger bei den vorstehend geschilderten Bauarbeiten nicht festgestellter schädlicher Bodenveränderungen oder Altlasten vereinbaren die Parteien den Ausschluß der Gewährleistung für jegliche Sachmängel, gleich ob offen oder verdeckt, insbesondere also auch die Gewährleistung für(weiter wie a)

2b) Risiko beim Käufer:

Auf ein derart hohes Risiko, wie es der Kauf eines möglicherweise verunreinigten Grundstückes darstellt, wird sich ein Käufer in aller Regel nur einlassen, wenn bereits ein keine Altlasten ausweisendes Gutachten vorliegt. Für diesen Fall folgender Formulierungsvorschlag:

Auf dem Grundstück befand sich früher **eine Tankstelle. Deshalb wurde das aus der Anlage zu dieser Urkunde ersichtliche⁴² Bodengutachten eingeholt. Der Käufer beabsichtigt nicht, in naher Zukunft den Grund und Boden – z. B. für einen Um- oder Anbau – zu öffnen⁴³. In Anbetracht dieser Umstände vereinbaren die Parteien folgenden Gewährleistungsausschluß:

Ausgeschlossen wird die Gewährleistung für jegliche Sachmängel, gleich ob offen oder verdeckt, insbesondere also auch die Gewährleistung für (weiter wie unter a), jedoch mit Regelungen zur Freistellung im Sinne von § 4 Abs. 6 BBodSchG und Ausschluß von § 24 Abs. 2 BBodSchG)

Soll der Grund und Boden vom Käufer in nächster Zeit geöffnet werden (z. B. für einen Neu- oder Um- und Anbau), empfiehlt sich folgende Regelung:

Der Käufer beabsichtigt, den Grund und Boden für **das Verlegen einer Leitung zu öffnen. Sollten trotz des keinen Sanierungsbedarf ausweisenden Gutachtens bei den Bauarbeiten des Käufers schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes festgestellt werden, gilt:

**Sollte der Verkäufer aus § 4 Abs. 6 BBodSchG unter dem Gesichtspunkt der fahrlässigen Unkenntnis von schädlichen Bodenveränderungen oder Altlasten von der zuständigen Behörde auf Sanierung in Anspruch genommen werden, hat der Käufer den Verkäufer von diesen Forderungen freizustellen. Ein Ausgleichsanspruch des Käufers gegen den Verkäufer aus § 24 Abs. 2 BBodSchG wird ausgeschlossen.

Im übrigen vereinbaren die Beteiligten folgenden Gewährleistungsausschluß: (weiter wie Lit. a)

Alle Regelungsvorschläge sind natürlich als reine Anregungen zu verstehen und müssen dem Einzelfall angepaßt werden.

c) sanierte Grundstücke

Hier ist auf die Möglichkeit einzugehen, daß eine Bodenschutzlast im Sinne von § 25 BBodSchG besteht.⁴⁴

Ist diese im Grundbuch eingetragen, kann ihre den Verkehrswert des Grundstückes leicht erreichbare Höhe bei der Sanierungsbehörde in Erfahrung gebracht und der Käufer entsprechend geschützt werden.

Formulierungsvorschlag:

Bezgl. der in Abt. II Nr. ** eingetragenen Bodenschutzlast vereinbaren die Parteien, daß diese aus dem Kaufpreis abzulösen und zur Löschung zu bringen ist.

Ist eine solche Last nicht eingetragen aber bekannt, daß saniert wurde, sollte etwa formuliert werden:

Das Grundstück war früher mit schädlichen Bodenveränderungen und Altlasten verunreinigt, nämlich **. Diese wurden saniert, wobei öffentliche Mittel in Anspruch genommen wurden. Es besteht deshalb die Möglichkeit, daß auf dem Grundstück eine Bodenschutzlast ruht, die derzeit – noch – nicht im Grundbuch eingetragen ist. Soweit eine Bodenschutzlast besteht, ist diese aus Mitteln des Kaufpreises abzulösen. Der Notar hat darauf hingewiesen, daß nur die zuständige Behörde Auskunft über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Bodenschutzlast und deren Höhe geben kann.

oder, wenn keine öffentliche Mittel in Anspruch genommen wurden, mit einer Zusicherung des Verkäufers:

Das Grundstück war früher mit schädlichen Bodenveränderungen und Altlasten verunreinigt, nämlich **. Diese wurden saniert, wobei keine öffentliche Mittel in Anspruch genommen wurden, was der Verkäufer ausdrücklich zusichert. Der Notar hat darauf hingewiesen, daß nur die zuständige Behörde Auskunft über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Bodenschutzlast und deren Höhe geben kann.

d) Grundstücke mit vorhandener bzw. nachgewiesener Belastung:

Hier wird es in aller Regel bereits grundlegende Vereinbarungen der Parteien über die Art der Beseitigung und die Kostentragungspflicht geben. Das mit den Altlasten verbundene Risiko ist den Parteien aber möglicherweise nicht in vollem Umfang bewußt. Zwei Fälle kann man hier in der Praxis unterscheiden, nämlich den, daß der Verkäufer die Sanierung übernimmt und den, daß der Käufer saniert.

Übernimmt der Verkäufer auf seine Kosten die Sanierung, muß der Käufer darauf achten, daß die an das Eigentum gekoppelte Zustandsstörerhaftung auf ihn erst nach vollständiger Sanierung – insbesondere nachgewiesen durch Gutachten oder Bescheinigungen der zuständigen Behörden – übergeht. *Erst dann* darf auch die Auflassung erklärt und der Eigentumswechsel im Grundbuch vollzogen werden, zudem sollte die Fälligkeit eines Großteils des Kaufpreises zur Sicherheit des Käufers durch die vollständige Sanierung bedingt werden.

Übernimmt der Käufer die Sanierung, so geht das Interesse des Verkäufers dahin, daß er aus der Nachhaftung als früherer Eigentümer nicht in Anspruch genommen wird. Es muß sichergestellt werden, daß der Käufer vollständig saniert. Risiken bestehen hier insbesondere im Fall der Insolvenz des Käufers. Da der Käufer in der Regel mit der möglicherweise kostenintensiven Sanierung erst beginnen wird, wenn er das Eigentum erworben hat bzw. der Eigentumserwerb sichergestellt ist, kommen als Sicherheiten für den Verkäufer in der Regel nur Bürgschaften in Betracht.

Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Steuerrecht

Von Christina Kies, Notaranwältin in Owen/Teck

Übersicht

1. Vorbemerkung
2. Auswirkungen des bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriffs im Steuerrecht
3. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise
4. Entstehung des Begriffs
5. Anwendung
6. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO : Gesetzlich normierte Anwendungsfälle

- a) Sicherungseigentum
- b) Treuhand
- c) Eigenbesitz mit Exkurs: Diebstahl
- d) Gesamthandseigentum

7. Wirtschaftliches Eigentum in Hinblick auf Grundbesitz

- A) Übertragung von Grundstücken
- B) Pacht und Miete
- C) Der Nießbrauch
- D) Gebäude auf fremdem Grund und Boden

⁴² Das Gutachten sollte, da Vertragsgrundlage, in jedem Fall beigelegt werden. Vorlesungspflicht besteht nicht, da es keine Erklärungen der Parteien enthält.

⁴³ denn dann könnten gerade Altlasten entdeckt werden.

⁴⁴ vgl. hierzu Knopp, NJW 2000, 909

1. Vorbemerkung

Der im Steuerrecht verwendete Begriff des wirtschaftlichen Eigentums ist problematisch, da er den Anschein erweckt, daß das Steuerrecht neben dem zivilrechtlichen Eigentum einen (weiteren) eigenständigen Eigentumsbegriff kennt.

Dennoch wird er heute von Schrifttum und Rechtsprechung ohne Einschränkungen verwendet.

2. Auswirkung des bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriffs im Steuerrecht

Ausgangspunkt für eine Definition des wirtschaftlichen Eigentums ist der Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).

Das Eigentum des bürgerlichen Rechts ist das umfassendste Herrschaftsrecht, das die Rechtsordnung an einer Sache zuläßt. Der Eigentümer ist gemäß § 903 BGB grundsätzlich berechtigt, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen.

Die Zurechnung im steuerlichen Sinn bestimmt, wer Steueransprüche zu erfüllen hat, die aus der Herrschaft über einzelne Wirtschaftsgüter hergeleitet werden.

Regelmäßig ist der juristische Eigentümer eines Gegenstandes auch derjenige, der die darauf entfallenden Steuern zu entrichten hat.

Deshalb stellt § 39 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO) ausgehend von der Vorschrift des § 903 BGB für das Steuerrecht folgende Regel auf:

„Wirtschaftsgüter sind dem Eigentümer zuzurechnen“

Diese Generalklausel wurde entwickelt aus der Vorgängervorschrift des § 11 Steueranpassungsgesetz, geht aber über dessen Zurechnungsbestimmungen hinaus.

Das bürgerlich-rechtliche Eigentum bildet daher den Ausgangspunkt für die Entscheidung über die steuerrechtliche Zurechnung, wobei der steuerrechtliche Begriff des Wirtschaftsgutes weiter als der Begriff der Sache reicht:

„Wirtschaftsgut ist die steuerliche Bezeichnung für bilanzierungsfähige Vermögensgegenstände und sonstige Aktiv- und Passivposten in der Bilanz. Darunter fallen nicht nur Gegenstände im Sinne des bürgerlichen Rechts, sondern sämtliche Vorteile und Nachteile (sog. negative Wirtschaftsgüter) eines Betriebs einschließlich der tatsächlichen Zustände und konkreten Möglichkeiten, die einer selbständigen Nutzung und Bewertung fähig sind.

Darunter fallen z. B. Forderungen, Patente und Anwartschaften¹; demnach ist bei immateriellen Wirtschaftsgütern dem Eigentümer in § 39 Abs. 1 AO der Rechtsinhaber gleichzustellen.

Zu beachten ist, daß eine zivilrechtliche Sache, auf die sich das Eigentum bezieht, aus mehreren Wirtschaftsgütern bestehen kann.

Betrachtet man dies am Beispiel von Grundstücken, muß wie folgt getrennt werden:

a) das Gebäude auf einem Grundstück ist immer ein gegenüber dem Grundstück selbständiges Wirtschaftsgut

b) reale Teile eines Gebäudes wie z. B. Etagen können selbständige Wirtschaftsgüter sein, wenn sie in einem vom Gebäude verschiedenen Nutzungs- und Funktionszusammenhang stehen oder wenn es sich um wirtschaftliches Eigentum des Mieters handelt, so auch bei Mietereinbauten

Regelmäßig wird derjenige, der nach bürgerlichem Recht über ein Wirtschaftsgut Verfügungsberechtigt ist, auch wirtschaftlich der Berechtigte sein. In diesem Fall ergibt sich für die Zurechnung eines Wirtschaftsguts keine Schwierigkeit, da nur eine Person – der Eigentümer – für die Zurechnung in Betracht kommt.

Es gibt jedoch Fälle, in denen bürgerlich-rechtliches und wirtschaftliches Eigentum nicht übereinstimmen, in denen also ein anderer als der bürgerlich-rechtliche Eigentümer zur Besteuerung herangezogen wird.

3. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise

Das Steuerrecht als Teil des öffentlichen Rechts unterscheidet sich vom Privatrecht vor allem durch seine besonderen, vom Privatrecht verschiedenen Zwecke und Ziele.

Während das bürgerliche Recht die Beziehungen der Bürger untereinander regelt, will das Steuerrecht die Steuerpflichtigen nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit durch gleichmäßige, möglichst gerechte und einfach erhobene Geldleistungen zum Wohle der Gesamtheit heranziehen.

Die Verwirklichung dieses Zieles macht es mitunter erforderlich, steuerlich bedeutsame Rechtsverhältnisse nicht nach ihrer bürgerlich-rechtlichen Form, sondern nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen.

Dies setzt innerhalb der Steuerarten, bei denen nicht irgendwelche Vorgänge des wirtschaftlichen Verkehrs, sondern die Besitzverhältnisse des einzelnen Bürgers Besteuerungsgrundlage sind, voraus, daß jeweils derjenige mit einer Steuer belastet wird, dem wirtschaftlich die Vorteile des steuererheblichen Besitzverhältnisses zufließen.

Das Steuerrecht ist also vom Grundsatz beherrscht, daß für die Besteuerung nicht die äußere Rechtsform, sondern der wirtschaftliche Kern, d. h. die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie sich bei wirtschaftlicher Betrachtung darstellen, maßgebend ist.

Dieser Grundsatz der „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ ist also maßgeblich für die Auslegung von Steuergesetzen und die Beurteilung steuererheblicher Tatbestände.

Es soll derjenige mit einer Steuer belastet werden, auf den wirtschaftlich der Tatbestand zutrifft, an den das Steuergesetz die Leistungspflicht knüpft.

Der Gesetzgeber hat dies ausdrücklich in § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO, der zentralen Vorschrift für das wirtschaftliche Eigentum und gleichzeitig Definition im Sinne der vom BFH entwickelten Auffassung, normiert.

Diese Ausnahmeregelung besagt folgendes:

„Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, daß er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm das Wirtschaftsgut zuzurechnen.“²

⇒ Entscheidend für die Zurechnung im Steuerrecht ist also, wer wirtschaftlich die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut ausübt.

Richtigerweise bedeutet wirtschaftliches Eigentum also nur die Zurechnung eines Wirtschaftsgutes zu einem Nichteigentümer, der die einem Eigentümer gleichartige Herrschaftsbefugnis ausübt.

→ Das Wirtschaftsgut muß dem Nichteigentümer nach der Substanz, d. h. nach seinem wirtschaftlichen Wert und seinem Ertrag zusteht.

Diese Abweichung in der Zurechnung ist verfassungsrechtlich unbedenklich.³

Zu beachten ist jedoch, daß diese Vorschrift *nicht* für die Zurechnung von Einkünften gilt.

Der wirtschaftliche Ausschluß des bürgerlich-rechtlichen Eigentümers von der Einwirkung für die gewöhnliche Nutzungsdauer hat im Umkehrschluß zur Folge, daß ein Herausgabeanspruch des Eigentümers während der gewöhnlichen Nutzungsdauer, bei Grund und Boden also immer, nicht besteht oder keine wirtschaftliche Bedeutung hat.⁴

Die gewöhnliche Nutzungsdauer eines Wirtschaftsgutes kann dabei in der Regel nach den amtlichen Afa-Tabellen bestimmt werden; diese Vermutung der Nutzungsdauer kann allerdings durch Darlegung besonderer Umstände entkräftet werden.

Seeliger⁵ hatte für die gesetzliche Regelung in der AO deshalb folgenden Zusatz vorgeschlagen, der im wesentlichen der Rechtsprechung des BFH entspricht:

„Der nach bürgerlichem Recht Berechtigte ist dann wirtschaftlich von der Einwirkung ausgeschlossen, wenn ihm kein oder nur ein praktisch bedeutungsloser Herausgabeanspruch zusteht oder wenn er das Wirtschaftsgut herauszugeben verpflichtet ist.“

Die Beurteilung der Frage, ob der Herausgabeanspruch wirtschaftlich noch von Bedeutung ist, richtet sich nach den getroffenen Vereinbarungen, die eindeutig und bindend sein müssen.

Abzustellen ist aber weiter auch auf den tatsächlichen Vollzug und eventuell sogar auf zivilrechtlich unwirksame Nebenvereinbarungen, wenn die Beteiligten das gewollte wirtschaftliche Ergebnis eintreten und bestehen lassen.

Der wirtschaftliche Eigentümer muß nicht in allem nunmehr selbst wie der zivilrechtliche Eigentümer verfügen können.

Dazu ist er beispielsweise bei Grundstücken auch gar nicht in der Lage, da ihm formal-rechtlich die Eigentümerstellung fehlt.

Ebenso schließen Einschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten, denen auch ein Eigentümer unterliegen kann, wirtschaftliches Eigentum nicht aus.

Andere Merkmale dagegen, z. B. die Möglichkeit zum Gebrauch, Nutzung oder Zerstörung des Wirtschaftsguts sind nicht entscheidend, auch nicht die Möglichkeit, Dritte von einer Einwirkung auszuschließen.

Der BFH hat diesbezüglich im Jahre 1979 entschieden, daß ein im Eigentum eines Gesellschafters stehendes Grundstück nicht allein dadurch wirtschaftliches Eigentum der Kommanditgesellschaft wird, daß sie es für ihr Unternehmen nutzt, Betriebsgebäude darauf errichtet und es in die Steuer- und Handelsbilanz aufnimmt.⁶

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise findet auch im Bereich des *Gesellschaftsrechts* ihren Niederschlag. Um den Rahmen des Aufsatzes nicht zu sprengen, sei hier nur auf folgenden Fall verwiesen:

Anteile an Kapitalgesellschaften sind in das wirtschaftliche Eigentum übergegangen, wenn aufgrund eines bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts der Anteils Käufer bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechtes gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr

entzogen werden kann, und wenn auch die mit den Anteilen verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind; ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung der Anteile reicht nicht aus, um wirtschaftliches Eigentum zu begründen.

Von Ausführungen zur strittigen Beurteilung bei Anteilen an einer Personengesellschaft wird abgesehen.

Eine lediglich formale Übertragung von Vermögenswerten läßt das wirtschaftliche Eigentum nicht übergehen. Werden daher Wirtschaftsgüter durch einen bürgerlich-rechtlich wirksamen Schenkungsvertrag von Eltern auf die Kinder übertragen, verbleibt das wirtschaftliche Eigentum bei den Eltern, wenn diese sich auf Lebenszeit die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die geschenkten Wirtschaftsgüter und deren Erträge vorbehalten haben.

