

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
Prof. Böhringer, Schicksal der Grundbuchämter in Württemberg	1
Buddeberg, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen	4
Dr. Keilbach, Fragen des Genossenschaftsregisters	9
Wetzel, Anwendungsfälle des Ehegattenfreibetrags	10
Rechtsprechung	12
Buchbesprechungen	23

1/2001

Januar/Februar

Das Schicksal der Grundbuchämter in Württemberg bei Einführung des maschinell geführten Grundbuchs

Von Notar Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Die Einmaligkeit des jeweiligen Grundstücks verlangt seit alters her nach einer eindeutigen Klarstellung der es betreffenden Rechtsverhältnisse. Grundbücher sind der Spiegel der Rechtsverhältnisse am Grundstück. Sie werden zur Dokumentation und Offenlegung dieser Rechtsverhältnisse im Interesse des Rechtsverkehrs seit über 100 Jahren in der uns bekannten Form geführt. In Baden-Württemberg gibt es abweichend von den Regelungen in den anderen Bundesländern beachtenswerte Besonderheiten. Durch die Einführung des maschinell geführten Grundbuchs wird von diesen historisch gewachsenen Strukturen teilweise Abschied genommen. Die Rechtssituation bei den staatlichen Grundbuchämtern in den Gemeinden im Landesteil Württemberg soll aufgezeigt werden.

I. Rechtsgrundlagen

1. Bundesrecht

Durch das Registerverfahrenbeschleunigungsgesetz¹ (Reg-VBG) wurden die Grundbuchordnung² (GBO) und die Grundbuchverordnung³ (GBV) um die Vorschriften für die maschinelle Grundbuchführung ergänzt. Mit diesem Artikelgesetz ist in ganz Deutschland die Möglichkeit geschaffen worden, das Grundbuch maschinell führen zu können. Der Bundesgesetzgeber schreibt nur Mindeststandards vor, die einzelnen Bundesländer können sich für die maschinelle Führung des Grundbuchs aussprechen und dazu selbst den Zeitpunkt festlegen⁴. Die Rahmenbedingungen ergeben sich aus §§ 126 – 134 GBO und §§ 61 ff. GBV⁵. Gemäß § 126 Abs. 1 GBO bestimmen die Landesregierungen bzw. die Landesjustizverwaltungen, dass und in welchem Umfang das Grundbuch in maschineller Form als automatisierte Datei geführt wird.

2. Landesrecht

§ 143 GBO enthält für die Sonderregeln in Baden-Württemberg einen Vorbehalt⁶. Zu diesen Besonderheiten zählt, dass in Baden-Württemberg die Grundbuchämter für die Führung der Grundbücher zuständig sind⁷. Insbesondere werden die Grundbücher nicht von den Amtsgerichten, sondern von den grundsätzlich in jeder Gemeinde eingerichteten staatlichen Grundbuchämtern geführt. Das Grundbuchamt führt die Bezeichnung der Gemeinde, in der es eingerichtet ist.

§ 134 GBO ermächtigt den Bundesminister der Justiz, im Rahmen der ihm nach § 134 GBO zustehenden Ermächtigung die Regelung weiterer Einzelheiten auf die Landesregierungen zu übertragen, und zwar auch mit Delegations-

befugnis auf die Landesjustizverwaltungen. Von dieser Ermächtigung hat der Bundesminister der Justiz in § 93 GBV Gebrauch gemacht, auch § 67 GBV hat die gleiche Zielrichtung.

Der Landesgesetzgeber hat die Möglichkeit, von der ihm nach § 143 GBO vorbehaltenen Regelungskompetenz Gebrauch zu machen, was durch das Gesetz zur Einführung des maschinell geführten Grundbuchs sowie zur Änderung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit und des Landesjustizgesetzes⁸ geschah. Weitere landesrechtliche Bestimmungen sind in der Verordnung des Justizministeriums zur Ausführung des LFGG im Bereich des Grundbuchwesens (GBVO) enthalten⁹. Dazu bestehen weitere Rechtsgrundlagen in der Verordnung des Justizministeriums über das maschinell geführte Grundbuch (EGB-VO) vom 23.2.2000¹⁰, in der Bekanntmachung der Zweiten Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des LFGG (2. VV LFGG) vom 25.2.1998¹¹, zuletzt geändert durch die VwV d. JuM vom 16.5.2000¹² und in der AV des Justizministeriums zur Erstdatenerfassung in das maschinell geführte Grundbuch durch Erfassungsteams¹³.

II. Ziele des Landesgesetzgebers

Die Umstellung auf das maschinell geführte Grundbuch soll zu einer Konzentration von Grundbuchämtern führen. Zur Verringerung des Ausstattungsaufwandes für die Führung des elektronischen Grundbuchs wird angestrebt, die Anzahl der Grundbuchämter (derzeit 693 Grundbuchämter im württembergischen Rechtsgebiet) deutlich zu verringern. Grundsätzlich erscheint eine Konzentration in den Gemeinden am Sitz der Notariat oder der Außenstellen eines Notariats sowie in Großen Kreisstädten zweckmäßig. Zugleich wird aber den Gemeinden ohne Notariat die Möglichkeit geschaffen, den Sitz des Grundbuchamts zu behalten oder die ihnen hinsichtlich des Grundbuchamts obliegenden Verpflichtungen auf andere Stellen zu übertragen oder sich mit benachbarten Gemeinden zusammen zu schließen. Der Landesgesetzgeber bietet dazu ein ganzes Bündel an Gestaltungsmöglichkeiten, das es erlaubt, in jedem Einzelfall eine an die örtlichen Gegebenheiten individuell angepasste Lösung zu finden.

Mit der Aufhebung eines Grundbuchamts entfallen nicht nur die grundbuchamtlichen Zuständigkeiten des Ratschreibers, sondern zugleich auch die Voraussetzungen für seine Bestellung nach § 31 Abs. 1 LFGG. Um den Bürgern jedoch weiterhin die Einsichtnahme in das Grundbuch des zuständi-

1 Vom 20.12.1993 (BGBl. I 2182).

2 §§ 126 ff. GBO.

3 §§ 61 ff. GBV.

4 Zum elektronischen Grundbuch Böhringer BWNotZ 1994, 25.

5 Verordnungsermächtigungen enthalten z.B. §§ 67 und 93 GBV, wo auch Subdelegationsverordnungen zugelassen werden (vgl. Baden-Württemberg Subdelegationsverordnung vom 7.9.1998 (BW-GBl. S. 56).

6 Einzelheiten bei Meikel/Böhringer, Grundbuchrecht, § 143 Rnr. 1 ff. GBO.

7 Dazu §§ 1, 35 LFGG, § 136 GBO. Es gilt das Grundbuchrecht des Bundes mit gewissen Abweichungen.

8 Vom 20.12.1999 (BW-GBl. S. 662).

9 BW-GBl. 1975 S. 398.

10 BW-GBl. S. 182.

11 Die Justiz S. 93.

12 Die Justiz S. 134.

13 Die Justiz 2000 S.

gen Grundbuchamts vor Ort zu ermöglichen, hat die das Grundbuchamt abgebende Gemeinde die Möglichkeit der Einrichtung einer so genannten Grundbucheinsichtsstelle; die Aufgaben nimmt ein hierzu von der Gemeinde zu bestellender Ratschreiber wahr. Möglich bleibt auch die bloße Teilnahme der Gemeinde am Grundbuch-Abrufverfahren.

III. Aufhebung des Grundbuchamts

1. Gesetzlicher Regelfall

a. Strukturelle Konzentration

Mit § 26 Abs. 3 LFGG ist eine spezielle Rechtsgrundlage für die Konzentration von Grundbuchämtern zum Zwecke der Einführung des elektronischen Grundbuchs geschaffen worden. Das Justizministerium kann durch Rechtsverordnung Grundbuchämter aufheben und ihren Bezirk einem anderen Grundbuchamt zuweisen, wenn das andere Grundbuchamt in einer Großen Kreisstadt oder in einer anderen Gemeinde liegt, die Sitz eines Notariats oder einer ständigen Außenstelle eines Notariats ist.

b. Eingeschränkte Fortdauer der Unterbringungspflicht

Eigentlich würde die Unterbringungspflicht der das Grundbuchamt verlierenden Gemeinde mit Aufhebung ihres Grundbuchamts enden. Da aber die Gemeinde mit zentralisiertem Grundbuch nicht ohne weiteres – zeitnah – in der Lage sein dürfte, die Akten des bisherigen Grundbuchamts aufzunehmen, sieht § 27 Abs. 3 LFGG eine eingeschränkte Fortdauer der Unterbringungspflicht der das Grundbuchamt verlierenden Gemeinde vor. Die Verpflichtung bezieht sich auf den bisherigen Papierbestand, also auf die historischen und aktuellen Papier-Grundbücher sowie auf die Grundakten, Hilfsverzeichnisse wie Eigentümerregister, Grundstücksregister, Straßenregister und Geschäftsregister. Auch die bisher bei der Gemeinde verwahrten Nachlass- und Vormundschaftsakten werden von der fortdauernden Unterbringungspflicht erfasst. Die Kosten der Unterbringung hat die Gemeinde mit aufgehobenem Grundbuchamt so lange zu tragen, wie es die Akten verwahrt. Nur wegen der fortdauernden Unterbringungspflicht ist aber die Bestellung eines Ratschreibers nicht mehr erforderlich.

Dieser Unterbringungspflicht steht aber nicht das Recht der Gemeinde gegenüber, die genannten Papierbestände und Verzeichnisse stets behalten zu dürfen. Das nunmehr zuständige Grundbuchamt kann die Akten und Register herausverlangen und bei sich aufbewahren. Das Justizministerium kann nach § 27 Abs. 3 LFGG entsprechende Anordnungen treffen.

c. Ratschreiberei

aa. Neubestellung von Ratschreibern

Ist bei einer Gemeinde das Grundbuchamt aufgehoben worden, so ist die Bestellung neuer Ratschreiber mit den Beurkundungsbefugnissen des § 32 Abs. 3 LFGG nicht mehr möglich, § 35a Abs. 4 S. 2 LFGG. Zulässig bleibt in solchen Gemeinden ohne Grundbuchamt nur ein Ratschreiber mit Beglaubigungsbefugnissen nach § 31 Abs. 2 und § 32 Abs. 4 LFGG; dies war bisher schon in § 31 Abs. 2 LFGG geregelt. Durch § 61 Abs. 4 S. 1 Halbs. 3 BeurkG ist es dem Landesgesetzgeber verwehrt, die Beurkundungszuständigkeiten der Ratschreiber in Baden-Württemberg über den bisherigen Umfang (§ 31 Abs. 2 LFGG) hinaus zu erweitern.

bb. Bestandschutz für bisherige Ratschreiber

Wird ein Grundbuchamt aufgehoben, so entfallen nach § 31 Abs. 1 LFGG bei einer Gemeinde die Voraussetzungen für die Bestellung von Ratschreibern mit Beurkundungsbefug-

nissen. Durch die Überleitungsvorschrift des § 35a Abs. 4 S. 1 Halbs. 1 LFGG kann ein bis zur Aufhebung des Grundbuchamts im Amt befindlicher Ratschreiber noch bis zu seinem Ausscheiden noch mit den Beurkundungs- und Beglaubigungsbefugnissen gem. § 32 Abs. 3 und 4 LFGG im Amt bleiben.

Wegen des Bestandschutzes bisheriger Ratschreiber in Gemeinden mit aufgehobenem Grundbuchamt ist nun fraglich, was unter „Ausscheiden“ i.S. von § 35a Abs. 4 LFGG zu verstehen ist, sofern der Bürgermeister Ratschreiber ist¹⁴. Diese Frage stellt sich dann, wenn ein solcher Bürgermeister nach Aufhebung des Grundbuchamts in „seiner“ Gemeinde künftig wieder gewählt wird. Nach § 42 Abs. 3 S. 2 GemO schließt sich die neue Amtszeit unmittelbar an das Ende der abgelaufenen Amtszeit an. Bedeutet nun „Ausscheiden“ der Ablauf derjenigen Amtszeit des Bürgermeisters, in der das Grundbuchamt aufgehoben wurde? Dafür spricht die Regelung in § 42 Abs. 3 GemO, wonach für den wieder gewählten Bürgermeister eine neue Amtszeit beginnt und er erneut nach § 58 Abs. 2 GemO eine Bestimmung über die Person des Ratschreibers zu treffen hat. Diese Entscheidung ist im Organisationsplan der Gemeinde zu treffen. Zu diesem Zeitpunkt hat die Gemeinde kein Grundbuchamt mehr, demzufolge kann der wieder gewählte Bürgermeister nach § 31 Abs. 1 S. 1 und 2 LFGG nicht mehr Ratschreiber mit Beurkundungsbefugnissen (§ 32 Abs. 3 LFGG) sein. Die Bestandsschutzregelung des § 35a Abs. 4 S. 1 LFGG für die weitere Wahlperiode des Bürgermeisters würde wohl eine nach § 61 Abs. 4 S. 1 BeurkG unzulässige Erweiterung der im Land Baden-Württemberg bisher bestehenden Beurkundungszuständigkeiten bedeuten. Aus sachlichen Gründen – und insoweit auch vom Beurkundungsgesetz noch gedeckt – genügt es, den Bestandsschutz für Ratschreiber (in der Person des Bürgermeisters) bis zum Auslaufen derjenigen Amtsperiode des Bürgermeisters zu gewähren, in der die Aufhebung des Grundbuchamts erfolgt ist. Dies entspricht auch der Konzeption des Gesetzes zur Einführung des maschinell geführten Grundbuchs sowie zur Änderung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit und des Landesjustizkostengesetzes vom 20.12.1999. Unter „Ausscheiden“ kann aber auch die dauerhafte Aufgabe des Amtes als Ratschreiber verstanden werden. Dann würde der wieder gewählte Bürgermeister Ratschreiber mit Beurkundungsbefugnissen bleiben können.

2. Einrichtung einer Grundbuch-Einsichtsstelle

a. Aufrechterhaltene Bürgernähe

Die das Grundbuchamt abgebende Gemeinde hat die Möglichkeit, eine Grundbuch-Einsichtsstelle einzurichten. Durch die Einrichtung einer solchen Einsichtsstelle kann die ortsansässige Bevölkerung unter den durch die Grundbuchordnung vorgeschriebenen Voraussetzungen (§ 12 GBO) wie bisher vor Ort Einsicht in das Grundbuch ihres Bezirks nehmen und Grundbuchabschriften erhalten. Gerade für kleinere Gemeinden ist dies im Hinblick auf das Kosten-/Leistungsverhältnis eine erwägenswerte Alternative. Wird eine Grundbuch-Einsichtsstelle eingerichtet, so trägt dieser Umstand weiterhin der überkommenen dezentralen Struktur des Grundbuchwesens in Württemberg Rechnung.

b. Qualifikation der Grundbucheinsicht

Die Voraussetzungen für die Einsicht in das maschinell geführte Grundbuch unterscheiden sich nicht vom Papier-Grundbuch. Beim maschinell geführten Grundbuch sind die

¹⁴ § 58 Abs. 2 GemO i.d. Fassung der Bekanntmachung vom 24.7.2000 (BW-GBl. S. 581).

abgespeicherten Eintragungen nicht unmittelbar lesbar; sie müssen für die Wiedergabe lesbar gemacht werden. Die Lesbarmachung erfolgt für die Einsicht in Form der Wiedergabe auf einem Bildschirm (§ 79 GBV) oder durch Ausdruck. Die Gewährung der Einsicht am Bildschirm wird in der Regel so erfolgen, dass die dafür zuständige Person für die Einsicht nehmende Person das Grundbuch aufruft und die gewünschten Seiten und Abteilungen auf dem Bildschirm auflättert. In der Regel werden in den für den Publikumsverkehr vorgesehenen Räumen Bildschirme für die Einsicht bereit gestellt.

c. Restfunktion eines Grundbuchamts

Die Grundbucheinsichtsstellen bei den Gemeinden nehmen wie die Grundbuchämter eine Aufgabe der Justiz des Landes wahr. Trotz dieser „Restfunktionen“ des Grundbuchamts¹⁵ hat die Grundbucheinsichtsstelle keine weitergehenden Zuständigkeiten; sie ist also nicht zur Entgegennahme von Eintragungsanträgen befugt (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 LFGG). Für die Einsicht wird ein Ratschreiber bestellt, der in Vertretung des Grundbuchbeamten die Aufgaben der Grundbucheinsichtsstelle erledigt, § 35a Abs. 3 S. 2 LFGG. Hinsichtlich seiner Qualifikation bestehen dieselben Anforderungen wie für den Ratschreiber in einem Grundbuchamt. Der Ratschreiber hat die Befugnis zur Beglaubigung von Unterschriften und Abschriften nach § 32 Abs. 4 LFGG, und zwar in dem selben Umfang wie der Ratschreiber beim Grundbuchamt. Für die Bestellung der zum Ratschreiber für die Grundbucheinsichtsstelle gelten die in § 31 Abs. 3 LFGG genannten Voraussetzungen. Für die Bestellung des Ratschreibers ist der Bürgermeister und nicht der Gemeinderat zuständig, § 58 Abs. 2 GemO. Beurkundungsbefugnisse nach § 32 Abs. 3 LFGG stehen einem Ratschreiber der Grundbucheinsichtsstelle nicht zu.

Die Notare und Notarvertreter sind nach § 35a LFGG Grundbuchbeamte für die zu ihrem Notariatsbezirk gehörenden Grundbucheinsichtsstellen. Nicht vorgesehen sind jedoch Grundbuch-Sprechtage, da weder § 30 noch § 16 LFGG in § 35 Abs. 2 LFGG aufgeführt sind.

3. Bloße Teilnahme am Online-Abbrufverfahren

Die Besonderheit des maschinell geführten Grundbuchs besteht darin, dass die Daten aus dem Grundbuch unmittelbar – ohne Einschaltung von Personen des Grundbuchamts abgerufen werden können, wenn der Empfänger angeschlossen ist und über ein entsprechendes Datensichtgerät verfügt (Online-Anschluss). Die Gemeinde ohne Grundbuchamt hat bei einer Teilnahme am automatisierten Abbrufverfahren die Möglichkeit, auf elektronische Grundbuchdaten zuzugreifen. Sie können in diesem Rahmen für eigene Verwaltungszwecke Grundbuchdaten abrufen und weiter verarbeiten. Nicht zulässig ist es allerdings, dass die Gemeinde Grundbuchabschriften für fremde Personen erstellt. Für den Online-Zugriff der Gemeinde besteht Kostenfreiheit nach § 7 LJKG; die nach der Verordnung¹⁶ über Grundbuchabrufverfahrensgebühren zu erhebenden Gebühren fallen unter diese Befreiungsvorschrift. Für die Teilnahme am automatisierten Abbrufverfahren bedarf es nicht der Bestellung eines Ratschreibers. Die technischen Anforderungen für die Teilnahme am automatisierten Abbrufverfahren entsprechen denjenigen für die Einrichtung einer Grundbucheinsichtsstelle.

4. Entschädigungen und Gebührenbefreiungen

Trotz des Inkrafttretens¹⁷ des Gesetzes zur Einführung des maschinell geführten Grundbuchs sowie zur Änderung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit und des Landesjustizgesetzes¹⁸ gewährt das Land den Gemeinden für ihre Aufwendungen zu Gunsten der Grundbuchämter auch weiterhin eine Entschädigung im Rahmen des allgemeinen Finanzausgleichs. Der künftigen Gemeinde ohne Grundbuchamt bleibt also die im Rahmen des allgemeinen Finanzausgleichs für die Unterbringung der Grundbuchämter vorgesehene Entschädigung voll umfänglich erhalten¹⁹. Die Gemeinden ohne Grundbuchamt genießen auch weiterhin die Befreiung von der Zahlung der Gebühren und Auslagen nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 4 LJKG²⁰.

IV. Freiwilligkeitslösungen für Gemeinden ohne Notariat

Eine Gemeinde ohne Notariat hat die Möglichkeit, ihr Grundbuchamt zu behalten oder sich mit benachbarten Gemeinden zu interkommunaler Zusammenarbeit zu verabreden.

1. Beibehaltung des Grundbuchamts

a. Sicherstellung der Grundbuchumstellung

Von der Aufhebung des Grundbuchamts bei einer Gemeinde ohne Notariat wird abgesehen, wenn die Gemeinde am Sitz des Grundbuchamts die Voraussetzungen für eine Umstellung auf das maschinell geführte Grundbuch sicherstellt, § 26 Abs. 4 LFGG.

b. Unterbringungs- und Ausstattungspflicht

Der Gemeinde obliegt bei Beibehaltung des Grundbuchamts nicht nur die Unterbringung²¹ des Grundbuchamts (§ 27 Abs. 1 LFGG), sondern auch einer den Vorgaben des Justizministeriums entsprechenden Verkabelung und weiterer technischen Ausstattung (luK-Ausstattung). Die Gemeinde ist nach § 27 Abs. 2 LFGG für die Beschaffung der Hardware und der Software zuständig. Für die Software zur Führung des elektronischen Grundbuchs selbst (Folia/EGB) fallen hierbei keine Lizenzgebühren an.

Die Grundbuchdaten können vom Notariat aus wie auch im Grundbuchamt vor Ort bearbeitet werden. Der Sprechtag des Notars wird anlässlich der Einführung des maschinell geführten Grundbuchs nicht verändert. Die Notare sind entsprechend dem Bedürfnis weiterhin zur Abhaltung von Sprechtagen verpflichtet.

c. Ratschreiber

Bleibt das Grundbuchamt bei einer Gemeinde aufrecht erhalten, so bleiben auch die Aufgaben und Befugnisse des Ratschreibers dieselben wie bisher. Für den Ratschreiber gelten die Vorschriften der §§ 31 und 32 LFGG.

2. Interkommunale Zusammenarbeit

a. Freiwilligkeit hat Vorrang vor Konzentration

Der Grundsatz, wonach das Grundbuchamt in der Gemeinde liegt, die Sitz eines Notariats oder einer Großen Kreisstadt ist, erfährt in § 26 Abs. 5 LFGG eine wichtige Durchbrechung. Man kann auch sagen, dass freiwillige Maßnahmen der Gemeinden Vorrang vor einer Konzentration der Grundbuchämter hat²². Damit soll den Gemeinden ein hohes

¹⁷ Am 31.12.1999.

¹⁸ BW-GBl. 1999 S. 662.

¹⁹ LT-Drucks. 12/4525 S. 20.

²⁰ In der Fassung der Bekanntmachung vom 15.1.1993 (BW-GBl. S. 109, ber. S. 244), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 20.12.1999 (BW-GBl. S. 662, 664).

²¹ Die Gemeinde mit beibehaltenem Grundbuchamt bleibt weiterhin verpflichtet, die Vormundschafts- und Nachlassakten zu verwahren.

²² LT-Drucks. 12/4525 S. 19.

¹⁵ So LT-Drucks. 12/4525 S. 22.

¹⁶ Vom 30.11.1994 (BGBl. I 3580, 3585), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.7.1997 (BGBl. I 1808, 1809).

Maß an Bürgernähe in möglichst weit gehendem Umfang möglich bleiben.

b. Zuweisung an anderes Grundbuchamt

Nach § 26 Abs. 5 LFGG wird von einer Zuweisung des Bezirks eines Grundbuchamts einer Gemeinde ohne Notariat abgesehen und der Bezirk dem Grundbuchamt einer anderen Gemeinde desselben Notariatsbezirks zugewiesen, wenn die Umstellung auf das maschinell geführte Grundbuch sichergestellt ist.

c. Gemeinsames Grundbuchamt

Gemeinden desselben Notariatsbezirks können die ihnen hinsichtlich des Grundbuchamts obliegenden Verpflichtungen auf eine Verwaltungsgemeinschaft (§§ 59 – 61 GemO) oder einen Zweckverband oder durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung i.S. des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit²³ (GKZ) auf eine andere Gemeinde übertragen. Diese Lösung bietet sich an, wenn mehrere Gemeinden außerhalb des Notariatssitzes ein gemeinsames Grundbuchamt ausstatten wollen. Sie ist aber auch bei einer Konzentration am Notariatssitz denkbar.

Möglich ist sowohl die Übertragung auf einen Gemeindeverwaltungsverband oder einen Zweckverband als selbstständigem Rechtsträger, dessen Mitglied die übertragende Gemeinde ist, als auch eine Übertragung auf eine andere Gemeinde, die ihm Rahmen einer so genannten vereinbarten Verwaltungsgemeinschaft die Aufgaben eines Gemeindeverwaltungsverbandes erfüllt (§ 59 Abs. 1 S. 1 GemO) oder die auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung nach § 26 GKZ bestimmte Aufgaben für die beteiligten Gemeinden erledigt.

Mit solcher interkommunaler Zusammenarbeit werden für die Gemeinden neue Möglichkeiten eröffnet, die ihnen nach dem LFGG obliegenden Verpflichtungen in Zusammenarbeit mit anderen Gemeinden desselben Notariatsbezirks erledigen zu können und damit auch weiterhin in die Erledigung dieser Aufgaben – wenn auch in veränderter Form – eingebunden zu bleiben²⁴.

