

# Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

– BWNNotZ –

Herausgeber:

Württ. Notarverein e. V., Stuttgart

in Verbindung mit dem

Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Inhalt	Seite
Wohn- und Nutzflächenberechnung .....	143
Spekulationsfrist .....	150
Beurkundungsverfahren .....	151
Zahlungsansprüche .....	158
Rechtsprechung .....	164

**7/2001**

Oktober/November

## Wohn- und Nutzflächenberechnung in Praxis und Rechtsprechung

Von Dr. Hans-Martin Käser Rechtsanwalt und Württ. Notariatsassessor unter Mitarbeit von Carolin Beck Rechtsanwältin, beide Kanzlei Dr. Käser in Stuttgart

### Gliederung

#### I. Einführung

#### II. Darstellung der Berechnungsmethoden

- 1.) Zweite Berechnungsverordnung
- 2.) DIN 283
- 3.) DIN 277
- 4.) Besondere Kriterien einiger Gerichte
- 5.) Richtlinien der Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e.V. (gif)

#### III. Bedeutung in den einzelnen Rechtsgebieten

- 1.) Werkvertrag- und Bauträgervertrag
  - a) Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht
  - b) Abweichungen von der vereinbarten Wohn- oder Nutzfläche
  - c) Zur Berechnungsweise der Abweichungen
  - d) Rechtsfolge
- 2.) Kaufvertrag
  - a) Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht
  - b) Abweichungen von der Wohn- oder Nutzfläche
  - c) Zur Berechnung der Abweichung
  - d) Gewährleistungsausschluß
  - e) Rechtsfolge
- 3.) Mietrecht
  - a) Mietminderung
  - b) Mieterhöhung
  - c) Nebenkostenabrechnung
- 4.) Wohnungseigentum
- 5.) Maklerrecht
- 6.) Notarhaftung

#### IV. Ergebnis und Empfehlung

- 1.) Zusammenfassung
- 2.) Empfehlung
- 3.) Wahl der Berechnungsmethode

#### I. Einführung

Bei Immobilien kommt es wegen vermeintlich oder tatsächlich falschen Flächenangaben immer wieder zu Rechtsstreitigkeiten. Flächendifferenzen können je nach Art des abgeschlossenen Geschäfts von unterschiedlicher rechtlicher Bedeutung sein. Im Kauf- und Werkvertragsrecht kann eine zu geringere Wohn- oder Nutzfläche zu einer Gewährleistungspflicht des Verkäufers oder Werkunternehmers bzw. Bauträgers führen. Der Mieter kann bei zu geringer Wohn- oder Nutzfläche gegenüber dem Vermieter zur Mietminderung berechtigt sein. Auch bei Mieterhöhungen nach § 2 MHG ist die Wohnfläche bedeutsam. Darüber hinaus

kann die Fläche als Maßstab zur Umlegung der Nebenkosten von Mietern und der Lasten von Wohneigentümern eine Rolle spielen. Ferner sind Makler zur Angabe von Wohn- und Nutzflächen verpflichtet. Dementsprechend vielseitig sind die möglichen Fallkonstellationen.

Anlaß der Streitigkeiten ist oftmals, daß die Wohn- oder Nutzfläche zwar angegeben wird, die konkrete Berechnungsweise aber unklar bleibt. Eine allgemein für alle Rechtsgebiete verbindliche Berechnungsmethode gibt es nicht<sup>1</sup>. Als Berechnungsmethoden kommen insbesondere die Zweite Berechnungsverordnung, die DIN 277 oder die DIN 283 in Frage. Denkbar sind auch Mischformen oder vertragliche Sonderregelungen im Einzelfall. Die unterschiedlichen Berechnungsmethoden können zu unterschiedlichen Flächengrößen führen. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Flächen unter Dachschrägen sowie auf Balkonen, Terrassen, etc., aber auch im Hinblick auf die Frage, ob im konkreten Vertragsverhältnis die Rohbaufläche (ohne Putz, Bodenleisten etc.) maßgebend sein soll oder aber die tatsächliche Nutzfläche, bei welcher Einschränkungen der Benutzbarkeit berücksichtigt werden (etwa durch niedrigere Raumhöhe, fehlenden Raumabschluß etc.). Einzelne Berechnungsmethoden erlauben auch Differenzierungen nach der möglichen Nutzungsart, wie bei DIN 277 unter anderem in Hauptnutzfläche und Verkehrsfläche.

#### II. Darstellung der verschiedenen Berechnungsmethoden

##### 1.) Zweite Berechnungsverordnung

Die §§ 42 bis 44 der Zweiten Verordnung für wohnungswirtschaftliche Berechnungen (II. BV<sup>2</sup>) enthalten Vorschriften über die Berechnung von Wohnflächen. Sie gelten kraft Gesetzes nur für öffentlich geförderte Wohnungen<sup>3</sup>. Die Wohnfläche einer Wohnung ist nach § 42 der II. BV die Summe der anrechenbaren Grundflächen der Räume, die ausschließlich zu der Wohnung gehören. Nicht zur Wohnung gehört die Grundfläche von Zubehörräumen (z.B. Keller, Abstellräume außerhalb der Wohnung, Garagen), Wirtschaftsräumen, Räumen, die den nach ihrer Nutzung zu stellenden Anforderungen des Bauordnungsrechts nicht genügen und Geschäftsräume. Zur Ermittlung der Wohnfläche gilt nach § 44 I der II. BV folgendes:

Unter Dachschrägen mit einer Höhe von weniger als einem Meter sind die Grundflächen nicht anzurechnen. Die Grundflächen unter Schrägen mit einer Höhe von 1 bis 2 Metern

1 BGH NJW 1991, 912; BayObLG NJW 1996, 2106; Basty, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl., Köln u.a. 1997 Rn. 505; Schmidt in Münchener Vertragshandbuch Band IV, 1. Halbband, Form I.30 Anm. 33; Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl., München 1999, Rn. 503.

2 Die II. BV ist abgedruckt in Sartorius I, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik Deutschland, Ordnungsnummer 357.

3 Die II. BV ist nach § 1 I insbesondere anzuwenden, erstens für öffentlich geförderte Wohnungen, die dem Zweiten Wohnungsbaugesetz oder dem Wohnungsbindungsgesetz unterliegen, zweitens für steuerbegünstigten oder frei finanzierten Wohnraum, auf den das Zweite Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz Anwendung findet.

sind zur Hälfte und ab einer Höhe von 2 Metern oder mehr voll anzurechnen. Gem. § 44 II der II. BV kann die Fläche von Balkonen, Loggien, Dachgärten und gedeckten Freisitzen, die ausschließlich zu dem betreffenden Wohnraum gehören, der Wohnfläche zur Hälfte zugerechnet werden.

2.) DIN 283

Die DIN 283 ist seit 1983 vom Normenausschuß zurückgezogen, ist aber nach der Rechtsprechung weiterhin maßgeblich, sofern dies vertraglich vereinbart wird<sup>4</sup> oder eine entsprechende Verkehrssitte herrscht nach der die Wohnfläche in Anlehnung an die DIN 283 zu bestimmen ist<sup>5</sup>. DIN 283 unterscheidet zwischen Wohn- und Nutzfläche. Wohnfläche ist die anrechenbare Grundfläche der Räume von Wohnungen. Nutzfläche ist die mit einer Wohnung im Zusammenhang stehende nutzbare Grundfläche von Wirtschaftsräumen und von gewerblichen Räumen<sup>6</sup>. Nach Abschnitt 2.1 sind die Grundflächen und daraus die Wohn- bzw. Nutzflächen zu ermitteln. Die Grundflächen sind aus den Fertigmaßen (lichte Maße zwischen den Wänden) zu ermitteln. Werden die Maße aus einer Bauzeichnung entnommen, so sind bei verputzten Wänden die aus den Rohbaumaßen errechneten Grundflächen um 3 % zu verkleinern. Für die Ermittlung der Wohn- bzw. Nutzfläche sind von den berechneten Grundflächen die Grundflächen von Räumen mit einer lichten Höhe von mindestens 2 m voll anzurechnen. Grundflächen von Raumteilen mit einer lichten Höhe von mehr als 1 m und weniger als 2 m sind zur Hälfte anzurechnen. Zu einem Viertel sind die Flächen von Hauslauben (Loggien), Balkonen und gedeckten Freisitzen anzurechnen. Nicht anzurechnen sind die Flächen mit einer lichten Höhe von weniger als 1 m und von nichtgedeckten Terrassen und Freisitzen<sup>7</sup>.

3.) DIN 277

Die DIN 277<sup>8</sup> ist die differenzierteste Berechnungsmethode. Sie verwendet nicht den Begriff der Wohnfläche, sondern spricht von der Brutto-Grundfläche (2.1). Diese gliedert sich in die Konstruktions-Grundfläche (2.2) und die Netto-Grundfläche (2.3), welche sodann zwischen der Nutz-, Funktions- und Verkehrsfläche (2.4, 2.5, 2.6) differenziert. Die Begriffe sind nach der DIN 277 wie folgt zugeordnet:

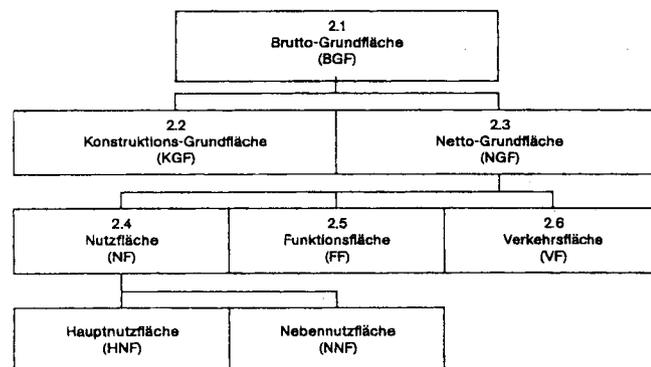


Abbildung 1<sup>9</sup>

Die Netto-Grundfläche ist die Summe der nutzbaren, zwischen den aufgehenden Bauteilen befindliche Grundfläche aller Grundrißebenen eines Bauwerks (Nr. 2.3).

Nutzfläche ist die Netto-Grundfläche, welche der Nutzung des Bauwerks aufgrund seiner Zweckbestimmung dient (Nr. 2.4). Dazu gehören z.B. alle Wohn-, Aufenthalts- und Büroräume sowie Sanitär- und Abstellräume und Fahrzeugabstellflächen (DIN 277 Teil 2 Tabelle 1, 2). Bei der Berechnung der Netto-Grundfläche unter Dachschrägen unterscheidet DIN 277 nur noch Flächen mit Raumhöhen von 1,5 m und mehr sowie von unter 1,5 m. Die betreffenden Flächen werden voll angerechnet, sind aber getrennt anzugeben. Bei Balkonen, Loggien, Freisitzen u.ä. unterscheidet die DIN 277, ob sie überdeckt („Bereich b“) oder nicht überdeckt („Bereich c“) sind (Nr. 3.1.1). Entscheidend ist die lotrechte Projektion der äußeren Begrenzung des überdeckten Bauteils, z.B. des darüber liegenden Geschosses, Daches o.ä. Überdeckte Flächen werden voll gerechnet, nicht überdeckte Flächen werden nicht berechnet (Nr. 3.2.3 i.V.m. 3.2.1.).

Funktionsfläche ist derjenige Teil der Netto-Grundfläche der der Unterbringung zentraler betriebstechnischer Anlagen in einem Bauwerk dient (Nr. 2.5).

Verkehrsfläche ist derjenige Teil der Netto-Grundfläche, der dem Zugang zu den Räumen und dem Verkehr innerhalb des Bauwerks dient (Nr. 2.6).

4.) Besondere Kriterien einiger Gerichte

Einzelne, hier nur beispielhaft genannte Gerichtsentscheidungen legen Kriterien an, die sich nicht in Vorschriften finden. Nach Meinung des BayObLG<sup>10</sup> sollen die besonderen Umstände des Einzelfalls maßgebend sein; Balkonflächen seien je nach ihrem Wohnwert höchstens mit der Hälfte der Fläche, auch mit einem Viertel oder überhaupt nicht anzusetzen. Das LG Hamburg<sup>11</sup> bezog die Fläche eines Balkons mit einem vom Balkon aus zugänglichen Abstellraum zu 3/8 ein. Das AG Wuppertal<sup>12</sup> bezog die Balkonfläche zu 1/2 ein, da der Balkon von der Straße abgelegen war. Nach Meinung des AG Krefeld<sup>13</sup> ist ein Balkon gar nicht zu berücksichtigen, wenn er nach Norden und zu einer Verkehrsstraße hin gelegen ist.

5.) Richtlinien der Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e.V. (gif)

Die Richtlinie der Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e.V. (gif) zur Berechnung der Mietfläche für Büroräume (MF-B)<sup>14</sup> formuliert für die Berechnung von Mietflächen für Büroräume eine Vorgehensweise, die die Interessen von allen Beteiligten des Immobiliengeschäfts in Deutschland zu einem akzeptablen Ausgleich bringen soll. Für den Begriff der Mietfläche wird zwischen der Hauptnutzfläche (HNF), der Nebennutzfläche (NNF) und der Verkehrsfläche (VF) unterschieden und der Begriff der Mietfläche dabei an die DIN 277 angelehnt. Die einzelnen Festlegungen der Richtlinie widersprechen nicht der DIN 277, sondern gehen begrifflich und in den Wesenszügen mit ihr konform. Im Unterschied zur DIN 277 soll eine Bewertung der Miet-

4 OLG Hamm NJW-RR 1997, 1551; OLG Celle BauR 1998, 805, 807; Stürzer/Koch, Vermieterlexikon, 5. Aufl., W 13. Innerhalb der letzten Jahre wird diese DIN von zahlreichen Urteilen und Literaturstellen genannt, ohne daß eine entsprechende Fundstelle angegeben wird. Abgedruckt ist die DIN 283 meist nur noch in älteren Werken wie beispielsweise Schmidt-Futterer/Blank, Wohnraumschutzgesetz, 6. Aufl., München 1988 oder Frommhold/Hasenjäger, Wohnungsbaunormen, 9. Aufl., Düsseldorf 1965.  
 5 BGH NJW 1997, 2875.  
 6 Nr.1 der DIN 283.  
 7 Nr. 2.2 der DIN 283.  
 8 Zu DIN 277 siehe Winkler/Fröhlich, Hochbaukosten – Flächen – Rauminhalte, 10. Auflage, Braunschweig u.a. 1998, dort S. 107 ff. (Text und Kommentierung).  
 9 nach Winkler/Fröhlich, Hochbaukosten – Flächen – Rauminhalte, 10. Auflage, Braunschweig u.a. 1998, dort S. 129.

10 BayObLG WuM 1983, 254.  
 11 LG Hamburg WuM 1987, 87; Barthelmess, Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Miethöhegesetz, 5. Aufl., 1995, § 2 MHG Rn. 29; dort finden sich weitere Beispiele aus der Rechtsprechung zu Loggien und Freisitzen.  
 12 AG Wuppertal DWW 1988, 211; Barthelmess ebd.  
 13 AG Krefeld DWW 1992, 243; Barthelmess ebd.  
 14 Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für Büroräume (MF-B) der Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e.V., Wiesbaden, Arbeitskreis 1: Flächendefinitionen. Die gif hat in diesem Zusammenhang auch eine Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für Handelsräume (MF-H) erstellt. Eine Darstellung dieser ist aufgrund des dafür benötigten Umfangs im Rahmen dieser Abhandlung nicht möglich. Die Richtlinie MF-H kann, ebenso wie die Richtlinie MF-B, bei der Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e.V., Wilhelmstraße 12, 65185 Wiesbaden angefordert werden.

flächen unter wirtschaftlichen Kriterien erfolgen. Die Mietfläche beinhaltet die Hauptnutzfläche (HNF), die Nebennutzfläche (NNF) und einen Teil der Verkehrsfläche (VF). Wohingegen nach der DIN 277 nur die Haupt- und Nebennutzfläche und nicht die Verkehrsfläche unter den Begriff der Netto-Nutzfläche fallen. Nach der Richtlinie erfaßt die Mietfläche Loggien, Balkone, Laubengänge und terrassierte Gebäudeflächen als Hauptnutzfläche, und damit als Mietfläche, sofern sie innerhalb einer Mieteinheit erreichbar und zugeordnet sind und nicht dem Brandschutz dienen. Der Teil der Verkehrsfläche der innerhalb einer Mieteinheit liegt, z.B. Flure, Gänge, Warte- oder Vorräume ist Mietfläche. Verkehrsflächen die von mehreren Mietern gemeinschaftlich genutzt werden, sind anteilig nach einem Aufteilungsschlüssel anzurechnen. Keine Mietfläche sind alle Flächen oder Raumteile mit einer lichten Höhe unter 1,50 m. Räume mit einer lichten Höhe von mehr als 1,50 m und weniger als 2,30 m sind voll anzurechnen aber getrennt aufzuführen<sup>15</sup>.

### III. Bedeutung in den einzelnen Rechtsgebieten

#### 1.) Werkvertrag- und Bauträgervertrag

Im Werk- und Bauträgervertrag können Abweichungen von Flächenangaben Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche auslösen.

##### a) Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht

Der Werkunternehmer (Bauträger, Generalunternehmer, etc.) haftet dem Besteller/Bauherrn für Sachmängel und das Vorhandensein von zugesicherten Eigenschaften (§ 633 I BGB). Ist ein Mangel vorhanden, kann der Bauherr zunächst Mangelbeseitigung verlangen (§ 633 II BGB). Ist der Unternehmer mit der Mangelbeseitigung im Verzug, kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen lassen und die Kosten vom Unternehmer einfordern (§ 633 III BGB). Der Unternehmer kann die Mangelbeseitigung allerdings verweigern, wenn sie einen Aufwand erfordert, der in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem erreichbaren Erfolg stünde (§ 633 II 2 BGB). Dies wird bei Abweichungen der Wohn- oder Nutzfläche häufig der Fall sein, wenn nicht ohnehin die Mangelbeseitigung unmöglich ist, was insbesondere bei einem fertigen Gebäude nahe liegt. Abgesehen davon, sind die Bauherrn finanziell meist stark belastet und deswegen eher an einer Preisminderung interessiert.

Eine Minderung des Werklohns kann der Bauherr nur verlangen, wenn er dem Unternehmer zur Mangelbeseitigung eine Frist gesetzt hat und für den Fall des Fristablaufs die Mangelbeseitigung ablehnt (§ 634 I BGB). Die Fristsetzung ist aber nach § 634 II BGB entbehrlich, wenn die Mangelbeseitigung unmöglich ist, also auch hier in der Regel dann, wenn ein Haus oder eine Wohnung mit geringerer Wohnfläche oder Nutzfläche als vertraglich vereinbart errichtet wurde<sup>16</sup>. Hat der Unternehmer den Mangel zu vertreten, kann der Besteller statt der Minderung auch Schadensersatz verlangen (§ 635 BGB).

##### b) Abweichungen von der vereinbarten Flächengröße

Ein Fehler i.S. von § 633 I BGB ist anzunehmen, wenn die tatsächliche Beschaffenheit des Werks von der vertraglichen Beschreibung abweicht und dies nach der Verkehrsauffassung von wesentlicher Bedeutung für den Wert ist<sup>17</sup>. So

verhält es sich bei der Fläche von Wohnungen<sup>18</sup>, Büros oder sonstigen Räumen. Bekanntlich orientieren sich sowohl Objektkaufpreise als auch die Miethöhe an der Quadratmeterzahl.

Zur Vereinbarung einer bestimmten Wohnfläche ist es nach Ansicht des OLG Celle ohne Bedeutung, ob der notarielle Vertrag oder dessen Anlagen eine ausdrückliche Wohnflächenangabe enthält oder nicht; es könnte genügen, daß sich die Flächenangabe aus den Unterlagen ergibt, die der Erwerber vor Vertragsschluß erhalten hat<sup>19</sup>.

Sind im Bauträgervertrag Flächenmaße angegeben, so wird man dies in der Regel als Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen haben, solange sich aus dem Vertrag nichts Gegenteiliges ergibt<sup>20</sup>. Dies gilt auch dann, wenn nur eine ca.-Größe genannt wird<sup>21</sup>. Flächenangaben außerhalb des eigentlichen Vertrages, also z.B. in Plänen oder Teilungserklärungen, auch wenn diese zum Vertragsinhalt gemacht wurden, begründen dagegen in der Regel keine Vermutung für eine Zusicherung<sup>22</sup>. Es kann sich aber um verbindliche Beschaffenheitsangaben handeln.

Die Rechtsprechung hat einen Fehler i.S. von § 633 I BGB angenommen, wenn eine Fläche um knapp 10 % kleiner ist als im Vertrag angegeben<sup>23</sup>. Erst recht gilt dies bei einer Abweichung von mehr als 10 %<sup>24</sup>. Aber auch geringere Abweichungen können Gewährleistungsansprüche auslösen. Das LG Ravensburg verurteilte einen Werkunternehmer zur Minderung, weil die Wohnung 6,41 % kleiner war als im Vertrag angegeben<sup>25</sup>. Ein Mangel liegt insbesondere auch dann vor, wenn die Wohnfläche des Dachgeschosses kleiner als vertraglich vereinbart ausgeführt worden ist<sup>26</sup>.

Allerdings führt nicht jede Abweichung von vertraglich vereinbarten Flächengrößen zu Gewährleistungsansprüchen. Handelt es sich bei den angegebenen Flächengrößen nur um Beschaffenheitsangaben, so sind die hinzunehmenden Abweichungen größer, als wenn die Flächengröße als zugesicherte Eigenschaft vereinbart wurde. Bei Abweichungen von Beschaffenheitsangaben sind nach Ansicht des OLG München Differenzen von 3 % hinzunehmen<sup>27</sup>. Auch die Literatur läßt Abweichungen dieser Größenordnung zu<sup>28</sup>.

