

# Rheinische Notar-Zeitschrift

## Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Kautelarpraxis

(von Notarassessor Dr. Maximilian Freiherr von Proff zu Irnich, Düsseldorf)

- A. Einleitung
- I. Gesellschaftliche Verbreitung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
- II. Begriffsbestimmung
- B. Vermögensausgleich nach beendeter nichtehelicher Lebensgemeinschaft
- I. BGH: Abwicklungs-, Abrechnungs- und Verrechnungsverbot
  - 1. Fortbestand der Vermögenszuordnung nach Auflösung der Lebensgemeinschaft
  - 2. Keine Rückforderung wegen Zweckverfehlung
  - 3. Lebensgemeinschaft keine Geschäftsgrundlage
  - 4. Schenkungswiderruf wegen groben Undanks (§ 530 Abs. 1 BGB)
- II. Abfindungsansprüche aus Innengesellschaft nach BGH-Rechtsprechung
- III. Exkurs: Lebensgefährten-Innengesellschaft und Ehegatten-Innengesellschaft
- IV. Folgerungen für die Kautelarpraxis
- C. Partnerschaftsvertrag
- I. Formfragen
- II. Inhaltliche Schranken
- III. Praxisrelevante Regelungsgegenstände
- D. Gemeinsamer Immobilienerwerb
- I. Einführung: Erwerbsverhältnis entsprechend Finanzierungsbeiträgen?
- II. Erwerb in starrer Bruchteilsgemeinschaft?
- III. Typische Regelungsschwerpunkte
- IV. Erwerb in Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beweglicher Beteiligungsquote
  - 1. Grunderwerbsteuer
  - 2. Berücksichtigung von Schwangerschaft und Kinderbetreuung
  - 3. Mitarbeit dritter Personen
  - 4. Dauer der Gesellschaft
  - 5. Zweck der Gesellschaft
  - 6. Auseinandersetzung, Erwerbsrechte
  - 7. Vererblichstellung, Anwachsklausel
  - 8. Übertragung des Gesellschaftsanteils auf den Partner
- E. Kontoinhaberschaft und Kontovollmacht
- I. Zivilrechtliche Zuordnung
- II. Schenkungsteuer
- III. Gestaltungsempfehlung
- F. Zusammenfassung

### A. Einleitung

Entsprechend einer stetig zunehmenden gesellschaftlichen Verbreitung (s. nachfolgend A.I.) ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft heute in der Kautelarpraxis eine alltägliche Erscheinung. Nachfolgend wird zunächst die mangels Legaldefinition richterrechtlich geprägte Begriffsbestimmung nachgezeichnet (A.II.). Anschließend wird die höchstrichterliche und oberechtliche Rechtsprechung zum Vermögensausgleich nach Tod oder Trennung der Partner analysiert und Konsequenzen für die Gestaltungspraxis gezogen (B.). Ein weiterer Abschnitt ist dem Partnerschaftsvertrag in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gewidmet (C.). Der gemeinsame Immobilienerwerb durch nichteheliche Partner wirft angesichts einer Rechtsprechung, die einen Ausgleich oder eine Erstattung finanzieller oder sonstiger Leistungen unter Lebensgefährten versagt, besondere Praxisfragen auf (D.). Anschließend ist zivil- und erbschaftsteuerlichen Fragen von Kontoinhaberschaft und Kontovollmacht in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nachzugehen (E.). Erbrechtliche Gesichtspunkte der eheähnlichen Gemeinschaft einschließlich flankierender Rechtsgeschäfte unter Lebenden werden in einem gesonderten, demnächst in dieser Zeitschrift erscheinenden Beitrag erörtert werden.

### I. Gesellschaftliche Verbreitung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Einhergehend mit dem Ende der sechziger Jahre einsetzenden Wandel der Moralvorstellungen<sup>1</sup> weiter Teile der Gesellschaft, der schwächer werdenden Orientierung an traditionellen Formen menschlichen Zusammenlebens, der Entwurzelung durch die Industrialisierung<sup>2</sup>, der gewandelten Rolle der Frau im Arbeits- und Familienleben und dem Aufkommen von Empfängnisverhütungsmitteln<sup>3</sup> hat sich die Anzahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland wie auch in anderen

<sup>1</sup> Strätz, FamRZ 1980, 301, 302; zu den ethischen Gesichtspunkten aus protestantischer Sicht vgl. Koch, in: Landwehr, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 39 ff.

<sup>2</sup> Nipperdey, Deutsche Geschichte 1866–1918 I, S. 340.

<sup>3</sup> Im Aufkommen der „Pille“ sieht Leipold, Testierfreiheit und Sittenwidrigkeit in der Rechtsprechung des BGH, in: 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft (2000), Bd. 1, S. 1011, 1035, eine Hauptursache für den Wandel der einschlägigen Moralvorstellungen.

europäischen Ländern<sup>4</sup> gleichzeitig mit einer zunehmenden gesellschaftlichen Akzeptanz spürbar erhöht.<sup>5</sup> Sinkende Geburtenzahlen<sup>6</sup> und eine der niedrigsten Geburtenraten der Welt<sup>7</sup>, ein stark gestiegenes durchschnittliches Heiratsalter, ein Rückgang der Eheschließungen<sup>8</sup>, ein auf ein Drittel gestiegener Anteil geschiedener Ehen<sup>9</sup> und immer mehr kinderlose Ehen<sup>10</sup> und Einpersonenhaushalte kennzeichnen die aktuelle Situation von Ehe und Familie in Deutschland. Während vor etwa 40 Jahren Heiraten eine Selbstverständlichkeit<sup>11</sup> war, hat die nachlassende Heiratsbereitschaft inzwischen dazu geführt, dass von den heute lebenden jüngeren Männern und Frauen etwa 30 % zeitlebens ledig bleiben werden.<sup>12</sup> Die Gründe dürften im zurückgegangenen Kinderwunsch, der zunehmenden materiellen Unabhängigkeit der Frauen und schwächer gewordenen religiösen Bindungen zu suchen sein. Auch das hohe Scheidungsrisiko dürfte dafür mitverantwortlich sein, dass Eheschließungen unterbleiben oder aufgeschoben werden und ihnen das nichteheliche Zusammenleben vorgezogen wird.<sup>13</sup>

4 Zu Umfragen und statistischen Erhebungen bezüglich Belgien, Dänemark, Frankreich, Großbritannien, der Niederlande, Österreich, Schweden und der Schweiz s. Seikel, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Steuerrecht (1998), 36–40. Instruktiv für Frankreich ist eine Umfrage des „Observatoire des Moeurs“ der Universität Reims unter 300 Personen, die dort einen „pacte civil de solidarité“ eingegangen sind; vgl. Ignasse, Les pacsé-e-s. Enquête sur les signataires d'un pacte civil de solidarité. Le pacs, hier, aujourd'hui et demain, 2002.

5 Zu Motiven und Formen nichtehelichen Zusammenlebens vgl. Wingen, Nichtehele Lebensgemeinschaften (1984), 46 ff.; ders., in: Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (1984), 10, 15 ff.; Müller-Manger, Art. 6 Grundgesetz, Wandel familiärer Lebensmuster (1987), S. 68 ff. Zur Entwicklung der sozialen Verhältnisse vgl. auch Martiny, Gutachten A zum 64. Deutschen Juristentag Berlin, 2002, S. 15; Nave-Herz, FPR 2001, 3 ff.

6 Die Prognosen sind alarmierend: nach den Ergebnissen der 9. koordinierten Bevölkerungsvorausberechnung des Statistischen Bundesamtes ist bei einem langfristigem Zuwanderungssaldo von 100 000 Personen im Jahr 2050 mit einem Rückgang der deutschen Bevölkerung auf 64,973 Millionen Personen und auf 70,381 Millionen Personen bei einem langfristigen Zuwanderungssaldo von 200 000 Personen zu rechnen; vgl. Sell, Sozialer Fortschritt 2000, 217, 218.

7 Im Jahr 1998 betrug die zusammengefasste Geburtenziffer (Summierung der altersspezifischen Geburtenziffern der Frauen im Alter von 15 bis 49 Jahren) in der Bundesrepublik 141 Kinder je 100 Frauen; 1960 waren es noch 237; vgl. Schwarz, ZfBev 2001, 3, 27. Zur „Reproduktion“ der Elterngeneration müssten es fast 210 Kinder sein; ebd. S. 26; Sell, Sozialer Fortschritt 2000, 217, 218.

8 Im Alter von 35–39 Jahren sind rund 30 % der Frauen in den großen Städten ledig geblieben, in Dörfern und in Kleinstädten etwa 10 %; vgl. Schwarz, ZfBev 2001, 3, 21.

9 Die Scheidungshäufigkeit hat sich vom Ehejahrgang 1950 bis zum Ehejahrgang 1987 mehr als verdreifacht; vgl. Schwarz, ZfBev 2001, 3, 25. Dass diese Entwicklung kein gänzliches Novum ist, belegt die Tatsache, dass die Zahl der Scheidungen auf 100 000 Ehen im Kaiserreich von 74 im Jahre 1890 auf 152 im Jahr 1913 gestiegen ist; Nipperdey, Deutsche Geschichte 1866–1918, Band I: Arbeitswelt und Bürgergeist, S. 47. Dabei handelt es sich freilich um ganz andere Größenordnungen als heute.

10 Eingehend Schwarz, ZfBev 2001, 3, 17 ff. Im April 2001 waren 9 702 000 Ehepaare kinderlos; ihre Zahl überstieg damit erstmals die Anzahl der Ehepaare mit Kindern, die im gleichen Zeitpunkt 9 655 000 betrug; vgl. Statist. Bundesamt, Statist. Jb. 2002, S. 64.

11 Im Jahr 1972 waren in der Bundesrepublik 97 % der 50–54-jährigen Männer und 92 % der gleichaltrigen Frauen nicht mehr ledig; vgl. Schwarz, ZfBev 2001, 3, 17.

12 Schwarz, ZfBev 2001, 3, 19.

13 Schwarz, ZfBev 2001, 3, 23. Grziwotz, FamRZ 2003, 1417 macht zudem für die abnehmende Attraktivität der Ehe Gerichtsentscheidungen verantwortlich, die eine „unbestimmten, unabdingbaren Pflichtenkanon“ des Eherechts anerkennen; vgl. schon ders., DNotZ 2000, 486, 487.

Etwa viereinhalb Millionen Menschen leben in Deutschland in nichtehelicher Lebensgemeinschaft.<sup>14</sup> Der Anteil der nichtehelichen Kinder an allen Neugeborenen beläuft sich in den alten Bundesländern auf etwa ein Sechstel und in den neuen auf die Hälfte. Freilich heiraten die nichtverheirateten Eltern in rund einem Drittel der Fälle nach der Geburt.<sup>15</sup>

## II. Begriffsbestimmung

Das BVerfG hat die nichteheliche Gemeinschaft im Kontext der Arbeitslosenhilfe – Vorgängerregelung zum heutigen Arbeitslosengeld II („Hartz IV“) – definiert als „eine Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Einstehen der Partner für einander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen.“<sup>16</sup> Indem es eine Verantwortungs- und Einstehengemeinschaft forderte, knüpfte das BVerfG an die sozialrechtliche Terminologie an. Im Sozialrecht werden als Synonyme die Bezeichnungen der „Bedarfsgemeinschaft“ (vgl. die Aufzählung der zur Bedarfsgemeinschaft gehörenden Personen in § 7 Abs. 3 SGB II) und der „Einstandsgemeinschaft“ oder „Einsatzgemeinschaft“ verwendet. Sie zeichnet sich, so das BVerfG, durch eine Unterhaltsgemeinschaft aus, in der die Partner zunächst den gemeinsamen Lebensunterhalt sicherstellen, bevor sie ihr persönliches Einkommen zur Befriedigung eigener Bedürfnisse verwenden.<sup>17</sup>

14 Statist. Bundesamt, Statist. Jb. 2002, S. 64. Das BVerfG geht davon aus, dass die Zahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften im Jahr 2001 die Zahl von 2,1 Millionen erreicht hat; vgl. BVerfG FamRZ 2003, 285, 286, 288; NJW 2003, 3691.

15 Schwarz, ZfBev 2001, 3, 28. 2006 haben so genannte alternative Familienformen einen Anteil von 26 % an den Familien insgesamt erreicht. Dabei lag der Anteil in den alten Bundesländern bei 22 %, in den neuen bei 42 %; vgl. Mitteilungen des Statistischen Bundesamts, FamRZ 2008, 577.

16 BVerfGE 87, 234, 264. Als Indizien kämen in Betracht: die lange Dauer des Zusammenlebens, die Versorgung von Kindern oder Angehörigen im gemeinsamen Haushalt und die Befugnis, über Einkommen und Vermögensgegenstände des anderen Partners zu verfügen (S. 265). Bis auf das Erfordernis der Verschiedengeschlechtlichkeit gleiche Begriffsbestimmung in § 1 der von Schumacher vorgeschlagenen Grobskizze einer gesetzlichen Regelung, vgl. Schumacher, FamRZ 1994, 857, 864. Ähnlich, aber unter Verzicht auf die Tatbestandsmerkmale innere Verbundenheit und Verschiedengeschlechtlichkeit M. Seikel, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Steuerrecht (1998), 14. Die Definition als zu eng ablehnend Ruland, NJW 1993, 2855. Kritisch auch MünchKomm/Wacke, nach § 1302 BGB, Rn. 2. Eine einheitliche Definition „angesichts der Vielfalt partnerschaftlicher Lebensformen“ ablehnend Schulz, FamRZ 2007, 593.

17 BVerfGE 87, 234, 265. Trotz von der Definition als Einstehens- und Verantwortungsgemeinschaft abweichender Bezeichnung als Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft mit der gleichen Einschränkung BSGE 63, 120, 127; BVerfGE 15, 306, 312 f.; BVerfG NJW 1978, 388 unter Bezugnahme auf BVerfGE 9, 20, 34: „Das im Einzelfall tatsächliche Fehlen oder der Fortfall der Mitversorgung des Arbeitslosen rechtfertigt – wenn dies erweislich feststeht – allenfalls den Schluss, dass eine eheähnliche Gemeinschaft i. S. einer Haushaltsgemeinschaft nicht (mehr) besteht.“

Die Ansätze von BVerfG und BSG unterschieden sich darin, dass für das BVerfG das Bestehen innerer Bindungen Tatbestandsmerkmal der eheähnlichen Gemeinschaft i. S. d. § 137 Abs. 2 a AFG ist, was BSGE 63, 120, 124 abgelehnt hatte.

Die Rechtsprechung der Bundesgerichte hat die Definition des BVerfG auf andere Rechtsbereiche übertragen, so dass heute davon ausgegangen werden muss, dass ein allgemeingültiges Begriffsverständnis besteht.<sup>18</sup> Seit dem Inkrafttreten des LPartG<sup>19</sup> hat der Gesetzgeber die vom BVerfG vorgenommene, in der Literatur kritisierte<sup>20</sup> Einschränkung auf verschiedengeschlechtliche Verbindungen punktuell in verschiedenen Einzelgesetzen relativiert.<sup>21</sup> Folge dieser uneinheitlichen punktuellen legislatorischen Aktivitäten ist ein in Abhängigkeit vom jeweiligen Rechtsgebiet unterschiedlicher Begriffsumfang. Beispielhaft wird dies im Bereich staatlicher steuer- und nicht beitragsfinanzierter finanzieller Daseins- sicherung. Arbeitslosengeld II, welches hilfebedürftigen erwerbsfähigen Personen im Alter zwischen 15 und 65 Jahren gewährt wird, wird versagt, wenn der Ast. in Bedarfsgemeinschaft mit einem verschieden- oder gleichgeschlechtlichen Lebensgefährten lebt.<sup>22</sup> Demgegenüber

kennt das Sozialhilferecht nach bislang h. M. eine Ein- standsgemeinschaft nur bei verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, nicht dagegen bei homosexuellen Verbindungen (§ 20 i. V. m. §§ 19 Abs. 1 Satz 2, 85 Abs. 1 SGB XII).<sup>23</sup>

Hinter der Bezeichnung nichteheliche Lebensgemeinschaft verbergen sich eine Vielzahl heterogener Formen unterschiedlicher Bindungsintensität, die etwa von der kurzlebig-unverbindlichen Studenten-Wohngemeinschaft über die „Ehe auf Probe“ als Prüfungszeit im Hinblick auf eine etwaige Eheschließung bis zur dauerhaften Lebensgemeinschaft als Alternative zur Ehe mit gemeinsamen Kindern reicht, und unterschiedlicher Rollenverteilung in Erwerbstätigkeit und Beruf (Einverdiener-Partnerschaft, Doppelverdienerbeziehung).<sup>24</sup> Die Kautelarpraxis trägt diesen völlig unterschiedlichen Lebenssachverhalten durch an die individuellen Verhältnisse „maßgeschneiderte“ Vertragsmuster Rechnung.<sup>25</sup>

18 Vgl. jüngst für das Zivilrecht BGH NJW 2008, 443 m. Anm. v. Proff = FamRZ 2008, 247 m. Anm. Grziwotz. A. A. Schulz, FamRZ 2007, 593.

19 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften v. 16. 2. 2001 (BGBI I 2001, 266).

20 Für die Erfassung homosexueller Verbindungen Grziwotz, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2006, § 3, Rn. 39; ders., FamRZ 2003, 1417, 1418; Seikel, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Steuerrecht (1998), 12–14; Kingreen, Verfassungsrechtliche Stellung (1995), S. 60 m. w. N. unter Fn. 214; Maus, Scheidung ohne Trauschein (1984), S. 27; Ruland, NJW 1993, 2855; Schulz, FamRZ 2007, 593, 594; für das schweizerische Recht S. Thurnherr, Die eheähnliche Gemeinschaft im Arbeitsrecht, S. 17f.; KG NJW 1982, 1886 = FamRZ 1983, 271; a. A. Skwirblies, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Angehörigenbegriff im Straf- und Strafprozessrecht, 1. Aufl. 1990, S. 46 m. w. N. zu den vertretenen Ansichten unter Fn. 3; MünchKomm/Wacke, nach § 1302 BGB, Rn. 1 Fn. 1; Münder, in: LPK-SG XII, § 20, Rn. 6. BGH NJW 2008, 443 (m. Anm. v. Proff) = FamRZ 2008, 247 (m. Anm. Grziwotz) hat die nichteheliche Lebensgemeinschaft jüngst in einem Fall, der freilich eine heterosexuelle Verbindung betraf, ohne Einschränkung auf verschiedengeschlechtliche Verhältnisse als eine Lebensgemeinschaft definiert, „die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Einstehen der Partner für einander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen.“

21 Vgl. die amtliche Begründung zur Neufassung des § 563 BGB (Eintritt in das Mietverhältnis nach dem Tod des Mieters) zum 1. 8. 2001 durch das MietRRG v. 19. 6. 2001 (BGBI I 2001, 1149) BT-Drs. 14/4553, S. 38; BR-Drs. 439/00 S. 92 f. Das nunmehr ausdrücklich normierte Eintrittsrecht des nichtehelichen Lebensgefährten war bereits zuvor höchstrichterlich in analoger Anwendung der §§ 569, 569 a BGB anerkannt worden; vgl. BGHZ 121, 116 – NJW 1993, 999.

22 Vgl. die zum 1. 8. 2006 in Kraft getretene Erstreckung der bedürftigkeitsausschließenden Bedarfsgemeinschaft auf gleichgeschlechtliche Verbindungen in § 7 Abs. 3 Nr. 3 SGB II durch Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitssuchende v. 20. 7. 2006, BGBI I 2006, 1706; amtliche Begründung, BT-Drucks. 16/1410 S. 16: „Gleichgeschlechtliche Partner, die nicht nach dem LPartG eingetragen sind, aber in einer Einstehens- und Verantwortungsgemeinschaft zusammenleben, sollen den eheähnlichen Gemeinschaften gleichgestellt werden und somit zukünftig ebenfalls eine Bedarfsgemeinschaft bilden.“ Für die Rechtslage vor dem 1. 8. 2006 war es ganz h. M., dass eine gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft keine Bedarfsgemeinschaft vermitteln könne, vgl. SG Düsseldorf NJW 2005, 845; LSG Nordrhein-Westfalen NJW 2005, 2253 (Beschwerdeinstanz im vorgenannten Verfahren vor dem SG Düsseldorf); LSG Berlin-Brandenburg NJ 2006, 239; Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 7, Rn. 27; Grube, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, § 7 SGB II, Rn. 16 i. V. m. § 20, Rn. 9; Lauterbach, NJ 2005, 430, 431; ders., NJ 2006, 199, 201 m. w. N. aus der Rechtsprechung. Für diese Ansicht sprach die systematische Stellung des „Lebensgefährten“ in Buchst. b der Nr. 3 des § 7 SGB II und damit zwischen dem Ehegatten (Buchst. a) und dem Lebenspartner (Buchst. c).

## B. Vermögensausgleich nach beendeter nichtehelicher Lebensgemeinschaft

### I. BGH: Abwicklungs-, Abrechnungs- und Verrechnungsverbot

Der Zusammenschluss zweier Personen zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist ein rein tatsächlicher Vorgang. Durch ihn allein kommt zwischen den Lebensgefährten kein Vertrag zustande.<sup>26</sup> Auch eine Analogie zum Recht des Zugewinnausgleichs zwischen Ehegatten

23 Grube, in Grube/Wahrendorf, SGB XII (2005), § 20, Rn. 9; Hohm, in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, 17. Aufl. 2006, § 20, Rn. 2, 5; Münder, in: LPK-SG XII, 7. Aufl. 2005, § 20, Rn. 4. Das parallel zum LPartG 2001 vom Bundestag verabschiedete LPartErgG sah insbesondere eine Einbeziehung eingetragener Lebenspartnerschaften in die §§ 11, 28, 79 Abs. 1 BSHG und damit eine Berücksichtigung von Einkommen und Vermögen des in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Lebenspartners bei der Bedürftigkeitsprüfung vor. Wegen des Scheiterns des LPartErgG im Bundesrat wurde dies erst durch Einführung des § 19 Abs. 1 S. 2 SGB XII Gesetz, der am 1. 1. 2005 in Kraft getreten ist; vgl. Art. 1 und 70 des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch v. 27. 12. 2003, BGBI I 2003, 3022. Seitdem sind Eheleute und eingetragene Lebenspartner im Sozialhilferecht gleichgestellt. Dass verschiedengeschlechtliche und gleichgeschlechtliche informelle Verbindungen dagegen unterschiedlich behandelt werden sollen, ist kaum einzusehen.

24 Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anmerkung 1, 3; Strätz, FamRZ 1980, 301, 302.

25 So werden Muster unterschiedliche Partnerschaftsverträge für die „Ehe auf Probe“ und die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft vorgestellt, etwa Grziwotz, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2002, 7 ff., 99 ff.; St. Zimmermann, in: Kersten/Bühling, 21. Aufl. 2001, § 97 a, Rn. 14; Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Muster 1 und 2.

26 Ebenso BGH NJW 1996, 2727; Grziwotz, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, § 5, Rn. 13 m. w. N.; Strätz, in: Staudinger, Anh. zu §§ 1297 ff., Rn. 30; ders., FamRZ 1980, 301, 305 f.; Simon, JuS 1980, 252, 253; Messerle, JuS 2001, 28, 31; Röthel, Jura 2006, 641, 648; Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anm. 2. A. A. nur die Theorie vom Zusammenlebensvertrag bei BGB-RGRK/Roth-Stielow, vor § 1353, Rn. 31; ders., JR 1978, 233 f.; hierzu eingehend Müller, Eheähnliche Gemeinschaft = Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft (1994), S. 17 ff.

(§§ 1371 ff. BGB) kommt nicht in Betracht.<sup>27</sup> Die Lebensgefährten unterstellen sich bewusst nicht dem Eherecht.