Eine gemeinsame Aufgabenerledigung in den genannten Formen interkommunaler Zusammenarbeit kann für eine

Gemeinde vor allem dann von Interesse sein, wenn dies unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten vorteilhaft ist. So kann es vor allem kleineren Gemeinden Schwierigkeiten bereiten, die erforderlichen Mittel für die technischen Voraussetzungen kurzfristig bereitzustellen, auch wenn die elektronische Grundbuchführung selbst erhebliche Rationalisierungsvorteile mit sich bringt. Hier kann sich eine Freiwilligkeitslösung im Einzelfall anbieten²⁵.

d. Zustimmungspflichtige Übertragung

Bei einer interkommunalen Zusammenarbeit erfolgt die Übertragung der Pflichten nach dem Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit bzw. §§ 60, 61 GemO. Nach § 34a Abs. 1 S. 1 LFGG bedarf die Übertragung jedoch der Zustimmung des Justizministeriums. Dieses wird die Zustimmung nur erteilen, wenn eine ordnungsgemäße Erledigung der den Gemeinden hinsichtlich des Grundbuchamts obliegenden Aufgaben aller Voraussicht nach gewährleistet erscheint²⁶.

e. Vollübertragung/Rechtsnachfolge

Sämtliche Verpflichtungen der Gemeinde hinsichtlich des Grundbuchamts müssen übertragen werden, § 34a Abs. 1 S. 2 LFGG. Gemeint sind vor allem die Pflichten nach §§ 26 – 35 LFGG (Unterbringungspflicht, Bestellung eines Ratschreibers). Die bei einer solchen Übertragung gesetzlich zwingend angeordnete umfassende Rechtsnachfolge erstreckt sich auf sämtliche Befugnisse und Rechte, die eine Gemeinde im Zusammenhang mit dem Grundbuchamt zustehen, auch auf die Amtshaftung nach § 18 LJKG.

f. Ratschreiber

Bei einer interkommunalen Zusammenarbeit (oben Buchst. c) hat die Einzelgemeinde kein selbstständiges Grundbuchamt mehr. Für die zusammenarbeitenden Gemeinden wird nach § 31 Abs. 1 LFGG ein Ratschreiber bestellt, der die Befugnisse zur Beurkundung und Beglaubigung nach § 32 Abs. 3 und 4 LFGG hat. Für jede Einzelgemeinde kann ein Ratschreiber mit den Befugnissen zur Beglaubigung von Unterschriften und Abschriften (§ 32 Abs. 4 LFGG) bestellt werden (§ 31 Abs. 2 LFGG). Weiter besteht die für jede Einzelgemeinde die Möglichkeit zur Bestellung eines Ortsteil-Ratschreibers (mit Beglaubigungs-Befugnissen nach § 32 Abs. 4 LFGG).

²³ Vom 16.9.1974 (BW-GBl. S. 408), geändert durch Gesetz vom 12.12.1991 (BW-GBl. S. 860).

²⁴ LT-Drucks. 12/4525 S. 21.

²⁵ LT-Drucks. 12/4525 S. 21.

²⁶ LT-Drucks. 12/4525 S. 21.

Das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ vom 24.2.2000 und seine Konsequenzen für die notarielle Vertragsgestaltung*

Hans Buddeberg, Notariatsdirektor in Villingen

I

Am 1.5.2000 ist das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“¹ in Kraft getreten. Anlaß für das Tätigwerden des Gesetzgebers waren die Klagen der Bauwirtschaft – insbesondere in den neuen Bundesländern – über die schlechte Zahlungsmoral ihrer Auftraggeber und die dadurch verursachten oftmals existenzgefährdenden Liquiditätsprobleme.

¹ BGBl. I 330 – 332.

* Es handelt sich um ein Referat, das der Verfasser beim 29. Fortbildungsseminar am 12. und 13. Oktober 2000 in Müllheim gehalten hat. Die Vortragform ist beibehalten.

Handlungsbedarf wurde von allen Fraktionen des Bundestags gesehen. Das Gesetz beruht auf einem Entwurf der Koalitionsfraktionen, der allerdings im Rechtsausschuß erhebliche Änderungen erfuhr. Die Endfassung wurde am 24.2.2000 mit den Stimmen der Koalition und der FDP bei Stimmenthaltung der Union und der PDS angenommen.

Schwerpunkt des Gesetzes ist die Änderung und Ergänzung des Werkvertragsrechts des BGB mit dem Ziel, dem Werkunternehmer bessere Instrumente zur Realisierung seiner Werklohnforderung in die Hand zu geben. Der neue § 632 a BGB gewährt gegenüber dem weiterhin geltenden § 641 I

Satz 2 BGB erweiterte Möglichkeiten, Abschlagszahlungen auf den Werklohn zu fordern. § 641 a BGB führt die „Fertigstellungsbescheinigung“ als Ersatz für eine vom Besteller verweigerte Abnahme ein. Zudem ist der Besteller jetzt auch dann zur Abnahme verpflichtet, wenn das Werk nur „unwesentliche“ Mängel aufweist (§ 640 I Satz 2 BGB). Der Werkunternehmer kann dann durch Fristsetzung die Rechtswirkungen der Abnahme herbeiführen (§ 640 I Satz 3 BGB). Ich möchte mich mit diesen Rechtsänderungen hier nicht näher befassen, da sie für die notarielle Praxis ohne größere Bedeutung bleiben dürften. Mit der Beurkundung eines reinen Werkvertrages wird der Notar nur sehr selten betraut. Für den Bauträgervertrag gilt die MaBV, so daß die Abnahme nur für den Beginn der Gewährleistungsfrist und die Fälligkeit der letzten Kaufpreistraten Bedeutung hat. Außerdem werden in Bauträgerverträgen seit Jahren Abnahmefiktionen verwendet, die den Anforderungen des § 10 Ziffer 5 AGBG genügen. Anpassungsbedarf aufgrund des neuen Gesetzes wird hier allenfalls in geringem Umfang bestehen. So empfiehlt der für die Neuregelung zuständige Referent im Bundesministerium der Justiz die Übernahme des Begriffs der *unwesentlichen* Mängel zur Bestimmung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Abnahme eines mangelhaften Werks nicht verweigert werden kann, da nur so deutlich werde, daß die Beweislast für die Unwesentlichkeit des Mangels beim Werkunternehmer liege².

Schon an dieser Stelle möchte ich allerdings auf eine auffällige Unschärfe in der Gesetzesbezeichnung hinweisen. Nach seinem Titel hat sich das Gesetz die **Beschleunigung fälliger** Zahlungen zum Ziel gesetzt. Die angesprochenen Neuregelungen sollen demgegenüber über eine **Änderung der Fälligkeitsvoraussetzungen** bewirken, daß Werklohnforderungen früher als nach bisheriger Rechtslage möglich fällig werden. Ob dieses Ziel mit den gewählten Mitteln erreicht werden kann, mag hier dahinstehen³.

Für den Notar von Belang ist der neue § 641 I Satz 3 BGB, welcher lautet: *Kann der Besteller die Beseitigung von Mängeln verlangen, so kann er die Zahlung der Vergütung in Höhe mindestens des Dreifachen der für die Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten verweigern.*

Von diesem Mindeststandard kann nunmehr in Verträgen, die dem AGBG unterfallen, keinesfalls mehr zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Nach meiner Erfahrung wird dies zur Änderung mancher von überregional vertreibenden Bauträgern verwendeter Vertragsmuster zwingen.

Bis auf weiteres Zukunftsmusik bietet der neue § 27 a AGBG, der das Bundesministerium der Justiz ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie die Abschlagszahlungen beim Hausbau durch Verordnung zu regeln. Die auf dieser Ermächtigungsgrundlage, deren Wirkungsbereich teilweise über § 34 c III GewO hinausgeht und teilweise dahinter zurückbleibt⁴, zu erlassende Verordnung soll die MaBV in ihren systemwidrig im Gewerbebereich angesiedelten zivilrechtlich relevanten Regelungen ergänzen, möglicherweise aber auch ganz oder teilweise ablösen⁵. Zur Zeit ist noch nicht absehbar, wann die neue Verordnung erlassen werden wird. Es bleibt zu hof-

fen, daß der Ordnungsgeber auf die Neufassung mehr Sorgfalt und damit auch mehr Zeit verwenden wird als der Gesetzgeber auf die mit dem hier zu besprechenden Gesetz vorgenommene Umgestaltung des Verzugsrechts, der ich mich nun zuwenden will.

II

Dem jedem Juristen als eine der tragenden Normen des Rechts der Leistungsstörungen seit den Anfängen seines Studiums bestens bekannten und textlich – mit Ausnahme der durch die Schaffung des Mahnverfahrens bedingten Änderung des § 284 I Satz 2 – seit der Schaffung des BGB unveränderten, eine auch schon vor 1900 geltende Rechtslage wiedergebenden § 284 BGB wurde mit Wirkung ab 1.5.2000 ein Absatz III angefügt, welcher lautet:

Abweichend von Absätzen 1 und 2 kommt der Schuldner einer Geldforderung 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung in Verzug. Bei Schuldverhältnissen, die wiederkehrende Geldleistungen zum Gegenstand haben, bleibt Absatz 2 unberührt.

Mir ist aus den mehr als dreißig Jahren, in denen ich mich mit der Jurisprudenz befaße, keine andere gesetzliche Neuregelung bekannt, die in Fachkreisen auf eine so einhellige Ablehnung gestoßen ist wie § 284 III BGB. Ein Autor⁶ fühlte sich bereits im Frühsommer an die Prügelfuge im 2. Akt der Meistersinger erinnert: In kurzen Abständen setzen immer neue – ablehnende – Stimmen ein. Diese Reaktion vermag allerdings nicht zu überraschen, da die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung das ausweislich der Gesetzesbezeichnung verfolgte Ziel geradezu konterkariert⁷. Ursache hierfür ist, daß bei Geldforderungen Verzug nunmehr immer erst 30 Tage **nach Fälligkeit** (und Zugang einer Zahlungsaufforderung) eintreten soll. Dies gilt auch dann, wenn die Fälligkeit kalendermäßig bestimmt ist oder gemäß § 271 I BGB mit Begründung der Leistungspflicht eintritt. Die kuriosen Folgen dieser Regelung werden von den Kritikern durch zahlreiche teilweise ergötzliche Beispiele belegt. So können bei wortgetreuer Anwendung des Gesetzes der Gast im Restaurant oder der Kunde des Friseurs nach Empfang der Leistung und Erhalt der Rechnung eine Zahlungsfrist von 30 Tagen in Anspruch nehmen, ohne Verzugsfolgen befürchten zu müssen⁸. Der Darlehensschuldner, der das Darlehen bei Fälligkeit nicht zurückzahlt, hat für die ersten 30 Tage nach Fälligkeit keine Zinsen zu zahlen (da der Zinsanspruch aus dem Darlehensvertrag mit der Fälligkeit des Darlehens erlischt, Verzugszinsen aber erst 30 Tage nach Fälligkeit zu entrichten sind⁹). Die Liste ließe sich beliebig fortsetzen. Selbst die bekannt zurückhaltenden Kommentatoren des Palandt sahen sich zu der Feststellung veranlaßt, daß „die Neuregelung vor allem bei Kaufverträgen und Stundungen zu unangemessenen, fast schon absurden Ergebnissen“ führt¹⁰.

Wie konnte das passieren? Der Begründung zur Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses¹¹, die vom Bundestag unverändert verabschiedet wurde, ist lediglich zu entnehmen, daß der Gesetzgeber in Anlehnung an die mittlerweile verabschiedete Richtlinie der Europäischen Union zur

2 Schmidt-Räntsch, Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, ZfR 2000, 337
3 kritisch Kiesel Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, NJW 2000, 1673 ff

4 Einzelheiten bei Bastly, Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, DNotZ 2000, 260 (265 ff)

5 hierzu Schmidt-Räntsch, Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, ZfR 2000, 337

6 Huber, Das neue Recht des Zahlungsverzugs..., JZ 2000, 743, Anm. 10 a
7 so Gsell, Das neue Zahlungsverzugsrecht..., NotBZ 2000, 178 ff

8 Gsell aaO. S. 182 mit weiteren Beispielen

9 Brambring, Der neue § 284 Abs. 3 BGB – nur ein Mißverständnis?, ZfR 2000, 245 ff

10 Palandt (Heinrichs/Sprau), Anm. 24 zu § 284 BGB (neu)

11 Drucksache 14/2752

Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Handelsverkehr die Mahnung als Verzugsvoraussetzung entbehrlich machen wollte, wenn eine Geldforderung geschuldet wird und – wie im kaufmännischen Handelsverkehr, aber auch im Handwerk üblich – eine Rechnung gestellt wurde. Die auch in der Richtlinie vorgesehene Frist von 30 Tagen bis zum Verzugsbeginn soll dem Schuldner die Möglichkeit geben, Leistung und Rechnung in Ruhe zu prüfen. Dieser Elemente des Verbraucherschutzes enthaltende Gedanke hat dann im Laufe des Beratungsprozesses offenbar so sehr an Gewicht gewonnen, daß er dazu veranlaßte, § 284 III als *lex specialis* zu § 284 I und II zu gestalten und lediglich für Forderungen auf wiederkehrende Geldleistungen (z.B. Mietzahlungen) auch weiterhin den Verzugsbeginn gemäß § 284 II zuzulassen. Der Gesetzgeber erhofft sich von der Gesetzesänderung eine Schärfung des Rechtsbewußtseins dahin, daß Forderungen grundsätzlich sofort (und nicht erst auf Mahnung) bezahlt werden müssen, geht aber davon aus, daß dies der Bevölkerung nur vermittelbar sei, wenn gleichzeitig die Prüfungsfrist gewährt wird¹².

Das Protokoll der Beratungen im Rechtsausschuß liegt mir nicht vor, so daß ich nicht prüfen kann, ob wirklich keiner der diesem Ausschuß angehörenden Abgeordneten gesehen hat, daß der Verbraucherschutzgedanke nicht greift, wenn für einen **bestimmten** Geldbetrag ein Zahlungstermin nach dem Kalender **vereinbart** ist, oder ob über dahingehende Einwände mehrheitlich aus für mich nicht erkennbaren Gründen hinweggegangen wurde. Das Protokoll der der Verabschiedung des Gesetzes vorausgehenden Bundestagsdebatte¹³ läßt befürchten, daß ersteres der Fall war. Im Bundestag ging jedenfalls kein Abgeordneter auch nur mit einem Wort auf die hier angesprochene Problematik ein, und § 284 III BGB wurde einhellig als Stärkung der Rechtsstellung der Gläubiger und Vereinfachung des Verzugsrechts gelobt. Die Abgeordneten waren ihrer Sache offenbar so sicher, daß sie im Gesetzgebungsverfahren auf die Einholung externen sachverständigen Rats zu § 284 III BGB völlig verzichteten¹⁴. Mit Fug und Recht kann somit wohl gesagt werden, der Beratungsprozeß sei „irgendwie entgleist“¹⁵.

III

Mit dem Ergebnis müssen wir Notare jetzt bis zur dringend zu wünschenden alsbaldigen neuerlichen Novellierung des § 284 BGB leben. Glücklicherweise ist § 284 III BGB dispositives Recht¹⁶. Im Individualvertrag, der nicht Verbrauchervertrag im Sinne des § 24 a AGBG ist, sind somit abweichende Vereinbarungen ohne weiteres zulässig. Sachgerechte Resultate können nur erzielt werden, wenn von dieser Möglichkeit in jedem Kaufvertrag Gebrauch gemacht wird. Bei Geschäften des täglichen Lebens (Einkauf im Laden, aber auch die Inanspruchnahme von Leistungen eines Friseurs oder eines Gastronomen) wird man nach der Verkehrssitte wohl von einer konkludenten Abbedingung von § 284 III BGB ausgehen können^{16a}. Für den notariell beurkundeten Kaufvertrag gilt dies nicht. Hier wird regelmäßig ein fester Zahlungstermin („Fälligkeitstermin“) vereinbart oder die Kaufpreisfälligkeit an den Eintritt bestimmter Ereignisse geknüpft. Nicht selten findet sich auch eine Kombination beider Vorgehensweisen („...ist zur Zahlung fällig am, jedoch

nicht vor Vorliegen...“). In all diesen Fällen führt die gesetzliche Neuregelung dazu, daß Schuldnerverzug des Käufers frühestens 30 Tage nach Fälligkeit des Kaufpreises eintreten kann. Das wird so regelmäßig von beiden Parteien nicht gewollt. Vielmehr gehen auch die Käufer, bei denen es sich ja in den allermeisten Fällen um rechtstreue Bürger handelt, davon aus, daß es für sie negative Konsequenzen haben muß und wird, wenn bei Fälligkeit nicht gezahlt wird. Als Abhilfe werden Vereinbarungen zum Verzugsbeginn vorgeschlagen. So könnte formuliert werden:

Der Kaufpreis ist am ... zur Zahlung fällig. Falls er an diesem Tage nicht beim Verkäufer eingegangen ist, gerät der Käufer ohne weiteres in Verzug. Über die gesetzlichen Verzugsfolgen wurde belehrt. Insbesondere wurde der Käufer darauf hingewiesen, daß er den offenen Kaufpreis vom Verzugsbeginn bis zur Zahlung mit Jahreszinsen in Höhe von mindestens 5% über dem Basiszinssatz zu verzinsen hat.

Ich halte diese zuerst von Brambring¹⁷ vorgeschlagene Lösung für brauchbar. Brauchbar ist auch der von ihm alternativ unterbreitete Vorschlag, im Individualvertrag Fälligkeitszinsen zu vereinbaren, so daß für die Verzinsung der Verzugsbeginn ohne Bedeutung ist (soweit nicht, was selten vorkommen dürfte, unter dem zu erwartenden Zinsschaden des Verkäufers und unter dem gesetzlichen Verzugszins gemäß § 288 BGB liegende Fälligkeitszinsen vereinbart wurden).

Beide Lösungen zeigen allerdings Schwächen, wenn der Fälligkeitstermin nicht schon bei Vertragsabschluß nach dem Kalender bestimmt werden kann. Der Käufer ist regelmäßig nicht in der Lage, bei Eintritt der die Fälligkeit herbeiführenden Ereignisse (rangrichtige Eintragung der Vormerkung, Räumung des Verkaufsobjekts durch den Käufer o.ä.) sofort zu zahlen. Ihm muß vielmehr eine gewisse Prüfungs- und Reaktionsfrist zugebilligt werden. Das kann geschehen, indem man in diesen Fällen den Eintritt des Verzugs (bzw. der Verzinsungspflicht nach Fälligkeit) an eine Zahlungsaufforderung des Verkäufers knüpft (damit wäre der alte Rechtszustand gemäß § 284 I wieder hergestellt) oder die Fälligkeit eine bestimmte Frist *nach* dem sie auslösenden Ereignis eintreten läßt. Beispiele:

a) der Kaufpreis ist fällig, sobald die Eigentumsvormerkung für den Erwerber eingetragen ist, wobei der Vormerkung nur die nach diesem Vertrag zu übernehmenden Lasten und unter Mitwirkung des Erwerbers bestellte Grundpfandrechte im Rang (bei Treuhandabwicklung: sowie die nach diesem Vertrag abzulösenden Lasten) vorgehen dürfen. Falls bei Fälligkeit nicht gezahlt wird, kann der Verkäufer den Erwerber durch eine Zahlungsaufforderung in Verzug setzen. Über die gesetzlichen Verzugsfolgen wurde belehrt. Insbesondere wurde der Käufer darauf hingewiesen, daß er den offenen Kaufpreis vom Verzugsbeginn bis zur Zahlung mit Jahreszinsen in Höhe von mindestens 5% über dem Basiszinssatz zu verzinsen hat.

b) Der Kaufpreis ist fällig am 30.11.2000, jedoch nicht vor Ablauf von zehn Werktagen seit Eintragung der Eigentumsvormerkung für den Erwerber, wobei der Vormerkung nur die nach diesem Vertrag zu übernehmenden Lasten und unter Mitwirkung des Erwerbers bestellte Grundpfandrechte im Rang (bei Treuhandabwicklung: sowie die nach diesem Vertrag abzulösenden Lasten) vorgehen dürfen. Es ist Sache

12 so Pick (parl. Staatssekretär im BMJ), Zur neuen Verzugsregelung für Geldforderungen, ZfR 2000, 333

13 Plenarprotokoll 14/90, S. 8347 ff

14 näheres bei RBGH Kniffka, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, ZfBR 2000, 227 ff

15 Huber, aaO, S. 750

16 so ausdrücklich auch Pick aaO

16a auch insoweit zweifelnd Gsell aaO

17 Brambring, § 284 Abs. 3 BGB und Grundstückskaufvertrag, DNotZ 2000, 245 (249)

des Erwerbers, sich vom Vorliegen dieser Fälligkeitsvoraussetzungen Gewißheit zu verschaffen. Falls der Kaufpreis am Fälligkeitstag nicht beim Verkäufer eingegangen ist, gerät der Käufer ohne weiteres in Verzug. Über die gesetzlichen Verzugsfolgen...

Nicht näher eingehen möchte ich hier auf die von verschiedenen Autoren kontrovers erörterte Problematik, ob auch vereinbart werden kann, daß die Fälligkeitsmitteilung des Notars als Zahlungsaufforderung des Verkäufers zu werten ist¹⁸. Ich neige zu der Auffassung, daß eine solche Regelung der neutralen Stellung des Notars nicht hinreichend Rechnung trägt. Für uns dürfte die Streitfrage deshalb ohne größere Bedeutung sein, weil Fälligkeitsmitteilungen des Notars nach meinem Kenntnisstand im badischen Amtsnotariat nicht üblich sind. Es fehlt das zur Überwachung des Eintritts der Fälligkeitsvoraussetzungen erforderliche Personal.

IV

Schwieriger ist die Lage im Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes. Nach dem in der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses und auch im Beitrag von Pick¹⁹ wiedergegebenen Willen des Gesetzgebers handelt es sich bei § 284 III BGB um ein „Leitbild des Gesetzes“. Die Norm soll somit bei der Inhaltskontrolle von AGB gemäß § 9 AGBG als Beurteilungsmaßstab herangezogen werden. Leitbildcharakter sollen laut Pick sowohl die 30-tägige Prüfungsfrist für den Empfänger einer Rechnung oder sonstigen Zahlungsaufforderung als auch die Entbehrlichkeit und Nutzlosigkeit der Mahnung bei Geldforderungen haben.

Dennoch vertreten mehrere Autoren die Auffassung, § 284 III BGB könne auch in AGB und Verbraucherverträgen gemäß § 24 a AGBG mit der Wirkung abbedungen werden, daß wieder die hergebrachten Verzugsvoraussetzungen gemäß § 284 I und II BGB gelten. Brambring²⁰ argumentiert, § 284 III BGB sei nur für solche Geldforderungen als Leitbild tauglich, bei denen der Fälligkeit regelmäßig eine Rechnungstellung vorausgehe und erst diese Rechnung den zu zahlenden Betrag erkennen lasse. Auf die Bargeschäfte des täglichen Lebens mit Rechnungstellung (z.B. Restaurantbesuch), für die § 284 III BGB ersichtlich ebenfalls nicht paßt, geht er in diesem Zusammenhang allerdings nicht ein. Notariell beurkundete Kaufverträge und auch Bauträgerverträge zeichnen sich, wie er zutreffend hervorhebt, dadurch aus, daß der zu zahlende Betrag in aller Regel mit Vertragsabschluß fixiert wird und sodann meist nach Eintritt weiterer Voraussetzungen (Eintragung der Vormerkung, Sicherstellung der Lastenfreistellung usw., beim Bauträgervertrag das Erreichen eines bestimmten Bautenstands) fällig wird. Eine Prüfung der Höhe des zu zahlenden Betrages ist in all diesen Fällen nicht erforderlich. Als Leitbild des Gesetzes versteht Brambring nur die dem Schuldner, der die Höhe des zu zahlenden Betrages zunächst nicht kennt und erst aus einer Rechnung entnehmen kann, zu gewährende Prüfungsfrist. In Verträgen mit festgeschriebenen Kaufpreis könne somit auch dann Abweichendes vereinbart werden, wenn sie der Inhaltskontrolle nach dem AGBG unterliegen.

Weitergehend weist Risse²¹ darauf hin, daß die Ansicht des Rechtsausschusses zur Abdingbarkeit des § 284 III BGB durch AGB nicht in den Gesetzestext eingeflossen sei.

Eine lediglich an § 9 AGBG orientierte Bewertung führe zur Zulässigkeit von AGB, die auch für Geldforderungen die bisherigen Verzugsvoraussetzungen unter Verdrängung von § 284 III BGB wieder herstellen oder diese neben den Verzug gemäß § 284 III BGB stellen. Das seit mehr als 100 Jahren geltende Verzugsrecht könne nicht plötzlich für einen bestimmten Kreis von Forderungen, nämlich die Geldforderungen, als unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des AGB-Verwenders anzusehen sein. Im übrigen sei der säumige Schuldner nicht schutzwürdig. Hertel²² setzt sich für eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 284 III Satz 1 BGB ein und möchte die Norm nur auf Austauschverträge mit Rechnungsstellung angewendet wissen.

Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung diesen Ansichten folgen wird. Sie entsprechen, wie dargelegt, nicht dem erklärten Willen des Gesetzgebers. Die teleologische Reduktion im Wege der Auslegung ist zudem mit dem Wortlaut der Norm schwerlich vereinbaren und ließe zudem die Frage offen, welche Bedeutung dann § 284 III Satz 2 BGB haben soll²³. Immerhin erscheint es mir im Hinblick auf die genannten (und weitere in die gleiche Richtung argumentierende²⁴ Stimmen beurkundungsrechtlich vertretbar, auch in Verträgen, die in den Anwendungsbereich des § 9 AGBG fallen, Vereinbarungen zum Verzug zu treffen, die die bis zum 30.4.2000 geltende Rechtslage wieder herstellen^{25a}. Der Veräußerer ist in solchen Fällen allerdings in aller Deutlichkeit auf die unsichere Rechtslage und die daraus erwachsenden Zweifel an der Durchsetzbarkeit so begründeter Verzugszinsforderungen sowie die durch das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion unwirksamer AGB drohenden Gefahren hinzuweisen. Auf jeden Fall empfiehlt es sich dringend, die **Zahlungsaufforderung** ausdrücklich in den Vertrag aufzunehmen, um den Verzugseintritt 30 Tage nach Fälligkeit auch dann zu gewährleisten, wenn die Abbedingung des § 284 III S. 1 BGB nicht anerkannt wird.