Oftmals werden Vereinbarungen getroffen, wonach gewisse Flächenabweichungen vertragsgemäß sind, so daß sich nur bei größeren Abweichungen ein Minderungsanspruch ergibt. Wenn Rohbauflächen vereinbart sind, kann das Fertigmaß, d.h. die tatsächliche Nutz- oder Wohnfläche, 3 % geringer ausfallen<sup>29</sup>. Ca.-Angaben, selbst wenn es sich um zugesicherte Eigenschaften handelt, decken in der Regel geringfügige Abweichungen<sup>30</sup>. Der BGH hat auch im Falle der Zusicherung einer bestimmten Größe eine Abweichung von 1 % als unschädliche Vermessungstoleranz anerkannt<sup>31</sup>. Der

18 KG NJW-RR 1989, 459, 460.

19 OLG Celle BauR 1998, 805, das auch zur Berechnung der Minderung Stellung nimmt.

20 Basty, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl., Köln u.a. 1997, Rn. 504; LG Ravensburg BauR 1992, 81.

21 Basty ebd.; BGH MittBayNot 1984, 175 und NJW 1986, 920.

22 OLG Hamm 24.04.1994, Az. 22 U 138/94; so auch Basty ebd.

23 KG NJW-RR 1989, 459, wobei die Frage der Berechnungsmethode hier keine Rolle spielte.

24 Stürzer/Koch, Vermieterlexikon, 5. Aufl., M 7; BGH WM 1997, 625; ebenso OLG Celle BauR 1998, 805.

25 LG Ravensburg BauR 1992, 81, wo auch zu vertraglichen Haftungsausschlüssen für Mindergrößen Stellung genommen wird, die nach dem AGBG zu beurteilen sind.

26 OLG Düsseldorf NJW 1981, 1455.

27 OLG München BauR 1980, 470.

28 Schmidt in Münchener Vertragshandbuch Band IV, 1. Halbband, Form I.30 Anm. 33 m.w.N. Auch nach AG Schwäbisch Hall v. 19.12.1996, Az. 1 C 935/96 ist eine geringfügige Flächenabweichung hinzunehmen.

29 Siehe DIN 283 Ziff. 2.1.1. Auch die II. BV berechnet die Grundfläche einer Wohnung, sofern die Rohbaumaße zugrunde gelegt werden, durch Abzug von 3 % (§ 43 II der II. BV). Siehe ferner Riedler, Anmerkung zu OLG München ZMR 1978, 365.

30 Basty, Der Bauträgervertrag, Rn. 506.

31 Basty, Der Bauträgervertrag, Rn. 508; BGH MittBayNot 1984, 175.

15 Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für Büroraum (MF-B).

16 OLG Düsseldorf NJW 1981, 1455; Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 14. Aufl., B § 13 Rn. 614; OLG Düsseldorf BauR 1984, 294.

17 KG NJW-RR 1989, 459, 460.

„ca.“-Zusatz dürfte indessen noch etwas weitergehende geringfügige Abweichungen rechtfertigen.

Bei Formularverträgen bzw. allgemeinen Geschäftsbedingungen kann sich die Abweichung von zugesicherten Flächengrößen nur innerhalb enger Grenzen halten. So verstößt nach Ansicht des LG Ravensburg<sup>32</sup> die Klausel, wonach eine Mindergröße von 3 % bei Wohnungen mit geraden Wänden und von 5 % bei Wohnungen unter Dachschrägen keinen Einfluß auf den Kaufpreis haben soll, gegen § 11 Nr. 11 AGBG.

#### c) Zur Berechnung der Abweichungen

Bei der Frage, ob eine bestimmte Flächengröße Vertragsinhalt wurde, kommt es also entscheidend darauf an, was im Einzelfall vereinbart wurde. Dies gilt auch für die weitere Frage, auf welche Weise die Flächengröße zu berechnen sein soll<sup>33</sup>. Im Prozeß muß der Erwerber darlegen und beweisen, daß die Fläche tatsächlich kleiner ist als vertraglich vereinbart. Dazu gehört im Zweifel auch die Darlegung, daß zur Flächenermittlung eine bestimmte Berechnungsmethode maßgeblich sein soll, denn einen allgemeinen Sprachgebrauch, welcher den Begriff der Wohn- oder Nutzfläche mit einer bestimmten Berechnungsmethode verbindet, gibt es nicht<sup>34</sup>. Dem Sprachgebrauch kommt die Bedeutung eines Erfahrungssatzes, nämlich der beim Gebrauch der deutschen Sprache allgemein bestehenden Übung, zu<sup>35</sup>. Duden (Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 1981) bezeichnet als Wohnfläche die „dem Wohnen dienende Grundfläche von Wohnungen oder Wohnhäusern“, beschreibt die Bemessung ihrer Größe aber nicht (ähnlich: Brockhaus/Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 1984). Brockhaus, Enzyklopädie 17. Aufl., gibt zwar gewisse Hinweise zur Flächenberechnung, diese erfolgen aber im Zusammenhang mit der Erläuterung der Wohnungsgrößen im gemeinnützigen Wohnungsbau unter Bezugnahme auf gesetzliche Vorschriften; ein Sprachgebrauch wird nicht wiedergegeben. Ein allgemeiner Sprachgebrauch, der mit dem Begriff der Wohn- oder Nutzfläche deren Berechnung nach festgelegten Regeln verbindet, läßt sich nicht feststellen<sup>36</sup>.

Ist in einem Vertrag eine bestimmte Fläche vereinbart, ohne daß eine bestimmte Berechnungsmethode angegeben ist, so ist folgendes zu beachten.

Aufgrund der Tatsache, daß für die Berechnung der Wohn- und Nutzflächen kein allgemeiner Sprachgebrauch festzustellen ist, sind die Begriffe auslegungsbedürftig. Dabei kann auch eine festgestellte Verkehrssitte berücksichtigt werden<sup>37</sup>. Der regionalen Verkehrssitte beim Werk- und Bauträgervertrag entspricht es häufig, daß die Wohnfläche in Anlehnung an die DIN 283 und die II. BV ermittelt wird. Daß die DIN 283 nicht mehr gültig ist und die II. BV nur für bestimmte Wohnungen gilt, soll dabei unerheblich sein<sup>38</sup>. Die Grundfläche ist nach dieser Auffassung daher nicht maßgebend, was insbesondere bei Dachwohnungen von erheblicher Bedeutung ist. Zu beachten ist jedoch, daß im jeweiligen Einzelfall nicht ohne vorherige Untersuchung von einer entsprechenden Verkehrssitte ausgegangen werden darf. Existiert eine entsprechende Verkehrssitte, so können Flächenangaben in dieser typischen Weise verstanden werden, es sei denn, besondere Umstände gebieten ein atypisches Verständnis. Denn die Verkehrssitte rechtfertigt

gerade bei unklaren Angaben zu den Flächen das typische Verständnis<sup>39</sup>. Wenn der Erklärende etwas anderes meint, so soll es seine Sache sein, das von ihm gemeinte klarzustellen<sup>40</sup>.

Ist die DIN 283 als Berechnungsmethode vereinbart, so ist diese Norm maßgeblich<sup>41</sup>. Ist die II. BV vereinbart, so gelten deren Vorschriften für die Flächenberechnung. Soll dagegen nach dem Vertrag die Nutzfläche maßgebend sein, so soll diese nicht nach der II. BV errechnet werden können<sup>42</sup>. Nimmt der Vertrag auf Rohbaumaße bezug (etwa durch Verweis auf einen entsprechenden Grundrißplan oder die Baubeschreibung), so sind der Flächenberechnung die Rohbaumaße zugrunde zu legen<sup>43</sup>.

Ist dagegen die Gesamtwohnfläche (ohne Rücksicht auf DIN-Normen und Rechtsvorschriften) im Vertrag im einzelnen so klar beschrieben, daß auch die Art und Weise ihrer Berechnung deutlich wird, so ist nicht DIN 283 maßgeblich (ebensowenig DIN 277 und II. BV), sondern allein die vertragliche Beschreibung<sup>44</sup>. Oftmals wird dies praktisch das Rohbaumaß sein, das natürlich größer ist und beim Verkauf einen besseren Eindruck macht.

Enthält ein formularmäßiger Bauträgervertrag eine Flächenangabe, ohne daß die Berechnungsweise angegeben ist, so soll gem. der Unklarheitenregelung des § 5 AGBG die dem Erwerber günstigste Berechnungsmethode anzuwenden sein<sup>45</sup>.

#### d) Rechtsfolge

Die Minderung der Vergütung des Unternehmers ist linear proportional zum Quadratmeterpreis vorzunehmen<sup>46</sup>. Vor diesem Hintergrund gibt es Empfehlungen, die Folgen einer unzulässigen Abweichung vertraglich zu regeln, insbesondere dann, wenn neben der reinen Wohn- oder Bürofläche auch Nebenflächen (Keller, Garten, Stellplatz etc.) in den Gesamtpreis einbezogen sind<sup>47</sup>.

Nicht nur die Angabe von Mehrflächen, sondern auch die Angabe von Minderflächen kann zu einem Schadensersatzanspruch führen.

Dies kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn in einem Bauträgervertrag die Regelung enthalten ist, daß sich der Kaufpreis für ein Grundstück nach vertraglich festgelegten Beträgen für den Fall erhöht, daß die genehmigte Netto-Nutzfläche höher ist als dies ursprünglich angenommen wurde.

Auch Architekten müssen mit einer Haftung wegen Angabe von Minderflächen rechnen.

Das LG Stuttgart verurteilte einen Architekten zum Schadensersatz, weil er eine Wohnfläche kleiner angegeben hatte, als sie tatsächlich war. Der Auftraggeber, welcher die Wohnung verkaufen wollte, konnte mit der geringeren

39 BGH, Urt. vom 7.9.2000, Az.: VII ZR 443/99; BGH, Urt. vom 22. 12. 2000, Az.: VII ZR 311/99.

40 BGH NJW 1998, 535.

41 OLG Düsseldorf BauR 1981, 475.

42 Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 504; OLG Hamburg BauR 1980, 469.

43 Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 504; OLG München BauR 1980, 470.

44 OLG Hamburg BauR 1980, 469; diese Meinung scheint nicht nur beim Werkvertrag, sondern auch im Rahmen des Kaufvertragsrechts einleuchtend. Ähnlich gelagert ist der Fall vom OLG München, BauR 1980, 470; dort war für die Wohnung eine bestimmte Nutzfläche angegeben, wobei erkennbar die Rohbaufläche gemeint war. Bemerkenswert scheint auch OLG Düsseldorf BauR 1997, 477; danach haftet der Bauträger aus Verschulden bei Vertragsschluß auf Schadensersatz, wenn er bei Vertragsschluß nicht auf eine Verringerung der Fläche einer Dachwohnung hinweist, die sich aus einer Reduzierung der Dachneigung ergibt; die zum Vertragsgegenstand gemachte Zeichnung enthielt eine Dachneigung von nur 42 Grad, demgegenüber hatten die dem Angebot des Bauträgers beigefügten Unterlagen eine Neigung von 45 Grad vorgesehen.

45 Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 504; Koeble, Rechts-handbuch Immobilien, Kap 20 Rn. 171.

46 OLG München NJW-RR 1997, 1417; ähnlich OLG Düsseldorf NJW 1981, 1455.

47 Bastly, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl., Rn. 509.

32 LG Ravensburg BauR 1992, 81.

33 OLG Hamburg BauR 1980, 469; Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 503.

34 BGH MDR 1991, 515 mit Bezug auf §§ 42-44 II. BV.

35 BGH MDR 1991, 516.

36 BGH MDR 1991, 516.

37 OLG Celle BauR 1998, 807.

38 OLG Celle BauR 1998, 807.

Flächenangabe auch nur einen entsprechend geringeren Preis erzielen<sup>48</sup>.

## 2.) Kaufvertrag

Flächengrößen spielen auch im Kaufvertragsrecht eine maßgebliche Rolle. Ebenso wie im Werk- und Bauträgervertrag können Abweichungen von den entsprechenden Flächenangaben zu Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüchen führen.

### a) Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht

Der Verkäufer haftet dem Käufer für Sachmängel, das Vorhandensein von zugesicherten Eigenschaften und wegen arglistiger Täuschung. Hat die verkaufte Wohnung oder das Haus einen Sachmangel (§ 459 I BGB), kann der Käufer den Kaufvertrag rückgängig machen (Wandelung, § 462 BGB) oder eine entsprechende Kaufpreisminderung verlangen (Minderung, § 462 BGB). Gleiches gilt, wenn eine bestimmte Wohnungsgröße vertraglich besonders zugesichert wurde, also eine „zugesicherte Eigenschaft“ darstellt (§ 459 II BGB), und diese Größe tatsächlich nicht erreicht wird.

Ein Sachmangel liegt vor, wenn der Kaufgegenstand einen Fehler hat und dadurch der Wert oder die Tauglichkeit zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist (§ 459 I BGB). Eine unerhebliche Minderung des Werts oder der Tauglichkeit bleibt allerdings unberücksichtigt (§ 459 I 2 BGB). Statt Wandelung oder Minderung kann der Käufer auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Wohn- oder Nutzfläche die vertraglich zugesicherte Größe fehlt oder der Verkäufer den Sachmangel arglistig verschwiegen hat (§ 463 BGB).

### b) Abweichungen von der vereinbarten Flächengröße

Nach der Rechtsprechung ist die bindende Vereinbarung über eine bestimmte Wohn- oder Nutzflächengröße ein Beschaffenheitsmerkmal i.S. des § 459 I BGB. Ein Sachmangel liegt demnach vor, wenn Angaben über die Wohnfläche eines verkauften Hauses, einer Wohnung oder einer verkauften Nutzfläche nicht zutreffen, d.h. die Fläche tatsächlich kleiner ist<sup>49</sup>.

Aber nicht jede Flächenangabe im Vertrag ist auch als Zusicherung einer Eigenschaft i.S.d. § 463 BGB anzusehen. Dies ist erst dann der Fall, wenn der weitergehende Verpflichtungswille des Verkäufers deutlich wird, also wenn er erklärt, für das Vorhandensein der bestimmten Fläche im Sinne einer Gewährleistung ohne Verschulden einzustehen, einschließlich der Verpflichtung, bei Fehlen dieser Eigenschaft für alle Folgen des Fehlens einzustehen und Schadensersatz zu leisten<sup>50</sup>.

### c) Zur Berechnung der Abweichung

Auch im Kaufrecht trägt der Erwerber die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die Wohn- oder Nutzfläche tatsächlich kleiner ist als vertraglich vereinbart und welche Berechnungsmethode maßgeblich sein soll. Bleibt die Berechnungsmethode unklar und kommt auch nur eine der möglichen Methoden auf die vereinbarte Flächengröße oder auf unerheblich geringeres Maß, riskiert der Käufer in einem Rechtsstreit zu unterliegen<sup>51</sup>.

Enthält ein Kaufvertrag dagegen die Zusicherung, daß die Wohnungsgröße nach den bestehenden DIN-Normen

errechnet ist, so soll nach Meinung des OLG Hamm die DIN 283 Anwendung finden, obwohl sie zurückgezogen ist. Die gültige DIN 277 soll demgegenüber nicht maßgeblich sein, weil sie nicht zur Ermittlung der Wohnfläche dient, sondern die Grundfläche zum Zweck der Baukostenermittlung definiert<sup>52</sup>.

Ist im Vertrag keine bestimmte Berechnungsmethode vereinbart, so stellt sich die Frage, wie die Berechnung vorzunehmen ist. Der Bundesgerichtshof hat sich in einem derartigen Fall<sup>53</sup> mit der Frage auseinandergesetzt, ob der allgemeine Sprachgebrauch mit dem Begriff der Wohnfläche eine bestimmte Art ihrer Berechnung verbindet. Dies hat er, wie auch schon oben beim Werk- und Bauträgervertrag dargestellt, abgelehnt. Mit der Frage einer entsprechenden Verkehrssitte hat er sich in diesem Zusammenhang nicht beschäftigt. Bei den Betrachtungen des Bundesgerichtshofs, welche Flächenberechnung in Betracht kommt, entscheidet er zwar nicht, welche Methode dies sein soll, es ergibt sich jedoch, daß die DIN 277 möglicherweise nicht einschlägig sein soll, denn auf diese geht der BGH nicht ein. Er nennt allein die DIN 283 sowie die §§ 42-44 der II. BV. Bei Streitfällen wird im Einzelfall wie beim Bauträgervertrag eine (regionale) Verkehrssitte zu ermitteln sein.

### d) Gewährleistungsausschluß

Vielfach wird ein Gewährleistungsausschluß vereinbart, der auch die Flächengröße mit einschließt. Anders als beim Bauvertrag kann der Haus-, Büro- oder Wohnungskäufer das Objekt vor Vertragsschluß besichtigen und sich einen Eindruck von den Größenverhältnissen verschaffen. Zudem werden Kaufverträge meist über gebrauchte Immobilien abgeschlossen. Vertragliche Gewährleistungsausschlüsse sind daher in weitergehendem Umfang wirksam als bei formularmäßigen Bauverträgen, die neue Gebäude betreffen<sup>54</sup>.

### e) Rechtsfolge

Weist eine Wohn- oder Nutzfläche tatsächlich eine geringere Fläche als im Kaufvertrag beurkundet auf, so ist die Minderung des Kaufpreises linear proportional zum Quadratmeterpreis vorzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist, wie auch beim Werk- bzw. Bauträgervertrag, zu empfehlen, die Folgen einer unzulässigen Abweichung vertraglich zu regeln.

## 3.) Mietrecht

Für Investoren kann es ratsam sein, bereits beim Erwerb und der Vermietung von Wohn- und Nutzflächen auf die vertraglichen Flächenangaben und die Berechnungsmethode zu achten, um nicht später Mietminderungsansprüchen ausgesetzt zu sein oder um erfolgreich Mieterhöhungen zu verlangen oder Nebenkosten abzurechnen zu können.

### a) Mietminderung

Nach § 537 BGB muß der Vermieter eine Minderung der Miethöhe hinnehmen, wenn die Mietsache mangelhaft ist. Ein Mangel der Mietsache liegt u.U. vor, wenn die tatsächliche Größe der Wohn- oder Nutzfläche von der Quadratmeterzahl abweicht, die im Mietvertrag angegeben ist. Dies kann allerdings nicht generell sondern nur nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. Im Normalfall wird die Wohn- oder Nutzfläche nach Besichtigung in ihrer mittels Augenschein erkennbaren Größe gemietet werden.

48 LG Stuttgart BauR 1990, 496.

49 BGH NJW 1991, 912; BGH MDR 1991, 515, 516; KG NJW-RR 1989, 459. MÜKo-Westermann, Band 3, 23. Aufl., § 459 Rn. 33.

50 BGH MDR 1991, 515, 516; OLG Hamm, Urteil vom 24.04.1995, Az. 22 U 138/94. Zur Kaufpreisminderung wegen zugesicherter aber nicht vorhandener Wohnfläche siehe auch BGH NJW 1997, 129 f.

51 OLG Hamm NJW-RR 1997, 1551.

52 BGH MDR 1991, 515 m.w.N. Ferner OLG Hamm NJW-RR 1997, 1551; nach der getroffenen Vereinbarung sei es den Parteien darauf angekommen, die Raumgröße unter dem Gesichtspunkt der Benutzbarkeit anzugeben; da die vereinbarte Größe tatsächlich nicht gegeben war, mußte der Beklagte Schadensersatz leisten.

53 BGH NJW-RR 1997, 1551.

54 Siehe dazu BGH MDR 1991, 515; BGHZ 98, 100, 108 und BGHZ 101, 350; ferner LG Ravensburg BauR 1992, 81 ff.

Die Angabe der Wohn- oder Nutzfläche im Mietvertrag als solche beinhaltet nur eine bloße Beschaffenheitsangabe, nicht aber eine weitergehende Zusicherung der Eigenschaft der Mietsache nach § 537 II BGB<sup>55</sup>. Nach Besichtigung stellt eine Größenabweichung gegenüber den Angaben im Mietvertrag grundsätzlich keinen Mangel dar, der zur Mietminderung berechtigt<sup>56</sup>. Anders kann es sein, wenn die Abweichung gegenüber dem Mietvertrag erheblich ist, d.h. 20 % und mehr erreicht<sup>57</sup> oder wenn der Vermieter – ausdrücklich oder konkludent – erklärt, für die nachteiligen Abweichungen garantiemäßig eintreten zu wollen<sup>58</sup>. Anders ist es auch dann, wenn die Räume vor deren Errichtung oder ohne vorherige Besichtigung angemietet worden sind<sup>59</sup>.