### 1. Fortbestand der Vermögenszuordnung nach Auflösung der Lebensgemeinschaft

In seiner bislang ständigen Rechtsprechung lehnt der BGH es grundsätzlich ab, in die Vermögenszuordnung der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach deren Beendigung einzugreifen. Die Rechtsprechung unterscheidet dabei nicht, ob die Lebensgemeinschaft durch Trennung oder durch Tod endet.<sup>28</sup> Als Ausnahme von diesem Abwicklungs-, Abrechnungs- und Verrechnungsverbot erkennt der BGH neben ausdrücklichen abweichenden Vereinbarungen Ausgleichsansprüche im Wesentlichen nur unter dem Gesichtspunkt einer durch konkludentes Verhalten begründeten Innen gesellschaft an. An deren Annahme knüpft der BGH hohe Anforderungen. Hauptmotiv dieser Rechtsprechung ist, wie der BGH jüngst offengelegt hat, zu vermeiden, dass der Partner, der finanzielle Beiträge erbracht hat, besser gestellt wird, als derjenige, der sich mit im Nachhinein kaum bewert- und bezifferbaren Eigenleistungen insbesondere im Haushalt eingebracht hat.<sup>29</sup>

Der Rechtsprechung zufolge bleiben insbesondere Beiträge im Interesse der Führung der Lebensgemeinschaft, d. h. finanzielle und immaterielle Leistungen im Rahmen der gemeinsamen Haushaltsführung<sup>30</sup> und solche Beiträge zum Zusammenleben, die bei Parallelwertung in intakter Ehe dem Familienunterhalt (§§ 1360, 1360 a BGB) zuzurechnen wären<sup>31</sup>, nicht ausgeglichen.<sup>32</sup> Gleiches gilt für die (im Zweifel unentgeltliche) Pflege des kranken Partners<sup>33</sup> und für den Tilgungs- und Zinsdienst im Bezug auf ein Darlehen, das ein Lebensgefährte im Interesse des Zusammenlebens aufgenommen hat und nach den Darlehensbedingungen alleine bedienen muss.<sup>34</sup> Nach Ansicht der Rechtsprechung bestimmen die persönlichen Beziehungen auch das die Lebensgemeinschaft betreffende vermögensmäßige Handeln der Partner.<sup>35</sup> Persönliche und wirtschaftliche Leistungen der Lebensgefährten werden daher nicht gegeneinander abgerechnet.<sup>36</sup> Die Vorstellung, für Leistungen im gemeinsamen Interesse könnten ohne Abrede Gegenleistungen, Wertersatz, Ausgleichung oder Entschädigung verlangt werden, sei nichtehelichen Lebensgemeinschaften fremd.<sup>37</sup> Beiträge im Rahmen des Zusammenlebens würden geleistet, sofern Bedürfnisse auftreten und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage ist. Der BGH geht davon aus, dass Partner einer langjährigen nichtehelichen Lebensgemeinschaft die gegenseitigen finanziellen oder Arbeitsleistungen im Rahmen der Haushaltsführung als gleichwertig ansehen. Sie gewähren sie daher nicht in der Erwartung, hierfür eine Bezahlung zu erhalten. So hat der BGH entschieden, dass angeblich von 1946 bis 1960 geleistete Unterhaltszahlungen in Höhe von 20 000 DM des Mannes von seinen Erben nicht zurück verlangt werden können, und dies insbesondere damit begründet, dass ihnen Leistungen der Haushaltsführung der Frau gegenüberstanden.<sup>38</sup> Dieser Rechtsprechung liegt die Wertung zu Grunde, dass Geldleistungen und Arbeitsleistungen, die in intakter Ehe als Beiträge zum Familienunterhalt

einzuordnen wären, in nichtehelicher Lebensgemeinschaft ebenfalls gleichwertig sind.<sup>39</sup> Der vorbeschriebenen Judikatur mag auch – unausgesprochen – die Scheu davor zu Grunde liegen, Arbeitsleistungen im Haushalt nach Stundenzahl und Stundenlohn zu bewerten.<sup>40</sup> Argumentiert wird auch damit, dass derartige Leistungen im Zusammenhang mit der Lebensgemeinschaft stehen.<sup>41</sup> Das OLG München hat in einem Urteil vom 28. 7. 1987<sup>42</sup> entschieden, dass ein Lebensgefährte ohne entsprechende Vereinbarung vom anderen nicht Aufwendungersatz, Erstattung, (Gesamtschuldner-)Ausgleich oder in anderer Weise Ersatz für Materialaufwand und eigene Arbeitsleistungen im Zusammenhang mit einer Renovierung einer gemeinsam mit der Lebensgefährtin bewohnten Wohnung beanspruchen kann.<sup>43</sup> Das OLG Oldenburg hat ausgeführt, dass ein Partner, der langlebige Wirtschaftsgüter anschafft, nicht besser gestellt werden darf, als der, der für den täglichen Bedarf einkauft, Wohnraum zur Verfügung stellt oder Dienstleistungen erbringt. Die einander erbrachten Leistungen seien vielmehr als gleichwertig anzusehen, schon deshalb,

27 LG Aachen NJW-RR 1988, 450; Battes, Nichteheliches Zusammenleben im Zivilrecht (1983), S. 55 ff.

28 BGHZ 77, 55.

29 Vgl. zuletzt BGH NJW 2008, 443 m. Anm. v. Proff = FamRZ 2008, 247 m. Anm. Grziwotz.

30 Vgl. bereits BAG NJW 1959, 1511; OLG München FamRZ 1988, 58.

31 Vgl. BGH WM 1965, 793, 794: „In einem Verhältnis, wie es zwischen der Kl. und J jahrelang bestanden hat, werden die Leistungen, die im Rahmen gemeinsamer Haushaltsführung jeder für den anderen erbringt, gewöhnlich im Hinblick auf die als gleichwertig angesehenen Leistungen des anderen und deshalb nicht in der Erwartung gewährt, hierfür eine Bezahlung zu erhalten.“; BAG NJW 1959, 1511; OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1110, 1111; OLG Köln FamRZ 1997, 1113.

32 Vgl. Schulz, FamRZ 2007, 593, 594 m. w. N.; Schwab, Familienrecht, Rn. 841, der zwischen Leistungen unterscheidet, die der Lebensgemeinschaft selbst zu Gute kommen sollen (kein Ausgleichsanspruch) und solchen, die dem anderen Partner für dessen Lebensbereich gemacht werden. Im letztgenannten Fall soll ein Vertrag zu Stande kommen.

33 Vgl. OLG Köln FamRZ 1997, 1113, für den Fall freiwilliger Betreuungsleistungen, anders sei jedoch im Falle der vertraglichen Übernahme einer Pflegeverpflichtung zu entscheiden.

34 Vgl. BGH FamRZ 1983, 1213 (allerdings sind die dort streitgegenständlichen erheblichen fremdfinanzierten Aufwendungen zum Umbau des im Alleineigentum der Lebensgefährtin stehenden Hauses in eine Gaststätte m. E. nicht als bloße Beiträge zum Zusammenleben zu qualifizieren); OLG Oldenburg FamRZ 1986, 465 m. zust. Anm. Bosch; Schulz, FamRZ 2007, 593, 594 m. w. N.

35 BGHZ 77, 55, 58 = NJW 1980, 1520, 1521 = BB 1980, 858 = FamRZ 1980, 664 = JR 1980, 455 m. Anm. B. Görgens; BGH NJW 1983, 1055 = FamRZ 1983, 349; BGH DStR 1991, 655, 656 m. Anm. Goette; BGH NJW 1992, 906, 907 = FamRZ 1992, 408 = DStR 1992, 475; BGH NJW 1996, 2727; BGH NJW 1997, 3371 = FamRZ 1997, 1533; BGH NJW 2004, 59, 60 = DStR 2004, 50 = FamRZ 2004, 94; BGH NJW-RR 2005, 1089, 1090 f. = FamRZ 2005, 1151; zustimmend Röthel, Jura 2006, 641, 648.

36 BGHZ 77, 55, 58; Schulz, FamRZ 2007, 593, 594; Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 53.

37 BGHZ 77, 55, 58; BGH NJW 1983, 1055 = FamRZ 1983, 349; BGH NJW 2004, 58, 59 = DStR 2004, 50 f. = FamRZ 2004, 94; OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1110, 1111; OLG Köln FamRZ 1997, 1113.

38 BGH WM 1965, 793, 794.

39 Gleiches gilt für Liebesdienste, die nach BGH NJW 1984, 797, in einer von emotionalen Bindungen getragenen Beziehung nicht gegen Entgelt erbracht werden.

40 So ausdrücklich OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1110, 1111; vgl. bereits OLG Oldenburg FamRZ 1986, 465 m. zust. Anm. Bosch.

41 OLG Oldenburg FamRZ 1986, 465 m. zust. Anm. Bosch; OLG Frankfurt FamRZ 1981, 253 m. zust. Anm. Bosch.

42 OLG München FamRZ 1988, 58.

43 Die Aufrechnung gegen Darlehensrückzahlungsansprüche der Lebensgefährtin wurde daher versagt; OLG München FamRZ 1988, 58.

weil es gar nicht möglich sei, nach Beendigung der Lebensgemeinschaft den Umfang der erbrachten Leistungen festzustellen und zu bewerten.<sup>44</sup>

## 2. Keine Rückforderung wegen Zweckverfehlung

Eine bereicherungsrechtliche Rückforderung von während einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfolgten Leistungen unter dem Gesichtspunkt der Verfehlung des mit der Leistung verfolgten Zwecks (condictio ob rem, § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB) scheidet nach der Rechtsprechung regelmäßig aus.<sup>45</sup> Insbesondere ist es mit der wesensmäßigen Instabilität der eheähnlichen Gemeinschaft<sup>46</sup> (jederzeitige einseitige Auflösbarkeit) unvereinbar, anzunehmen, dass ein Lebensgefährte dem anderen Vermögen mit der einschränkenden Maßgabe zuwendet, dass der andere es im Trennungsfall nur dann behalten darf, wenn sich der zugewendete Gegenstand bis dahin amortisiert hat.<sup>47</sup> Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte geht regelmäßig davon aus, dass ein etwaiger mit einer Leistung an den Lebensgefährten verfolgter Zweck i. S. d. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB bereits erreicht ist. Investitionen in die gemeinsam bewohnte, aber im Alleineigentum des anderen Lebensgefährten stehende Immobilie bezwecken danach lediglich die (wenn auch nur vorübergehende) gemeinsame Benutzung.<sup>48</sup> Auch der BGH ist dieser Ansicht. In einem Urteil vom 20. 1. 1983<sup>49</sup> hat er die Erstattung von Aufwendungen für Heizöl, kleineren Reparaturen durch Handwerker und geringfügigem Materialaufwand, die allesamt dem gemeinsam bewohnten Haus der Partnerin zu Gute kamen, nach Trennung verweigert.

## 3. Lebensgemeinschaft keine Geschäftsgrundlage

Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung unter dem Gesichtspunkt eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 3 S. 1 i. V. m. §§ 346 ff. BGB) hat der BGH abgelehnt. Der Fortbestand der Lebensgemeinschaft komme nicht als Geschäftsgrundlage in Betracht, weil dies andernfalls der spezifischen Risikoverteilung in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zuwiderlaufe. Wer eine nichteheliche Lebensgemeinschaft eingeht, übernehme das Risiko, dass er Leistungen erbringt, die er nicht selbst voll ausnutzen und dennoch nicht ersetzt verlangen kann.<sup>50</sup> Der BGH lehnt es in stetiger Rechtsprechung ab, im Fortbestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Geschäftsgrundlage für Leistungen der Lebensgefährten füreinander zu erblicken. Dies hat zur Konsequenz, dass es den Lebensgefährten nach Beendigung der eheähnlichen Gemeinschaft verwehrt ist, die erbrachten Leistungen unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 3 S. 1 i. V. m. §§ 346 ff. BGB) zurück zu verlangen.<sup>51</sup>

## 4. Schenkungswiderruf wegen groben Undanks (§ 530 Abs. 1 BGB)

Die bloße Trennung genügt nicht als Widerrufsgrund wegen groben Undanks gemäß § 530 Abs. 1 BGB.<sup>52</sup> Der Schenker muss damit rechnen, dass sich die Lebensgemeinschaft auflöst. Ihm kann daher nur durch ein vertragliches Rückforderungsrecht geholfen werden.

Die für die einen Schenkungswiderruf wegen groben Undanks erforderliche schwere Verfehlung kann nur in

besonders rücksichtslosen Begleitumständen der Trennung erblickt werden. Der BGH hat diese Voraussetzungen in einem Fall bejaht, in dem die beschenkte Lebensgefährtin den Schenker vor dessen Arbeitgeber angewärzt und gegen ihn Anzeige wegen Diebstahls von Kraftstoff seines Arbeitgebers gestellt hat. Sie verstoße gegen ihre Leistungstreuepflicht (§ 242 BGB), wenn sie aus bloßem allgemein staatsbürgerlichen Interesse und ohne eigene Betroffenheit ihren Lebensgefährten der Gefahr einer Strafverfolgung und des Verlustes seines Arbeitsplatzes aussetzt.<sup>53</sup>

## II. Abfindungsansprüche aus Innengesellschaft nach BGH-Rechtsprechung

Eine vermögensmäßige Gesamtauseinandersetzung nach Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die während ihres Bestehens erbrachte Leistungen oder Zuwendungen der Partner untereinander berücksichtigt, findet nach ständiger Rechtsprechung beim Fehlen ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarungen nicht statt.<sup>54</sup> Fehlen derartige Vereinbarungen der Partner, so lässt sie der BGH hinsichtlich einzelner Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu. Der nunmehr nach der Geschäftsverteilung zuständige XII. (Familien-)Senat des BGH hat die Grundlage hierfür in deutlicher Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung in einem Grundsatzurteil vom 28. September 2005 nicht mehr in einer „entsprechenden Anwendung“ der §§ 730 ff. BGB, sondern darin gesehen, dass eine Innengesellschaft durch schlüs-

44 OLG Oldenburg FamRZ 1986, 465 m. zust. Anm. Bosch.

45 BGH NJW 1996, 2727. Die Anwendung des Bereicherungsrechts ablehnend auch Palandt/Sprau, 67. Aufl. 2008, § 812, Rn. 90; Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anm. 2; Lohmann, Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Bd. II, I 99, 100; MünchKomm/Lieb, 4. Aufl. 2004, § 812, Rn. 217: mit Zuwendungen an den Lebensgefährten sei die Förderung des gemeinsamen Lebens bezweckt und dieser Zweck sei mit Zusammenleben bis zur Trennung erreicht; eine darüber hinaus bezweckte Förderung der Lebensgemeinschaft in ferne Zukunft sei nicht „nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts beziehender Erfolg“ i. S. d. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, sondern lediglich unbedeutliches Motiv; Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 55; Strätz, FamRZ 1980, 434, 435; Diederichsen, NJW 1983, 1017, 1024; OLG München FamRZ 1980, 239; OLG Frankfurt am Main FamRZ 1981, 253 m. Anm. Bosch; OLG Frankfurt am Main FamRZ 1982, 265 m. Anm. Bosch; OLG Köln FamRZ 1995, 1142, 1143. A. A. OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1475, 1476; OLG Karlsruhe NJW 1994, 948; OLG Köln NJW-RR 1996, 518; Lipp, AcP 180 (1980), 537, 579 ff.

46 Schulz, FamRZ 2007, 593, 594.

47 OLG Hamm NJW-RR 1990, 1223.

48 OLG Celle NJW-RR 2000, 1675.

49 BGH NJW 1983, 1055.

50 BGH NJW 1983, 1055; Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 55; Lipp, AcP 180 (1980), 537, 579 f.

51 BGHZ 77, 55, 60; BGH NJW 2004, 58, 59 = DStR 2004, 50 = FamRZ 2004, 94 (Erwerb eines Wohnhauses als gemeinsamer Alterssitz zu Miteigentum und Ausschluss des Rechts zur Auflösung der Bruchteilsgemeinschaft) m. w. N. aus der Rechtsprechung; BGH NJW-RR 2005, 1089, 1091 = FamRZ 2005, 1151; Röthel, Jura 2006, 641, 648 f.; Burger, FamRZ 2003, 1543, 1544. A. A. OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1110, 1112; OLG Naumburg NJW 2006, 2418; Hausmann, in: Hausmann/Hohlloch, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, S. 145, 164; Schulz, FamRZ 2007, 593, 596; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 44 IV, Rn. 21.

52 Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anm. 3; G. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch (2005), Teil 3 Rn. 403.

53 BGHZ 112, 259, 263.

54 OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1110, 1111.

siges Verhalten zu Stande gekommen sei.<sup>55</sup> Die nichteheliche Lebensgemeinschaft sei eine Verbindung ohne Rechtsbindungswillen. Aus einer bloßen faktischen Willensübereinstimmung könnten sich gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche nicht ergeben.<sup>56</sup> Die Annahme einer durch schlüssiges Verhalten begründeten Innengesellschaft liegt nahe, wenn die Partner durch gemeinschaftliche Leistungen einen Vermögensgegenstand erwirtschaftet haben, der dinglich nur dem einen Partner zusteht, hierbei aber im Innenverhältnis die Absicht verfolgt haben, einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer ihrer Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt wird, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören soll.<sup>57</sup>

55 BGH NJW 2006, 1268, 1270; BGH NJW 2008, 443 m. Anm. v. Proff, Tz. 17 = FamRZ 2008, 247 m. Anm. Grziwotz. Allein durch das gemeinsame Wohnen und Wirtschaften kommt dagegen keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zustande; vgl. Schulz, FamRZ 2007, 593, 594.

56 BGH NJW 2006, 1268, 1270; BGH NJW 2008, 443 m. Anm. v. Proff, Tz. 17 = FamRZ 2008, 247 m. Anm. Grziwotz.

57 Vgl. bereits BGH WM 1965, 793. Anders jedoch zwischen 1980 und 1991 die höchstrichterliche Rechtsprechung; vgl. BGHZ 77, 55, 56 f. = NJW 1980, 1520, 1521 = BB 1980, 858 = FamRZ 1980, 664 = JR 1980, 455 m. Anm. B. Görgens: Die Partnerin erwarb in eigenem Namen ein später gemeinsam bewohntes Haus. Ihr Lebensgefährte schoss 120 000 DM zum Kaufpreis zu. Der BGH versagte den Erben des verstorbenen Lebensgefährten einen Ausgleichsanspruch, weil die Partnerin das Eigentum an dem Grundstück alleine erworben hatte (negative Indizwirkung der dinglichen Rechtslage); BGH NJW 1981, 1502; BGH NJW 1983, 2375; i. Erg. auch BGH FamRZ 1983, 1213. Die im Urteil vom 24. 3. 1980 postulierte negative Indizwirkung der dinglichen Rechtslage, die BGH WM 1965, 793, 794, noch als neben der Sache liegend verworfen hatte, hat BGH NJW 1992, 906, 907 = FamRZ 1992, 408 = DStR 1992, 475, aufgegeben und ist zur alten, im Urteil von 1965 begründeten Linie zurück gekehrt, was OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1475, 1476 verkennt. Sie war im Schriftum heftig kritisiert worden; vgl. Lieb, Gutachten A zum 57. Dt. Juristentag 1988, S. 32; Conradt, „Unbenannte“ Zuwendungen (1998), S. 56 f. („lebensfremd“); Schlüter/Belling, FamRZ 1986, 405, 407: „Im Ergebnis läuft das darauf hinaus, dass beide über einen Ausgleichsanspruch nur dann an dem Vermögensgegenstand wirtschaftlich partizipieren können, wenn sie Miteigentum begründet haben. Dann ist ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleich aber ohnehin entbehrlich.“ Schon und wieder i. S. der alten Rechtsprechung BGH NJW 1986, 51 (Bau zweier Dreifamilienhäuser = Rechteobjekte); BGH DStR 1991, 655, 656 m. Anm. Goette (ausdrückliche Vereinbarung); BGH NJW 1992, 906, 907 = FamRZ 1992, 408 = DStR 1992, 475 m. Anm. Goette; BGH NJW-RR 1996, 1473 = DStR 1996, 1740 m. Anm. Goette (Beitrag von 90 000 DM zur Anschaffung einer gemeinsam bewohnten und nur auf die Lebensgefährtin eingetragenen Wohnung); BGH NJW 1997, 3371 f. = FamRZ 1997, 1533 (Beitrag von 94 000 DM zur Anschaffung einer gemeinsam bewohnten und nur auf die Lebensgefährtin eingetragenen Wohnung); BGH WM 2000, 522 (Organisation und Finanzierung umfangreicher Renovierungsarbeiten am Miethaus der Lebensgefährten im Wert von ca. 150 000 DM); BGH DB 2003, 2222 = BB 2003, 2139 = DStR 2003, 1890 = FamRZ 2003, 1542 m. Anm. Burger = NZG 2003, 1015 = MDR 2003, 1233: Ein wesentlicher Beitrag, den ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für einen im Alleineigentum des anderen Partners stehenden Vermögensgegenstand geleistet hat, kann die – für die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze nach der ständigen Rechtsprechung des Senats erforderliche – Absicht gemeinschaftlicher Wertschöpfung nicht ersetzen, sondern nur im Einzelfalle einen Anhaltspunkt für das Bestehen einer solchen Absicht bilden; der Schluss, dass wesentliche Beiträge eines Partners die Annahme einer gemeinschaftlichen Wertschöpfungsabsicht beider Partner rechtfertigen, setzt eine Gesamtwürdigung aller Umstände voraus, die insbesondere die Art des geschaffenen Vermögenswertes, die von beiden Seiten erbrachten Leistungen und die finanziellen Verhältnisse der Partner in der konkreten Lebensgemeinschaft zu berücksichtigen hat; BGH NJW-RR 2005, 1089, 1091 = FamRZ 2005, 1151; BGH NJW 2008, 443 m. Anm. v. Proff, Tz. 17 = FamRZ 2008, 247 m. Anm. Grziwotz. Vgl. auch OLG Hamm

Die Voraussetzungen für einen gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch sind nach der Rechtsprechung des BGH beispielsweise dann gegeben, wenn die Partner durch beiderseitige Arbeit, finanzielle Aufwendungen oder sonstige Leistungen zusammen ein gewerbliches Unternehmen aufbauen, betreiben und als gemeinsamen Wert betrachten und behandeln.<sup>58</sup> Gleches gilt, wenn während einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Rechteobjekte gemeinsam derart geschaffen werden, dass die Partnerin Grundstücke erwirbt und der Partner an deren Bebauung wesentlich mitwirkt<sup>59</sup>, oder wenn ein Lebensgefährte wesentlich zum Bau des gemeinsam bewohnten Hauses beiträgt, das im Alleineigentum des anderen Lebensgefährten steht.<sup>60</sup> Immer muss der Beitrag des dinglich nicht beteiligten Lebensgefährten dem Substanzaufbau, der Erhaltung oder wesentlichen Verbesserung dienen. Nicht ausreichend sind bloße Reparaturmaßnahmen oder -aufwendungen. Daher begründen auf eigene Kosten vorgenommene Renovierungsmaßnahmen eines Lebensgefährten an der von ihm gemieteten und von beiden genutzte Wohnung keine Ausgleichsansprüche gegen die Lebensgefährtin, wenn die Lebensgemeinschaft scheitert.<sup>61</sup> In diesem Fall steht der Zweck des gemeinschaftlichen Zusammenlebens ganz im Vordergrund.