Auch eine lediglich formale Vereinbarung, daß wirtschaftliches Eigentum übergehen soll, vermag kein solches zu begründen, da es immer auf den Inhalt der Vereinbarung und deren tatsächlichen Vollzug ankommt.

4. Entstehung des Begriffs

Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 der Vorschrift ist in Anlehnung als das sog. Leasing-Urteil des BFH (BStBl 70, 264) entwickelt worden, beabsichtigte aber keine Änderung gegenüber dem früheren Recht.

§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO entspricht also dem bisherigen Begriff des wirtschaftlichen Eigentums in Sinne des früheren § 11 STAnpG, es fehlt jedoch der Zusatz „soweit nichts anderes bestimmt ist.“ Dennoch gehen Spezialregelungen in den einzelnen Steuergesetzen vor, so daß bei jeder Prüfung darauf abzustellen ist, ob das Einzelsteuergesetz an das wirtschaftliche Eigentum oder an die zivilrechtliche Rechtslage anknüpft.

5. Anwendung

Soweit das Steuerrecht an wirtschaftliche Vorgänge anknüpft, kommt es nicht darauf an, welcher rechtlichen Form sich die Beteiligten bedienen haben, um ein bestimmtes wirtschaftliches Ergebnis zu erreichen.

Die Frage der Zurechnung von Wirtschaftsgütern spielt folglich nur bei den Steuern eine Rolle, die wirtschaftlichen Gesichtspunkten folgen, insbesondere bei der Einkommensteuer (dort § 10e, 17 Abs. 1 EStG), der Realsteuer (Gewerbsteuer, Grundsteuer), beschränkt auch bei der Verkehrssteuer sowie im Bewertungsrecht.

Nicht anwendbar – oder zumindest nur begrenzt im Einzelfall – ist § 39 Abs. 2 naturgemäß auf Steuerarten, die an bürgerlich-rechtliche Vorgänge anknüpfen, wie z. B. die Verkehrssteuern, Erbschaftssteuer und die Grunderwerbsteuer.⁷

Auch das Vollstreckungsverfahren nach der AO richtet sich gemäß § 262 Abs. 1 Nr. 3 AO nach dem bürgerlichen Recht.

Die Konsequenz hieraus ist, daß vor Besteuerung eines Vorgangs, in dem der Tatbestand des wirtschaftlichen Eigentums von Bedeutung sein kann, das einschlägige Steuergesetz daraufhin zu überprüfen ist, ob es nicht diese Frage selbständig in einer gesetzlichen Vorschrift geregelt hat.

Bei der Vorschrift des § 39 AO geht es um *materielles Steuerrecht*.

Sie hat keine Bedeutung im

a) Verfahrensrecht

Bsp.: Eine nichtexistente Personengesellschaft ist nicht klagebefugt, nur weil sie nach § 39 AO als existent behandelt wird.

³ BVerfGE 30, 59

⁴ BFH, BStBl. II 1982, 127

⁵ Seeliger, Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Steuerrecht, 1962

⁶ BFH, BStBl. II 1979, 466

⁷ vgl. BFH, BStBl. 1983 II, 179

b) *Zivilrecht*

Bsp.: Ein Gesellschafter einer Personengesellschaft, der für Steuerschulden der Gesellschaft zivilrechtlich in Anspruch genommen wird, kann daher nicht einwenden, daß er den Gesellschaftsanteil nur treuhänderisch für einen Treugeber halte.

6. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO: Gesetzlich normierte Anwendungsfälle

Das Gesetz führt für die Geltung der Ausnahmeregelung folgende Fälle an:

a) *Sicherungsübereignung*

Die Sicherungsübereignung ist als eigennützige Treuhand ein Mittel zur Kreditsicherung und wirtschaftlich einer Pfandstellung gleichzustellen.

Da der Sicherungsgeber durch Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses nach § 930 BGB im Besitz der Sache bleibt, werden sicherungsübereignete Wirtschaftsgüter als besitzlose Pfandrechte weiterhin dem Sicherungsgeber zugerechnet, obwohl dieser nicht mehr der juristische Eigentümer ist.

Daraus ergibt sich, die zu einem Betriebsvermögen gehörenden und sicherungsweise übereigneten Wirtschaftsgüter weiterhin in den Bilanzen des Sicherungsgebers erscheinen, dem allein das Recht zur Vornahme der Absetzungen für Abnutzung zusteht.

Die durch den Abschluß eines Sicherungsübereignungsvertrages getroffene Eigentumsänderung wird also wirtschaftlich und steuerlich unbeachtet gelassen.

Wird der Kreditvertrag, der in solchen Fällen meist schuldrechtliches Grundgeschäft ist, vertragsgemäß getilgt, hat der Sicherungsnehmer als rechtlicher Eigentümer grundsätzlich kein Recht, den Sicherungsgegenstand von seinem Schuldner herauszufordern, um sich etwa ähnlich einem Pfandgläubiger zu befriedigen.

Es liegt einzig und allein beim Sicherungsgeber, ob der rechtliche Eigentümer in der Lage sein wird, von seinem Eigentumsrecht und den sich daraus ergebenden Ansprüchen Gebrauch zu machen.

Die Stellung des Sicherungsgebers ist daher schon aus diesem Grund rechtlich so stark, daß der Herausgabeanspruch des Eigentümers in der Mehrzahl der Fälle keine Bedeutung erlangt.

Darf der Sicherungsnehmer das Sicherungsgut auch dann veräußern, wenn der Sicherungsgeber seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommt, muß es allerdings dem Sicherungsnehmer zugerechnet werden.

b) *Treuhand*

Wirtschaftsgüter sind bei Treuhandverhältnissen dem Treugeber zuzurechnen.

Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Treuhandschaft nach außen hin nicht zu erkennen gegeben wird (↔ Strohmännchen).

Die Vorschrift findet jedoch keine Anwendung auf die in diesem Falle ausgelöste Grunderwerbsteuer.

Ein Treuhandverhältnis kann auf dreierlei Arten begründet werden:

a) *Übertragungstreuhand*: der Treugeber *übereignet* dem Treuhänder (entgeltlich oder unentgeltlich) ein Wirtschaftsgut zu treuen Händen.

Dem Treuhänder wird dabei bürgerlich-rechtlich im Außenverhältnis eine größere Rechtsstellung eingeräumt als ihm im Innenverhältnis aufgrund der schuldrechtlichen Vereinbarung (Treuhandvertrag) zusteht.

Da er sein Recht aber nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse des Treugebers ausübt (sog. uneigennützige oder verwaltende Treuhand), ist das Wirtschaftsgut weiterhin dem Treugeber zuzurechnen.

b) *Erwerbstreuhand*: der Treuhänder *erwirbt* ein Wirtschaftsgut zu treuen Händen für den Treugeber.

c) *Vereinbarungstreuhand*: der Treuhänder hat das Wirtschaftsgut in seinem Eigentum oder Inhaberschaft; mit einem Dritten (dem nunmehrigen Treugeber) wird *vereinbart*, daß das Eigentum oder die Inhaberschaft nunmehr als Treuhänder für den Treugeber ausgeübt wird.

Hier fällt die Grunderwerbssteuer zweimal an: einmal beim Übergang vom Veräußerer auf den Treuhänder und zum anderen bei der Weiterübertragung an den Dritten.

c) *Eigenbesitz*:

§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 a. E. besagt, daß Wirtschaftsgüter, die jemand im Eigenbesitz hat, dem Eigenbesitzer zugerechnet werden.

Der hier gebrauchte Begriff des Eigenbesitzes stammt ab von der Legaldefinition des § 872 BGB, nach der derjenige Eigenbesitzer ist, der ein Wirtschaftsgut als ihm gehörend besitzt. Daß hierunter natürlich auch der Eigentümer fällt, wird weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung besonders hervorgehoben, da dieser Fall unproblematisch ist.

Der im Steuerrecht verwendete Begriff geht über diese Definition jedoch hinaus:

Eigenbesitzer im Steuerrecht ist, wer mit Herrschaftswillen die tatsächliche Sachherrschaft über das Wirtschaftsgut gleich einem Eigentümer ausübt und zu Verfügungen in der Lage ist (Besitz mit „animus domini“).

Der Fremdbesitzer dagegen übt die tatsächliche Herrschaft in Anerkennung des fremden Eigentums aus.

Der Eigenbesitz erfordert also

a) als objektives Tatbestandsmerkmal die tatsächlich ausgeübte Herrschaft über das Wirtschaftsgut

b) als subjektives Tatbestandsmerkmal den Herrschaftswillen, die Gewalt über das betroffene Wirtschaftsgut so auszuüben, als sei der Besitzer zugleich der Eigentümer des Wirtschaftsguts

Der Herrschaftswille wird allein danach beurteilt, ob auf Grund der wirtschaftlichen Gesamtlage im Einzelfall auf den „animus domini“ zu schließen ist oder nicht, und nicht nach den individuellen Vorstellungen des Eigenbesitzers. Er ist nur beim Eigenbesitz und nicht bei den übrigen Fällen des wirtschaftlichen Eigentums zu prüfen.

Es handelt sich also auch beim Eigenbesitz um einen Fall wirtschaftlichen Eigentums, Voraussetzung ist jedesmal das Zutreffen der Generalklausel des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1.

Beispiel:

Eigenbesitz und damit wirtschaftliches Eigentum ist stets gegeben bei *Erwerb unter Eigentumsvorbehalt*, obwohl der Erwerber erst mit Entrichtung des vollen Kaufpreises bürgerlich-rechtlicher Eigentümer wird.

Hier ist die Rechtslage insoweit ähnlich wie bei der Sicherungsübereignung, da der Käufer ebenso wie der Sicherungsgeber durch pünktliches Einhalten der zu erbringenden Zahlungen verhindern kann, daß das Wirtschaftsgut seinem Einfluß wieder entzogen wird.

Der Herrschaftswille braucht sich nicht auf eine Rechtsgrundlage oder auf einen guten Glauben daran stützen, er kann auch auf einen Irrtum zurückzuführen oder trotz Kenntnis der wahren Eigentumsverhältnisse vorhanden sein.

Maßgeblich sind also die Umstände des Einzelfalles.

Entschieden wurde z. B. der Fall, daß die aufgrund eines wegen Formmangel nichtigen Kaufvertrages erzielten Gewinne nicht mehr beim Veräußerer verwirklicht sind, wenn der Erwerber (trotz des nichtigen Kaufvertrages) wirtschaftlicher Eigentümer des Grundstücks geworden ist, seinerseits den Vertrag erfüllt hat und der Veräußerer nicht damit zu rechnen braucht, daß der Erwerber unter Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages seine Leistung zurückfordern wird.

Die bloße einverständliche Nutzung des Wirtschaftsguts und die Duldung des Besitzübergangs reichen aber nicht aus.

Möglich ist sogar ein besitzloses wirtschaftliches Eigentum, wenn nämlich der Inhaber des zivilrechtlichen Eigentums bezüglich des Wirtschaftsguts allein den Weisungen des anderen zu folgen verpflichtet ist und dieser jederzeit die Herausgabe des Wirtschaftsguts = Übertragung des Eigentums verlangen kann.

Die getroffenen Vereinbarungen im Innenverhältnis müssen dahingehend lauten, daß der zivilrechtliche Eigentümer auf Dauer von der Einwirkung auf den Gegenstand ausgeschlossen ist, während der andere für eigene Rechnung zur Verfügung über die Substanz berechtigt ist.

Denkbar ist dies vor allem bei der Übertragung von Grundbesitz (siehe unten).

Eine rückwirkende Vereinbarung von Eigenbesitz wird steuerlich jedoch nicht anerkannt.

Exkurs: Diebstahl, unehrlicher Fund und Unterschlagung

Auch hier wird Eigenbesitz erworben. Dem Eigentümer steht zwar nach wie vor die Ausschließungsbefugnis aus § 903 BGB gegenüber jedermann zu; diese nützt ihm wirtschaftlich gesehen aber wenig, da ein Herausgabeanspruch nur gegenüber bekannten Personen erfolgreich durchgesetzt werden kann. Trotz Weiterbestehens des Eigentumsrechts ist der Eigentümer also aus tatsächlichen Gründen gehindert, sein Eigentumsrecht an der betroffenen Sache geltend zu machen.

Die Konsequenz hieraus ist, daß es gerade im Hinblick auf diese Möglichkeit des Diebes, den Eigentümer von einer Einwirkung auf den Gegenstand auszuschließen, gerechtfertigt wäre, dem Dieb oder unehrlichen Finder den Gegenstand zuzurechnen und bei diesen der Besteuerung zu unterwerfen (so auch vertreten von Seeliger⁸).

Nach dessen Ansicht bliebe zwar in der Mehrzahl der Fälle die Besteuerung des Diebes reine Theorie, da „Diebe im allgemeinen nicht die von ihnen gestohlenen Wirtschaftsgüter gegenüber dem Finanzamt zu erklären pflegen“, dies ändere aber nichts daran, daß das gestohlene Wirtschaftsgut nicht mehr zum Vermögen des bestohlenen Eigentümers zugerechnet werden kann.

Jedoch erscheint mir eine gegenteilige Auffassung⁹ plausibler, die als Gegenstand der Bewertung nämlich nicht die Sache, das Wirtschaftsgut selbst, sondern das Eigentumsrecht daran sieht. Selbst an gestohlenen Sachen können Eigentumsrechte übertragen werden, für die allerdings niemand etwas bieten würde. Die Zurechnung erfolgt dieser Ansicht nach also grundsätzlich weiter beim Eigentümer.

Der wertmäßige Ansatz würde dann entsprechend den Chancen auf Wiederherstellung der entzogenen Herrschaftsgewalt zu bestimmen bzw. im Extremfall mit Null zu veranschlagen sein; eine Abweichung von der bürgerlich-rechtlichen Zuordnung wäre dann aber nicht erforderlich.

Die vorstehende Aufzählung von Fällen wirtschaftlichen Eigentums in § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO ist nicht erschöpfend.

Es handelt sich nur um Beispiele für den Grundgedanken, daß ein anderer als der rechtliche Eigentümer als wirtschaftlicher Eigentümer anzusehen ist, wenn er die wirtschaftliche Herrschaft ausübt, deren gewöhnlicher Ausdruck das Eigentum ist. Schwierig wird dies vor allem bei der Beurteilung von *Leasingverträgen*:

Es handelt sich bei allen Leasingverhältnissen um eine entgeltliche Gebrauchs- oder Nutzungsüberlassung von Wirtschaftsgütern. Die Beurteilung, ob diese Wirtschaftsgüter steu-

erlich dem Leasinggeber oder dem Leasingnehmer zuzurechnen sind, beurteilt sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls.

Der BFH hat sich in seiner berühmt gewordenen Grundsatzentscheidung, veröffentlicht im BStBl. II 1970, 264, zu gewissen, über den damaligen Beschwerdefall hinausgehenden Formulierungen entschlossen, wonach *bewegliche* Wirtschaftsgüter dem Leasingnehmer als deren wirtschaftlichem Eigentümer zuzurechnen sind, wenn

a) ihre betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer erheblich länger ist als die Grundmietzeit und dem Leasingnehmer ein Recht auf Verlängerungs- oder Kaufoption zusteht, bei dessen Ausübung er nur noch einen einer Anerkennungsgebühr ähnelnden, wesentlich geringeren Betrag zu zahlen hat, als sich bei Berechnung des dann üblichen Mietzinses oder Kaufpreises ergeben würde ⇨ Finanzierungsleasing

b) die Nutzungsdauer und die Grundmietzeit sich annähernd decken, und zwar ohne Rücksicht auf ein etwaiges Optionsrecht;¹⁰

c) ohne Rücksicht auf das Verhältnis von Grundmietzeit und Nutzungsdauer, wenn die Leasinggegenstände speziell auf die Verhältnisse des Leasingnehmers zugeschnitten sind und nach Ablauf der Grundmietzeit nur noch bei diesem eine wirtschaftlich sinnvolle Verwendung finden können. (Dies darf nicht verwechselt werden mit dem Eigenbesitz, da der Leasingnehmer keinen Herrschaftswillen hat.)

Wenngleich das BFH-Urteil nicht unumstritten blieb, wurden diese Richtlinien in der Folge dann auch weitgehend von der Literatur übernommen.

Auf Ausführungen zum Thema „Immobilienleasing“ wird verzichtet.

Für die Folgen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Grundstücksbereich verweise ich auf Punkt 7 meiner Ausführungen.

d) *Gesamthandseigentum*:

Es stellt sich die Frage, wie sich die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei Gesamthandsgemeinschaften auswirkt, bei denen eine Mehrheit von Personen Träger eines diesen Personen *gemeinschaftlich* zustehenden Vermögens ist.

Darunter fallen also die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Gütergemeinschaft und die Erbengemeinschaft.

Für die Zurechnung sind zwei Möglichkeiten denkbar:

a) die Beteiligten an der Gesamthand werden als Einheit behandelt;

b) die Beteiligten werden als getrennte Rechtsträger behandelt.

§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO löst für Steuerzwecke grundsätzlich die Gesamthand gedanklich auf. Normierter Grundsatz hierfür ist, daß Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand zustehen, den Beteiligten anteilig, also so zugerechnet werden, als wären sie nach Bruchteilen berechtigt. Die Höhe der Bruchteile ist nach den Anteilen zu bestimmen, zu denen die Beteiligten an dem Vermögen zur gesamten Hand berechtigt sind oder nach dem Verhältnis dessen, was ihnen bei Auflösung der Gemeinschaft zufallen würde.