#### b) Mieterhöhung

Die Wohnfläche ist ferner bei Mieterhöhungen nach § 2 MHG von Bedeutung, und zwar als Wohnwertmerkmal gem. § 2 I Nr. 2 MHG („Größe“)<sup>60</sup>. Bei Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete muß zunächst festgestellt werden, auf welcher Wohnflächenberechnungsmethode die Quadratmeterpreise des örtlichen Mietspiegels beruhen. Die Größe der betreffenden Wohnung ist dann nach derselben Methode zu berechnen. Ist der Mietspiegel also auf Basis der II. BV erstellt worden, so ist die Fläche der betreffenden Mietwohnung ebenfalls nach der II. BV zu ermitteln<sup>61</sup>. Die Rechtsprechung hat hier allerdings noch keine ganz klare Linie gefunden. So soll ein Balkon höchstens bis zur Hälfte seiner Grundfläche berücksichtigt werden<sup>62</sup>, gleiches gilt für einen gedeckten Freisitz in Abhängigkeit von seinem Nutzwert<sup>63</sup>. Nach anderen Gerichtsentscheidungen soll für einen Balkon im Normalfall nur 1/4 seiner Grundfläche angesetzt werden<sup>64</sup>. Nach Auffassung des BayObLG<sup>65</sup> sollen Terrassen- und Balkonfläche bei einem Mieterhöhungsverlangen gem. § 2 MHG weder nach DIN 283 noch nach der II. BV oder einer anderen Vorschrift ermittelt werden, sondern nach den besonderen Umständen des Einzelfalles<sup>66</sup>, denn Balkonflächen haben einen höchst unterschiedlichen Wohnwert (beispielsweise Südlage zum Park hin verglichen mit Nordseite zur Straße hin); diesem Befund könne nur durch eine differenzierte Behandlung Rechnung getragen werden<sup>67</sup>. Die pauschale Berücksichtigung mit 1/4 der Fläche, wie sie andere Gerichte für den Regelfall befürworten, kommt dagegen eher zu objektiven, vorhersehbaren Ergebnissen. Zutreffend scheint aber m.E., die Wohnfläche nach derselben Methode zu

berechnen, wie die Flächen der vergleichbaren Wohnungen ermittelt wurden. Ob die Vergleichsflächen nun nach der II. BV, nach DIN 277 oder DIN 283 berechnet wurden, scheint dabei sekundär. Ist bekannt, wie die vergleichbaren Wohnflächen berechnet wurden, sollte dies ermittelt werden, um mit gleichem Maßstab messen zu können. Erst dann, wenn die angewandte Methode – aus welchen Gründen auch immer – nicht zu ermitteln ist, sollte sich die Frage nach der „richtigen“ Berechnungsweise der konkreten Wohnfläche stellen.

#### c) Nebenkostenabrechnung

Schließlich ist die Fläche noch bei Abrechnung der Nebenkosten von Bedeutung. Im frei finanzierten Wohnungsbau können alle Betriebskosten mit Ausnahme der Kosten für Heizung und Warmwasser, die nach den Bestimmungen der HeizkostenVO zu verteilen sind, nach dem Verhältnis der Flächen nach qm abgerechnet werden. Maßgebend sind dann die objektiven Werte und nicht hiervon abweichende mietvertraglich vereinbarte Größen<sup>68</sup>. Die §§ 7, 8 HeizkostenVO<sup>69</sup> schreiben vor, daß mindestens 30 % der Warmwasser- und Heizkosten nach der Wohn- oder Nutzfläche zu verteilen sind, die Heizkosten wahlweise auch nach dem umbauten Raum. Nach § 3 HeizkostenVO kann von diesen Vorschriften nicht durch Vereinbarung abgewichen werden<sup>70</sup>. Bei preisgebundenem Wohnraum sind für bestimmte Betriebskosten die Abrechnungsmaßstäbe gesetzlich vorgeschrieben. Beispielsweise sind die Kosten der Wasserversorgung und Entwässerung künftig zwingend nach dem individuellen Verbrauch abzurechnen (§ 21 NMV)<sup>71</sup>. Im übrigen besteht bei preisgebundenem Wohnraum eine Verpflichtung zur Umlage der Betriebskosten nach dem Verhältnis der Wohnflächen (§ 20 Abs. 2 NMV). Für die Umlage der Heiz- und Warmwasserkosten findet die Heizkostenverordnung Anwendung (§ 22 Abs. 1 NMV).

Wie soeben gezeigt wurde, können auch im Mietrecht die verschiedenen Berechnungsmethoden zu erheblichen Unterschieden führen. Eine bestimmte regionale Verkehrs-sitte wird es oft geben, kann jedoch nicht sicher vorausgesetzt werden. Es ist daher wichtig die entsprechende Berechnungsmethode zu benennen.

#### 4.) Wohnungseigentumsrecht

Im Wohnungseigentumsrecht können die Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis der Wohnflächen umgelegt werden, wenn dies in der Gemeinschaftsordnung bzw. Teilungserklärung geregelt ist. Auch hier kann mangels eindeutiger Angaben die Frage auftauchen, wie die Wohnfläche zu berechnen ist. Nach einer Entscheidung des BayObLG<sup>72</sup> sind Balkone, Loggien und Dachterrassen mit einem Viertel ihrer Fläche zu berücksichtigen. Nach Auffassung des Gerichts ist der Begriff der Wohnfläche auszulegen. Eine Verkehrs-sitte, wie die strittigen Flächen zu berechnen seien, bestehe nicht<sup>73</sup>. Die teilweise Anrechnung der genannten Flächen ergebe sich daraus, daß Balkone, Loggien und Dachterrassen jedenfalls teilweise in den Wohnbereich einbezogen sind und damit einen gewissen Wohnwert haben, andererseits aber auch nicht voll angesetzt werden könnten. Für die Berücksichtigung mit einem Viertel spreche, daß die Fläche nach DIN 283 so berechnet

55 Stürzer/Koch, Vermieterlexikon, 5. Aufl., M 7; OLG Dresden WM 1998, 144; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. B Rn. 1369.

56 Kossmann, Handbuch der Wohnraummiete, 5. Aufl., § 33 Rn. 10; LG Düsseldorf, WM 1990, 69; LG Frankfurt, WuM 1990, 157; LG Freiburg WuM 1988, 263; u.a.

57 Kossmann ebd.; LG Köln WuM 1986, 121; AG Würzburg WuM 1984, 213; u.a.

58 Stürzer/Koch, Vermieterlexikon, 5. Aufl., M 14.

59 Stürzer/Koch, Vermieterlexikon, 5. Aufl., M 7.

60 Siehe dazu aus Sachverständigensicht: Isemann, Die Mietfläche von Wohnraum als Bestimmungsfaktor bei der Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete, DWW 1992, 235 und ders., Bewertung von Balkonen, Dachgärten, Freisitzen, Loggien, Veranden, Wintergärten, etc., DWW 1994, 178.

61 Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. A Rn. 521; OLG Stuttgart WuM 1984, 114.

62 BayObLG WuM 1983, 254.

63 LG Hamburg WuM 1996, 278.

64 LG München I, WuM 1984, 113.

65 WuM 1983, 254; gleicher Ansicht ist Kossmann, Handbuch der Wohnraummiete, 5. Aufl., § 151 Rn. 13; siehe dazu auch Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. A Rn. 521.

66 So auch Gramlich, Mietrecht, 7. Aufl., § 2 MHG Anm. 5.

67 Diese Entscheidung des BayObLG wurde in Rechtsprechung und Literatur erheblich kritisiert, so von Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. A Rn. 521; LG München I WuM 1984, 113. Die Berücksichtigung von guter oder schlechter Lage und Benutzbarkeit von Balkonen und Terrassen erfolgte erst auf einer zweiten Stufe (nach Ermittlung des Quadratmeterpreises), auf welcher dann Zu- oder Abschläge gemacht werden, Bub/Treier ebd. Dort auch folgendes Beispiel: Beträgt die Fläche einer Vergleichswohnung mit praktisch nicht nutzbarem Balkon nach der II. BV 100 qm und wird für diese Wohnung eine Kaltmiete von DM 800,00 verlangt, so wird diese Wohnung im Mietspiegel oder Sachverständigengutachten mit einem Wert von DM 8,00 pro qm berücksichtigt. Würde der Balkon gemäß der zitierten Entscheidung des BayObLG nicht berücksichtigt und die Wohnfläche nur mit 95 qm angesetzt, so müßte die Vergleichswohnung mit DM 8,42 pro qm berücksichtigt werden.

68 So AG Hamburg WuM 1996, 778.

69 Heizkostenverordnung in der Fassung der Bekanntmachung von 20. 1. 1989, BGBl. I S. 115.

70 BayObLG NJW 1996, 2106.

71 Neubaumietenverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. 10. 1990, BGBl. S. 2203, geändert gem. BGBl. 1992 I S. 1250.

72 NJW 1996, 2106.

73 Hierin unterscheidet sich das Wohnungseigentumsrecht also vom Werkvertragsrecht. Denn nach BGH NJW 1997, 2875 gibt es eine Verkehrs-sitte, wonach die Wohnfläche in Anlehnung an die DIN 283 oder an die II. BV zu ermitteln sei.

werde; ein Viertel sei außerdem der Mittelwert nach § 44 II der II. BV<sup>74</sup>.

5.) *Maklerrecht*

Makler können beim Nachweis von Kauf- und Mietverträgen zur Angabe von korrekten Flächengrößen verpflichtet sein. Allerdings kommt es auf den Einzelfall an. Zunächst ist zu unterscheiden:

Auf der einen Seite gibt es die „normalen“, gewerblichen Makler, welche nach § 34c I GewO der Erlaubnis bedürfen. Sie unterliegen den Vorschriften der MaBV. Nach § 11 Nr. 1 MaBV i.V.m. § 10 III Nr. 1,3 MaBV ist der Makler spätestens bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen verpflichtet, die Wohn- bzw. Nutzfläche anzugeben. Ein Verstoß gegen diese Pflicht wird nach § 18 Nr. 8 MaBV als Ordnungswidrigkeit geahndet. Zivilrechtlich stellt ein derartiger Verstoß die Verletzung einer Nebenpflicht dar, die zur Schadensersatzpflicht aus positiver Vertragsverletzung führen kann<sup>75</sup>. Die Pflicht zur Angabe der Wohn- bzw. Nutzfläche verletzt der Makler aber nicht, wenn er klar darauf hinweist, daß er die vom Verkäufer/Vermieter mitgeteilte Fläche bei Weitergabe an den Interessenten nicht überprüft hat<sup>76</sup>.

Daneben gibt es die als Makler tätigen Kreditinstitute, welchen eine Erlaubnis nach § 32 KWG erteilt wurde; diese sind gemäß § 34c V Nr. 2 GewO von der Geltung der MaBV ausgenommen. Doch auch für diese gilt die allgemeine Treuepflicht, den Auftraggeber über alle Umstände aufzuklären, die für den abzuschließenden Vertrag wichtig sind, und alles zu unterlassen, was den Vertragszweck gefährden könnte<sup>77</sup>. Auch hier gilt, daß der Makler durch einen klaren Hinweis, daß er die Flächenangaben des Verkäufers/Vermieters nicht überprüft habe, sich im Regelfall von der Haftung freizeichnen kann<sup>78</sup>. Eine Nachforschungs- oder Überprüfungspflicht des Maklers kann sich allenfalls aus besonderen Umständen ergeben.

Eine andere Frage ist, wie die Flächenangaben konkret aussehen müssen, damit der Makler sich nicht den Vorwurf von unlauterem Wettbewerb nach § 3 UWG einhandelt. Letzteres ist vor allem bei Maklerinseraten mit zusammengefaßten Wohn- und Nutzflächenangaben relevant, mit denen sich eine Entscheidung des Berliner Kammergerichts befaßt hat<sup>79</sup>. Werden in Zeitungsanzeigen Wohn- und Nutzfläche einer Immobilie in einer Zahl zusammengefaßt, ohne daß die reine Wohnfläche gesondert angegeben wird, so ist dies nicht „irreführend“, d.h. kein Verstoß gegen § 3 UWG. Gibt der Makler dagegen zusammengefaßte Flächenmaße an, ohne daß die Zusammenfassung von Wohn- und Nutzfläche erkennbar ist, und entsteht dadurch der irriige Eindruck, es handele sich um die Nettowohnfläche, so liegt ein Verstoß gegen § 3 UWG vor, der gemäß § 13 VI Nr. 1 UWG zum Ersatz des durch die Zuwiderhandlung entstehenden Schadens verpflichtet.

Spätestens bei Aufnahme von konkreten Vertragsverhandlungen gelten die strengen, auch die Wohn- und Nutzfläche betreffenden Informationspflichten nach §§ 11 Satz 1 Nr. 1a, 10 III Nr. 1-3 MaBV.

Angesichts der drohenden Schadensersatzverpflichtung sollten Makler daher unbedingt auf die Angabe der Berechnungsmethode achten.

6.) *Notarhaftung*

Notare sind gemäß §§ 13, 14 BNotO, 17 BeurkG verpflichtet ihre Amtspflichten unparteiisch zu erfüllen, d.h. keine Partei zu übervorteilen, und alle Parteien gleichmäßig zu betreuen. Dazu gehört auch die Verpflichtung, den Sachverhalt zu klären und die Erklärungen der Parteien klar und eindeutig wiederzugeben. Eine Verletzung dieser Amtspflicht kann zu Schadensersatzansprüchen gemäß § 19 BNotO führen.

Nach unserer Ansicht sind die Notare daher verpflichtet darüber zu belehren, daß es verschiedene Wohn- und Nutzflächenberechnungsmethoden gibt. Sie sollten darauf drängen, daß in den Verträgen ausdrücklich geklärt wird, nach welcher Berechnungsmethode die entsprechende Wohn- oder Nutzflächen ermittelt werden sollen.

IV. **Ergebnis und Empfehlung**

1.) *Zusammenfassung*

Im vorstehenden wurde aufgezeigt, daß es eine allgemein für alle Rechtsgebiete verbindliche Berechnungsmethode nicht gibt. Auch ein allgemeiner Sprachgebrauch, welcher den Begriff der Wohn- oder Nutzfläche mit einer bestimmten Berechnungsmethode verbindet, existiert nicht.

Für den Fall, daß in einem Vertrag eine Flächenangabe enthalten ist und keine Regelung getroffen wurde, wie diese Fläche zu berechnen ist, besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit. In keinem der dargestellten Gebiete herrscht eine einheitliche Rechtsprechung zur Anwendung einer bestimmten Methode. Es kann allenfalls eine Verkehrssitte berücksichtigt werden. Doch auch wenn eine derartige Verkehrssitte vorhanden ist, kann es sein, daß besondere Umstände ein atypisches Verständnis erfordern. Es ist daher vor allem für Bauträger, Verkäufer und Vermieter risikoreich, sich auf eine entsprechende Verkehrssitte zu verlassen. Existiert jedoch auch keine Verkehrssitte, so ist das Risiko entsprechend hoch, in einem Rechtsstreit über vermeintliche Flächenabweichungen zu unterliegen.

2.) *Empfehlung*

Angesichts der dargestellten Unklarheit, ist es unbedingt erforderlich in allen Verträgen ausdrücklich die maßgebliche Berechnungsmethode, das Maß der noch zu duldenen Abweichungen und den rechtlichen Umfang einer etwaigen Gewährleistung etc. klar zu vereinbaren. Den Notarkollegen ist angesichts der drohenden Haftung dringend zu empfehlen, daß sie die Beteiligten über die verschiedenen Berechnungsmethoden und deren Konsequenzen belehren und auf die Fixierung einer Berechnungsmethode im Vertragstext drängen.

3.) *Wahl der Berechnungsmethode*

Eine allgemeingültige Aussage darüber, welche Berechnungsmethode die günstigste ist, läßt sich nicht treffen. Die Wahl ist entscheidend davon abhängig, wessen Interessen vertreten werden.

Will man eine möglichst große Fläche darstellen, so empfiehlt es sich, die DIN 277 zu vereinbaren. Wohingegen man bei Anwendung der DIN 283 oder der II. BV eher zu einer geringeren Fläche gelangt. Der Vorteil der DIN 277 besteht darin, daß man mit ihr eine hohe Differenzierung der einzelnen Flächen- und Nutzungsarten erreichen kann und so eine optimale Einbeziehung bzw. ein Ausschluß von Flächen vornehmen kann.

74 Die beiden zuletzt genannten Berechnungsmethoden sind letztendlich also doch mit ausschlaggebend.

75 Marcks, MaBV, 6. Aufl., § 11 Rn. 3 a.E.; Palandt-Sprau, BGB, 60. Aufl., § 654 Rn. 1. 76 OLG Köln DB 1971, 1713; MüKo-Roth, BGB, § 652 Rn. 243 m.w.N.; LG Stuttgart 18. 6. 1998, 25 O 179/98.

77 LG Stuttgart ebd.

78 LG Stuttgart ebd.; LG Mannheim DB 1971, 1713.

79 KG NJW-RR 1990, 871.

## Die Verlängerung der Spekulationsfrist

von Wolfgang Gehweiler, Mittelsteinbach<sup>1</sup>

Mit Beschluß vom 5. März 2001<sup>2</sup> äußerte sich der Bundesfinanzhof (BFH) dahingehend, daß die rückwirkende Verlängerung der Veräußerungsfrist von 2 auf 10 Jahren mit schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Zweifeln belastet ist.

Schwerwiegende verfassungsrechtliche Zweifel sind deshalb geboten, weil der Gesetzgeber Anschaffungsvorgänge in die neue Regelung des § 23 I 1 Nr. 1 EStG in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 einbezogen hat, für die die „alte“ Spekulationsfrist bereits vor dem 1. 1. 1999 abgelaufen war<sup>3</sup>. Deshalb wurde das Verfahren gem. § 69 III FGO ausgesetzt und an das Bundesverfassungsgericht verwiesen.

Zunächst zum Sachverhalt:

- am 28. 8. 1990 erwarb der Steuerpflichtige ein Grundstück
- im Oktober 1997 beauftragte der Steuerpflichtige einen Makler mit der Veräußerung dieses Grundstücks
- am 22. 4. 1999 veräußerte der Steuerpflichtige dieses Grundstück
- am 23. 2. 2000 unterwarf das Finanzamt diesen Veräußerungsvorgang des Steuerpflichtigen der ESt gem. § 23 I 1 Nr. 1 EStG in der Fassung des StEntlG und erließ einen ESt-Vorauszahlungsbescheid
- gegen diesen ESt-Vorauszahlungsbescheid legte der Steuerpflichtige Einspruch ein unter Aussetzung der Vollziehung
- am 16. 3. 2000 lehnte das Finanzamt die Aussetzung der Vollziehung per Bescheid ab
- das Finanzgericht Baden-Württemberg – Außen Senat Freiburg – trat der Argumentation der Ablehnung bei<sup>4</sup>, ließ aber Beschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zu
- der Steuerpflichtige legte gegen die Entscheidung des Finanzgerichtes Baden-Württemberg Beschwerde ein.

Gem. § 69 III FGO i.V.m. § 69 II S. 2 FGO konnte der BFH die Vollziehung des ESt-Vorauszahlungsbescheides aussetzen wegen ernstlicher Zweifel an dessen Rechtmäßigkeit. Lt. BFH liegen ernstliche Zweifel nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn gewichtige Umstände zu Tage treten, die zu Unsicherheiten oder Unklarheiten in der Beurteilung von Tatfragen führen<sup>5</sup>. Unstrittig ist, daß auch verfassungsrechtliche Bedenken als ernstliche Zweifel einzustufen sind<sup>6</sup>.

Im Streitfall ist die Aussetzung der Vollziehung in dem vom Steuerpflichtigen beantragten Umfang zu gewähren, da die Regelung der neuen Fassung des § 23 I 1 Nr. 1 S. 1 EStG schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Zweifeln begegnet; und zwar deshalb, da sich aus dem Rechtsstaatsprinzip

des Art. 20 III GG das grundsätzliche Verbot ergibt, rückwirkend belastende Steuergesetze zu erlassen<sup>7</sup>. Das Rechtsstaatsprinzip konstituiert als Rechtsinstitut die Verlässlichkeit der Rechtsordnung und es würde den Einzelnen in seiner Freiheit gefährden, dürfte die Exekutive im Nachhinein belastendere Rechtsfolgen knüpfen als zum Zeitpunkt des rechtserheblichen Verhaltens<sup>8</sup>. Nicht zu entscheiden brauchte der Senat, ob eine (unzulässige) „echte Rückwirkung“ oder ein verfassungsrechtlich zulässiger „Rückbezug“ („unechte Rückwirkung“) vorliegt, da im Rahmen dieses Verfahrens lediglich eine summarische Prüfung erfolgte.

Aber ganz so einfach wollte der BFH den Gesetzgeber nicht wegkommen lassen und schrieb ihm daher auch noch folgendes ins Buch, verbunden mit der Hoffnung des Autors, daß auch Politiker sich daran erinnern sollten, gesetzliche Regelungen einzuhalten, insbesondere Verfassungsgrundsätze nicht zu negieren:

- der neue § 23 EStG erfaßt Veräußerungsgeschäfte, die lang vor seinem Inkrafttreten „als erledigt“ galten, oder wie der BFH sagt, „... aus der Steuerverstrickung ausgeschieden waren ...“
- schutzwürdig ist vom Tage der Dispositionsentscheidung an das Vertrauen in das zu diesem Zeitpunkt geltende Recht (!!!!)<sup>9</sup>
- entscheidet sich der Steuerpflichtige wegen eines vom Gesetzgeber als Subvention angebotenen steuerlichen Vorteils für ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten, das er ohne diesen steuerlichen Anreiz so nicht gewählt hätte, und nimmt der Gesetzgeber diese Subvention zurück, kann darin eine Verletzung verfassungsmäßig geschützter Rechte liegen<sup>10</sup>. Ist dem Gesetzgeber aber bereits verwehrt, rückwirkende Subventionsnormen zu streichen, muß ihm erst recht verfassungsmäßig verwehrt sein, vergleichbares Vertrauen durch Ausweitung einer Eingriffsnorm zu enttäuschen.
- andererseits ist dem Gesetzgeber naturgemäß für die Zukunft nicht verwehrt, Rechtsänderungen durchzuführen, die jedoch nur künftige Fälle erfassen dürfen<sup>11</sup>.

Aus diesen Gründen hielt der BFH das Vertrauen des Steuerpflichtigen in die Geltung der Rechtsvorschriften zum Zeitpunkt der Anschaffung von verfassungswegen für schutzwürdig. Es wäre sehr zu hoffen, daß gerade aus dem vorliegenden Fall der Steuergesetzgeber die Lehre zieht, daß trotz leerer Kassen Verfassungsgrundsätze nicht angetastet werden dürfen. Und es wäre wünschenswert, wenn sich anhand dieses Falles die leidige und streitige verfassungsrechtliche Frage von Rückwirkung und Rückbezug endgültig im Sinne des Art. 20 III GG zugunsten des Steuerpflichtigen klären würde<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> Württ. Notariatsassessor in der Rechtsanwalts- und Notarkanzlei Dr. Gaupp & Coll. in Heilbronn.