Maßgebend für das Bestehen von Ausgleichsansprüchen ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH eine Gesamtwürdigung, die sich an getroffenen Absprachen, Äußerungen des dinglich allein berechtigten Partners gegenüber Dritten, den finanziellen Verhältnissen der beiden Partner und daran orientiert, dass jedenfalls bei Vermögenswerten von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung wesentliche Beiträge des Partners, der nicht Ei-

NJW 1980, 1530 (Hotelbetrieb); OLG Stuttgart DStR 1992, 474 m. Anm. Goette, rkr. nach BGH v. 13. 1. 1992, II ZR 70/91, nicht veröffentlicht; OLG Köln FamRZ 1995, 1142, 1143; OLG Bremen NZG 1999, 25; Paland/Sprau, § 705 BGB, Rn. 46; Staudinger/Habermeier, § 730 BGB, Rn. 8. Kritisch zu dieser Rechtsprechung wegen ihrer fehlenden Abstimmung zu Ehegatteninnengesellschaften Grziwotz, DNotZ 2000, 486, 494. Kritisch zum dogmatischen Ansatz der „entsprechenden Anwendung“ der §§ 730 ff. BGB durch die alte BGH-Rechtsprechung Röthel, Jura 2006, 641, 650, die Ausgleichsansprüche nur auf rechtsgeschäftlicher Basis, nicht dagegen auf der Grundlage von Billigkeitsjudikatur zulassen möchte und dies damit begründet, dass nur bei Vorliegen rechtsgeschäftlicher Ausgleichsabreden ein schutzwürdiges Vertrauen in einen Ausgleich nach Beendigung der Gemeinschaft anzuerkennen sei; auch Arens, FamRZ 2000, 266, 269 hält die Annahme einer Innengesellschaft aufgrund faktischer Willensübereinstimmung für verfehlt; Schulz, FamRZ 2007, 593, 595 qualifiziert die Rechtsprechung als „schwer berechenbare Billigkeitsjustiz“.

58 BGHZ 84, 388, 390 = FamRZ 1982, 1065 m. Anm. Bosch. OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 109 dehnte die Rechtsprechungsgrundsätze auf den vom Partner mitfinanzierten Erwerb eines Kraftfahrzeugs, KG NJW 1982, 1886 = FamRZ 1983, 271 auf den Erwerb einer Wohnungseinrichtung aus; hierzu zu Recht kritisch Soergel/Lange, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, Rn. 18.

59 BGH NJW 1986, 51; BGH WM 2000, 522.

60 BGH WM 1965, 793; BGH NJW-RR 1993, 774 = FamRZ 1993, 939; OLG Bremen NZG 1999, 25; OLG Schleswig FamRZ 2002, 96, nimmt sogar bei Erwerb einer Wohnung durch die Lebensgefährten zu ½ Miteigentumsbruchteilen eine Innengesellschaft an mit der Folge, dass jeder Lebensgefährte vom anderen nach Beendigung der Lebensgemeinschaft und Verkauf der Wohnung den entstandenen Verlust mitzutragen hat.

61 OLG München FamRZ 1988, 58; dies gilt selbst dann, wenn die Handwerkerrechnungen erst nach Trennung fällig werden; vgl. BGH NJW 1983, 1055.

gentümer oder Miteigentümer ist, einen Anhaltspunkt für eine gemeinschaftliche Wertschöpfung bilden.<sup>62</sup>

Stets sind aber ausdrückliche Vereinbarungen vorrangig. Sie verdrängen einen gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch. Trägt der Lebensgefährte beispielsweise zum Erwerb eines Wohnhauses durch seine Partnerin bei und ist man sich einig, dass ihm als einzige Gegenleistung ein grundbuchlich abgesichertes Mitbenutzungsrecht eingeräumt wird, so ist für einen gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch nach Ansicht des OLG Naumburg kein Raum mehr.<sup>63</sup> Allerdings besteht auf die durchgängige Anwendung dieses Grundsatzes durch die Rechtsprechung kein Verlass. So hat das OLG Schleswig hinter dem Erwerbsbeteiligungsverhältnis der Bruchteilsgemeinschaft eine konkludent begründete Innengesellschaft bürgerlichen Rechts erkannt.<sup>64</sup>

### III. Exkurs: Lebensgefährten-Innengesellschaft und Ehegatten-Innengesellschaft

Die Voraussetzungen für die Annahme eines Ausgleichsanspruchs entsprechend §§ 730 ff. BGB zwischen Lebensgefährten unterscheiden sich von denjenigen, unter denen die Rechtsprechung einen Ausgleichsanspruch unter Ehegatten annimmt.<sup>65</sup> An Ausgleichsansprüche zwischen Ehegatten stellt die Rechtsprechung erheblich höhere Hürden.<sup>66</sup> Dies liegt an der unterschiedlichen rechtlichen Ausgangssituation und an der geringeren Notwendigkeit eines Ausgleichsanspruchs für Ehegatten. Diese sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet.<sup>67</sup> Ein Ausgleich findet nach Auflösung der Ehe bereits güterrechtlich oder erbrechtlich statt bzw. ist – im Falle der Gütertrennungsehe<sup>68</sup> – güterrechtlich bewusst ausgeschlossen worden.

Die bloße Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft kommt daher als tauglicher Gesellschaftszweck einer Ehegatteninnengesellschaft nicht in Betracht.<sup>69</sup> Gleicher gilt allerdings auch für die nichteheliche Lebensgemeinschaft.<sup>70</sup> Auch bei dieser entsteht durch das bloße gemeinsame Wohnen und Wirtschaften keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.<sup>71</sup> Vielmehr muss ein über die Verwirklichung der (ehelichen oder nichtehelichen) Lebensgemeinschaft hinausgehender Zweck verfolgt werden.<sup>72</sup> Bei Ehegatten unterscheidet der BGH nach der Art der Nutzung des angeschafften/hergestellten Vermögensgegenstandes.<sup>73</sup> Wird er zu Erwerbszwecken genutzt (z. B. ein gewerblicher oder freiberuflicher Betrieb, ein Mietshaus), so kommt eine durch schlüssiges Verhalten zu Stande gekommene Ehegatteninnengesellschaft in Betracht. Bei Beendigung der Innengesellschaft entsteht ein Anspruch auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens. Dieser besteht nach neuerer Rechtsprechung neben einem etwaigen Zugewinnausgleichsanspruch und somit nicht nur subsidiär.<sup>74</sup> Macht ein Ehegatte dagegen Ansprüche wegen Mitarbeit beim Bau des im Alleineigentum des anderen Ehegatten stehenden Familienheims geltend, so nimmt die Rechtsprechung einen „familienrechtlichen Vertrag eigener Art“<sup>75</sup> an. Aus diesem können sich Ausgleichsansprüche unter dem Gesichtspunkt eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 3 S. 1 i. V. m. §§ 346 ff. BGB) nur dann ergeben, wenn der Fortbestand der Vermögenszuordnung für den Anspruchsteller unzumutbar ist.<sup>76</sup> Gleicher gilt

im Falle sogenannter unbenannter Ehegattenzuwendungen.<sup>77</sup> Derartige Ausgleichsansprüche sind subsidiär gegenüber dem Zugewinnausgleichsanspruch.<sup>78</sup> Geht es dagegen um die Auseinandersetzung beendeter nichtehelicher Lebensgemeinschaften, unterscheidet die Rechtsprechung nicht nach der Art der Nutzung des Vermögensgegenstandes, sondern sieht einheitlich Raum für die Anwendung einer konkludent begründeten Innengesellschaft, insbesondere auch im Fall des Baus eines gemeinsam bewohnten Wohnhauses.<sup>79</sup> Für eine Rückforderung von Investitionsaufwendungen, die dem gemeinsam bewohnten, im Alleineigentum des anderen Lebensgefährten stehenden Hauses zugute kamen, unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

62 BGH NJW 1992, 906, 907 = FamRZ 1992, 408 = DStR 1992, 475 = WM 1992, 610, 611; BGH NJW-RR 1993, 774 = FamRZ 1993, 939 m. w. N.; BGH NJW-RR 1996, 1473 = DStR 1996, 1740 m. Anm. Goette; BGH WM 2000, 522.

63 OLG Naumburg NJW-RR 2003, 578, 579. Dieser Beschluss weicht im Übrigen von der ganz h. M. insofern ab, als er Finanzierungsbeiträge für Errichtung und Bau des im Alleineigentum der Lebensgefährtin stehenden Familienheims von einem gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch ausschließt, weil sich die Beiträge „in der Verwirklichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erschöpft“ hätten. Stattdessen erörtert das Gericht eine unbenannte Zuwendung. Ebenso OLG Naumburg NJW 2006, 2418 = FamRZ 2006, 1534.

64 OLG Schleswig FamRZ 2002, 96: Die Frau brachte 150 000 DM Eigenkapital ein, während ihr Lebensgefährte die überwiegenden laufenden Zins- und Tilgungsdienst für die Fremdfinanzierung übernahm. Bevor die Immobilie abbezahlt war, trennte man sich und veräußerte sie mit Verlust. Die Frau verlangte mit Erfolg vom Mann, zur Verlustdeckung beizutragen. A. A. mit deutlicher Zurückhaltung gegenüber der Annahme einer konkludent begründeten Innengesellschaft bei Eheleuten BGH FamRZ 1990, 975, 978; OLG NJW-RR 2003, 578, 579; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 4. Aufl. 2006, Rn. 604.

65 BGHZ 84, 388, 391 f. = FamRZ 1982, 1065 m. Anm. Bosch; Sandweg, BWNotZ 1991, 61, 65. Zu den Voraussetzungen für die Annahme einer Ehegatten-Innengesellschaft vgl. Rothmund, Erklärungstatbestand und ehrechte Schranken bei der Begründung einer Ehegatten-Innengesellschaft (1987), v. a. S. 143 ff. Zu den erbrechtlichen und pflichtteilsrechtlichen Konsequenzen einer Ehegatteninnengesellschaft vgl. Wall, ZEV 2007, 249 ff.

66 Voraussetzung hierfür ist, dass sich die Eheleute in den Dienst einer über die eigentliche Lebensgemeinschaft hinausgehenden gemeinsamen Aufgabe gestellt haben, vgl. BGHZ 84, 388, 391. Vgl. auch Arens, FamRZ 2000, 266, 268 f.; G. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch (2005), Teil 3 Rn. 399.

67 Vgl. § 1353 Abs. 1 BGB.

68 Hierauf weist Sandweg, BWNotZ 1991, 61, 65 hin.

69 Arens, FamRZ 2000, 266, 268.

70 OLG Frankfurt am Main FamRZ 1982, 265 m. Anm. Bosch.

71 Schulz, FamRZ 2007, 593, 594.

72 Arens, FamRZ 2000, 266, 268.

73 BGH NJW 2006, 1268, 1269. Eine umfassende Darstellung der BGH-Rechtsprechung findet sich bei Wever, Vermögensauseinandersetzung, S. 284 ff.

74 BGH NJW 2003, 2982, 2983; BGH NJW 2006, 1268, 1269.

75 BGH NJW 2006, 1268, 1269.

76 Langenfeld, ZEV 2000, 14, 15.

77 Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, S. 269 f.; Winklmair, FamRZ 2006, 1650, 1651.

78 BGH NJW 2006, 1268, 1269.

79 So für die Mitwirkung am Bau eines gemeinsam genutzten Wohnhauses schon BGH WM 1965, 793; ausdrücklich bestätigt durch BGH NJW-RR 1993, 774 = FamRZ 1993, 939; OLG Bremen NZG 1999, 25. Anders noch BGH NJW 1983, 1055 für Heizöl-, Handwerker- und Materialkosten, die ein Lebensgefährte geleistet hat, um zur Instandsetzung des von seiner Lebensgefährtin erworbenen renovierungsbedürftigen Hauses beizutragen. A. A. Schulz, FamRZ 2007, 593, 596 ff., der eine Angleichung der Ausgleichsmechanismen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft an die der Ehe befürwortet und Fälle, in denen ein Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zum Erwerb oder Bau des im Alleineigentum des anderen stehenden gemeinsam bewohnten Heims wesentlich beiträgt, der Rechtsfigur der unbenannten Zuwendung zuordnen möchte.

infolge Trennung (§ 313 BGB) sieht die Rechtsprechung des BGH<sup>80</sup> und einiger Oberlandesgerichte<sup>81</sup> bislang keinen Raum.<sup>82</sup> Eine im Vordringen befindliche LiteratURAUffassung<sup>83</sup> und vereinzelte Entscheidungen der Oberlandesgerichte<sup>84</sup> verweigern dieser Rechtsprechung des BGH freilich die Gefolgschaft. Diese Ansicht stuft wesentliche Beiträge, die ein Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zum Erwerb oder Bau des im Alleineigentum des anderen stehenden gemeinsam bewohnten Heims leistet, als unbenannte Zuwendung ein. Insoweit käme es zu einer Angleichung der Ausgleichsmechanismen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft an die der Ehe. Begründet wird diese Auffassung damit, dass mit der unbenannten Zuwendung gerade bezeichnet werde, das Zusammenleben zu stärken und zu festigen. Die jederzeitige Auflösbarkeit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft stehe der Annahme einer unbenannten Zuwendung daher nicht entgegen.<sup>85</sup>

#### IV. Folgerungen für die Kautelarpraxis

Die stetige Rechtsprechung des BGH geht von dem Grundsatz aus, dass in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Leistungen materieller oder immaterieller Art, die dem anderen Partner oder der Lebensgemeinschaft zugute kommen, unentgeltlich erbracht sind.<sup>86</sup> Endet die Partnerschaft durch Trennung oder Tod, kommt eine Rückforderung, Erstattung oder Auseinandersetzung grundsätzlich nicht in Betracht. Vielmehr bleibt die vermögensmäßige Zuordnung unangestastet. Eine Ausnahme hiervon ist in den Fällen anerkannt, in denen die Partner einen größeren Vermögensgegenstand, etwa eine eigen- oder fremdgenutzte Immobilie oder ein Unternehmen, aufbauen, betreiben bzw. die Anschaffungskosten gemeinsam tragen, der dinglich Alleineigentum eines Partners bleibt (konkludent begründete Innengesellschaft).

Das Abwicklungs-, Abrechnungs- und Verrechnungsverbot der Rechtsprechung wird nicht immer den Vorstellungen der Beteiligten gerecht. Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Vereinbarung von Darlehen zu, die bis zur Trennung bzw. dem Tod zins- und tilgungsfrei gestellt sind.<sup>87</sup> Die Konsequenzen der Rechtsprechung des BGH zur konkludent begründeten Innengesellschaft sind im Einzelfall nicht leicht zu prognostizieren. Gleches gilt für die von der dispositiven Regel der Aufteilung nach Köpfen (§ 722 Abs. 1 BGB) abweichende Auseinandersetzungsquote.<sup>88</sup> Die hierdurch bedingte Rechtsunsicherheit belegt deutlich den großen Nutzen eindeutiger vertraglicher Vereinbarungen.

Wie die Vielzahl einschlägiger Gerichtsentscheidungen belegt, führt das Fehlen eines spezifischen bürgerlich-rechtlichen Regelungsmechanismus für den Fall der Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft häufig zu Streit und Gerichtsprozessen. Im Verein mit einer schwer prognostizierbaren Rechtsprechung eröffnet sich hier für die notarielle Praxis ein weites Feld, um dem Bedürfnis nach Rechtsfrieden stiftender Vorsorge zu begegnen.

Die Auflösung der Lebensgemeinschaft kann nach dem Geschilderten für die Beteiligten durchaus einschneidende Folgen haben, die jedenfalls einer von ihnen

als „böse Überraschung“ empfinden kann. Die hierin liegende gestalterische Herausforderung bedingt eine genaue Sachverhaltsermittlung. Die entscheidenden Umstände drohen mitunter im Verborgenen zu bleiben, insbesondere dann, wenn der schutzbedürftige Partner nicht an der Urkunde beteiligt ist. Erwirbt etwa der Käufer mit Mitteln seiner Lebensgefährtin eine Immobilie, so verbleibt sie im Grundsatz auch nach Auflösung der Gemeinschaft bei ihm; etwas anderes gilt nur bei ausdrücklicher oder konkludenter abweichender Vereinbarung, z. B. einer Innengesellschaft. Dabei spielt keine Rolle, ob die Lebensgemeinschaft durch Tod oder durch Trennung endet.<sup>89</sup> Wird der Erwerb der Immobilie (teilweise) fremd finanziert und verpflichten sich die Partner gesamtschuldnerisch zur Darlehenstilgung und zum Zinsdienst, so hat die Auflösung der Partnerschaft nach der Rechtsprechung des BGH folgende Konsequenzen: Der dinglich nicht an der Immobilie beteiligte Lebensgefährtete kann vom anderen Part weder (Teil-)Übertragung noch Erstattung seiner Tilgungs- und Zinsbeiträge verlangen; dabei ist gleichgültig, in welchem Umfang und Anteil er sich an der Finanzierung beteiligt hat.<sup>90</sup> Für die Zeit nach Auflösung ist er im Innen-

80 BGH NJW 1983, 1055; offenlassend jüngst BGH NJW 2008, 443 m. Anm. v. Proff = FamRZ 2008, 247 m. Anm. Grziwotz.

81 OLG Hamm NJW-RR 1990, 1223; OLG Celle NJW-RR 2000, 1675. Zustimmend Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 55; ders., BWNotZ 1991, 61, 66.

82 OLG Celle NJW-RR 2000, 1675, 1676 erörtert nur einen Ausgleich nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, nicht dagegen wegen Wegfalls der Geschäftspraktik. Für den Fall einer Verlobung sieht das Gericht dagegen Raum für § 313 BGB; den Ausgleichsanspruch berechnet das Gericht folgendermaßen: Wie bei der Ermittlung des Zugewinnausgleichs wird der Zugewinn jedes Ehegatten ermittelt. Dabei wird das Anfangsvermögen des Mannes, der von der Frau und seinen Schwiegereltern in der Verlobungszeit Investitionen in sein Haus erhalten hat, um den Wert dieser Aufwendungen gekürzt. Die entsprechenden Aufwendungen werden dem Anfangsvermögen der Ehefrau nicht spiegelbildlich zugerechnet. Der Mann hat den Teil seines Zugewinns, der den der Frau übersteigt, hälftig mit ihr auszugleichen. A. A. OLG Hamm NJW-RR 1990, 1223: Eigenleistungen und finanzielle Beiträge zum Bau eines Familienheims, das im Alleineigentum der Lebensgefährtin stand, seien nicht nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen ausgleichsfähig, diese seien nur auf Renditeobjekte anwendbar; OLG Naumburg NJW-RR 2003, 578: Finanzierungsbeiträge für Errichtung und Bau des im Alleineigentum der Lebensgefährtin stehenden Familienheims könnten nicht Gegenstand gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsansprüche sein, weil sie sich „in der Verwirklichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erschöpft[en]“. Ansprüche seien vielmehr allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer Rückforderung einer unbenannten Zuwendung denkbar.

83 Hausmann, in: Hausmann/Hohloch, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. 2004, Kap. 4, Rn. 46; Schulz, FamRZ 2007, 593, 598 ff. m. w. N.; Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anm. 10.

84 OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1110, 1112; OLG Naumburg NJW-RR 2003, 578; OLG Naumburg NJW 2006, 2418 = FamRZ 2006, 1534.

85 Schulz, FamRZ 2007, 593, 599. Ablehnend Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 55: Eine Übertragung des für Eheleute geschaffenen Rechtsinstitutes der unbenannten (ehebedingten) Zuwendung auf nichteheliche Partner komme nicht in Betracht, weil die im Rahmen der Ehe unterstellten Motive außerhalb der Ehe nicht als sozialtypisch unterstellt werden könnten.

86 Einen fundamental anderen Ansatz verfolgt Lipp, AcP 180 (1980), 537, 583 ff., der ein synallagmatisches Verhältnis der Lebensgefährtin erkennen will.

87 Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anm. 10; N. Mayer, ZEV 1999, 384, 385.

88 Sandweg, BWNotZ 1991, 61, 65.

89 Vgl. BGHZ 77, 55.

90 BGHZ 77, 55, 58.

verhältnis nicht zu weiterem Zins- und Tilgungsdienst verpflichtet. Die Zweifelsregel des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB, nach der Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, kommt wegen „abweichender Bestimmung“ nicht zur Anwendung.<sup>91</sup>

### C. Partnerschaftsvertrag

Während punktuelle Vereinbarungen zwischen Lebensgefährten anlässlich des gemeinsamen Erwerbs einer Immobilie in der notariellen Praxis regelmäßig begegnen und nachgefragt werden, kommen umfassende Partnerschaftsverträge in Beurkundungsform, aber auch in privatschriftlicher Form praktisch nur äußerst selten vor.<sup>92</sup> Mit derartigen Vereinbarungen soll das Zusammenleben in wirtschaftlicher, bisweilen – aber mangels Rechtsverbindlichkeit nicht empfehlenswert<sup>93</sup> – auch persönlicher Sicht geordnet werden. Motive können schlechte Erfahrungen mit einer Vorehe und der für die Scheidung obligatorischen Trennungszeit sein. Exotischer sind die Fälle, in denen die bürgerlich-rechtliche Ehe aus weltanschaulichen Gründen abgelehnt wird, sei es, weil das religiös motivierte Verständnis der Ehe als vom Priester gespendetes Sakrament in den weltlichen Bereich übertragen und damit am Rechtszustand vor dem Kulturmampf festgehalten wird, sei es aus einer radikalliberinären Gesinnung heraus.

### I. Formfragen

Partnerschaftsverträge sind für sich genommen grundsätzlich formfrei möglich, wenn sie keine der notariellen Beurkundungsform unterliegende Verpflichtung oder Verfügung, z. B. über Grundbesitz oder GmbH-Geschäftsanteile, Schenkungsversprechen oder erbvertragliche Vereinbarungen enthalten, oder (Privat-)Schriftform – etwa bei Leibrentenverpflichtungen (§ 761 BGB) oder Schuldversprechen oder -anerkenntnis (§ 780, 781 BGB) verlangt ist.<sup>94</sup> Insbesondere ist das gemeinschaftliche Testament der nichtehelichen Lebensgemeinschaft verwehrt, wenn die Lebensgefährten nicht miteinander verlobt sind. Das in § 1410 BGB aufgestellte notarielle Beurkundungserfordernis für den Vertrag zwischen Ehegatten über güterrechtliche Verhältnisse (Ehevertrag) ist auf den Partnerschaftsvertrag nicht analog anwendbar.<sup>95</sup> Weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft als solche keine Vertragsbeziehung mit gesetzlichem Inhalt zwischen den Beteiligten begründet, kann der Partnerschaftsvertrag keine Abweichung von einem gesetzlichen Standardmodell wie der Ehe begründen.

Noch ungeklärt ist, ob § 1585 c S. 2 BGB analoge Anwendung auf Vereinbarungen über den Unterhalt aus Anlass der Geburt eines unehelichen Kindes (§ 16151 BGB) findet. Diese durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz<sup>96</sup> eingeführte Vorschrift ordnet die Beurkundungspflicht von Vereinbarungen zwischen Ehegatten über den gesetzlichen nachehelichen Unterhalt an, die vor Rechtskraft der Ehescheidung getroffen werden. Zweck der Regelung ist, durch Mitwirkung eines Notars die fachkundige und unabhängige Beratung der Vertragspartner sicher zu stellen, um sie vor übereilten Entscheidungen zu bewahren und ihnen die rechtliche

Tragweite ihrer Vereinbarung deutlich zu machen.<sup>97</sup> Diese Vorschrift findet nach ihrem Wortlaut nur auf Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt zwischen Eheleuten Anwendung, nicht dagegen auf solche zwischen Verwandten oder Unverheirateten. Offensichtlich sah der Gesetzgeber für den Bereich des Verwandtenunterhalts (§§ 1601 ff. BGB) und des Unterhaltsanspruchs aus Anlass der Geburt (§ 16151 BGB) keinen Regelungsbedarf, weil hier kraft ausdrücklicher Anordnung (§ 1614 Abs. 1 BGB, für den Unterhaltsanspruch aus Anlass der Geburt i. V. m. § 16151 Abs. 3 S. 1 BGB) für die Zukunft nicht auf Unterhalt verzichtet werden kann.<sup>98</sup> Es ist danach nur zulässig, zugunsten, nicht jedoch zulasten des Unterhaltsberechtigten von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen zu treffen. Aus diesem Grund wird die Frage nach der analogen Anwendung des § 1585 c S. 2 BGB wenig diskutiert und wenn sie erörtert wird, verneint.<sup>99</sup> Allerdings besteht insofern aus Sicht der Unterhaltsverpflichteten durchaus Beratungs- und Belehrungsbedarf, der eine notarielle Beurkundungspflicht rechtfertigen würde. Die Rechtsprechung des BGH<sup>100</sup> und

91 BGHZ 77, 55, 58. Ist allein der dinglich nicht berechtigte Partner Darlehensnehmer, so kann er vom anderen Erstattung aller nach der Trennung anfallenden Zins- und Tilgungsbeiträge aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 670, 683 S. 1 BGB) verlangen; vgl. BGH NJW 1981, 1502; OLG Frankfurt FamRZ 1984, 1013.