Im gleichen Satz folgt jedoch die Einschränkung, daß dieser Grundsatz nur gilt, „soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist.“

Dies ist der Fall, wenn die Gesamthand selbst nicht Schuldnerin der Steuer ist, aber den Besteuerungstatbestand erfüllt.

Die Vorschrift ist dagegen nicht anzuwenden, soweit die

⁸ Seeliger, a. a. O.

⁹ Stelling, Das wirtschaftliche Eigentum im Steuerrecht, 1933

¹⁰ Beispiel hierfür ist der sog. Gasflaschenfall, bei dem der Mieter die Flaschen „bis zu ihrer Erschöpfung“ nutzen kann

Gesamthandsgemeinschaft als solche steuerlich rechtsfähig ist, z. B. bei der Umsatzsteuer.

Zuerst muß also festgestellt werden, ob sich der Steueranspruch nach dem in Betracht kommenden Steuergesetz gegen den einzelnen Gesamthänder oder gegen die Gesellschaft richtet.

Dies kann je nach Steuergesetz verschieden sein und soll am Beispiel der *Erbengemeinschaft* näher beleuchtet werden:

Diese wird bei der Festsetzung der *Grunderwerbsteuer* als selbständiger Rechtsträger behandelt und ist damit selbst Steuerschuldner.

Geht dagegen durch Erbfall z. B. ein Unternehmen auf mehrere Erben über, wird es zum Gesamthandsvermögen. Den Miterben sind als Mitunternehmern gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 *Einkommensteuergesetz*, der § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO verdrängt, die aus dem Unternehmen erzielten Gewinne anteilig zuzurechnen, und zwar unabhängig davon, ob das Betriebsvermögen aufgrund Teilungsanordnung oder Vermögensniss an einen Miterben oder Dritten herauszugeben ist.

Für den Maßstab der anteiligen Zurechnung gibt das Gesetz keinen Anhalt; es muß auf das jeweilige Einzelgesetz, auf die jeweiligen Vorschriften über die betreffende Gesamthandsgemeinschaft und auf die vertraglichen Vereinbarungen der Beteiligten abgestellt werden.

In erster Linie muß somit die Zurechnung eines Gesamthandsvermögens an die Beteiligten nach dem Anteil des einzelnen Beteiligten (Vermögensanteil) erfolgen. Um diesen Vermögensanteil eines einzelnen Gesellschafters zu bestimmen, muß dessen Mitgliedschaft in all ihren vermögensmäßigen Beziehungen zu den Mitgliedschaftsrechten der anderen Gesellschafter in Beziehung gesetzt werden.

Vergleicht man die Aussagen in § 39 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AO, muß folgendes beachtet werden:

Nr. 2 des § 39 Abs. 2 ist streng von Nr. 1 zu unterscheiden:

Nr. 1 gibt Auskunft darüber, ob ein Wirtschaftsgut den Beteiligten einer Gesamthandsgemeinschaft zuzurechnen ist, wenn sie nicht Eigentümer im Sinn des BGB sind.

Ist die Zurechnung geklärt, regelt Nr. 2, wie regelt die Zurechnung bei einer Gesamthandsgemeinschaft erfolgt, die entweder

- a) nach § 39 Abs. 1 AO bürgerlich-rechtlicher Eigentümer ist und nicht unter den Ausnahmefall des Abs. 2 fällt oder
- b) nach Abs. 2 Nr. 1 AO wirtschaftlicher Eigentümer eines Wirtschaftsgutes ist.

7. Wirtschaftliches Eigentum im Hinblick auf Grundbesitz

Abschließend möchte ich noch auf die Folgen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Bereich der Grundstücksgeschäfte eingehen:

A) Das wirtschaftliche Eigentum tritt hier in der Regel als Vorläufer des bürgerlich-rechtlichen Eigentums auf:

Grundsätzlich ist bei der *Übertragung von Grundstücken* der Besitzer eines gekauften, aber noch nicht aufgelassenen und eingetragenen Grundstücks nicht Eigenbesitzer, da ihm der Herrschaftswille fehlt.

Dies schließt jedoch nicht aus, daß er wirtschaftlicher Eigentümer sein kann, wenn ihm das Grundstück übergeben wurde und er wie ein Eigentümer wirtschaftlich darüber verfügen kann, indem er die Nutzungen zieht und die Lasten trägt.¹¹

Anhand einiger Beispielfälle aus der notariellen Praxis möchte ich dies näher erläutern:

■ A verkauft sein Grundstück an B und läßt es auf. Besitzübergabe erfolgt sofort. Da das zivilrechtliche Eigentum erst mit Grundbucheintragung übergeht, stellt sich die Frage nach dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums:

Nach einer Entscheidung des BFH wird derjenige zum wirtschaftlichen Eigentümer, der ein Grundstück in Erwartung des Eigentumserwerbs wie ein Eigenbesitzer besitzt.

Dieser Fall ist hier gegeben; durch die sofortige Besitzübergabe übt B wirtschaftlich die tatsächliche Sachherrschaft über das Grundstück aus. Der Umstand, daß A im Außenverhältnis bis zur Umschreibung im Grundbuch rechtlich wirksam verfügen könnte, ist steuerlich nicht von Bedeutung.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist demnach der Moment, von dem ab der künftige Eigentümer nach dem Willen der Vertragspartner wirtschaftlich über das Grundstück verfügen kann. Dies ist in der Regel der Fall, sobald Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr auf den Erwerber übergegangen sind.

Da es auf das Gesamtbild ankommt, kann wirtschaftliches Eigentum aber auch dann anzunehmen sein, wenn diese Voraussetzungen nicht in vollem Umfang gegeben sind, der Besitz aber in Erwartung des Eigentumserwerbs eingeräumt worden ist (z. B. wenn die Vertragsparteien entsprechende schuldrechtliche Verpflichtungen eingegangen sind).

Beispiel aus der Rechtsprechung: wirtschaftliches Eigentum kann bei einem unwiderruflichen Verkaufsangebot unter Entgegennahme des Kaufpreises in Form eines zinslosen Darlehens entstehen, dessen Refinanzierung durch das zu veräußernde Grundstück gesichert wird.

Nicht ausreichend ist die bloße einverständliche Nutzung eines Grundstücks und Duldung des Besitzübergangs in Erwartung eines späteren Vertragsabschlusses, da in der Regel eindeutige und bindende Absprachen vorliegen müssen.

■ Ein Ehegatte schenkt seiner Ehefrau ein Grundstück und behält sich vor, die Rückübertragung in folgenden Fällen zu verlangen:

- die Frau belastet oder veräußert das Grundstück ohne seine Zustimmung
- über das Vermögen der Frau wird der Konkurs eröffnet
- die Ehe wird geschieden und eine Rückkauflassungsvormerkung eingetragen

In diesem Fall bleibt der alte zivilrechtliche Eigentümer trotz Übertragung eines Grundstücks mit Eigentumsübergang wirtschaftlicher Eigentümer.

■ Eigenbesitzer A ist im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden, obwohl die Erklärung der Auflassung aus irgendeinem Rechtsgrund von vornherein nichtig war oder dies nachträglich auf Grund Anfechtung geworden ist:

Er kann nun, da die Vermutung des § 891 BGB für ihn spricht, mit dem Grundstück wie ein Eigentümer verfahren und eventuell sogar einem Dritten daran das Eigentum wirksam verschaffen.

Steuerlich ergibt sich daraus eindeutig die Zurechnung des Grundstücks zu seinem Vermögen.

Nun könnte eingewendet werden, daß das Ausschließungsrecht gegenüber dem rechtlichen Eigentümer B nicht auf Dauer besteht, da der wahre Eigentümer die Herausgabe des Grundstücks sowie Berichtigung des Grundbuches (§ 894 BGB) bzw. die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit verlangen kann.

Dagegen läßt sich aber sagen, daß diese Maßnahmen und eine daraufhin erfolgte Eintragung des Anspruchsinhabers B *neue* Ereignisse darstellen.

Wie bereits ausgeführt, genügt es aber für die Annahme wirtschaftlichen Eigentums, daß dessen Träger dauernd, d. h. bis zum Eintritt einer Änderung der Rechtslage, die Verfügungsgewalt innehat.

⇒ damit ist bis zur Eintragung des B das Wirtschaftsgut dem eingetragenen Nichteigentümer A zuzurechnen.

Wirtschaftliches Eigentum kann auch an ideellen Anteilen eines Grundstücks bestehen. Auch an einem ungeteilten Grundstück, das bürgerlich-rechtlich im Eigentum einer einzigen Person steht, kann wirtschaftliches Miteigentum begründet sein, wenn mehrere Personen den Grundbesitz als ihnen gemeinschaftlich gehörend besitzen.

B) *Pächter und Mieter* sind Fremd-, nicht Eigenbesitzer. Dies gilt grundsätzlich für die normale Nutzung, die dabei gegebene Sachherrschaft genügt mithin für die Annahme des wirtschaftlichen Eigentums nicht, da es am Herrschaftswillen fehlt.

Das gilt selbst dann, wenn die Vertragsbeteiligten ins Auge fassen, daß das Miet- oder Pachtobjekt nach Ablauf der Miet- oder Pachtzeit an den Nutzenden veräußert werden soll. Ausnahmefälle können sich bei außergewöhnlichen Miet- oder Pachtverträgen ergeben, wenn Elemente einer besonderen Beherrschung hinzukommen.

Beispiel:

- Einem Pächter eines Mineraliengewinnungsrechts ist durch einen Abbau- und Ausbeutevertrag durch langfristige und bedingungsfreie Vereinbarungen unter Ausschaltung der Verfügung des Verpächters die Befugnis zur vollen Ausbeute übertragen worden.
- Beim Tod des Verpächters soll das Eigentum auf den Pächter übergehen, es muß ihm hierfür aber vor dessen Tod unwiderruflich überlassen worden sein.
- Die Mietdauer einer Sache ist unkündbar und so bemessen, daß nach Ablauf die Mietsache technisch oder wirtschaftlich abgenutzt ist. Hierzu wird auf die anwendbaren Grundsätze der Leasingrechtsprechung verwiesen (siehe Punkt 6).

C) Der *Nießbraucher* an einem Grundstück ist grundsätzlich nicht wirtschaftlicher Eigentümer.

Wirtschaftliches Eigentum ist nur dann anzunehmen, wenn sich die rechtliche und tatsächliche Stellung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer von der normalen Stellung eines Nießbrauchers so deutlich unterscheidet, daß der Nießbraucher die tatsächliche Herrschaft über das Grundstück ausübt.

Der BFH hat beispielsweise entschieden, daß Eltern, die ein Grundstück im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge schenkweise auf ihrer Kinder übertragen und sich dabei den Nießbrauch vorbehalten, in der Regel kein wirtschaftliches Eigentum zurückbehalten.¹²

Entscheidend ist, daß der Eigentümer weiterhin allein in der Lage ist, das Grundstück durch Verkauf zu verwerten.

Ausnahmsweise führt der Vorbehaltsnießbrauch daher dann zu wirtschaftlichem Eigentum, wenn dem bürgerlich-rechtlichen Eigentümer ein Veräußerungsverbot auferlegt und das für den Fall der Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot bestehende Rückübertragungsrecht des Nießbrauchers durch Auflassungsvormerkung gesichert ist.

Eine ältere, aber überholte Lehre besagte, daß der Vorbehaltsnießbraucher dann wirtschaftlicher Eigentümer bleibe, wenn er den übereigneten Grundbesitz aufgrund vorbehaltenen Nießbrauchsrechte „wirtschaftlich unverändert, insbesondere im gleichen Maße, in gleicher Weise, gegen Entzug gleichgesichert und auf Dauer wie zuvor nutzt“.

D) Mit dem Grund und Boden fest verbundene Gebäude gehören gemäß §§ 93, 94, 946 BGB als wesentliche Bestandteile eines Grundstück dem Grundstückseigentümer.

Der Bau eines *Gebäudes auf fremdem Grund und Boden* führt nicht ohne weiteres zu wirtschaftlichem Eigentum an dem Gebäude. Weder das Nutzungsrecht noch der Anspruch des Bauenden auf Ersatz der Aufwendungen (§§ 951, 812 BGB) hindern den Grundstückseigentümer an der Verfügung über das Grundstück oder lassen den Herausgabeanspruch wirtschaftlich als wertlos erscheinen.

Bürgerlich-rechtlicher (und wirtschaftlicher) Eigentümer ist der Erbauer also nur dann, wenn die Erbauung in Ausübung eines dinglichen Rechts oder nur zu einem vorübergehenden Zweck nach § 95 Abs. 1 BGB erfolgt ist, außer er wäre nicht befugt, über die Substanz, insbesondere über den Gebäudewert zu verfügen.

Ausnahmsweise sind solche Gebäude jedoch dem Erbauer als wirtschaftlichem Eigentümer dann zuzurechnen, wenn der Eigentümer des Grundstücks durch vertragliche Vereinbarungen oder aus anderen Gründen dauerhaft von der Einwirkung ausgeschlossen ist und der Herausgabeanspruch deshalb wirtschaftlich bedeutungslos ist bzw. überhaupt nicht besteht.¹³

An solche Vereinbarungen werden jedoch strenge Anforderungen gestellt, da sie ganz eindeutig sein müssen, insbesondere zwischen einander nahestehenden Personen.

Dies möchte ich am Beispiel des *Miteigentums* ausführlicher darstellen und abgrenzen:

Der BFH hat im Jahre 1990 entschieden, daß ein Miteigentümer, der auf dem gemeinsamen Grundstück allein auf seine Kosten ein Gebäude errichtet, nur dann das wirtschaftliche Eigentum an dem ihm nicht gehörenden Miteigentumsanteil erwirbt, wenn ihm aufgrund eindeutiger, im Voraus getroffener und tatsächlich durchgeführter Vereinbarungen Substanz und Ertrag des errichteten Gebäudes für dessen voraussichtliche Nutzungsdauer zustehen.

Wirtschaftliches Eigentum am anderen Miteigentumsanteil entsteht auch nicht deshalb, weil der andere Miteigentümer den Eigenkapitalanteil aufgebracht und die Finanzierung auf seine Einkommensverhältnisse abgestellt hat, oder weil der errichtende (oder erwerbende) Miteigentümer das Objekt auf eigene Rechnung und im eigenen Namen vermieten darf.

Auch lassen weder das Einverständnis des anderen Miteigentümers mit den Erhaltungsmaßnahmen, noch der Anspruch des die Maßnahmen oder den Bau durchführenden Miteigentümers auf Ersatz der Aufwendungen den Herausgabeanspruch des anderen Miteigentümers wertlos erscheinen oder hindern diesen Miteigentümer an der Einwirkung auf das Grundstück.

Wirtschaftliches Eigentum geht auch nicht allein dadurch über, daß der mutmaßliche Erbe vor der Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein Gebäude ausbaut oder ein Grundstück bebaut oder daß ein Vater auf dem im bürgerlich-rechtlichen Eigentum seines Kindes stehenden Grundstück auf seine Kosten ein Einfamilienhaus errichtet.

Das *Erbbauerecht* ist als besondere Berechtigung anzusehen und bedeutet daher im Regelfall kein wirtschaftliches Eigentum.

Dies kann anders sein, wenn es entgeltlich mit der Abrede bestellt wird, daß der Erbbauberechtigte die unentgeltliche Übertragung des belasteten Grundstücks verlangen kann.

Zur Abrundung des Themas möchte ich noch folgenden Fall erwähnen, der so oder ähnlich zum Alltagsgeschäft auf dem Notariat gehört:

A ist Eigentümer eines Grundstücks. Er errichtet darauf mit der ihm nahestehenden B ein Gebäude.

Hier erwirbt die Nichteigentümerin B nicht deshalb wirtschaftliches Eigentum an einem Miteigentumsanteil, weil sie die Hälfte der Kosten für die Errichtung des Gebäudes getragen hat.

Anders ist dies, wenn A und B vor der Bebauung eine eindeutige Vereinbarung über ein Nutzungsrecht für die voraussichtliche Nutzungsdauer des Gebäudes getroffen haben.

⇨ So ist wirtschaftliches Miteigentum am Wohnobjekt gegeben, wenn die Alleineigentümerin eines unbebauten Grundstücks dort mit ihrem späteren Ehemann nach Einräumung eines dauernden Nutzungsrechts ein Einfamilienhaus errichten läßt, dessen Herstellungskosten beide je zur Hälfte tragen.

Literaturverzeichnis:

- Seeliger, Gerhard, Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Steuerrecht, 1962, Stuttgart
- Dr. Werndl, Josef, Wirtschaftliches Eigentum, 1983, Dr. Peter Deubner Verlag GmbH
- Klein, Kommentar zur Abgabenordnung, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck
- Tipke/Lang, Steuerrecht, 16. Auflage 1998, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln

Rechtsprechung

GG Art. 14, 3 Abs. 1, 3 Abs. 3 S. 2; BGB GG 2232, 2233 Abs. 2; BeurkG §§ 22, 24, 31

Der generelle Ausschluß schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglichkeit in den §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG verstößt gegen die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sowie gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Benachteiligungsverbot für Behinderte in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Beschl. d. BVerfG v. 26. 1. 1999 – 1 BvR 2161/94

Aus den Gründen:

A.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Testiermöglichkeiten schreibunfähiger Stummer.

II.