Viele Kritiker des neuen Gesetzes heben besonders auf seine mangelnde Eignung für den Bauträgervertrag ab. Dem vermag ich für den vor Baubeginn abgeschlossenen Bauträgervertrag nicht uneingeschränkt zu folgen. Die einzelnen Raten werden bei einer Abwicklung gemäß § 3 MaBV immer erst nach Erreichen eines bestimmten Bautenstandes und Zahlungsaufforderung durch den Bauträger fällig, wobei bisher regelmäßig ein Zahlungsziel von 10 bis 14 Tagen vereinbart wird. Erst nach Ablauf dieser Frist konnte der Bauträger den Käufer bisher durch Mahnung in Verzug setzen. In der Praxis wurde regelmäßig nicht unmittelbar nach Eintritt der Fälligkeit, sondern erst einige Tage später gemahnt. Da jetzt Verzug automatisch 30 Tage nach Eingang der Zahlungsaufforderung beim Erwerber eintritt, steht der Bauträger nicht wesentlich schlechter als bisher. Für ihn wie für jeden anderen Geldgläubiger bleibt allerdings das bisher nur für Mahnungen, nun aber für jede Zahlungsaufforderung und Rechnung relevante Problem, daß im Streitfalle der Zugang nachgewiesen werden muß. Der vorsichtige Notar kann nur

18 bejahend Brambring aaO, verneinend z.B. Maaß, Nachmals: § 284 Abs. 3 BGB, ... ZNotP 2000, 292 (294, 295)

19 siehe Ziff. 11 und 12

20 DNotZ 2000, 245 (252)

21 Verzug nach 30 Tagen – Neuregelung in § 284 Abs. 3 BGB, BB 2000, 1050 ff

22 Neues Verzugsrecht für Geldschulden..., ZAP 2000, 653 ff., vgl. auch ZNotP 2000, 130 ff., ebenso Fabis, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, ZIP 2000, S. 865 ff

23 im einzelnen Gsell aaO S. 183, Volmer, Warum das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen fällige Zahlungen nicht beschleunigt, ZfR 2000 S. 421 (427)

24 z.B. Bitter, Gesetz zur „Verzögerung“ fälliger Zahlungen, WM 2000, S. 1282 ff., Gsell aaO, Palandt-Heinrichs Anmerkung 31 zu § 284 BGB

25a Der mir erst nach Abschluß des Manuskripts zugänglich gewordene Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, das Ende 2001 in Kraft treten soll, sieht in seinem § 283 die Rückkehr zu den alten Verzugsregeln, ergänzt um eine den Verzug nach Maßgabe von § 284 III BGB herbeiführende Regelung, vor. Dieses mir sachgerecht erscheinende künftige Recht wird hoffentlich die Beurteilung der aufgeworfenen Rechtsfrage durch die Gerichte beeinflussen.

raten, künftig alle Zahlungsaufforderungen per Einschreiben mit Rückschein zu versenden. Mir ist natürlich klar, daß die Gläubiger diesem Ratschlag aus Kostengründen, aber auch zur Wahrung ihres Ansehens bei der Kundschaft wohl in den meisten Fällen nicht folgen werden.

Massive Probleme bereitet die Neuregelung hingegen für die sachgerechte Gestaltung aller Verträge, die in den Anwendungsbereich des AGBG fallen und die alsbaldige Zahlung des Kaufpreises oder eines Teilbetrags desselben zum Inhalt haben sollen. Zu denken ist hier an den Bauträgervertrag über ein bereits im Bau befindliches Objekt (der ja die Zahlung zumindest der ersten, vielfach auch bereits weiterer nach dem Bautenstand anforderungsreifer Raten alsbald nach Eintragung der Vormerkung und Sicherstellung der Lastenfreistellung vorsehen soll), aber auch an den Verkauf fertiger Objekte durch ein Unternehmen. Hier wurde bisher regelmäßig ein fester Fälligkeitstermin unter der Prämisse der Erfüllung der genannten Fälligkeitsvoraussetzungen vereinbart. Verzug trat dann gemäß § 284 II BGB ein. Dieser Weg ist, wenn man nicht den am Anfang dieses Abschnitts dargestellten Ansichten folgt, nunmehr versperrt. Fälligkeitszinsen können, anders als im Individualvertrag (der nicht Verbrauchervertrag im Sinne des § 24 a BGB ist), nicht wirksam vereinbart werden, da § 11 Ziffer 4 AGBG die Begründung eines Anspruchs auf Fälligkeitszinsen durch AGB bekanntlich nicht zuläßt²⁵. Dennoch wird der Veräußerer vom Notar erwarten, den Vertrag so zu gestalten, daß eine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen für den Erwerber nicht frühestens 30 Tage nach Fälligkeit der Zahlung einsetzen kann. Hilfreich könnte insoweit der Hinweis von Pick²⁶ sein, daß § 271 BGB durch die Neuregelung nicht berührt wurde und es sich somit weitgehend empfehlen dürfte, von abweichenden **Fälligkeitsvereinbarungen** Abstand zu nehmen. Im Kaufvertrag über eine von einem gewerblichen Verkäufer zu verkaufende fertige Wohnung sollte es demgemäß z. B. nicht mehr heißen:

Der Kaufpreis ist am 30.11.2000 zur Zahlung fällig,

denn wenn so formuliert wird, kann der Käufer keinesfalls vor dem 30.12.2000 in Verzug geraten. Falls sofortige Fälligkeit vereinbart wird, muß allerdings das Klagerecht des Verkäufers (etwa mit dem Ziel, Prozeßzinsen gemäß § 291 BGB zu erlangen) berücksichtigt werden. Auch ist zu beachten, daß der Käufer nicht in Verzug kommen soll, bevor der tatsächlich vereinbarte Zahlungstermin, der der Urkunde auch zu entnehmen sein muß, verstrichen ist und etwaige weitere „Fälligkeitsvoraussetzungen“ (rangrichtige Eintragung der Vormerkung, Räumung o.a.) gegeben sind. M.E. kommt in Betracht.

Der Kaufpreis ist sofort zur Zahlung fällig. Der Verkäufer fordert den Erwerber hiermit zur Zahlung auf. Der Erwerber erklärt, daß er bis zum 30.11.2000 zahlen werde. Der Verkäufer erklärt, daß er vor diesem Termin keine Zahlungsklage erheben werde. In diesen Erklärungen liegt keine Stundungsabrede. Verzug kann nicht vor dem 30.11.2000 und nicht vor Ablauf von 10 Tagen seit Eintragung der in dieser Urkunde bewilligten Eigentumsvormerkung eintreten, wobei der Vormerkung nur die nach diesem Vertrag zu übernehmenden Lasten und unter Mitwirkung des Erwerbers bestellte Grundpfandrechte im Rang (bei Treuhandabwicklung: sowie die nach diesem Vertrag abzulösenden Lasten; ferner sind hier etwaige weitere Zahlungsvoraussetzungen aufzunehmen) vorgehen dürfen.

Diese Formulierung kann sowohl in Kaufverträgen über fertige Objekte als auch in Bauträgerverträgen, die während der Bauphase geschlossen werden, Verwendung finden. Mir ist klar, daß sie den klaren Abreden wünschenden Beteiligten einiges zumutet. Deshalb wäre ich für Verbesserungsvorschläge dankbar. Ferner ermöglicht die Klausel nicht den Eintritt des Verzugs zum vereinbarten Zahlungstermin, wenn dieser Termin weniger als 30 Tage nach dem Tag der Beurkundung liegt. Für diese Fälle gibt es im Anwendungsbereich des AGBG wohl keine Lösung, die Verzug vor Ablauf von 30 Tagen seit der Beurkundung eintreten läßt^{26a}.

Zum Abschluß soll nach so viel Kritik auf einen erfreulichen Aspekt des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingegangen werden. Ich meine den neuen § 288 BGB, der den gesetzlichen Verzugszins nunmehr auf 5% über dem jeweiligen Basiszins festsetzt. Eine Anpassung des § 288 BGB an die veränderten Lebensverhältnisse war dringend geboten. Bisher konnte ein Gläubiger, der seinerseits keinen jederzeit rückzahlbaren Kredit in Anspruch nahm, vom säumigen Schuldner als zinsgünstiger Kreditgeber wider Willen mißbraucht werden, da der geschuldete Verzugszins den Zins, der vom Schuldner für eine anderweitige Finanzierung des geschuldeten Betrages aufgebracht werden müßte, deutlich unterschritt. Dem ist jetzt ein Ende gesetzt. Ich begrüße auch, daß dem Schuldner der (praktisch sowieso wohl nur in seltenen Fällen führbare) Gegenbeweis des Eintritts eines niedrigeren Verzugschadens – anders als in § 11 Absatz 1 Verbraucherkreditgesetz, der offenbar versehentlich nicht angepaßt wurde – nicht ermöglicht wird. Zuzugeben ist, daß diese Regelung mit der dogmatischen Einordnung des Verzugszinses als Schadensersatzposition nicht voll harmonisiert²⁷. Vielmehr mag er jetzt in nicht ganz wenigen Fällen als dem Gläubiger zugutekommender Strafzins erscheinen. Gerade dadurch mag aber der vom Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbezeichnung mit dem ganzen Gesetz verfolgte Zweck, nämlich die Beschleunigung fälliger Zahlungen, wenigstens gelegentlich tatsächlich erreicht werden²⁸.

26a Gegen den Formulierungsvorschlag wurde eingewandt, daß er mit der Verpflichtung zur richtigen und vollständigen Beurkundung des Parteiwillens kollidiere, weil die Parteien doch Fälligkeit am 30.11. (und nicht sofort) wünschen. Dieser Einwand übersieht, daß die Beteiligten nicht in juristischen Kategorien, sondern vielmehr wirtschaftlich denken. Beidseits gewollt ist die Zahlung zum vereinbarten Termin, und auch der Käufer der mit vorformulierten Vertragsbedingungen konfrontiert wird, akzeptiert regelmäßig die Sanktionierung verspäteter Zahlung durch Verzugszinsen. Dieser Parteiwille ist im Verbrauchervertrag (und sonstigen der Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG unterliegenden Verträgen) m.E. durch die vorgeschlagene Formulierung zu verwirklichen.

27 so die Kritik von Volmer aaO

28 Das für 2001 geplante Schuldrechtsmodernisierungsgesetz will dem Schuldner allerdings den Nachweis eines geringeren Verzugschadens wieder ermöglichen.

Fragen des Genossenschaftsregisters

von Notar Dr. Heinz Keilbach, Passau

Das Genossenschaftsregister wird, als besondere Form des Handelsregisters, für die eingetragene Genossenschaft gesondert geführt. Die Eintragungen der Genossenschaft und von Änderungen des Statuts in das Genossenschaftsregister wirken konstitutiv, §§ 13, 16 Abs. 6 GenG, während alle sonstigen Eintragungen in das Genossenschaftsregister wie des Vorstands, von Prokuristen und Zweigniederlassungen nur deklaratorische Wirkung haben¹.

Einige öfters auftretende Fragen im Bereich des Genossenschaftsregisterrechts sollen nachstehend angesprochen werden:

- Das Genossenschaftsregistergericht hat Eintragungsanträge insbesondere dahin zu prüfen², ob beim Statut oder dessen Änderung der Vorrang des Gesetzes vor dem Statut (§ 18 Satz 2 GenG, entsprechend § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG) beachtet ist. Gemäß § 15 der Verordnung über das Genossenschaftsregister ist vor Eintragung des Statuts vor allem zu prüfen, ob die darin festgelegten Zwecke der Genossenschaft den Voraussetzungen des § 1 GenG entsprechen.
- Das BayObLG hat in einem Beschluss aus dem Jahre 1984³ entschieden, dass Löschung einer Genossenschaft von Amts wegen ausscheidet, wenn sie nach Statutenänderung nur noch genossenschaftsfremde Unternehmenszwecke verfolgt. Zur Begründung führte das BayObLG aus: Eine im Register eingetragene Genossenschaft kann gem. §§ 142, 143 FGG als nichtig gelöscht werden, wenn nach §§ 94, 95 GenG die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann, § 147 Abs. 3 FGG. Dazu müssen sich Nichtigkeitsgründe gem. § 94 GenG bereits aus dem Gründungsstatut ergeben. Würden nichtige Regelungen erst durch spätere Änderung in das Statut einer ordnungsgemäß gegründeten Genossenschaft aufgenommen, so sind die Voraussetzungen der §§ 94 ff. GenG nicht gegeben, wird der Bestand der Genossenschaft somit nicht berührt⁴. Hier ist Amtslöschung der eingetragenen nichtigen Statutenänderung gem. §§ 147 Abs. 1, 142 Abs. 1 FGG oder auch des nichtigen Statutenänderungsbeschlusses gem. §§ 147 Abs. 4 i.V.m. 142, 143 FGG möglich mit dem Ergebnis, dass das Statut in der früheren Fassung weiter gilt⁵.

Zu dem Erfordernis eines Förderzwecks gem. § 1 GenG hat das BayObLG in dem Beschluss festgestellt: Die Vorschrift verlangt grundsätzlich, dass das Unternehmen einer Genossenschaft Sach- und Dienstleistungen erbringt, welche unmittelbar dem Erwerb, d.h. den Einzelwirtschaften oder den Haushalten der Mitglieder zugute

kommen. Die Förderung erfolgt durch Vermehrung der Einnahmen oder Verminderung der Ausgaben der Mitglieder⁶. Neben der in erster Linie erstrebten Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft der Mitglieder kann die Genossenschaft zugleich Vorteile ideeller Art gewähren. Sie kann ihren Förderauftrag dadurch erfüllen, dass sie Leistungen erwirtschaftet und an die Mitglieder weitergibt⁷. Dies muss nicht entgeltlich geschehen⁸.

- Die Frage, ob der Beschluss einer Generalversammlung, der gegen gesetzliche oder statutarische Bestimmungen verstößt, gemäß § 51 GenG anfechtbar, nichtig oder aber voll wirksam ist⁹, hat im Eintragungsverfahren Bedeutung. Ist ein zur Eintragung angemeldeter Beschluss anfechtbar oder ergeben sich bei Gericht wenigstens begründete Zweifel dahin, entscheidet der Richter nach pflichtgemäßem Ermessen, ob er die Eintragung vor Ablauf der Anfechtungsfrist bewirkt; insbesondere im Falle der Erhebung der Anfechtungsklage kann der Registerrichter gemäß §§ 147, 127 FGG das Verfahren aussetzen¹⁰.

Die folgenden Mängel beispielsweise begründen nach h.M. Anfechtbarkeit¹¹:

- Einberufungsmängel:
 - Nichteinhaltung der Einberufungsfrist der Generalversammlung, § 46 Abs. 1 GenG;
 - Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form der Einberufung, § 46 Abs. 1 GenG, RGZ 141, 230, 233;
 - unzulängliche Bekanntmachung von Verhandlungsgegenständen, § 46 Abs. 2 GenG;
 - Einberufung der Generalversammlung an einen unzulässigen Ort, BayObLG NJW 1959, 485 f., jeweils sofern nicht alle Genossen erscheinen und ohne Widerspruch abstimmen.

Nichtig können Beschlüsse jedoch entsprechend § 241 Nr. 1 AktG sein, wenn die Generalversammlung von einem offensichtlich nicht Befugten einberufen wurde und nicht alle Mitglieder erschienen und einverstanden sind, BGHZ 18, 334, 338,

⁶ Lang/Weidmüller/Metz, aaO, § 1 Rz. 39; Hettrich/Pöhlmann, aaO, § 1 Rz. 5; Müller, aaO, 2. Aufl. 1991/1998, § 1 Rz. 21 ff.; Beuthien, aaO, § 1 Rz. 11.

⁷ Zustimmend Lang/Weidmüller/Metz, aaO, § 1 Rz. 26; ebenso, jedoch differenzierend Beuthien, aaO, § 1 Rz. 26; a.A. Müller, aaO, § 1 Rz. 23, da § 1 GenG nicht zulasse, dass den Genossen allein durch die Mitgliedschaft Einnahmen zufließen, vielmehr müsse dies durch Inanspruchnahme des Geschäftsbetriebs oder der Geschäftsräume der Genossenschaft geschehen; Hettrich/Pöhlmann, aaO, § 1 Rz. 4, 10; Schubert/Steder, aaO, § 1 Rz. 4; Brand/Marowski, Registersachen, 4. Aufl. 1956, S. 381; Glenk, Die eingetragene Genossenschaft, 1996, Rz. 117; Hornung, Rpfleger 1984, 294 f.

⁸ Ebenso Lang/Weidmüller/Metz, aaO, § 1 Rz. 34, 47.

⁹ Die Verletzung bloßer Ordnungsvorschriften berührt die Wirksamkeit eines Versammlungsbeschlusses nicht, vgl. Lang/Weidmüller/Metz, aaO, § 51 Rz. 2; Hettrich/Pöhlmann, aaO, § 51 Rz. 5; Beuthien, aaO, § 51 Rz. 14; Müller, aaO, § 51 Rz. 3, 47 (Beisp. für Ordnungsvorschrift: Statut sieht Errichtung eines Teilnehmerverzeichnis vor).

¹⁰ Vgl. Hettrich/Pöhlmann, aaO, § 16 Rz. 22; Beuthien, aaO, § 16 Rz. 27; Lang/Weidmüller/Metz, aaO, § 16 Rz. 58; Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 243 Rz. 52 f.; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 54 Rz. 48; Keilbach, MittRhNotK 2000, 365/377 f.; ebenso, aber differenzierend: Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 16. Aufl. 1996, § 54 Rz. 19 ff.; a.A. Müller, aaO, § 16 Rz. 38; Gericht kann erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist eintragen.

¹¹ Vgl. Hettrich/Pöhlmann, aaO, § 51 Rz. 5 ff.; Beuthien, aaO, § 51 Rz. 20 ff., § 68 Rz. 16; Lang/Weidmüller/Metz, aaO, § 51 Rz. 48 ff.; Müller, aaO, § 51 Rz. 46 ff.; Schubert/Steder, aaO, § 51 Rz. 8; auch K. Schmidt, NJW 2000, 2927/2936.

¹ Vgl. nur Beuthien, GenG, 13. Aufl. 2000, § 10 Rz. 8.

² Allg. zur Prüfungsaufgabe des Genossenschaftsregistergerichts vgl. Beuthien, aaO, § 11 a, Rz. 2 ff.; Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, 5. Aufl. 1991, Rz. 906 f.; Schlegelberger, FGG, 7. Aufl. 1956, § 147 Rz. 5 ff.; Hornung, Rpfleger 1984, 298 ff.; ders. Rpfleger 1978, 46 ff.

³ Rpfleger 1985, 117 f. = DB 1985, 749 = BB 1985, 426. Im entschiedenen Fall war der Unternehmenszweck einer Molkereigenossenschaft auf Vermietung und Verpachtung des Molkereigebäudes beschränkt worden.

⁴ Ebenso Lang/Weidmüller/Schaffland, GenG, 33. Aufl. 1997, § 94 Rz. 4; Metz/Schaffland, GenG, 1991, § 94 (Abs. 2); Hettrich/Pöhlmann, GenG, 1995, § 94 Rz. 2; Beuthien, aaO, § 94 Rz. 3; Müller, GenG, 1980, § 95 Rz. 6; Schubert/Steder, Genossenschafts-Handbuch, Loseblatt August 2000, § 94 Rz. 4.

⁵ Vgl. Beuthien, aaO, § 94 Rz. 3; Lang/Weidmüller/Schaffland, aaO, § 94 Rz. 4; Müller, aaO, § 95 Rz. 6.

wenn Mitglieder bei der Einladung übergangen wurden, BGHZ 59, 369 = NJW 1973, 235; OLG Jena, OLG-NL 1994, 233¹²

oder die Versammlung überhaupt nicht als Generalversammlung und Beschlussorgan einer eG betrachtet werden kann, RGZ 141, 230, 233.

- b) Mängel im Ablauf der Generalversammlung:
Verletzung der Teilnahme- oder Abstimmungsrechte von Mitgliedern und ordnungsgemäß Bevollmächtigten; auch Verletzung des rechtlichen Gehörs bei Ausschließung eines Mitglieds, BGH NJW 1996, 1756/1758;

¹² Im Gegensatz zu BGH, aaO, will OLG Jena, wenn Mitglieder offenkundig bei der Einladung übergangen werden, den Nachweis nicht zulassen, dass der Einladungsmangel keinen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis haben konnte. Müller, aaO, § 51 Rz. 8, 9 b will Nichtigkeit wegen Einladungsmangels nicht annehmen, wenn das einladende Organ alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat, dass allen Genossen die Einladung zugeht, ebenso Hüffer, aaO, § 241 Rz. 9. Lang/Weidmüller/Metz, aaO, § 51 Rz. 25 hält Nichtigkeit wegen Nichteinladung eines Mitglieds bei einer eG mit mehreren tausend Mitgliedern für nicht angemessen; es sei zu prüfen, welche Bedeutung die Nichteinladung und die Beschlüsse für die eG und das Mitglied haben.

Mitwirkung Unbefugter bei Abstimmungen, soweit dadurch das Abstimmungsergebnis beeinflusst wurde, RGZ 106, 263; BGH NJW 1952, 98 f.; Beschlussunfähigkeit, BGH WM 1994, 1770 f. = EWiR § 51 GenG, 1994, m. Anm. Schaffland; Zurückweisung zulässiger Anträge; unzulässige Beeinflussung des Abstimmungsergebnisses, RGZ 119, 243 ff., BGH NJW 1953, 740, 741; Fehlen der gesetzlichen oder statutarisch vorgeschriebenen Mehrheit bei der Beschlussfassung, BGH NJW 1954, 1401 ff., 1980, 1465, 1467; Feststellung eines falschen Beschlussergebnisses, BGH BB 1980, 646.

Betrifft ein Beschlussmangel, der Anfechtbarkeit begründet, nur einen Teil der Beschlüsse einer Generalversammlung, unterliegen die übrigen gefassten Beschlüsse insoweit grundsätzlich nicht der Anfechtung¹³.

¹³ Vgl. Hettrich/Pöhlmann, aaO, § 51 Rz. 8.

Anwendungsfälle des Ehegattenfreibetrags gem. § 5 ErbStG

von Notarvertreter Klaus Martin Wetzel, Walddorfhäslach

1. Allgemeines

Beim Tod eines Ehegatten hat der überlebende Ehegatte nicht den gesamten ihm zugefallenen Nachlass gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG zu versteuern. Vielmehr kann er diverse Freibeträge in Anspruch nehmen. Noch handelt es sich hierbei um einprägsame Signalbeträge. Aufgrund des am 1.1.2002 in Kraft tretenden Steuer-Euroglättungsgesetzes¹ werden diese durch meist „krumme“ Beträge ersetzt. Der Gesetzgeber hat sich hierbei zu Gunsten einer möglichst geringen umstellungsbedingten Erhöhung anstelle einer Anpassung auch an „einprägsame“ Euro-Beträge und der damit erforderlich gewesen z.T. erheblichen Erhöhung entschieden.

Bei den nachfolgenden Freibeträgen sowie dem in Zif. 2 aufgeführten Berechnungsbeispiel werden jeweils die im Erbschaftsteuergesetz unter Berücksichtigung der im Steuer-Euroglättungsgesetz genannten Beträge verwendet.

Bei den im Erbschaftsteuergesetz vorgesehenen Ehegattenfreibeträgen handelt es sich um

- a) 307.000,- EUR² gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG als allgemeiner Freibetrag,
b) 256.000,- EUR gem. § 17 ErbStG als Versorgungsfreibetrag. Dieser Freibetrag unterliegt gem. Abs. 1 S. 2 jedoch einer Kürzung, soweit dem überlebenden Ehegatten aus Anlass des Todes des verstorbenen Ehegatten Versorgungsbezüge zustehen, die nicht der Erbschaftsteuer unterliegen (z.B. Witwenrente). Der Kürzungsbetrag wird nach dem gem. § 14 BewG zu berechnenden Kapitalwert errechnet.

Diese beiden Freibeträge stehen dem Überlebenden unabhängig vom Güterstand der Ehegatten zum Zeitpunkt des Todes zu.

Hinzu kommen noch folgende, auch den übrigen Erben der Steuerklasse I gewährten, Freibeträge von

- c) 41.000,- EUR gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG für den Erwerb von Hausrat einschließlich Wäsche und Kleidungsstücke und
d) 10.300,- EUR gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1b ErbStG für den Erwerb von beweglichen körperlichen Gegenständen, welche nicht von vorstehend unter lit. c) genanntem Freibetrag erfasst sind.

Die beiden letztgenannten Freibeträge werden jedoch nur mit der Einschränkung gewährt, dass der Wert der begünstigten Gegenstände die Freigrenzen nicht übersteigt. Andernfalls ist der gesamt diesbezügliche Erwerb steuerpflichtig.