92 Gleiche Einschätzung bei Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 56; Strätz, FamRZ 1980, 301, 305; Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anm. 10; G. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch (2005), Teil 3 Rn. 409. Dagegen scheinen mündliche punktuelle Vereinbarungen verbreitet zu sein, insbesondere über die Aufgabenverteilung im Haushalt.

93 Vgl. auch Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anm. 7 ff.; Sandweg, BWNotZ 1991, 61 f.

94 St. Zimmermann, in: Kersten/Bühling, 21. Aufl. 2001, § 97 a, Rn. 13.

95 Vgl. mit Blick auf die Vereinbarung einer Zahlungspflicht des Mannes für den Trennungsfall OLG Köln FamRZ 2001, 1608 = MDR 2001, 756.

96 Art. 1 Nr. 13 des Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts, BGBI. 2007 I, 3189, 3190, in Kraft getreten zum 1. 1. 2008.

97 BT-Drs 16/1830 S. 22; Palandt/Brudermüller, § 1585 c BGB, Rn. 3 a.

98 Zu Gestaltungsmöglichkeiten beim Trennungsunterhalt eingehend Huhn, RNotZ 2007, 177.

99 Bergschneider, DNotZ 2008, 95, 104; ders., FamRZ 2008, 17, 18; Born, NJW 2008, 1, 6.

100 Speziell für den Fall, dass die Eltern des unehelichen Kindes in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen gelebt haben, ist in der Literatur umstritten, ob der betreuende Elternteil vom anderen Teilhabe an der Lebensstellung des unterhaltspflichtigen Elternteils verlangen kann; für eine Teilhabe Ehinger, FPR 2001, 25, 27; Schilling, FamRZ 2005, 445; ders., FamRZ 2006, 1, 2 für den Fall, dass die Eltern in eheähnlicher Gemeinschaft zusammengelebt haben und vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen gelebt haben; a. A. MünchKomm/Born, § 16151 BGB, Rn. 30. Der Verweis in § 16151 Abs. 3 Satz 1 BGB auf die Vorschriften des Verwandten- und nicht des Ehegattenunterhalts spricht an sich dagegen, da § 16151 keinen Trennungsunterhalt begründet, sondern mittelbar dem Kind dienen soll. Betreut eine mittellose Studentin ihr mit einem gutschwierigen Unternehmer und Einkommensmillionär gemeinsames nichteheliches Kind, so vermittelt ihr § 16151 BGB nicht Teilhabe am Lebensstandard des Vaters. Entschließt sich umgekehrt die sehr gut verdienende Topmanagerin, ihr nichteheliches Kind selbst zu betreuen, so hätte der Vater ihr bei wortgetreuer Auslegung die entgegengesetzten Einnahmen bis an die Grenze seines Selbstbehaltens im Wege des Unterhalts weiter zu leisten; er stünde damit schlechter als gegenüber einer Ehefrau. In Korrektur dieser gesetzlichen Wertung hat BGH FamRZ 2005, 442 entschieden, dass der unterhaltsberechtigte unverheiratete Elternteil nicht mehr als den ihm bei Anwendung des Halbteilungsgrundsatzes zustehenden Unterhaltsbetrag verlangen darf.

des BVerfG<sup>101</sup> hat zudem die in § 16151 Abs. 3 S. 1 BGB angeordnete Vorbildfunktion des Verwandtenunterhalts wiederholt zugunsten einer Orientierung an dem viel besser passenden nachehelichen Kindesbetreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) korrigiert, so dass es nicht ganz zweifelsfrei erscheint, dass die notarielle Beurkundungsformvorschrift des § 1585 c S. 2 BGB auf Vereinbarungen zum Unterhalt aus Anlass der Geburt nach § 16151 BGB keine Anwendung findet.

Letztlich kann die Frage nach der analogen Anwendbarkeit des § 1585 c S. 2 BGB auf Partnerschaftsvereinbarungen regelmäßig offen bleiben. Die höchstrichterliche Rechtsprechung stuft die Eingehung von Zahlungspflichten an den Partner als – meist belohnendes (§ 534 BGB)<sup>102</sup> – Schenkungsversprechen ein, welches der notariellen Form des § 518 BGB unterliegt. Dies gilt insbesondere für freiwillig zugesicherte Unterhaltszahlungen, die regelmäßig als belohnende Schenkung an die Lebensgefährtin eingestuft werden, die den Haushalt führt oder im Betrieb aushilft.<sup>103</sup> Hiervon abweichend sieht eine im Vordringen befindliche obergerichtliche Rechtsprechung und Literatur derartige Zahlungspflichten regelmäßig als formfrei wirksame unbenannte Zuwendungen an, mit denen Beiträge des anderen Partners im Dienste der Lebensgemeinschaft entgolten werden.<sup>104</sup> Zu beachten ist allerdings, dass die Beurkundungsform beim Schenkungsversprechen nur die Erklärung des Versprechenden erfasst.<sup>105</sup> Ist die notarielle Beurkundungsform nicht eingehalten, so tritt mit Bewirkung der versprochenen Leistung Heilung ein (§ 518 Abs. 2 BGB), d. h., wenn der Schenker alles getan hat, was seinerseits für den Leistungsvollzug erforderlich ist, so dass ein bedingter oder befristeter Vollzug genügt und der Leistungserfolgt nicht erforderlich ist.<sup>106</sup> Sind Teilleistungen erbracht, tritt insoweit Heilung ein, bei einer freiwillig übernommenen Unterhaltspflicht demnach für jeweils für die geleisteten Beträge.<sup>107</sup>

## II. Inhaltliche Schranken

In inhaltlicher Sicht ist ein umfassender Partnerschaftsvertrag grundsätzlich zulässig.<sup>108</sup>

Schranken ergeben sich jedoch aus dem unverbindlichen sowie sanktionslosen Charakter von Vereinbarungen im höchstpersönlichen Bereich.<sup>109</sup> Hierzu zählen die Lebensbereiche, in denen die durch die Grundrechte geschützte Selbstbestimmung des Individuums (Art. 1 Abs. 1 S. 2, Art. 2 Abs. 1 GG) zum Ausdruck kommt.<sup>110</sup> Dies gilt insbesondere für das religiöse Bekenntnis und die religiöse Betätigung, politische Meinungsbildung und -äußerung, Umgang mit Dritten, Brief- und Postgeheimnis und Geschlechtsgemeinschaft.<sup>111</sup> Die vorgenannten Lebensbereiche sind verbindlichen Vereinbarungen nicht zugänglich, was teils mit der Lehre vom rechtsfreien Raum im höchstpersönlichen Bereich<sup>112</sup>, teils mit einer Heranziehung des in § 880 Abs. 3 ZPO und § 1297 BGB<sup>113</sup> enthaltenen Rechtsgedankens begründet wird. Dieses Ergebnis lässt sich nach h. A. auch nicht dadurch umgehen, dass an ein bestimmtes höchstpersönliches Verhalten vertragliche Sanktionen etwa in Gestalt von – selbstständigen oder unselbstständigen – Vertragstrafen oder Schadensersatzpflichten, geknüpft werden; auch sie werden vom Verdikt der Unverbindlichkeit er-

fasst.<sup>114</sup> Von der Aufnahme von Vereinbarungen im höchstpersönlichen Bereich in den Partnerschaftsvertrag

101 BVerfG NJW 2007, 1735 m. zust. Anm. Caspary hat in der unterschiedlichen Dauer des Betreuungsunterhaltsanspruchs des verheirateten Elternteils einerseits, des unverheirateten andererseits, einen Verstoß gegen das Schlechterbehandlungsverbot nichtehelicher Kinder gesehen. Ebenso bereits Puls, FamRZ 1998, 865, 868; Ebert, JR 2003, 182, 187. A. A. noch BGH NJW 2006, 2687 = FamRZ 2006, 1362; Büttner, FamRZ 2000, 781, 786; Wever/Schulz, FamRZ 2002, 581, 583.

In zwei Kammerbeschlüssen v. 4. 2. 2004 hatte das BVerfG die Frage nach der Vereinbarkeit der zeitlichen Grenze mit Art. 6 Abs. 5 GG noch als „weder einfach noch eindeutig zu entscheidend“ bezeichnet; vgl. BVerfG FamRB 2004, 280, juris KVRE 320770401; BVerfG NJW 2004, 1789 = FamRZ 2004, 1013.

102 Auch die belohnende Schenkung ist nach stetiger Rechtsprechung seit RGZ 94, 322, 324; RGZ 125, 380, 383, Schenkung i. S. d. §§ 516 ff. BGB; vgl. auch Palandt/Weidenkaff, § 518 BGB, Rn. 1. Die für eine Schenkung erforderliche Einigkeit über die Unentgeltlichkeit setzt voraus, dass die mit der Schenkung belohnten Dienste des Beschenkten nur Beweggrund für die Zuwendung sind, also ein Dankgefühl auslösen, dem durch eine freie Gabe genügt werden soll. Auch eine Zuwendung, die lediglich aus einer sittlichen oder Anstandspflicht erfolgt, ist Schenkung (§ 534 BGB).

103 BGH NJW 1984, 797; BAG NJW 1959, 1511; RGZ 125, 380, 383; ebenso Sandweg, BWNotZ 1990, 45, 55f.; hiervon abweichend (keine Beurkundungspflicht) für den Fall, dass der vor Einführung des § 16151 BGB freiwillig privatschriftlich übernommenen Unterhaltspflicht des Mannes die Übernahme der Betreuung gemeinsamer Kinder durch die Frau gegenüberstand BGH NJW 1986, 374, 375; OLG Hamm NZG 2000, 929.

104 OLG Köln FamRZ 2001, 1608 = MDR 2001, 756; Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anm. 10, der von einer entgeltlichen unbenannten Zuwendung ausgeht; ebenso Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, § 518 BGB, Bearb. 2004, Rn. 12.

105 Palandt/Weidenkaff, § 518 BGB, Rn. 6.

106 Palandt/Weidenkaff, § 518 BGB, Rn. 9.

107 Hat sich ein Partner durch mündliche Erklärung zur Leistung einer Leibrente verpflichtet (§ 759 BGB), so heilt die Erbringung der jeweiligen einzelnen Leistung nicht nur den Mangel der notariellen Beurkundungsform (§ 518 Abs. 1 BGB), sondern auch den Mangel der Schriftform des § 761 BGB, weil mit dieser keine weiterreichenden Zwecke als mit der Form des § 518 BGB verfolgt sind; vgl. BGH DNotZ 1978, 539 = NJW 1978, 1577; Staudinger/Amann, § 761 BGB, Bearb. 2002, Rn. 7; Palandt/Sprau, § 761 BGB, Rn. 1; a. A. MünchKomm/Habersack, 4. Aufl. 2004, § 761 BGB, Rn. 10.

108 St. Zimmermann, in: Kersten/Bühlung, 21. Aufl. 2001, § 97 a, Rn. 2.

109 Vgl. BGHZ 97, 372, 379: Die Abrede über den Gebrauch von Empfängnisverhütungsmitteln sei „nicht wirksam, weil der von ihr erfasste engste persönliche Freiheitsbereich einer vertraglichen Regelung entzogen ist.“; G. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch (2005), Teil 3 Rn. 412f.; Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 50ff.; ders., BWNotZ 1991, 61 f.

110 Vgl. Hausmann, Nichtehele Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich (1989), 78 ff. in Anknüpfung an die insbesondere von Comes, Der rechtsfreie Raum – Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts (1976), und Hepting, Ehevereinbarungen – Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Erbrecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht (1984), entwickelte Lehre vom rechtsfreien Raum, verstanden als Bereich, in dem zwingend Freiheit sowohl von Fremdbestimmung als auch von Selbstbindung besteht; Sandweg, BWNotZ 1991, 61, 62.

111 Vgl. Hausmann, Nichtehele Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich (1989), 86.

112 Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anm. 7 f.b

113 Grziwotz, Nichtehele Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2006, § 10, Rn. 15 ff.; Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 51.

114 Hausmann, Nichtehele Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich (1989), 93 ff.; Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anm. 8; Grziwotz, Nichtehele Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2006, § 10, Rn. 19; Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 52; Strätz, FamRZ 1980, 301, 306. A. A. für selbstständige Strafgedinge, bei denen die Verpflichtung zur Strafleistung selbstständig und ohne Vereinbarung einer primären Handlungspflicht abgegeben wird Palandt/Heinrichs, § 338 BGB, Rn. 4; eine Unterhaltspflicht nach § 242 BGB befürwortet Meier-Scherling, DRiZ 1979, 296, 300.

wird daher gemeinhin zu Recht abgeraten. Wünschen die Beteiligten sie gleichwohl, so ist ein Belehrungsvermerk über ihre rechtliche Unverbindlichkeit, die auch etwaige Sanktionsmechanismen erfasst, empfehlenswert.

Umstritten ist, ob zum zwingend unverbindlichen Bereich auch die Entscheidung über die Auflösung der Lebensgemeinschaft gehört. Die Streitfrage wird insbesondere bei der Vereinbarung von Zahlungspflichten für den Trennungsfall entscheidungserheblich. Richtigerweise ist mit der h. M. zu differenzieren. Soll der zahlungspflichtige Partner von einer Trennung abgehalten werden, so liegt eine unwirksame Vertragsstrafe vor (§ 138 BGB). Für die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist die jederzeitige einseitige grundlose Aufkündbarkeit charakteristisch und von den Beteiligten gerade gewollt und gegenseitig akzeptiert.<sup>115</sup> Wird dagegen mit der Klausel bezweckt, Nachteile des zahlungsberechtigten Partners aus der Lebensgemeinschaft auszugleichen<sup>116</sup> oder im Wege einer pauschalierten Unterhaltsabfindung die Versorgung des Partners für eine Übergangszeit abzusichern<sup>117</sup>, ist sie zu billigen.<sup>118</sup> In der Praxis empfiehlt sich, eine solche Funktion der Abfindung zum Ausdruck zu bringen.<sup>119</sup> Das OLG Hamm hat eine Vereinbarung als sittenwidrig (§ 138 BGB) erachtet, die den Mann verpflichtete, seiner Partnerin eine Vertragsstrafe von 40 000 DM für den Fall zu zahlen, dass er sich von ihr trennt.<sup>120</sup> Ein derartiges indirektes Trennungsverbot missachte die Eheschließungsfreiheit des Mannes mit einer anderen Frau (Art. 6 Abs. 1 GG). Das OLG Köln hat jedoch eine derartige privatschriftlich vereinbarte (einseitige) Zahlungspflicht des Mannes für den Trennungsfall gebilligt.<sup>121</sup> Es handele sich um eine unbenannte Zuwendung und kein Schenkungsversprechen, so dass die Form des § 516 BGB nicht einzuhalten sei. Die Vereinbarung sei auch nicht sittenwidrig (§ 138 BGB), weil sie dem wirtschaftlich schwächeren Partner das finanzielle Risiko einer Weiterführung der gemeinsamen Beziehung abnehmen sollte.<sup>122</sup>

Auch die Rechtsverbindlichkeit von Vereinbarungen über die Aufgabenverteilung der Partner im Haushalt ist noch nicht geklärt.<sup>123</sup>

Noch ungeklärt ist, ob die Inhalts- und Wirksamkeitskontrolle der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Eheverträgen auf Partnerschaftsvereinbarungen in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft übertragbar ist.<sup>124</sup>

### III. Praxisrelevante Regelungsgegenstände

In der Literatur sind verschiedentlich Muster für Partnerschaftsverträge nichtehelicher Lebensgemeinschaften vorgestellt worden<sup>125</sup>, denen hier nicht ein weiteres an die Seite gestellt werden soll. Da derartige Verträge, wie oben gezeigt (s. o. C. I.), grundsätzlich nicht der notariellen Beurkundung bedürfen, dürften diese Muster in der notariellen Praxis eine vernachlässigungswerte Rolle spielen. Gleichwohl spricht vieles dafür, bei Klienten, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben, abzufragen, ob ein umfassender Partnerschaftsvertrag gewünscht wird. Auch wenn die praktische Erfahrung zeigt, dass die Beteiligten kaum je ein Bedürfnis hierfür sehen, kann der Hinweis auf das von der Zivilrechtsprechung postulierte

Abwicklungs-, Abrechnungs- und Verrechnungsverbot<sup>126</sup> sensibilisierend wirken. Den wenigsten in nichtehelicher Lebensgemeinschaft Lebenden dürfte bewusst sein, dass die Vermögenszuordnung von der Trennung grundsätzlich unberührt bleibt und für Leistungen an den anderen Partner kein Ersatz geschuldet ist. Eine sachgerechte Beratung in diesem Bereich kann bisweilen in einen notariell beglaubigten Partnerschaftsvertrag münden, mit dem die Beteiligten ein Maß an Rechtsfrieden und Rechtssicherheit gewinnen, das angesichts fehlender spezieller gesetzlicher Regelungen kaum überschätzbar ist.<sup>127</sup>

Was den Inhalt von Partnerschaftsverträgen nichtehelicher Lebensgemeinschaften anbelangt, ist eine Konzentration auf wesentliche vermögensrechtliche Fragen sinnvoll. Es bietet sich ein Verzeichnis der wesentlichen Vermögensgegenstände und die Wiedergabe der Eigentumsverhältnisse hieran an.<sup>128</sup> Die Bedeutung eines solchen Vermögensverzeichnisses liegt weniger im Schutz vor Gläubigern der Lebensgefährten.<sup>129</sup> Die lange Zeit

115 OLG Hamm NJW 1988, 2474 (einseitige Zahlungspflicht des Mannes); Hausmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich (1989), 91 f.; zu dieser Entscheidung vgl. eingehend Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 52. A. A. Meier-Scherling, DRiZ 1979, 296, 299, die auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und damit auch das Verbot der Unzeitkündigung (§ 723 Abs. 2 S. 1 BGB) anwenden will.

116 OLG Köln FamRZ 2001, 1608 = MDR 2001, 756 (Zahlungspflicht des Lebensgefährten, von dem die Trennung ausgeht).

117 Hausmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich (1989), 92 Fn. 136.

118 Ebenso G. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch (2005), Teil 3 Rn. 411.

119 Beispiel bei Grziwotz, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2002, B. 1. Muster § 3.

120 OLG NJW 1988, 2474.

121 OLG Köln FamRZ 2001, 1608 = MDR 2001, 756. Die Zahlung war offenbar auch für den Fall geschuldet, dass die Trennung von der Frau ausgeht.

122 OLG Köln FamRZ 2001, 1608 = MDR 2001, 756.

123 Für Rechtsverbindlichkeit Grziwotz, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2006, § 16, Rn. 2 mit Formulierungsbeispiel in ders., Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2002, B. 1. Muster § 6. A. A. Hausmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich (1989), 90 f., der derartige „Bagatellabreden“ in den zwingend rechtsfreien Raum verweist.

124 Grziwotz, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2006, § 9 Rn. 9.

125 Insbesondere Grziwotz, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2002; Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Muster 1 und 2; G. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch (2005), Teil 3 Rn. 382; St. Zimmermann, in: Kerssen/Bühlung, 21. Aufl. 2001, § 97 a, Rn. 14 M ff.

126 BGHZ 77, 55, 58 = NJW 1980, 1520, 1521 = BB 1980, 858 = FamRZ 1980, 664 = JR 1980, 455 m. Anm. Görgens; BGH NJW 1983, 1055 = FamRZ 1983, 349; BGH DStR 1991, 655, 656 m. Anm. Goette; BGH NJW 1992, 906, 907 = FamRZ 1992, 408 = DStR 1992, 475; BGH NJW 1996, 2727; BGH NJW 1997, 3371 = FamRZ 1997, 1533; BGH NJW 2004, 59, 60 = DStR 2004, 50 = FamRZ 2004, 94; BGH NJW-RR 2005, 1089, 1090 f. = FamRZ 2005, 1151; zust. Röthel, Jura 2006, 641, 648.

127 Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Anm. 5.

128 Grziwotz, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2006, § 20, Rn. 9.

129 In diesem Punkt unterscheidet sich das Vermögensverzeichnis nichtverheirateter Partner maßgeblich von dem von Eheleuten. Bei diesen steht die Beweissicherung im Verhältnis zu den Gläubigern im Vordergrund. Das Vermögensverzeichnis soll die Vermutung des § 1362 BGB widerlegen; vgl. Brambring, Ehevertrag und Vermögenszuordnung, 6. Aufl. 2008, Rn. 30.

umstrittene Frage, ob die zugunsten der Gläubiger eines Ehegatten geltende Vermutung des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB, dass die im Besitz eines oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Schuldner gehören, analoge Anwendung auf in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebende Personen findet, hat der BGH jüngst dezidiert verneint.<sup>130</sup> Das Vermögensverzeichnis dient somit hauptsächlich dem Beweis und der Streitvermeidung im Verhältnis der Lebensgefährten untereinander.<sup>131</sup>

Empfehlenswert ist eine klarstellende Regelung, wonach in die Lebensgemeinschaft eingebrachte Gegenstände im jeweiligen Eigentum des Partners verbleiben und für ihre Mitnutzung durch den anderen kein Entgelt geschuldet wird.<sup>132</sup> Generell sollte zur Streitvermeidung vereinbart werden, dass die Vermögenszuordnung bei Trennung nur aufgrund ausdrücklicher (schriftlicher) Vereinbarungen angetastet werden kann, so dass insbesondere Ansprüche auf Abfindung wegen beendeter Innengesellschaft, aus Wegfall der Geschäftsgrundlage und nach Bereicherungsrecht ausgeschlossen sind.<sup>133</sup>

Vereinbarungen über Haushaltsführung, die Aufgabenverteilung im Haushalt und Erwerbstätigkeit gibt es schon bei Eheleuten kaum. In der nichtehelichen Lebensgemeinschaft dürften sie praktisch nie vorkommen. Sie wären m. E. nicht gerichtlich durchsetzbar.<sup>134</sup>

Dagegen sollte jegliche Überfrachtung mit Abreden im Bereich der gemeinsamen Haushaltsführung oder gar des Intimbereichs vermieden werden.<sup>135</sup> Auch wenn die Erfahrung zeigt, dass sich häufig gerade die Haushaltarbeit als Zankapfel und ihre (angeblich?) einseitige Aufbürdung als Trennungsgrund erweist, ist sie schon nicht typischer Bestandteil von Eheverträgen<sup>136</sup>, so dass ihre Aufnahme in einen Partnerschaftsvertrag für eine informelle Verbindung bei den Beteiligten das Gefühl einer lückenlosen vertraglichen Verrechtlichung bis in den letzten Winkel des Privatlebens hervorrufen mag. Gleichermaßen dürfte für kleinere alltägliche Anschaffungen gelten, von denen regelmäßig nicht angenommen werden kann, dass die Partner darüber Buch führen. In Bezug auf materielle und Arbeitsleistungen im gemeinsamen Haushalt empfiehlt sich eine Vereinbarung, dass diese ohne besonderes Entgelt und ohne Entschädigung durch den anderen Partner im Trennungsfall erbracht werden.