1. Die Parteien des Ausgangsverfahrens streiten um die Erbschaft des am 10. September 1905 geborenen und am 22. Dezember 1989 verstorbenen Kaufmanns S. Sieben Jahre vor seinem Tode erlitt dieser einen Schlaganfall und war seitdem gelähmt. Er konnte weder sprechen noch schreiben, wohl aber hören und sich durch Zeichen verständigen. In dieser Zeit wurde er von der Beklagten des Ausgangsverfahrens gepflegt. Sie übernahm auch die Gebrechlichkeitspflegschaft. Am 17. Juli 1982 gab S. eine notarielle Erklärung über seinen letzten Willen ab. Neben dem berurkundenden Notar waren ein zweiter Notar als Zeuge und ein Arzt als Vertrauensperson anwesend. Beide Notare und der behandelnde Arzt kamen zu der Überzeugung, daß S. testierfähig sei und die Beklagte zur Alleinerbin einsetzen wolle.

2. Im Ausgangsverfahren begehrte eine Tochter des Erblassers die Feststellung, daß die Beklagte nicht testamentarische Alleinerbin geworden sei. Sie berief sich darauf, daß das Testament vom 17. Juli 1982 formunwirksam und daß sie als nahe Verwandte gesetzliche Miterbin geworden sei. Das Landgericht gab der Klage statt (NJW-RR 1993, S. 969 f.). Die dagegen eingelegte Berufung wies das Oberlandesgericht zurück (ZEV 1995, S. 261):

Ein Stummer könne nach § 31 BeurkG ein Testament nur durch Übergabe einer Schrift errichten, wenn er die schriftliche Erklärung abgebe, daß diese Schrift seinen letzten Willen enthalte. Daraus folge, daß ein schreibunfähiger Stummer nicht testieren könne. Die Spezialvorschrift des § 31 BeurkG verdränge insoweit die §§ 24, 25 BeurkG. Demzufolge sei das Testament vom 17. Juli 1982 formunwirksam, so daß die gesetzliche Erbinfolge eingreife.

Dieses Ergebnis sei auch mit Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar. Die Testierfreiheit sei zwar durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet. Sie unterliege aber gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG der gesetzlichen Ausgestaltung. § 31 BeurkG sei eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung. Zweck der Formvorschriften für die Errichtung letztwilliger Verfügungen sei es, voreiligen und unüberlegten Entscheidungen des Erblassers vorzubeugen. Außerdem solle sichergestellt werden, daß der Erblasser der Urheber der Erklärung sei und die Erklärung dem Willen des Erblassers entspreche. § 31 BeurkG erweise sich insoweit als geeignete und erforderliche Regelung. Das gelte auch für den Fall des schreibunfähigen Stummen. Dessen Schwierigkeiten, seinen Willen überhaupt kundzutun, rechtfertigen es, ihn von der Errichtung letztwilliger Verfügungen auszuschließen. Die weitreichende Bedeutung letztwilliger Verfügungen sowie der Umstand, daß diese erst wirksam würden, wenn ihr Urheber über das von ihm Gewollte keine Auskunft mehr geben könne, seien hinreichend gewichtige Gründe, an die Errichtung von Testamenten strengere Anforderungen zu stellen, als sie in §§ 24,

25 BeurkG für Rechtsgeschäfte unter Lebenden vorgesehen seien. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei es hinzunehmen, daß Personen trotz hinreichender geistiger Fähigkeiten mangels Ausdrucksmöglichkeit nicht testieren könnten. Ähnliches gelte auch für Jugendliche, an deren geistiger Reife keine Zweifel bestünden, die aber nicht testieren könnten, weil sie das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten.

Im Berufungsurteil wurde die Revision nicht zugelassen. Das Berufungsurteil wurde der Beklagten des Ausgangsverfahrens am 19. Oktober 1994 zugestellt. Sie verstarb am 28. Oktober 1994 und wurde von ihren Familienangehörigen, den Beschwerdeführern, als gesetzlichen Erben beerbt.

III.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde greifen die Beschwerdeführer nur die Berufungsentscheidung des Oberlandesgerichts an und machen eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG geltend. Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG gewährleiste insbesondere das Prinzip der Testierfreiheit. Die Feststellung der Formunwirksamkeit eines Testaments greife in schwerwiegender Weise in die Testierfreiheit und damit in den Kernbereich der Erbrechtsgarantie ein. Ein solcher Eingriff sei nur im Interesse überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig. Der Ausschluß schreibunfähiger Stummer von jeder Testiermöglichkeit sei nicht durch überragend wichtige Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt. Der mit den Formvorschriften erstrebte Übereilungsschutz könne auch erreicht werden, wenn man bei schreibunfähigen Stummen die Beurkundung von Testamenten nach Maßgabe der §§ 22, 24 BeurkG zulasse.

Diese Beurkundungsformen seien ohnedies nach § 2276 Abs. 2 BGB in dem Sonderfall möglich, in dem ein schreibunfähiger Stummer einen Ehe- und Erbvertrag schließe. Ein vernünftiger Grund für diese Ausnahme sei nicht erkennbar, so daß eine willkürliche Ungleichbehandlung und damit eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG vorliege. Schließlich sei auch nicht einzusehen, warum für Testamente strengere Formvorschriften gelten als für Geschäfte unter Lebenden. Geschäfts- und Testierfähigkeit könnten im Hinblick auf die geistige und gesundheitliche Disposition der Betroffenen nicht unterschiedlich behandelt werden.

IV.

Zu der Verfassungsbeschwerde haben sich das Bundesministerium der Justiz namens der Bundesregierung, der Bundesgerichtshof und die Klägerin des Ausgangsverfahrens geäußert.

1. Das Bundesministerium der Justiz hält die mit der Verfassungsbeschwerde mittelbar angegriffene gesetzliche Regelung für verfassungsrechtlich bedenklich. § 31 BeurkG stelle im vorliegenden Fall eine unverhältnismäßige Beschränkung der Testierfreiheit dar. Regelungszweck der erbrechtlichen Formvorschriften sei es, die Echtheit des Testaments zu gewährleisten, es vor Fälschungen zu schützen sowie der Beweiserleichterung zu dienen. Der Ausschluß sprech- und schreibunfähiger Personen sei zwar ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Authentizitäts- und Beweisfunktion des Testaments. Hingegen erscheine es zweifelhaft, ob die Regelung auch dem Gebot der Erforderlichkeit genüge. Wie § 24 BeurkG zeige, könne der Wille eines sprech- und schreibunfähigen Menschen unter den dort genannten Voraussetzungen zuverlässig ermittelt und beurkundet werden. Wenn diese Beurkundungsform für rechtsgeschäftliche Erklärungen unter Lebenden und gemäß § 2276 Abs. 2 BGB für Ehe- und Erbverträge unter Ehegatten als ausreichend angesehen werde, erscheine es problematisch, bei letztwilligen Verfügungen diese Beurkundungsform nicht zuzulassen. Die für eine

strengere Formvorschrift angeführten Gründe könnten einen völligen Ausschluß der verfassungsrechtlich garantierten Testiermöglichkeit nicht rechtfertigen. Die weitreichende Bedeutung eines Testaments könne einen Ausschluß nicht begründen, weil auch Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall eine ähnlich Bedeutung erlangen und dennoch nach § 24 BeurkG beurkundet werden könnten. Schließlich bestünden auch im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz erhebliche Bedenken gegen die Regelung des § 31 BeurkG. Das gesetzgeberische Ziel, die Authentizität des Testaments zu gewährleisten, sei nicht von solcher Art und solchem Gewicht, daß es den grundsätzlichen Ausschluß Sprech- und Schreibunfähiger von der Testiermöglichkeit rechtfertigen könnte.

2: Der Vorsitzende des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs hat mitgeteilt, daß der Bundesgerichtshof sich bislang mit der Frage der Vereinbarkeit von § 31 BeurkG mit dem Grundgesetz nicht befafßt habe. Der Senat überschaue die Vielfalt möglicher Sachverhaltsgealtungen nicht hinreichend. Wenn etwa ein Erblasser nicht mit der Hand schreiben könne, wohl aber mit dem Mund oder dem Fuß, könnte den verfassungsrechtlichen Bedenken durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 31 BeurkG Rechnung zu tragen sein. Zweifelhaft sei aber, wie weit dieser Weg gangbar sei, etwa wenn der Erblasser nur mit einer Schreibmaschine oder anderen technischen Hilfsmitteln oder durch besondere Gebärden in der Lage sei, Schriftzeichen herzustellen oder anzudeuten, oder wenn er nur die von einem anderen gezeigten Buchstaben oder Worte durch Nicken oder Kopfschütteln bestätigen oder ablehnen könne. Der Senat sehe daher von einer Stellungnahme zur Frage der Vereinbarkeit von § 31 BeurkG mit dem Grundgesetz ab.

3. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens hält die Verfassungsbeschwerde für unbegründet, da keine neuen Gesichtspunkte sichtbar geworden seien.

B.

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Auf die Erbrechtsgarantie kann sich neben dem Erblasser auch der begünstigte Erbe, jedenfalls vom Eintritt des Erbfalls an, berufen. Andernfalls würde der grundrechtliche Schutz des Erbrechts mit dem Tode des Erblassers erlöschen und damit weitgehend entwertet werden (vgl. BVerfGE 91, 346 <360>). In gleicher Weise sind auch die Erbeserben von Art. 14 Abs. 1 GG jedenfalls dann geschützt, wenn sie ein Verfahren des Erben um dessen Erbenstellung fortsetzen. Sonst wäre die Durchsetzung der verfassungsrechtlichen Erbrechtsgarantie in einer großen Zahl von Fällen vom Zufall abhängig. Stirbt der mögliche Erbe – wie hier – nach Zugang der letztinstanzlichen Entscheidung, sind die Erbeserben somit zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde berechtigt (vgl. BVerfGE 17, 86 <91>).

C.

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

I.

Bei der verfassungsgerichtlichen Prüfung bilden die von den Beschwerdeführern als verletzt gerügten Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG den Prüfungsmaßstab. Das Verbot der Benachteiligung Behinderter scheidet als Kontrollmaßstab aus, soweit es um die Entscheidung des Oberlandesgerichts geht. Denn Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist erst nach Zustellung dieser Entscheidung in Kraft getreten. Hingegen kann Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bei der Überprüfung der dem Urteil zugrundeliegenden und mittelbar angegriffenen gesetzlichen Regelung nicht unberücksichtigt bleiben. Wenn sich die als verletzt gerügte Grundrechtsnorm nach der fachgerichtlichen Rechtsanwendung ändert, besteht regelmäßig ein Allgemeininteresse an der Klärung der Frage, ob das Gesetz aufgrund der Grundgesetzänderung verfassungswidrig und damit rechtswirksam geworden ist.

II.

Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet das Erbrecht als Rechtsinstitut und als Individualrecht (vgl. BVerfGE 67, 329 <340>; 91, 346 <358>).

1. Bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie ist die Testierfreiheit, ein auf natürliche Personen zugeschnittenes Freiheitsrecht. Sie dient ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Selbstbestim-

mung des Einzelnen im Rechtsleben (vgl. BVerfGE 89, 214 <321>; 91, 346 <358>). Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfaßt die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlaßbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken (vgl. BVerfGE 58, 377 <398>).

Aus dem Charakter der Testierfreiheit als individuelles Selbstbestimmungsrecht im wirtschaftlichen Bereich lassen sich Folgerungen für den verfassungsrechtlichen Gehalt der Erbrechtsgarantie ziehen. Es werden nur selbstbestimmte und selbstverantwortete letztwillige Erklärungen von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit geschützt. Selbstbestimmung setzt Selbstbestimmungsfähigkeit voraus. Nur wenn der Einzelne in der Lage ist, selbstbestimmt zu handeln und im wirtschaftlichen Bereich eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, können seine letztwilligen Verfügungen grundrechtlichen Schutz beanspruchen. Der Einzelne muß demzufolge die für die Testamentserrichtung erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit besitzen. An dieser Selbstbestimmungsfähigkeit kann es etwa bei Kindern und Jugendlichen fehlen (vgl. BVerfGE 59, 360 <382>; 71, 122 <137> für das Eltern-Kind-Verhältnis). An der für die Grundrechtsausübung im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG notwendigen Selbstbestimmungsfähigkeit kann es aber auch bei Erwachsenen mangeln, wenn der Erblasser aufgrund geistiger oder körperlicher Gebrechen zu eigenverantwortlicher Testamentserrichtung nicht in der Lage ist.

2. Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist es dem Gesetzgeber überlassen, Inhalt und Schranken des Erbrechts zu bestimmen (vgl. BVerfGE 91, 346 <360>). Erst durch die gesetzliche Ausgestaltung wird das Erbrecht des Einzelnen klar umrissen und zu einem praktisch durchsetzbaren Recht. Die einfachrechtliche Ausgestaltung verschafft den notwendig abstrakten Grundprinzipien des Erbrechts konkrete Gestaltung. Demzufolge ist es Sache des Gesetzgebers, das im Grundsatz der Testierfreiheit angelegte Selbstbestimmungsprinzip zu konkretisieren. Er muß festlegen, welche Anforderungen an die für eine eigenverantwortliche Testamentserrichtung erforderliche Einsichtsfähigkeit zu stellen sind und welches Maß an Handlungsfähigkeit für die Testamentserrichtung nötig ist.

Zur Konkretisierung des Prinzips der Testierfreiheit muß der Gesetzgeber Vorschriften über die zulässigen Testamentsformen und über die Anforderungen an die Testierfähigkeit erlassen. Dabei kommt ihm ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage zu, welche Personengruppen die erforderliche Selbstbestimmungsfähigkeit besitzen. Er kann Personen, denen die erbrechtliche Selbstbestimmungsfähigkeit typischerweise fehlt, von der Testamentserrichtung ausschließen. Beispielsweise kann er bestimmen, ab welchem Alter Jugendliche testierfähig sind (vgl. § 2229 Abs. 1 BGB) und in welchen Fällen die geistige Testierfähigkeit fehlt (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB). Bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Testierfreiheit kann der Gesetzgeber auch die Einhaltung bestimmter Formen letztwilliger Verfügungen zwingend vorschreiben. Dabei kann er für unterschiedliche Situationen und Personengruppen jeweils eigene Testamentsformen schaffen. Es bleibt auch seiner Wahl überlassen, ob er die Fälle mangelnder Selbstbestimmungsfähigkeit unmittelbar durch die Einführung zwingender Formvorschriften regelt.

3. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist allerdings nicht unbeschränkt. Der Gesetzgeber muß bei der näheren Ausgestaltung des Erbrechts den grundlegenden Gehalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung wahren und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten (vgl. BVerfGE 67, 329 <340>). Dazu gehören auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und der spezielle Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Er muß bei der Gestaltung der Formvorschriften für Gleichbehandlung sorgen und darf insbesondere Behinderte nicht benachteiligen. Ferner darf er von Elementen des Erbrechts, die Bestandteile der verfassungsrechtlichen Gewährleistung sind, nur in Verfolgung eines verfassungsrechtlich legitimen Zwecks und nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abweichen (vgl. BVerfGE 91, 346 <360>). Der Gesetzgeber darf das in der Testierfreiheit enthaltene Selbstbestimmungsprinzip zwar konkretisieren, nicht aber unver-

hältnismäßig beschränken. Allerdings steht ihm auch bei der Regelung von Beschränkungen ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Spielraum bei der Prüfung an Hand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu achten. Es kann erst einschreiten, wenn eine vom Gesetzgeber gewählte Maßnahme „schlechthin ungeeignet“ (BVerfGE 47, 109 <117>), „eindeutig“ nicht erforderlich (BVerfGE 53, 135 <145>) oder auch bei Anerkennung eines Bewertungsspielraums unzumutbar ist (vgl. BVerfGE 77, 84 <111 f.>).

III.

Gemessen an diesen Grundsätzen verstößt der generelle Ausschluß schreibunfähiger Stummer von jeder Testiermöglichkeit gegen Art. 14 Abs. 1 sowie gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 Satz 2 GG. Menschen, die in geistiger Hinsicht zu einer eigenverantwortlichen letztwilligen Verfügung in der Lage sind, dürfen nicht allein deswegen an der Testierung von Rechts wegen gehindert werden, weil sie aus körperlichen Gründen nur über eingeschränkte Verständigungsmöglichkeiten verfügen.

1. Der Ausschluß schreibunfähiger Stummer von jeder Testiermöglichkeit stellt eine unverhältnismäßige Beschränkung der von Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Erbrechtsgarantie dar. Die Anwendung des Formzwangs dient hier dazu, schreibunfähige Stumme schlechthin von der Testamenterrichtung auszuschließen. Die schreibunfähigen Stummen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers kein Testament errichten können, weil eine zuverlässige Verständigung mit ihnen nicht möglich sei und weil ihnen das erforderliche Verständnis für die Testamenterrichtung fehle (Motive zu dem ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896, Band 5, S. 251, 276; ähnlich Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899, Band 5, S. 146 f.). Die Anwendung der Formvorschriften auf schreibunfähige Stumme soll somit einerseits der Rechtssicherheit und andererseits dem Schutz nicht selbstbestimmungsfähiger Menschen dienen. Der Gesetzgeber verfolgt damit legitime Gemeinwohlziele.

Der Gesetzgeber konnte den Formzwang auch als ein geeignetes Mittel zur Erreichung dieser Gemeinwohlziele ansehen. Hingegen konnte er nicht davon ausgehen, daß das Formerfordernis bei schreibunfähigen Stummen in jedem Fall zur Erreichung der Gemeinwohlziele erforderlich ist. Der mit dem Formzwang bewirkte Testierausschluß stellt sich vielmehr nur in den Fällen als erforderlich dar, in denen sich die vom Gesetzgeber zugrundegelegte Sachverhaltsannahme als vertretbar erweist, daß eine hinreichend gesicherte Verständigung mit schreibunfähigen Stummen nicht möglich ist oder daß ihnen das für die Testamenterrichtung benötigte geistige Verständnis fehlt.