<sup>2</sup> Deutsches Steuerrecht 2001, Seiten 481 ff.

<sup>3</sup> Deutsche Steuerzeitung 2001, Seiten 302 ff.

<sup>4</sup> Beschluß des Finanzgerichtes Baden-Württemberg – Außen Senat Freiburg – (2 V 13/00) vom 26. 6. 2000 – EFG 2000/1004 ff. –

<sup>5</sup> BFH-Beschluß vom 14. 9. 1994; BStBl. 95 II, Seite 778.

<sup>6</sup> BVerfG-Urteil vom 21. 2. 1961; BStBl. 61 I, Seite 63 BFH-Beschluß vom 9. 11. 1992; BFH-NV- 94, Seite 324.

<sup>7</sup> Hartmut Bauer – BVerfG und Rückwirkungsverbot – Tipke/Lang – Steuerrecht 16. Aufl. – Seiten 111 – 123 Kirchhoff – DStZ 1979 – Seiten 275 ff.

<sup>8</sup> BVerfG-Beschluß vom 14. 5. 1986 – BVerfGE 72, Seiten 200 und 257. BVerfG-Beschluß vom 3. 12. 1997 – BVerfGE 97, Seiten 67 und 78.

<sup>9</sup> vgl. hierzu: Der Steuerzahler, Jahrgang 2001, Seite 85.

<sup>10</sup> BVerfGE 1997, Seiten 67 ff.

<sup>11</sup> BVerfG vom 30. 9. 1987 – BVerfGE 76, Seite 256.

<sup>12</sup> BFH-Urteil vom 14. 5. 1992 – BStBl. 92 II, Seite 983.

<sup>13</sup> Und insoweit wäre den Parlamentariern die Lektüre der „Steuerrechtsordnung“ von Tipke nur zu empfehlen.

## Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren insbesondere die Beteiligung behinderter Personen

von Notar Dr. Zimmermann, Karlsruhe

### I. Einleitung

Das Beurkundungsgesetz schreibt in den Fällen, in denen bei einer Beurkundung einer der Beteiligten an einer Erkrankung leidet, die sich nachteilig auf seine Geschäftsfähigkeit oder auf die Fähigkeit seinen Willen frei von Rechtsirrtümern zu bilden und zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen auswirken könnte, die Einhaltung bestimmter Verfahren vor. Solche Regelungen finden sich insbesondere in § 11 Abs. 2 und im 4. und 5. Teil des zweiten Abschnitts des Beurkundungsgesetzes. Bei diesen besonderen Vorschriften handelt es sich um Ausprägungen der Grundsatzregelung in § 17 Abs. 2 a BeurkG. Daraus ergibt sich folgender Schluss: Auch dann, wenn die im einzelnen genannten Krankheitsbilder nicht voll ausgeprägt sind oder noch keinen dem § 11 Abs. 2 BeurkG entsprechenden Schweregrad erreicht haben, muss der Notar auf die körperliche und geistige Verfassung der Beteiligten im Zeitpunkt der Beurkundung Rücksicht nehmen, braucht hierüber allerdings in der Urkunde nichts zu vermerken.

Die Übergänge zwischen der allgemeinen Regelung in § 17 Abs. 2 a BeurkG, der Vorschrift des § 11 Abs. 2 BeurkG betreffend Schwerkranke und den Spezialnormen für bestimmte Behinderungen sind dabei fließend.

### II. Nicht spezifische schwere Krankheit eines Beteiligten

§ 11 Abs. 2 BeurkG verlangt allgemein bei einem schwer kranken Beteiligten einen entsprechenden Vermerk in der Urkunde. Daneben hat die Niederschrift die Feststellungen zu enthalten, die der Notar zur Geschäftsfähigkeit des Beteiligten getroffen hat. Die Schwere der Erkrankung lässt sich zwar nicht immer zweifelsfrei feststellen. Dem Zweck der Vorschrift wird jedoch der Notar am besten gerecht, wenn er in allen Fällen, in denen ein Beteiligter auf Grund seiner Krankheit nicht in der Lage ist, an der Amtsstelle zu erscheinen sondern ein Haustermin notwendig ist, einen entsprechenden Vermerk verbunden mit seinen Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit in die Urkunde aufnimmt. Darüber hinaus sollte – sofern ohne Probleme möglich – der Urkunde ein ärztliches Attest beigefügt werden.

**Formulierungsvorschlag 1:** (wenn keine Zweifel an der Geschäftsfähigkeit bestehen)

**Der Beteiligte ist schwer krank und infolge seiner Erkrankung nicht in der Lage an der Amtsstelle des Notars zu erscheinen. Er leidet nach seinen Angaben und nach der Diagnose des Arztes (Name des Arztes) an folgender Krankheit:**

**Aufgrund des Gesprächs, das ich, der Notar, mit dem Beteiligten aus Anlass der Beurkundung führte, gewann ich die Überzeugung, dass er insbesondere voll zeitlich, örtlich und situationsbezogen orientiert ist und eine genügende Vorstellung über die wirtschaftlichen und persönlichen Auswirkungen seiner nachstehenden Willenserklärungen hat. Zweifel an der erforderlichen**

**Geschäftsfähigkeit des Beteiligten habe ich daher nicht. Die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Beteiligten wird auch bescheinigt durch das dieser Urkunde beigefügte Attest des Arztes (Name des Arztes).**

**Formulierungsvorschlag 2:** (wenn Zweifel an der Geschäftsfähigkeit bestehen)

**Der Beteiligte ist schwer krank und infolge seiner Erkrankung nicht in der Lage an der Amtsstelle des Notars zu erscheinen. Er leidet nach seinen Angaben und nach der Diagnose des Arztes (Name des Arztes) an folgender Krankheit:**

**Trotz eines ausführlichen Gesprächs, das ich, der Notar, mit dem Beteiligten aus Anlass der Beurkundung insbesondere über die wirtschaftlichen und persönlichen Auswirkungen der nachstehenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen führte, gewann ich die Überzeugung, dass er insbesondere zeitlich, örtlich und situationsbezogen nicht orientiert ist und keine genügende Vorstellung über die wirtschaftlichen und persönlichen Auswirkungen seiner nachstehenden Erklärungen hat. Meine Überzeugung beruht auf folgenden Beobachtungen:**

(Wiedergabe der Fragen an den Betroffenen und die hierauf von ihm abgegebenen Erklärungen)

**Ich habe daher Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit des Beteiligten. Gleichwohl konnte ich nicht die Überzeugung gewinnen, dass dem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt. Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit des Beteiligten ergeben sich auch aus dem dieser Urkunde beigefügte Attest des Arztes (Name des Arztes).**

**Trotz der heute nicht behebbaren Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit des Beteiligten habe ich mich zur Beurkundung seiner Erklärungen entschlossen, da ich die Voraussetzungen für die Ablehnung der Beurkundung nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG nicht sicher feststellen konnte.**

Bei letztwilligen Verfügungen hat der Notar nach § 28 BeurkG seine Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit auch dann in der Urkunde zu vermerken, wenn er keine Zweifel hat.

### III. Besondere Behinderungen eines Beteiligten

Im vierten Teil des zweiten Abschnitts (§§ 22-26 BeurkG) enthält das Beurkundungsgesetz Regelungen, die bei der Beteiligung von Personen, die im Zeitpunkt der Beurkundung taub, blind, stumm oder schreibunfähig sind, eine bestimmte Verfahrensweise vorschreiben.

Diese Bestimmungen sind jedoch nicht abschließend:

Bei Verfügungen von Todes wegen finden sich im 5. Teil (§§ 31, 32 BeurkG) weitere besondere Verfahrensvorschriften, die durch die Regelungen in § 2233 Abs. 2 und Abs. 3 BGB ergänzt werden<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> vgl. hierzu jedoch die Entscheidung des BVerfG v. 19. 1. 1999 – 1 BvR 2161/94 – (BGBl. I S. 699)

**A.****Die allgemeine Regelung des § 22 BeurkG**

§ 22 Abs. 1 Satz 1 BeurkG bestimmt allgemein, dass immer dann, wenn ein Beteiligter an einem der bezeichneten Gebrechen leidet, das eine zweifelsfreie Willensäußerung oder das Verständnis einer Urkunde beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte, ein zweiter Notar oder ein Zeuge zugezogen werden soll. Unabhängig vom Vorliegen einer Erkrankung sind auf Verlangen eines Beteiligten zur Beurkundung einer letztwilligen Verfügung nach § 29 BeurkG bis zu zwei Zeugen oder ein zweiter Notar zuzuziehen und dies in der Urkunde zu vermerken.

Im Gegensatz zur früheren Regelung in § 169 FGG oder in § 2233 Abs. 1 BGB a.F. stellt die Vorschrift des § 22 BeurkG nicht mehr starr darauf ab, ob jemand tatsächlich vollkommen taub, blind oder stumm ist. Es genügt eine entsprechend starke Beeinträchtigung der genannten Fähigkeiten, ein Totalverlust ist nicht erforderlich.

Entsprechend dem Schutzzweck der Norm, die klare und unzweideutige Wiedergabe des Willens des Betroffenen in der Urkunde und seine Unterrichtung über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu gewährleisten<sup>2</sup> greift sie immer schon dann ein, wenn im konkreten Einzelfall ein Beteiligter gerade im Zeitpunkt der Beurkundung nicht in dem nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG für die Klärung des der Beurkundung zugrunde liegenden Sachverhalts und der Erforschung des Willens des Beteiligten sowie die Belehrung über die rechtliche Tragweite des Geschäfts erforderlichen Umfang zu sprechen, zu hören oder zu sehen vermag. Durch die Zuziehung eines Zeugen oder eines zweiten Notars sollen Missverständnisse, die aufgrund der Behinderung eines Beteiligten auftreten könnten, vermieden werden<sup>3</sup>. Falls ein zweiter Notar zugezogen wird, hat dieser lediglich die Funktion eines besonders qualifizierten Zeugen und nicht etwa die einer Beurkundungsperson.

Wenn einer oder mehrere Beteiligte an einer der genannten Behinderungen leiden, ist grundsätzlich ein Zeuge oder ein zweiter Notar hinzuzuziehen wobei auch bei mehreren Behinderten ein Zeuge oder zweiter Notar ausreicht. Es muss also nicht für jeden Behinderten ein eigener Zeuge oder zweiter Notar zugezogen werden<sup>4</sup>. Zugezogen im Sinne dieser Vorschrift ist ein Zeuge nur dann, wenn er sich bewusst ist oder wenigstens damit rechnet, dass er bei der Errichtung einer öffentlichen Urkunde mitzuwirken hat und wenn er mit Rücksicht hierauf dem Vorgang des Vorlesens und der Genehmigung der Niederschrift seine Aufmerksamkeit widmet und der Verhandlung im Bewusstsein seiner Verantwortung beiwohnt<sup>5</sup>.

Bei einer schlichten Unterschriftsbeglaubigung sind die Vorschriften des 2. Abschnitts des Beurkundungsgesetzes, insbesondere die §§ 22 – 26 BeurkG nicht anwendbar: Zweck der Unterschriftsbeglaubigung ist lediglich, die Echtheit der Unterschrift sicherzustellen, mithin die öffentliche Beurkundung der Tatsache, dass die vollzogene Unterschrift von einer bestimmten Person herrührt<sup>6</sup>. Insoweit gelten auch die Vorschriften über die Beurkundung der Erklärungen blinder, tauber, stummer und fremdsprachiger Personen nicht<sup>7</sup>. Danach kann z.B. ein Blinder vor einem Notar seine Unterschrift vollziehen, ohne dass über die Zuziehung eines Zeu-

gen oder eines zweiten Notars gemäß §§ 22, 25 BeurkG eine Entscheidung herbeigeführt werden muss. Gleichwohl darf der Notar die Behinderung des Beteiligten nicht vollständig außer Acht lassen. Er hat gleichwohl nach seinem pflichtgemäßen Ermessen Maßnahmen zu treffen, die Zweifel und Täuschungen des Beteiligten ausschließen. So hat er sich z.B. bei einem Blinden davon zu überzeugen, dass dieser weiß was er unterschreibt und dass ihm keine Verwechslung unterläuft<sup>8</sup>. In der Regel bleibt damit dem Notar nichts anderes übrig, als den Inhalt der zu unterschreibenden Erklärung mit dem Beteiligten zu erörtern, um sich zu vergewissern, dass dieser von dem Inhalt Kenntnis hat. Eine Belehrung entsprechend § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG über die rechtliche Tragweite der in Aussicht genommenen Erklärung dürfte demgegenüber nicht erforderlich und vom Zweck einer Unterschriftsbeglaubigung auch nicht gefordert sein.

Da in allen Fällen die genannten Gebrechen sich nicht nur körperlich sondern auch – wenn die Ursache in einer Schädigung bzw. Erkrankung des Gehirns liegt – auf die Geschäftsfähigkeit auswirken können, muss dabei stets auch die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG im Auge behalten werden: Mit einer Urkunde, die die vorgeschriebenen Vermerke nicht enthält, obwohl hierzu Veranlassung bestand, wird ein Rechtsschein in Bezug auf die volle Geschäftsfähigkeit der Beteiligten erzeugt<sup>9</sup>.

Bei der Frage, ob die genannten Behinderungen auf einer Beeinträchtigung der Hirnleistung beruhen, ist vor allen an demenzielle Prozesse zu denken. Zur Diagnose einer Demenz werden in den gebräuchlichen Klassifikationssystemen<sup>10</sup> sinngemäß folgende Kriterien gefordert:

- Störung des Kurz- und Langzeitgedächtnisses
- Mindestens eines der nachstehenden 4 Merkmale
  1. Störung des abstrakten Denkens
  2. Störung des Urteilsvermögens
  3. Störung weiterer zerebraler Funktionen (Aphasie<sup>11</sup>, Apraxie<sup>12</sup>, Agnosie<sup>13</sup>)
  4. Persönlichkeitsveränderungen
- Verlust der intellektuellen Leistung von ausreichender Schwere, um die sozialen Leistungen zu beeinträchtigen
- Das Syndrom darf nicht nur während des Verlaufs eines Delirs auftreten. Nichtorganische und psychische Störungen (z.B. Depression) müssen ausgeschlossen sein, oder es muss ein spezifisch organischer Faktor für die Demenz nachgewiesen werden.

Die Diagnose einer Demenzerkrankung kann zuverlässig nur von einem Facharzt für Neurologie und Psychiatrie nach einer komplizierten differenzialdiagnostischen Untersuchung, beinhaltend eine psychiatrisch/neurologische Untersuchung, eine internistische Untersuchung, eine psychometrische Untersuchung, eine psychosoziale Untersuchung sowie eine Fremdanamnese gestellt werden.

Beispielhaft werden nachstehend Teile einer psychiatrisch/neurologischen und einer psychometrischen Untersuchung dargestellt.

<sup>2</sup> vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG.

<sup>3</sup> Baumann, in Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, 2000, Rdnr. 1 zu § 22 BeurkG.

<sup>4</sup> Keidel/Winkler Beurkundungsgesetz, 14. Aufl. Rdnr. 18 zu § 22.

<sup>5</sup> BayObLGZ 1984, 141 = DNotZ 1985, S. 217.

<sup>6</sup> LG Darmstadt, MittBayNot 1998, S. 369; Keidel/Winkler, BeurkG 14. Aufl. 1999, Rdnr. 2 zu § 40 BeurkG.

<sup>7</sup> LG Darmstadt, MittBayNot 1998, S. 369; Keidel/Winkler, BeurkG 14. Aufl. 1999, Rdnr. 37 zu § 40 BeurkG.

<sup>8</sup> LG Darmstadt, MittBayNot 1998, S. 369; Keidel/Winkler, BeurkG 14. Aufl. 1999, Rdnr. 38 zu § 40 BeurkG.

<sup>9</sup> Limmer, in Eylmann/Vaasen, a.a.O. Anm. 5 zu § 11 BeurkG.

<sup>10</sup> International Classification of Diseases (WHO); Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (American Psychiatric Association); National Institute of Neurological and Communicative Disorders and Stroke (NINCDS) sowie Alzheimers Disease and Related Disorders Association (ADFDA).

<sup>11</sup> zentrale Sprachstörung; Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl. Stichwort „Aphasie“.

<sup>12</sup> Störung von Handlungen oder Bewegungsabläufen und Unfähigkeit, Gegenstände bei erhaltener Bewegungsfähigkeit und Wahrnehmung sinnvoll zu verwenden; Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl. Stichwort „Apraxie“.

<sup>13</sup> Störung des Erkennens, z.B. Geräusche oder Töne werden gehört, in ihrem Zusammenhang (z.B. als Melodie) jedoch nicht erkannt; Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl. Stichwort „Agnosie“.

## 1. psychiatrisch/neurologische Untersuchung<sup>14</sup>

Die Speicherung neuerer Informationen kann dadurch getestet werden, dass man den Betroffenen auffordert, bestimmte, erst kurz zuvor stattgefundene Ereignisse zu reproduzieren; das Erfragen biografischer Daten und familiärer Verhältnisse prüft die Fähigkeit, länger gespeicherte Daten zu reproduzieren. Die Problemerkörterung des individuellen Alltags, des sozialen und familiären Gefüges testet das Denkvermögen, wobei es hier gerade nicht um erlerntes Wissen geht, sondern um die Fähigkeit, soziale Probleme zu lösen. Durch kurze Fragen zur Einschätzung der gegenwärtigen eigenen Lebenssituation und zu aktuellen politischen Problemen kann die Urteilsfähigkeit des Betroffenen abgefragt werden.

## 2. psychometrische Testverfahren<sup>15</sup>

Die psychometrischen Testverfahren dienen zur exakten Erfassung kognitiver Defizite, Apraxien, Agnosien etc.<sup>16</sup> In der Demenzdiagnostik werden hierbei z.B. nachstehende Testaufgaben verwendet:

- Der Betroffene sollte nach dem aktuellen Jahr, der Jahreszeit, dem Datum, dem Wochentag und dem Monat gefragt werden, weil hier viele Demente Probleme haben. Gleiches gilt für die örtliche Orientierung: diese lässt sich überprüfen, indem man z.B. nach dem Staat und Bundesland, der Stadt, dem Stockwerk und der Einrichtung fragt.
- Zur Überprüfung der kurzfristigen Merkfähigkeit kann man den Betroffenen bitten, drei Wörter unmittelbar zu reproduzieren. Der SKT (Syndrom-Kurz-Test) verlangt bspw. die – nach vorheriger Benennung – unmittelbare Reproduktion von zwölf Gegenständen. Sowohl bei unmittelbarer als auch bei verzögerter Reproduktion zeigen Betroffene mit einer Demenz hier Auffälligkeiten.
- Bei der Überprüfung des Langzeitgedächtnisses werden z.B. geschichtliche Ereignisse abgefragt, die einem Menschen im Alter des Betroffenen bekannt sein dürften: die Datierung des zweiten Weltkrieges, der Name des ersten Bundeskanzlers. Der Betroffene sollte das Jahr seines Schulabschlusses angeben können und bspw. wissen, wo der Papst residiert.
- Die Fähigkeit zum abstrakten Denken kann man z.B. dadurch überprüfen, dass man den Betroffenen auffordert, die Bedeutung von Sprichwörtern zu erklären, z.B. „Der Apfel fällt nicht weit vom Stamm“. Das Urteilsvermögen zeigt sich etwa in der Fähigkeit, eine auf einem Bild dargestellte Gefahrensituation als solche zu erkennen und einzuordnen. Demenzkranke können häufig Gefahrensituationen nicht richtig einschätzen. Bei einer bildlich dargestellten Gefahrensituation ergehen sie sich oftmals lediglich in Beschreibungen der einzelnen Bildteile.

In einer Untersuchung werden darüber hinaus gewöhnlich auch andere Fähigkeiten überprüft, wie z.B. rechnerische (einfache Subtraktionsaufgaben), zeichnerische oder konstruktive (Abzeichnen einfacher geometrischer Figuren) oder Schreiben und Lesen.

Ein weiteres interessantes Testverfahren ist der sogenannte „Uhrtest“. Der Betroffene wird hier gebeten, eine Uhr zu zeichnen. Er soll Ziffern und Zeiger eintragen und die Uhr auf eine bestimmte Uhrzeit stellen. Wenn man bedenkt, dass die

Uhr ein Werkzeug ist, das uns unser Leben lang begleitet, sollte ein „gesunder“ Mensch in der Lage sein, die geforderte Leistung zu erbringen.

Es muss betont werden, dass es sich vorstehend nur um Beispiele handelt und dass allein aufgrund vorbeschriebener Tests eine sichere Diagnose auf eine vorliegende Demenz nicht möglich ist. Erst die Auswertung und Zusammenschau aller Ergebnisse der eingangs beschriebenen verschiedenen Untersuchungen vermag den **Facharzt** in die Lage zu versetzen, eine Diagnose zu stellen. Ein Notar kann sich nur bemühen, ein guter Zeuge zu sein und seine Beobachtungen gewissenhaft zu dokumentieren. Zuverlässige und zweifelsfreie Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen wird er ohne die Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe durch einen Facharzt für Neurologie und Psychiatrie in der Regel nicht treffen können. Gutachten oder Atteste von Ärzten anderer Fachrichtungen, insbesondere von Allgemeinmedizinern, z.B. des Hausarztes können zwar hilfreich sein, um dem Geisteszustand des Betroffenen näher zu kommen, zuverlässigen Aufschluss über die Geschäftsfähigkeit können diese in Zweifelsfällen aber nicht geben. Gleichwohl sind diese bei einer eventuellen späteren Begutachtung durch den psychiatrischen Sachverständigen häufig eine wichtige Erkenntnisquelle.

## B.

### Beeinträchtigung des Gehörs (Taubheit) bei gleichzeitig erhaltener Schreibfähigkeit

Ein Beteiligter kann immer dann nicht ausreichend hören, wenn eine mündliche Verständigung mit ihm nicht sicher möglich ist. Neben dem vollständigen Fehlen des Gehörs (angeborene oder erworbene Taubheit) gehört hierzu die hochgradige Schwerhörigkeit.