Der in § 13 Abs. 1 Zif. 9 genannte Freibetrag von 5.200,- EUR zugunsten einer Person, die dem Erblasser unentgeltlich oder gegen unzureichendes Entgelt Pflege oder Unterhalt gewährt hat wird für den Ehegatten aufgrund der bestehenden gesetzlichen Unterhaltspflicht und des sich daraus ergebenden Ausschlusses, ein Entgelt zu fordern, in aller Regel für den überlebenden Ehegatten nicht zum Tragen kommen.

Einen im Gesetz nicht betragsmäßig bezifferten Freibetrag enthält § 5 Abs. 1 ErbStG. Dieser wird Ehegatten gewährt, die im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft leben. Er entspricht der Höhe des fiktiven Zugewinnausgleichsanspruchs des Überlebenden und wird unabhängig von dessen Erbquote und unabhängig ob dieser als gesetzlicher oder testamentarischer Erbe zur Erbfolge berufen ist gewährt. Es kann somit auch der zum Alleinerben eingesetzte Ehegatte, welcher einen rein rechnerischen fiktiven Zugewinnausgleichsanspruch hätte, diesen Freibetrag geltend machen³.

Dieser Freibetrag soll im folgenden näher betrachtet werden.

¹ BGBl. 2000 S. 1790
² nach der bis zum 31. 12. 2001 geltenden Rechtslage betragen die vorgenannten Freibeträge:
lit. a): 307.000,- EUR bisher 600.000,- DM
lit. b): 256.000,- EUR bisher 500.000,- DM
lit. c): 41.000,- EUR bisher 80.000,- DM
lit. d): 10.300,- EUR bisher 20.000,- DM
wegen der weiteren Freibeträge s. ZEV 12/2000 S. VI

³ BFH v. 30.7.1996, ZEV 97, 36 mit Anm. Meinecke

2. Berechnung des Freibetrags nach § 5 ErbStG

Nach der Rechtsprechung des BFH ist nicht der volle, nach Verkehrswerten gem. §§ 1373 ff. BGB berechnete fiktive Zugewinnausgleichsanspruch (künftig kurz: ZGA A genannt) in Ansatz zu bringen. Vielmehr ist eine Verhältnisberechnung unter Anpassung an den Steuerwert der Nachlasswerte wie folgt vorzunehmen:

$$\frac{\text{ZGA A} \times \text{SW}}{\text{VW}}$$

ZGA A = Zugewinnausgleichsanspruch

SW = Steuerwert des Nachlasses bzw. des auf den Überlebenden entfallenden Nachlassteils in Höhe dessen Erbquote.

Etwaige den Erbteil beschwerende Vermächtnisse werden hierbei nicht in Abzug gebracht⁴.

VW = Verkehrswert des Nachlasses z.Zt. des Todes

Berechnungsbeispiel

Die Ehegatten haben in jungen Jahren geheiratet. Anfangsvermögen war jeweils nicht vorhanden. Es war eine Hausfrau/Alleinverdiener-Ehe wobei das wesentliche Vermögen der Ehegatte beim Tod des Ehemanns das zu dessen Alleineigentum eingetragene Hausgrundstück ist.

Angenommener Verkehrswert des Hausgrundstücks:

600.000,- EUR,

angenommener Steuerwert: 360.000,- EUR.

Zugewinnausgleichsanspruch der Ehefrau: 300.000,- EUR (es wird aus Vereinfachungsgründen davon ausgegangen, dass keine Erbschaften oder Schenkungen das Anfangsvermögen der Ehegatten gem. § 1374 Abs. 2 BGB erhöht haben und außer dem inzwischen lastenfreien Hausgrundstück kein Ehevermögen vorhanden ist).

Auf den Tod des Ehemanns berechnet sich der Freibetrag nach § 5 ErbStG somit wie folgt:

$$\frac{300.000,- \text{ EUR} \times 360.000,- \text{ EUR}}{600.000,- \text{ EUR}} = 180.000,- \text{ EUR.}$$

Bei einer Alleinerbeinsetzung der überlebenden Ehefrau wäre bei diesem Rechenbeispiel somit keine Erbschaftsteuer von dieser zu entrichten, obwohl der Steuerwert des Nachlasses über dem gem. § 16 Abs. 1 ErbStG gewährten Ehegattenfreibetrag von 307.000,- EUR liegt.

Anfangsvermögen

Es ist zu beachten, dass die Fiktion des § 1377 Abs. 3 BGB, dass mangels Vorliegen eines Vermögensverzeichnisses das Anfangsvermögen der Ehegatten je Null war, hierbei nicht anzuwenden ist. Vielmehr ist das tatsächliche Vermögen bei Beginn des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft nachzuweisen⁵. Dass dies bei langjähriger Ehe zu erheblichen Schwierigkeiten führen kann ist leicht ersichtlich. Durch Aufnahme eines vollständigen Vermögensverzeichnisses in den notariellen Ehevertrag können solche Probleme verringert oder ganz vermieden werden.

Die vorgenannte Anpassung an den Steuerwert führt zu einem geringeren abzugsfähigen Freibetrag. Diese Angleichung ist jedoch geboten, da auch für die Erbschaftsteuer an sich der (geringere) Steuerwert maßgebend ist. Somit soll auch für einen, bei der Versteuerung abzuzie-

henden Freibetrag, derselbe Wert maßgebend sein. Andernfalls würde dies zu einer doppelten Begünstigung des Erben führen.

negativer Steuerwert

Die o.g. Berechnung soll nach dem Urteil des BFH unabhängig davon angewandt werden, ob der Steuerwert des Nachlasses positiv oder negativ (z.B. Betriebsvermögen) ist. Im letzteren Fall steht dem Überlebenden, selbst beim Vorhandensein eines fiktiven bürgerlich-rechtlichen ZGA A, kein Freibetrag zu. Der nach vorstehender Berechnung sich ergebende *steuerlich* maßgebliche ZGA ist negativ und wird somit vom Finanzamt mit 0,- EUR festgestellt.

Berücksichtigung ehevertraglicher Regelungen

Für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs zur Berücksichtigung beim Erwerb *von Todes wegen* bleiben etwaige ehevertraglich getroffene Regelungen, welche von §§ 1373 bis 1383 und 1390 BGB abweichen, außer Betracht (§ 5 Abs. 1 S. 2 ErbStG).

Soweit lebzeitig kein Ehevertrag abgeschlossen wurde, werden die Anfangsvermögen der Ehegatten wertbereinigt auf den Zeitpunkt des Todes⁶, den jeweiligen Endvermögen gegenübergestellt und der sich hieraus ergebende Differenzbetrag errechnet.

Anders verhält es sich bei der *lebzeitigen* Durchführung des Zugewinnausgleichs.

Hier gilt die Einschränkung, dass keine von den vorgenannten gesetzlichen Regelungen abweichende ehevertragliche Regelung berücksichtigt wird, gem. § 5 Abs. 2 *nicht*. Wurde z.B. im Ehevertrag ein negatives Anfangsvermögen eines Ehegatten vereinbart und findet zu Lebzeiten ein Ausgleich des Zugewinns durch diesen inzwischen vermögendere Ehegatten an dessen „zugewinnärmeren“ Ehegatten statt, so ist der gesamte Ausgleichsbetrag, einschließlich des über den gesetzlichen Anspruch der §§ 1373 ff. BGB hinausgehenden Betrags, nicht als Erwerb im Sinne von §§ 3 und 7 ErbStG zu behandeln und somit schenkungssteuerfrei.

Weiter sind für die lebzeitige Berechnung lediglich die Verkehrswerte der Vermögensgegenstände maßgebend. Eine Anpassung an den Steuerwert z.Zt. des Ausgleichs erfolgt hier nicht.

3. Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft

Die Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft (künftig auch: ZGG) führt dazu, dass im Todesfall kein Anspruch auf den Freibetrag gem. § 5 ErbStG besteht. Dabei spielt es keine Rolle, ob aufgrund gesetzlicher Folge oder ausdrücklicher Vereinbarung gem. § 1414 BGB Gütertrennung eintritt oder gem. §§ 1415 ff. BGB als Güterstand die Gütergemeinschaft vereinbart wird.

a) Gütertrennung

Soweit zum Zeitpunkt der Aufhebung des gesetzlichen Güterstandes ein Zugewinn entstanden ist, kann dieser steuerfrei ausgeglichen werden, § 5 Abs. 2 ErbStG. Wegen § 42 AO (Nichtanerkennung von Gestaltungsmissbrauch) ist jedoch darauf zu achten, dass der Ausgleich auch tatsächlich durchgeführt wird (und nicht z.B. bis zum Tod gestundet wird, um einen aufgrund der eventuell günstigeren lebzeitigen Zugewinnausgleichsberechnung höheren Freibetrag zu erlangen).

4 s. Fußnote 2 aaO

5 Im amtlichen Formular des Finanzamts zur Abgabe der Erbschaftsteuererklärung wird die Höhe des vom Antragsteller zu berechnende Freibetrags gem. § 5 Abs. 1 ErbStG abgefragt

Rechtsprechung

b) Gütergemeinschaft

Bei Vereinbarung von Gütergemeinschaft ist gem. § 7 Abs. 1 Zif. 4 die Bereicherung, welche der ärmere Ehegatte aufgrund dieser Vereinbarung erhält, schenkungssteuerpflichtig.

Für die Übertragung eines eigengenutztem Familienwohnheim als Abgeltung siehe unten.

4. Lebzeitiger Ausgleich des Zugewinns unter Beibehaltung der ZGG

Da § 5 Abs. 2 ErbStG ausdrücklich nur Ausgleichsforderungen bei *Beendigung* des Güterstandes begünstigt ist bei *Beibehaltung* des gesetzlichen Güterstandes die Ausgleichsforderung gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 schenkungssteuerpflichtig⁷. Eine Korrektur erfolgt lediglich über ein rückwirkendes Erlöschen der Steuerpflicht nach dem Tod gem. § 29 Abs. 1 Zif. 3 ErbStG.

Wird der Ausgleichsanspruch jedoch durch Übertragung des gemeinsam bewohnten Familienwohnheims (Hausgrundstück oder Wohnungseigentum) abgegolten, so ist diese Zuwendung gem. § 13 Abs. 1 Zif. 4a) ErbStG von der Schenkungssteuer befreit.

Handelt es sich beim Übertragungsobjekt aber um ein Zwei- oder Mehrfamilienhaus, so fällt für den nicht selbstgenutzten Anteil ebenfalls Schenkungssteuer an.

5. Aufhebung der Gütertrennung oder Gütergemeinschaft und Vereinbarung von ZGG

Eine vertraglich vereinbarte Rückwirkung der Zugewinnsgemeinschaft auf einen Zeitpunkt vor Abschluss dieses Ehevertrags ist hinsichtlich der Berechnung des Freibetrags

⁷ Erläss des FinMi Bad.-Württ. v. 29.7.1997, BWNtZ 98,136

nach § 5 Abs. 1 ErbStG gem. Abs. 1 Satz 2 nicht möglich. Für die Höhe des steuerlich relevanten rechnerischen Zugewinns ist lediglich der Zeitraum zwischen der Beurkundung der ehevertraglicher Regelung und dem Tod des Erblassers maßgebend⁸. Anfangsvermögen ist das Vermögen z.Zt. der Beurkundung der ehevertraglichen Regelung zzgl. der in § 1374 Abs. 2 BGB genannten Vermögenswerte⁹. Erfolgt ein Güterstandswechsel im fortgeschrittenen Alter der Beteiligten, so wird vielfach ein wesentlicher Zugewinnausgleichsanspruch nicht mehr entstehen.

Auch über den Umweg des § 5 Abs. 2 ErbStG ist kein höherer Freibetrag zu erzielen. Danach ist zwar bestimmt, dass wenn der Zugewinn nach § 1371 Abs. 2 BGB ausgeglichen wird, die diesbezügliche Ausgleichsforderung steuerfrei bleibt. Dies umfasst jedoch nur die Zugewinnausgleichsansprüche, welche in der Zeit zwischen vertraglicher Vereinbarung der ZGG und dem Tod des Erstversterbenden begründet wurden. Abs. 2 verweist insoweit auf §§ 1374 ff. BGB.

Dies bedeutet, dass der Ehegatte zwar die Erbschaft ausschlagen und gem. § 1371 Abs. 3 BGB den Zugewinn zusätzlich zum sog. kleinen Pflichtteil geltend machen kann. Ist ab Ehevertrag jedoch kein Zugewinn entstanden, kann auch nicht durch abweichende ehevertragliche Regelung (z.B. negatives Anfangsvermögen, Rückwirkung der ZGG ab Eheschließung) vom Überlebenden ein solcher gegen die Erben geltend gemacht werden¹⁰. Durch Ehevertrag kann insoweit nicht ins Erbrecht eingegriffen werden¹¹. Den überlebenden Ehegatten verbleibt somit lediglich der kleine Pflichtteil.

⁸ Der BFH hatte mit Urteil vom 28.6.1989 zum früheren ErbSt-Recht entschieden, dass Ehegatten nach Gütertrennung auch mit erbschaftsteuerlicher Wirkung ab dem Tag der Eheschließung, max. ab 1.7.1958, ZGG vereinbaren können, BB 89, 2238. Hierzu wurde jedoch ein gleichlautender Nichtanwendungs-Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 10.11.1989 erlassen, BB 90, 49.

⁹ vgl. hierzu DAnwVerl., Wachenhausen: Das neue Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, § 5 Rnr. 36 ff.

¹⁰ vgl. hierzu jedoch Pilz, ZEV 95, 330

¹¹ MüKo § 1371 RNr.19

Rechtsprechung

GG Art. 13, 20; BGB §§ 1896

Das Vormundschaftsgericht kann dem Betreuer auch den Aufgabenkreis des Zutritts zur Wohnung des Betreuten übertragen und ihn auch im Einzelfall ermächtigen, den Zutritt zum Zwecke der Kontrolle des Zustands der Wohnung zu erzwingen.

LG Freiburg, Beschl. vom 25. 2. 2000 – 4 T 346/99 und 4 T 350/99

Aus den Gründen:

Die unter Betreuung stehende Betroffene leidet seit vielen Jahren an einem Sammeltrieb mit Verwahrlosungs- und Vermüllungstendenzen. Sie häuft u. a. in ihrer jeweiligen Wohnung verdorbene Lebensmittel und sonstigen Müll und Abfall teilweise bis zur Wohnungsdecke an, was zusammen mit ihrer körperlichen Verwahrlosung zu entsprechenden Geruchsbelästigungen ihrer Nachbarn führt. Das Verhalten der Betroffenen führte immer wieder zu Zwangsenäumungen und Zwangsraumungen ihrer jeweiligen Wohnung, ihrer Unterbringung im Obdachlosenheim und stationären Aufenthalten im Zentrum für Psychiatrie in Emmendingen.

Mit Beschluss vom 30. 11. 1999 hat das Vormundschaftsgericht sowohl die Aufhebung der Betreuung als auch die Erweiterung des Aufgabenkreises des Betreuers auf den Bereich des Betretens der Wohnung der Betroffenen auch gegen deren Willen abgelehnt. Der Vormundschaftsrichter hat sich eingehend mit der Frage der Zulässigkeit einer Ermächtigung des Betreuers zum zwangsweisen Betreten der Wohnung der Betreuten und der hierzu vertretenen Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum auseinandergesetzt. Er hat sich sodann der überwiegenden Auffassung angeschlossen, nach der für

eine derartige Ermächtigung die Rechtsgrundlage fehlt. Die Aufhebung der Betreuung hat das Vormundschaftsgericht abgelehnt, da die gerade durchgeführten neuerlichen seuchenrechtlichen Maßnahmen gezeigt hätten, dass die Betroffene immer wieder auf die Unterstützung ihres Betreuers angewiesen sei, auch wenn sich die Tätigkeit auch des dritten Betreuers für die Betroffene als im wesentlichen wirkungslos erwiesen habe. Dies gelte auch für den Termin einer schon bald neuerlich bevorstehenden Zwangsraumung.

Die zulässige Beschwerde der Betroffenen hat in der Sache keinen Erfolg. Das Vormundschaftsgericht hat die Aufhebung der Betreuung zu Recht abgelehnt.

Die Betreuung ist aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen (§ 1908d Abs. 1 Satz 1 BGB). Im Aufhebungsverfahren ist somit zu prüfen, ob noch alle Voraussetzungen der Betreuung vorliegen.

Voraussetzung der Betreuung ist, dass ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann (§ 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung sind bei verfassungskonformer Auslegung dieser Bestimmung strenge Anforderungen an das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu stellen. Die Bestellung eines Betreuers von Amts wegen gegen den Willen des Volljährigen erfordert, dass der Betreute auf Grund einer psychischen Erkrankung seinen Willen nicht frei bestimmen kann (vgl. Z. B. BayObLG GamRZ 1998, 454 f; 1997, 1565 in st. Rspr. – jeweils mit weiteren Nachweisen), d. h. jeweils nicht imstande ist, seinen Willen unbeeinflusst von der Krankheit oder Behinderung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen

Einsichten zu handeln (BGH NJW 1996, 918, 919). Der Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist (§ 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB; vgl. BayObLG FamRZ 1995, 1085).

Diese gesetzlichen Betreuungsvoraussetzungen sind nach wie vor gegeben.

1. Die Betroffene leidet an einer psychischen Krankheit.

Die Ärztin kommt zum Ergebnis, dass die Betroffene für ihren Sammeltrieb keine Krankheitseinsicht hat und für notwendige Entrümpelungsmaßnahmen nicht geschäftsfähig ist. Die Ärztin weist auch ein weiteres Mal in ihrem ärztlichen Zeugnis auf die psychische Erkrankung, auf die Uneinsichtigkeit und die daraus folgende Unfähigkeit der Betroffenen zur Regelung ihrer Wohnungsangelegenheiten mit entsprechender Eigengefährdung auf Grund der völlig unsachgemäßen Lagerung ihrer Nahrungsmittel hin.

2. Aus den gutachterlichen schriftlichen und mündlichen Stellungnahmen der Ärzte ergibt sich auch, dass die Betroffene in den Bereichen, für die ein Betreuer bestellt ist, auf Grund der psychischen Erkrankung ihren Willen nicht frei bestimmen kann. Da sie hinsichtlich des krankhaften Sammeltriebs keinerlei Krankheitseinsicht hat, ist sie nicht in der Lage, hiervon unbeeinflusst ihren Willen zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln.

Das gilt auch für den gesamten Bereich der Gesundheitsfürsorge.

3. Die Betreuung ist auch nicht wegen Zwecklosigkeit aufzuheben. Zwar kann die Notwendigkeit einer Betreuung entfallen, wenn sich der angestrebte Zweck durch die vorgesehene Maßnahme nicht erreichen läßt (BayObLG FamRz 1994, 1551 f). Das in § 1896 Abs. 2 BGB verlautbare Prinzip der Erforderlichkeit durchzieht das gesamte Betreuungsrecht. Soweit die Betreuung oder weitere mit ihr verbundene Anordnungen sich als Eingriffe in die Freiheitssphäre der Person darstellen, hat der Erforderlichkeitsgrundsatz Verfassungsrang (vgl. a. a. O. mit weiteren Nachweisen). Dieser aus dem Rechtsstaatsprinzip sich ergebende Grundsatz verlangt für die Bestellung eines Betreuers die konkrete Feststellung, dass sie – auch unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – notwendig ist, weil der Betroffene auf entsprechende Hilfen angewiesen ist und weniger einschneidende Maßnahmen nicht in Betracht kommen. Diese Notwendigkeit entfällt, wenn sich der angestrebte Zweck durch die vorgesehene Maßnahme nicht erreichen läßt, die Bestellung – oder Beibehaltung – eines Betreuers etwa keinen Erfolg verspricht (BayObLG a. a. O. mit weiteren Nachweisen).

Davon kann vorliegend keine Rede sein. Die bei der Betroffenen anlässlich der immer wieder notwendig werdenden Entrümpelungsmaßnahmen auftretenden Erregungszustände machen immer wieder Unterbringungsmaßnahmen erforderlich. In diesen Situationen käme die Anregung der Bestellung eines Betreuers für den Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung und der Gesundheitsfürsorge zu spät, um noch wirksam helfen zu können. Auf die Möglichkeiten des öffentlich rechtlichen Unterbringungs-Rechts kann für diese Fälle weder vertraut noch verwiesen werden. Damit ist schon deshalb die Betreuung mit dem Ziel aufrecht zu erhalten, eine erforderlich werdende Unterbringung schnell, leichter und für die Betroffene weniger belastend durchsetzen und etwaige Therapiemaßnahmen einleiten lassen zu können. Darüber hinaus muss der Betreuer auch jederzeit die Möglichkeit haben, der Betroffenen im Fall des Verlusts ihrer Wohnung eine neue, auf ihre persönlichen auffälligen Lebensverhältnisse zugeschnittene Bleibe zu verschaffen. Auch derzeit ist sie in diesem Bereich auf die Hilfe eines Betreuers angewiesen, da ihr im Fall der Entlassung aus dem ZPE, in dem sie sich nach ihrer Zwangseinweisung noch freiwillig aufhält, noch keine Unterkunft zur Verfügung steht. Darüber hinaus hat das Vormundschaftsgericht in dem angegriffenen Beschluss zu Recht darauf hingewiesen, dass gerade die Ende des vergangenen Jahres durchgeführten seuchenrechtlichen Maßnahmen gezeigt haben, dass die Betroffene immer wieder auch deshalb auf die Unterstützung durch einen Betreuer angewiesen ist, was auch für den – damals bevorstehenden – Zwangsräumungstermin gelte.

Schließlich hat der Betreuer durchaus hinreichende Möglichkeiten, um durch Kontroll- und notfalls Entrümpelungsmaßnahmen die Vermittlungsproblematik, die in der Vergangenheit immer wieder zum Verlust der Wohnung geführt hat, zumindest zu mildern.

a) Zu dem übertragenen Aufgabenkreis der Wohnungsangelegenheiten gehören schon nach dem Wortsinn alle Angelegenheiten, die die Wohnung betreffen. Darunter fallen nicht nur die rechtlichen Angelegenheiten wie Begründung oder Auflösung des Mietverhältnisses, Abschluss der Verträge für die Versorgung mit Strom, Gas, Wasser, für die Wohnung betreffende Versicherungen, Handwerker u. ä.. Der Begriff Wohnungsangelegenheiten umfasst vielmehr auch tatsächliche Maßnahmen wie Reinigung, Renovierung, Entmüllung und Entrümpelung einschließlich etwa erforderlich werdender Entwesung und Desinfektion der Wohnung. Die Frage, ob derartige Maßnahmen im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geschützte Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 14 GG) gegen den Willen des Wohnungsinhabers faktisch durchführbar sind und erforderlichenfalls zwangsweise durchgesetzt werden können, wird in Rechtsprechung und Schrifttum nicht einheitlich beantwortet. Das Vormundschaftsgericht hat sich unter Ablehnung der gegenteiligen Ansicht des LG Berlin (FamRZ 1996, 821 f) der überwiegenden Meinung angeschlossen. Danach gebe es keine Rechtsgrundlage, auf Grund derer dem Betreuer der gewaltsame Zutritt zur verwahrlosten Wohnung des Betreuten gegen dessen Willen zum Zwecke der Säuberung und Renovierung einzuräumen wäre (LG Frankfurt FamRZ 1994, 1617 mit Anmerkung Bauer FamRZ 1994, 1562; OLG Frankfurt BtPrax 1996, 71 mit Anmerkung Bauer BtPrax 1996, 55). Ein Eingriff in diesen grundrechtsrelevanten Bereich der Wohnung dürfe außer im Falle speziell benannter dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit nur auf Grund einer speziellen gesetzlichen Ermächtigungsnorm erfolgen. Eine solche Ermächtigungsnorm stelle z. B. § 1896 Abs. 4 BGB für Eingriffe in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG oder § 1906 BGB hinsichtlich der Freiheitsrecht des Art. 2 GG dar. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf das Grundrecht des Art. 13 GG verbiete sich; ebenso sei ein Eingriff auf der Basis des bloßen Richterrechts nicht gerechtfertigt.

Die Kommentarliteratur hat sich dieser Auffassung angeschlossen (vgl. Bienwald, Betreuungsrecht, 3. Aufl. 1999, § 1896 Rz. 83; § 1901 Rz. 62; ders. in Staudinger, BGB, 1999 § 1901 Rz. 41-43 m. w. N. und Hinweis auf zwei weitere Entscheidungen des LG Görtitz NJW E-FER 1998, 153; LG Offenburg NJW E-FER 1997, 275; Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Das neue Betreuungsrecht, 4. Aufl. 1999 Rz. 239-247; Kemper FuR 1996, 152 f als Anmerkung zu OLG Frankfurt a. a. O.; Seitz BtPrax 1999, 215 f, 219; vgl. auch Bauer/Klie/Rink, Betreuungs- und Unterbringungsrecht, Loseblattsammlung Stand Dezember 1999, Rz 131-153).

b) Die Kammer schließt sich der Auffassung des Landgerichts Berlin a. a. O. an, wonach das Vormundschaftsgericht dem Betreuer auch den Aufgabenkreis des Zutritts zur Wohnung des Betreuten übertragen und ihn auch im Einzelfall ermächtigen kann, den Zutritt zum Zwecke der Kontrolle des Zustands der Wohnung zu erzwingen.

Die Rechtsgrundlage für eine Gestattung des regelmäßigen – zwangsweisen – Betretens und des Besichtigens der Wohnung des Betreuten durch den Betreuer selbst enthält Art. 13 Abs. 2 GG. Das hat das Landgericht Berlin in seiner Entscheidung sowohl unter verfassungsrechtlichen als auch unter betreuungsrechtlichen Gesichtspunkten umfassend und überzeugend begründet. Auf die umfangreichen Gründe der Entscheidung, die im FamRZ 1996, 821 f, abgedruckt sind, wird verwiesen.