Das Bundesverfassungsgericht kann zwar bei der Beurteilung von Tatsachen und Prognosen nicht seine Sachverhaltsannahme an die Stelle der Tatsachensicht des Gesetzgebers setzen. Vielmehr muß es beachten, daß dem Gesetzgeber bei der Beurteilung komplexer Sachverhalte ein Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. BVerfGE 50, 290 <332 f.>; 88, 203 <262>). Anders verhält es sich jedoch, wenn die Annahmen oder Prognosen des Gesetzgebers sich als unzutreffend herausgestellt haben. Im vorliegenden Fall ist die Annahme des Gesetzgebers, daß es allen schreibunfähigen Stummen an der für die Testamenterrichtung erforderlichen Handlungs- und Einsichtsfähigkeit mangelt, unzutreffend. Wie das vorliegende Verfahren zeigt, gibt es durchaus schreib- und sprechunfähige Personen, die über die für eine Testamenterrichtung erforderliche intellektuelle und physische Selbstbestimmungsfähigkeit verfügen. Der Ausschluß der Testiermöglichkeit ist demzufolge hier nicht zum Schutz vor fremdbestimmten oder unverantwortlichen Rechtsgeschäften erforderlich. Bei selbstbestimmungsfähigen Personen sind als milderes Mittel – wie sich aus § 24 BeurkG ergibt – Beurkundungsverfahren denkbar, die zu einer zuverlässigen Feststellung des letzten Willens führen. Durch die Heranziehung weiterer neutraler Personen kann in ausreichendem Maße kontrolliert werden, ob der beurkundende Notar die Testierfähigkeit des schreib- und sprechunfähigen Erblassers richtig einschätzt und seine Willenserklärungen zutreffend deutet. Eine schreib- und sprechunfähige Person kann selbst der notariellen Beurkundung bedürftige Rechtsgeschäfte unter

Lebenden nach Maßgabe des § 24 BeurkG uneingeschränkt vornehmen, dagegen keinerlei Verfügungen von Todes wegen treffen. Zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen bestehen aber keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, daß schreibunfähige Stumme in einen Fall am Rechtsleben im wesentlichen beteiligt und im anderen Fall nahezu ausnahmslos ausgeschlossen werden können.

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, daß die bei einer Protokollierung nach Maßgabe des § 24 BeurkG gewonnene Rechtssicherheit für testamentarische Verfügungen nicht ausreiche. Es ist zwar zutreffend, daß im Erbrecht ein höheres Bedürfnis nach Rechtssicherheit in Bezug auf die Echtheit und Authentizität einer Willenserklärung besteht als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Denn nach Eintritt des Erfalls kann der rechtsgeschäftliche Wille des Erblassers mit seiner Hilfe nicht mehr ermittelt werden. Dem bei erbrechtlichen Verfügungen im besonderen Maße bestehenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit kann der Gesetzgeber aber dadurch Rechnung tragen, daß er – über die in §§ 22, 24 BeurkG vorgesehene Mitwirkung einer Vertrauensperson und eines Zeugen oder zweiten Notars hinaus – beispielsweise an die Auswahl der heranzuziehenden neutralen Personen besondere Anforderungen stellt. Er hat etwa die Möglichkeit, als Zeugen ausnahmslos nur einen zweiten Notar zuzulassen. Ebenso kann er zur Beurteilung der Testierfähigkeit eines schreib- und sprechunfähigen Erblassers die Beiziehung eines Arztes zwingend vorschreiben. Aufgrund dieser Möglichkeiten läßt sich das Irrtums- und Kommunikationsrisiko so weit reduzieren, daß das Argument der Rechtssicherheit den völligen Ausschluß schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testierung nicht zu rechtfertigen vermag.

2. Die geltenden Formvorschriften für letztwillige Verfügungen verletzen auch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Aus dem Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen. Wirken sich Regelungen, wie die testamentarischen Formvorschriften, auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig aus, prüft das Bundesverfassungsgericht im einzelnen nach, ob für die vorgenommene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 91, 346 <362 f.>; 88, 87 <97 f.>).

Nach diesen Maßstäben ist es nicht gerechtfertigt, daß ein verheirateter oder verlobter schreibunfähiger Stummer gemäß § 2276 Abs. 2 BGB im Rahmen eines Ehe- und Erbvertrags letztwillige Verfügungen treffen kann, ein alleinstehender schreibunfähiger Stummer hingegen nicht. Für eine derart unterschiedliche Behandlung verheirateter und unverheirateter schreibunfähiger Stummer bestehen keine Gründe von solcher Art und solchem Gewicht, daß den einen im Rahmen von miteinander verbundenen Ehe- und Erbverträgen eine Testiermöglichkeit eröffnet wird, während die anderen davon ausgeschlossen werden. Zwar mag das inhaltliche Schwergewicht von Ehe- und Erbverträgen häufig im Bereich der eherechtlichen Regelungen liegen, so daß der größere Sachzusammenhang mit den Rechtsgeschäften unter Lebenden für die Übernahme der in diesem Bereich geltenden Formerleichterungen spricht. Dieser Grund ist aber nur geeignet, eine unterschiedliche Behandlung in Bezug auf das „Wie“, nicht aber auch in Bezug auf das „Ob“ der Testierung zu rechtfertigen. Denn es gibt keinen einleuchtenden Grund dafür, daß ein verheirateter schreibunfähiger Stummer über den Weg des § 2276 Abs. 2 BGB testieren kann, ein Unverheirateter hingegen nicht.

3. Die erbrechtlichen Formvorschriften verletzen auch den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Das Verbot der Benachteiligung Behinderter wirkt nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers auf das Zivilrecht ein und zwingt zur Überprüfung privatrechtlicher Gesetze (vgl. BTDrucks 12/6323, S. 12). Demnach dürfen auch die im Erbrecht geltenden Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen nicht zu einer Benachteiligung Behinderter führen.

Von der Ausschlußwirkung der erbrechtlichen Formvorschriften sind zum großen Teil behinderte Menschen betroffen. Zwar können auch nichtbehinderte Menschen kurzfristig infolge eines Unfalls oder einer

schweren Erkrankung stumm und schreibunfähig sein. Die Sprech- und Schreibunfähigkeit ist aber häufig auch Folge einer Behinderung, also Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht (vgl. BVerfGE 96, 288 <301>). Wie der vorliegende Fall zeigt, werden insbesondere Menschen von der Testamenterrichtung ausgeschlossen, die aufgrund einer Lähmung dauerhaft körperbehindert sind.

Darin liegt eine unzulässige Benachteiligung Behinderter. Benachteiligung bedeutet nachteilige Ungleichbehandlung (vgl. BVerfGE 96, 288 <302>; BTDrucks 12/6323, S. 12). Behinderte werden zum Beispiel benachteiligt, wenn ihre Lebenssituation im Vergleich zu derjenigen nicht behinderter Menschen durch gesetzliche Regelungen verschlechtert wird, die ihnen Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten, welche anderen offenstehen (vgl. BVerfGE 96, 288 <302 f.>). Da die gesetzlichen Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen dazu führen, daß schreib- und sprechunfähige Behinderte in ihren Testiermöglichkeiten erheblich beeinträchtigt werden, liegt eine Verschlechterung der Lebenssituation Behinderter im Vergleich zur Lebenssituation Nichtbehinderter vor.

Diese Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Zwar kann das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht ohne jede Einschränkung gelten. Fehlen einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, die unerläßliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind, liegt in der Verweigerung dieses Rechts kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot. Eine rechtliche Schlechterstellung Behinderter ist danach jedoch nur zulässig, wenn zwingende Gründe dafür vorliegen (vgl. BTDrucks 12/6323, S. 12 und zu Art. 3 Abs. 3 GG a. F. BVerfGE 85, 191 <206 f.>). Die nachteiligen Auswirkungen müssen unerläßlich sein, um behinderungsbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen (vgl. BTDrucks 12/8165, S. 29). Solche behinderungsbedingten Besonderheiten liegen bei der Testamenterrichtung aber nur in den Fällen vor, in denen schreib- und sprechunfähige Personen nicht die dafür erforderliche Einsichts- oder Handlungsfähigkeit besitzen. Besitzen schreib- und sprechunfähige Behinderte indes die nötige intellektuelle und physische Selbstbestimmungsfähigkeit, werden sie durch die gesetzlichen Formvorschriften über die Testamenterrichtung in unzulässiger Weise benachteiligt.

D.

1. Die §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG lassen sich nicht verfassungskonform interpretieren. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie zu dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (vgl. BVerfGE 90, 263 <274 f.>; 95, 64 <93>; stRspr). Die Vorschriften über die Testamenterrichtung sind in der hier relevanten Frage eindeutig. Sie verlangen entweder eine mündliche Äußerung des Testierenden oder seine eigenhändige schriftliche Erklärung. Selbst wenn man das in § 31 BeurkG aufgestellte Erfordernis des eigenhändigen Schreibens entsprechend der Anregung in der Stellungnahme des Bundesgerichtshofs weiter auslegen wollte als im Rahmen des § 2247 BGB und nicht nur mit der Hand, sondern auch mit dem Mund, dem Fuß, mit Schablonen oder Maschinen geschriebene Erklärungen zulassen würde, könnte ein Testament jedenfalls nicht durch reine Gebärden oder Bewegungszeichen errichtet werden. Denn damit würde die vom Gesetzeswortlaut gezogene Grenze überschritten. Die zuletzt genannte Äußerungsform würde die in § 31 BeurkG enthaltenen Tatbestandsmerkmale „in die Niederschrift oder auf ein besonderes Blatt schreiben“ eindeutig nicht mehr erfüllen.

2. Der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 Satz 2 sowie gegen Art. 14 Abs. 1 GG führt nicht zur partiellen Nichtigkeit der angegriffenen Regelungen, denn damit würde schreib- und sprechunfähigen Personen eine Testiermöglichkeit nicht eröffnet. Außerdem kann der Gesetzgeber seiner aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden Pflicht, für derart behinderte Menschen Testamentsformen zur Verfügung zu stellen, auf verschiedene Weise nachkommen. Unter diesen Voraussetzungen stellt das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich nur fest, daß die gesetzliche Regelung verfassungswidrig und der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Rechtslage mit der Verfassung in Einklang zu bringen (vgl. BVerfGE 22, 349 <360 ff.>; 87, 163 <177 f.>).

3. Die Formvorschriften der §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG dürfen fortan nicht mehr auf letztwillige Verfügungen schreib- und sprechunfähiger Personen, die geistig und körperlich zu einer Testamenterrichtung in der Lage sind, angewendet werden, soweit sie diese Personen von jeder Testierung ausschließen. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung können schreib- und sprechunfähige Personen künftig mit notarieller Hilfe letztwillige Verfügungen (Testamente, Erbverträge etc.) errichten. Ihr letzter Wille kann für eine Übergangszeit in der Weise notariell beurkundet werden, wie es bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen unter Lebenden nach den Vorschriften des Zweiten Abschnitts des Beurkundungsgesetzes geregelt ist. Zu beachten sind insbesondere die §§ 22 bis 26 BeurkG. Darüber hinaus ist den Besonderheiten der Beurkundung letztwilliger Verfügungen durch Anwendung der §§ 27 bis 29, 34 und 35 BeurkG Rechnung zu tragen. Diese Vorschriften stehen einer wirksamen Testamenterrichtung schreib- und sprechunfähiger Personen durch notarielle Niederschrift nicht im Wege.

4. Die Übergangsregelung erfaßt allerdings nicht in der Vergangenheit von schreib- und sprechunfähigen Personen bereits errichtete letztwillige Verfügungen. In diesen Fällen ist es Aufgabe der Rechtsprechung, die durch die Unvereinbarkeitserklärung entstandene Regelungslücke zu schließen und Maßstäbe für die Beurteilung der Wirksamkeit solcher Testamente zu entwickeln. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) können die von schreibunfähigen Stummen in der Vergangenheit errichteten Testamente nicht allein wegen Verletzung des gesetzlichen Formzwangs als unwirksam angesehen werden. Vielmehr müssen jedenfalls solche letztwillige Verfügungen als rechtswirksam anerkannt werden, die von schreibunfähigen Stummen in Ermangelung anderer Regelungen entsprechend den Anforderungen der §§ 22 bis 26 BeurkG errichtet wurden.

Ist der Erfall bereits in der Vergangenheit eingetreten, müssen die Gerichte allerdings berücksichtigen, daß die Belange der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes im Einzelfall der Berufung auf die verfassungsmäßige Rechtslage entgegenstehen können. Rechtskräftig abgeschlossene Verfahren bleiben grundsätzlich unberührt (vgl. § 79 BVerfGG). Ferner folgt aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes, daß die Berufung auf die verfassungsmäßige Rechtslage ausgeschlossen sein kann, wenn sich der testamentarische Erbe in der Vergangenheit – anders als im Ausgangsverfahren – nicht auf die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Formvorschriften berufen und der durch die Formvorschriften Begünstigte in schutzwürdiger Weise auf die gesetzliche Rechtslage vertraut hat. Da die Verfassungsmäßigkeit des Testierausschlusses in der Literatur im wesentlichen erst seit 1991 in Zweifel gezogen wird (vgl. Rossak, Kann ein schreibunfähiger Stummer ein Testament errichten? MittBayNot 1991, S. 193 ff.; Ertl, Gestaltung von Testamenten und anderen Rechtsgeschäften für den Todesfall von sprech- und schreibbehinderten Personen, MittBayNot 1991, S. 196 ff.; Schmidt, in: Erman, BGB, 9. Aufl., 1993, § 2229 Rn. 8; Baumann, Urteilsanmerkung, FamRZ 1994, S. 994), wird unter den genannten Voraussetzungen eine von den bisherigen gesetzlichen Formvorschriften abweichende Beurteilung eines Testaments als wirksam für die vor dem Jahre 1991 liegenden Erbfälle regelmäßig aus Vertrauensschutzgründen ausscheiden.

5. Das Urteil des Oberlandesgerichts ist aufzuheben, da die Verfassungsbeschwerde begründet ist. Das Urteil beruht im Sinne des § 95 Abs. 2 BVerfGG auf der Anwendung verfassungswidriger Gesetze. Da der Erblasser infolge eines Schlaganfalls einerseits schreib- und sprechunfähig, andererseits aber voll testierfähig war, hätte ihm durch die gesetzliche Regelung der §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG nicht jede Testiermöglichkeit vorenthalten werden dürfen. Die Sache ist daher an das Oberlandesgericht zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen. Da es Aufgabe der Fachgerichte ist, die durch die Unvereinbarkeitserklärung entstandene Regelungslücke nach den vorerwähnten Maßgaben zu schließen, bedarf es keiner Aussetzung des Verfahrens bis zur gesetzlichen Neuregelung.

Mitgeteilt vom Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts e.V. Karlsruhe

GG Art. 19 Abs. 4; 103

1. In Verfahren vor dem Rechtspfleger bestimmt sich die Pflicht zur Anhörung der in ihren Rechten Betroffenen nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz eines fairen Verfahrens und nicht nach Art. 103 Abs. 1 GG.

2. Die §§ 62 und 55 FGG sind mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar, soweit sie den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehren, Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu unterziehen.

BVerfG, Beschl. v. 18. 1. 2000, 1BvR 321/96

Aus den Gründen:

A.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft Fragen des rechtlichen Gehörs, des fairen Verfahrens und des effektiven Rechtsschutzes bei nachlassgerichtlicher Genehmigung eines von dem Nachlasspfleger abgeschlossenen Grundstücksgeschäfts.

I.

Ist nach einem Erbfall die Person des Erben unbekannt, hat das Nachlassgericht gemäß § 1960 Abs. 1 BGB von Amts wegen für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, wenn hierfür ein Bedürfnis besteht. Als Sicherungsmittel kommt unter anderem die Bestellung eines Nachlasspflegers in Betracht (§ 1960 Abs. 2 BGB). Bei der Nachlasspflegschaft handelt es sich um einen Unterfall der Personspflegschaft, auf die sowohl in materiellrechtlicher (§ 1915 Abs. 1 BGB) als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht (§ 75 FGG) die Vorschriften über die Vormundschaft zur Anwendung kommen, und zwar mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlassgericht tritt (§ 1962 BGB).

Für bestimmte Geschäfte, insbesondere für Grundstücksgeschäfte, bedarf der Nachlasspfleger der Genehmigung des Nachlassgerichts (§ 1915 Abs. 1, §§ 1821, 1822 BGB). Zuständig für die Erteilung einer solchen Genehmigung ist gemäß § 3 Nr. 2 Buchstabe c RPfLG grundsätzlich der Rechtspfleger.

Eine Verfügung, durch die die Genehmigung zu einem genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft erteilt oder verweigert worden ist, kann nach der Regelung der §§ 75, 55 FGG von dem Nachlassgericht insoweit nicht mehr geändert werden, als die Genehmigung oder deren Verweigerung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist. Die Wirksamkeit der nachlassgerichtlichen Genehmigung eines von dem Nachlasspfleger bereits abgeschlossenen Geschäfts tritt ein, wenn dieser die Genehmigung dem Vertragspartner mitgeteilt hat (§ 1915 Abs. 1, § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Mitteilung kann durch einen Bevollmächtigten erfolgen und von einem Bevollmächtigten entgegengenommen werden. Auch eine so genannte Doppelbevollmächtigung derselben Person (etwa des Notars) zur Mitteilung der Genehmigung an den Vertragsgegner und zur gleichzeitigen Entgegennahme dieser Mitteilung wird allgemein für zulässig erachtet (vgl. Engelhardt, in: Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 14. Aufl. 1999, § 55 Rn. 15 m. w. N.).