Geregelt werden sollte, ob und ggf. in welcher Höhe und nach welchem Maßstab Beiträge zur Finanzierung von Wirtschaftsgütern ausgeglichen bzw. darlehens- und nicht schenkungsweise geleistet sind, die auf den Namen des anderen Partners erworben werden. Hier ist eine Grenzziehung zu Gelegenheitsgeschenken erforderlich, die schon aus Beweisgründen von einer Rückforderung im Trennungsfall ausgenommen werden sollten. Die Grenze kann nur im Einzelfall und insbesondere im Hinblick auf die Vermögensverhältnisse der Partner bestimmt werden.<sup>137</sup> Sinnvoll ist des Weiteren eine Klausel, wonach Zuwendungen und Schenkungen unwiderruflich sind und insbesondere die Trennung keinen groben Undank i. S. d. § 530 BGB darstellt.<sup>138</sup>

Im Einzelfall kann die Vereinbarung von Unterhaltpflichten zum Ausgleich durch die Lebensgemeinschaft bedingter Nachteile sachgerecht sein, insbesondere dann,

wenn ein Partner im Interesse der Betreuung des anderen oder von dessen Angehörigen auf eigene Erwerbstätigkeit verzichtet oder diese einschränkt.<sup>139</sup> Verpflichtet sich ein Partner freiwillig zu Unterhaltsleistungen an den anderen Partner, so ist dringend anzuraten, die Dauer der Zahlungspflichten zu bestimmen. Wird diese nicht ausdrücklich auf den Fortbestand der Lebensgemeinschaft befristet – was zulässig wäre –, so geht die Rechtsprechung davon aus, dass sie eine Trennung der Partner überdauert.<sup>140</sup> Soll mit einer pauschalen Abgeltungsklausel gearbeitet werden, ist zu beachten, dass die Rechtsprechung derartige Vereinbarungen nur dann billigt, wenn bezeichnet wird, Nachteile des zahlungsbelebten Partners aus der Lebensgemeinschaft auszugleichen<sup>141</sup> oder im Wege einer pauschalierten Unterhaltsabfindung die Versorgung des Partners für eine Übergangszeit abzusichern.<sup>142</sup> Es empfiehlt sich daher, eine solche Funktion der Abfindung zum Ausdruck zu bringen.<sup>143</sup>

130 BGH FamRZ 2007, 457 m. abl. Anm. Böttcher = NJW 2007, 992 = JZ 2007, 528 m. abl. Anm. Roth; wie der BGH schon Strätz, FamRZ 1980, 301, 304 (allerdings ohne eine Analogie zu erörtern); a. A. Löhnig/Würdinger, FamRZ 2007, 1856; Roth, JZ 2007, 529; Harke, FamRZ 2006, 88, 91; Burhoff, FPR 2001, 18, 21 f.; Thran, NJW 1995, 1458.

131 Beispiel für ein Vermögensverzeichnis bei Grziwotz, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2002, B. 1. Muster § 5 Abs. 2 und Variante.

132 St. Zimmermann, in: Kersten/Bühling, 21. Aufl. 2001, § 97 a, Rn. 15 M unter Ziffer 3; Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Muster 1 § 4 Abs. 1; G. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch (2005), Teil 3 Rn. 382 (Muster Partnerschaftsvertrag Abschn. I Ziff. 2).

133 Beispiel bei Grziwotz, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2002, B. 2. Muster § 3 Variante 2 Abs. 6; G. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch (2005), Teil 3 Rn. 382 (Muster Partnerschaftsvertrag Abschn. II Ziff. 4).

134 So für Eheleute Palandt/Brudermüller, § 1356 BGB, Rn. 6; Brambring, Ehevertrag und Vermögenszuordnung, 6. Aufl. 2008, Rn. 23.

135 Ebenso St. Zimmermann, in: Kersten/Bühling, 21. Aufl. 2001, § 97 a, Rn. 2.

136 Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 51 („in Eheverträgen äußerst selten“).

137 Ein Formulierungsbeispiel für eine m. E. sehr weit gefasste und nur bei bescheidenen Vermögensverhältnissen angebrachte Darlehensklausel enthält Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Muster 1 § 4 Abs. 3: „Macht ein Partner außergewöhnliche größere Aufwendungen für den anderen Partner, etwa zu Finanzierung von Studienmitteln, Kleidung oder anderem, so kann er verlangen, dass der aufgewendete Betrag als Darlehen gebucht wird. Das Darlehen wird dann mangels anderer Vereinbarungen spätestens bei Auflösung der Partnerschaft fällig und ist ab Hingabe mit 2 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank jährlich zu verzinsen.“

138 Vgl. Langenfeld, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6 (Bürgerliches Recht II), 5. Aufl. 2003, XI, Muster 2 § 7.

139 Beispiel bei Grziwotz, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2002, B. 1. Muster § 9 Varianten.

140 BGH NJW 1986, 374, 375; OLG Hamm NZG 2000, 929; a. A. Strätz, FamRZ 1980, 301, 307.

141 OLG Köln FamRZ 2001, 1608 = MDR 2001, 756 (Zahlungspflicht des Lebensgefährten, von dem die Trennung ausgeht).

142 Hausmann, Nichtehele Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich (1989), 92 Fn. 136.

143 Beispiel bei Grziwotz, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2002, B. 1. Muster § 3.

## D. Gemeinsamer Immobilienerwerb

### I. Einführung: Erwerbsverhältnis entsprechend Finanzierungsbeiträgen?

In der notariellen Praxis begegnet die nichteheliche Lebensgemeinschaft wohl am häufigsten beim Grundstückskauf auf Erwerberseite. Mitunter erwirbt nur ein Partner, während der andere lediglich darlehensweise mit Eigenkapital zur Finanzierung beiträgt. In derartigen, nicht ohne weiteres erkennbaren Fällen kann die Vereinbarung eines bis zur Trennung tilgungs- und zinslosen Darlehens angebracht sein. Das Darlehen ist gesamtfällig innerhalb eines überschaubaren Zeitraums nach Trennung zu vereinbaren und durch nachrangige Sicherungshypothek abzusichern.<sup>144</sup> Zu beachten ist, dass ein zinsloses oder wesentlich zinsvergünstigtes Darlehen zur Schenkungsteuerpflicht der entgehenden Zinsen führt.<sup>145</sup>

Wie Ehegatten im gesetzlichen Güterstand wünschen nichteheliche Partner oft einen Erwerb in Miteigentumsanteilen zu je 1/2. Dabei wird das Szenario einer Trennung erfahrungsgemäß nicht immer bedacht. Scheitert die Partnerschaft, so bleibt die dingliche Rechtslage in Ermangelung einer abweichenden vertraglichen Regelung im Grundsatz unangetastet. Dies bedeutet, dass der Lebensgefährte, der in höheren Maße zur Finanzierung der Immobilie beigetragen hat, als es seinem Miteigentumsanteil entspricht, vom anderen weder unentgeltliche (Teil-)Übertragung seines Miteigentumsanteils noch Zahlung eines Ausgleichsbetrages verlangen kann. Bei Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft durch Verkauf (§ 753 BGB) kann er nur einen seinem 1/2 Miteigentumsanteil entsprechenden Anteil am Erlös verlangen.

Allerdings besteht obergerichtliche Rechtsprechung, die hinter dem Erwerbsbeteiligungsverhältnis der Bruchteilsgemeinschaft eine konkludent begründete Innengesellschaft bürgerlichen Rechts erkennen will.<sup>146</sup> Entspricht dies nicht dem Willen der Beteiligten und wollen diese vielmehr die Bruchteilsgemeinschaft ohne Ausgleich im Trennungsfall, so empfiehlt sich ein klarstellender Satz, wonach ein Lebensgefährte unabhängig von den beiderseitigen Finanzierungsbeiträgen auch im Fall der Auflösung der Lebensgemeinschaft, insbesondere durch Trennung oder Tod, vom anderen bzw. dessen Rechtsnachfolgern weder (Teil-)Übertragung seines Miteigentumsanteils noch Zahlung eines Ausgleichsbetrages beanspruchen kann.

### II. Erwerb in starrer Bruchteilsgemeinschaft?

Der Erwerb in „starrer“ Bruchteilsgemeinschaft, bei der die angeschaffte Immobilie unabhängig von der Beteiligung an ihrer Finanzierung und ohne Ausgleich den Partnern zu gleichen Teilen gehört, kann je nach Zuschnitt der Partnerschaft durchaus sachgerecht sein, etwa wenn die Beteiligten eine Einverdiener-Partnerschaft führen, in der die Frau im beiderseitigen Einvernehmen gemeinsame Kinder betreut und zu diesem Zweck auf Erwerbstätigkeit verzichtet. Mit dem Erwerb in „starrer“ Bruchteilsgemeinschaft können jedoch unangenehme erbschaftsteuerliche Konsequenzen verbunden sein. Überobligationsmäßige Finanzierungsbeiträge eines Partners erfüllen den Schenkungsteueratbestand des § 7

Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, sobald endgültig feststeht, dass sie über den Betrag hinausgehen, der seinem Anteil entspricht.

Der Erwerb in „starrer“ Bruchteilsgemeinschaft ist zudem von den Beteiligten häufig zu Recht nicht gewollt. Doppelverdiener-Paare ohne Kinder bestehen erfahrungsgemäß häufig darauf, dass sich unterschiedlich hohe Finanzierungsbeiträge auch in entsprechend unterschiedlich hohen Beteiligungsquoten widerspiegeln. Aber auch in anderen Konstellationen ist eine differenzierende Beteiligungsquotierung gewünscht und sachgerecht. Dies trifft insbesondere dann in den Fällen zu, in denen ein Partner das alleinige oder wesentlich höhere Eigenkapital einbringt, etwa in Form schenk- oder ausstattungsweise (§ 1624 BGB) von den Eltern zur Verfügung gestellter Geldbeträge.

Aus dem bereits Ausgeführten ist erstens deutlich geworden, dass der Immobilienerwerb durch nichteheliche Partner im Hinblick auf die Eventualität des Scheiterns der Lebensgemeinschaft Beratungsbedarf nach sich zieht. Zweitens verbietet sich – wie bei Eheverträgen – jede schematische Regelung, weil stets der individuellen Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft Rechnung zu tragen ist, insbesondere der Rollenverteilung in Erwerbstätigkeit und etwaiger Kinderbetreuung und den Eigenkapitalbeiträgen zur Finanzierung des Kaufgegenstandes.

### III. Typische Regelungsschwerpunkte

Wünschen die Beteiligten nicht eine „starre“ Bruchteilsgemeinschaft, so kommt der Erwerb in Bruchteilsgemeinschaft i. V. mit einer Vereinbarung über die Erlösaufteilung im Fall der Teilung der durch Trennung oder in anderer Weise aufgehobenen Bruchteilsgemeinschaft durch Verkauf der Immobilie (§ 753 BGB) oder der Erwerb in Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter Abbedingung einiger gesetzlicher Vorschriften in Betracht. Derartige Regelungen sind insbesondere dann beurkundungsbedürftig, wenn sie eine Verpflichtung zur Übertragung der Immobilie oder eines Bruchteils hieran enthalten – etwa in Form eines Ankaufs- oder Vorkaufsrechts für einen Partner im Trennungsfall – (§ 311 b Abs. 1 BGB) oder wenn sie erbvertragliche Verfügungen enthalten (§ 2276 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine Fortsetzungsklausel/Anwachungsklausel unter Ausschluss der Abfindung („Bei Tod eines Gesellschafters wächst das

144 Vgl. N. Mayer, ZEV 1999, 384, 385.

145 BFH BStBl. 1979 II, 631 (zinsloses Darlehen): Bereicherung in Höhe des Vielfachen des Jahreswertes der Kapitalnutzung, wobei der Jahreswert mit 5,5 % anzusetzen ist (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 15 BewG); Gebel, in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 7, Rn. 29 ff. (Oktober 2007); Fumi, EFG 2006, 1264, 1265. Zur Schenkungsteuer bei niedriger (unter 3 %) Verzinsung vgl. gleich lautende Ländererlasse v. 7. 12. 2001, BStBl. 2001 I, 1041.

146 OLG Schleswig FamRZ 2002, 96: Die Frau brachte 150 000 DM Eigenkapital ein, während ihr Lebensgefährte den überwiegenden laufenden Zins- und Tilgungsdienst für die Fremdfinanzierung übernahm. Bevor die Immobilie abbezahlt war, trennte man sich und veräußerte sie mit Verlust. Die Frau verlangte mit Erfolg vom Mann, zur Verlustdeckung beizutragen. A. A. mit deutlicher Zurückhaltung gegenüber der Annahme einer konkludent begründeten Innengesellschaft bei Eheleuten BGH FamRZ 1990, 975, 978; OLG Naumburg NJW-RR 2003, 578, 579; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 4. Aufl. 2006, Rn. 604.

Gesellschaftsvermögen dem verbliebenen Gesellschafter unter Ausschluss einer Abfindung der Erben an“) unterliegt jedoch nach gefestigter Rechtsprechung des BGH nicht den Formvorschriften des Erbvertrages.<sup>147</sup>

In Vereinbarungen der genannten Art sind erfahrungsgemäß insbesondere die folgenden Gesichtspunkte zu thematisieren:

- Beiträge der Partner zur Finanzierung, und zwar in der Form bereits vorhandenen Eigenkapitals und der Verpflichtung zu Beiträgen beim Tilgungs- und Zinsdienst etwaiger Fremdmittel,
- Folgen der Geburt und Betreuung eines gemeinsamen Kindes für die Beitragspflicht,
- Auseinandersetzung bei Trennung, insbesondere Gewinn- und Verlusttragung,
- Erwerbsrecht/-pflicht eines Partners im Trennungsfall,
- Folgen einer Eheschließung,
- Folgen des Todes eines Partners.

#### **IV. Erwerb in Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beweglicher Beteiligungsquote**

##### **1. Formulierungsvorschlag**

Einen knappen, in den Immobilienkaufvertrag integrierten Vertrag über eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts enthält das folgende Formulierungsbeispiel:

- „1. Der Verkäufer verkauft den Kaufgegenstand an die Käufer in Gesellschaft bürgerlichen Rechts.*
- 2. Die Käufer erklären mit Hinblick auf die zwischen ihnen bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts, dass alle Finanzierungsbeiträge (Eigenkapitalleistungen auf den Kaufpreis und Tilgungsleistungen auf Finanzierungsdarlehen, nicht jedoch Zinsleistungen) von ihnen auf die Gesamtfinanzierungsdauer gesehen zu gleichen Teilen erbracht werden sollen. Sie stellen jedoch klar, dass anfänglich nur Frau X Eigenkapital einbringt, und zwar in Höhe von € \_\_\_.“*
- 3. Die für die Verteilung insbesondere eines Liquidationserlöses und eines etwaigen laufenden Gewinns sowie für die Höhe der Abfindung eines Gesellschafters maßgebliche Höhe der Beteiligung an der Gesellschaft entspricht dem Anteil des Gesellschafters an den bis dahin geleisteten Finanzierungsbeiträgen. Die Einlageverpflichtung gemäß vorstehender Ziffer 2 bleibt unberührt.*
- 4. Beim Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt.*
- 5. Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Käufer gelten im Übrigen die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 705 ff. BGB.“*

Die vorgestellte Lösung mit beweglicher Beteiligungsquote entspricht oftmals dem Willen der Beteiligten, die „einander nichts schenken möchten“. Kehrseite ist jedoch, dass Marktchance und -risiko den Partnern nicht gleichmäßig, sondern überwiegend dem Partner zuge-

wiesen sind, der die höheren Finanzierungsbeiträge geleistet hat.<sup>148</sup> Dies wird besonders dann spürbar, wenn nur ein Partner mit hohem anfänglichen Eigenkapital ausgestattet ist und die Trennung verhältnismäßig kurze Zeit nach dem Erwerb erfolgt. Ein dann bei der Veräußerung realisierter Wertverlust – erfahrungsgemäß häufig bei Weiterveräußerung einer als neu angeschafften Eigentumswohnung in den ersten Jahren nach Erwerb – konzentriert sich dann überwiegend in der Person dieses Partners. Denkbar ist, in derartigen Fällen Risiko und Chance unterschiedlich zu verteilen, etwa das Verlustrisiko entsprechend den geschuldeten Quoten und die Gewinnchance entsprechend den tatsächlichen Finanzierungsbeiträgen. Hierdurch entsteht ein Anreiz, den gesellschaftsvertraglichen Einlagepflichten nachzukommen.

Das Formulierungsbeispiel geht davon aus, dass bei der Bemessung der Beteiligungsquoten Eigenkapitalbeiträge und Tilgungsleistungen auf Finanzierungsdarlehen berücksichtigt werden, nicht dagegen Zinsen. Dies entspricht häufig der Vorstellung der Beteiligten, dass Zinsen Mietäquivalent sind und nicht zum Vermögensaufbau beitragen. Abweichende Vereinbarungen sind selbstverständlich möglich. So hat etwa eine Einbeziehung der Zinsen in die Bemessungsgrundlage den Vorteil, dass sich eine aufwändige Sonderung von Tilgungs- und Zinsleistungen erübrigt.

Die Lösung über bewegliche Beteiligungsquoten verlangt den Beteiligten eine Buchführung über die von jedem einzelnen Partner geleisteten Beiträge ab. Hierzu bietet sich eine getrennte Kontoführung an, damit bei Auseinandersetzung festgestellt werden kann, in welcher Höhe jeder Lebensgefährte zur Finanzierung beigetragen hat.

Die Lösung über bewegliche Beteiligungsquoten spiegelt die beiderseitigen Beiträge für das Zusammenleben insgesamt nur dann angemessen wieder, wenn die Partner auch ihre Leistungen außerhalb der Immobilienfinanzierung, insbesondere im Interesse der gemeinsamen Haushaltsführung und der gemeinsamen Freizeitgestaltung (annähernd) zu gleichen Quoten wie die Immobilienfinanzierung tragen. Wie oben dargestellt (s. o. B.I.), gewährt die stetige Rechtsprechung keinen Ausgleich von Beiträgen zur gemeinsamen Lebens- und Haushaltsführung; insoweit überobligationsmäßig erbrachte Beiträge eines Partners sind somit im Trennungsfall verlorene Zuschüsse.<sup>149</sup> Demgegenüber fließen der gemeinsam erworbenen Immobilie zugute kommende Finanzierungsbeiträge in die Auseinandersetzungsquote ein. Im Extremfall kann diese unterschiedliche Behandlung von Immobilienfinanzierungsleistungen einerseits und Lebenskostentragung andererseits dazu führen, dass ein Partner bei der Trennung leer ausgeht, weil von seinem Konto „nur“ die Kosten der all-

147 Vgl. BGHZ 22, 186, 194; BGH DNotZ 1966, 620; BGHZ 98, 48, 56; MünchKomm/Lange, 4. Aufl. 2004, § 2325 BGB, Rn. 19 m. w. N.

148 N. Mayer, ZEV 2003, 453.

149 Vgl. BGH WM 1965, 793, 794; BAG NJW 1959, 1511; OLG Düsseldorf 1997, 1110, 1111; OLG Köln FamRZ 1997, 1113; Schulz, FamRZ 2007, 593, 594 m. w. N.

gemeinen Lebensführung bestritten worden sind.<sup>150</sup> Im Hinblick auf diese Thematik empfiehlt sich ein Hinweis darauf, dass Beiträge, die nicht der gemeinsam angeschafften Immobilie, sondern der allgemeinen Lebensführung (z. B. Wohnnebenkosten, Haushaltskosten, Freizeitgestaltung) zugute kommen, bei der Bemessung der Beteiligungsquoten keine Berücksichtigung finden. Zur gerechten und angemessenen Quotenfindung kann daher ein Dreikontenmodell angebracht sein. Jeder Partner führt ein Konto, von dem aus er die Immobilie finanziert. Zusätzlich wird ein gemeinsames Haushaltskonto geführt, das beide Partner zu dotieren haben.

## 2. Grunderwerbsteuer

In grunderwerbsteuerlicher Hinsicht ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beweglichen Beteiligungsquoten wie folgt zu behandeln: Der Erwerb in Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist Erwerb durch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, welche Steuerschuldner nach § 13 Nr. 1 GrEStG ist.<sup>151</sup> Eine Änderung der Beteiligungsquoten der Partner, die insbesondere bei fremdfinanziertem Erwerb laufend infolge von unterschiedlich hohen Finanzierungsbeiträgen erfolgen kann, unterliegt bis zur Grenze der Anwachsung (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GrEStG) nicht der Grunderwerbsteuer. Insbesondere kann sie schon allein deshalb nicht den Grunderwerbsteuertatbestand des Anteilseignerwechsels (Übergang vom mindestens 95 % der Anteile auf neue Gesellschafter innerhalb eines Fünfjahreszeitraums) nach § 1 Abs. 2 a S. 1 GrEStG erfüllen, weil die Partner nicht „neue Gesellschafter“ i. S. dieser Vorschrift, sondern Gründungs- und damit Altgesellschafter sind.<sup>152</sup> Selbst wenn sich die Beteiligungsquote eines Gesellschafters infolge stark divergierender Beiträge der Partner auf 95 % oder mehr erhöht, ist der Grunderwerbsteuertatbestand der Anteilsvereinigung in einer Hand nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG nicht erfüllt. Im Kontext des § 1 Abs. 3 GrEStG wird für die Vereinigung von mindestens 95 % der Anteile bei Personengesellschaften – anders als bei Kapitalgesellschaften – die Beteiligung jedes Gesellschafters nicht – wie bei § 1 Abs. 2 a GrEStG – nach der vermögensmäßigen Beteiligung gewogen, sondern nur gezählt.<sup>153</sup>

## 3. Berücksichtigung von Schwangerschaft und Kinderbetreuung

Regelmäßig wünschen Beteiligte jüngeren Alters, dass die Geburt eines gemeinsamen Kindes berücksichtigt werden soll. Die Partnerin, die durch eine Schwangerschaft und Betreuung eines gemeinsamen Kindes an der Erwerbstätigkeit gehindert ist, soll hierdurch nicht in Rückstand mit ihren Einlagepflichten geraten und ihre Beteiligungsquote unberührt bleiben.

Formulierungsbeispiel:

*Für die Zeit, in der ein Partner schwangerschaftsbedingt, infolge der Geburt oder wegen einvernehmlicher Betreuung eines gemeinsamen Kindes an einer Erwerbstätigkeit gehindert oder hierin eingeschränkt ist, gelten die von ihm zu leistenden Finanzierungsbeiträge unabhängig von ihrer tatsächlich erbrachten Höhe als geleistet.*

Zu beachten ist, dass eine derartige Regelung zur Schenkungsteuerbarkeit der übernommenen und tatsächlich geleisteten Finanzierungsbeiträge führt.<sup>154</sup>

## 4. Mitarbeit dritter Personen

Erwerben die Partner ein Baugrundstück, um es in Eigenregie zu bebauen, helfen häufig die Familienangehörigen eines oder beider Partner(s) mit. Mit ihren Hilfeleistungen möchten diese typischerweise nur den eigenen Angehörigen entlasten, nicht dagegen den anderen Partner.

Unentgeltliche Dienst- und Arbeitsleistungen sind nach der Rechtsprechung keine Schenkungen i. S. d. § 516 BGB. Etwas anderes gilt dann, wenn derjenige, der die Dienst- oder Arbeitsleistung erbracht hat, einen Vergütungsanspruch erlangt hat und auf diesen verzichtet. Unter Familienangehörigen geht die Rechtsprechung grundsätzlich davon aus, dass kein Vergütungsanspruch entsteht, sondern die Dienste unentgeltlich erbracht werden.<sup>155</sup> Für Unentgeltlichkeit kann in derartigen Fällen insbesondere sprechen, dass derjenige, der die Dienst- oder Arbeitsleistungen erbringt, die aufgewandte Zeit ohnehin nicht zu entgeltlichem Erwerb genutzt hätte. Dies wurde im Falle eines Rentners zu Recht bejaht.<sup>156</sup> Derjenige, der die Dienst- oder Arbeitsleistung erbracht hat, hat in solchen Fällen somit keinen Vergütungs- oder Ersatzanspruch gegen die Lebensgefährten. Eine durch die Trennung oder den Tod eines Partners aufschiebend bedingte Entgeltlichkeit im Verhältnis zum nicht-angehörigen Partner kann nicht unterstellt werden.