Die Gegenmeinung berücksichtigt nicht hinreichend die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Rechts der Betreuung. Betreuung ist Ausdruck staatlicher Wohlfahrtspflege, deren Anlass und Grundlage das öffentliche Interesse an der Fürsorge für den schutzbedürftigen Einzelnen ist (BVerfGE 10, 302, 311; E 54, 251 f, 268 f = NJW 1980, 2179). Sie ist staatliche Fürsorge- (Sozial-)leistung und beruht auf dem verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG; vgl. Schmidt/Bleibtreu/Klein, GG, 9. Aufl. 1999, Art. 20 Rz. 48). Die Erkenntnis, dass es das Recht ermöglichen muss, den Willen des psychisch Kranken durch die bessere Einsicht des für ihn Verantwortlichen zu ersetzen, hat ihren Niederschlag seit jeher in den Vorschriften des bürgerlichen Rechts betreffend die Vormundschaft und die Zwangspflegschaft gefunden, die trotz ihrer Zuordnung zum Privatrecht auch Elemente öffentlicher Fürsorge enthalten (BVerfGE 58, 208 f., 225). Das Bundesverfassungsgericht weist in dieser Ent-

scheidung darauf hin, dass – zumal unter der Geltung des Sozialstaatsgedankens – kein Grund ersichtlich sei, der es hindern könnte, die Fürsorge für Bürger, die hilfsbedürftig, weil psychisch krank, sind, als staatliche Aufgabe auszugestalten.

Schon unter der Geltung des früheren Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts waren – abgesehen vom Unterbringungsrecht – die auf Grund der Anordnung von Vormundschaft oder Zwangspflegschaft zulässigen Eingriffe in grundrechtsgeschützte Bereiche nicht ausdrücklich geregelt. Das ist auch nicht verwunderlich, weil das Zurverfügungstellen dieser Rechtsinstitute den von dieser „Rechtswohltat“ Betroffenen zwingend in bestimmten Bereichen in der Ausübung seiner Grundrechte beschränken musste. Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht die Institution der Zwangspflegschaft als verfassungsgemäß angesehen (BVerfG NJW 1965, 2051 f.). Nicht anders verhält es sich mit dem anstelle des Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts getretenen Betreuungsrecht. Dabei kommt es nicht auf die Frage an, ob das Sozialstaatsprinzip freiheitsverkürzend wirkt, weil es als zusätzliche Grundrechtsschranke dem Gesetzgeber eine Eingriffslegitimation gegenüber Grundrechtspositionen verschafft (str.; vgl. Kittner in AK-GG 1989, Art. 20 Rz. 56 einerseits; BVerfGE 65, 182, 193 andererseits; zusammenfassend dargestellt von Neumann DVBl. 1997, 92 f., 98). Maßgebend ist vielmehr, dass der Gesetzgeber mit seinem aus dem Sozialstaatsprinzip sich ergebenden Handlungsauftrag das sozialstaatliche Ziel der Fürsorge für hilfsbedürftige psychisch kranke Bürger nicht ohne Eingriff in die verschiedensten grundrechtlich geschützten Positionen der Betroffenen verwirklichen konnte. Es ist zu berücksichtigen, dass Grundrechtsverkürzungen, insbesondere im Bereich der vitalen Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit, daraus erwachsen, dass die Betroffenen überhaupt betreuungsbedürftig werden. Die Grundrechte werden zumindest teilweise dann versagen, wo der Bürger der Alternative ausgesetzt ist, Einschränkungen oder Verkürzungen hinzunehmen oder auf soziale Fürsorgeangebote zu verzichten. Das ist zwingende Folge des Betreuungsrechtsverhältnisses als eines Sonderrechtsverhältnisses. Dabei hat der Gesetzgeber mit den betreuungsrechtlichen Bestimmungen nicht selbst die Grundrechte dieser Betroffenen außer Kraft gesetzt, sondern vielmehr dem Vormundschaftsrichter die Rechtsgrundlage gegeben, durch die Übertragung von Aufgabenkreise auf den Betreuer unter Berücksichtigung des Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einzelne Grundrechte des Betretenen zu beschränken. Dass hierbei das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG nicht zu beachten war, hat das LG Berlin a. a. O. mit weiteren Nachweisen zutreffend aufgezeigt.

Das OLG Hamm RPflegler 1985, 362, hatte schon zur Frage der Zulässigkeit der Postkontrolle im Rahmen der früheren Vormundschaft mit weiteren Literaturhinweisen zutreffend ausgeführt, dass solche Eingriffe (in Grundrechtspositionen), die innerhalb eines vom Gesetz selbst vorgesehenen Rechtsinstituts getroffen werden und die geboten sind, auf einer hinreichenden gesetzlichen Ermächtigung beruhen, wenn der mit der Einrichtung dieses Instituts generelle und im Einzelfall verfolgte Zweck nicht verfehlt werden soll. Da das Gesetz die Anordnung der Vormundschaft bei entmündigten Volljährigen ausdrücklich vorsähe und die Befugnisse das Recht der Personensorge insoweit umfassten, als der Zweck der Vormundschaft es erfordere, bestehe damit die Grundlage auch für Eingriffe des Vormunds in das Briefgeheimnis, wenn und soweit der mit der Anordnung der Vormundschaft im Einzelfall verfolgte Schutzzweck derartige Eingriffe gebiete.

Die Kammer trägt daher keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Übertragung des Aufgabenkreises „Zutritt zur Wohnung“ bzw. „Betreten der Wohnung“ des Betretenen auf den Betreuer, wenn das für die Durchführung der sonstigen, dem Betreuer übertragenen Aufgaben erforderlich ist. Das kann der Fall sein, wenn z. B. pflegerische Leistungen im Bereich der Wohnung des Betretenen zu erbringen sind oder wie hier, wenn der Betreuer im Hinblick auf die ihm übertragenen „Wohnungsangelegenheiten“ auch für den Zustand der Wohnung und ihrer Erhaltung (im wahrsten Sinn des Wortes) verantwortlich ist. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass der Zutritt zur Wohnung durch den Betreuer um so mehr dann gewährleistet sein muss, wenn wie vorliegend bekannt ist, dass die Betrof-

fene ihre Wohnung regelmäßig vermüllen läßt und sie deshalb immer wieder einem Räumungsverfahren und einer Zwangsäumung ausgesetzt ist.

Die Kammer ist der Auffassung, dass der diese Aufgaben umfassende Kreis der „Wohnungsangelegenheiten“ auch den Zutritt zur Wohnung als Teilaufgabenbereich zwingend beinhaltet, wengleich es wegen der sensiblen Grundrechtsproblematik zweckmäßig sein dürfte, bei der Formulierung des Aufgabenkreises zur Klarstellung hierauf ausdrücklich hinzuweisen. Denn auch für Außenstehende sollte ohne weiteres erkennbar sein, dass dem Betreuer, der ebenfalls im Innenverhältnis zum Betreten in Ausübung seiner Befugnisse dessen Grundrechte – wohl nicht erst aus einer „Drittwirkung von Grundrechten im Privatrechtsverkehr“, sondern aus seiner obrigkeitlichen Bestellung als Betreuer – zu beachten hat, in diesem Fall auch das Recht zum Betreten der Wohnung zusteht.

c) Überzeugend hat das LG Berlin a. a. O. begründet, dass der dem Betreuer derart übertragene Wirkungskreis „Zutritt zur Wohnung“ die geeignete Grundlage ist für eine anschließende etwa notwendig werdende gerichtliche Ermächtigung zum zwangsweisen Eindringen in die Wohnung des Betretenen. Es versteht sich von selbst, dass der Betreuer hierzu nicht auf den Zivilrechtsweg verwiesen werden kann. Er ist vielmehr „Vertrauensperson des fürsorgenden Staates“ (BVerfGE 10, 302 f., 311, 328 = FamRZ 1960, 186 - LS). Der Betreuer nimmt dessen Aufgabe im Bereich der öffentlichen Fürsorge wahr. Dabei handelt er im Außenverhältnis als gesetzlicher Vertreter für die privaten Belange des Betroffenen in privatrechtlicher Form (vgl. Staudinger/Bienwald 1999, § 1902 Rz. 1 f.). Auch wenn er im Innenverhältnis zum Betreten, wo die Freiheitsrechte des Betroffenen berührt werden, in Vollzug seines hoheitlichen Auftrags zur Fürsorge handelt (BVerfGE 10, 326 f.), wobei die Beziehung zwischen dem Betreten und ihm rechtlich bestimmt wird durch die Beststellungsentscheidung des Vormundschaftsgerichts, den festgelegten Aufgabenkreis und die der Führung der Betreuung dienenden Vorschriften des Betreuungsrechts (Staudinger/Bienwald a. a. O. § 1902 Rz. 20), bedarf er wie jede andere Privatrechtsperson zum zwangsweisen Betreten der Wohnung des Betretenen einer ausdrücklichen richterlichen Ermächtigung.

Der Unterschied besteht lediglich darin, dass der Betreuer den Betretenen nicht im Zivilrechts- und Zwangsvollstreckungsweg in Anspruch nehmen muss (und wohl auch nicht kann), sondern sich vielmehr von dem Vormundschaftsgericht, das ihn obrigkeitlich mit der Aufgabenwahrnehmung betraut hat, zur Anwendung von Zwang richterlich ermächtigen lassen kann. Allein aus der Übertragung des Aufgabenkreises „Zutritt zur Wohnung“ ergibt sich nicht, dass der Betreuer ohne weiteres unter Anwendung unmittelbaren Zwangs den Zutritt erzwingen darf. Der Betreuer unterliegt bei Ausübung seines Amtes staatlicher Rechtsbindung (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG). Früher wurde schon aus der Zuweisung bestimmter Aufgaben an den Gebrechlichkeitspfleger auch die Rechtsmacht zur wirkungsvollen Wahrnehmung dieser Aufgaben hergeleitet, da „leerlaufendes“ folgenloses Recht als sinnwidrig nicht denkbar erschien (Helle FamRz 1984, 639). Nach heutigem Verfassungsverständnis ist dagegen eine Zwangsbefugnis nicht ohne weiteres aus der Aufgabenzuweisung abzuleiten, sondern setzt eine konkrete Ermächtigung auf Grund einer konkreten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage voraus (vgl. Bauer, FamRZ 1994, 1562, 1563). Diese Rechtsgrundlage sieht das LG Berlin a. a. O. zu Recht in Art. 13 Abs. 2 GG. Die für eine Abklärung des Wohnungszustands notwendigen Eingriffe des Betreuers sind unter diese Bestimmung zu subsumieren, die bei Fehlen einer gesetzlichen Grundlage unmittelbar anwendbar ist (BVerwGE 28, 285, 290). Derartige Eingriffsmaßnahmen können nach der verfassungsrechtlichen Definition im Einzelfall auch eine Durchsuchung sein. In aller Regel werden sie sich aber auf eine reine Besichtigung und Kontrolle des Zustands der Wohnung beschränken, die jedenfalls nach überwiegender Meinung nicht unter den Durchsuchungsbegriff subsumiert werden kann. Kennzeichnend für die Durchsuchung ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts; es soll dabei etwas aufgespürt werden, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht herausgeben oder offenlegen will. Zum verfassungsrechtlichen Begriff der Durch-

suchung gehört also, dass der Wohnungsinhaber den Sachverhalt, um dessen Ermittlung es geht, geheimhalten möchte (BVerfG in st. Rspr. z. B. BVerfGE 75, 318 f = NJW 87, 2500 f).

Letztlich kann hier die Frage offenbleiben, ob die Besichtigung und Kontrolle der Wohnung eines Betreuten, durch die festgestellt werden soll, ob bereits wieder eine beginnende Vermüllung vorliegt, eine Durchsuchung im Sinne des Art. 13 Abs. 2 GG darstellt. Die Kammer schließt sich der Auffassung an, dass auf Grund Art. 13 Abs. 2 GG durch richterliche Entscheidung auch zu Eingriffen ermächtigt werden darf, die keine Durchsuchungen sind (str.; vgl. die Nachweise bei LG Berlin a. a. O.). Die Befürworter dieser Ansicht berufen sich zu Recht auf die Entscheidung des BVerfGE 75, 319 f = NJW 87, 2500 f. Darin hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, das Betreten einer Wohnung durch einen vom Gericht bestellten Sachverständigen sei keine Durchsuchung im Sinne des Art. 13 Abs. 2 GG. Gleichwohl hat es das Betreten der Wohnung durch den Sachverständigen nicht a priori als – verfassungswidrigen – Eingriff in die Rechtsposition des Wohnungsinhabers angesehen, weil der Eingriff jedenfalls durch eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt worden sei. Das Bundesverfassungsgericht hat vielmehr Anlass gehabt, die Ordnungsmäßigkeit des der richterlichen Ermächtigung zu Grunde liegenden Verfahrens zu überprüfen und darauf hinzuweisen, dass Eingriffe und Beschränkungen, die keine Durchsuchungen sind und auch nicht durch Artikel 13 Abs. 3 GG (a. F.; heute Abs. 7) gedeckt sind – wenn überhaupt – verfassungsrechtlich nur zulässig seien, wenn durch die Art des angewendeten Verfahrens und insbesondere durch ausreichende vorherige Anhörung des Betroffenen sichergestellt ist, dass diesem nur diejenige Beeinträchtigung seiner Persönlichkeitssphäre zugemutet wird, die ihm bei Beachtung der berechtigten Anforderungen einer geregelten Rechtspflege nach seinem eigenen Bedürfnis als die geringfügigste erscheint. Der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes verlange in solchen Fällen zumindest vor der „Durchführung der Zwangsvollstreckung“ eine Anhörung des Betroffenen. Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet das, dass der Betroffene vor der gerichtlichen Ermächtigung und je nach Zeitablauf u. U. erneut vor der Besichtigungsmaßnahme richterlich anzuhören ist, nicht zuletzt auch deshalb, um ihm Gelegenheit zu etwaigen Beseitigungsmaßnahmen zu geben (vgl. auch BVerfG NJW 1996, 2643 f.).

Das LG Berlin a. a. O. hat daraus überzeugend begründet gefolgert, dass dem Betreuer, der den Aufgabenkreis „Zutritt zur Wohnung“ innehat, nach Anhörung und genauer Prüfung der Erforderlichkeit die Ermächtigung zum Betreten der Wohnung unter Anwendung von Zwang erteilt werden kann.

Daraus ergibt sich, dass es im Rahmen der vorliegenden Betreuung durchaus Möglichkeiten gibt, um der Betroffenen wirksam Hilfe im Bereich der Wohnungsangelegenheiten zukommen zu lassen, um erneute Vermüllungszustände, die bisher immer zum Verlust der Wohnung geführt haben, zu verhindern. Es kann daher auch bezüglich der Wohnungsangelegenheiten nicht gesagt werden, dass sich die Betreuung als wirkungslos erweist. Eine Aufhebung der Betreuung kommt daher nicht in Betracht.

d) Dass diese Hilfemaßnahmen der Eingriff in das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung so gering wie möglich zu halten ist, ist nach den vorstehenden Ausführungen eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit. Das Vormundschaftsgericht wird bei einer entsprechenden Ermächtigung darauf zu achten haben, dass diese grundsätzlich nur zu einer konkret vorgesehenen einzelnen Kontrollbesichtigung der Wohnung erteilt werden sollte oder – sollte sich die Notwendigkeit von regelmäßigen Nachschauen ergeben – die Ermächtigung dann jedenfalls nur befristet erteilt werden darf, wobei die Zeitabstände zwischen den Besichtigungen jeweils erneut auf ihre Angemessenheit zu überprüfen sein werden. Schließlich wird das Vormundschaftsgericht in diesem Fall den Betreuer besonders genau zu überwachen haben, damit dieser bei der zwangsweisen Durchführung der Besichtigung den Grundrechtseingriff, insbesondere was den Zeitpunkt der Besichtigung, die Frage einer etwaigen Voranmeldung usw. anbelangt, so gering wie möglich hält. Dabei könnte es sich empfehlen, dem Betreuer aufzugeben, jeweils unverzüglich einen Bericht über die

Durchführung der zwangsweisen Besichtigung einschließlich des Besichtigungsergebnisses einzureichen.

Mitgeteilt von Yorck Fratzky, Greifswald

§§ 22 BauGB, 134, 1010 BGB

Die Aufteilung eines Wohngrundstücks nach § 1010 BGB (statt nach WEG) unterliegt nicht dem Genehmigungsvorbehalt nach § 22 BauGB und stellt auch kein verbotenes Umgehungsgeschäft dar.

Schl.-Holst. OLG, 2. Zivilsenat, Beschl. v. 19. 7. 2000 – 2 W 112/00

Aus den Gründen:

I.

Die Beteiligte zu 1. ist Eigentümerin des mit einem Wohnhaus mit drei Wohnungen bebauten Grundstücks, das in einem Gebiet mit Fremdenverkehrsfunktion liegt, für das die Stadt in einer Satzung für die Sicherung und Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr bestimmt hat, dass die Begründung und Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 WEG), Wohnungs- und Teilerbbau-rechten (§ 30 WEG) und Dauerwohnungsrechten und Dauernutzungsrechten (§ 31 WEG) dem Genehmigungsvorbehalt nach § 22 BauGB unterliegen.

Die Beteiligte zu 1. verkaufte an die Beteiligten zu 2. „einen Miteigentumsanteil von 56/100stel an dem Flurstück 71/5 verbunden mit dem alleinigen Nutzungsrecht an den in den Bauzeichnungen, die der Urkunde als Anlage beigefügt sind, mit Nr. 1 bezeichneten Räume im Erd- und Dachgeschoss nebst dem mit Nr. 2 bezeichneten Spitzbodenraum sowie verbunden mit dem alleinigen Nutzungsrecht an den mit Nr. 2 bezeichneten Gartenflächen und dem mit Nr. 2 bezeichneten PKW-Stellplatz“.

In dem Vertrag ist u. a. bestimmt:

„Soweit Räume oder Flächen nicht einem bestimmten Eigentümer zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen sind, sind alle Eigentümer zur gleichberechtigten Nutzung befugt. Dem Käufer ist bewusst, dass er mit diesem Vertrag kein Wohnungseigentum gemäß WEG erwirbt, sondern einen Bruchteil an einem Eigentumsrecht, verbunden mit die übrigen Eigentümer ausschließenden Nutzungsrechten an den im vorstehenden Abs. 2 beschriebenen Räumen und Grundstücksflächen...“

§ 2 des Vertrages lautet:

„(Ausgestaltung der Gemeinschaft) Zur Ausgestaltung der Miteigentümergeinschaft vereinbarten Käufer und Verkäufer hiermit die Verwaltungs- und Benutzungsregelung, die diesem Vertrag als Anlage beigefügt ist und die mit verlesen wurde ...“

§ 8 des Vertrages enthält folgenden Hinweis:

„(2) Die Parteien wurden über die §§ 22 ff. BauGB unterrichtet. Der Notar wies insbesondere darauf hin, dass es sich nicht um den Verkauf von Wohnungseigentum handelt, sondern um Miteigentum mit Nutzungsregelung, da die Stadt die nach § 22 erforderliche Genehmigung zur Aufteilung in Wohnungseigentum zur Zeit nicht erteilt.“

Der Notar hat gem. § 15 GBO neben der Umschreibung der Miteigentumsanteile ausdrücklich beantragt, „die Benutzungsregelung und den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB in das Grundbuch einzutragen“. Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes hat mit Zwischenverfügung den Notar aufgefordert, „zur Heilung der Vereinbarung nach § 1010 BGB die Genehmigung nach § 22 BauGB binnen zwei Wochen vorzulegen.“

Diese Zwischenverfügung hat das Landgericht auf Beschwerde der Beteiligten hin mit dem angefochtenen Beschluss dahin geändert, dass „zur Heilung der Vereinbarung nach § 1010 BGB die Genehmigung nach § 22 BauGB oder ein Negativattest binnen zwei Wochen vorzulegen ist“.

II.

Die zulässige weitere Beschwerde hat Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 78 S. 2 GBO, 550 ZPO).

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift beziehe sich § 22 BauGB nur auf die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum nach dem WEG einschließlich der Begründung von Wohnungserbaurechten (§ 30 WEG) und Dauerwohnrechten (§ 31 WEG) und nicht auf die ideale Teilung, also die Begründung von Miteigentum. Vorliegend sei das Geschäft aber wegen Umgehung eines Verbotsgesetzes nichtig. Sinn des Genehmigungsvorbehaltes nach § 22 BauGB sei es nämlich, dem Problem der schleichenden Umstrukturierung von Fremdenverkehrsgemeinden durch eine überhandnehmende Funktion von Zweitwohnungen wirksam zu begegnen, denn die städtebauliche Funktion von Fremdenverkehrsorten sei durch die Notwendigkeit gekennzeichnet, einem wechselnden Personenkreis von Feriengästen Übernachtungsmöglichkeiten zu bieten sowie vorhandene Einrichtungen und Anlagen wirtschaftlich auszunutzen. Die Erfahrung habe gezeigt, dass die Bildung von Wohnungseigentum in überwiegender durch den Fremdenverkehr geprägten Gebieten, regelmäßig den Einstieg für eine Zweitwohnungsnutzung bedeute. Dies könne zu einer Beeinträchtigung der städtebaulichen Entwicklung führen, weil diese Wohnungen der wünschenswerten wechselnden Benutzung durch Gäste entzogen und die meiste Zeit leer stehen würden. Die Bildung von Wohnungseigentum, die als rechtliche Gestaltung nicht nach außen trete, sei aber nicht die einzige Möglichkeit, „Zweitwohnungen“ entstehen zu lassen. Durch die Aufteilung des Grundstücks und die Eintragung der Verwaltungs- und Benutzungsregelung sowie den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft gem. § 1010 BGB werde erreicht, dass die einzelnen Wohnungen wie Wohnungseigentum in sich abgeschlossene Raumeinheiten darstellen würden, die getrennt voneinander veräußert werden könnten. Bei der Eintragung der Regelung nach § 1010 BGB entstehe zwar kein Eigentum wie bei einer Aufteilung in Wohnungseigentum, es entstehe aber ein „dingliches“ Rechtsverhältnis auf Benutzung von Wohnungen, Gebäudeteile oder Flächen im Freien. Die Stellung des Miteigentümers werde dadurch weitgehend die Stellung des Wohnungseigentümers angeglichen. Die so geschaffenen Raumeinheiten könnten genauso wie Wohnungseigentum als Zweitwohnungen genutzt werden. Die Unterschiede zum Wohnungseigentum, wie z. B. dass der Miteigentumsanteil nur eingeschränkt belastbar sei, stehen einer Nutzung als Zweitwohnung nicht entgegen. Die Aufteilung des Grundstücks in Miteigentum sei damit durchaus geeignet, die Einwirkungsmöglichkeit der Baugenehmigungsbehörde auf das Entstehen von Zweitwohnungen zu umgehen. Dass eine solche Umgehung gewollt sei, ergebe sich aus § 8 Abs. 2 des Kaufvertrages, aus dem hervorgehe, dass nur deshalb Miteigentum gebildet werde, weil die Genehmigung nach § 22 BauGB derzeit nicht erteilt werde. Es liege daher ein Umgehungsgeschäft vor, das zur Erreichung eines nicht gewünschten Zwecks geschlossen worden und deshalb nichtig sei.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

§ 22 Abs. 1 S. 1 BauGB bestimmt, dass die Gemeinden, die oder deren Teile überwiegend durch den Fremdenverkehr geprägt sind, in einem Bebauungsplan oder durch eine sonstige Satzung bestimmen können, dass zur Sicherung der Zweckbestimmung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 des Wohnungseigentumsgesetzes) der Genehmigung unterliegt. Dies gilt entsprechend für die in §§ 30 und 31 des Wohnungseigentumsgesetzes bezeichneten Rechte. Nach § 22 Abs. 6 S. 1 BauGB darf bei einem Grundstück, das im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes oder einer sonstigen Satzung nach Abs. 1 liegt, das Grundbuchamt die von Abs. 1 erfassten Eintragungen in das Grundbuchamt nur vornehmen, wenn der Genehmigungsbescheid oder ein Zeugnis, dass eine Genehmigung als erteilt gilt oder nicht erforderlich ist, vorgelegt wird. Die Satzung der Stadt über die Sicherung der Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr bestimmt in § 2 unter der Überschrift „Genehmigungsvorbehalte für die Begründung oder Teilung von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz“:

Für die Grundstücke im Geltungsbereich der Satzung unterliegen die Begründung und/oder Teilung von

1. Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 WEG),
2. Wohnungs- oder Teilerbaurechten (§ 30 WEG) und
3. Dauerwohnrechten oder Dauernutzungsrechten (§ 31 WEG) dem Genehmigungsvorbehalt nach § 22 BauGB.