Die häufigste Form dürfte hierbei die Altersschwerhörigkeit sein: Es handelt sich um eine meist beidseitige Beeinträchtigung des Hörvermögens zunächst für hohe, im weiteren Verlauf auch für mittlere Frequenzen, die sich häufig zwischen dem 50. und 60. Lebensjahr manifestiert. Beeinträchtigt ist dabei vor allem das Hörvermögen für Sprache, wenn gleichzeitig Nebengeräusche auftreten<sup>17</sup>.

Verwendet der Beteiligte zur Verbesserung seines Hörvermögens ein Hörgerät, kommt es darauf an, ob dadurch eine zweifelsfreie mündliche Verständigung mit ihm möglich gemacht werden kann, insbesondere, ob das Hörgerät richtig angepasst wurde, insbesondere die Unbehaglichkeitsschwelle für Sprache als obere Grenze der Verstärkung richtig eingestellt ist und das Gerät technisch in einwandfreiem funktionsfähigem Zustand ist. Gelegentlich hat ein Betroffener das Hörgerät nicht eingeschaltet oder die Batterie ist nahezu erschöpft.

Die Behinderung kann festgestellt werden entweder aufgrund der Angaben des Beteiligten selbst oder aufgrund eigener Wahrnehmung des Notars. Die einfachste Methode ist dabei sicherlich ein in Umgangslautstärke geführtes Beratungsgespräch und Beobachtung der Reaktionen des Betroffenen.

Wenn der Betroffene nicht hinreichend hören kann, gestaltet sich das Beurkundungsverfahren schwerfällig: Nach § 23 Satz 1 BeurkG muss in diesem Fall dem Beteiligten die Niederschrift anstelle des Vorlesens zur Durchsicht vorgelegt und dies in der Niederschrift vermerkt werden.

<sup>14</sup> Nehen in: Impulse, Informationen des Bundesverbandes für Gedächtnistraining e.V., 06/2000, Seite 19 ff.

<sup>15</sup> Brandenburg in: Impulse, Informationen des Bundesverbandes für Gedächtnistraining e.V., 06/2000, Seite 37 f.

<sup>16</sup> s.o. Fn 5 u. 6.

<sup>17</sup> Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl. Stichwort „Altersschwerhörigkeit“.

Besondere Bedeutung kommt hier jedoch der Regelung des § 17 Abs. 2 a BeurkG zu. Da der Beteiligte mündlich gestellte Fragen und Belehrungen des Notars nicht verstehen kann, bleibt nur der Weg, dass der Notar auch seine Fragen schriftlich formuliert und dem Beteiligten vorlegt. Die Belehrungen nach § 17 Abs. 1 BeurkG müssen in diesen Fällen vollständig ausformuliert in die Urkunde aufgenommen werden, um ihre Funktion erfüllen zu können.

#### Formulierungsvorschlag:

**Der Beteiligte kann nach seinen Angaben und nach meiner – des Notars – Überzeugung nicht hinreichend hören. Eine schriftliche Verständigung mit ihm ist jedoch sowohl nach seinen Angaben als auch nach meiner Überzeugung möglich. Ich habe den Beteiligten zunächst schriftlich darauf hingewiesen, dass gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zu der Beurkundung grundsätzlich ein Zeuge oder ein zweiter Notar zuzuziehen ist, sofern er – der Beteiligte – hierauf nicht ausdrücklich verzichtet. Der Erschienene erklärte daraufhin schriftlich, dass er auf die Zuziehung eines Zeugen oder zweiten Notars verzichte.**

**Aufgrund von schriftlichen Hinweisen und Fragen, die ich dem Beteiligten vorgelegt habe konnte ich die Überzeugung gewinnen, dass er insbesondere voll zeitlich, örtlich und situationsbezogen orientiert ist und eine genügende Vorstellung über die wirtschaftlichen und persönlichen Auswirkungen seiner nachstehenden Willenserklärungen hat. Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit des Beteiligten habe ich daher nicht. Die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Beteiligten wird auch bescheinigt durch das dieser Urkunde beigefügte Attest des Arztes (Name des Arztes).**

**Die nachstehende Niederschrift habe ich dem Beteiligten gemäß § 23 Satz 1 BeurkG anstelle des Vorlesens zur Durchsicht vorgelegt.**

#### C. Beeinträchtigung des Sprechvermögens (Stummheit) bei gleichzeitig erhaltener Schreibfähigkeit

Es gibt eine Reihe von Erkrankungen, die zu Störungen der Artikulationsfähigkeit eines Menschen führen können. Teils handelt es sich dabei um angeborene, teils um später erworbene Störungen. Soweit hierbei zerebrale Schädigungen die Ursache sind, wird häufig gleichzeitig die Frage der Geschäftsfähigkeit des Beteiligten zu prüfen sein.

Zu unterscheiden ist zwischen Sprech-, Sprach-, und Stimmstörung:

- Unter einer **Sprechstörung** versteht man eine Störung des Sprechens, die zu einer Beeinträchtigung der verbalen Verständigung führen kann; z.B. als Artikulationsstörung, Poltern, Silbenstolpern, Stottern, zentrale Sprechstörung infolge von Störungen der an der Sprechmotorik beteiligten nervalen Strukturen, die sich durch Störungen der Artikulation, vermehrte Sprechanstrengung sowie Veränderungen der Lautstärke und Sprechgeschwindigkeit äußert<sup>18</sup>, ggf. in Kombination mit einer Sprachstörung<sup>19</sup>.
- Der Begriff der **Sprachstörung** bezeichnet hingegen z.B. Störungen bei verzögerter Sprachentwicklung oder eine zentrale, durch eine zerebrale Schädigung verursachte Störung, etwa nach frühkindlichem Hirnschaden, bei

Schädigung der Sprachregion (Aphasie) z.B. bei zerebrovaskulärer Insuffizienz, Apoplexie, Schädelhirntrauma, Hirntumoren, Hirnatrophie, Enzephalopathie und bei Taubstummheit z.B. infolge angeborener oder in der frühen Kindheit erworbener beidseitiger Taubheit.

Die Sprachstörung ist darüber hinaus eine der häufigsten Symptome des demenziellen Prozesses. In den unterschiedlichsten Formen und Ausprägungen gehört sie neben der Aggression zu den demenziellen Sekundärsymptomen. Die Ursachen für die Sprachstörung bei einer Demenz sind sehr vielschichtig. Am häufigsten genannt wird die „Sinnesreduktion“. Diese geht davon aus, dass Voraussetzung der sprachlichen Informationsverarbeitung ein intaktes Gedächtnis ist. Sprachliche Prozesse bestehen aus dem Zusammenspiel vieler verschiedener Fähigkeiten. Sprache braucht das Zusammenspiel mit den Systemen akustischer, visueller und taktiler Wahrnehmung. Ein intaktes Gedächtnis und Aufmerksamkeit sowie Konzentrationsfähigkeit sind für die sprachliche Informationsverarbeitung unerlässlich. Bei einer Demenz vermindert sich nicht nur die Anzahl der im Hirn abgespeicherten Begriffe, sondern auch der Inhalt dieser Begriffe ist vermindert. Zusätzlich zur Sprache verändert sich auch das Verhalten des Betroffenen. Das Orientierungsvermögen, seine Urteilsfähigkeit und sein Gedächtnis sind gestört, was zusätzlich Auswirkungen auf die Sprache des Betroffenen hat.

Der sprachliche Abbau im Zuge einer Demenz verläuft im Wesentlichen in drei Stufen<sup>20</sup>:

#### Stufe 1

Auffällig sind bereits in frühen Stadien auftretende Schwierigkeiten, eine Kette von zusammenhängenden Ideen und Vorstellungen im Gespräch zu entwickeln oder ihnen zu folgen. Die Betroffenen verlieren gewissermaßen den „roten Faden“. Sie verlieren die Fähigkeit, eine These argumentativ zu entfalten, sind unfähig ein ganzheitliches Textverständnis zu entwickeln, oder vergessen das Thema bzw. wechseln es abrupt. Charakteristisch für diese Stufe sind besonders Benennungsschwierigkeiten, meist nicht alltäglicher Begriffe, Einschränkungen im Vokabular sowie Schwierigkeiten beim Verstehen indirekter Inhalte.

#### Stufe 2

In dieser Phase verfügt der Betroffene meist nur noch über ein Grundlagenvokabular. Er gebraucht immer häufiger Füllwörter. Der Satzbau wird sinnentzerrnd umgestellt, Worte werden häufig wiederholt.

#### Stufe 3

Bei schweren Formen einer Demenz kommt es zusätzlich zu Wiederholungen von Silben, Wörtern, Satzteilen und ganzen Sätzen. Besonders auffällig ist hierbei die Wiederholung bereits gestellter Fragen bzw. schon gegebener Antworten. Die Sprachinhalte werden immer bedeutungsloser. Das Sprachverständnis ist hochgradig beeinträchtigt.

- Unter einer **Stimmstörung** versteht man eine Störung der Stimmbildung einhergehend mit einer Veränderung des Stimmklangs und Einschränkung der Stimmleistung bis hin zur Stimmlosigkeit infolge von Entzündungen, Tumo-

<sup>18</sup> Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl. Stichwort „Dysarthrie“.  
<sup>19</sup> Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl. Stichwort „Sprechstörung“.

<sup>20</sup> Fahnenstich, Demenz und Sprache in: Impulse, Informationen des Bundesverbandes für Gedächtnistraining e.V., 06/2000, Seite 33.

ren oder Stimmlippenlähmungen. Daneben kann eine Stimmstörung auch als Reaktion auf psychische Belastungen, Streß oder Schreckerlebnisse auftreten.

Nach der Definition von Keidel/Winkler<sup>21</sup> betrifft die Regelung in § 22 Abs. 1 Satz 1 BeurkG in erster Linie den Fall der sogenannten Stimmstörung: Nicht hinreichend sprechen im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 BeurkG kann ein Beteiligter dann, wenn er im Zeitpunkt der Beurkundung – ggfs. auch nur vorübergehend – nicht in der Lage ist, Sprachlaute hervorzubringen, aufgrund derer eine mündliche Verständigung mit ihm möglich ist. Der Beteiligte braucht jedoch seine Erklärungen nicht in ausführlicher oder zusammenhängender Rede abgeben. Sein Wille kann auch im Wege der Rede und Gegenrede, Frage und Antwort zwischen ihm und dem Notar zum Ausdruck kommen. Sowohl bei Verfügungen von Todes wegen als auch bei sonstigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen genügt es, wenn dem Betroffenen ein Entwurf, den der Notar aufgrund von Angaben Dritter gefertigt hat, vorgelesen wird und der Beteiligte durch ein klares und verständlich gesprochenes „Ja“ zum Ausdruck bringt, dass der verlesene Urkundentext seinen Willen zutreffend wiedergibt<sup>22</sup>. Es ist allerdings fraglich, ob in einem derartigen Fall die Urkunde im Zusammenhang vorgelesen werden soll und der Beteiligte dann erst am Schluss seine Zustimmung erklärt oder ob die Urkunde abschnittsweise verlesen werden soll und der Beteiligte nach jedem Abschnitt nach seinem Einverständnis zu fragen ist. Jedenfalls bei umfangreicheren Urkunden empfiehlt es sich, um Missverständnisse und spätere Streitigkeiten darüber zu vermeiden, ob der Beteiligte das ihm Vorgelesene wirklich verstanden hat, die Urkunde abschnittsweise zu verlesen und sich zu vergewissern, dass das Niedergeschriebene auch wirklich dem Willen des Beteiligten entspricht<sup>23</sup>. Diese Vorgehensweise sollte der Notar im eigenen Interesse insbesondere im Hinblick auf die Vorschrift des § 17 Abs. 2 a BeurkG in der Niederschrift genau festhalten.

In der Rechtsprechung<sup>24</sup> wird die Auffassung vertreten, eine letztwillige Verfügung könne in öffentlicher Urkunde durch bloßes „Ja-Sagen“ zu einem Testamentsentwurf nicht wirksam errichtet werden, wenn der Testierer taub ist und ihm daher die Niederschrift nach § 23 BeurkG zur Durchsicht vorgelegt werden muss: In solchen Grenzfällen könne die Durchsicht nicht gleichwertig mit dem Verlesen erachtet werden.

Selbst wenn mit einem Betroffenen eine mündliche Verständigung nicht möglich ist, bedeutet dies noch nicht das Ende des Beurkundungsverfahrens. Sofern er sich schriftlich verständigen kann, sollte dies in der Urkunde vermerkt werden. Für das Beurkundungsverfahren gelten dann über § 22 BeurkG hinaus keine Besonderheiten. Jedoch gebietet § 17 Abs. 2 a BeurkG besondere Sorgfalt auf die Ermittlung des schriftlich erklärten Willens des Beteiligten aufzuwenden, insbesondere durch entsprechende Fragen sich Gewissheit zu verschaffen, dass die schriftlichen Erklärungen des Betroffenen seinen wahren Willen wiedergeben und keine Irrtümer vorliegen.

Bei letztwilligen Verfügungen sind zusätzlich die Regelungen in §§ 30, 31 BeurkG iVm §§ 2233 Abs. 3, 2276 BGB zu beachten: Der Erblasser muss die Erklärung, dass die übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte vor dem Notar eigenhändig entweder direkt in die notarielle Niederschrift

oder auf ein besonderes, der Niederschrift beizufügendes besonderes Blatt schreiben, § 31 Satz 1 BeurkG. In der notariellen Urkunde soll dies ausdrücklich festgestellt werden, § 31 Satz 2 BeurkG. Zusätzlich ist in der notariellen Urkunde zu vermerken, ob die Schrift offen oder verschlossen war und vom Erblasser dem Notar übergeben wurde. Enthält die Urkunde nicht die Feststellung, dass die Schrift übergeben wurde, ist die Beurkundung nichtig<sup>25</sup>. Falls die Schrift offen übergeben wird, hat der Notar von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen und den Erblasser entsprechend § 17 BeurkG zu belehren.

#### D.

#### Taubheit, Stummheit bei gleichzeitig fehlender Schreibfähigkeit

Selbst dann, wenn ein Beteiligter sich mit dem Notar weder mündlich verständigen noch schreiben kann, ist er nicht von einer Beurkundung ausgeschlossen. Vielmehr muss in diesem Fall – wenn die Niederschrift die Feststellung der Schreibunfähigkeit enthält – zwingend neben einem Zeugen oder zweiten Notar nach § 22 BeurkG zusätzlich eine Vertrauensperson, die sich mit dem Betroffenen auf andere Weise verständigen kann, zugezogen werden, § 24 Abs. 1 Satz 2 BeurkG<sup>26</sup>.

Als Vertrauenspersonen kommen insbesondere nahe Angehörige in Betracht, sofern diese nicht aufgrund der zu beurkundenden Willenserklärung des Betroffenen einen rechtlichen Vorteil erlangen sollen, § 24 Abs. 2 BeurkG.

Bei letztwilligen Verfügungen sind alle Personen, die in der Verfügung von Todes wegen bedacht oder zum Testamentsvollstrecker ernannt werden als Vertrauenspersonen ausgeschlossen.

Die Begünstigung von Angehörigen der Vertrauensperson soll kein Ausschlussgrund sein<sup>27</sup>. Hierbei ist im Rahmen des § 17 Abs. 2 a BeurkG jedoch durch entsprechende Befragung des Betroffenen aufzuklären, ob diejenige Person, die sich als Vertrauensperson des Betroffenen ausgibt auch wirklich dessen Vertrauen genießt. Die Klärung dieser Frage dürfte auch in Abwesenheit der angeblichen Vertrauensperson möglich sein, da dies nicht zur Beurkundung im engeren Sinn gehört. Hierfür spricht auch, dass sich der Betroffene sonst möglicherweise nicht frei fühlt in seinen Äußerungen.

Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. 1. 1999<sup>28</sup> sind schreib- und sprechunfähige Personen nicht mehr von der Errichtung letztwilliger Verfügungen ausgeschlossen. Die §§ 2232 und 2233 BGB sind auf diesen Personenkreis wegen Verstoßes gegen die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Benachteiligungsverbot für Behinderte in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht mehr anwendbar soweit der genannte Personenkreis trotz vorhandener Geschäftsfähigkeit von jeder Testierung ausgeschlossen wäre. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, dass schreib- und sprechunfähige Personen bis zu einer gesetzlichen Neuregelung künftig mit notarieller Hilfe letztwillige Verfügungen in der Weise errichten können, wie es bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen unter Lebenden nach den Vorschriften des Zweiten Abschnitts des Beurkundungsgesetzes, insbesondere in den §§ 22 bis 26, 27 bis 29, 34, 35 BeurkG geregelt ist.

21 Keidel/Winkler a.a.O. Rdnr. 6 zu § 22 BeurkG.

22 Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1. Aufl., Rdnr. 808.

23 Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1. Aufl., Rdnr. 808.

24 OLG Hamm, FamRZ 1989, 437.

25 Keidel/Winkler, a.a.O. Rdnr. 12 zu § 30 BeurkG.

26 Baumann, in Eylmann/Vaasen, Rdnr. 3 zu § 24 BeurkG.

27 Keidel/Winkler, a.a.O. Rdnr. 11 zu § 24 BeurkG.

28 BVerG MittBayNot 1999, S. 185.

Wenn der Beteiligte jedoch nur sprech- nicht aber zugleich schreibunfähig ist, bleibt es bei der Regel des § 2233 Abs. 3 BGB: Der Erblasser kann in diesem Fall eine letztwillige Verfügung **nur** durch Übergabe einer Schrift wirksam errichten<sup>29</sup>. Die vorgenannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts betrifft ausdrücklich nur den Fall der **Doppelbehinderung** des Erblassers, der sowohl sprech- als auch schreibunfähig war und dem deshalb nach den gesetzlichen Vorschriften des BGB die Möglichkeit zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung verwehrt war.

Sofern der Beteiligte wenigstens noch hinreichend hören kann, ist durch entsprechende mündliche Befragung des Notars möglich, den Willen den Beteiligten zu erforschen und ihn gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG zu belehren. Hierbei steht der Notar häufig vor der Situation, dass die Vertrauensperson den von ihr angeblich vor dem Beurkundungstermin von ihr irgendwie wahrgenommenen Willen des Beteiligten vorträgt und der Notar nun ermitteln muss, ob dies zutrifft. Dabei dürfte auch die Frage an die Vertrauensperson gestellt werden, in welcher Form der Betroffene seinen Willen kundgetan hat, insbesondere von wem die Initiative hierzu ausging. Eine genaue Beobachtung der emotionalen Reaktionen des Betroffenen auf die Erörterungen dieser Fragen wird häufig Hinweise erbringen, ob die Willensentschließung des Betroffenen aus freien Stücken erfolgte.

Wenn der Betroffene darüber hinaus nicht hinreichend hören kann, gestaltet sich das Beurkundungsverfahren wesentlich schwerfälliger: Nach § 23 Satz 1 BeurkG muss in diesem Fall dem Beteiligten die Niederschrift anstelle des Vorlesens zur Durchsicht vorgelegt und dies in der Niederschrift vermerkt werden.

Besondere Bedeutung kommt hier der Regelung des § 17 Abs. 2 a BeurkG zu. Da der Beteiligte mündlich gestellte Fragen und Belehrungen des Notars nicht verstehen kann, bleibt nur der Weg, dass der Notar seine Fragen schriftlich formuliert und dem Beteiligten vorlegt. Die Belehrungen nach § 17 Abs. 1 BeurkG müssen in diesen Fällen vollständig ausformuliert in die Urkunde aufgenommen werden, um ihre Funktion erfüllen zu können.

Vor nahezu unlösbaren Problemen steht der Notar, wenn er in diesen Fällen Feststellungen zur erforderlichen Geschäftsfähigkeit zu treffen hat. Das sonst mögliche eingehende Gespräch mit dem Betroffenen steht ihm hier nicht zur Verfügung. Der m.E. sicherste Weg ist in diesen Fällen die Beiziehung eines psychiatrischen Sachverständigen zur Beurkundung. Dessen Erklärungen zur Geschäftsfähigkeit können dann z.B. in einem gesonderten schriftlichen Gutachten der Urkunde beigelegt werden.

Wenn ein Beteiligter etwa infolge einer körperlichen Behinderung oder Erkrankung oder weil er Analphabet ist, im Zeitpunkt der Beurkundung seinen Namen nicht schreiben kann, muss zwingend bei dem Vorlesen der Urkunde und der Genehmigung durch den Beteiligten ein zweiter Notar oder ein Zeuge zugezogen werden, § 25 Satz 1 BeurkG. Schreibunfähigkeit i.S.d. § 25 Satz 1 BeurkG liegt schon dann vor, wenn ein Beteiligter seinen Namen nicht mehr voll schreiben kann, sondern lediglich mit einem Handzeichen unterschreibt.

Ein Verstoß gegen diese Vorschrift führt zur Unwirksamkeit der Urkunde. Allerdings braucht der Schreibzeuge oder zweite Notar nicht der ganzen Verhandlung beizuwohnen. Es genügt, dass er nur bei der Verlesung und Genehmigung der

Urkunde durch die Beteiligten anwesend ist<sup>30</sup>. Sofern der zweite Notar oder der Zeuge schon nach § 22 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zugezogen wurde, kann er gleichzeitig als Schreibzeuge gemäß § 25 Satz 1 BeurkG fungieren.

Die Tatsache, dass ein Beteiligter nach seinen Angaben oder nach Überzeugung des Notars seinen Namen nicht schreiben kann ist ebenso in der Niederschrift zu vermerken wie die Zuziehung des zu bezeichnenden Schreibzeugen oder zweiten Notars beim Verlesen und Genehmigen der Urkunde. Darüber hinaus ist eine Urkunde, die eine derartige Feststellung enthält, nur dann wirksam errichtet, wenn sie von dem zugezogenen Zeugen oder zweiten Notar unterschrieben wurde<sup>31</sup>.