Anders kann dies sein, wenn derjenige, der die Dienst- oder Arbeitsleistung erbracht hat, hierfür seine Arbeitszeit opfert und möglicherweise in seinem beruflichen Metier gearbeitet hat, etwa der Malermeister, der seiner Tochter und dem „Schwiegersohn in spe“ die Räume ausmalt. In derartigen Fällen kann häufig von einem konkludenten Vergütungsverzicht ausgegangen werden, der allein dem familienangehörigen Partner schenkweise (§ 516 BGB) zugewendet ist. Gleiches gilt für Zu-

150 Der BGH hat jüngst (NJW 2008, 443 m. Anm. v. Proff = FamRZ 2008, 247 m. Anm. Grziwotz) seine stetige Rechtsprechung zum Abwicklungs-, Abrechnungs- und Verrechnungsverbot mit dem Bestreben gerechtfertigt, zu vermeiden, dass der Partner, der finanzielle Beiträge erbracht hat, besser gestellt wird, als derjenige, der sich mit im Nachhinein kaum bewert- und bezifferbaren Eigenleistungen insbesondere im Haushalt eingebracht hat.

151 Borutta-Fischer, GrEStG, 16. Aufl. 2007, § 1, Rn. 86.

152 Vgl. koord. Ländererlass v. 26. 2. 2003, BStBl. 2003 I, 271 Tz. 4; Borutta-Fischer, GrEStG, 16. Aufl. 2007, § 1, Rn. 822 a.

153 Vgl. BFH BStBl. 1995 II, 736 = DB 1995, 1946; ebenso mittlerweile die Finanzverwaltung, vgl. koordinierten Ländererlass v. 26. 2. 2003, BStBl. 2003 I, 271 Tz. 7.1.2.; koordinierter Erlass des FM Baden-Württemberg v. 28. 4. 2005, DStR 2005 S. 1012; gleichlautende Erlasses der Länder v. 12. 10. 2007 betr. Erwerbsvorgänge i. S. d. § 1 Abs. 3 GrEStG im Zusammenhang mit Treuhandgeschäften und Auftragserwerben bzw. Geschäftsbesorgungen, DStR 2008, 256 Tz. 4.1; v. Proff, DB 2007, 2616, 2619; a. A. Reiß, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 15 Rn. 27, Fn. 69.

154 Schlünder/Geißler, ZEV 2007, 64; hinsichtlich der Zinsen a. A. Weimer, ZEV 2007, 316, der insofern § 13 Nr. 12 ErbStG für anwendbar hält.

155 BGH NJW 1987, 2816; Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, Bearb. 2005, § 516 BGB, Rn. 6 und 19; MünchKomm/Kollhosser, 4. Aufl. 2004, § 516 BGB, Rn. 3; Palandt/Weidenkaff, 67. Aufl. 2008, § 516 BGB, Rn. 5.

156 BGH NJW 1987, 2816.

wendungen von Vermögensgegenständen, z. B. die Anschaffung von Baumaterial.

Wie die vielen einschlägigen Gerichtsentscheidungen zeigen, hat die Trennung oder der Tod eines Partners nicht selten Versuche der ehemaligen Lebensgefährten bzw. von deren Angehörigen zur Folge, klageweise Vergütung oder Wertersatz für angeblich erbrachte Dienst- oder Arbeitsleistungen zu verlangen. Dabei werden mitunter unzählige Arbeitsstunden großzügig zu Handwerkerpreisniveau bewertet und damit erhebliche Summen in Ansatz gebracht. Um solchen Streit zu vermeiden, kann es ratsam sein, wenn sich jeder Partner dem anderen gegenüber zur Freistellung von allen Ansprüchen seiner Familienangehörigen verpflichtet, die auf vermögensmäßige Beiträge oder Dienst- und Arbeitsleistungen der Familienangehörigen gestützt und im Hinblick auf den gemeinsamen Grundbesitz und dessen Bebauung geltend gemacht werden.<sup>157</sup> Es empfiehlt sich ein Hinweis darauf, dass die Freistellungsverpflichtung durch eine unmittelbare Vereinbarung mit den jeweiligen „Schwiegereltern in spe“ flankiert wird, wonach diese Leistungen im Interesse des gemeinsamen Grundbesitzes allein ihrem Angehörigen zuwenden und gegen den anderen Partner bei Trennung oder Tod eines Partners keinerlei Ansprüche haben.

Umgekehrt kann es bisweilen, etwa um einen Anreiz zur Mitarbeit zu schaffen, auch gewollt sein, dass den helfenden Angehörigen gegen einen oder beide Partner – zumeist aufschiebend bedingt auf den Trennungsfall oder den Tod eines Partners – Vergütungs- oder Ersatzansprüche zustehen sollen. Dann sollten sich die Beteiligten zur späteren Streitvermeidung auf eine Buchführung der geleisteten Beiträge und einen Bewertungsmaßstab für Dienst- und Arbeitsleistungen einigen.

## 5. Dauer der Gesellschaft

Die Dauer der Gesellschaft sollte geregelt werden. Um Streitigkeiten über einen wichtigen Kündigungsgrund zu vermeiden, dürfte regelmäßig sachgerecht sein, die Gesellschaft auf unbestimmte Zeitdauer zu schließen. Der Vertrag sollte sich zudem dazu verhalten, ob die Gesellschaft durch Tod, Trennung, Eheschließung und Scheidung aufgelöst wird, etwa wie im folgenden Formulierungsbeispiel:

*Die Gesellschaft wird auf unbestimmte Dauer eingegangen. Sie wird durch Tod eines oder beider Gesellschafter, Trennung, Eheschließung oder Scheidung der Gründungsgesellschafter nicht aufgelöst.*

*Die Kündigung der Gesellschaft kann nur mit einer Frist von \*\*\* Monaten zum Ende eines Monats erfolgen.*

## 6. Zweck der Gesellschaft

Sofern ein Gesellschaftszweck angegeben wird – was wegen § 726 BGB sinnvoll ist –, ist klarzustellen, ob dieser allgemein im Erwerb und Halten von Grundbesitz bestehen soll oder ob er auf das Halten des zu erwerbenden bzw. schon erworbene Grundstück beschränkt sein soll. Die Führung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann dagegen nicht als Gesellschaftszweck definiert werden. Auch das gemeinsame Wohnen und Wirtschaften ist kein tauglicher Gesellschaftszweck.<sup>158</sup>

Halten die Partner bereits Immobilienvermögen in Gesellschaft bürgerlichen Rechts, so kann die Angabe, dass der hinzuerworrene Grundbesitz in einer neuen Gesellschaft bürgerlichen Rechts erworben wird, in steuerlicher Hinsicht vorzugswürdig sein gegenüber dem Erwerb in der „alten“ Gesellschaft. Dies gilt insbesondere dann, wenn mit der Verwendung der neuen Gesellschaft eine Infektion durch die gewerbliche Tätigkeit einer Schwesterngesellschaft und damit eine Ertragsteuerverstrickung stiller Reserven (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG) vermieden werden kann.<sup>159</sup>

Im wohl äußerst seltenen Fall, dass die Partner sukzessive in GbR ideelle Miteigentumsanteile an ein und demselben Grundstück erwerben, kann allerdings der Erwerb in der „alten Gesellschaft“ aus grunderwerbsteuerlichen Gründen dann vorteilhaft sein, wenn im Trennungsfall quotale Realteilung bzw. Aufteilung des gesamten von der Gesellschaft gehaltenen Grundbesitzes in Wohnung- oder Teileigentum geplant ist. Die flächenmäßige Teilung eines Grundstücks, unter die auch die Aufteilung in Wohnung- oder Teileigentum nach § 3 oder § 8 WEG fällt, ist bei Erwerb der Teilflächen bzw. Wohnungs- oder Teileigentumsanteile durch die Gesellschafter entsprechend ihrer Auseinandersetzungsquote vollumfänglich von der Grunderwerbsteuer befreit (§ 7 GrEStG).<sup>160</sup>

Dieser grunderwerbsteuerliche Vorteil des Erwerbs in der „alten Gesellschaft“ besteht dagegen nicht, wenn die Partner beispielsweise bei gleich hoher vermögensmäßiger Beteiligung zwei gleichwertige Grundstücke in (einer einheitlichen) Gesellschaft bürgerlichen Rechts erworben haben und im Zuge der trennungsbedingten Auseinandersetzung je ein Grundstück auf jeden Partner übertragen wird. Die (nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerbaren) Übertragungen sind nicht vollumfänglich nach § 6 Abs. 2 S. 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Befreit ist vielmehr nur der Erwerb in Höhe des vermögensmäßigen Anteils, den der jeweilige Erwerber bereits am einzelnen Grundstück hält, d.h. jeweils bei gleich hohen Beteiligungsquoten der Partner zur Hälfte, weil insoweit für Zwecke der Grunderwerbsteuer auf das einzelne Grundstück und nicht auf den sonstigen Vermögensbestand der grundbesitzhaltenden Personengesellschaft abzustellen ist.<sup>161</sup> Es macht insoweit keinen Unterschied, ob beide Grundstücke in einer oder zwei Gesellschaften gehalten worden sind.

## 7. Auseinandersetzung, Erwerbsrechte

Es sollte geregelt werden, ob bei Scheitern der Lebensgemeinschaft die Gesellschaft durch Versilberung des Gesellschaftsvermögens auseinandergesetzt wird oder ob ein Lebensgefährte das Recht oder die Pflicht hat, den Gesellschaftsanteil des anderen zu erwerben, ohne dass Versilberung erfolgen muss.<sup>162</sup> Nicht selten wird im Hin-

<sup>157</sup> Vgl. N. Mayer, ZEV 2003, 453, 456.

<sup>158</sup> Schulz, FamRZ 2007, 593, 594; Sandweg, BWNZ 1990, 49, 53 (zwingende Unverbindlichkeit von Vereinbarungen im höchstpersönlichen Bereich); OLG Frankfurt am Main FamRZ 1982, 265 m. Anm. Bosch.

<sup>159</sup> Vgl. Rupp, EStB 2006, 461.

<sup>160</sup> Vgl. Borutta-Viskorf, GrEStG, 16. Aufl. 2007, § 7, Rn. 11, 41 ff.

<sup>161</sup> Borutta-Viskorf, GrEStG, 16. Aufl. 2007, § 6, Rn. 4 m. w. N.

<sup>162</sup> Vgl. dazu BGH v. 25. 2. 1991, II ZR 46/90, DStR 1991, 655 m. Anm. Goette.

blick auf den Trennungsfall ein Vorkaufs- oder Erwerbsrecht gewünscht. Im Fall des Erwerbsrechts erscheint eine Verkehrswertklausel interessengerecht, die im Streitfall eine Bewertung durch einen Sachverständigen vorsieht ist.<sup>163</sup>

### 8. Vererblichstellung, Anwachsklausel

Soll die Gesellschaft nicht durch den Tod eines Lebensgefährten aufgelöst werden (§ 727 BGB), müssen die Gesellschaftsanteile durch ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag („Die Gesellschaftsanteile sind vererblich“) vererblich gestellt werden. Wie allgemein bei Personengesellschaften, kann eine Fortsetzungsklausel, eine Nachfolgeklausel oder ein Eintrittsrecht gewählt werden. Eine Fortsetzungsklausel – bzw. wegen der Zweigliedrigkeit besser Anwachsklausel – unter Ausschluss der Abfindung („Bei Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft unter Ausschluss der Abfindung unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt“ bzw. – bei zweigliedriger Gesellschaft besser „Bei Tod eines Gesellschafters wächst das Gesellschaftsvermögen dem verbliebenen Gesellschafter unter Ausschluss einer Abfindung der Erben an“) wird von der h. M. nicht als unentgeltliche Vereinbarung eingestuft, wenn sie alle Gesellschafter gleichermaßen betrifft.<sup>164</sup> Diese Qualifikation hat zur Folge, dass die Vereinbarung nicht wegen § 2301 BGB i. V. m. § 2276 BGB der notariellen Beurkundung bedarf.<sup>165</sup> Der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Partners fließt nach dieser Auffassung nicht in die Bemessungsgrundlage etwaiger Pflichtteilsvergütungsansprüche ein. Die h. M. begründet den Entgeltcharakter mit der aleatorischen Natur der Vereinbarung sowie damit, dass sich die Gesellschafter typischerweise im Interessengegensatz befinden und im Interesse des Fortbestandes der Gesellschaft handeln. Das Gesellschaftsrecht gehe insoweit dem Erbrecht vor.<sup>166</sup>

Eine beachtliche Gegenauffassung vermag dagegen keinen wesentlichen Unterschied zu einem Erbvertrag mit gegenseitiger Erbeinsetzung zu erkennen. Sie hält Klauseln der genannten Art für unentgeltliche Geschäfte. § 2301 BGB finde Anwendung. Die Vereinbarung bedürfe als Erbvertrag notarieller Beurkundung (§ 2276 BGB). Der ausgeschlossene Abfindungsanspruch sei pflichtteilsrelevant.<sup>167</sup>

Es empfiehlt sich mit Rücksicht auf die charakteristische Instabilität nichtehelicher Lebensgemeinschaften, derartige Klauseln mit einem jederzeitigen Rücktrittsrecht ohne Begründungserfordernis zu versehen. Hält man sie für beurkundungspflichtig, so sollte man auch das Rücktrittsrecht an die notarielle Beurkundungsform knüpfen und Zugang der Rücktrittserklärung in Ausfertigung verlangen.<sup>168</sup>

Das Erbschaftsteuerrecht folgt der zivilrechtlichen Qualifikation der Anwachsklausel unter Ausschluss der Abfindung als entgeltlichen Rechtsvorgang nicht. In erbschafts- und schenkungsteuerlicher Hinsicht gilt diese Vereinbarung nach der Rechtsprechung des BFH vielmehr beim Tod eines Gesellschafters als Schenkung auf den Todesfall und damit als Erwerb von Todes wegen (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 ErbStG). Diesem Erwerbstatbestand ist ein subjektives Merkmal des Bewusstseins der Unentgeltlichkeit fremd.<sup>169</sup> Die von Todes wegen erfolgende

Anwachsklausel (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GrEStG) ist nach § 3 Nr. 2 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

Eine in der Literatur vertretene Auffassung schlägt als erbschaftsteueroptimierte Gestaltungsalternative vor, dass die Lebensgefährten die Immobilie in Bruchteileigentum erwerben; jeder Partner wendet dem anderen seinen Miteigentumsanteil durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu, welches schuldrechtlich aufschiebend befristet auf den Tod und unter doppelter aufschiebender Bedingung abgeschlossen wird, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft der Beteiligten beim Tod noch fortbesteht und dass der andere Partner überlebt.<sup>170</sup> Dieses Rechtsgeschäft sei sowohl zivilrechtlich<sup>171</sup> als auch erbschaftsteuerlich<sup>172</sup> als gegenseitiger entgeltlicher Vertrag unter Lebenden zu qualifizieren. Soweit ersichtlich, ist Rechtsprechung zur Thematik noch nicht ergangen. M. E. ist die Entgeltlichkeit in erbschaftsteuerlicher Hinsicht zweifelhaft.<sup>173</sup> Die Annahme einer Schenkung auf den Todesfall (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 ErbStG) ist nicht ausgeschlossen.<sup>174</sup> Dafür, dass die gegenseitige Zuwendung von Miteigentumsanteilen unter Überlebensbedingung ein unentgeltlicher Vorgang ist, spricht m. E. ein Vergleich mit der erbschafts- und schenkungsteuerlichen Behandlung der Auszahlung einer Lebensversicherung an einen von mehreren Versicherungsnehmern.<sup>175</sup> Schließlich Ehegatten als Versicherungsnehmer gemeinsam eine Kapitallebensversicherung ab, besteht zwischen ihnen im Hinblick auf ihre Ansprüche aus der Versicherung eine Gemeinschaft i. S. d. §§ 741 ff. BGB und sie haften der Versicherung gegenüber auf die Zahlung der Ver-

163 Vgl. N. Mayer, ZEV 2003, 453, 454.

164 Vgl. BGH BGHZ 22, 186, 194; BGH DNotZ 1966, 620; BGHZ 98, 48, 56; obiter bestätigt in BGHZ 135, 387, 390; MünchKomm/Lange, 4. Aufl. 2004, § 2325 BGB, Rn. 19 m. w. N.; MünchKomm/Koch, 5. Aufl. 2008, § 516 BGB, Rn. 97; Staudinger/Kanzleiter, Bearb. 2006, § 2301 BGB, Rn. 51; Reimann, in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, C. § 2301, Rn. 74 m. w. N.; Baumann, in: Baumann/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge, 6. Aufl. 2001, Rn. 1126.

165 Boujoung, in FS Ulmer, 41, 43 f.; Winkler, ZEV 2005, 89, 93.

166 Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, Bearb. 2005, § 516 BGB, Rn. 157.

167 Vgl. Staudinger/Habermeier, § 727 BGB, Rn. 22.

168 § 2296 Abs. 2 BGB, dessen Anwendbarkeit jedoch von der h. M. verneint wird.

169 BFH BStBl. 1992 II, 912; BFH BStBl. 1992 II, 925, 927 (für § 7 Abs. 7 ErbStG); Gebel, in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 3 (Oktober 2007), Rn. 270; zweifelnd Meincke, ErbStG, 14. Aufl. 2004, § 3, Rn. 70.

170 Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, 1. Aufl. 2006, Kap. 1, Rn. 181 ff.; Egerland, NotBZ 2002, 233.

171 Es handele sich zivilrechtlich um einen dem Abfindungsausschluss vergleichbaren Fall. Für eine Anwendung des § 2301 BGB sei daher kein Raum. Vgl. Baumann, RNotZ 1999, 299 f.; Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, 1. Aufl. 2006, Kap. 1, Rn. 181 ff.; Egerland, NotBZ 2002, 233; a. A. Wegmann, ZEV 1998, 135, 136.

172 Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, 1. Aufl. 2006, Kap. 1, Rn. 181 ff.; Egerland, NotBZ 2002, 233.

173 Dies gilt unabhängig davon, ob man der Einschätzung als unentgeltliches Rechtsgeschäft im zivilrechtlichen Sinne folgt. In erbschaftsteuerlicher Hinsicht wird die Schenkung auf den Todesfall jedoch nach der Rechtsprechung des BFH und der Finanzverwaltung selbstständig und unabhängig von der zivilrechtlichen Einordnung definiert; vgl. BFH BStBl. 1991 II, 181. Zum Auseinanderfallen von zivilrechtlichem und erbschaftsteuerlichem Schenkungsbegriff vgl. auch Gebel, in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 7 (März 2006), Rn. 2.

174 Vgl. BFH BStBl. 1991 II, 181; Abschn. 6 S. 1 i. V. m. Abschn. 14 Abs. 3 ErbStR. Anders noch BFH BStBl. 1961 III, 234; RFHE 38, 81, 87.

175 S. dazu Abschn. 9 Abs. 2 ErbStR.

sicherungsprämien als Gesamtschuldner (§ 427 BGB). Im Innenverhältnis der Ehegatten ist im Zweifel von einer hälftigen Prämienzahlungspflicht auszugehen.<sup>176</sup> Fällt die Versicherungsleistung im Erlebensfall oder im Todesfall ausschließlich einem Ehegatten zu, so geht die Finanzverwaltung in Höhe der hälftigen, auf die Prämienzahlungen des anderen Ehegatten zurückgehenden Versicherungsleistung von einer schenkungsteuerbaren freigebigen Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG (Erlebensfall) bzw. von einem Erwerb von Todes wegen i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG (Todesfall) aus.<sup>177</sup> Die Finanzverwaltung wendet die vorstehenden Grundsätze ausdrücklich auch auf die Fälle aleatorischer Bezugsberechtigung an, in denen die Versicherungssumme zur Gänze demjenigen Ehegatten auszuzahlen ist, der den anderen überlebt.<sup>178</sup> Mit anderen Worten: Der Wagnischarakter derartiger Lebensversicherungsverträge hindert nicht die Annahme einer freigebigen Zuwendung, durch die der Empfänger auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Die Finanzverwaltung stellt somit auf die objektive Lage im Todeszeitpunkt des erstversterbenden Ehegatten ab.<sup>179</sup> Gerade auf diese kommt es aber nach Auffassung der Finanzverwaltung auch im Kontext des Grundtatbestandes der Schenkung auf den Todesfall gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 ErbStG an.<sup>180</sup>

Hinzu kommt, dass fraglich ist, ob die gegenläufige Übertragungspflicht schenkungsteuerlich als Gegenleistung berücksichtigt werden kann. Das Modell der gegenseitigen Zuwendung von Miteigentumsanteilen auf den Tod unter Überlebensbedingung zeichnet sich dadurch aus, dass im Ergebnis nur ein Partner, nämlich der Erstversterbende seine Übertragungspflicht erfüllt. Im Todeszeitpunkt des erstversterbenden Partners, in dem die Erbschaftsteuer entsteht (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG)<sup>181</sup>, erlischt die Übertragungspflicht des überlebenden Partners. Es steht nun fest, dass ihn der andere Partner nicht mehr überleben kann. Nach § 4 BewG werden jedoch Wirtschaftsgüter, deren Erwerb vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, erst berücksichtigt, wenn die Bedingung eingetreten ist. Zwar ist § 4 BewG eine Bewertungsvorschrift, die erbschaftsteuersystematisch erst dann zur Anwendung kommt, wenn feststeht, dass eine steuerpflichtige freigebige Zuwendung vorliegt.<sup>182</sup> Der BFH entnimmt dieser Vorschrift jedoch neuerdings einen allgemeinen steuerrechtlichen Grundsatz, der schon bei der Ermittlung der objektiven Bereicherung im Rahmen des § 7 ErbStG zu beachten ist.<sup>183</sup>

## 9. Übertragung des Gesellschaftsanteils auf den Partner

Der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, dass ein Partner seinen Gesellschaftsanteil bei Trennung auf den anderen übertragen muss. Eine Übertragung auf den einzigen verbleibenden Mitgesellschafter ist zulässig. Mit Wirksamkeit der Abtretung wächst das Gesellschaftsvermögen dem verbliebenen Gesellschafter an. Die Gesellschaft wird liquidationslos beendet, ohne dass ein Auflösungsbeschluss getroffen werden müsste. Die Anwachung erfolgt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes analog § 738 BGB, ohne dass eine Verfügung über die einzelnen Vermögensgegenstände stattfindet. Zum Gesellschaftsvermögen gehörender Grundbesitz muss nicht aufgelassen werden. Die Abtretung bedarf

nicht notarieller Beurkundung. Es empfiehlt sich jedoch dringend notarielle Beglaubigung der Unterschriften über den Abtretungsvertrag, weil der Erwerber im Wege der Grundbuchberichtigung in das Grundbuch einzutragen ist.<sup>184</sup> Die „Ein-Mann-Personengesellschaft“ besteht nach teilweise vertretener Ansicht mit unterschiedlichen Anteilen fort, wenn nur ein Anteil belastet ist – beispielsweise mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht – oder der Testamentsvollstreckung unterliegt.<sup>185</sup>

## E. Kontoinhaberschaft und Kontovollmacht

Insbesondere bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch Tod oder Trennung kommt es häufig zu Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung an Guthaben gemeinsam geführter Konten. Treten in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebende Personen als Verkäufer von Grundbesitz auf, etwa als Miteigentümer in Bruchteilsgemeinschaft oder in Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ist besonderes Augenmerk darauf zu richten, welchem Partner der Kaufpreis zufließt. Die Zuordnung des Kontoguthabens ist nicht nur in zivilrechtlicher Hinsicht von Bedeutung, sondern kann auch schenkungsteuerliche Konsequenzen haben.