Die Satzung führt die Begründung von Bruchteilseigentum nach §§ 741 ff BGB i. V. m. §§ 1008 ff BGB – im folgenden: sog. „§ 1010 BGB-Regelung“ – nicht auf. Sie ist auch nicht in § 22 BauGB genannt. Auf die „§ 1010 BGB-Regelung“ kann angesichts dieses eindeutigen Wortlauts § 22 BauGB nicht unmittelbar angewendet werden. Danach ist eine Genehmigungspflicht nämlich nur für die darin genannten Fälle, dagegen nicht für Bruchteilseigentum oder für die Miete sowie sonstige Nutzungsrechte, wie z. B. das dingliche Wohnrecht (§ 1093 BGB) an Zweitwohnungen eingeführt worden (s. Grziwotz, Anmerkung zum Beschluss des Landgericht vom 30. 5. 2000 (Az.: 5 T 144/00 in ZfR 2000, 569 f). Eine analoge Anwendung scheidet schon deshalb aus, weil es insoweit an einer planwidrigen Lücke fehlt (Palandt/Heinrichs BGB 59. Aufl. Einleitung Rn. 40 i. V. m. Rn. 47 f). Der Gesetzgeber wollte ersichtlich nur Rechtsvorgänge nach dem Wohnungseigentumsgesetz regeln. Im Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau des Deutschen Bundestages – Drucksache 10/6166 heißt es unter III. „Zu den Schwerpunkten des Gesetzesentwurfs“ zu Nr. 14. „Fremdenverkehr“ ausdrücklich „dass die Vorschriften des § 22 BauGB wegen der besonderen Problematik in Fremdenverkehrsorten nach dem ausdrücklich in § 22 BauGB festgelegten Anwendungsbereich nicht auf andere Sachverhalte, insbesondere nicht auf die Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen in den Städten übertragen werden können.“ Erfasst werden soll nur die reale Teilung von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz (Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg BauGB § 22 Rn. 37 m. w. n.). Eine „Gesamtregelung“ war nicht beabsichtigt. Aus diesem Grunde wird wohl in sämtlichen Kommentaren zum Baugesetzbuch die Frage einer analogen Anwendung der Vorschrift des § 22 BauGB nicht erörtert (so Grziwotz a. a. O.).

Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist für Rechtsvorgänge der hier in Rede stehenden Art – „§ 1010 BGB-Regelung“ – auch die Annahme eines verbotenen Umgehungsgeschäfts zu verneinen. § 22 BauGB enthält kein ausdrückliches Umgehungsverbot (s. zum ausdrücklichen Umgehungsverbot Staudinger/Sack BGB 13. Bearb. 134 Rn. 148) Ob ein allgemeines Umgehungsverbot als selbstständiges Rechtsinstitut postuliert werden kann (s. Staudinger/Sack a. a. O. Rn. 151 m. W. n.), kann dahinstehen; denn der BGH hat bei der Umgehung eines Verbotsgesetzes § 134 BGB nur für anwendbar erklärt, wenn durch andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Zweck des betreffenden Verbotsgesetzes vereitelt wird (s. Staudinger/Sack a. a. O. Rn. 149 m. w. n.). Wird ein vom Gesetz missbilligter Erfolg mit an sich zulässigen Mitteln erreicht, so kommt es darauf an, ob durch Auslegung des Verbotsgesetzes dargetan werden kann, dass dieses in Wahrheit auch der scheinbar zulässigen Regelung entgegensteht. Der Gesetzgeber hat aber die Nutzung von Zweitwohnungen trotz der von ihnen ausgehenden negativen Wirkungen nicht insgesamt verhindern wollen (Grziwotz a. a. O. m. W. n.) § 22 BauGB enthält keine Verbotsvorschrift über die Nutzung von Wohnungen als Zweitwohnungen, d. h. es wird nicht, wie sonst im Bauplanungsrecht üblich, die Nutzung (hier: einer Wohnung als Zweitwohnung) als unzulässig festgesetzt; es sollen stattdessen sachenrechtliche Vorgänge unterbunden werden, die nach den Erfahrungen der Praxis in der Regel den Einstieg in die Nutzung als Zweitwohnung darstellen, nämlich die Begründung von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz, insbesondere von Wohnungseigentum. Der Vorschrift liegt auf Grund der Erfahrung der Praxis die Überlegung zu Grunde, dass die Begründung von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz an Wohnzwecken dienenden und hierfür vorgesehenen Gebäuden und Räumen in der Regel zu einer Nutzung als Zweitwohnung mit der weiteren Folge führt, dass diese Gebäude und Räume der Nutzung durch einen wechselnden Personenkreis von Feriengästen entzogen werden. Regelungen bestimmter Rechtsformen des Eigentums aus Gründen der Erhaltung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen. Die Vorschrift erfasst bestimmte städtebauliche Gebiete und verbindet diese mit

der Genehmigungspflicht und der Versagung von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz (Söfker a. a. O. § 22 Rn. 9). Außerdem bestehen zwischen der Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz und den sog. Miteigentümergeinschaften gravierende Unterschiede, die eine Gleichstellung nicht zu rechtfertigen vermögen. Auch wenn die Vertragswerke den bei der Begründung von Wohnungseigentum verwendeten Texten ähnlich sind, bieten sie jedoch nicht die gleiche Sicherheit für den Erwerber wie das Wohnungseigentum. Der Bestand der Eigentümergeinschaft kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Aufhebung nicht gesichert werden. Zudem droht bei Pfändung oder Versteigerung eines Miteigentumsanteils die Teilversteigerung des gesamten Objektes, die jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann. Schließlich sind Miteigentumsanteile im Grundstücksverkehr schwerer als Wohnungseigentum zu veräußern (s. Grziwotz a. a. O.). Der Landrat des Kreises hat deshalb mit Schreiben vom 16. 6. 2000 dem Notar auf Anfrage mitgeteilt, dass die Bildung von Bruchteilseigentum nicht den Regelungen des § 22 BauGB unterliege und daher für das von ihnen gewünschte Negativattest keine Notwendigkeit besteht. Angesichts dieses eingeschränkten „Verbots“-zwecks des § 22 BauGB können Rechtsvorgänge nach der „§ 1010 BGB-Regelung“ – ebenso wie auch die Begründung etwa von Wohnrechten nach § 1093 BGB – nicht mit Hinweis auf den Regelungszweck des § 22 BauGB verboten werden.

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, 1 BvR 321/96, BWNotZ 2000, 91 mit Anm. Kraiß

Anmerkung

1. Die beiden Leitsätze beruhen auf der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), dass der Rechtspfleger innerhalb der ihm übertragenen Aufgaben zwar als „Gericht“ entscheide. Er sei aber kein Richter; die Verfassung verbürge ihm nicht die für die Stellung des Richters kennzeichnende Unabhängigkeit (Art. 97 GG). Die dem Richter in Art. 97 Abs. 1 GG garantierte Weisungsfreiheit (sachliche Unabhängigkeit) steht nach § 9 RpfLG auch dem Rechtspfleger zu, vgl. im einzelnen Dümig Rpfleger 2000, 248/249. Als die für den Richter typische Unabhängigkeit im Sinne des BVerfG verbleibt somit die persönliche Unabhängigkeit, die in Art. 97 Abs. 2 GG i. V. m. §§ 25 ff DRiG nur dem Richter institutionell zugesichert ist (BVerfGE 21, 139/145; zur persönlichen Unabhängigkeit des Richters im einzelnen: BVerfGE 4, 331/344). Das Gericht leitet damit die Richtereigenschaft i. S. v. Art. 92 GG vom formellen Begriff des Richters im Sinne des Richtergesetzes ab.

2. Für die Praxis ist es ohne Bedeutung, ob die Pflicht des Rechtspflegers zur Anhörung des Betroffenen mit der bisher herrschenden Meinung auf Art. 103 Abs. 1 GG beruht (Eickmann Rpfleger 2000, 245 m. W. n.) oder auf dem rechtsstaatlichen Grundsatz eines fairen Verfahrens, den das Gericht unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG für andere als gerichtliche Verfahren aufgestellt hat. Obwohl das BVerfG anerkennt, dass der Rechtspfleger als „Gericht“ entscheidet, stellt es ausdrücklich die Verfahren vor dem Rechtspfleger den Verfahren gleich, die nicht vor Gericht durchgeführt werden und für die deshalb Art. 103 Abs. 1 GG nicht anwendbar sei. Die im Rahmen eines fairen Verfahrens gebotene Anhörung des von einer Entscheidung Betroffenen (Anhörungsgebot) muss ihm wie beim Anspruch auf rechtliches Gehör ermöglichen, vom Sachverhalt und dem Verfahren, in dem dieser verwertet werden soll, informiert zu werden, vor der Entscheidung zu Wort zu kommen

und so Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis zu nehmen (BVerfG BWNotZ 2000, 91 Abschn. B I 2). Für das Anhörungsgebot gelten also dieselben Regeln, wie für die Gewährung des rechtlichen Gehörs in gerichtlichen Verfahren.

3. Das BVerfG hat in Abschn. B I 3b seiner Entscheidung klargestellt, dass das rechtliche Gehör und damit auch das Anhörungsgebot im Regelfall nicht durch den gesetzlichen Vertreter vermittelt werden kann, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll. Dies wird in Verfahren zur Entscheidung über nachlass-, vormundschafts- oder familiengerichtliche Genehmigungen die Notwendigkeit verstärken, Verfahrenspfleger bestellen zu müssen. Dazu einige Beispiele:

– Der Verkauf einer Eigentumswohnung, die einem Betreuten gehört, soll vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden. Die nach § 69d FGG gebotene persönliche Anhörung des Betreuten unterbleibt, weil er offensichtlich nicht in der Lage ist, seinen Willen kund zu tun (§ 69d Abs. 1 S. 3 FGG). Das Anhörungsgebot erfordert die Bestellung eines Verfahrenspflegers gem. § 67 Abs. 1 S. 1 FGG zur Vertretung des Betreuten im Genehmigungsverfahren (vgl. OLG Karlsruhe Rpfleger 1996, 27; HK-BUR-Hoffmann, 1999, § 69d FGG Rz 19 m. W. n.).

– Betrifft ein Genehmigungsverfahren die vermögensrechtliche Angelegenheit eines minderjährigen Kindes, so ist nach § 50b Abs. 2 FGG seine Anhörung nicht vorgeschrieben, wenn es noch nicht 14 Jahre alt oder geschäftsunfähig ist. Es stellt sich die Frage, ob das grundrechtlich geschützte Anhörungsgebot auch für diese Kinder gilt und damit die Bestellung eines Verfahrenspflegers zur Vertretung des Kindes in Genehmigungsverfahren erfordert. § 50 Abs. 1 FGG sieht die Bestellung eines Verfahrenspflegers nur für Personensorgeverfahren vor; die Bestellung für ein Vermögenssorgeverfahren wird als Eingriff in das durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Elternrecht für unzulässig gehalten (Keidel-Kuntze-Winkler, 14. Aufl., § 50 FGG Rz 16). Hat jedoch der Gesetzgeber das Elternrecht durch ein Genehmigungserfordernis eingeschränkt, so haben das Kind, das unter elterlicher Sorge steht, und erst Recht ein Mündel, die nach § 50b FGG nicht anzuhören sind, dennoch Anspruch auf Wahrung des Anhörungsgebots im Genehmigungsverfahren; die Bestellung eines Verfahrenspflegers durch das Familien- bzw. Vormundschaftsgericht ist deshalb unumgänglich (vgl. auch Sonnenfeld Rpfleger 2000, 246/248; Klüsener Rpfleger 1998, 221/229 und Säcker Rpfleger 1971, 161/163, a. A. Kraiß a. a. O.).

– Das Anhörungsgebot ist auch gegenüber unbekanntem Erben zu wahren. Das Nachlassgericht muss deshalb auch für sie einen Verfahrenspfleger zu ihrer Vertretung im nachlassgerichtlichen Genehmigungsverfahren bestellen. Unterbleibt dies, so würde den unbekanntem Erben ihr Grundrecht auf ein faires Verfahren vorenthalten.

4. Es liegt auf der Hand, dass die wegen des Anhörungsgebots gebotene vermehrte Bestellung von Verfahrenspflegern für Genehmigungsverfahren die Nachlass-, Familien- und Vormundschaftsgerichte zusätzlich belasten, weitere Kosten zu Lasten der Betroffenen auslösen (§ 93a Abs. 2 KostO) und die Genehmigungsverfahren verlängern wird. Dies erscheint nicht gerechtfertigt in Fällen, bei denen die Einschaltung eines Verfahrenspflegers das Anhörungsgebot allenfalls fiktiv wahren würde und damit rein formalen Charakter hätte, weil Alternativen zur gebotenen Entscheidung fehlen (so BT-Drucksache 13/7158 S. 36 zu § 67 Abs. 1 FGG). Nach § 67 Abs. 1 S. 3 FGG kann in solchen Fällen bei der Entscheidung über eine Betreuerbestellung ohne Anhörung des Betroffenen von der Bestellung eines Verfahrenspflegers abgesehen werden, wenn ein Interesse des Betroffenen an der Bestellung des Verfahrenspflegers offensichtlich nicht besteht; dies ist zu begründen.

Diese Regelung kann m. E. auf Genehmigungsverfahren analog angewendet werden, bei denen ein Verfahrenspfleger bestellt werden müsste, weil der Betroffene selbst nicht angehört werden kann (Kind oder Mündel, das noch nicht 14 Jahre alt oder geschäftsunfähig ist, sowie Betreuter im Fall des § 69d Abs. 1 S. 3 FGG). Voraussetzung ist jedoch, dass im Sinne von § 67 Abs. 1 S. 3 FGG ein Interesse des Betroffenen an der Bestellung eines Verfahrenspflegers offensichtlich nicht besteht, etwa bei der familien- oder vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Ausschlagung einer

überschuldeten Erbschaft, die auch von den anderen Miterben ausgeschlagen worden ist oder eines in §§ 1809 bis 1816 BGB genannten Rechtsgeschäfts, wenn eine Gefährdung des Vermögens nicht zu besorgen ist (vgl. § 1817 BGB).

5. Der zweite Leitsatz der Entscheidung geht davon aus, dass §§ 62, 55 FGG eine nach Art. 19 Abs. 4 GG gebotene richterliche Kontrolle einer vom Rechtspfleger getroffenen Entscheidung in einem Genehmigungsverfahren „faktisch“ ausschliesst, nachdem die Entscheidung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist. Dies zeige sich besonders deutlich bei einer Doppelbevollmächtigung des Notars, weil es hier zu keinem nennenswerten Schwebezustand zwischen Erteilung der Genehmigung und ihrer Wirksamkeit gegenüber dem Dritten komme.

Eine während des Schwebezustands eingelegte Beschwerde wird nach § 62 FGG unzulässig, wenn die Genehmigung oder deren Verweigerung gegenüber dem Dritten vor der Entscheidung des Beschwerdegerichts wirksam geworden ist, bei einer Vorabgenehmigung durch Vornahme des genehmigten Rechtsgeschäfts, sonst durch Mitteilung nach § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Beschwerde bleibt allerdings zulässig, wenn das Beschwerdegericht den Eintritt der Wirksamkeit nach § 24 Abs. 3 FGG durch einstweilige Anordnung verhindert hat (Keidel-Kuntze-Winkler, a. a. O., § 62 FGG Rz 2). Ist dem Betroffenen über §§ 62, 55 FGG der Rechtsweg abgeschnitten worden, so kann darin eine Pflichtwidrigkeit des Betreuers liegen (so BayObLG MittBayNot 1998, 107/108 = FamRz 1998, 1325 für den Fall, dass der Betreuer die Wirksamkeit der Genehmigung des Verkaufs einer Immobilie des Betreuten über die Erteilung einer Doppelvollmacht an den Notar herbeigeführt hat, obwohl er wusste, dass der Betreute den Verkauf ablehnt). Auch kann eine zu Unrecht erteilte Genehmigung Amtshaftpflichtansprüche i. S. v. § 839 BGB zur Folge haben (vgl. BGH BWNNotZ 1995, 118). Trotz dieser Ansprüche des Betroffenen und seines Beschwerderechts nach einer einstweiligen Anordnung (§ 24 Abs. 3 FGG) geht das BVerfG davon aus, dass die Regelung der §§ 62, 55 FGG „jedenfalls faktisch“ zu einem Ausschluss des Rechtswegs führt, der mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar ist. Dies ist vor allem für Betreute von Bedeutung, die bisher kaum eine Möglichkeit hatten, etwa die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Verkaufs ihrer einzigen Immobilie gerichtlich überprüfen zu lassen.

6. Das BVerfG hat von einer Nichtigklärung der §§ 55, 62 FGG abgesehen, aber den Gesetzgeber verpflichtet, eine den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung tragende Regelung zu schaffen. Bis dahin sei der „Rechtspfleger von Verfassung 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“. Stellt das BVerfG die Verfassungswidrigkeit einer Norm fest, so darf die Norm – ebenso wie im Fall der Nichtigklärung – vom Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG an in dem sich aus dem Tenor der Entscheidung ergebenden Ausmaß nicht mehr angewendet werden (BVerfGE 37, 217/261). Gerichte und Behörden sind gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG an die Entscheidungen des BVerfG gebunden. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als der zweite Leitsatz nach § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG Gesetzeskraft erlangt hat und in BGBl. 2000 Teil I S. 444 veröffentlicht worden ist. Der Vorbescheid muss deshalb in allen Genehmigungsverfahren des Nachlass-, Vormundschafts- und Familiengerichts, für die §§ 62, 55 FGG gilt, grundsätzlich praktiziert werden (ebenso Sonnenfeld und Dümig a. a. O.). Die Ansicht von Kraiß (a. a. O.), die §§ 62, 55 FGG seien weiterhin ohne Vorbescheid anwendbar, trifft nicht zu.

Das BVerfG hat das Rechtsinstitut des Vorbescheids von dem von der Rechtsprechung entwickelten Vorbescheid in Erbscheinsverfahren (BGHZ 20, 255) übernommen. Der Vorbescheid kündigt die beabsichtigte Entscheidung an; er muss eine Frist zur Einlegung der Beschwerde durch den Betroffenen enthalten und ihm bzw. seinem Verfahrenspfleger zugestellt werden (§ 16 Abs. 2 FGG). Die Zweckbestimmung des Vorbescheids in Genehmigungsverfahren verbietet im Gegensatz zum Vorbescheid in Erbscheinsverfahren (dazu Zimmermann ZEV 1995, 280), dass eine andere endgültige Ent-

scheidung ausgesprochen wird, als die angekündigte. Der Vorbescheid richtet sich nur an den Betroffenen bzw. an seinen Verfahrenspfleger, nicht an den gesetzlichen Vertreter, dessen Handeln genehmigt werden soll. Diesem steht zumindest bei Verweigerung der Genehmigung ein Beschwerderecht zu, das nicht durch §§ 62, 55 FGG gefährdet ist, weil der gesetzliche Vertreter es in der Hand hat, wann die Entscheidung im Sinne dieser Vorschriften wirksam wird; er bedarf deshalb keines Schutzes durch einen Vorbescheid. Wenn zur Anhörung eines Kindes oder Mündels, das noch nicht 14 Jahre alt oder geschäftsunfähig ist, in einem Genehmigungsverfahren ein Verfahrenspfleger bestellt worden ist, so muss auch diesem Kind nach Art. 19 Abs. 4 GG der Rechtsweg offen stehen. Der Verfahrenspfleger ist deshalb abweichend von § 59 Abs. 3 FGG berechtigt, für das Kind Beschwerde gegen einen Vorbescheid einzulegen.

7. Für die Praxis stellt sich die Frage, ob die Nachlass-, Vormundschafts- und Familiengerichte vom Vorbescheid in Genehmigungsverfahren nur in Ausnahmefällen Gebrauch machen müssen, in denen ein „dringendes Bedürfnis unabweislich besteht“ (so BGHZ 20, 255/259 zum Vorbescheid im Erbscheinsverfahren). Voraussetzung eines Vorbescheids im Erbscheinsverfahren ist in der Regel, dass widersprechende Anträge vorliegen oder zu erwarten sind (Staudinger-Schilken, 1996, § 2353, BGB Rz 83 m. W. n.). Auf Genehmigungsverfahren übertragen, würde dies bedeuten, dass ein Vorbescheid nur in Betracht kommt, wenn der in seinen Rechten Betroffene das zu genehmigende Rechtsgeschäft ablehnt oder mit einer beabsichtigten Versagung der Genehmigung nicht einverstanden ist oder wenn mit dem Widerstand des Betroffenen zu rechnen ist. Ist dies nicht der Fall und stimmt der Betroffene bei seiner Anhörung der beabsichtigten Entscheidung zu, so macht dies den Vorbescheid jedoch noch nicht entbehrlich, weil dem Betroffenen zugestanden werden muss, seine Meinung zu ändern und doch noch den Rechtsweg beschreiten zu können (so im Ergebnis auch Sonnenfeld a. a. O. Ziff. 4).

Es fällt grundsätzlich in die Verantwortung des Betroffenen, ob er Rechtsschutz durch die Gerichte in Anspruch nehmen will oder nicht (Krebs in v. Münch/Kunig, 4. Aufl., Art. 19 GG Rz 64). Der Betroffene kann deshalb auf die Ausübung seines Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 GG wirksam verzichten, wenn er die Konsequenzen seines Verzichts überschauen konnte; in der Regel wird das nur dann der Fall sein, wenn der Hoheitsakt bereits erlassen und dem Betroffenen bekanntgemacht worden ist (Schmidt-Aßmann in Maunz-Dürig Art. 19 Abs. 4 GG Rz 247).

Die mit dem Vorbescheid verbundene Verzögerung des Genehmigungsverfahrens kann bei entsprechender Bereitschaft des Betroffenen dadurch vermieden werden, dass der Vorbescheid (z. B. die Ankündigung der Genehmigung) bereits im Termin über die Anhörung des Betroffenen erlassen und ihm zu Protokoll bekanntgemacht wird (§ 16 Abs. 3 FGG). Der Betroffene kann dann sogleich erklären, dass er auf ein Rechtsmittel gegen den Vorbescheid verzichte (zur Zulässigkeit des Verzichts auf Beschwerde nach Erlass der Entscheidung Keidel-Kuntze-Winkler a. a. O., § 19 FGG Rz 98). Die angekündigte Genehmigung kann dann sofort erteilt werden. Vor dem Verzicht sollte der Betroffene jedoch eingehend über sein Beschwerderecht gegen den Vorbescheid und über die nach §§ 62, 55 FGG eintretende Unanfechtbarkeit informiert werden; es empfiehlt sich, dies im Anhörungsprotokoll zu vermerken.

Ein Vorbescheid würde ins Leere laufen und kann deshalb unterbleiben, wenn der in seinen Rechten Betroffene im Sinne von oben Ziff. 4 Abs. 2 zulässigerweise nicht angehört und auch nicht durch einen Verfahrenspfleger vertreten ist; hier ist nicht erkennbar, dass der Rechtsweg zur Geltendmachung von Rechten des Betroffenen versperrt gewesen wäre.

8. Familiengerichtliche Entscheidungen i. S. v. § 1643 BGB unterliegen nicht wie nachlass- oder vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen der einfachen Beschwerde (§ 19 FGG), sondern gem. §§ 621e, 516 ZPO der befristeten Beschwerde (Zöller-Philippi, 21. Aufl. § 621e ZPO Rz 6 u. 9). Sie sind Endentscheidungen i. S. v. § 621e Abs. 1 ZPO, die jedoch trotz der befristeten Beschwerde nach § 16 Abs. 1 FGG grundsätzlich mit ihrer Bekanntgabe wirksam werden (Zöller a. a. O. § 621a ZPO Rz 22); die Anwendung dieser

Bestimmung ist in § 621a Abs. 1 S. 2 ZPO nicht ausgeschlossen worden. Eine fristgerecht eingelegte Beschwerde kann deshalb auch hier, wie in Ziff. 5 beschrieben, dadurch unzulässig werden, dass die angegriffene Genehmigung oder deren Verweigerung einem Dritten gegenüber wirksam wird; §§ 62, 55 FGG gelten auch für familiengerichtliche Genehmigungsverfahren (Keidel-Kuntze-Winkler, a. a. O., § 55 FGG Rz 1 und § 64 FGG Rz 36c). Deshalb ist auch hier ein Vorbescheid geboten.

Der Vorbescheid des Familiengerichts stellt eine Zwischenentscheidung dar, die einem selbstständig anfechtbaren Zwischenurteil gleicht und deshalb ebenfalls der befristeten Beschwerde unterliegt (Zöller a. a. O. § 621e Rz 8). Die Beschwerdefrist beträgt deshalb hier einen Monat; sie kann nicht wie sonst beim Vorbescheid nach dem Ermessen des Gerichts bestimmt werden. Das zur Abkürzung des Verfahrens in Ziff. 7 vorgeschlagene Verfahren (Bekanntgabe des Vorbescheids i. S. v. § 16 Abs. 3 FGG und anschließender Rechtsmittelverzicht) lässt sich beim familiengerichtlichen Vorbescheid, weil § 16 Abs. 3 FGG nach § 621a Abs. 1 S. 2 ZPO nicht anwendbar ist (Keidel-Kuntze-Winkler, a. a. O., § 16 FGG Rz 68 und § 64 FGG Rz 32), nur so praktiziert, dass der nach §§ 621a Abs. 1 S. 2, 329 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 ZPO zuzustellende Vorbescheid in vollständiger Form (mit Begründung) dem Betroffenen nach seiner Anhörung an der Amtsstelle ausgehändigt wird (§ 212b ZPO). Die Entscheidung muss bei einem Kind, das 14 Jahre alt und nicht geschäftsunfähig ist, wegen seines Beschwerderechts (§ 50 Abs. 1 FGG) diesem selbst und seinem gesetzlichen Vertreter zugestellt werden (Zöller a. a. O. § 621a ZPO Rz 23).

9. Gilt die Entscheidung des BVerfG auch für Entscheidungen in nachlass- oder vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahren, die von den Notaren im Landesdienst bei den Notariaten im Rahmen ihrer Zuständigkeit in FG-Sachen getroffen worden sind?