§ 62 FGG bestimmt, dass auch das Beschwerdegericht nicht berechtigt ist, eine nach § 55 FGG unabänderbare Verfügung zu ändern. Gemäß § 63 FGG gilt dasselbe für das Gericht der weiteren Beschwerde.

Der Zweck des Änderungsverbots der §§ 62, 63, 55 FGG besteht nach der Rechtsprechung und den Schrifttum darin, Rechtssicherheit zu schaffen und das Vertrauen Dritter zu schützen, die sich im Hinblick auf die ihnen mitgeteilte Genehmigung auf die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts verlassen haben (vgl. BayObLGZ 1996, 90 <93>). Die einmal hergestellte Rechtslage soll geschützt werden (vgl. Engelhardt, a. a. O., Rn. 10).

II.

Die Beschwerdeführerin ist eine von mehreren Erben der 1993 verstorbenen Frau W. Zur Ermittlung der Erben sowie zur Sicherung und Verwaltung des Nachlasses bestellte das Nachlassgericht einen Nachlasspfleger. Im Zuge der weiteren Ermittlungen konnten dreizehn Miterben, darunter die Beschwerdeführerin, ausfindig gemacht werden. Unbekannt blieben lediglich die Miterben hinsichtlich eines Anteils von $\frac{1}{20}$ des Nachlasses. Eine Aufhebung der Nachlasspfleg-

schaft erfolgte jedoch nicht. Am 27. September 1994 erteilte das Amtsgericht einen gemeinschaftlichen Teilerbschein, in dem die Erbanteile der bekannten Erben ausgewiesen wurden. Der Anteil der Beschwerdeführerin beträgt danach $\frac{1}{8}$ des Nachlasses.

Die Erblasserin W. war ihrerseits – zusammen mit zwei weiteren Personen – Mitglied einer nicht auseinander gesetzten Erbengemeinschaft gewesen, der ein Wohn- und Geschäftshaus mit fünf Wohneinheiten und einem Ladengeschäft in zentraler Lage von Schwerin gehörte. Der Anteil der Erblasserin an dieser Erbengemeinschaft (im Folgenden: Schweriner Erbengemeinschaft), der mit ihrem Tod in ihren Nachlass fiel, betrug $\frac{1}{2}$, die Anteile der beiden anderen Miterben beliefen sich jeweils auf $\frac{1}{4}$ des Nachlasses.

Seit 1993 betrieb eine der Schweriner Miterben die Auflösung der dortigen Erbengemeinschaft. Sie wollte das Eigentum an dem Hausgrundstück übernehmen und die übrigen Miterben auszahlen. Zur Bemessung der Abfindung legte sie ein von ihr in Auftrag gegebenes Wertgutachten vor, in dem der Verkehrswert des Grundstücks auf etwa 176 000 DM veranschlagt wurde. Unter Berücksichtigung bestehender Verbindlichkeiten in Höhe von rund 60 000 DM, mit denen das Grundstück belastet war, machte diese Schweriner Miterbin dem für die Erben der Erblasserin W. handelnden Nachlasspfleger den Vorschlag, deren Anteil mit etwa 58 000 DM abzufinden. Der Nachlasspfleger ging auf dieses Angebot im Jahre 1995 ein, ohne vorher die bereits ermittelten Erben der Frau W. zu informieren. Die neben den Erben der Frau W. an der Schweriner Erbengemeinschaft beteiligten beiden anderen Miterben schlossen am 3. Februar 1995 vor einem Schweriner Notar einen entsprechenden Erbaueinandersetzungsvertrag, wobei eine Miterbin außer für sich selbst auch in vollmachtlöser Vertretung für den Nachlasspfleger handelte. Der beurkundende Notar wurde bevollmächtigt, die erforderlichen Genehmigungen einzuholen, den Vertragspartner mitzuteilen und diese Mitteilung entgegenzunehmen. Der Nachlasspfleger genehmigte in notariell beglaubigter Form am 21. Februar 1995 die bei dem Auseinandersetzungsvertrag in seinem Namen abgegebenen Erklärungen.

Daraufhin beantragte der beurkundende Notar beim Amtsgericht die Erteilung der nachlassgerichtlichen Genehmigung des Vertrags von 3. Februar 1995. Der für die Durchführung des Genehmigungsverfahrens zuständige Rechtspfleger erteilte mit – nicht begründetem – Beschluss vom 3. April 1995 die nachlassgerichtliche Genehmigung, ohne zuvor die Beschwerdeführerin und die sonstigen bekannten Erben der Frau W. zu beteiligen. Die Genehmigung wurde dem Schweriner Notar am 6. April 1995 vom Nachlassgericht zugesandt. Die Beschwerdeführerin, die erst einige Wochen später von dem Grundstücksgeschäft erfuhr, legte beim Nachlassgericht „Einspruch“ ein. Der Rechtspfleger teilte ihr daraufhin mit, der Erbaueinandersetzungsvertrag sei noch durch den Nachlasspfleger abgeschlossen worden, um den Gesamtnachlass zügig abzuwickeln. Bei der Vielzahl der im Ausland wohnenden Miterben wären bei deren Beteiligung erhebliche Notar- und Übersetzungskosten entstanden. Die Beschwerdeführerin hielt nach Beauftragung eines Rechtsanwalts und gewährter Akteneinsicht ihren „Einspruch“ als Erinnerung und Beschwerde aufrecht und führte im Wesentlichen aus, dass die Erbaueinandersetzung nicht ohne ihre Zustimmung hätte erfolgen dürfen. Sowohl der Rechtspfleger als auch der Richter halfen dem Rechtsmittel – jeweils ohne Begründung – nicht ab. Im Beschwerdeverfahren macht die Beschwerdeführerin vor allem geltend, dass sie nicht vor Vertragsschluss gehört worden sei und dem Vertrag nicht zustimme. Im Verfahren der weiteren Beschwerde führte sie aus, dass der Nachlasspfleger seine Kompetenz überschritten habe und dass der tatsächliche Wert des Grundstücks weit über dem Schätzwert liege.

Das Landgericht verwarf die Beschwerde als unzulässig. Die durch Beschluss vom 3. April 1995 erteilte nachlassgerichtliche Genehmigung sei gemäß §§ 75, 55 FGG unanfechtbar. Die nach den §§ 1962, 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Wirksamkeit der Genehmigung erforderliche Mitteilung an den Vertragspartner sei mit der Übersendung des Beschlusses an den bevollmächtigten Notar erfolgt. Eine so genannte Doppelbevollmächtigung liege vor und sei zulässig.

Die hiergegen von der Beschwerdeführerin eingelegte weiterer Beschwerde wies das Oberlandesgericht zurück. Das Landgericht habe zu Recht festgestellt, dass es als Beschwerdegericht gemäß

§ 62 FGG an die nach § 55 FGG unanfechtbar gewordene Genehmigung gebunden sei. Im vorliegenden Fall sei zwar nicht nachvollziehbar, warum bei dem Erbaueinsetzungsvertrag vom 3. Februar 1995 ein Wert zugrunde gelegt worden sei, der für einen fast zwei Jahre zurückliegenden Stichtag von einem von der Erwerberin beauftragten Gutachter festgesetzt worden sei. Ebenso wenig sei nachvollziehbar, warum nicht vor dieser teilweisen Auseinandersetzung die dem Nachlassgericht bereits bekannten Erben befragt worden seien. Das Nachlassgericht habe möglicherweise sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Dies habe aber nur zur Folge, dass es sich um eine nicht richtige Entscheidung handele, nicht aber um eine Entscheidung, die jeder gesetzlichen Grundlage entbehre und inhaltlich dem Gesetz fremd sei, die also an einer greifbaren Gesetzeswidrigkeit leide.

III.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 1 GG. Sie trägt dazu im Wesentlichen vor:

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liege darin, dass das Nachlassgericht sie nicht vor der Veräußerung des Grundstücks angehört habe. Die Begründung des Nachlassgerichts, es wären in diesem Fall erhebliche Notar- und Übersetzungskosten angefallen, sei als Rechtfertigung nicht nachvollziehbar. Die bekannten Miterben seien sämtlich Deutsche, zumindest der deutschen Sprache vollständig mächtig.

Die Entscheidung verletze auch das Erbrecht der Beschwerdeführerin. Dieses Recht sei ihr durch die zwischen dem Nachlasspfleger und dem Nachlassgericht abgesprochene Veräußerung in einer „Nacht- und Nebelaktion“ mindestens grob willkürlich, wenn nicht vorsätzlich rechtsstaatswidrig entzogen worden. Der Nachlasspfleger sei grundsätzlich nur zur ordnungsgemäßen Sicherung und Verwaltung, nicht zur Verwertung des Nachlasses berechtigt.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts und des Oberlandesgerichts sei die Gewähr eines rechtsstaatlichen Verfahrens missachtet worden. Die Beschwerdegerichte hätten die nachlassgerichtliche Genehmigung im Wege der so genannten außerordentlichen Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit und leichtfertigen Umgangs mit grundrechtlich geschützten Positionen der Beschwerdeführerin aufheben müssen.

IV.

Zu der Verfassungsbeschwerde haben sich das Bundesministerium der Justiz namens der Bundesregierung und das Bayerische Oberste Landesgericht geäußert.

1. Das Bundesministerium der Justiz hat seine Stellungnahme auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit der §§ 62, 55 FGG beschränkt. Es hält die gesetzlichen Regelungen für verfassungsmäßig. Zwar führten sie dazu, dass nach Eintritt der Wirksamkeit der Genehmigung anhängige Rechtsmittel als unzulässig verworfen werden müssten. Die §§ 62, 55 FGG dienten aber der Herstellung der Rechtssicherheit, insbesondere für den am Rechtsgeschäft beteiligten Dritten. Die Vorschriften zögen die verfahrensrechtliche Konsequenz aus der in § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB getroffenen materiellrechtlichen Regelung, der zufolge die den Vertragsparteien mitgeteilte Genehmigungsentscheidung den Schwebezustand zwischen Wirksamkeit und Unwirksamkeit des Vertrages beende. Zu diesem Zweck seien die §§ 62, 55 FGG geeignet, erforderlich und auch angemessen. Die hart erscheinende Regelung werde dadurch abgeschwächt, dass die Betroffenen im Falle einer fehlerhaften Entscheidung des Rechtspflegers Amtshaftungsansprüche geltend machen könnten.

2. Das Bayerische Oberste Landesgericht hält die gesetzliche Regelung der §§ 62, 55 FGG gleichfalls aus Gründen der Rechtssicherheit für verfassungsmäßig. Es führt aus, dass nach seiner Rechtsprechung Rechtsmittel gegen eine nicht mehr änderbare Genehmigung zweck- und gegenstandslos würden und damit als unzulässig zu verwerfen seien. Eine Ausnahme gelte bei arglistigem Zusammenwirken von Pfleger und Vertragspartner sowie ganz allgemein in den Fällen der §§ 826, 242, 226 BGB. Diese Voraussetzungen könnten bei einer Doppelbevollmächtigung des Notars

gegeben sein. Eine Doppelbevollmächtigung allein reiche aber für den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht aus. Erst wenn Rechtsanwendung und Verfahrensgestaltung unter keinem Aspekt mehr rechtlich vertretbar seien und sich der Schluss aufdränge, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruhe, sei für die Anwendung der Verfahrensvorschriften der §§ 62, 55 FGG kein Raum mehr.

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs genüge jedoch nicht, um den Grundsatz der Unanfechtbarkeit der Genehmigung zu durchbrechen. Hinzukommen müsse, dass das Genehmigungsverfahren darüber hinaus so gewichtige Rechtsfehler aufweise, dass die an ein rechtsstaatliches Verfahren zu stellenden Mindestanforderungen nicht mehr erfüllt seien.

V.

Das Bundesverfassungsgericht hat am 19. März 1996 auf Antrag der Beschwerdeführerin eine einstweilige Anordnung erlassen, aufgrund derer die Eintragung der Schweriner Erbin ins Grundbuch verhindert wurde. Die einstweilige Anordnung ist seither mehrfach verlängert worden.

B.

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet.

I.

Der angegriffene Beschluss des Amtsgerichts – Nachlassgericht – verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleisteten Recht auf ein rechtsstaatliches, faires Verfahren.

1. Dieses Grundrecht, nicht Art. 103 Abs. 1 GG, bildet den Prüfungsmaßstab, an dem die von dem Rechtspfleger ohne Anhörung der Beschwerdeführerin getroffene Entscheidung zu messen ist.

Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG hat jeder, der an einem gerichtlichen Verfahren als Partei oder in ähnlicher Stellung beteiligt ist oder unmittelbar rechtlich von dem Verfahren betroffen wird (vgl. BVerfGE 65, 227 <233>). Für Verfahren, die nicht „vor Gericht“ durchgeführt werden, etwa für Verwaltungsverfahren, gilt die Verfassungsbestimmung ihrem eindeutigen Wortlaut nach nicht (vgl. BVerfGE 27, 88 <103>; 36, 321 <330>).

Art. 103 Abs. 1 GG ist darüber hinaus auch nicht auf Verfahren vor dem Rechtspfleger anwendbar. Das ergibt sich aus der systematischen Stellung dieser Verfassungsnorm innerhalb des Grundgesetzes. Art. 103 Abs. 1 GG befindet sich neben anderen Prozessgrundrechten im IX. Abschnitt, der die Überschrift „Die Rechtsprechung“ trägt. Die rechtsprechende Gewalt ist nach Art. 92 GG allein den Richtern anvertraut. Aus diesem systematischen Zusammenhang folgt, dass Art. 103 Abs. 1 GG Anspruch auf rechtliches Gehör nur in Verfahren vor dem Richter im Sinne des Art. 92 GG gewährt. Die Stellung der Richter ist durch ihre Unabhängigkeit gekennzeichnet (Art. 97 GG). Diese verbürgt die Verfassung den Rechtspflegern nicht. Ihnen dürfen auch keine Aufgaben übertragen werden, die nach Art. 92 GG den Richtern vorbehalten sind. Der Rechtspfleger entscheidet zwar innerhalb des ihm nach § 3 RPflG übertragenen Aufgabenkreises als „Gericht“. Er ist aber kein Richter, weder im Sinne des Verfassungsrechts noch im Sinne des Gerichtsverfassungsrechts (vgl. BVerfGE 56, 110 <127>). Aufgrund ihrer andersartigen Stellung sind die Rechtspfleger auch nicht zur Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG befugt (vgl. BVerfGE 61, 75 <77>; stRspr.). Die Einbeziehung der Verfahren vor dem Rechtspfleger in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 1 GG ist auch nicht damit begründbar, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Art. 103 Abs. 1 GG Anwendung findet, wenn ein Richter in seinem Zuständigkeitsbereich Maßnahmen trifft, die aus dem Gebiet der spezifisch richterlichen Aufgaben herausfallen, ihm aber wegen seiner besonderen verfassungsrechtlichen Stellung anvertraut sind (vgl. BVerfGE 9, 89 <97 f.>). Dieser Grund trifft für Verfahren, die von dem Rechtspfleger durchgeführt werden, nicht zu.

2. Zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens zählt das Recht auf ein faires Verfahren (vgl. BVerfGE 38, 105 <111>). Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 103 Abs. 1 GG darf der Einzelne deshalb nicht zum bloßen Objekt staatlicher

Entscheidung werden; ihm muss insbesondere die Möglichkeit gegeben werden, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können (vgl. BVerfGE 9, 89 <95>; 65, 171 <174 f.>). Dies setzt voraus, dass der Betroffene von dem Sachverhalt und dem Verfahren, in dem dieser verwertet werden soll, überhaupt Kenntnis erhält.

3. Diesen rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügt die angegriffene Entscheidung des Nachlassgerichts nicht.

a) Als Mitglied der von dem Nachlasspfleger bei Abschluss des genehmigungsbedürftigen Grundstücksgeschäfts vertretenen Erbengemeinschaft ist die Beschwerdeführerin durch die Erteilung der nachlassgerichtlichen Genehmigung unmittelbar in ihren Rechten betroffen. Dies war für den zuständigen Rechtspfleger auch ohne weiteres erkennbar; der die Erbenstellung der Beschwerdeführerin ausweisende gemeinschaftliche Teilerbschein vom 27. September 1994 befand sich im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung bei den Nachlassakten des Gerichts.

Gründe, die es gerechtfertigt hätten, vor Erlass der Entscheidung von einer Anhörung der Beschwerdeführerin und der sonstigen bereits ermittelten Erben der Erblasserin W. abzusehen, sind nicht ersichtlich. Eine vorherige Anhörung hätte weder den Zweck der Maßnahme vereitelt noch wäre die Entscheidung nach vorheriger Anhörung zu spät gekommen (vgl. BVerfGE 83, 24 <35 f.>).

b) Die unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens gebotene Anhörung der Beschwerdeführerin war auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Nachlasspfleger, der gesetzlicher Vertreter der endgültigen Erben ist (vgl. BGHZ 49, 1 <5>), am Genehmigungsverfahren beteiligt war. Im Regelfall kann das rechtliche Gehör nicht durch diejenigen vermittelt werden, dessen Handeln, wie hier, im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll (vgl. BVerfGE 83, 24 <36>). Ob und inwieweit die Grundsätze des fairen Verfahrens eingehalten wären, wenn der Nachlasspfleger die ermittelten Erben über das Genehmigungsverfahren und den diesem Verfahren zugrunde liegenden Sachverhalt in Kenntnis gesetzt hätte, ist hier nicht zu entscheiden; denn der Nachlasspfleger hat dies unterlassen. Für das Nachlassgericht bestand nach den Umständen des Falles auch kein Anlass anzunehmen, dass der Nachlasspfleger die bekannten Erben unterrichtet hätte.

c) Die Entscheidung des Nachlassgerichts vom 3. Februar 1995 beruht auf dem Fehlen der Anhörung der Beschwerdeführerin. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Rechtspfleger bei Kenntnis der Einwände der Beschwerdeführerin, insbesondere der von ihr angemeldeten Zweifel an der Aktualität und Verwertbarkeit des der Preisbildung zugrunde liegenden Sachverständigengutachtens, die Genehmigung des Grundstücksgeschäfts versagt hätte.