## I. Zivilrechtliche Zuordnung

Nach der bisher wohl h. M. steht das Guthaben auf einem Konto bei einer späteren Trennung dem Lebensgefährten zu, der im Außenverhältnis zum kontoverwaltenden Kreditinstitut Kontoinhaber ist, es sei denn, die Beteiligten haben eine abweichende Vereinbarung getroffen.<sup>186</sup> Dem alleinigen Kontoinhaber steht somit das Guthaben im Zweifel im Innenverhältnis ausschließlich zu. Solange die Lebensgemeinschaft jedoch besteht, kann der andere Lebensgefährte im Zweifel in Ausübung einer etwaigen Kontovollmacht Beträge für seinen Eigenbe-

176 Abschn. 9 Abs. 3 ErbStR.

177 Abschn. 9 Abs. 2 ErbStR; vgl. auch Abschn. 10 Abs. 2 S. 1 ErbStR.

178 Abschn. 9 Abs. 2 S. 6 ErbStR: „Erfolgt die Leistung ausschließlich an einen (überlebenden) Versicherungsnehmer, erhält dieser die Leistung nur anteilig – entsprechend seinem Anteil an der Gemeinschaft – in seiner Eigenschaft als Versicherungsnehmer und insoweit nicht als unter das ErbStG fallenden Erwerb.“

179 Ebenso der Gesetzgeber anlässlich der Einführung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 ErbStG, BTDrucks. VI 3418 S. 62 (zu § 3 ErbStG). § 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 ErbStG ist ein spätes Nichtanwendungsgesetz zu BFH BStBl. 1953 III, 199. Dort hat der BFH eine allseitige Anwachungsklausel unter Abfindungsverzicht im Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft als entgeltlich qualifiziert. Mit der Übernahme eines Wagnisses sei die Annahme eines Willens zur Unentgeltlichkeit unvereinbar. Ebenso schon RFHE 24, 142, 144 f.; RFH RStBl. 1939, 495. A. A. RFHE 38, 81.

180 Abschn. 6 S. 1 ErbStR.

181 Gebel, in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 9 (Oktober 2007), Rn. 7.

182 Abschn. 14. Abs. 4 ErbStR; Jülicher, in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 12 (Oktober 2007), Rn. 25.

183 BFH DStR 2008, 348, 349; krit. zu dieser Entsch. Geck, DNotZ 2008, 347, 354 ff. Dieses Argument findet sich noch nicht in BFH BStBl. 2001 II, 456, BFH DStR 2006, 252 = ZEV 2006, 41 m. Anm. Münch und BFH DStRE 2007, 1516 = ZEV 2007, 500 m. Anm. Münch.

184 Piehler/Schulte, in: Münchener Hdb. des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, § 10, Rn. 129 m. w. N.

185 Kanzleiter, in: Freundsgabe Weichler (1997), 39; ders., DNotZ 1999, 443 m. w. N.; LG Hamburg RPfleger 2005, 663; BGHZ 98, 48, 57 f.; a. A. OLG Düsseldorf DNotZ 1999, 440.

186 OLG Frankfurt NJW 1982, 1885; Schulz, FamRZ 2007, 593, 603.

darf abheben oder überweisen, ohne dem anderen zum Ausgleich verpflichtet zu sein.

Guthaben auf einem Oderkonto, d. h. einem Gemeinschaftskonto mit Gesamtgläubigerschaft im Außenverhältnis zum Kreditinstitut (§ 428 BGB)<sup>187</sup>, stehen beiden Partnern nach der Zweifelsregel des § 430 BGB im Innenverhältnis regelmäßig zu gleichen Teilen zu.<sup>188</sup> Die Praxis der Instanzgerichte geht dahin, die Zweifelsregel des § 430 BGB zur Anwendung zu bringen, weil der Beweis einer abweichenden Innenbeteiligung, etwa aufgrund eines Treuhandverhältnisses, regelmäßig nicht gelingt.<sup>189</sup> Entgegen der unter juristischen Laien weit verbreiteten Ansicht ist unerheblich, in welchem Umfang jeder Lebensgefährte zu dem Guthaben beigetragen hat, so dass eine Beteiligung zu gleichen Teilen auch dann angenommen wird, wenn ein Lebensgefährte das Konto allein als Privatkonto mit Guthaben aus seinem Geschäftsbetrieb und Vermögensinkünften ausstattet.<sup>190</sup> Während der intakten Lebensgemeinschaft kann allerdings im Zweifel jeder Lebensgefährte Beträge – und zwar auch über seine Beteiligungsquote im Innenverhältnis hinaus – von dem Konto abheben, ohne dem anderen zum Ausgleich verpflichtet zu sein.<sup>191</sup> Die im Zweifel hälftige Zuordnung im Innenverhältnis hat nach h. M. jedoch mit Auflösung der Lebensgemeinschaft durch Trennung oder Tod eines Partners zur Folge, dass der im Trennungszeitpunkt maßgebliche Kontosaldo in dem Sinne „festgefroren“ wird, als beide Lebensgefährten an dem Saldo zu gleichen Teilen beteiligt sind und Abhebungen nach diesem Zeitpunkt auszugleichen sind, sofern der Partner mit ihnen nicht einverstanden ist.<sup>192</sup>

## II. Schenkungsteuer

Die Beteiligten sind sich bei der Einrichtung von Oderkonten häufig der erbschafts- und schenkungsteuerlichen Konsequenzen nicht bewusst. Anknüpfend an die vorstehend skizzierte Zivilrechtsprechung kann nach der stetigen Rechtsprechung des Finanzgerichtszweigs der Schenkungsteuertatbestand der freigebigen Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt sein, wenn ein Lebensgefährte ein von ihm dotiertes Konto auf den Namen des anderen eröffnet oder ein Oderkonto einrichtet. Allerdings fehlt es in den genannten Fällen nach der Rechtsprechung des BFH an der für eine freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erforderlichen freien Verfügungsmöglichkeit des Empfängers, wenn der Empfänger dem Zuwendenden im Innenverhältnis als bloßer Treuhänder nach § 667 BGB zur Rückgewähr verpflichtet ist.<sup>193</sup> Ob ein derartiges Treuhandverhältnis besteht, beurteilt sich nach m. E. zutreffender Ansicht<sup>194</sup> des BFH allein nach dem Zivilrecht und nicht nach den restriktiven ertragsteuerlichen Gesichtspunkten wirtschaftlichen Eigentums i. S. d. § 39 AO. Allerdings bürdet der BFH die objektive Feststellungslast für das Treuhandverhältnis den Steuerpflichtigen auf.<sup>195</sup> Die freie Verfügungsmöglichkeit fehlt des Weiteren, soweit die Partner das Guthaben durch eine von der Zweifelsregelung des § 430 BGB abweichende Vereinbarung dem das Konto einrichtenden Teil allein zugeordnet haben.<sup>196</sup> Dementsprechend ist kein Schenkungsteuertatbestand erfüllt, wenn ein Partner eine Geldsumme auf das Festgeldkonto des anderen lediglich zu dem Zweck über-

weist, bessere Zinskonditionen zu erlangen, ohne dass die Valuta oder die Zinsen im Innenverhältnis dem Kontoinhaber zustehen sollen.<sup>197</sup>

Lässt sich ein Treuhandverhältnis oder eine abweichende Zuordnungsvereinbarung nicht feststellen, so gilt nach der Rechtsprechung Folgendes: Ein allein auf den Namen des anderen Lebensgefährten eröffnetes Konto ist diesem in Höhe des bei Einrichtung und ggf. in Höhe weiterer Dotierungen bestehenden Guthabens schenkungsteuerpflichtig zugewandt nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Richtet ein Partner ein auf beide Lebensgefährten lautendes Oderkonto ein, hält die Rechtsprechung mit Kontoeröffnung den Tatbestand der freigebigen Zuwendung in Höhe des hälftigen Guthabens für erfüllt, weil das Guthaben den Partnern nach der Zweifelsregel des § 430 BGB im Innenverhältnis zu gleichen Teilen zusteht und jeder Partner tatsächlich und rechtlich frei über das Guthaben verfügen kann.<sup>198</sup> Da der intakten Lebensgemeinschaft im Grundsatz Ausgleichsansprüche für Abhebungen oder Überweisungen im Innenverhältnis fremd sind<sup>199</sup>, wird die Zivilrechtsprechung damit konsequent steuerlich umgesetzt.

187 BGHZ 95, 185, 187 (für Ehegatten); OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1504 (für Ehegatten); OLG Celle FamRZ 1982, 63. A. A. für das Erbschaftsteuerrecht Hess. FG EFG 1992, 142, wonach das auf dem Konto befindliche Guthaben demjenigen zuzurechnen ist, aus dessen Einkünften es entstanden ist; ebenso FG Münster EFG 1993, 589.

188 BGH NJW 1992, 2630, 2631.

189 Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als solche genügt nicht, um einen abweichenden Beteiligungsmaßstab anzunehmen; vgl. OLG Celle FamRZ 1982, 63.

190 BGH FamRZ 1990, 370 (für Ehegatten); OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1504 (für Ehegatten); Schulz, FamRZ 2007, 593, 603.

191 MünchKomm/Bydlinski, 4. Aufl. 2003, § 430 BGB, Rn. 4 (für Ehegatten); BGH FamRZ 1990, 370, 371 (für Ehegatten). Etwas anderes gilt jedoch bei Missbrauch, z. B. wenn der Ehemann noch vor Trennung einen Betrag von 140 000 DM abhebt und das Konto damit praktisch abschöpft, „um seinen Zugewinnausgleichsanspruch zu sichern“; vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1504, 1505 (für Ehegatten).

192 BGH FamRZ 1990, 370, 371 f. (für Ehegatten); OLG Celle FamRZ 1982, 63 (Tod des Lebensgefährten); Schulz, FamRZ 2007, 593, 603.

193 BFH ZEV 2001, 326. Dazu Moench, ErbStG, § 7, Rn. 131 a, 138 (Dezember/Mai 2006); Geck/Messner, ZEV 2001, 307, 308 f.; Wälzholz, FR 2007, 638, 641.

194 Das Erbschaftsteuerrecht knüpft im Hinblick auf die für den Schenkungsteuertatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erforderliche Möglichkeit des Zuwendungsempfängers, tatsächlich und rechtlich über den zugewendeten Gegenstand zu verfügen, an die Zivilrechtslage an.

195 BFH ZEV 2001, 326, 327.

196 Neu, EFG 2002, 34, 35; Schwedhelm/Olbing, BB 1995, 1717, 1720. FG Münster EFG 1993, 589, 590 nimmt dies in einem Fall an, in dem ein bislang allein auf den Ehemann lautendes Konto bloß aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung in ein Ehegatten-Oderkonto umgestellt wird.

197 BFH BFH/NV 1999, 618.

198 Hess. FG EFG 2002, 34 m. Anm. Neu; FG Düsseldorf EFG 1996, 242, 244, wonach es nicht darauf ankommt, ob von der Verfügungsbefugnis Gebrauch gemacht worden ist; FG Rheinland-Pfalz UVR 1994, 280. A. A. Hess. FG EFG 1992, 142, wonach das auf dem Konto befindliche Guthaben demjenigen zuzurechnen ist, aus dessen Einkünften es entstanden ist; FG Münster EFG 1993, 589.

199 MünchKomm/Bydlinski, 4. Aufl. 2003, § 430 BGB, Rn. 4 (für Ehegatten); BGH FamRZ 1990, 370, 371 (für Ehegatten). Etwas anderes gilt jedoch bei Missbrauch, z. B. wenn der Ehemann noch vor Trennung einen Betrag von 140 000 DM abhebt und das Konto damit praktisch abschöpft, „um seinen Zugewinnausgleichsanspruch zu sichern“; vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1504, 1505 (für Ehegatten).

### III. Gestaltungsempfehlung

Verkaufen nichteheliche Partner eine gemeinsame Immobilie, so sollten sie den Kaufpreis so auf die Lebensgefährten verteilen, wie es ihrem Berechtigungsverhältnis an der Immobilie im Innenverhältnis entspricht. Nicht notwendig maßgeblich dürfte das grundbuchlich verlautbare Berechtigungsverhältnis sein: Zwischen den Beteiligten könnte nach den Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung in Bezug auf die veräußerte Immobilie eine Innengesellschaft bestehen, etwa dann, wenn die Immobilie dinglich im Alleineigentum eines Partners steht, jedoch mit Mitteln beider Partner angeschafft worden ist.

### F. Zusammenfassung

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft hat in Deutschland mittlerweile eine unübersehbare Verbreitung erreicht. Schätzungsweise viereinhalb Millionen Menschen leben hierzulande in dieser Form zusammen. Einschlägige spezielle gesetzliche Regelungen fehlen im Zivilrecht weitgehend. Nach der Definition der Rechtsprechung handelt es sich um eine Lebensgemeinschaft, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Einstehen der Partner für einander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist ein tatsächlicher Vorgang und kommt daher schon durch das Zusammenziehen der Partner zu stande, ohne dass diese sich in irgendeiner Form rechtsgeschäftlich einig sein müssen. Aus diesem Grund entsteht mit der Begründung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft keine rechtsgeschäftliche Verbindung zwischen den Beteiligten. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft endet durch Tod eines Partners, Trennung oder Heirat der Beteiligten. Für den Fall, dass die Gemeinschaft durch Tod oder Trennung endet, steht die Zivilrechtsprechung auf dem Standpunkt, dass Beiträge zum Zusammenleben und Leistungen an den Partner nicht erstattet oder ersetzt werden. Ausnahmen sind nur in Fällen einer konkudent begründeten Innengesellschaft anerkannt, in denen ein Partner mit wesentlichen finanziellen oder geldwerten Mithilfeleistungen des an-

deren eine Immobilie oder ein Unternehmen anschafft oder betreibt und die Beteiligten übereinstimmend davon ausgehen, dass ihnen dieser Gegenstand oder Sachinbegriff gemeinsam gehören soll.

Partnerschaftsverträge in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Beurkundungsform begegnen in der Praxis nur vereinzelt. Sie sollten auf wesentliche vermögensrechtliche Aspekte beschränkt werden. Vereinbarungen im höchstpersönlichen Bereich sind einer verbindlichen Regelung nicht zugänglich. Weil der BGH freiwillig übernommene Unterhaltpflichten als Schenkungsversprechen qualifiziert hat, sind sie beurkundungspflichtig. Trägt ein Partner mit Geldmitteln zur Vermögensbildung des anderen bei, bietet sich als Regelungsinhalt eines Partnerschaftsvertrages darüber hinaus die Vereinbarung eines bis zur Trennung zinslosen, ggf. grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensverhältnisses an. Des Weiteren kann sich die Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses empfehlen.

Erwerben in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebende Personen gemeinsam eine Immobilie, so kommt als Erwerbsverhältnis die Bruchteilsgemeinschaft oder die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Betracht. Abhängig von der Ausgestaltung der Partnerschaft und Höhe der Eigenkapitalbeiträge kann gewünscht sein, dass sich unterschiedlich hohe Finanzierungsbeiträge (Eigenkapital, Tilgung von Fremdkapital) in unterschiedlich hohen Beteiligungsquoten niederschlagen. Mit unmittelbar dinglicher Wirkung lässt sich dies erreichen, indem die Beteiligten in Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beweglichen Beteiligungsquoten erwerben. Weitere Regelungspunkte sind in diesem Zusammenhang die Folgen der Geburt und Betreuung gemeinsamer Kinder für die Beitragspflicht sowie Trennung und Tod der Partner.

Unter dem Etikett „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ verbergen sich eine Vielzahl von Lebensformen, die von der kurzlebig-unverbindlichen Studenten-Wohngemeinschaft über die „Ehe auf Probe“ als Prüfungszeit im Hinblick auf eine etwaige Eheschließung bis zur dauerhaften Lebensgemeinschaft als Alternative zur Ehe mit gemeinsamen Kindern reichen. Die Kautelarpraxis hat dem durch an die individuellen Verhältnisse „maßgeschneiderte“ Vertragsgestaltung Rechnung zu tragen. Die Bedeutung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird in der Zukunft parallel zu ihrer ungebrochen wachsenden gesellschaftlichen Verbreitung zunehmen.

## Bewilligungsgrundsatz und familienrechtliche Gesamthandsgemeinschaften

(von Notar Dr. Jörg W. Britz, Lebach)

### A. Der praktische Befund

Gütergemeinschaften spielen in der aktuellen Vertragsgestaltung praktisch keine Rolle mehr. Sie waren aber über Jahrzehnte hinweg, zumal im ländlichen Bereich, als Wahlgüterstand ein Massenphänomen. Die Ursache mag in der gebührenfreien<sup>1</sup> Kombination mit der nach wie vor üblichen gegenseitigen Erbeinsetzung in Form eines Erbvertrages gelegen haben. Diese Kombination bot sich offenbar aus Sicht der Berater insbesondere an, um vorweggenommene Erbfolgen zu gestalten. Denn damals wie heute wurden Bauplätze oder Hausgrundstücke schon wegen drohender Schenkungsteuer nur dem leiblichen Kind und nicht auch dem Schwiegerkind übertragen. Sollten gleichwohl beide Ehegatten berechtigt sein, nicht zuletzt wenn und weil sie gemeinschaftlich zu investieren beabsichtigten, erreichte man dies auf vermeintlich elegantem und kostengünstigem Weg mit Vereinbarung der Gütergemeinschaft. Heute behilft man sich bekanntlich eher mit einer zusätzlichen Übertragung (ehebedingten Zuwendung) eines hälftigen Miteigentumsanteils vom zunächst beschenkten eigenen Kind an seinen Ehegatten, was weitere Notargebühren und bei zweifacher Auflassung und separatem Grundbuchvollzug auch zusätzliche Grundbuchgebühren auslöst.<sup>2</sup>

Mit der großen Familienrechtsreform 1958<sup>3</sup> scheint die Empfehlung, den neu geschaffenen, aber zunächst ungeliebten gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft<sup>4</sup> zu meiden, endgültig das Tor zur Gütergemeinschaft aufgestoßen zu haben. Diese jahrzehntelange Beratungspraxis der Notare zeitigt heute einen doppelten Niederschlag. Zum einen finden sich Generationen von Eheleuten, die sich bis etwa Mitte der 80er Jahre und zum Teil noch weit darüber hinaus wegen eines Grundstücksverwerbs an ihren Notar gewandt haben, im Grundbuch als Eigentümer in Gütergemeinschaft wieder, auch wenn dies einer haftungsschonenden Vermögensverteilung nicht zuträglich war. Zum anderen herrscht bei juristischen Laien der weitgehende Irrglaube vor, die Gütergemeinschaft und die Haftung des einen Ehegatten für die Schulden des anderen, wie sie sich nur bei Gesamtgut ergibt, seien der gesetzliche Regelfall.

### B. Der Bewilligungsgrundsatz und die unrichtige Eintragung der Gütergemeinschaft

Doch damit nicht genug: Der Bewilligungsgrundsatz unseres Grundbuchverfahrensrechts, auch als formelles Konsensprinzip bezeichnet<sup>5</sup>, leistet einen Beitrag dazu, dass in signifikantem Umfang falsch eingetragene Gütergemeinschaften zu befürchten sind.<sup>6</sup>

Das materielle Grundbuchrecht knüpft Rechtsänderungen aufgrund rechtsgeschäftlicher Verfügungen an die Einigung der Beteiligten und die Eintragung gemäß § 873 BGB. Die Grundbuchordnung sieht dagegen eine plausible Verfahrenserleichterung vor: Nach § 19 GBO braucht die materiellrechtlich erforderliche Einigung

nicht nachgewiesen zu werden.<sup>7</sup> Es genügt die Eintragungsbewilligung desjenigen, der von der Eintragung nachteilig betroffen ist. Bei Neueintragungen bedarf es also verfahrensrechtlich nur des Nachweises, dass der Eigentümer mit der Eintragung einverstanden ist. Bei Eintragungen von Löschungen genügt dagegen umgekehrt die Eintragungsbewilligung<sup>8</sup> desjenigen, dessen Recht gelöscht werden soll.

Dieses formelle Konsensprinzip findet nach einhelliger Auffassung<sup>9</sup> und Praxis auch Anwendung bei der Eintragung von Gütergemeinschaften als Eigentümer. Wenn bereits beide Ehegatten in Bruchteilseigentum eingetragen sind, soll demnach folgerichtig eine Berichtigungsbewilligung der eingetragenen Eigentümer genügen, bei eingetragenem Alleineigentum die Berichtigungsbewilligung dieses Ehegatten. Im letzteren Fall wurde von früherer Rechtsprechung und Literatur nicht einmal die Zustimmung des anderen Ehegatten im Falle der Berichtigungsbewilligung für erforderlich gehalten.<sup>10</sup> Dem kann schon wegen § 22 Abs. 2 GBO nicht gefolgt werden.<sup>11</sup> Jedenfalls sei der Nachweis des Güterrechts (sic. Güterstandes) bei Vorliegen einer solchen Berichtigungsbewilligung entbehrlich. Unrichtigkeitsnachweis durch Vorlage einer Ehevertragsausfertigung wird also nicht verlangt.<sup>12</sup>

Konsequenterweise verfuhr und verfährt die Grundbuchpraxis beim gemeinschaftlichen Erwerb der Ehegatten nicht anders. Erklären die verheirateten Erwerber die Auflassung mit dem Veräußerer derart, dass die Eintragung in Gütergemeinschaft erfolgen soll, und bewilligen die entsprechende Eintragung, pflegen die Grundbuchämter dies nicht anders zu handhaben als eine gemeinsame Berichtigungsbewilligung. Die Eintragung

1 Siehe § 46 III Abs. 3 KostO.

2 Zur Problematik dieser so genannten „Kettenschenkung“ siehe z. B. Spiegelberger in: Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl., Rn. E 296.

3 Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts (GleichberG) vom 18. 6. 1957 (BGBl I S. 609), in Kraft getreten am 1. 7. 1958.

4 Gesetzlicher Güterstand war unter Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches nie eine Güter- oder sonstige Gesamthandsgemeinschaft, sondern immer eine Spielart der Gütertrennung; vor der Zugewinngemeinschaft war es der gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutzung des Ehemannes am eingebrachten Gut der Frau. Die Gütergemeinschaft erfreute sich gleichwohl auch zuvor schon großer Beliebtheit als Wahlgüterstand.

5 Siehe zu diesem Begriff und seiner Missverständlichkeit, weil nicht einmal formell ein Konsens gefordert wird, Wolfsteiner, DNotZ 1987, 67.

6 Im Amtsreich des Verfassers zumindest begegnet dieses Phänomen allzu häufig.

7 Wichtige Ausnahme gemäß § 20 GBO: die Auflassung.

8 Nicht zu verwechseln mit der Zustimmungserklärung des Eigentümers, die für Rechte in Abteilung III ebenfalls in öffentlicher Urkunde nachzuweisen ist (§§ 27, 29 GBO).

9 Nachweise bei Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 760.

10 So noch Schöner/Stöber in der Voraufage, 13. Aufl., Rn. 760, mit weiteren Nachweisen.

11 So jetzt auch Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 760 a. E.

12 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 760, verlangt jetzt entgegen der Voraufage immerhin ausdrücklich, die Unrichtigkeit durch Tat-sachenvortrag (Ehevertrag) glaubhaft zu machen. Siehe dazu noch unten unter G.

erfolgt ohne Prüfung, ob eine Gütergemeinschaft tatsächlich vereinbart wurde. Tatsächlich dürfte letzteres aber nicht selten zu einer unrichtigen Eintragung führen und in der Vergangenheit geführt haben. Denn derselbe Irrglaube, der die Gütergemeinschaft mit ihrer gesamtschuldnerischen Haftung in den Status des gesetzlichen Güterstandes erheben will, verleitet die Eheleute auch zu der Falschangabe darüber, wie sie zu erwerben gedenken. Sie erklären also die Auflassung ins Gesamtgut, obgleich eine Gütergemeinschaft nie vereinbart wurde.

### C. Konsequenzen der Falscheintragung

Dass jegliche Falscheintragung an den Grundfesten des Grundbuchsystems röhrt, leuchtet ein, rechtfertigt sich doch der weitgehende Verkehrsschutz, wie er Ausdruck im Erwerb kraft guten Glaubens findet, nur vor dem Hintergrund in aller Regel verlässlicher, weil richtiger Eintragungen. Ebenso unbestritten gebietet der Bewilligungsgrundsatz bzw. das formelle Konsensprinzip eine notwendige Verfahrenserleichterung, aufgrund derer Abweichungen zwischen materieller Rechtslage und Grundbuchlage im Einzelfall unvermeidlich in Kauf genommen werden müssen.