Für die Beantwortung dieser Frage ist maßgebend, ob die Notare im Landesdienst Richter in dem vom BVerfG nach oben Ziff. 1 verstandenen Sinne sind. Ist dies zu bejahen, so hat ein Richter entschieden; die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (der Vorbescheid) entfällt dann, weil sie auf den Schutz durch den Richter und nicht gegen ihn abzielt (Kraiß a. a. O. m. w. N., Dümig a. a. O. Fn 6; Einzelheiten und Kritik bei Huber in v. Mangoldt-Klein-Starck, 4. Aufl., § 19 GG Rz 444 ff).

Die Notariate sind, obwohl ihnen auch richterliche Aufgaben im Sinne des materiellen Rechtsprechungsbegriffs übertragen worden sind (Richter-Hammel, 4. Aufl. § 2 LFGG Rz 2), keine Gerichte, sondern Behörden (Richter-Hammel a. a. O. § 4 LFGG Rz 7). Ob die Notare im Landesdienst Richter i. S. v. Art. 92 GG sind, ist umstritten (verneinend Richter BWNNotZ 1986, 115/116, bejahend Nieder BWNNotZ 1986, 104/109). Auch Nieder (a. a. O.) anerkennt jedoch, dass die Notare im Landesdienst keine Richter im Sinne des Richtergesetzes sind (so auch Maunz-Dürig Art. 138 GG Rz 10 und v. Mangoldt/Klein/v. Campenhausen, 3. Aufl., Art. 138 GG Rz 7). Nachdem das BVerfG, wie in Ziff. 1 dargelegt, auf diesen formellen Richterbegriff abstellt, muss entgegen der Ansicht von Kraiß (a. a. O.) davon ausgegangen werden, dass die Entscheidung des BVerfG auch für Genehmigungsverfahren gilt, bei denen die Notariate zuständig sind. Auch sie müssen deshalb in nachlass- oder vormundschaftsgerichtlichen Verfahren den Vorbescheid praktizieren.

Unabhängig vom Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG vermeidet dieses Ergebnis auch den aus der Sicht des in seinen Rechten Betroffenen kaum verständlichen Unterschied, dass in Baden-Württemberg die von den Notaren im Landesdienst oder von den Notarvertretern getroffenen Entscheidungen in Genehmigungsverfahren dem Vorbescheid nicht unterworfen wären, während der Vorbescheid bei den entsprechenden Rechtspflegerentscheidungen innerhalb und außerhalb des Landes zur Anwendung kommt.

10. Wird in einem Genehmigungsverfahren ohne Vorbescheid entschieden, so ist die Entscheidung gültig, weil bei einer Verletzung von Verfahrensvorschriften in der Regel keine Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit der Entscheidung anzunehmen ist (so BGH NJW 1980, 2418/2419, wenn ein Betroffener nicht zum Verfahren hinzugezogen und ihm deshalb kein rechtliches Gehör gewährt worden ist;

zur Nichtigkeit im einzelnen Keidel/Kuntze/Winkler a. a. O. § 7 Rz 40 ff.). Die Entscheidung kann trotz des fehlenden Vorbescheids gegenüber einem Dritten im Sinne von §§ 55, 62 FGG wirksam und damit zunächst unanfechtbar werden. Das BVerfG hat diese Bestimmungen nicht insgesamt als mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt, sondern nur insoweit, als sie dem in seinen Rechten Betroffenen verwehrt, Rechtspflegerentscheidungen der Prüfung durch den Richter zu unterziehen.

Ist die ohne Vorbescheid ergangene Entscheidung noch nicht i. S. v. §§ 55, 62 FGG bindend und damit unanfechtbar geworden, so ist sie wegen der Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG anfechtbar. Das Beschwerdegericht sollte dann, auch aus den nachgenannten verfassungsgerichtlichen Überlegungen, über eine einstweilige Anordnung (§ 24 Abs. 3 FGG) sicherstellen, dass keine Wirksamkeit und Unanfechtbarkeit nach §§ 55, 62 FGG eintritt, vgl. oben Ziff. 5 Abs. 2. Unabhängig davon sollte der gesetzliche Vertreter, wenn er über das Fehlen des Vorbescheids und die eingelegte Beschwerde informiert ist, bis zur Erledigung des Rechtsmittels davon absehen, dem Vertragsgegner die Entscheidung mitzuteilen. Sonst würde er dem Betroffenen wegen §§ 62, 55 FGG den Rechtsweg abschneiden; darin könnte nach der in Ziff. 5 Abs. 2 zitierten Entscheidung des BayObLG eine Pflichtwidrigkeit liegen, die möglicherweise nach § 1833 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.

Ist die Entscheidung i. S. v. §§ 62, 55 FGG unanfechtbar geworden, so stellt sich die Frage, ob die im fehlenden Vorbescheid liegende Grundrechtsverletzung ein außerordentliches Rechtsmittel (Beschwerde) eröffnet; eine Verletzung des rechtlichen Gerichts oder eine gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verstossende Besetzung des erkennenden Gerichts soll nach der überwiegenden Rechtsprechung diesen außerordentlichen Rechtsbehelf regelmäßig nicht rechtfertigen (zum Meinungsstreit Keidel/Kuntze/Winkler a. a. O. § 19 FGG Fn 217 und OLG Koblenz NJW-RR 1997, 957). Nach BGH NJW-RR 1986, 1263 steht jedoch zur Durchsetzung des rechtlichen Gehörs die Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG offen. Wegen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde hält es das OLG Koblenz a. a. O. für geboten, das außerordentliche Rechtsmittel dann zuzulassen, wenn die angefochtene Entscheidung offensichtlich unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG zustande gekommen ist und daher auf Verfassungsbeschwerde des Betroffenen aufgehoben werden müsste. Das Gericht hält dies generell bei Verletzung von „Verfahrensgrundrechten“ für angezeigt.

Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass eine ohne Vorbescheid ergangene Entscheidung, die nach §§ 62, 55 FGG unanfechtbar geworden ist, dennoch auf Beschwerde des in seinen Rechten Betroffenen wegen Verletzung der Rechtsweggarantie aufgehoben wird, zumal das BVerfG in Abschn. B II 1 seiner Entscheidung ausführt, dass auch Belange der Rechtssicherheit den vollständigen Ausschluss des Rechtswegs nicht rechtfertigen. Das BayObLG hat trotz §§ 55, 62 FGG eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung aufgehoben, weil das rechtliche Gehör verletzt war und zahlreiche weitere gewichtige Verfahrensfehler vorlagen (BayObLGZ 1989, 242 = FamRZ 1989, 1113). Wird eine Genehmigung endgültig aufgehoben, so ist das genehmigte Rechtsgeschäft unwirksam; die dann gebotene Rückabwicklung kann Amtshaftpflichtansprüche zur Folge haben, wenn der Vorgang durch einen fehlenden Vorbescheid ausgelöst worden ist.

Hat ein Notar eine Doppelvollmacht i. S. v. § 1829 BGB erhalten, so vertritt er auch den Betroffenen, dessen Rechte durch das Genehmigungsverfahren geschützt werden sollen. Im Interesse des Betroffenen sollte sich der Notar, bevor er die ihm zugewandene Entscheidung dem Dritten mitteilt, beim Vormundschaftsgericht erkundigen, ob ein Vorbescheid ergangen oder ein Rechtsmittel eingelegt worden ist. Ist ein Vorbescheid unterblieben oder wurde Beschwerde eingelegt, so darf der Notar nicht dazu beitragen, dass der Rechtsweg für den Betroffenen ausgeschlossen oder erschwert wird; der Notar sollte deshalb in solchen Fällen von der Vollmacht zur Mitteilung an den Dritten keinen Gebrauch machen.

Bezirksnotar a. D. Martin Bühler, Stuttgart

FGG §§ 65a, 46 Abs. 2

Ein wichtiger Grund für die Abgabe einer Betreuung an ein anderes Vormundschaftsgericht liegt nicht vor, wenn der Aufenthalt des Betroffenen in ein Altersheim im Bezirk des anderen Vormundschaftsgerichts vom vorläufigen Betreuer bestimmt wird, die bisherige Wohnung noch nicht aufgelöst ist und der Schwerpunkt der Betreuer Tätigkeit für das Vermögen, wozu ein Wohnhaus am bisherigen Aufenthaltsort gehört, zu leisten ist.

OLG Stuttgart, Beschl. vom 10. 5. 2000 – 8 AR 10/2000

Aus den Gründen:

Das Amtsgericht W und das Notariat G je als Vormundschaftsgericht, sind über die Abgabe der Betreuungssache uneins.

A

1. Auf Grund einer Anregung der Neffen des Betroffenen vom 26. 11. 1999 bestellte das Amtsgericht – Vormundschaftsgericht – W durch Beschluß vom 30. 11. 1999 Sch zum vorläufigen Betreuer für den Betroffenen mit den Wirkungskreisen Vermögenssorge (das Vermögen beläuft sich auf jedenfalls 1,6 Millionen, die monatlichen Einkünfte betragen etwa DM 11.000,-), Aufenthaltsbestimmung und Gesundheitsfürsorge. Das Vormundschaftsgericht befristete die vorläufige Bestellung bis 30. 5. 2000 und ordnete deren sofortige Wirksamkeit an.

2. Während der Betroffene bis zu den die vorläufige Betreuerbestellung notwendig machenden Schlaganfällen einen eigenen Haushalt in W führte und sich zum Anordnungszeitpunkt in einer Klinik aufhielt, befindet er sich nunmehr seit 23. 2. 2000 im Altenheim in G. Voraussetzlich wird der Betroffene auf Dauer pflegebedürftig sein.

3. a) Auf Frage des Amtsgerichts – Vormundschaftsgericht – W erklärte der Betreuer am 3. 3. 2000, er sei mit einer Abgabe an das zuständige Vormundschaftsgericht einverstanden, „obwohl es ihm lieber wäre, wenn das Verfahren hier weitergeführt würde“. Der Betroffene werde auf Dauer im Altenheim bleiben.

b) Mit Beschluß vom 17. 3. 2000 richtete das Vormundschaftsgericht W an das Vormundschaftsgericht G die Bitte um Übernahme.

Letzteres lehnte diese ab, da die Aufgaben des Betreuers im wesentlichen die Vermögenssorge betreffen und die Abgabe daher unzweckmäßig sei.

c) Darauf ersuchte das Amtsgericht W das OLG durch Beschluß vom 26. 4. 2000 um Entscheidung über die Abgabe.

B

Die Vorlage ist zulässig (§ 65 a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 46 Abs. 2 Satz 1 FGG), jedoch liegt ein wichtiger Grund für die Abgabe jedenfalls derzeit nicht vor.

a) Es läßt sich schon ein gewöhnlicher Aufenthalt (§ 65 Abs. 1 FGG) des Betroffenen im Bezirk des Notariats G – noch – nicht feststellen.

Zwar mag der Aufenthalt des Betroffenen im dortigen Altersheim tatsächlich auf längere Dauer angelegt sein, rechtlich ist er aber nur vom vorläufigen Betreuer und damit auch nur vorläufig bestimmt.

Zudem ist die Wohnung des Betroffenen in W noch nicht – aktenkundig – aufgelöst worden (vgl. § 1907 Abs. 2 Satz 2 BGB).

b) Andere Zweckmäßigkeitsgründe gebieten keine andere Beurteilung: Vielmehr ist der Schwerpunkt der Betreuer Tätigkeit für das Vermögen – wozu auch ein Wohnhaus in W gehört – zu leisten. Daher erklärte sich der Betreuer auch nur „gezwungenermaßen“ mit der Abgabe an das Vormundschaftsgericht G einverstanden.

c) Schließlich erscheint auch zweckmäßig, wenn das bisherige, mit der Sache schon befaßte und vertraute Gericht über die nicht mehr nur vorläufige Anordnung einer Betreuung entscheidet.

d) Ist dies geschehen, damit der gewöhnliche Aufenthalt in G dauerhaft, die Wohnung des Betroffenen in W aufgelöst, die Vermögensverwaltung den neuen Erfordernissen angepaßt, mag die Zweckmäßigkeit der Abgabe anders zu beurteilen sein (vgl. § 65 a Abs. 1 Satz 2 FGG).

Mitgeteilt von Notar Joachim Weiberle, Gundelsheim

BGB §§ 1693, 1697, 1909

Für das Verfahren über die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft gem. § 1909 BGB ist grundsätzlich das Vormundschaftsgericht zuständig. Die – kumulative – Zuständigkeit des Familiengerichts gem. §§ 1693, 1697 BGB n.F. besteht nur bei dringendem Handlungsbedarf.

OLG Stuttgart; Beschluß vom 20. 9. 2000, AZ: 17 AR 7/00

Gründe:

I.

Zwischen dem Vater und den Kindern bestehen Unterbeteiligungsverhältnisse am Gesellschaftsanteil des Vaters. Aufgrund einer durch die Aufgabe der industriellen und gewerblichen Tätigkeit bedingten Veränderung des Zwecks dieser Gesellschaft in eine rein vermögensverwaltende Tätigkeit wurde der Gesellschaftsvertrag grundlegend überarbeitet. Der Vater trägt vor, daß wegen der Veränderung des Gesellschaftsvertrages der Kommanditgesellschaft auch eine Neufassung der Unterbeteiligungsverträge erforderlich sei. Soweit eine Vertretung der Kinder durch einen Ergänzungspfleger für erforderlich gehalten werde, wird eine diesbezügliche Bestellung beantragt. Weiterhin sollen zwischen dem Vater und den Kindern neue Unterbeteiligungsverträge über Gesellschaftsanteile des Vaters an separaten Vermögensverwaltungsgesellschaften abgeschlossen werden. Auch insoweit wird die Bestellung eines Ergänzungspflegers beantragt.

Das Notariat S. – Vormundschaftsgericht – hat sich durch Beschluß vom 22. Mai 2000 (7 GRN 522/00) für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft im Sinne von § 1909 BGB für sachlich unzuständig erklärt und das Verfahren an das Amtsgericht Stuttgart – Familiengericht – weitergeleitet. Das Amtsgericht Stuttgart – Familiengericht – hat sich durch Beschluß vom 31. Mai 2000 ebenfalls für sachlich unzuständig erklärt und das Verfahren dem Senat zur Bestimmung des sachlich zuständigen Gerichts vorgelegt.

II.

1.

Das zuständige Gericht ist in entsprechender Anwendung des § 36 Nr. 6 ZPO durch das Oberlandesgericht zu bestimmen.

a) Bei einem Zuständigkeitsstreit zwischen einem Vormundschaftsgericht und einem Familiengericht, die innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterschiedlichen Verfahrensordnungen unterliegen, ist in entsprechender Anwendung des § 36 Nr. 6 ZPO zu entscheiden (BGHZ 78, 108, 110; BayObLGZ 1994, 91, 92; Zöller-Vollkommer, 21. Aufl., § 36 ZPO Anm. 29; Thomas/Putzo, 20. Aufl., § 36 ZPO Anm. 22), wenn der negative Kompetenzkonflikt darum geht, ob das Verfahren eine Familiensache im Sinne von § 23 b Abs. 1 Nr. 2 GVG, § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO betrifft oder der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts (§ 35 FGG in Verbindung mit § 36 baden-württ. LFGG) zuzuordnen ist.

b) Zuständig für die Gerichtsstandsbestimmung ist gemäß § 36 Nr. 6 ZPO das im Rechtszuge zunächst höhere Gericht. Das ist hier das Oberlandesgericht Stuttgart.

Für die Beurteilung, welches Gericht als das im Rechtszug zunächst höhere anzusehen ist, ist maßgeblich auf die Rechtsmittelzuständigkeit in der konkreten Verfahrensart abzustellen (vgl. BGHZ 104, 363/366). Ist nach den in Betracht kommenden Verfahrensordnungen kein gemeinsames Rechtsmittelgericht gegeben, dann ist der allgemeine Gerichtsaufbau nach dem Gerichtsverfassungsgesetz maßgebend (vgl. BGH NJW 1979, 2249). In dem hier vorliegenden Fall ist für das Vormundschaftsgericht das Landgericht Stuttgart als Beschwerdegericht zuständig (§ 19 FGG), während für das Familiengericht die Rechtsmittelzuständigkeit des Oberlandesgerichts – Familiensenat – gegeben ist (§§ 621 a Abs. 1 Satz 1, 621 e Abs. 1 ZPO). Da das Oberlandesgericht im allgemeinen Gerichtsufbau gegenüber dem Landgericht das nächsthöhere Gericht ist, fällt ihm die Kompetenz zur Entscheidung des Zuständigkeitsstreits zu.

2.

Die Voraussetzungen für eine Zuständigkeitsbestimmung gemäß § 36 Nr. 6 ZPO liegen vor, da sich das Notariat S. – Vormundschaftsgericht – durch Beschluß vom 22. Mai 2000 und das Amtsgericht S – Familiengericht – durch Beschluß vom 31. Mai 2000 für sachlich unzuständig erklärt haben. Nach den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen reicht die tatsächlich erklärte und verbindlich gewollte Kompetenzleugnung für eine „rechtskräftige“ Unzuständigkeitserklärung im Sinne des § 36 Nr. 6 ZPO aus (BGHZ 78, 108, 111; BGHZ 104, 363/366 m.w.N.).

3.

Zuständig ist das Vormundschaftsgericht

Die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft ist gemäß §§ 1909, 1915 Abs. 1 BGB der originären Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zugewiesen. Der Gesetzgeber hat an dieser Zuständigkeitsregelung durch das am 1. Juli 1998 in Kraft getretene Kindschaftsrechtsreformgesetz keine Änderung vorgenommen. Deshalb läßt sich aus dem vom Gesetzgeber im Kindschaftsrechtsreformgesetz vorgenommenen Wechsel der Zuständigkeit in §§ 1693, 1697 BGB n.F. vom Vormundschaftsgericht zum Familiengericht entgegen der vermehrt in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung (OLG Stuttgart – 18. ZS – FamRZ 1999, 1601 – der 18. Zivilsenat hält an dieser Auffassung jedoch nicht mehr fest –; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 243; BayObLG – 4. ZS – FamRZ 2000, 158 f.; BayObLG – 1. ZS – FamRZ 2000 1111, 1113) nicht ableiten, daß der Gesetzgeber eine allgemeine kumulative Zuständigkeit des Familiengerichts anordnen oder gar dem Familiengericht die alleinige Zuständigkeit für die Anordnung von Ergänzungspflegschaften gemäß § 1909 BGB zuordnen wollte. Vielmehr betrifft die Veränderung der Zuständigkeit in § 1693 BGB nur dessen Regelungsbereich. Dies folgt sowohl aus der amtlichen Begründung als auch aus dem Umkehrschluß zum Regelungsgehalt des § 1697 BGB n.F.. Der Normzusammenhang weist aus, daß diese Vorschriften nur für das Eingreifen des Familiengerichts bei dringendem Handlungsbedarf vorgesehen sind, während es in den übrigen Fällen rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung bei der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Pflegschaftsanordnung verbleibt (Kraib BWNotZ 1999, 50, Anm. zum Beschluß des OLG Stuttgart – 18. ZS – vom 16. 12. 1998; Zorn, Die Zuständigkeit des Familiengerichts für die Anordnung der Pflegschaft, FamRZ 2000, 719 f.; Bestelmeyer, Die unsinnige [Nicht-]Zuständigkeit des Familiengerichts bei Anordnung von Ergänzungspflegschaften, FamRZ 2000, 1068 f., OLG Stuttgart – 16. ZS –, Beschluß vom 15. 11. 1999, 16 AR 9/99 [nicht veröffentlicht]; OLG Karlsruhe OLG Report 2000, 244, 245; Bienwald, Anm. zum Beschluß des OLG Stuttgart – 18. ZS – vom 16. 12. 1998, FamRZ 1999, 1602). Da im vorliegenden Fall für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft ein besonderes Eilbedürfnis weder dargetan noch erkennbar ist, verbleibt es bei der allgemeinen Zuständigkeit des Notariats S. – Vormundschaftsgericht – für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft.

BGB § 133, § 2087, § 2074

1. Treffen Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament für den Fall ihres „plötzlichen Todes“ letztwillige Verfügungen, so kann dies dahin ausgelegt werden, daß diese Verfügungen auch für den Fall gelten sollen, daß die Eheleute nacheinander im Abstand von mehreren Jahren auf gewöhnliche Weise versterben.

2. Bestimmen die Eheleute in dem Testament, daß ihr Sohn ihr bäuerliches Anwesen erbt, die Tochter einen Bauplatz und 20.000 DM erhalten soll, so kann dies als Alleinerbeneinsetzung des Sohnes nach dem letztversterbenden Ehegatten ausgelegt werden.

BayObLG, 1. Zivilsenat
 Beschluß vom 14. 4. 2000
 1Z BR 36/00

Aus den Gründen:

I.

Der Erblasser ist 1994 im Alter von 70 Jahren verstorben. Aus der Ehe mit seiner 1992 vorverstorbenen Ehefrau stammen zwei Kinder, der 1951 geborene Sohn Anton (Beteiligter zu 1) und die 1955 geborene Tochter Maria (Beteiligte zu 2). Der Nachlaß besteht im wesentlichen aus einem landwirtschaftlichen Anwesen mit einer Fläche von 12,82 ha und einem Ertragswert von 140.000 DM, ferner aus Geldvermögen in Höhe von ca. 72.000 DM. Der Erblasser hatte den Hof ab November 1988 an seinen Sohn verpachtet.

In einem privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testament vom 10. 11. 1978 haben die Eheleute folgendes bestimmt:

Im Falle eines plötzlichen Todes der Eheleute ... ist unser Sohn Anton ... der Erbe des landwirtschaftlichen Anwesens. Die Tochter Maria ... soll einen Bauplatz 100.000 m² (durchgestrichen und durch 1.000 m² ersetzt) und 20.000 DM in bar erhalten. Sollte es zu einem Verkauf des landwirtschaftlichen Anwesens kommen müssen die Geschwister teilen.

Ferner liegt eine handschriftliche, auf den 31. 1. 1990 datierte und unterschriebene Notiz des Erblassers mit folgendem Wortlaut vor:

Bestätigung: Mein geschriebenes Testament hat noch immer Gültigkeit.

In einem mit „Testament“ überschriebenen, auf den 8. 10. 1992 datierten Schriftstück hat der Erblasser folgendes bestimmt:

Sollte mir plötzlich etwas zustoßen, so ist mein Sohn Anton ... Alleinerbe des landwirtschaftlichen Anwesens. Er muß allerdings seiner Schwester ... eine Wohnung ca. 70 m² im Rohbau erstellen (Bau einer Garage mit Wohnung oben). DM 120.000,- stehen dazu zur Verfügung. Den Ausbau muß Maria ... selbst übernehmen. Der Rest meines Geldes sollte aufgeteilt werden.

Das Nachlaßgericht hat am 31. 1. 1995 dem Beteiligten zu 1 einen Erbschein erteilt, der ihn auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Testaments als Alleinerben ausweist. Die Beteiligte zu 2, die dem zunächst nicht widersprochen hatte, hat, nachdem sie sich hinsichtlich von Pflichtteilsforderungen nicht mit dem Beteiligten zu 1 hatte einigen können, am 5. 8. 1998 die Einziehung dieses Erbscheins beantragt. Sie ist der Auffassung, daß das gemeinschaftliche Testament nur für den Fall eines „plötzlichen gemeinsamen Todes“ beider Eheleute habe gelten sollen. Dieser Fall sei nicht eingetreten. Außerdem habe der Erblasser die Zahl 100.000 nachträglich durchgestrichen und durch die Zahl 1.000 ersetzt, ohne daß dies durch den Willen der Ehefrau gedeckt gewesen sei. Ihr sei daher nach diesem gemeinschaftlichen Testament wie nach dem späteren Testament des Erblassers ein ganz erheblicher Teil des Vermögens zugewiesen worden, so daß, selbst wenn die Testamente wirksam sein sollten, nicht von einer Alleinerbeneinsetzung des Beteiligten zu 1 ausgegangen werden könne.

Der Beteiligte zu 1 hat der Einziehung widersprochen. Nach seiner Auffassung wollten die Eheleute in dem gemeinschaftlichen Testament die Erbfolge für den Fall regeln, daß sie beide verstorben seien, gleichgültig ob zeitlich in engem Zusammenhang oder in einem weiteren Abstand. Bei der Zahl 100.000 handle es sich um ein offensichtliches Schreibversehen, das der Erblasser im beiderseitigen Einverständnis der Eheleute korrigiert habe.

Das Nachlaßgericht hat die Einziehung des Erbscheins mit Beschluß vom 30. 10. 1998 abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat das Landgericht mit Beschluß vom 24. 2. 1999 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat die Beteiligte zu 2 nach Einholung eines Schriftsachverständigen-gutachtens am 8. 2. 2000 weitere Beschwerde eingelegt.

II.