4. Da die nachlassgerichtliche Entscheidung gegen Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstößt und bereits deshalb aufzuheben ist, bedarf es nicht mehr der Prüfung, ob hierdurch zugleich die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, auf die sich, jedenfalls vom Eintritt des Erbfalls an, auch der begünstigte Erbe berufen kann (vgl. BVerfGE 99, 341 <349>), verletzt ist.

II.

Die Regelung der §§ 62, 55 FGG, auf der die angegriffenen Beschlüsse des Landgerichts und des Oberlandesgerichts beruhen, ist mit Art. 19 Abs. 4 GG insoweit unvereinbar, als sie denjenigen, die von einer durch den Rechtspfleger getroffenen Entscheidung in ihren Rechten betroffen sind, jede Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung dieser Entscheidung verwehrt.

1. Das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet einen möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen die Verletzung der Rechtssphäre des Einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt (vgl. BVerfGE 8, 274 <326>; 67, 43 <58>; stRspr). Der Bürger hat einen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfG, Beschluss des ersten Senats vom 27. Oktober 1999 – 1 BvR 385/90 –, Umdruck S. 24; stRspr).

Akte des Rechtspflegers gehören zur öffentlichen Gewalt im Sinne dieser Regelung. Soweit sie in Rechte des Bürgers eingreifen, müssen auch diese Akte vollständig, das heißt in rechtlicher und tatsäch-

licher Hinsicht (vgl. BVerfGE 35, 263 <274>), der richterlichen Prüfung unterstellt werden können.

Die Möglichkeit, gegen Entscheidungen des Rechtspflegers den Richter anzurufen, ist zwar regelmäßig durch § 11 RPfGG eröffnet. Im Anwendungsbereich des § 55 FGG ist diese Möglichkeit aber ab dem Zeitpunkt, in dem die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist, abgeschnitten. Das kann zur Folge haben, dass eine richterliche Überprüfung der Rechtspflegerentscheidung faktisch nicht möglich ist. Dies wird im Fall einer Doppelbevollmächtigung des Notars, wie vorliegend, besonders deutlich. Hier kommt es nicht einmal zu einem nennenswerten „Schwebezustand“, während dessen die Genehmigung zwar erteilt, aber noch nicht wirksam ist.

Die Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG erfordert zwar keine voraussetzungslose und zeitlich unbegrenzte Zugänglichkeit des Rechtswegs. Die Ausgestaltung der Voraussetzungen und Bedingungen des Zugangs zum Gericht bleibt vielmehr den jeweils geltenden Prozessordnungen überlassen. (vgl. BVerfGE 40, 237 <256>; 54, 94 <97>). Dabei kann der Gesetzgeber auch Regelungen treffen, die für ein Rechtsschutzbegehren besondere formelle Voraussetzungen aufstellen und sich dadurch für den Rechtsuchenden einschränkend auswirken. Der Anspruch des Einzelnen auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle darf aber nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (vgl. BVerfGE 88, 118 <123 f.>; BVerfGE, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 – 1 BvR 385/90 –, Umdruck S. 27; stRspr).

In einer Konstellation wie der vorliegenden ist der Rechtsweg gegen die Entscheidung des Rechtspflegers von Anfang an versperrt. Es handelt sich der Sache nach nicht nur um eine Rechtswegerschwerung, sondern um einen Rechtswegausschluss. Wo aber eine Zugangsbeschränkung – jedenfalls faktisch – zu einem Ausschluss des Rechtsweges führt, ist die Grenze der Ausgestaltungsmöglichkeiten durch den Gesetzgeber überschritten. Art. 19 Abs. 4 GG steht zwar – unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zugangserschwerungen nicht entgegen, verbietet aber in jedem Fall den vollständigen Rechtswegausschluss. Auch Belange der Rechtssicherheit können diesen nicht rechtfertigen.

2. In dem Umfang, in dem die Regelung der §§ 62, 55 FGG einen solchen faktischen Rechtswegausschluss zur Konsequenz hat, verstößt sie somit gegen Art. 19 Abs. 4 GG. Angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts kann den dargelegten Einwänden auch nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung Rechnung getragen werden. Dass nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung die Unanfechtbarkeit der Entscheidung des Rechtspflegers in Fällen „greifbarer Gesetzeswidrigkeit“ durchbrochen werden kann, reicht zur Gewährleistung des von Art. 19 Abs. 4 GG geforderten effektiven Rechtsschutzes nicht aus. Denn Art. 19 Abs. 4 GG garantiert den Rechtsweg prinzipiell bei jeder Verletzung eigener Rechte des Betroffenen durch die öffentliche Gewalt, nicht nur bei groben Rechtsverstößen.

3. Die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Beschlüsse des Landgerichts und des Oberlandesgerichts ergibt sich aus der Verfassungswidrigkeit der Regelung der §§ 62, 55 FGG, die diesen Beschlüssen zugrunde liegt. Die Beschlüsse sind demgemäß aufzuheben.

III.

Die Verfassungswidrigkeit der §§ 62, 55 FGG führt nicht zur partiellen Nichtigkeit der Bestimmungen. Diese sind vielmehr lediglich für unvereinbar mit Art. 19 Abs. 4 GG zu erklären.

1. Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, so ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG). Etwas anderes gilt jedoch, wenn der verfassungswidrige Teil der Norm nicht klar abgrenzbar ist, wenn die Verfassungswidrigkeit darin besteht, dass eine Personen- oder Fallgruppe nicht einbezogen worden ist, oder wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen (vgl. BVerfGE 92, 158 <186>).

Im vorliegenden Fall scheidet eine Nichtigerklärung aus, weil dem Gesetzgeber unterschiedliche Möglichkeiten zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit offen stehen. So kann er etwa vom Rechts-

pfleger getroffene Entscheidungen aus dem Anwendungsbereich der §§ 62, 55 FGG herausnehmen und auf diese Weise eine richterliche Kontrolle der Entscheidung in der Beschwerdeinstanz ermöglichen. Er kann auch durch geeignete Regelungen dafür sorgen, dass in Fällen wie dem vorliegenden die zum faktischen Rechtswegausschluss führenden Rechtsfolgen der §§ 62, 55 FGG nicht eintreten, bevor den Betroffenen Gelegenheit gegeben worden ist, eine Überprüfung durch den Richter herbeizuführen. Dies könnte durch die Einführung eines Rechtsinstituts geschehen, das dem in der Rechtsprechung der Fachgerichte im Erbscheinvfahren und im Verfahren zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses seit langem anerkannten so genannten Vorbescheid entspricht (vgl. BGHZ 20, 255 ff.; BayObLGZ 1965, 86 ff.; OLG Hamm, OLGZ 1970, 117 ff.). Hierbei handelt es sich um eine Zwischenentscheidung, mit der der Erlass der beabsichtigten Entscheidung – im Erbscheinvfahren die Erteilung eines bestimmten Erbscheins – angekündigt wird, wenn nicht innerhalb einer gesetzten Frist ein Rechtsmittel eingelegt wird. Ein solcher Vorbescheid wird im vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahren bislang allgemein zwar für unzulässig erachtet (vgl. BayObLGZ 1958, 171 ff.; BayObLG, FamRZ 1983, S. 92 ff.; Jansen, FGG, 2. Bd., 2. Aufl. 1970, § 55 Rn. 5; Engelhardt, a. a. O., Rn. 9 m. w. N.). Sofern er gesetzlich eingeführt würde, wäre jedoch auch er ein geeignetes Mittel, um in Fällen der vorliegenden Art die bestehende verfassungswidrige Lücke im Rechtsschutzsystem zu schließen.

2. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung tragende Regelung zu schaffen. Bis zu einer Neuregelung ist in Verfahren der vorliegenden Art der zuständige Rechtspfleger von Verfassungen wegen verpflichtet, vor Erlass einer in den Anwendungsbereich der §§ 62, 55 FGG fallenden Verfügung diese durch einen beschwerdefähigen Vorbescheid anzukündigen, wenn erkennbar ist, dass die beabsichtigte Entscheidung Rechte Dritter berührt, denen sonst der Rechtsweg gegen die Entscheidung selbst – jedenfalls faktisch – versperrt wäre.

Mitgeteilt vom Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts e.V.

Anmerkung

Die Entscheidung bewahrheitet das anglo-amerikanische Rechtspruchwort: Bad cases make bad law.

Das Eingreifen des BVerfG – mit allen negativen Folgen – hätte sich vermeiden lassen, wenn auf der Ebene des einfachen Rechts vom Rechtspfleger des Nachlassgerichts und vom Nachlasspfleger rechtmäßig verfahren worden wäre. Die Nachlasspflegschaft hätte von Amts wegen für diejenigen Erben aufgehoben werden müssen, die ermittelt waren und für die sogar ein Teilerbschein erteilt wurde (MünchKomm – Leipold § 1960 BGB RdNr. 67 unter Hinweis auf KG RJA 7, 29 in Fußnote 255).

Dann hätten diese Erben, einschließlich der Beschwerdeführerin, beim Abschluss des Erbauseinandersetzungsvertrages vom 3. 2. 1995 mitwirken müssen. Das Problem der nachlassgerichtlichen Genehmigung hätte sich für sie dann überhaupt nicht gestellt. Im übrigen hat der Nachlasspfleger es schuldhaft unterlassen, die bekannten und durch Teilerbschein legitimierten Erben zu informieren und etwaige Einwände zu beachten. Insoweit besteht ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 1833, 1915 BGB. Falls von Nachlasspfleger kein Ersatz zu erlangen ist, besteht ein Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG gegen das Land Schleswig-Holstein. Mir ist nicht verständlich, warum das BVerfG die Beschwerdeführerin nicht auf diese Ansprüche verwiesen hat.

Der Erste Senat des „Hüters der Verfassung“ (Carl Schmitt 1931, allerdings in Bezug auf den Reichspräsidenten) hat im übrigen übersehen, daß die Doppelvollmacht für den beurkundenden Notar zur Mitteilung gemäß § 1829 BGB und Entgegennahme für die anderen Vertragsbeteiligten durchaus nicht „allgemein für zulässig erachtet wird“. Es handelt sich lediglich um die herrschende Ansicht, die allerdings übersieht, daß der selbst nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Nachlasspfleger – gleiches gilt für den Vormund, den Betreuer und die sonstigen Pfleger – keine Doppelvollmacht unter Befreiung von den genannten Beschränkungen erteilen kann (Linde BWNtZ 1976, 144; Wufka

MittBayNOT 1974, 131; Kraiß in Gräßlin, Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Baden-Württemberg S. 3/144 C Fußnote 16). Bemerkenswert ist die Kritik des Ersten Senates an der Doppelvollmacht dahingehend, es komme nicht einmal zu einem nennenswerten „Schwebezustand“, während dessen die Genehmigung zwar erteilt, aber noch nicht wirksam ist.

Somit ist der Erbauseinandersetzungsvertrag vom 3. 2. 1995 noch immer schwebend unwirksam.

Warum Art. 103 Abs. 1 GG auf das Verfahren vor dem Rechtspfleger nicht anwendbar sein soll vermag ich nicht nachzuvollziehen. Die 3. Kammer des Ersten Senates des BVerfG hat in ihrem Beschluss vom 23. 7. 1992 (NJW 1993, 1699) die Anwendung ausdrücklich bejaht und dem Rechtspfleger in einem Zwangsversteigerungsverfahren einen Verstoß hiergegen vorgeworfen.

Im Beschluß vom 18. 1. 2000 wurde auch nicht berücksichtigt, dass durch das Dritte Gesetz zur Änderung des RechtspflegerG und anderer Gesetze vom 6. 8. 1998 (BGBl. I 2030) die Stellung des Rechtspflegers im Gefüge der Gerichtsverfassung nicht unerheblich verstärkt wurde. Durch die Neufassung des § 11 RechtspflegerG wurde die Durchgriffserinnerung abgeschafft und § 9 RechtspflegerG betr. die sachliche Unabhängigkeit neu formuliert.

Welche Fallkonstellationen sind nun künftig vom Beschluss des Ersten Senates betroffen? Die Antwort lautet: Keine, soweit die einfachen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Normen beachtet werden. Wäre also im vorliegenden Falle Teilaufhebung der Nachlasspflegschaft erfolgt, wäre kein Raum mehr für den vom BVerfG verlangten Vorbescheid gewesen. Denn unbekannten Erben, die der Nachlasspfleger erst noch ermitteln muss, kann ein solcher nicht zugestellt werden. Für die unbekannten Erben einen Pfleger gemäß § 1913 BGB durch das Vormundschaftsgericht zu bestellen, nur dass ihnen der Vorbescheid zugestellt werden kann, wäre grotesk und entspricht sicher nicht den Intentionen des BVerfG.

Auch im Recht der elterlichen Sorge, der Vormundschaft und der rechtlichen Betreuung besteht kein Anlass, bei familiengerichtlichen oder vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen Vorbescheide zu erlassen. Beantragen z. B. die Eltern eine familiengerichtliche Genehmigung zu einer Grundstücksveräußerung, wäre es abwegig, einem Kind einen Vorbescheid zuzustellen. Für die Zustellung und eine etwaige Beschwerde einen Ergänzungspfleger gemäß § 1909 BGB zu bestellen ist nicht vertretbar und wäre ein Verstoß gegen das Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 GG. Selbstverständlich ist bezüglich des Kindes die Anhörungspflicht gemäß § 50b Abs. 2 S. 2 FGG zu beachten. Entsprechendes gilt für den Vormund eines Minderjährigen. Es ist unstreitig, daß es sich bei dieser Anhörung auch um rechtliches Gehör handelt (Keidel/Engelhardt FGG 14. Aufl. § 50b RdNr. 3 mit zahlreichen Rechtsprechungs zitaten).

Auch bei der rechtlichen Betreuung ist kein Raum für einen Vorbescheid. Der Betroffene ist vor einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung etwa zu einer Grundstücksveräußerung gemäß § 69d Abs. 1 FGG grundsätzlich persönlich anzuhören.

In den genannten Fällen sind daher, auch wenn der Rechtspfleger zu entscheiden hat, die §§ 55 und 62 FGG weiterhin ohne einen Vorbescheid anwendbar. Gleiches gilt, wenn gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 6 RechtspflegerG der Amtsrichter zu entscheiden hat, etwa im Falle der §§ 1365 Abs. 2, 1366 Abs. 2 Satz 3 BGB.

Ich kann dem Bundesgesetzgeber nur empfehlen, weder die §§ 55, 62 FGG noch § 11 Abs. 3 S. 1 RechtspflegerG zu ändern.

Für das baden-württembergische Amtsnotariat ist zu bemerken, daß der Notar oder Notarvertreter, wenn er als Nachlaßrichter oder Vormundschaftsrichter eine nachlaßgerichtliche oder vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt, die in den Anwendungsbereich der §§ 55, 62 FGG fällt, in keinem Falle einen Vorbescheid erlassen muss. Notar und Notarvertreter erfüllen richterliche Aufgaben z. B. im Falle des § 1365 Abs. 2 BGB (Richter/Hammel, LFGG 4. Aufl., § 2 RdNr. 2). Für die Anwendung des Art. 19 Abs. 4 GG ist daher kein Raum, da es sich um Rechtsprechung im materiellen Sinne handelt. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert den Schutz durch den Richter, nicht gegen ihn (Jarass/Pieroth, GG Art. 19 RdNr. 26 unter Hinweis auf BVerfGE 11, 263/265).

Harro Kraiß, Notar in Neresheim/Württ., Lehrbeauftragter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg

GBÖ §§ 29, 35; FGG § 12; BGB §§ 2102 Abs. 1

1. Ein gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBÖ zum Nachweis der Erbfolge vorgelegtes notarielles Testament hat das Grundbuchamt unter Beachtung der gesetzlichen Auslegungsregeln auch dann auszulegen, wenn hierbei rechtlich schwierige Fragen beurteilt werden. Einen Erbschein darf es in einem solchen Fall nur verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch – allein dem Nachlaßgericht, wegen der Beschränkung des § 29 Abs. 1 GBÖ jedoch nicht dem Grundbuchamt mögliche – Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über tatsächliche Verhältnisse geklärt werden können.

2. Die Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB ist auch auf den Fall anzuwenden, daß sich Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig als Vorerben und einen oder mehrere Dritte, etwa ihre Abkömmlinge, als Nacherben einsetzen, ohne ausdrücklich zu bestimmen, wer Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten sein soll.

OLG Köln, Beschl. vom 5. 11. 1999 – 2 Wx 41/99

Aus den Gründen:

1. Die Antragsteller sind die gemeinsamen Kinder der verstorbenen Eheleute J.-J.W. und M.E.W., geborene S.. Die Eheleute J.J. und E.W. waren zu je 1/2-Anteil Eigentümer des im Grundbuch von L., Blatt, eingetragenen Grundstücks. Herr J.-J.W. war ferner Eigentümer des im Grundbuch von L., Blatt, verzeichneten Grundstücks W.er Straße 10.