Als Zeuge oder zweiter Notar dürfen Personen, für die ein Mitwirkungsverbot nach § 26 BeurkG besteht, nicht zugezogen werden. Der Notar hat dies vor der Beurkundung zu klären. Als Zeuge oder zweiter Notar ist nach § 26 Abs. 1 Nrn. 1-4 BeurkG ausgeschlossen,

- wer selbst formell (§ 6 Abs. 2 BeurkG) Beteiligter ist oder durch einen Beteiligten vertreten wird,
- wer aus dem zu beurkundenden Rechtsgeschäft einen rechtlichen Vorteil erlangt (§§ 7, 24 Abs. 2 BeurkG) bzw. bei einer letztwilligen Verfügung zum Kreis der Bedachten gehört oder zum Testamentvollstrecker bestimmt werden soll (§ 27 BeurkG),
- wer mit dem beurkundenden Notar verheiratet oder in gerader Linie verwandt ist oder war (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 u. 3).

Als Zeugen sind darüber hinaus nach § 26 Abs. 2 Nr. 1-6 BeurkG ausgeschlossen,

- Minderjährige,
- Geisteskranke oder Geistesschwache,
- Stumme, Blinde, Taube, Schreibunfähige,
- der deutschen Sprache nicht kundige, es sei denn, die Urkunde wird in einer ausländischen Sprache, die der Zeuge spricht errichtet,
- Bedienstete des beurkundenden Notars.

Die Notariatsangestellten, die in einem Dienstverhältnis zum Notar stehen, sind damit als Zeugen ausgeschlossen, ebenso seine häuslichen und sonstigen Angestellten. Der Grund hierfür ist die Abhängigkeit der genannten Bediensteten vom Notar, was mit der eigenständigen Funktion des Zeugen, der ja auch den Beurkundungsvorgang durch seine Gegenwart kontrollieren soll, nicht vereinbar wäre. Fraglich ist, ob dieses Verbot auch für die Kanzleiangestellten des staatlichen Notariats gilt. Formal stehen diese nicht in einem wie auch immer gearteten ständigen Dienstverhältnis zum Notar. Gleichwohl ist zu überlegen, ob nicht wegen der dienstlichen Weisungsbefugnis, vor allem wenn der Notar gleichzeitig Dienstvorstand des Notariats ist, auf die Hinzuziehung der Kanzleiangestellten verzichtet werden sollte<sup>32</sup>.

#### Formulierungsvorschlag:

**Der Beteiligte kann nach seinen Angaben und nach meiner – des Notars – Überzeugung weder hinreichend hören noch sprechen. Darüber hinaus ist eine schriftliche Verständigung mit ihm nach meiner Überzeugung nicht möglich. Zu der Beurkundung habe ich daher als Vertrauensperson des Beteiligten auf seinen durch Zeichen und Gebärden geäußerten Wunsch zugezogen: (Name, Vorname, Geburtstag, Wohnort der Vertrauensperson).**

30 Keidel/Winkler, a.a.O. Rdnr. 11 zu § 25 BeurkG.

31 Keidel/Winkler a.a.O. Rdnr. 13 zu § 25 BeurkG.

32 Baumann, in Eylmann/Vaasen, a.a.O. Rdnr. 5 zu § 26 BeurkG.

**Wirksamkeitshindernisse gemäß § 24 Abs. 2 BeurkG liegen nicht vor.**

**Ich habe den Beteiligten zunächst durch Vermittlung der Vertrauensperson darauf hingewiesen, dass gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zu der Beurkundung grundsätzlich ein Zeuge oder ein zweiter Notar zuzuziehen ist, sofern er – der Beteiligte – hierauf nicht ausdrücklich verzichtet. Der Erschienene ließ daraufhin durch seine Vertrauensperson erklären, dass er auf die Zuziehung eines zweiten Notars nicht jedoch auf die Zuziehung eines Zeugen verzichte. Als Zeuge habe ich daher zugezogen: (vollständige Angaben gem. § 10 Abs. 1 BeurkG). Der Zeuge wurde gleichzeitig als Schreibzeuge gemäß § 25 Satz 1 BeurkG zugezogen. Ausschließungsgründe nach § 26 BeurkG liegen in der Person des Zeugen nicht vor.**

**Aufgrund von Hinweisen und Fragen, die ich dem Beteiligten durch Vermittlung der Vertrauensperson vorgelegt habe konnte ich die Überzeugung gewinnen, dass er insbesondere voll zeitlich, örtlich und situationsbezogen orientiert ist und eine genügenden Vorstellung über die wirtschaftlichen und persönlichen Auswirkungen seiner nachstehenden Willenserklärungen hat. Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit des Beteiligten habe ich daher nicht. Die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Beteiligten wird auch bescheinigt durch das dieser Urkunde beigefügte Attest des Arztes (Name des Arztes).**

**Die nachstehende Niederschrift habe ich dem Beteiligten gemäß § 23 Satz 1 BeurkG anstelle des Vorlesens zur Durchsicht vorgelegt.**

#### E.

##### **Beeinträchtigung des Sehvermögens, Blindheit**

Blindheit im engeren Sinne ist das angeborene oder erworbene völlige Fehlen des Sehvermögens. Im weiteren Sinne liegt aber Blindheit auch bei starker Sehschwäche oder einer hochgradigen Gesichtsfeldeinschränkung, durch die sich Personen in unvertrauter Umgebung nicht zurecht finden, vor<sup>33</sup>.

Häufige Ursachen einer erworbenen Blindheit sind bestimmte Augenerkrankungen wie z.B. ein Glaukom<sup>34</sup>, eine Schädigung der Netzhaut infolge Diabetes mellitus<sup>35</sup> oder retinale Gefäßerkrankungen.

Daneben gibt es noch die sog. funktionelle Blindheit, die dadurch gekennzeichnet ist, dass ein objektivierbarer pathologischer Befund an Auge oder Sehbahn nicht festgestellt werden kann. Sie tritt z.B. auf bei Schock, commotio cerebri oder Hysterie.

Es kommt danach entscheidend darauf an, ob der Beteiligte im Zeitpunkt der Beurkundung in der Lage ist, ihm vorgelegte Schriftstücke – sofern er des Lesens kundig ist – zu lesen sowie Zeichnungen oder Bilder als solche zu erkennen.

Sofern der Blinde sprechen und hören kann, ist für die Beurkundung neben der allgemeinen Regelung des § 22 BeurkG

die Vorschrift des § 25 Satz 1 BeurkG zu beachten, da Blinde i.d.R. kaum in der Lage sind, ihren Namen so zu schreiben, dass der Schriftzug Unterschriftenqualität hat, also sich erkennbar aus Buchstaben zusammensetzt. Allerdings bedeutet die Erklärung, blind zu sein nicht automatisch auch die Angabe, seinen Namen nicht schreiben zu können<sup>36</sup>. Blinde, die ihren Namen schreiben können, müssen zur Wirksamkeit der Urkunde diese unterschreiben, obwohl sie das, was sie unterschreiben nicht sehen können und ihre Unterschrift daher nicht die Bedeutung einer gleichzeitigen Genehmigung der in der unterzeichneten Niederschrift enthaltenen Erklärungen haben kann<sup>37</sup>.

#### IV.

### **Schlussbetrachtung**

Die Neuregelungen im Beurkundungsrecht, insbesondere die neu eingeführte Vorschrift des § 17 Abs. 2 a BeurkG geben Anlass, beim Beurkundungsvorgang auf Krankheiten und Behinderungen eines Beteiligten in besonderem Maße Bedacht zu nehmen. Die Vorschriften über das Beurkundungsverfahren bei der Beteiligung von Behinderten und Schwerkranken dienen nicht nur dem Schutz des Rechtsverkehrs, sondern vor allem auch dem Schutz des betreffenden Beteiligten selbst. Der Notar hat in diesen Fällen besondere Anstrengungen zu unternehmen, um eine korrekte Erforschung des Willens sowie eine ausreichende Belehrung des Beteiligten über die rechtliche Tragweite seiner Erklärungen zu gewährleisten. In den Fällen, in denen Zweifel bleiben, ob dies angesichts des Gesundheitszustandes des Beteiligten gelungen ist, darf eine notarielle Urkunde keinen falschen Rechtsschein erzeugen: Sie muss zum Schutz des Rechtsverkehrs zuverlässig Auskunft über die bei der Beurkundung nicht behebbaren Zweifel geben. Der Notar wird mangels ausreichender medizinischer, insbesondere psychiatrischer Kenntnisse sich häufig kein abschließendes Urteil erlauben können, vor allem in Grenzfällen. Wir können uns aber bemühen, gute und qualifizierte Zeugen zu sein. Dazu sollen die vorstehenden Ausführungen ermutigen. Es sollte dadurch aber niemand dazu angehalten werden, eine notarielle Beurkundung in eine „psychiatrische Untersuchung“ umzufunktionieren und aus der Verhandlung mit den Beteiligten eine Exploration eines Beteiligten zu machen. Die dargestellten psychiatrischen und psychologischen Untersuchungsverfahren sollen nur Hintergrundwissen vermitteln, damit wir als Notare die uns vom Gesetz zugedachte Aufgabe eines besonders qualifizierten Zeugen vielleicht etwas besser erfüllen können und uns nicht nur auf unser „Gespür“ verlassen müssen. Keinesfalls lassen sich aus den dargestellten Tests allein zuverlässige Rückschlüsse auf den Grad und die Auswirkungen einer hirnorganischen Erkrankung ziehen. Hierzu sind vielmehr komplizierte und umfangreiche fachmedizinische Untersuchungen notwendig. Unsere Beobachtungen sind aber für den Facharzt bzw. Gutachter eine umso größere Hilfe, je detailgenauer die Feststellungen in den Urkunden sind.

33 Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl. Stichwort „Blindheit“.  
34 sog. Grüner Star.  
35 sog. Zuckerkrankheit.

36 Keidel/Winkler, a.a.O. Rdnr. 9 zu § 25 BeurkG.

37 Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1. Aufl., Rdnr. 815.

## Zahlungsansprüche im Betreuungsverfahren

Harry Thalheimer, Württ. Notariatsassessor, Schwäbisch Hall

Das Vormundschaftsgericht hat in Betreuungsverfahren

- a) die Entschädigung des herangezogenen Sachverständigen,
- b) die Vergütung des Verfahrenspflegers und
- c) die Vergütung des Betreuers sowie – soweit aus der Staatskasse zu bewilligen bzw. falls dem Betreuer die Vermögenssorge nicht übertragen ist – Aufwendungersatz oder Aufwandsentschädigung festzusetzen.

Der nachstehende Beitrag soll einen Überblick über die Rechtsgrundlagen der Zahlungsansprüche dieser Beteiligten, insbesondere aber über das einzuhaltende Verfahren sowie der gegen die Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts möglichen Rechtsmittel geben. Da sich dieser „Überblick“ auf wesentliche Grundsätzlichkeiten beschränkt, stellt er keine abschließende Behandlung dieser eher komplexen rechtlichen Materie dar. So werden beispielsweise nicht behandelt Ansprüche auf Zahlung von Vorschüssen, auf Abschlagszahlungen und die Verjährung der Zahlungsansprüche.

Die dem Beitrag angeschlossene tabellarische Übersicht vervollständigt die im Textteil enthaltenen Ausführungen.

### I. Sachverständige

#### 1.1. Rechtsgrundlagen:

Vom Vormundschaftsgericht herangezogene Sachverständige, beispielsweise zur Erstellung des Gutachtens über die Notwendigkeit der Betreuung, werden nach dem Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen entschädigt (§ 1 Abs. 1 ZSEG). Angehörige einer Behörde oder einer sonstigen öffentlichen Stelle, die ein solches Gutachten in Erfüllung ihrer Dienstaufgaben erstellen, erhalten eine solche Entschädigung jedoch nicht (§ 1 Abs. 3 ZSEG); dies trifft beispielsweise bei der Gutachtenserstellung von Ärzten der bei den Landkreis- bzw. Stadtkreisverwaltungen angesiedelten Gesundheitsämter zu.

Der Umfang der Sachverständigenentschädigung bestimmt sich im Einzelnen nach den §§ 3, 5 bis 12 ZSEG.

Unter den Voraussetzungen des § 14 ZSEG ist dem Sachverständigen auf dessen Antrag ein Vorschuss zu bewilligen.

Die an Sachverständige zu zahlenden Beträge sind gemäß §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 137 Nr. 6 KostO als Auslagen zu erheben.

Die Entschädigung des Sachverständigen erfolgt nur auf dessen Verlangen (§ 15 Abs. 1 ZSEG).

#### 1.2. Verfahren:

Macht der Sachverständige seine Entschädigung beim Vormundschaftsgericht geltend, so hat das Gericht **zwei Möglichkeiten**:

- a) Berechnung der Entschädigung und Zahlungsanweisung an die zuständige Auszahlungsstelle **im Verwaltungsweg** nach § 15 ZSEG:

Es handelt sich hierbei um ein **Justizverwaltungsverfahren**. Die Zahlungsanweisung (Auszahlungs-

anordnung) stellt einen haushaltsrechtlichen **Verwaltungsakt** dar, der auch „Zahlbarmachung“ genannt wird.

Die vormundschaftsgerichtliche Tätigkeit beschränkt sich bei der „Zahlbarmachung“ auf die Berechnung der Entschädigung, auf die Auszahlungsanordnung an die Landesoberkasse Baden-Württemberg (LOK) mit dem amtlichen Vordruck, die die Entschädigung an den Sachverständigen auszahlt, in der Regel überweist, und die Auslagererhebung nach §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 137 Nr. 6 KostO.

Spätestens mit der Auszahlung der Entschädigung durch die LOK an den Sachverständigen wird die „Zahlbarmachung“ wirksam – Verwaltungsakte können grundsätzlich formlos bekannt gemacht werden<sup>1</sup>, so dass einerseits die Mitteilung des geltend gemachten Betrags der Entschädigung, beispielsweise über den Kontoauszug des Sachverständigen genügt, andererseits indessen die Übersendung einer Abschrift der Berechnung der Entschädigung oder der Auszahlungsanordnung, die sich in Urschrift bzw. in Abschrift in der Betreuungsakte befinden, entbehrlich ist.

#### b) Gerichtliche Festsetzung nach § 16 ZSEG:

Voraussetzung für das gerichtliche Festsetzungsverfahren nach § 16 ZSEG ist, dass entweder der Sachverständige oder die Staatskasse (Bezirksrevisor) die gerichtliche Festsetzung beantragt oder das Gericht sie für angemessen hält (§ 16 Abs. 1 Satz 1 ZSEG).

Den Beteiligten, auch der Staatskasse, ist **vor** einer Entscheidung des Gerichts **rechtliches Gehör** zu gewähren<sup>2</sup>.

Die Festsetzung erfolgt dann durch **gerichtlichen Beschluss**, der vom zuständigen Richter, Rechtspfleger oder (in Württemberg) Notar im Landesdienst in Ausübung seiner Aufgaben der **Rechtspflege** erfolgt.

Aufgrund dieses gerichtlichen Beschlusses, der dem Sachverständigen, um wirksam zu werden, **vollinhaltlich** bekannt zu machen ist (§ 16 Abs. 1 FGG), erfolgt die Auszahlungsanordnung (amtlicher Vordruck) an die LOK, die ihrerseits die Entschädigung dem Sachverständigen auszahlt, und Auslagererhebung nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 137 Nr. 6 KostO.

#### 1.3. Rechtsmittel:

##### a) Verwaltungsanweisung nach § 15 ZSEG:

Gegen Verwaltungsakte ist nach §§ 79 LVwVfG, 68 ff. VwGO das Rechtsmittel des Widerspruchs zulässig. Dies gilt auch für Justizverwaltungsakte.

<sup>1</sup> Kopp/Ramsauer 7. Aufl. § 41 VwVfG Rn 10.

<sup>2</sup> Meyer/Höver/Bach § 16 ZSEG Rz 5 m.w.N.

Der Betroffene als Kostenschuldner ist nicht beteiligt (KG RPfleger 1973, 38; OLG Koblenz RPfleger 1981, 37).

Eine Anhörung im Betreuungsverfahren ist entbehrlich, wenn mit der „Zahlbarmachung“ dem Begehren des Antragstellers entsprochen bzw. von den Angaben des Antragstellers nicht zu seinen Ungunsten abgewichen wird (§ 28 Abs. 2 Nr. 3 LVwVfG).

Gegen die „Zahlbarmachung“ geltend gemachte Einwendungen sind jedoch kein Rechtsmittel<sup>3</sup>, sondern sind als Antrag auf gerichtliche Festsetzung nach § 16 ZSEG zu werten<sup>4</sup>.

Dieser Rechtsauffassung ist zuzustimmen. Mit der Bestimmung des § 16 ZSEG sieht das Gesetz bereits ein **förmliches gerichtliches Verfahren** zur Festsetzung der Entschädigung und damit zur **Überprüfung** der „Zahlbarmachung“ durch die Rechtspflege vor, das der Sachverständige mit schriftlichem Antrag oder mündlich zur Niederschrift des Vormundschaftsgerichts<sup>5</sup> eröffnen kann. Hätte der Sachverständige indessen ein Wahlrecht zwischen Widerspruch und Antrag auf gerichtliche Festsetzung, so ließe man damit zwei verschiedene Rechtswege zu. Dies widerspricht jedoch der Intention des § 16 ZSEG, nämlich eine Entschädigung nur durch dasjenige Gericht, das den Sachverständigen herangezogen hat, festzusetzen<sup>6</sup> und damit eine Rechtswegspaltung zu vermeiden.

**b) Festsetzungsbeschluss** nach § 16 ZSEG:

Gegen die Festsetzung durch gerichtlichen Beschluss findet die einfache Beschwerde statt (§ 16 Abs. 2 Satz 1 ZSEG). Die Einlegung der Beschwerde unterliegt keiner Frist (§ 16 Abs. 2 Satz 3 ZSEG). Beschwerdeberechtigt sind der Sachverständige und die Staatskasse (§ 16 Abs. 2 Satz 2 ZSEG).

Die Bestimmungen des § 16 Abs. 2 ZSEG haben als *lex specialis* Vorrang vor den §§ 19 ff. FGG.

Die Beschwerde gegen die gerichtliche Festsetzung ist jedoch nur dann zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes den Betrag von einhundert Deutsche Mark übersteigt (§ 16 Abs. 2 Satz 1 ZSEG).

Diese **Rechtsmittelbeschränkung** ist **verfassungswidrig**.

Nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist bei Rechtsverletzungen „durch die öffentliche Gewalt“ der Rechtsweg eröffnet. Diese Rechtsschutzgarantie gehört zu den Grundrechten<sup>7</sup>.

Zur „öffentlichen Gewalt“ im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gehört auch die Rechtsprechung<sup>8</sup>. Die Systematik des Grundgesetzes führt zwingend zu dem Schluss, dass auch die rechtsprechende Tätigkeit der Gerichte einer Prüfung auf dem Rechtsweg unterliegt. Nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG sind die Grundrechte, damit auch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, nicht nur für Legislative und Exekutive sondern auch für die Judikative als „*unmittelbar geltendes Recht*“ bindend. Damit ist gegen Entscheidungen, die ein Gericht in Ausübung seiner rechtsprechenden Tätigkeit fällt, und zwar unabhängig davon, ob sie von einem Richter, einem Rechtspfleger oder (in Baden-Württemberg) von einem Notar im Landesdienst getroffen wird, der Rechtsweg eröffnet<sup>9</sup>.

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist **lückenlos** zu gewährleisten; mangels Gesetzesvorbehalts ist jedenfalls ein Rechtswegausschluss, auch nur in Teilbereichen, unzulässig<sup>10</sup>.

Damit widerspricht eine Rechtsmittelbeschränkung, wie sie mit § 16 Abs. 2 Satz 1 ZSEG unter Zugrundelegung des Werts des Beschwerdegegenstandes erfolgt, der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.

Weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist nach dem Gesetz nicht vorgesehen und damit nicht statthaft<sup>11</sup>.

## II. Verfahrenspfleger

### II.1. Rechtsgrundlagen:

Der Verfahrenspfleger erhält stets **aus der Staatskasse**

- a) **Aufwendungsersatz** nach Einzelabrechnung im Umfange des § 1835 Abs. 1, Abs. 2 BGB (§ 67 Abs. 3 FGG, §§ 1908 e bis 1908 i BGB) und
- b) eine **Vergütung** gemäß § 1836 BGB, deren Höhe sich ausschließlich nach § 1 BVormVG bemisst (§ 67 Abs. 3 FGG, §§ 1908 e bis 1908 i BGB).

Die pauschale Aufwandsentschädigung nach § 1835 a BGB kann der Verfahrenspfleger nicht verlangen (Ausschluss in § 67 Abs. 3 Satz 2 FGG).

Die an den Verfahrenspfleger gezahlten Beträge sind als Auslagen zu erheben (§ 137 Nr. 16 KostO). Nach dem Wortlaut des § 93 a Abs. 2 KostO können diese Auslagen auch dann vom Betroffenen erhoben werden, wenn er „nach Maßgabe des § 1836 c des Bürgerlichen Gesetzbuches“ über einzusetzendes Einkommen und Vermögen verfügt. Die Bestimmung des § 93 a Abs. 2 KostO ist *lex specialis* gegenüber § 92 Abs. 1 Satz 1 KostO; das heißt der Betroffene hat unter Berücksichtigung des § 1836 c BGB auch dann die Auslagen zu tragen, wenn sein Vermögen die Schongrenze des § 92 Abs. 1 Satz 1 KostO nicht überschreitet<sup>12</sup>.

### II.2. Verfahren:

Die Vorschrift des § 67 Abs. 3 Satz 3 FGG verweist in Ansehung des Verfahrens zur Festsetzung von Aufwendungsersatz und Vergütung des Verfahrenspflegers auf die Bestimmung des § 56 g Abs. 1 FGG.