Die zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat in seiner Entscheidung ausgeführt, die Klausel „im Falle eines plötzlichen Todes der Eheleute“ in dem gemeinschaftlichen Testament sei nicht dahin auszulegen, daß die Eheleute die in dem Testament enthaltenen Verfügungen nur für den Fall eines gleichzeitigen Todes hätten treffen wollen. Vielmehr

hätten die Eheleute das bäuerliche Anwesen als Einheit erhalten wollen. Die Bestimmung des Sohnes zum Erben des Anwesens sei als Schlußerbeneinsetzung anzusehen, wobei dem Testament im Wege der ergänzenden Auslegung zu entnehmen sei, daß sich die Eheleute zuvor gegenseitig als Erben eingesetzt hätten. Der Sohn sei auch als alleiniger Erbe eingesetzt. Das Anwesen habe die wesentliche Lebens- und Erwerbsgrundlage der Eheleute gebildet und sei von ihnen als der wesentliche Nachlaß angesehen worden. Die Tochter habe lediglich einen Bauplatz und den angegebenen Geldbetrag von 20.000 DM erhalten sollen. Bei der im Testament genannten Quadratmeterzahl handle es sich um ein Schreibversehen, das die Eheleute gemeinschaftlich korrigiert hätten. Die genannten Zuwendungen seien gegenüber dem bäuerlichen Anwesen selbst, dessen wirtschaftliche Fortführung durch den Beteiligten zu 1 die Eheleute gewünscht hätten, von untergeordneter Bedeutung. Der Nachsatz betreffend die Teilung nach Verkauf des Anwesens sei nur für den Fall gedacht gewesen, daß das Anwesen bis zum Tod des länger lebenden Ehegatten veräußert werde, was nicht der Fall gewesen sei. Schließlich sei der Beteiligte zu 1 auch nach dem Testament vom 8. 10. 1992 Alleinerbe. Die Zuwendung an die Beteiligte zu 2 in diesem Testament (Erstellung einer Wohnung von 70 m²) sei nicht als Erbeinsetzung anzusehen. Aus der Verfügung, die Geschwister sollten das restliche Geld teilen, sei anderes nicht zu entnehmen.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) stand. Die Auslegung, die das Landgericht den Testamenten vom 10. 11. 1978 und 8. 10. 1992 gegeben hat, ist im Verfahren der weiteren Beschwerde nur in eingeschränktem Umfang nachzuprüfen (vgl. hierzu BayObLGZ 1998, 76/79 und Keidel/Kahl FGG 14. Aufl. § 27 Rn. 48 m.w.N.). Sie weist, auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der weiteren Beschwerde, keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf. Da der Beteiligte zu 1 somit nach beiden Testamenten als Alleinerbe anzusehen ist, ist der erteilte Erbschein richtig. Eine Einziehung (§ 2361 Abs. 1 BGB) kommt nicht in Betracht.

a) Bei der Auslegung der Verfügungen ist der wirkliche Wille des Erblassers unter Heranziehung aller Umstände zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Es geht um die Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. Bei Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament ist zusätzlich zu prüfen, ob eine nach dem Verhalten eines Ehegatten mögliche Auslegung auch dem Willen des anderen Ehegatten entsprochen hat (vgl. zu allem BGH NJW 1993, 256 und BayObLGZ 1995, 197/201).

b) Nach diesen Grundsätzen ist das Landgericht zunächst rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gekommen, daß das gemeinschaftliche Testament vom 10. 11. 1978 eine letztwillige Verfügung des Erblassers enthält, durch die der Beteiligte zu 1 zum Alleinerben eingesetzt worden ist.

aa) Nicht zu beanstanden und naheliegend ist es, daß das Landgericht die Formulierung „im Falle eines plötzlichen Todes der Ehegatten“ nicht als die Geltung der Verfügung einschränkende Bedingung im Sinn eines gleichzeitigen plötzlichen Versterbens der Eheleute angesehen hat. Der Senat hat wiederholt entschieden, daß vergleichbare, selbst nach ihrem Wortlaut wesentlich engere Formulierungen unterschiedliche Bedeutungen zulassen. Sie können je nach den Umständen sowohl auf das zeitgleiche Versterben der Ehegatten abzielen, wie auch den Fall eines zeitlich aufeinanderfolgenden Todes der Ehegatten, selbst in größerem Abstand, erfassen (vgl. BayObLGZ 1986, 426/431 f. und BayObLG FamRZ 1997, 389/390 mit ausführlicher Zusammenstellung). Hier ist der Wortlaut des gemeinschaftlichen Testaments mehrdeutig. Anhaltspunkte dafür, daß die Eheleute das Testament nur für den Fall zeitgleichen oder zeitlich nah aufeinanderfolgenden Versterbens abgefaßt hätten, liegen nicht vor. Gegen eine Beschränkung der Geltung des gemeinschaftlichen Testaments auf den Fall „plötzlichen“ Versterbens spricht, neben den durch das Landgericht angeführten Erwägungen, auch der Umstand, daß der Erblasser dieselbe Formulierung („plötzlich“) in seinem späteren Testament vom 8. 10. 1992 erneut verwendet hat, obwohl er dort, wenige Tage nach dem Tod seiner Ehefrau, offensichtlich seine Erbfolge abschließend regeln wollte.

bb) Nicht zu beanstanden ist ferner, daß das Landgericht dem gemeinschaftlichen Testament den Willen des Erblassers entnommen hat, den Beteiligten zu 1 zu seinem alleinigen Erben einzusetzen und der Beteiligten zu 2 lediglich ein Vermächtnis zuzuwenden.

(1) Obwohl der Erblasser den Beteiligten lediglich einzelne Gegenstände zugewandt hat, ist das Landgericht abweichend von der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB zu Recht davon ausgegangen, daß die in dem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügung des Erblassers eine Erbeinsetzung enthält. Denn hat der Erblasser wie hier sein gesamtes Vermögen, unterteilt in Immobilien- und Geldvermögen, an die bedachten Personen aufgeteilt, ist in der Regel eine Erbeinsetzung anzunehmen (vgl. BayObLG FamRZ 1999, 59/60).

(2) In einem solchen Fall müssen nicht alle durch die Verfügung bedachten Personen auch zu Erben berufen sein. Vielmehr kann die Auslegung ergeben, daß nur einer von ihnen zum Erben eingesetzt, dem anderen lediglich ein Vermächtnis zugewendet ist (BGH DNotZ 1972, 500; BayObLG aaO). Dabei ist es naheliegend, als Alleinerben die Person anzusehen, der wertmäßig der Hauptgegenstand, insbesondere ein Grundstück, zugewiesen ist, und als Vermächtnisnehmer die Person, die mit Gegenständen von geringerem Wert bedacht ist (BayObLG aaO m.w.N.). Es kommt darauf an, ob der Erblasser durch eine der bedachten Personen seine wirtschaftliche Stellung fortgeführt wissen wollte (Palandt/Edenhofer § 2087 Rn. 2 m.w.N.), wie dies insbesondere bei der Zuweisung eines bäuerlichen Anwesens an den Nachfolger häufig der Fall sein wird (vgl. BayObLG FamRZ 1995, 1302).

(3) Nach diesen Kriterien ist es naheliegend, daß der Erblasser – in Übereinstimmung mit seiner Ehefrau – als Alleinerben den Beteiligten zu 1 angesehen hat. Dieser sollte den landwirtschaftlichen Betrieb, die Lebensgrundlage der Familie, erhalten und damit auch insoweit in allen wesentlichen Punkten in die wirtschaftliche Stellung des Erblassers einschließlich der bestehenden Verpflichtungen eintreten. Dem entspricht es, daß der Erblasser später, noch zu Lebzeiten seiner Ehefrau, den Hof an den Beteiligten zu 1 verpachtet hat. Der Ertragswert des Anwesens, der in aller Regel wesentlich niedriger liegt als der Verkehrswert, übersteigt deutlich das im übrigen vorhandene Vermögen. Der Beteiligte zu 2 war „ein Bauplatz“ zugedacht, also ein nicht näher bestimmtes Grundstück, dessen Auswahl der Beteiligte zu 1 somit jedenfalls mitbestimmen konnte, ferner ein Geldbetrag, der weit unter dem Wert des Anwesens lag. Dies spricht dafür, daß die Eheleute nicht die Beteiligte zu 2 als ihre unmittelbare Rechtsnachfolgerin (und somit Erbin) einsetzen, sondern nur den Beteiligten zu 1 im Sinn eines Vermächtnisses schuldrechtlich zu bestimmten Leistungen an die Beteiligte zu 2 verpflichten wollten. Schon unter diesem Aspekt durfte das Landgericht, unabhängig von der Größe des Bauplatzes, den Beteiligten zu 1 als Alleinerben ansehen, zumal nur er ausdrücklich als Erbe bezeichnet ist. Dem Nachsatz des Testaments mußte das Landgericht in diesem Zusammenhang keine besondere Bedeutung beimessen.

Abgesehen davon teilt der Senat die Auffassung des Landgerichts, daß es sich bei der Größenangabe des Bauplatzes um ein offensichtliches Schreibversehen handelt. Nach der ursprünglich im Testament verfügten Angabe sollte der Bauplatz eine Größe von „100.000 m²“ haben, also von 10 ha. Dies ist für einen Bauplatz, d.h. die Fläche zur Errichtung eines Hauses, eine völlig ungewöhnliche Größenordnung. Ganz abgesehen davon sollte diese Leistung offensichtlich aus dem vorhandenen Grundbesitz der Eheleute erbracht werden. Die Gesamtfläche des dem Erblasser gehörenden bäuerlichen Anwesens betrug aber lediglich ca. 12 ha, davon 5 ha Wald, also Flächen, die als Bauplatz zum größten Teil nicht in Betracht kommen. Es wäre lebensfremd anzunehmen, daß die Eheleute ihrer Tochter etwas zuwenden wollten, was sie gar nicht besaßen. Unter diesen Umständen mußte das Landgericht auch der Frage, ob die (offensichtlich fehlerhafte) Größenangabe nachträglich wirksam auf 1.000 m² korrigiert worden ist, nicht näher nachgehen.

cc) Darauf, welche Absichten die Eheleute im übrigen mit dem gemeinschaftlichen Testament verbunden haben, insbesondere ob dem Testament im Wege der ergänzenden Auslegung eine gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute entnommen werden kann, wie das Landgericht meint, kommt es nicht an. Denn das vorliegende

Erbscheinsverfahren hat nur die Erbfolge nach dem letztverstorbenen Ehemann, dem Erblasser, zum Gegenstand. für diesen Fall haben die Eheleute in dem Testament eindeutig eine Regelung getroffen.

c) Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht zu dem Ergebnis gekommen, daß auch das Testament des Erblassers vom 8. 10. 1992 im Sinn einer Alleinerbeneinsetzung des Beteiligten zu 1 auszulegen ist. Denn der Beteiligte zu 1 ist dort ausdrücklich als Alleinerbe bezeichnet; Anhaltspunkte für einen abweichenden Willen des Erblassers enthält das Testament nicht. Auch aus den Umständen ergeben sich solche Anzeichen nicht.

d) Nach der nicht zu beanstandenden Auslegung des Landgerichts enthält daher sowohl das gemeinschaftliche Testament wie das spätere einseitige Testament des Erblassers jeweils die Einsetzung des Beteiligten zu 1 zum Alleinerben. Der dem Beteiligten zu 1 erteilte Erbschein ist somit richtig, seine Einziehung kommt nicht in Betracht. Auf die Frage, ob der Erblasser durch das gemeinschaftliche Testament gebunden und an einer abweichenden Verfügung gehindert war (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB), kommt es nicht an. Damit kann auch dahinstehen, ob und welche weiteren Verfügungen die Ehegatten in dem gemeinschaftlichen Testament getroffen, haben.

Mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Buchbesprechungen

Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Auflage. Von Dr. Heinrich Nieder, Notariatsdirektor a. D. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 2000. 912 Seiten in Leinen DM 178,00.

Das Werk liegt nunmehr in zweiter neubearbeiteter Auflage vor. Bereits die erste Auflage hat ungewöhnlich schnell eine hohe Resonanz in der Praxis von Notaren, Rechtsanwälten und Nachlassgerichten, insbesondere aber auch in Rechtsprechung und Literatur erfahren. In fast jeder erbrechtlichen Veröffentlichung oder erbrechtlichen gerichtlichen Entscheidung ist seither Nieder zitiert. Dies verwundert nicht. Das Buch stellt das Erbrecht aus der Sicht des Kautelarjuristen dar. Es behandelt die einzelnen Rechtsinstitute und verfügbaren Gestaltungsmittel des deutschen Erbrechts unter dem Gesichtspunkt ihrer Brauchbarkeit zur Regelung und Gestaltung bestimmter Erblasserwünsche. Alle denkbaren erbrechtlichen Gestaltungen sind erfasst. Damit ist bereits im Aufbau des Werkes der Grundstein für seinen hervorragenden praktischen Bezug, seine gute Verständlichkeit und das leichte Auffinden der jeweiligen Materie und Probleme zu finden. Das Buch ist jedoch nicht nur für den Kautelarjuristen geschrieben. Es ist ebenso geeignet, dem mit erbrechtlichen Fragen befassten Anwalt oder Richter bei der Prüfung und Auslegung von Verfügungen von Todes wegen zu dienen. Abgesehen von der umfassenden Darstellung des deutschen Erbrechts einschließlich der Grundzüge des internationalen Erbrechts, liegt ein besonderer Wert des Buches für den Anwender in der sorgfältigen und umfassenden Aufarbeitung der jeweiligen Fundstellen aus Literatur und Rechtsprechung. Bereits das Zusammenstellen dieser Zitate und Verweise stellt eine ungewöhnlich Leistung eines Einzelautors dar. Das Erbrecht ist in den letzten Jahren immer mehr in den Mittelpunkt rechtlicher Auseinandersetzungen und Erörterungen gerückt. Dem trägt die Neuauflage in vollem Umfang Rechnung. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem neuesten Stand. Ein eigenes Kapitel widmet sich dem in der Praxis immer wichtiger werdenden Pflichtteilsrecht. Weiterhin sind u. a. die nachfolgenden Bereiche völlig neu bearbeitet: Wahl zwischen Verfügung von Todes wegen und Rechtsgeschäft unter Lebenden, erbrechtlich bindende Verfügungen von Todes wegen und die Möglichkeit ihrer Beseitigung, Durchbrechung der erbrechtlichen Bindung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden und Sicherung erbrechtlicher Aussichten. Neu eingearbeitet sind die seit der ersten Auflage eingetretenen Gesetzesänderungen, u.a. die Neufassung des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes vom 22. 2. 1997, das Erbrechtsgleichstellungsgesetz vom 16. 12. 1997 und das Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz vom 25. 8. 1998.

Das Werk enthält wie auch in der Voraufgabe Formulierungsbeispiele zu einzelnen Sachthemen. Es würde den Rahmen und die Zielsetzung des Werkes sprengen, wollte man ein Mehr an Mustertexten wünschen. Insoweit verweist Nieder auf seinen ausführlichen Formularteil im Münchener Vertragshandbuch, Band 4, 2. Halbband. Fazit: Eine vom Umfang und Gehalt beeindruckende Darstellung des Erbrechts, die uneingeschränkt jedem mit dem Erbrecht befassten Anwender zu empfehlen ist.

Wolfgang Schmenger, Notar in Heidelberg

Vereinbarungen bei Trennung und Scheidung, 3. Auflage. Von Dr. Michael Krenzler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht in Freiburg. Beck'sche Musterverträge, Band 15. Verlag C. H. Beck, München 2000. VII, 165 Seiten kartoniert, DM 34,00 mit Diskette.

Das nunmehr in 3. überarbeiteter Auflage vorliegende Werk berücksichtigt die zwischenzeitlich eingetretenen Gesetzesänderungen, zum Beispiel beim Sorgerecht sowie die mittlerweile seit der Voraufgabe ergangene Rechtsprechung. Der bewährte Aufbau und die übersichtliche Darstellung würden beibehalten. Der Verfasser schildert zunächst im Rahmen einer Einführung die Voraussetzungen und den Ablauf einer ehelichen Trennung und Scheidung und weist auf die Vorteile vertraglicher einvernehmlicher Regelungen hin. Sodann schließen sich insgesamt 7 Kapitel an, nämlich: Elterliche Sorge und Umgang mit dem Kind/den Kindern, Kindesunterhalt, Ehegattenunterhalt, Ehwohnung und Hausrat, Vermögensauseinandersetzung sowie Versorgungsausgleich und Kosten. Gemäß dem Aufbau der Beck'schen Musterverträge werden zunächst in den einzelnen Kapiteln ausführliche Vertragsmuster mit zahlreichen Untervarianten vorgestellt. Unmittelbar an die jeweiligen Mustertexte schließen sich die Erläuterungen an, und zwar in Form eines Überblicks über die Rechtsmaterie, aber auch einer Darstellung des jeweiligen Regelungsbedarfs und Erörterung der Muster. Begrüßenswert ist, daß mit der Neuauflage eine Textdiskette mitgeliefert wird, auf der alle Formulierungen aus dem Buch enthalten sind. Das Buch ist primär aus der Sicht des Anwalts geschrieben und hat seinen Schwerpunkt und seine Zielsetzung in den oben dargelegten Bereichen. Regelungen, wie sie im Rahmen von Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen beim Notar regelmäßig vorkommen, nämlich Auseinandersetzung und Übertragung von Grundbesitz einschließlich der Freistellung bzw. Übernahme von Belastungen oder die Erklärung von Erb- und Pflichtteilsverzicht im frühen Stadium eines Getrenntlebens (vgl. §§ 1933, 2077, 2268, 2279 Abs. 2 BGB, falls Scheidungsantrag noch nicht gestellt werden soll), sind nicht behandelt. Dies schmälert den Wert des Buches für den Bereich der notariellen Tätigkeit allerdings nicht. Vielmehr stellt dieses auch für den Notar eine wertvolle Hilfe und Ergänzung seiner Bibliothek dar. Dies gilt insbesondere bezüglich solcher Regelungen, die in der Praxis zumeist vom Anwalt aufbereitet und später im Rahmen von weiteren beurkundungspflichtigen Vorgängen einer Beurkundung zugeführt werden, oftmals aber auch vom Notar zu erarbeiten sind, wie etwa umfangreiche Unterhaltsregelungen, Vereinbarungen über das Sorgerecht oder Umgangsrecht oder sonstige in dem Werk angebotene Bereiche.

Wolfgang Schmenger, Notar in Heidelberg

Günter Brambring: Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten. 4. überarbeitete Auflage 2000, Verlag C. H. Beck, ISBN 3-406-41590-3 (Beck'sche Musterverträge Band 7), 34,- DM.

Die erste Auflage dieses Buches, damals noch unter dem Titel „Der Ehevertrag“ habe ich in BWNNotZ 1992, 176 besprochen, die dritte

Auflage mit dem jetzigen Titel in BWNotZ 1998, 69. Nunmehr liegt die vierte Auflage vor. Ihr ist eine Diskette beigelegt.

Bei den Gesetzesänderungen ist insbesondere die InsO berücksichtigt. Bei Drucklegung der dritten Auflage befand sich das Jahressteuergesetz 1997 mit den Änderungen des Bewertungs- und Erbschaftsteuerrechts noch im Vermittlungsausschuss, der unter dem Vorsitz von Lafontaine tagte. Nunmehr ist die gesamte Reform berücksichtigt. Dies gilt insbesondere auch für die Ratschläge bei der Vermögenszuordnung. Auch neue Rechtsprechung und Literatur ist bei den „weiterführenden Hinweisen“ eingearbeitet. Die Gütergemeinschaft wird nach wie vor stiefmütterlich behandelt, obwohl der Autor meint, dass es in besonders gelagerten Einzelfällen gute Gründe dafür geben kann, diesen Güterstand zu vereinbaren.

Fazit: Nach wie vor ein vorzügliches Hilfsmittel für die notarielle Praxis.

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

Beck'sches Notarhandbuch, herausgegeben von Günther Brambring und Hans-Ulrich Jerschke, C. H. Beck, 3. völlig überarbeitete und erweiterte Aufl. 2000, XX, 1421 Seiten. In Leinen. DM 188,00. ISBN 3-406-46068-2

Das Handbuch zeichnet sich aus durch eine integrierte Darstellung der Beratung über die Entwicklung von Einzellösungen bis hin zur fertigen Urkunde und ihres Vollzugs. Es erläutert ausführlich alle Fragen, die bei der Gestaltung der wichtigsten, notarieller Mitwirkung bedürftigen Rechtsgeschäfte zu beachten sind. „Checklisten“ für die Beratung und Gestaltung sowie zahlreiche Formulierungsbeispiele fördern die Brauchbarkeit des Buchs in der täglichen Praxis. Die Erläuterung der auftretenden Rechtsfragen und der vorhandenen Gestaltungsmöglichkeiten vermittelt einen wesentlich tiefer gehenden Einblick in die Materie, als dies ein Formularbuch zu leisten vermag.

Eine umfangreiche Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxiserfahrungen machten die Neuauflage erforderlich, die nicht nur eine durchgängige Aktualisierung und Fortschreibung, sondern auch zahlreiche völlig neu gefasste Abschnitte enthält. Eingearbeitet wurden namentlich:

- die Neuregelung des Verzugs mit einer Geldschuld (§ 284 III BGB),
- die Neuregelung der Kaufpreishinterlegung beim Grundstückskauf (§§ 54a-54e BeurkG)
- die Änderung der MaBV sowie Entscheidung des BGH vom 22. 10. 1998 (DNotZ 1999, 53) zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Erwerbers
- Neukonzeptionen beim Wohnungseigentum (betreutes Wohnen)
- die Änderung des § 9 ErbbauVO und § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB durch das EuroEG vom 9. 6. 1998 mit den Auswirkungen auf die Wertsicherung des Erbbauzinses
- neues Kapitel über Verträge im Erschließungs- und Städtebaurecht
- die Änderung des Erbschafts- und Schenkungssteuerrechts und der Einfluss neuester steuerrechtlicher Entscheidungen auf die Vertragsgestaltung
- die Anpassung des Handels- und Gesellschaftsrechts und die Liberalisierung des Firmenrechts durch das Handelsrechtsreformgesetz,
- die neuen Vorschriften über das Beurkundungsverfahren, insbesondere betreffend Mitwirkungsverbote (§ 3 BeurkG) und Verfahrensgestaltung (§ 17 Abs. 2a BeurkG)

- die einschneidenden Änderungen durch die bevorstehende neue Dienstordnung
- die Änderungen der Kostenordnung
- die Fortentwicklung des Grundstücksrechts in den neuen Bundesländern

Die dritte Auflage sichert dem Notar-Handbuch seinen hervorragenden Stellenwert in jedem Notariat. Aber nicht nur Notaren, auch Assessoren, Richtern, Anwälten, Steuerberatern, Mitarbeitern von Grundbuchämtern, Rechtsabteilungen bei Banken, Unternehmen und allen, die sich mit der Vertragsgestaltung befassen, wird die Neuauflage des Notar-Handbuchs ein wertvolles Hilfsmittel sein.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Heidelberg

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung mit Erläuterung. Von Prof. Roland Böttcher, Verlag C. H. Beck., 3., völlig neubearbeitete Auflage. 2000. 1065 Seiten. In Leinen, 128 DM.

Zwangsversteigerungsverfahren haben in letzter Zeit gewaltig zugenommen, vor allem in den neuen Bundesländern. Das ZVG gilt von altersher als ein besonders schwieriges Gebiet. Der Kommentar will vor allem die Systematik des ZVG verständlich machen. Erstmals enthalten ist in diesem Werk das Recht der Zwangsverwaltung (§§ 146 – 161 ZVG). Damit stellt der Kommentar komplett und prägnant das Recht des ZVG dar. Die in den letzten Jahren im Vollstreckungsrecht vielfältig eingetretenen Gesetzesänderungen sind bis Ende 1999 berücksichtigt, ebenso die umfangreiche Rechtsprechung.

Wohlthuend ist, dass der Kommentar sich auch mit den Besonderheiten des Vollstreckungsrechts in den neuen Ländern befasst. So sind Nutzungsrechte der ehem. DDR rangfähig und müssen nicht – wie das Erbbaurecht – zwingend die erste Rangstelle belegen (§ 52 Rnr. 22). Beim Gebäudeeigentum wird auf das besondere Verfügungsverbot bei Vereinigung von Grundstück und Gebäudeeigentum in einer Hand eingegangen und die Auswirkungen auf die Zwangsversteigerung eines der beiden Rechtsobjekte dargestellt (Einl. 28a). Nicht immer bekannt ist, dass ZGB-Hypotheken nicht eigentümergehörig sind und bis 1. 7. 1990 bestellte Aufbauhypotheken ein Vorrangprivileg genießen, das zu relativen Rangverhältnissen führen kann (§§ 44, 45 Rnr. 73a). Zuverlässig wird das nach dem Zuschlag vom Versteigerungsgericht veranlasste Eintragungsverfahren beim Grundbuchamt dargestellt, wobei auf alle Facetten des Eintragungsverfahrens eingegangen wird, so z.B. wann Ausnahmen von der Vollzugssperre des § 22 GrEStG vorliegen (§ 133 Rnr. 4), ob ein Negativzeugnis der Gemeinde nach § 28 BauGB oder eine Zustimmung nach § 12 WEG bzw. § 5 ErbbauVO erforderlich ist (§ 130 Rnr. 18). Die wenigen Beispiele mögen bereits verdeutlichen, dass der Kommentar in materieller wie auch verfahrensrechtlicher Hinsicht voll auf der Höhe des Rechtsgeschehens ist. Der Praktiker findet in dem Werk das, was er sucht. Der Ratsuchende wird kompakt und zuverlässig informiert. Besonders für denjenigen, der Auswärtstermine wahrzunehmen hat, ist der Kommentar – auch wegen seines idealen Formats – ein unentbehrlicher Ratgeber.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Impressum:

Schriftleiter: 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 an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstr. 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51, Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail:

wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Bezugspreis ab 01. 01. 2001 im Abonnement € 45,- einschließlich MWST und Versandkosten; Einzelhefte € 6,- einschließlich MWST zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur noch von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. 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).