Die Eheleute W. haben am 9. Juli 1955 ein gemeinschaftliches notarielles Testament errichtet, durch das sie sich gegenseitig als unbeschränkte Vorerben und ihre beiden Kinder, die Antragsteller, zu Nacherben eingesetzt und bestimmt haben, daß die Nacherbfolge beim Tode des überlebenden Ehegatten oder, falls dieser wieder heiraten sollte, mit dieser Heirat eintreten solle. Nachdem Frau E.W. am 21. April 1994 verstorben war, ist Herr J.-J.W. als Alleineigentümer des im Grundbuch von L., Blatt, verzeichneten Grundstücks – mit einem Nacherbenvermerk zu Gunsten der Antragsteller – eingetragen worden. Herr J.-J.W. ist am 21. Dezember 1997 verstorben. Unter Bezugnahme auf das nach seinem Tode am 3. Februar 1998 eröffnete notarielle Testament vom 9. Juli 1955 und die Niederschrift über die Eröffnung dieses Testaments haben die Antragsteller beantragt, sie anstelle des Verstorbenen in Erben-gemeinschaft als Eigentümer der beiden Grundstücke im Grundbuch einzutragen.

Mit Zwischenverfügung vom 28. Juni 1999 hat die Rechtspflegerin diesen Antrag beanstandet und ausgeführt, eine Berichtigung des Grundbuchs komme derzeit nur hinsichtlich des (früheren) 1/2-Anteils von Frau E.W. an dem auf Blatt, verzeichneten Grundstück in Betracht, weil das Testament vom 9. Juli 1955 nur den Eintritt des Nacherbfalls regelt, nicht jedoch eine Erbeinsetzung nach dem zuletzt verstorbenen Ehepartner enthalte. Zugleich hat das Grundbuchamt den Antragstellern eine Frist zur Vorlage eines Erbscheins nach ihrem Vater gesetzt.

Die gegen diese Zwischenverfügung gerichtete Beschwerde der Antragsteller hat das Landgericht zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß wenden sich die Antragsteller mit der weiteren Beschwerde.

2. Die gemäß § 78 Satz 1 GBÖ statthafte, an keine Frist gebundene, in rechter Form (§ 80 Abs. 1 Sätze 1 und 3 GBÖ) eingelegte weitere Beschwerde ist begründet. Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 78 GBÖ, 550 ZPO).

Die Berichtigung des Grundbuchs dahin, daß die Antragsteller Eigentümer der beiden in Rede stehenden Grundstücke sind, kann nicht von der Vorlage eines Erbscheins nach ihrem Vater abhängig gemacht werden. Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBÖ ist der Nachweis der Erbfolge zwar grundsätzlich durch Vorlage eines Erbscheins zu führen. Beruht die Erbfolge indes auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde – wie hier einem notariellen Testament – enthalten ist, so genügt gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBÖ die Vorlage dieser Urkunde und der Eröffnungsniederschrift. Die

Auslegung der Verfügung von Todes wegen obliegt (auch) dem Grundbuchamt, und zwar auch dann, wenn rechtlich schwierige Fragen beurteilt werden müssen (vgl. BayObLGZ 1982, 449 [452]; BayObLGZ 1989, 8 [9 ff]; BayObLG Rpfleger 1995, 249; Bauer/von Oefele/Schaub, GBÖ, 1999, § 35, Rdn. 125; Demharter, GBÖ; 22. Aufl. 1997, § 35, Rdn. 42; Herrmann in Kuntze/Eickmann/Herrmann u. a., GBÖ; 5. Aufl. 1999, § 35, Rdn. 73; Meikel/Roth, GBÖ, 8. Aufl. 1998, § 35, Rdn. 111). Dabei hat das Grundbuchamt auch die gesetzliche Auslegungsregeln zu beachten (vgl. OLG Stuttgart, Rpfleger 1992, 154). Einen Erbschein darf es nur dann verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere – nur dem Nachlaßgericht (§§ 12 FGG, 2358 Abs. 1 BGB), wegen der Beschränkung des § 29 Abs. 1 GBÖ aber nicht dem Grundbuchamt mögliche – Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (vgl. BayObLGZ 1974, 1 [6]; BayObLG Rpfleger 1995, 249; Senat, MittR-NotK 1988, 44; OLG Hamm, NJW 1969, 798 f; OLG Stuttgart, Rpfleger 1992, 154; Bauer/von Oefele/Schaub, a. a. O., § 35 Rdn. 126; Demharter, a. a. O., § 35 Rdn. 39; Herrmann, a. a. O., § 35, Rdn. 74; Meikel/Roth, a. a. O.).

Derartige weitere Ermittlungen sind im vorliegenden Fall nicht erforderlich. Ergänzende, über den Inhalt der Testamentsurkunde hinausgehende tatsächliche Feststellungen über den Willen der Erblasser, die das Nachlaßgericht im Erbscheinsverfahren bei der dort gebotenen Ermittlung von Amts wegen (§§ 12 FGG, 2358 Abs. 1 BGB) treffen könnte, die dem Grundbuchamt indes im Hinblick auf die Regelung des § 29 Abs. 1 GBÖ verwehrt sind, kommen vorliegend ersichtlich nicht in Betracht. Die Testierenden können darüber, was sie gewollt haben, nicht mehr gehört werden, und es ist auch nicht anzunehmen, daß der beurkundende Notar, falls er noch vernommen werden könnte, konkrete Angaben zu einer vor mehr als 40 Jahren vorgenommenen Beurkundung machen könnte (vgl. OLG Stuttgart, Rpfleger 1992, 154). Anzuwenden ist daher hier die Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB, nach der die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthält. Da dies nur „im Zweifel“ gilt, findet die Bestimmung zwar dann keine Anwendung, wenn sich der Wille des oder der Testierenden durch Auslegung ermitteln läßt (vgl. BayObLG FamRZ 1992, 476 [477]; KG NJW-RR 1987, 451). Dies ist hier indes nicht der Fall.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist § 2102 Abs. 1 BGB auch auf den hier gegebenen Fall anzuwenden, daß sich Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig als (befreite) Vorerben und einen oder mehrere Dritte, etwa ihre Abkömmlinge, als Nacherben einsetzen, ohne ausdrücklich zu bestimmen, wer Erbe des zuletzt versterbenden Ehepartners sein soll (vgl. BGH FamRZ 1987, 475 [476]; KG NJW-RR 1987, 451[452]; LG Berlin, FamRZ 1976, 293 [294 f]; Erman/M. Schmidt, BGB, 8. Aufl. 1993, § 2102, Rdn. 3; Grunsky in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1997, § 2102, Rdn. 3 am Ende; Nehlsen – von Stryck, DNotZ 1988, 147 [149 ff]; Palandt/Edenhofer, BGB, 58. Aufl. 1999, § 2102, Rdn. 3; Staudinger/Behrens/Avenarius, BGB, 13. Bearb. 1996, § 2102, Rdn. 3). Der früher teilweise in der Rechtsprechung (vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 1970, 255 ff; OLG München, HRR 1937, Nr. 1094) vertretenen Gegenauffassung vermag der Senat nicht beizupflichten. Sie ist damit begründet worden, daß mit dem Tode des zuerst verstorbenen Ehepartners die Bedingung, unter der die Abkömmlinge zu Nacherben des anderen Ehegatten berufen worden seien, ausgefallen sei (vgl. OLG München, a. a. O.; so auch Staudinger/Seybold, BGB, 11. Aufl. 1954, § 2102, Anm. 4). Diese Erwägung ist indes nicht richtig. Sie übersieht, daß die Einsetzung zum Nacherben stets an die Bedingung geknüpft ist, daß der als Vorerbe Bedachte den Erblasser überlebt (vgl. Erman/M. Schmidt, a. a. O.). Die Vorschrift des § 2102 Abs. 1 BGB will indes gerade in den Fällen, in denen die Einsetzung eines Nacherben wegen vorherigen Wegfalls des Vorerben nicht zum Tragen kommt, die Wirkung der Verfügung von Todes wegen dadurch erhalten, daß nach der gesetzlichen Auslegungsregel der Nacherbe für den Fall des Vorversterbens des Vorerben ersatzweise als Vollerbe berufen ist (vgl. KG NJW-RR 1987, 451 [452]; Nehlsen – von Stryck, DNotZ 1988, 147 [149]). Dies gilt auch und gerade bei der hier gegebenen Sachlage, so daß sich aus dem notariellen Testament in Verbindung mit der

Niederschrift über seine Eröffnung und der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB ergibt, daß die Antragsteller Erben ihres Vaters geworden sind. Dies genügt den Anforderungen des § 35 Abs. 1 GBO, so daß die Vorlage eines Erbscheins hier nicht verlangt werden kann.

Daß der Senat mit der vorliegenden Entscheidung von der Rechtsauffassung abweicht, die unter anderem den oben angeführten Entscheidungen des OLG Karlsruhe (FamRZ 1970, 255 ff) und des OLG München (HRR 1937, Nr. 1094) zugrunde liegt, gibt keinen Anlaß, die Sache nach § 79 Abs. 2 GBO dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen, weil der Bundesgerichtshof über die Frage der Anwendbarkeit des § 2102 Abs. 1 BGB inzwischen – in dem oben zitierten Urteil vom 28. Januar 1987 (FamRZ 1987, 475 f), wenn auch ohne nähere Begründung, – entschieden hat und der Senat dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs folgt. In einem derartigen Fall kommt eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nicht in Betracht (vgl. BayObLG NJW-RR 1986, 1480 [1481]; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 838 [840]; Demharter, a. a. O., § 79, Rdn. 12; Kahl in Keidel/Winkler, a. a. O., § 28, Rdn. 17 mit weit. Nachw. in Fußn. 66).

Mitgeteilt vom Richter am OLG Schmidt-Eichhorn, Köln

Buchbesprechungen

Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- Steuerrechts, 15. aktualisierte Auflage 1999. Begründet von Karl Haegele, fortgeführt von Notar Dr. Karl Winkler in München.

Das von Notar Dr. Karl Winklers seit der 6. Auflage betreute und von Karl Haegele begründete Handbuch „Der Testamentsvollstrecker“ liegt jetzt in der 15. aktualisierten Auflage vor. Das neue, vergrößerte Format steigert Handling und Lesbarkeit erheblich, sowohl für den Erbenbenutzer wie für den geübten Benutzer der Voraufgaben, zumal die bewährte Gliederung trotz verbesserter Untergliederung im wesentlichen beibehalten wurde. Das Layout ist optisch entstaubt, ein Lesezeichen erleichtert das Nachlesen von Querhinweisen. Schade nur, daß die gerade für den Praktiker besonders wertvolle Mustersammlung im achten Abschnitt (noch) nicht auf Diskette oder CD eingespielt mitgeliefert wird. Rechtsprechung und Literatur befinden sich nunmehr auf dem Stand vom Mai 1999. Änderungen im Kindschaftsrecht, das Handelsreformgesetz und das neue Insolvenzrecht sind berücksichtigt. Bei der redaktionell-inhaltlichen Modernisierung hält das Standardwerk mit dem Tempo des sich wandelnden Zeitgeistes nicht immer Schritt, wie ein Blick auf Rdnz. 99 mit ihrem symbolträchtigen Bezug auf das Erscheinungsjahr belegt, in dem dort im *Regelfall* Sittenwidrigkeit bei der Einsetzung der Geliebten als TV gefolgt wird. Wie schon den Voraufgaben bescheinigt, informiert das Werk ansonsten vorbehaltlos umfassend alle mit den Fragen der Testamentsvollstreckung befassten Rechtsanwender, Richter, Rechtspfleger, Anwälte wie Notare aufgrund der sorgfältigen, ebenso gründlichen wie verständlichen Darstellung der Materie. Dem interessierten Laien kommt das Buch dadurch entgegen, daß bedeutende Passagen obergerichtlicher Entscheidungen wörtlich zitiert sind.

Notar Peter Stahl, Karlsruhe

Das Orts- und Gerichtsverzeichnis 2000; Ortsverzeichnis mit zuständigen Gerichten und Finanzbehörden – Anschriften und Telekomdaten der Gerichte, Finanzbehörden, Staatsanwaltschaften und Justizvollzugsanstalten – Weitere Adreßgruppen für die anwaltliche Praxis. – Vollständig aktualisiert – Neu: mit beiliegender CD-ROM – Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln. 5. Auflage 2000. 1.240 Seiten, Lexikonformat, geb. inkl. CD-ROM, 98,- DM/50,11 E. Halbjährliches Update auf CD-ROM für Abonnenten ohne Zusatzkosten. ISBN 3-504-19212-7.

Das vollständig aktualisierte Orts- und Gerichtsverzeichnis informiert schnell und zuverlässig über die zuständigen Gerichte und Finanzbehörden für rund 20.000 Orte und Postleitzahlbereiche in Deutschland. Detaillierte Adressverzeichnisse dokumentieren die Anschriften und Telekommunikationsdaten der ordentlichen Gerichte, der Fach- und Verfassungsgerichte, der Finanzbehörden, Staatsanwaltschaften und Justizvollzugsanstalten. Für Amtsgerichte und Finanzämter sind zudem Hinweise auf Zuständigkeitskonzentrationen verzeichnet. Die Daten wurden direkt bei den eingetragenen Institutionen abgefragt, so dass ein hoher Grad an Aktualität und Zuverlässigkeit gewährleistet ist. Das Kompendium enthält darüber hinaus einen umfangreichen allge-

meinen Adressteil mit insgesamt rund 3.000 wichtigen Anschriften für die Praxis – von Anwalts- und Notarorganisationen über Bundes- und Landesbehörden bis hin zu Wirtschaftsverbänden. Die dem Buch beiliegende CD-ROM ermöglicht den schnellen und bequemen Zugriff auf alle Daten des Verzeichnisses. Weiterführende Informationen, darunter ein aktuelles Bankleitzahlenverzeichnis, ergänzen das unter Windows lauffähige Programm. Erstmals wird Abonnenten des Verzeichnisses ein halbjährliches CD-ROM-Update des Datenbestandes ohne Zusatzkosten angeboten. Auf diese Weise bleibt das Gerichtsverzeichnis stets auf aktuellem Stand. Günstige Netzwerkversionen sowie eine Großkundenversion, welche die Einbindung der Gerichtsdaten in kundeneigene Anwendungen ermöglicht, ergänzen das Angebot. Das Orts- und Gerichtsverzeichnis richtet sich an alle Angehörigen der rechts-, steuer- und wirtschaftsberatenden Berufe, an Behörden, Verbände und Unternehmen unterschiedlichster Branchen.

Notar Dr. Jürgen Rastätter

Arndt/Lerch/Sandkühler, Kommentar zur Bundesnotarordnung. 4. völlig neu bearbeitete Auflage 2000, Carl Heymanns Verlag, VI, 985 Seiten. Leinen DM 178,- ISBN 3-452-24368-0

Das Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31. 8. 1998, in Kraft getreten am 8. 9. 1998, hat zu erheblichen Änderungen des materiellen Berufsrechts geführt. Abgesehen von der Herstellung der Rechtseinheit im vereinigten Deutschland durch Einführung der BNotO auch im Beitrittsgebiet und Ablösung der Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis hat der Gesetzgeber in der Berufsrechtsnovelle den Zugang zum Notariat und die Zulässigkeit von Berufsverbindungen neu geregelt. Er hat damit u. a. auf eine Entscheidung des BVerfG vom 8. 4. 1998 reagiert, wonach die Sozietät zwischen Rechtsanwälten, die zugleich Notare sind, mit Wirtschaftsprüfern zulässig ist. Weitere Schwerpunkte der Erläuterungen sind das Verbot unvereinbarer Gesellschaftsbeteiligungen (§ 14 Abs. 5), die Geltung der Mitwirkungsverbote für alle Amtstätigkeiten (§ 16) unter Einbeziehung des neuen § 3 BeurkG, die Regelung des Werbeverbots (§ 29), Einführung der Richtlinienkompetenz der Notarkammern (§ 67 Abs. 2), Erweiterung der Befugnisse der Aufsichtsbehörden (§ 93, Abs. 4) und – im Rahmen des § 23 BNotO – die gesetzliche Regelung der notariellen Verwahrung (§§ 54a bis 54e BeurkG). Die bewährte Gliederung, die jeder Norm eine Erläuterungsübersicht voranstellt und vor den eigentlichen Erläuterungen auch die Entstehungsgeschichte knapp skizziert, wurde zurecht beibehalten. Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende Juli 1999, teilweise noch später, berücksichtigt.

Die Neuauflage bestätigt die herausragende Stellung des Kommentars zum Amtsrecht der Notare und ist für die Notare, die Notarprüfer und die Gerichte ein wertvolles und hochaktuelles Arbeitsmittel.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Karlsruhe

Impressum:

Schiffleite: Herbert Staudenmaier, Notar, 73525 Schwäbisch Gmünd, Uhlandstraße 3 (Tel. 0 71 71/60 25 58), und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21 / 59 14 70). Mit der Annahme des Beitrags geht das alleinige Veröffentlichungsrecht auf die Herausgeber über. Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen sind zu richten an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51). Bezugspreis jährlich DM 75,-, Einzelnummer DM 10,-. Anzeigenverwaltung und Gesamtherstellung: Walcher & Rees GmbH, Druckerei und Verlag, 89520 Heidenheim, In den Seewiesen 16–18 (Tel. 0 73 21 / 35 00-0, Fax 0 73 21 / 35 00 15).