Danach hat das Gericht **zwei Möglichkeiten**:

- a) Das Gericht kann Aufwendungsersatz und Vergütung des Verfahrenspflegers im (vereinfachten) **Verwaltungsverfahren** nach § 15 ZSEG berechnen und zur Auszahlung anordnen (Verweisung des § 56 g Abs. 1 Satz 4 FGG; „Zahlbarmachung“). Wegen des Verfahrensablaufs kann auf die Ausführungen in Ziffer I.2. lit. a) verwiesen werden. Eine Regressregelung (§§ 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1836 c, 1836 e BGB) ist, wählt das Gericht das Verwaltungsverfahren, nicht möglich, da die „Zahlbarmachung“ keine „Festsetzung“ im Sinne des § 56 g Abs. 1 Satz 2 FGG ist. Allerdings schließt dies einen Rückgriff der Staatskasse zu einem späteren Zeitpunkt,

<sup>3</sup> LG Würzburg, JurBüro 77.997.

<sup>4</sup> Meyer/Höver/Bach § 16 ZSEG Rz 2.2.

<sup>5</sup> § 16 Abs. 3 ZSEG.

<sup>6</sup> Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 2 ZSEG!

<sup>7</sup> Unstr.; Jarass/Pieroth 5. Aufl. Art. 19 GG Rn 22, 24; von Münch/Kunig 5. Aufl.

Art. 19 Rn 49.

<sup>8</sup> von Münch/Kunig 5. Aufl. Art. 19 GG Rn 57 m.w.N.; a. A. h. M. und die ständige Rspr. des BVerfG (Jarass/Pieroth 5. Aufl. Art. 19 GG Rn 31 m.w.N.).

<sup>9</sup> Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantiert indessen nicht mehrere gerichtliche Instanzen (Jarass/Pieroth 5. Aufl. Art. 19 GG Rn 38 ff.).

<sup>10</sup> BVerfG 18. 1. 2000, 1 BvR 321/96 (NJW 2000, 1709; DNotZ 2000, 387).

<sup>11</sup> Meyer/Höver/Bach § 16 ZSEG Rz 16 m.w.N.

auch zur ausnahmsweisen Zulässigkeit der weiteren Beschwerde.

<sup>12</sup> So auch Bühler, BWNNotZ 1999, 25/40.

sobald der Betroffene einzusetzendes Einkommen erzielt bzw. Vermögen erwirbt, nicht aus; dann nämlich ist aus Sicht des Gerichts eine Festsetzung des Aufwendersersatzes und der Vergütung des Verfahrenspflegers durch gerichtlichen Beschluss „angemessen“ (§ 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG) und muss mit dieser Festsetzung eine Rückgriffsregelung erfolgen (§ 56 g Abs. 1 Satz 2 FGG).

- b) Das Gericht setzt Aufwendersersatz und Vergütung des Verfahrenspflegers durch „**gerichtlichen Beschluss**“ fest, wenn der Verfahrenspfleger die gerichtliche Festsetzung beantragt oder das Gericht sie für angemessen hält (§ 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG). Wegen des übrigen Verfahrensablaufs, auch das rechtliche Gehör betreffend, kann auf die in Ziffer I.2. lit. b) enthaltenen Ausführungen verwiesen werden. Eine Regressregelung (§§ 67 Abs. 3 Satz 3, 56 g Abs. 1 Satz 2, 3 FGG) kommt nur in Betracht, wenn die an den Verfahrenspfleger zu leistenden Zahlungen aus der Staatskasse nicht als Auslagen erhoben werden können. Da gegen den gerichtlichen Festsetzungsbeschluss sofortige Beschwerde zulässig ist, ist der Beschluss den Beteiligten förmlich zuzustellen (§ 16 Abs. 2 FGG).

### II.3. Rechtsmittel:

- a) **Verwaltungsanweisung** nach §§ 67 Abs. 3 Satz 3, 56 g Abs. 1 Satz 4 FGG, 15 ZSEG:

Wie beim Sachverständigen sind auch Einwendungen des Verfahrenspflegers gegen die „Zahlbarmachung“ nicht als Rechtsmittel (Widerspruch) anzusehen; sie sind als Antrag auf gerichtliche Festsetzung nach § 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG zu werten. Der mit dem Betreuungsrechtsänderungsgesetz neu eingefügte § 56 g Abs. 5 FGG wollte nämlich die vor der Änderung bestehenden unterschiedlichen Instanzenzüge hinsichtlich vermögender Mündel (§§ 19 ff. FGG) einerseits und mittelloser Mündel (§ 16 Abs. 2 ZSEG) andererseits beseitigen, also einen einheitlichen Instanzenzug, für den ausschließlich die Vorschriften des FGG Anwendung finden, schaffen und mit den in § 56 g Abs. 5 FGG neu vorgesehenen Rechtsmitteln einer weiteren Zersplitterung der Rechtsprechung entgegenwirken<sup>13</sup>. Liese man dann den Widerspruch als Rechtsmittel gegen die „Zahlbarmachung“ zu, widerspräche dies dem Willen des Gesetzgebers.

- b) **Festsetzungsbeschluss** nach §§ 67 Abs. 3 Satz 3, 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG:

Gegen die Festsetzung von Aufwendersersatz und der Vergütung des Verfahrenspflegers und gegen die etwaige Regressregelung durch gerichtlichen Beschluss findet die sofortige Beschwerde statt (§ 56 Abs. 5 Satz 1 FGG).

Nach § 20 FGG ist jeder beschwerdeberechtigt, der durch den Festsetzungsbeschluss beeinträchtigt ist. Damit kommen zunächst der Verfahrenspfleger und die Staatskasse in Betracht. Bei einer im Festsetzungsbeschluss enthaltenen Regressregelung ist auch der Betroffene, entweder selbst oder sein Betreuer als dessen gesetzlicher Vertreter,

beschwerdeberechtigt; der Betroffene ist jedoch nicht beschwerdeberechtigt, wenn von ihm als Kostenschuldner die Auslagen erhoben werden können<sup>14</sup>.

Die sofortige Beschwerde gegen den Festsetzungsbeschluss ist jedoch nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes dreihundert Deutsche Mark übersteigt oder das Gericht sie wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zulässt (§ 56 g Abs. 5 Satz 1 FGG).

Wegen der **Verfassungswidrigkeit** dieser **Rechtsmittelbeschränkung** kann auf Ziffer I.3. verwiesen werden.

Die weitere Beschwerde ist statthaft, wenn sie das Beschwerdegericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Rechtsfrage zugelassen hat (§ 56 g Abs. 5 Satz 2 FGG).

## III. Betreuer

### III.1. Rechtsgrundlagen:

Der Betreuer erhält infolge Verweisung der §§ 1908 e bis 1908 i BGB

- a) **Aufwendersersatz** nach Einzelabrechnung gemäß § 1835 BGB und  
 b) eine **Vergütung** unter den Voraussetzungen des § 1836 BGB, wobei der Betreuer ein **Wahlrecht** hat, ob er geleistete Dienste, die zu seinem Gewerbe oder seinem Beruf gehören, als Aufwendungen nach § 1835 Abs. 3 BGB oder als Vergütung gemäß § 1836 BGB geltend macht<sup>15</sup>, oder  
 c) **falls** ihm **keine Vergütung** nach § 1836 BGB zusteht, **wahlweise** anstelle des Aufwendersersatzes die pauschale **Aufwandsentschädigung** nach § 1835 a BGB.

Der vermögende Betroffene hat die Zahlungsansprüche des Betreuers aus seinem Vermögen zu erfüllen. Beim mittellosen Betroffenen kann der Betreuer die ihm zustehenden Zahlungsansprüche gegen die Staatskasse geltend machen (§§ 1908 e Abs. 1, 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1835 Abs. 4, 1835 a Abs. 3, 1836 a BGB). Die Mittellosigkeit des Betroffenen bestimmt sich nach den §§ 1836 c, 1836 d BGB. Rückgriff der Staatskasse (Regress) findet unter den Voraussetzungen der §§ 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1836 e BGB statt.

Die Höhe der Vergütung bemisst sich

- a) beim vermögenden Betroffenen nach § 1836 Abs. 2 Satz 2 BGB, wobei die in § 1 BVormVG festgelegten Sätze einerseits den geringsten Betrag der Vergütung und andererseits den Regelbetrag, der nur ausnahmsweise bei besonders schwierigen Geschäften überschritten werden darf<sup>16</sup>, darstellen,  
 b) beim mittellosen Betroffenen ausschließlich nach §§ 1836 a BGB, 1 BVormVG.

Das Vormundschaftsgericht kann mit dem Berufsbetreuer und einem Betreuungsverein einen festen Geldbetrag als Vergütung vereinbaren oder den Zeitaufwand des Berufsbetreuers oder des Vereinsbetreu-

14 Siehe Fußnote 2.

15 BayObLG, BtPrax 1999, 29.

16 BGH 31. 8. 2000, NJW 2000, 3709; BGH 5. 7. 2000, NJW 2000, 3712; zur Verfassungsmäßigkeit: BVerfG FamRZ 2000, 345; BVerfG FamRZ 2000, 729.

ers begrenzen (§§ 1908 e Abs. 1, 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1836 b BGB).

Soweit dem ehrenamtlichen Betreuer ausnahmsweise eine Vergütung zu bewilligen ist (§§ 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1836 Abs. 3 BGB), richtet sich die Höhe der Vergütung nicht nach den Grundsätzen für die Vergütung des Berufsbetreuers<sup>17</sup>. Stundensätze scheidet damit grundsätzlich aus<sup>18</sup>.

### III.2. Verfahren:

Die Vorschrift des § 69 e Satz 1 FGG verweist auf die Bestimmung des § 56 g FGG.

#### a) Vermögenger Betroffener:

Zunächst ist festzuhalten, dass beim vermögenden Betroffenen eine gerichtliche Festsetzung des Aufwendersersatzes nach § 1835 BGB oder der pauschalen Aufwendersentschädigung nach § 1835 a BGB nicht zulässig ist<sup>19</sup>. Der Aufwendersersatz, ein privatrechtlicher Anspruch des Betreuers gegen den vermögenden Betroffenen, entsteht kraft Gesetzes<sup>20</sup>; gleiches gilt für die Aufwendersentschädigung, sobald der Betreuer sie anstatt des Aufwendersersatzes wählt. Den Aufwendersersatz bzw. die Aufwendersentschädigung kann der Betreuer sich selbst aus dem Betreutenvermögen entnehmen; die Bestimmungen der §§ 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB stehen dem nicht entgegen, da es sich bei dieser Verfügung um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt<sup>21 22</sup>.

Ist dem Betreuer jedoch die Vermögenssorge nicht übertragen, scheidet eine Selbstentnahme aus dem Betreutenvermögen mangels Verfügungsbefugnis des Betreuers aus<sup>23</sup>. Dann bedarf es einer Festsetzung des Aufwendersersatzes oder der Aufwendersentschädigung durch das Vormundschaftsgericht<sup>24</sup>.

Gegen den vermögenden Betroffenen kann eine Festsetzung der Vergütung des Betreuers und, sollte ihm die Vermögenssorge nicht übertragen sein, seines Aufwendersersatzes oder einer Aufwendersentschädigung nur durch gerichtlichen Beschluss gemäß § 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG erfolgen. Eine „Zahlbarmachung“ scheidet aus, da die Bestimmung des § 56 g Abs. 1 Satz 4 FGG nur bei Ansprüchen „gegen die Staatskasse“ Anwendung findet.

Der Betroffene ist **vor** der gerichtlichen Festsetzung zu **hören** (§ 56 g Abs. 4 Satz 1 FGG, Art. 20 Abs. 3 GG). Zur Wahrung der Interessen des Betreuten im Festsetzungsverfahren ist ihm grundsätzlich ein Verfahrenspfleger zu bestellen, denn nur so kann dem Grundrecht des Betroffenen auf rechtliches Gehör Genüge getan werden<sup>25</sup>. Die Bestellung eines Verfahrenspflegers ist jedenfalls erforderlich, wenn der Betroffene seinen Willen nicht kund zu tun oder er nach dem Eindruck des Gerichts der Verfahrensmaterie aufgrund seiner Krankheit, seines Gebrechens oder seiner Behinderung nicht zu folgen vermag. Ist mit dem Betroffenen indessen

eine Verständigung über den Verfahrensstoff möglich und kann er seine mit dem Festsetzungsverfahren zusammenhängenden Rechte ausnahmslos wahrnehmen, so ist ausnahmsweise die Bestellung eines Verfahrenspflegers entbehrlich.

Die Festsetzung gegen den vermögenden Betroffenen erfolgt dann „durch gerichtlichen Beschluss“ (§ 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG), der den Beteiligten (Betroffener, Verfahrenspfleger, Betreuer), da gegen den Festsetzungsbeschluss sofortige Beschwerde zulässig ist, förmlich zuzustellen ist (§ 16 Abs. 2 FGG).

#### b) Mittelloser Betroffener:

Beim mittellosen Betroffenen, bei dem der Betreuer seine Zahlungsansprüche gegen die Staatskasse geltend machen kann, hat das Vormundschaftsgericht **zwei Möglichkeiten** einer Festsetzung (§ 56 g Abs. 1 FGG):

Das Gericht kann die Zahlungsansprüche des Betreuers (Aufwendersersatz, Aufwendersentschädigung, Vergütung) entweder im Verwaltungsverfahren nach § 15 ZSEG berechnen und zur Auszahlung anordnen (Verweisung des § 56 g Abs. 1 Satz 4 FGG; „Zahlbarmachung“) oder „durch gerichtlichen Beschluss“ festsetzen (§ 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG).

Wegen der Voraussetzungen, welches Verfahren vom Gericht zu wählen ist, wegen des Inhalts der Entscheidung und des übrigen Verfahrensablaufs, auch das rechtliche Gehör betreffend, sowie der Bekanntmachung der Festsetzung kann auf die unter Ziffer II.2. enthaltenen Ausführungen verwiesen werden.

Das Gericht hat im übrigen mit der gerichtlichen Festsetzung gemäß § 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG stets über den Rückgriff der Staatskasse nach Maßgabe des § 56 g Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 FGG zu entscheiden.

### III.3. Rechtsmittel:

Wegen der Bedeutung von Einwendungen gegen die „Zahlbarmachung“ (Verwaltungsanweisung nach § 15 ZSEG) kann auf die in Ziffer II.3. lit. a) enthaltenen Ausführungen zum Verfahrenspfleger Bezug genommen werden.

Die Vorschrift des § 69 e Satz 1 FGG verweist vollständig auf die Bestimmung des § 56 g FGG, damit auch auf dessen Absatz 5, der gegen die gerichtliche Festsetzung als Rechtsmittel die sofortige Beschwerde und die weitere Beschwerde, falls wegen grundsätzlicher Bedeutung der zu entscheidenden Rechtsfrage zugelassen, vorsieht. Damit kann auch zum Rechtsmittel gegen den gerichtlichen Festsetzungsbeschluss auf die in Ziffer II.3. lit. b) enthaltenen Ausführungen zum Verfahrenspfleger, auch in Ansehung der Verfassungswidrigkeit der wertbedingten Rechtsmittelbeschränkung, verwiesen werden.

17 Palandt 60. Aufl. § 1836 BGB Rn 28.

18 Palandt a.a.O.: BayObLG FamRZ 1998, 1052.

19 BayObLG FamRZ 1995, 1375.

20 Palandt 59. Aufl. § 1835 BGB Rn 12.

21 Palandt 60. Aufl. § 1835 BGB Rn 5, 18.

22 Zu beachten sind aber evtl. Genehmigungspflichten nach §§ 1812 ff. BGB.

23 LG Koblenz FamRZ 1999, 458.

24 So auch der Wortlaut des § 56 g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 FGG.

25 OLG Karlsruhe 16. 5. 1995, RPfeger 1996, 27 m.w.N.

## Tabellarische Übersicht

(Verfahren und Rechtsmittel)

### I.

#### Sachverständige

Verfahren:

<p><b>Verwaltungsverfahren nach § 15 ZSEG</b> (haushaltsrechtlicher Verwaltungsakt; „Zahlbarmachung“):</p> <p>1) Auszahlungsanordnung (amtlicher Vordruck). 2) Auslagenerhebung.</p>	<p><b>Gerichtliche Festsetzung nach § 16 ZSEG</b></p> <p>a) wenn Sachverständiger oder Staatskasse Antrag stellt oder b) das Gericht sie für angemessen hält:</p> <p>1) Festsetzung durch Beschluss. 2) Auszahlungsanordnung (amtlicher Vordruck). 3) Auslagenerhebung.</p>
--	---

Rechtsmittel:

<p><b>Verwaltungsanweisung nach § 15 ZSEG:</b></p> <p>Einwendungen sind kein Rechtsmittel (LG Würzburg, JurBüro 77.997) sondern Antrag auf gerichtliche Festsetzung nach §16 ZSEG (Meyer/Höver/Bach § 16 ZSEG Rz. 2.2).</p> <p><u>Hinweis:</u> Gegen Verwaltungsakte ist (ansonsten) gemäß §§ 79 LVwVfG, 68 ff. VwGO das Rechtsmittel des Widerspruchs zulässig.</p>	<p><b>Festsetzungsbeschluss nach § 16 ZSEG:</b></p> <p>Beschwerde nach § 16 Abs. 2 ZSEG; Beschränkung der Beschwerde: Zulässigkeit nur, wenn Wert des Beschwerdegegenstandes den Betrag von 100,- DM übersteigt.</p> <p><u>Hinweis:</u> Rechtsmittelbeschränkung wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verfassungswidrig.</p>
--	--

### II.

#### Verfahrenspfleger

Verfahren:

<p><b>Verwaltungsverfahren nach § 15 ZSEG</b> (haushaltsrechtlicher Verwaltungsakt; „Zahlbarmachung“) aufgrund Verweisung von §§ 67 Abs. 3 Satz 3, 56 g Abs. 1 Satz 4 FGG:</p> <p>1) Auszahlungsanordnung (amtlicher Vordruck). 2) Auslagenerhebung.</p> <p><u>Hinweis:</u> Keine Regressregelung, da haushalts- rechtlicher Verwaltungsakt der „Zahlbarmachung“ keine Festsetzung im Sinne des § 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG.</p>	<p><b>Gerichtliche Festsetzung nach</b> <b>§§ 67 Abs. 3 Satz 3, 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG,</b></p> <p>a) wenn Verfahrenspfleger Antrag stellt oder b) das Gericht sie für angemessen hält:</p> <p>1) Festsetzung durch Beschluss mit Regressregelung (§ 56 g Abs. 1 Satz 2, Satz 3 FGG). 2) Auszahlungsanordnung (amtlicher Vordruck). 3) Auslagenerhebung.</p>
---	--

Rechtsmittel:

<p><b>Verwaltungsanweisung nach § 15 ZSEG:</b></p> <p>Einwendungen sind kein Rechtsmittel sondern Antrag auf gerichtliche Festsetzung nach § 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG (arg. e BT-Drs. 13/7158 Seite 36)</p> <p><u>Hinweis:</u> Gegen Verwaltungsakte ist (ansonsten) gemäß §§ 79 LVwVfG, 68 ff. VwGO das Rechtsmittel des Widerspruchs zulässig.</p>	<p><b>Festsetzungsbeschluss nach § 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG:</b></p> <p>Sofortige Beschwerde nach §§ 67 Abs. 3 Satz 3, 56 g Abs. 5 S. 1 FGG; Beschränkung des Rechtsmittels: Zulässigkeit nur, – wenn Wert des Beschwerdegegenstandes den Betrag von 300,- DM übersteigt oder – bei gerichtlicher Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache.</p> <p><u>Hinweis:</u> Rechtsmittelbeschränkung bei sofortiger Beschwerde wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verfassungswidrig.</p> <p>Weitere Beschwerde nach §§ 67 Abs. 3 Satz 3, 56 g Abs. 5 S. 2 FGG nur, wenn vom Beschwerdegericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der zu entscheidenden Rechtsfrage zugelassen.</p>
--	---

**III.  
Betreuer**

Verfahren:

	Vermögender Betroffener:	Mittelloser Betroffener:
<p>Aufwendungsersatz</p>	<p>Vormundschaftsgerichtliche Festsetzung unzulässig; Betreuer kann den Aufwendungsersatz aus dem Vermögen des Betroffenen selbst entnehmen.*</p> <p><u>*Hinweis:</u> Vormundschaftsgerichtliche Festsetzung jedoch erforderlich, wenn dem Betreuer nicht die Vermögenssorge übertragen ist (§§ 67 e Satz 1, 56 g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 FGG); evtl. Genehmigungspflicht der Entnahme nach §§ 1812 ff. FGG.</p>	<p>a) aa) Gerichtliche Festsetzung nach §§ 69 e Satz 1, 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG, wenn – Betreuer Antrag stellt oder – Gericht sie für angemessen hält. bb) Festsetzung durch Beschluss mit Regressregelung (§ 56 g Abs. 1 Satz 2, Satz 3 FGG). cc) Auszahlungsanordnung (amtlicher Vordruck). b) aa) Verwaltungsverfahren nach § 15 ZSEG (haushaltsrechtlicher Verwaltungsakt; „Zahlbarmachung“) aufgrund Verweisung von §§ 69 e Satz 1, 56 g Abs. 1 Satz 4 FGG. bb) Nur Auszahlungsanordnung (amtlicher Vordruck).</p>
<p>Aufwandsentschädigung</p>	<p>Vormundschaftsgerichtliche Festsetzung unzulässig; Betreuer kann die pauschale Aufwandsentschädigung aus dem Vermögen des Betroffenen selbst entnehmen.*</p> <p>*(Hinweis oben)</p>	<p>(Wie oben bei der Festsetzung des Aufwendungsersatzes beim mittellosen Betroffenen.)</p>

Vergütung	Bewilligung durch das Vormundschaftsgericht durch Beschluss nach §§ 69 e Satz 1, 56 g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 FGG.	(Wie oben bei der Festsetzung des Aufwendersatzes beim mittellosen Betroffenen.)
-----------	--	--

## Rechtsmittel:

<p><b>Verwaltungsanweisung nach § 15 ZSEG:</b></p> <p>Einwendungen sind kein Rechtsmittel sondern Antrag auf gerichtliche Festsetzung nach § 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG (arg. e BT-Drs. 13/7158 Seite 36).</p> <p><u>Hinweis:</u> Gegen Verwaltungsakte ist (ansonsten) gemäß §§ 79 LVwVfG, 68 ff. VwGO das Rechtsmittel des Widerspruchs zulässig.</p>	<p><b>Festsetzungsbeschluss nach § 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG:</b></p> <p>Sofortige Beschwerde nach §§ 69 e Satz 1, 56 g Abs. 5 Satz 1 FGG; Beschränkung des Rechtsmittels: Zulässigkeit nur, – wenn Wert des Beschwerdegegenstandes den Betrag von 300,- DM übersteigt oder – bei gerichtlicher Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache.</p> <p><u>Hinweis:</u> Rechtsmittelbeschränkung bei sofortiger Beschwerde wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verfassungswidrig.</p> <p>Weitere Beschwerde nach §§ 69 e Satz 1, 56 g Abs. 5 Satz 2 FGG nur, wenn vom Beschwerdegericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der entscheidenden Rechtsfrage zugelassen.</p>
---	--

## Rechtsprechung

## LPartDisBG

**Die Anträge auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung, „dass das Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften/Lebenspartnerschaften vom 16. 2. 2001 nicht in Kraft tritt, hilfsweise außer Vollzug gesetzt wird,“ werden abgelehnt.**

BVerfG – Beschluss vom 18. 7. 2001 – 1 BvQ 23/01

## Aus den Gründen:

... Die Normenkontrollanträge (der Bayerischen und der Sächsischen Staatsregierung) sind zulässig und nicht offensichtlich unbegründet. Dies gilt zum einen für die von den Antragstellerinnen vorgetragene verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Zustandekommen des Gesetzes ohne Zustimmung des Bundesrates und seine Abtrennung vom Regelungsgegenstand des noch nicht zustande gekommenen Lebenspartnerschaftsergänzungsgesetzes. Es betrifft zum anderen die Frage, ob das Gesetz mit Art. 6 Abs. 1 GG in Einklang steht und darüber hinaus noch weitere Grundrechtsverletzungen mit sich bringt. Beides bedarf der Klärung im Hauptverfahren und lässt sich nicht ohne weiteres anhand der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung oder mit Hilfe des rechtswissenschaftlichen Schrifttums eindeutig beantworten. ....

## Anmerkung von Notar Dieter Epple, Asperg:

Das Gericht wägt im übrigen ab, ob die eintretenden Folgen bei In-Kraft-Treten des Gesetzes und späterer denkbarer Feststellung der Verfassungswidrigkeit oder bei Aussetzung des Gesetzes bis zur denkbaren Ablehnung einer solchen Feststellung schwerwiegender sind; bei Gleichwertigkeit der Nachteile gebietet die Zurückhaltung

des Gerichts gegenüber der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, das angegriffene Gesetz nicht am In-Kraft-Treten zu hindern, bevor im Hauptverfahren geklärt ist, ob es vor der Verfassung Bestand hat. In den Entscheidungsgründen wurde festgestellt, daß „das rechtliche Fundament der Ehe (durch das LPartDisBG) keine Veränderung erfährt“. Andere Aussagen zur Bewertung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes oder einzelner Bestimmungen dazu wurden in den Gründen wie auch in der abweichenden Stellungnahme vermieden. Die Entscheidung kam nur mehrheitlich zustande.

In dem Verfahren wurden bis jetzt weder die Erfahrungen anderer europäischer Länder, die die Entschließung des Europaparlaments bereits umgesetzt haben, noch wissenschaftliche oder empirische Untersuchungen über gleichgeschlechtliche Beziehungen oder Erfahrungen psychologischer Einrichtungen, der Diakonie oder der Caritas im Umgang mit Betroffenen eingebracht. Die Anträge haben jedoch bewirkt, daß die öffentliche Diskussion um das Gesetz bis jetzt andauerte und teilweise nachgeholt wurde. Erste Ansätze einer sachlichen Berichterstattung<sup>1</sup> können festgestellt werden. Daß das LPartDisBG hilfreich und befreiend für Paare sein wird, die unauffällig und von der Gesellschaft nicht wahrgenommen unter uns leben und gegenüber den Eheschließungen einen sehr geringen Teil ausmachen, wird immer deutlicher artikuliert. Irrationale Ängste gegenüber dem Regelungskreis des Gesetzes sind vorhanden und bestimmend. Dies zeigt u. a. die Regelung der Zuständigkeit für die Eintragung einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft in einigen Bundesländern<sup>2</sup>. Das Differenzierungs- und Abstandsgebot, das die

<sup>1</sup> einschließlich angemessener Bildberichterstattung, z.B. Stuttgarter Zeitung vom 17. 7. 2001.

<sup>2</sup> Das Land Baden-Württemberg bestimmt lediglich „das Landratsamt bzw. die kreisfreien Städte“. Andere, die Landräte/Oberbürgermeister sollen das zuständige Amt festlegen.

Rechtsprechung aus Art. 6 Abs. 1 GG entwickelt hat, verlangt keine m. E. sachfremde<sup>3</sup> Zuordnung der Registrierung zu den Ordnungsämtern („nur weg vom Standesamt!“). Die sachgemäße Zuständigkeit mit der Begründung des Art. 6 Abs. 1 GG. verhindern zu wollen ist m. E. unzulässig<sup>4</sup>, weil dieses Gebot allenfalls inhaltliche und nicht formale Regelungen anderer Art verlangt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das LPartDisBG i. d. F. vom 19. 6. 2001<sup>5</sup> seit 1. 8. 2001 in Kraft getreten ist. Die zuständige Stelle ist von den einzelnen Bundesländern bestimmt, meistens das Standesamt, in Baden-Württemberg, Thüringen und Sachsen das Landratsamt bzw. die kreisfreien Städte. Ob das Gesetz oder einzelne seiner Bestimmungen im Hauptverfahren für verfassungswidrig und damit für nichtig erklärt werden, ist nicht vorauszusagen. Auch wäre im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes nicht gänzlich klar, welche Rechtsverhältnisse ex tunc und welche ex nunc unwirksam und gegebenenfalls rückabzuwickeln sind. Daher sollte bei jeder Vereinbarung unter gleichgeschlechtlichen Paaren<sup>6</sup> klargestellt werden, was im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit gelten soll; wo möglich, sollte der hinsichtlich des Rücktritts gegebenenfalls entsprechend ausgestaltete Erbvertrag dem gemeinschaftlichen Testament weiterhin vorgezogen werden. Bei Rechtsgeschäften, die auch unter nicht eingetragenen Partnern geschlossen werden können, kann vereinbart werden, daß sie auch gelten, falls festgestellt würde, das LPartDisBG oder Teile davon wären nichtig.

**§§ 425, 415, 414 BGB**

1. **Schuldübernahme auch unter Gesamtschuldnern möglich.**
2. **Haben die Ehegatten in einer notariellen Urkunde u.a. vereinbart, daß der eine Ehegatte von dem anderen Ehegatten dessen Miteigentumsanteil an einem Grundstück gegen befreiende Übernahme der persönlichen Schuld aus einem Darlehensvertrag der grundschuldgesicherten Bank übernimmt und werden alle getroffenen notariellen Vereinbarungen von der Genehmigung der Bank zu dieser „Schuldübernahme“ abhängig gemacht, so werden die in der notariellen Urkunde getroffenen Vereinbarungen insgesamt mit der Verweigerung der Genehmigung durch die Bank unwirksam, auch wenn kurze Zeit später die persönliche Schuld des Übergebers durch Vertrag zwischen der Bank und dem Übernehmer auf diesen übergeleitet wurde.**

OLG Karlsruhe, Urteil v. 27. 1. 2000, 2 UF 133/99

**Aus den Gründen:**

Die Parteien sind seit 13. 5. 1994 kinderlos verheiratet, leben aber getrennt. Das Scheidungsverfahren ist seit Januar 1999 anhängig.

Im vorliegenden Verfahren begehrt die Klägerin vom Beklagten in der Auskunftsstufe Ehegattentrennungsunterhalt.

Die für das Verfahren wesentlichen Passagen in §§ 2 und 3 der Scheidungsvereinbarung vom 27. 10. 1997 lauten wie folgt:

**§ 2**

Im Grundbuch sind die Erschienenen als Miteigentümer zu je 1/2 Anteil an folgendem Grundstück eingetragen:

Flst.-Nr. 8066

Hof- u. Gebäudefläche, 8,43 a.

Ferner ist zu Lasten dieses Grundstücks nach der III. Abt. unter der lfd. Nr. 1 eine Buchgrundschuld über 450.000,00 DM für die Landeskreditbank B.-W. eingetragen.

Die Erschienenen zu Ziff. 2 (Klägerin) überläßt ihre Miteigentumsanteile dem Erschienenen zu Ziff. 1 (Beklagter), welcher dies annimmt.

<sup>3</sup> Die Praxis im Personenstandswesen erfordert zwingend aus verwaltungswirtschaftlichen Gründen aber auch wegen der Sachkompetenz seiner Mitarbeiter/innen die einheitliche Zuständigkeit des Standesamts. Kein Wirtschaftsbetrieb würde ähnliche Regelungen unterschiedlichen Abteilungen zuweisen.

<sup>4</sup> Dasselbe gilt wohl auch für schlichte Umbenennung eines gleichen Sachverhalts wie z.B. „Vermögensstand der Ausgleichsgemeinschaft“ anstelle von „Zugewinnsgemeinschaft“; dabei ist hier besonders bedauerlich, daß der Bundesgesetzgeber den irreführenden Begriff der nicht vorliegenden Vermögens„gemeinschaft“ nicht verhindert hat.

<sup>5</sup> BGBl I S. 266 mit der Berichtigung in BGBl I S. 1046.

<sup>6</sup> vgl. Epple, BWNotZ 2001, 44.

Die dieser Grundschuld zugrunde liegenden persönlichen Schulden sind nach den Angaben der Erschienenen eine gesamtschuldnerische Verbindlichkeit der Erschienenen.

Der Erschienenen zu Ziff. 1 übernimmt diese persönliche Schuld zur fernerer Verzinsung und Tilgung in Alleinschuldnerschaft mit befreiender Wirkung für die Erschienenen zu Ziff. 2. Den Erschienenen ist bekannt, daß zur Wirksamkeit dieser Schuldübernahme im Verhältnis zur Gläubigerin die Genehmigung dieser Gläubigerin erforderlich ist. Sie werden diese Genehmigung selbst einholen. Alle Vereinbarungen in dieser Urkunde stehen unter der aufschiebenden Bedingung, daß diese Genehmigung erteilt wird.

**§ 3**

Die Erschienenen verzichten gegenseitig auf nahehelichen Unterhalt, auch für den Fall der Not. Diese gegenseitigen Verzichtserklärungen werden angenommen.

Die Erschienenen erklären, daß sie derzeit und auch auf absehbare Zeit beide berufstätig seien und daß sie jeweils mit ihrem Einkommen ihren eigenen Lebensunterhalt bestreiten könnten.

Desgleichen vereinbaren die Erschienenen, daß sie für die Dauer des Getrenntlebens sich gegenseitig keinen Unterhalt zu gewähren haben.

Die Vereinbarung ist nach Auffassung des Beklagten wirksam, weil die Klägerin aufgrund des Änderungsvertrags vom 24. 3. 1999 zwischen der in § 2 der Scheidungsvereinbarung vom 27. 10. 1997 benannten Gläubigerbank und dem Beklagten aus der in § 2 der Scheidungsvereinbarung in Bezug genommenen Darlehensschuld entlassen worden sei. Damit sei die in § 2 formulierte Bedingung eingetreten, so daß auch § 3 der Scheidungsvereinbarung, wonach der Klägerin kein Ehegattentrennungsunterhaltsanspruch zustehe, Wirksamkeit erlangt habe. Soweit sich die Klägerin demgegenüber auf das Schreiben der Gläubigerbank vom 29. 12. 1998 berufe, mit dem die Genehmigung der in § 2 formulierten Schuldübernahme verweigert worden sei, müsse sie sich rechtsmißbräuchliches Verhalten entgegenhalten lassen. Während eines Versöhnungsversuchs zwischen den Parteien im ersten Halbjahr 1998 sei übereinstimmend die Einholung der Genehmigung zur Schuldhaftentlassung der Klägerin bei der Gläubigerbank nicht weiter betrieben worden. Nach dem Scheitern des Versöhnungsversuchs habe sich die Klägerin offensichtlich von der Scheidungsvereinbarung lösen wollen. Anders könne jedenfalls das Schreiben der Klägerin vom 25. 9. 1998, mit dem der Beklagte überraschend aufgefordert worden sei, innerhalb von sechs Wochen die Genehmigung herbeizuführen, nicht verstanden werden. Dieses Vorgehen sei deshalb rechtsmißbräuchlich, weil die Klägerin zu diesem Zeitpunkt gewußt habe, daß der Beklagte wegen der Schuldhaftentlassung der Klägerin mit der Gläubigerbank in Kontakt stehe und sich um die Stellung eines Bürgen bemühe. In diese Situation hinein sei die Klägerin von sich aus an die Gläubigerbank herangetreten und habe damit das Schreiben vom 29. 12. 1998 provoziert, einzig mit dem Ziel, sich auf vorwerfbare Weise von der Scheidungsvereinbarung zu lösen. Dementsprechend sei es ihr verwehrt, sich auf die Verweigerung der Genehmigung durch die Gläubigerbank zu berufen.

Die Klägerin macht demgegenüber geltend, daß die Wirksamkeit der Scheidungsvereinbarung vom 27. 10. 1997 nach dem Wortlaut von § 2 ausdrücklich unter den aufschiebenden Bedingungen der Genehmigung der vereinbarten Schuldübernahme durch die Gläubigerbank gestanden habe. Diese Bedingung sei mit dem Schreiben der Gläubigerbank vom 29. 12. 1998, mit der die Entlassung der Klägerin aus der Darlehensschuld unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 2 der Scheidungsvereinbarung vom 27. 10. 1997 verweigert worden sei, entfallen. Damit sei auch die Wirksamkeitsvoraussetzung für die unter § 3 getroffene Unterhaltsvereinbarung weggefallen. Insofern könne ihr § 3 der Scheidungsvereinbarung nicht mehr entgegengehalten werden.

Das Amtsgericht – Familiengericht – hat dem Klageantrag mit Ausnahme stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten.

Die zulässige Berufung ist jedoch nicht begründet.

Die Klägerin ist berechtigt, vom Beklagten Auskunft über seine Einkommens- u. Vermögensverhältnisse zu verlangen, §§ 1361 Abs. 4, 1605 BGB.

§ 3 der Scheidungsvereinbarung steht einem Auskunftsanspruch der Klägerin nicht entgegen, da mit der Verweigerung der Genehmigung der zwischen der Klägerin und dem Beklagten vereinbarten Schuldübernahme durch das Schreiben der Gläubigerbank vom 29. 12. 1998 der in § 2 der Scheidungsvereinbarung vom 27. 10. 1997 vorgesehene Bedingungseintritt für die Wirksamkeit aller in der notariellen Urkunde getroffenen Vereinbarungen entfallen ist.

Hierfür maßgeblich ist, daß nach dem Wortlaut von § 2 der notariellen Urkunde zwischen den Parteien eine Schuldübernahme gemäß § 415 BGB vereinbart worden war. Dies ergibt sich ohne weiteres aus den abgegebenen Erklärungen der Parteien, der Wortwahl „Schuldübernahme“ und der vorbehaltenen Genehmigung der Gläubigerbank. Richtig ist zwar, worauf der Beklagte hinweist, daß die Schuldhafentlassung der Klägerin auch über einen Erlaßvertrag gemäß § 397 BGB oder durch eine Schuldübernahme nach § 414 BGB hätte erreicht werden können. Vorliegend wurde jedoch nach dem klaren Wortlaut der notariellen Urkunde vom 27. 10. 1997 eindeutig der Weg über eine befreiende Schuldübernahme nach § 415 BGB gewählt.

Die Vereinbarung einer Schuldübernahme ist auch nicht zu beanstanden. Richtig ist allerdings, worauf das erstinstanzliche Gericht zutreffend hinweist, daß der Wortlaut von § 415 BGB auf die getroffene Regelung nicht unmittelbar paßt, da die Parteien die Darlehensverpflichtung als Gesamtschuldner eingegangen sind und der Beklagte insofern nicht unbeteiligter Dritter ist. Daß jedoch auch unter Gesamtschuldnern die Möglichkeit einer Schuldübernahme nach § 415 BGB besteht, ergibt sich ohne weiteres aus § 425 BGB, der dahin zu verstehen ist, daß die zu einer Gesamtschuld verbundenen Forderungen, abgesehen von der bestehenden Tilgungsgemeinschaft, selbstständige Forderungen sind (Palandt/Heinrichs, BGB, 59. Aufl., § 425 Rn. 1), die auch im Rahmen einer Schuldübernahme nach § 415 BGB übertragen werden können (Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl., § 425 Rn. 27).

Dementsprechend hing die Wirksamkeit der Schuldübernahme von der Genehmigung der Gläubigerbank ab. Diese wurde mit Schreiben vom 29. 12. 1998 verweigert, was zur Folge hat, daß die bis zur Genehmigung schwebend unwirksame Schuldübernahme endgültig unwirksam wird (Palandt/Heinrichs, BGB, 59. Aufl., § 415 Rn. 9). Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Verweigerung der Genehmigung durch das Schreiben vom 29. 12. 1998 auch endgültig erfolgt, insbesondere da in dem Schreiben ausdrücklich auf die notarielle Urkunde vom 27. 10. 1997 und die dort vereinbarte Schuldübernahme, wobei § 415 BGB ausdrücklich Erwähnung findet, Bezug genommen wird. Aus dem Textzusatz „aufgrund der bis heute

vorliegenden Unterlagen“ läßt sich entgegen der Ansicht des Beklagten keine Einschränkung im Sinne einer nur vorübergehend nicht erteilten Genehmigung entnehmen, da dieser Satzeinfügung kein selbstständiger Bedeutungsinhalt zukommt – aufgrund welcher anderen Unterlage hätte die Gläubigerbank sonst entscheiden sollen.

Der Beklagte kann der Klägerin auch nicht rechtsmißbräuchliches Verhalten entgegenhalten, weil das Schreiben der Gläubigerbank vom 29. 12. 1998 auf ihre Anfrage hin ergangen ist. Da es in § 2 der Vereinbarung wortwörtlich heißt: „Sie (die Ehepartner) werden diese Genehmigung selbst einholen“, war es beiden Parteien und damit auch der Klägerin gestattet, um die Genehmigung der Gläubigerbank nachzusuchen. Selbst wenn man insoweit eine sich aus § 242 BGB abgeleitete Verpflichtung der Klägerin annehmen wollte, nicht durch ein Vorgehen zur Unzeit die Scheidungsvereinbarung durch die Vereitelung der Genehmigung zu Fall zu bringen, so kann dies jedenfalls nach dem Schreiben der Klägerin vom 25. 9. 1998, in welchem diese den Beklagten aufforderte, die Voraussetzung für ihre Entlassung aus der Darlehensschuld innerhalb von 6 Wochen zu schaffen, nicht mehr angenommen werden. Es geht insofern mit dem Beklagten heim, wenn er nicht in der Lage war, die Schuldhafentlassung der Klägerin bis zu deren Anfrage an die Gläubigerbank zu erreichen. Die Klägerin mußte nicht abwarten, bis der Beklagte die Voraussetzung für eine Schuldhafentlassung der Klägerin, die schließlich im März 1999 durch Vertrag zwischen der Gläubigerbank und dem Beklagten zustande kam, geschaffen hatte.

Im Ergebnis kann sich der Beklagte jedenfalls aufgrund der Unwirksamkeit der Scheidungsvereinbarung nicht auf die unter § 3 getroffene Unterhaltsregelung zur Abwehr von möglichen Unterhaltsansprüchen der Klägerin berufen.

Entgegen seiner Auffassung bleiben die in § 3 abgegebenen Erklärungen der Parteien auch nicht unabhängig von der Wirksamkeit der Scheidungsvereinbarung zur Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse existent. Mit dem in § 2 aufgenommenen Passus „alle Vereinbarungen in dieser Urkunde stehen unter der aufschiebenden Bedingung, daß diese Genehmigung erteilt wird“ wird die Verknüpfung der einzelnen in der Scheidungsvereinbarung vom 27. 7. 1997 getroffenen Regelungen klar und deutlich hervorgehoben. Mit dem durch die Verweigerung der Gläubigerbank zur Schuldübernahme eingetretenen Bedingungsfall ist auch die in § 3 getroffene Unterhaltsregelung entfallen. Gerade weil die einzelnen Vereinbarungen in der notariellen Urkunde vom 27. 10. 1997 über die genannte Formulierung in § 2 verknüpft sind, kann kein von der Wirksamkeit der Scheidungsvereinbarung unabhängiger Erklärungsinhalt in § 3 der Urkunde konstruiert werden.

Im Ergebnis ist es der Klägerin deshalb unbenommen, zu den ehelichen Lebensverhältnissen und einem daraus resultierenden Ehegattentrennungsunterhaltsanspruch vorzutragen.

Mitgeteilt vom 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe

#### Impressum:

Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar a.D., 73479 Ellwangen (Jagst), Veit-Hirschmann-Straße 10 (Tel. 0 79 61-56 08 66), 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).