Im Falle der eingetragenen Gütergemeinschaft, die nie vereinbart wurde, stößt man allerdings auf höchst unerfreuliche Rechtfolgen. Denn die Grundbuchberichtigung bereitet Schwierigkeiten. Es verdeutlicht die Problematik, wenn man sich zunächst den umgekehrten Fall vor Augen führt. Erwerben Eheleute, die sich an ihren eigenen Ehevertrag nicht mehr erinnern, versehentlich Bruchteilseigentum, reicht, wie oben dargestellt, der Nachweis der Gütergemeinschaft bzw. nach unbestritten Auffassung auch eine Bewilligung beider Eheleute (ohne Mitwirkung des Veräußerer) aus, um das Grundbuch zu berichtigen.<sup>13</sup> Der Erwerb zum Gesamtgut ist gemäß § 1416 Abs. 1 S. 2 BGB gesetzliche Rechtsfolge, solange nicht ausnahmsweise Vorbehalts- oder Sondergut vorliegt.

Was aber ist die Rechtsfolge des Erwerbs für die nie vereinbarte Gütergemeinschaft? Nicht wirklich erwägen wird man, ob in der schuldrechtlichen Vereinbarung mit dem Veräußerer, in Gütergemeinschaft erwerben zu wollen, bzw. in der korrespondierenden Auflassung ein konkludenter formwirksamer Ehevertrag liegen mag. Dies darf man schon wegen der unabsehbaren Folgen für das sonstige Vermögen beider Ehegatten nicht unterstellen. Nicht weniger hypothetisch dürfte es aber sein, das Erwerbsverhältnis anderweitig umzudeuten.

Höchst großzügig verfuhr in einem solchen Fall das BayObLG<sup>14</sup>, dem sich die Literatur<sup>15</sup> anschließt. Im Interesse der Rechtssicherheit müsse regelmäßig eine Umdeutung auf entsprechenden Antrag der Erwerber zugelassen werden. Das Grundbuchamt habe mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen, dass bei einem solchen Irrtum über den Güterstand eine Auflassung an die Erwerber als Miteigentümer zu gleichen Bruchteilen gewollt und ausgedrückt ist; das wirklich gewollte Bruchteilsverhältnis sei durch Antrag der Erwerber in der Form des § 29 GBO – oder sogar mittels notarieller Eigenurkunde bei entsprechender Vollzugs-

vollmacht für den Notar – klarzustellen.<sup>16</sup> Zum Teil wird in die fehlerhafte Auflassung zugleich eine konkludent enthaltene Auflassungsvollmacht gedeutet, die der Veräußerer wegen seiner eigenen Interesselosigkeit dem Erwerber zwecks Änderung des Beteiligungsverhältnisses angeblich erteilt habe.<sup>17</sup> Auf derselben Linie liegt die Idee einer Auflassungsermächtigung gemäß § 185 Abs. 1 BGB, von welcher der Erwerber zwar in der Form des § 925 BGB, aber ohne Mitwirkung des Veräußerers Gebrauch machen könne.<sup>18</sup>

Das Bestreben, möglichst störungsfrei die falsche Auflassung bzw. Eintragung zu heilen, ist unverkennbar. Denn gelingt es dem Erwerber nicht, steht das Eigentum schließlich noch dem Veräußerer zu. So begrüßenswert eine Heilung im Ergebnis scheint, bestehen doch Bedenken. Auch in sonstigen Fällen unwirksamer Auflassungen hilft nur eine erneute Auflassung mit dem Veräußerer. Dieser hat, solange eine wirksame Auflassung nicht nachgeholt wird, einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung. Allenfalls hilft dem Erwerber gegen den Berichtigungsanspruch eine Einrede aus dem schuldrechtlich wirksamen Vertrag. Man mag dem Veräußerer ein Interesse an seiner Wiedereintragung oder an einem erneuten Mitwirkungsrecht mit Fug und Recht absprechen. Ein relevantes Kriterium, die unwirksame Auflassung umzudeuten, liegt in einer solchen Interesselosigkeit gemeinhin aber nicht.

Ungeklärt bliebe auch der Fall, dass eine gemeinsame, einvernehmliche Berichtigungsbewilligung der Eheleute tatsächlich nicht mehr zu erreichen ist. Dies dürfte sogar der praxisrelevante Fall sein. Die nie vereinbarte Gütergemeinschaft schlummert im Grundbuch typischerweise dahin, bis Anlass zur Klärung des Vermögensbestandes und demzufolge des Güterstandes besteht. Dieser Anlass findet sich am ehesten bei der Scheidung, die jetzt eigentlich zur Auseinandersetzung des Gesamtgutes geführt hätte. Die Argumente der nunmehr zerstrittenen Ehegatten lassen sich leicht prognostizieren. Ein Ehegatte wird vortragen, die Auflassung wäre bei Kenntnis des wahren Güterstandes an ihn allein erfolgt, weil z. B. der Grundbesitz ihm geschenktes Familienvermögen gewesen sei oder weil das Entgelt von ihm allein aufgebracht worden sei etc. Er wird also eine Heilung der fehlerhaften Auflassung (z. B. durch Umdeutung) dahingehend erstreben, dass er alleine Eigentümer werden sollte und geworden sei. Der andere wird z. B. einwenden, der Erwerb sei auch mit solchen Mitteln entrichtet worden, die dem Zugewinnausgleich unterliegen, so dass der Erwerb ohne den Güterstandssirrturn doch in Bruchteilsgemeinschaft erfolgt wäre. Jedenfalls die Quoten blieben streitig.

Formelles Grundbuchrecht vermag diesen Fall nicht mehr zu lösen. Zu einer einvernehmlichen Berich-

13 Siehe oben Fn. 9.

14 BayObLG DNotZ 1983, 754.

15 Siehe z. B. Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 762; Grziwotz, Grundbuch- und Grundstücksrecht, Rn. 792; Demharter, GBO, 25. Aufl., § 33 Rn. 26.

16 So Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 762.

17 Dazu sowie zur jedenfalls nur eingeschränkten Tauglichkeit einer solchen Vollmacht Amann in DAI-Skript „Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung 2004/2005“, Bochum 2005, S. 83.

18 Demharter, a.a.O. (Fn. 15), § 20 Rn. 33.

tigungsbewilligung wird es nicht mehr kommen. Der nunmehr grundbuchtechnisch erforderliche Unrichtigkeitsnachweis wird im streitigen Verfahren erwirkt werden müssen. Dass jedenfalls keine Gütergemeinschaft bestand, wird sich klären lassen, mag vielleicht sogar unstreitig sein. Doch wie soll der „Richtigkeitsnachweis“ lauten? Rant der Rechtsstreit sich nur um das „Wie“ der Umdeutung, kann man sich noch einen Feststellungstitel vorstellen, mit dem das konkrete Beteiligungsverhältnis der dadurch wirksam werdenden Auflassung festgestellt wird. Zu befürchten ist jedoch der Rechtsstreit über das „Ob“ – die Zulässigkeit – der Umdeutung. Nicht selten wird die Rechtsfolge, dass die Ehegatten Bucheigentümer sind und der damalige Veräußerer sein Eigentum nie verloren hat, sogar von einem der Eheleute gewünscht und betrieben werden.

Besonders anschaulich zeigt sich der drohende Streitpunkt im Fall der Scheidung nach vorweggenommener Erbfolge. Erfolgte bei der Übergabe seitens der Eltern die Auflassung versehentlich an die nicht bestehende Gütergemeinschaft, welche die Erwerber irrig als bereits vereinbart oder als gesetzlichen Güterstand betrachteten, werden Eltern und leibliches Kind gemeinsam gerne die Zulässigkeit der Umdeutung, zumal in ein Beteiligungsverhältnis gemeinsam mit dem Schwiegerkind, in Frage stellen. Denn scheitert die Umdeutung, folgt ihr auch das Scheitern des Eigentumserwerbs; sachenrechtlich haben die Eltern ihr Eigentum also nie verloren, was ihnen und ihrem eigenen Kind nicht zuletzt schon deshalb willkommen sein dürfte, weil es den Zugewinn ausgleich des Schwiegerkindes für zwischenzeitliche Investitionen erheblich erschwert.

#### D. Sonstige familienrechtliche Gesamthandsgemeinschaften – ausländisches Güterrecht

Die vorstehend beschriebene Schwierigkeit, nicht existente Gesamthandsgemeinschaften in ein zulässiges Beteiligungsverhältnis umzudeuten, ist nicht auf die Gütergemeinschaft beschränkt. Vernachlässigen kann man sicher die in Deutschland seit einem halben Jahrhundert abgeschafften speziellen Gesamthandsgemeinschaften (Fahrnisgemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft), weil nur noch wenige betroffene Ehen bestehen und auch Alteintragungen zwischenzeitlich verstorbener Ehegatten nur noch selten sein dürften. Der Fall der nach wie vor zulässigen fortgesetzten Gütergemeinschaft<sup>19</sup>, bei der sich im Falle der Fehleintragung die Problemlage eher noch verschärfen dürfte, soll hier nicht vertieft werden. Vielmehr bereitet ausländisches Güterrecht Sorgen.

Denn familienrechtliche Gesamthandsgemeinschaften werden auch und vor allem für ausländische Ehegatten bestimmter Herkunft und auch bei gemischt-nationalen Ehen unter Prüfung der jeweiligen internationalprivatrechtlichen Anknüpfung eingetragen. Länderlisten, die den jeweiligen gesetzlichen Güterstand und ggf. Wahlgüterstände verzeichnen, gehören zum Standardwerkzeug jedes Notars, Grundbuchrichters und -rechtspflegers.<sup>20</sup> Die Aufteilung der Welt in Rechtskreise, denen im Rechtsvergleich bestimmte gesetzliche Güterstände zugewiesen werden, ist gängig. Für den Bereich

des *common law* gelangen diese rechtsvergleichenden Erhebungen regelmäßig zum gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung, länderspezifisch gelegentlich um einen Zugewinnausgleich bereichert. Gütertrennung weist man auch dem Bereich der islamischen Rechtsordnungen zu. Die gesetzliche Errungenschaftsgemeinschaft, teilweise auch als Gütergemeinschaft begriffen oder auch nur übersetzt, beansprucht dagegen Geltung im Rechtskreis der vom Code Napoleon beeinflussten Rechtsordnungen sowie im Bereich der (ehemals) kommunistischen Staaten. Sie betrifft damit nicht nur einen Großteil aller Weltnationen, sondern gerade auch diejenigen Länder, aus denen die meisten Erwerber mit Migrationshintergrund stammen dürften, insbesondere in Südeuropa (allen voran Italien, Spanien und Portugal) und mittlerweile auch in Osteuropa.

Erwarben oder erwerben zum Beispiel zwei italienische Eheleute Grundbesitz, wurden und werden sie in aller Regel als Eigentümer in Errungenschaftsgemeinschaft italienischen Rechts eingetragen. Schon die einfache Variante, wonach die Eheleute ihre zuvor nach italienischem oder deutschem Recht vereinbarte Gütertrennung beim Erwerb zu erwähnen vergessen haben, führt in dieselbe Problemlage, wie sie für die nicht bestehende, aber eingetragene Gütergemeinschaft diskutiert wurde.

Insbesondere *Süß*<sup>21</sup> und ihm folgend *Amann*<sup>22</sup> verdanken wir weitere Beispiele, die nicht nur irrite Vorstellungen über das ausländische Güterrecht entlarven, sondern im hier erörterten Problemfeld in die beschriebene „Umdeutungsfalle“ führen: Schon das italienische Güterrecht könnte wegen seiner Wandelbarkeit zumindest bei einer deutsch-italienischen Ehe ins deutsche Güterrecht verweisen, wenn die Eheleute ihren zunächst in Italien gewählten Lebensmittelpunkt nach Deutschland verlagern. Auch sonst besteht die große Gefahr, Rückverweisungen aus dem Internationalen Privatrecht des Fremdstaates zu erkennen. Für den „nordischen Rechtskreis“, dem man traditionell auch Errungenschaftsgemeinschaften zugeordnet hat, setzt sich die Erkenntnis durch, dass es sich allenfalls um so genannte „aufgeschobene Gütergemeinschaften“<sup>23</sup> handelt, bei denen die „Vergemeinschaftung“ erst mit Beendigung der Ehe eintritt, während bis dahin eine Gütertrennung besteht. Trotz der üblichen wortgetreuen Übersetzung des gesetzlichen Güterstandes niederländischen Rechts als „allgemeine Gütergemeinschaft“ wird nicht mehr bezweifelt, dass es sich gleichwohl nicht um eine Gesamthandsgemeinschaft handelt, zumal offenbar nicht einmal in den Niederlanden bei einem allein erwerbenden Ehegatten die Eintragung beider Eheleute im Grundbuch zu erfolgen pflegt.

Weitere Überraschungen, die künftige rechtsvergleichende Studien zu Tage bringen werden, scheinen nicht

19 Wegen der quasi-erbrechtlichen Wirkungen der fortgesetzten Gütergemeinschaft dürfte eine Umdeutung in Alleineigentum oder Bruchteilseigentum nach dem Tod des ersten Ehegatten noch schwieriger zu begründen und einvernehmlich zu lösen sein.

20 Siehe z.B. Zimmermann in: Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl., Rn. H 133; Hertel in: Würzburger Notarhandbuch, Teil 7 Rn. 126.

21 Süß, RPfleger 2003, 53 ff.

22 Amann, DAI-Skript (Fn. 17), S. 84 ff.

23 Süß, RPfleger 2003, 53, 59.

ausgeschlossen. Vielleicht lässt sich eher sogar umgekehrt formulieren: Künftige Erkenntnisse darüber, dass Vorstellungen anderer Rechtsordnungen über gemeinschaftliches Vermögen der Eheleute sich nicht mit unserer deutschrechtlichen und durchaus eigentümlichen Doktrin der Gesamthandsgemeinschaft und speziell des Gesamtgutes vollständig decken, dürften in Wahrheit nicht einmal überraschen.

Jeder Fall der bereits eingetragenen oder einzutragenden Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft ausländischen Rechts könnte sich demnach als Falscheintragung erweisen, ohne dass eine erfolgreiche Umdeutung der Auflassung und Berichtigung der Eintragung gesichert wäre. Es drohte massenhaft Bucheigentum.

#### **E. Keine Auflassung an die familienrechtliche Gesamthand**

Die Probleme sind beim Erwerb weitgehend vermeidbar. Besteht jedenfalls zwischen den Eheleuten Einigkeit, gemeinschaftlich und gleichberechtigt zu erwerben, sollte die Auflassung immer an die Erwerber zu je  $\frac{1}{2}$  Anteil erfolgen, bei anderen Wünschen der Beteiligten eben zu beliebigen sonstigen Quoten oder auch an einen alleine. Dies gilt für jeglichen ausländischen Güterstand nicht anders als für die deutsche Gütergemeinschaft. Unbeschadet von auszulotenden Prüfungskompetenzen und –pflichten des Grundbuchamtes kann die Beurkundung einer Erklärung, die dem aktuellen Willen der Eheleute entspricht, nicht falsch sein und kaum schaden. Sollte die vermutete Gesamthandsgemeinschaft tatsächlich bestehen, hat das Verfahrensrecht den Weg zu weisen, um die materiellrechtliche Rechtslage auch korrekt zu verlautbaren. Ob ergänzend eine Rechtswahl deutschen Güterrechts empfohlen werden sollte, um mit dem ausländischen Güterrecht auch die dortige Gesamthandsgemeinschaft auszuschließen und den sicheren Weg in die deutsche Zugewinn- und Bruchteilsgemeinschaft zu erschließen, ist hier nicht Thema. Zur Lösung der deutschen sachenrechtlichen Problemlage bedarf es ihrer jedenfalls nicht.

Im Übrigen steht gerade bei den ausländischen Regelgüterständen fast zu erwarten, dass sich die Eintragung der Bruchteilsgemeinschaft später sogar als richtig erweisen wird, selbst wenn sich im maßgeblichen ausländischen Güterrecht der gesetzliche Güterstand tatsächlich als eine Gesamthandsgemeinschaft erweisen sollte. So hält z. B. Hertel<sup>24</sup> den Erwerb durch Ehegatten selbst aus dem romanischen Rechtskreis, die nach bisheriger Erkenntnis unbestritten ohne Ehevertrag in Errungenschaftsgemeinschaft leben, gleichwohl sowohl zu Alleineigentum eines Ehegatten als auch in Bruchteilsgemeinschaft beider Ehegatten für möglich, weil hierin eine konkludente Bestimmung zu Eigengut liegen könne.

Geht man davon aus, dass wohl keine Rechtsordnung mit Eintritt in die Ehe die Erwerbsfähigkeit eines Ehegatten oder gar seine Geschäftsfähigkeit insgesamt enden lässt<sup>25</sup>, dürfte diese Überlegung noch umfassender Platz greifen. Man mag darüber befinden, inwieweit etwaige gesetzliche Rechtsfolgen an einen Alleinerwerb anknüpfen.

fen (Eigengut oder doch Gesamtgut, letzteres sofort i. S. einer Unmittelbarkeitstheorie oder doch i. S. der Durchgangstheorie als gesetzliche Folge des zunächst stattfindenden Alleinerwerbs). Daran mag sich auch die Frage anschließen, ob und wie diese Rechtsfolgen grundbuchlich zu verlautbaren sind. Die Ehe hindert aber jedenfalls als solche nicht den Eigentumserwerb, wie er dem Unverheirateten unzweifelhaft offen steht.<sup>26</sup> Dann kann aber auch ein Ehegatte einen Miteigentumsanteil alleine erwerben, und die Tür ist offen, auch jeden Ehegatten nach jeder erdenklichen Güterrechtslage jeweils einen Miteigentumsbruchteil erwerben zu lassen, gleich, ob der Erwerbsgegenstand kraft Gesetzes in ein Gesamtgut fällt.

Aber auch bei den deutschen Eheleuten empfiehlt sich selbst bei vermeintlich positiver Kenntnis der Gütergemeinschaft die Auflassung in einer Bruchteilsbeteiligung. Denn wenn sich das noch so kleine Risiko realisiert, wonach eine Gesamthandsgemeinschaft beim Erwerb nicht bestand und demnach auch nicht als solche erwerben konnte, bedarf es nicht einmal einer Umdeutung der Auflassung; die Eintragung braucht nur (wieder) der erklärten Auflassung zu entsprechen. Gleichwohl mag in diesen Fällen zunächst die Eintragung in Gütergemeinschaft beantragt werden und auch erfolgen. Denn der Erwerb zum Gesamtgut ist gemäß § 1416 Abs. 1 S. 2 BGB der gesetzliche Regelfall bei bestehender Gütergemeinschaft, gleich, ob der Erwerb durch einen oder beide Ehegatten in Bruchteilsgemeinschaft erfolgt.

In konsequenter Fortentwicklung der von Hertel<sup>27</sup> für die romanischen Errungenschaftsgemeinschaften vertretenen Auffassung scheint allerdings im Einzelfall sogar die Idee interessant, die in Unkenntnis der eigenen deutschen Gütergemeinschaft zu je  $\frac{1}{2}$  erklärte Auflassung zugleich als konkludente ehevertragliche Vereinbarung i. S. des § 1418 Abs. 2 Nr. 1 BGB auszulegen, wonach die beiden Miteigentumsanteile gerade nicht Gesamtgut, sondern wenigstens jeweils Vorbehaltsgut sein sollten. Da sich dieser konkludente Ehevertrag nur auf den Erwerbsgegenstand selbst erstrecken würde, liegt diese Annahme jedenfalls erheblich näher, als umgekehrt in die Auflassung an die bisher nicht bestehende Gütergemeinschaft gleich die Vereinbarung einer Gütergemeinschaft hineinlesen zu wollen. Damit wäre sogar trotz Nachweis der Gütergemeinschaft die Möglichkeit gegeben, Eheleute entsprechend einer Auflassung zu je  $\frac{1}{2}$  als Eigentümer eintragen zu lassen, wobei nicht einmal die Vorbehaltsgutseigenschaft der jeweiligen Miteigentumsanteile eintragungsbedürftig und –fähig wäre.<sup>28</sup>

Davon zu trennen ist selbstverständlich die Frage, ob für eine spätere Weiterveräußerung über den Anwendungsbereich des § 1365 BGB hinaus die Zustimmung eines Ehegatten materiellrechtlich erforderlich ist, wenn es

24 Hertel in: DAI-Skript (Fn. 17), S. 114.

25 Andernfalls stellte sich jedenfalls die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem ordre public, vgl. Amann in: DAI-Skript (Fn. 17), S. 88.

26 Über die Wirksamkeit einer Mitverpflichtung des Ehegatten ist damit nicht gerichtet.

27 DAI-Skript (Fn. 17), S. 114.

28 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 764.

sich entgegen der Eintragung doch um eine Gesamthand handeln sollte, sei es beim allein eingetragenen Ehegatten, sei es bei solchen Ehegatten, die als Miteigentümer erworben haben und eingetragen sind, von denen aber nur einer über seinen eigenen Anteil verfügen will.

Nicht geleugnet werden kann, dass mit der (möglicherweise) falschen Eintragung von Allein- oder Miteigentum die Gefahr eines Erwerbs kraft guten Glaubens zum Nachteil des anderen Ehegatten heraufbeschworen wird, die bei Eintragung der (möglicherweise) bestehenden Gesamthandsgemeinschaft gebannt wäre. Diese Gefahr spiegelt aber nur die dem Bewilligungsgrundsatz innenrechte Konsequenz wider, dass Veräußerer und Erwerber mit Auflassung und Eintragungsbewilligung darüber befinden, in welcher Rechtsform der Erwerber im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird. Schon beim Erwerbsvorgang den hierbei nicht mitwirkenden Ehegatten davor zu schützen, bei einer späteren Verfügung seine nur güterrechtlich entstandene Mitbeteiligung wegen guten Glaubens des nächsten Erwerbers wieder zu verlieren, kann nicht Aufgabe des Grundbuchverfahrensrechts sein. Will dieser Ehegatte den späteren Verlust verhindern, hilft ihm sein Anspruch auf Mitwirkung zur Grundbuchberichtigung gemäß § 1416 Abs. 3 BGB. Es obliegt aber auch ihm, diesen Anspruch gegen den unmittelbar erwerbenden Ehegatten durchsetzen. Im Übrigen ist der nicht eingetragene Ehegatte vor einem späteren Verlust kraft guten Glaubens auch dann nicht sicher, wenn schon beim Erwerb durch den anderen Ehegatten nicht nur die familienrechtliche Gesamthandsgemeinschaft, sondern auch die Ehe als solche unerkannt bleibt, z. B. vom allein erwerbenden Ehegatten schlicht verschwiegen wird. Auch dies folgt konsequent aus dem verfahrensrechtlich unverzichtbaren Bewilligungsgrundsatz.

#### F. Bewilligungsgrundsatz und Drittinteressen

Unterstellen wir, die Auflassung wurde entgegen der hier geäußerten Empfehlung ausdrücklich zum Gesamtgut der Erwerber erklärt. Die misslichen Folgen der Falscheintragung, wenn eine Gesamthandsgemeinschaft gar nicht besteht, scheinen selbstverantwortet. Denn der Bewilligungsgrundsatz beruht schließlich gerade auf der Überlegung, dass nicht alles materiellrechtlich Maßgebliche verfahrensrechtlich nachgewiesen sein muss. Vielmehr lässt er für eine Eintragung eben die Bewilligung des hiervon (nachteilig) Betroffenen genügen. Wenn also die Eheleute mit ihrer fehlerhaften Auflassungserklärung zugleich eine Eintragungsbewilligung für ein nicht bestehendes Gesamtgut erklären, realisiert sich scheinbar nur zu ihren Ungunsten das selbst geschaffene Risiko. Soweit der Bewilligungsgrundsatz!

Nicht von der Hand zu weisen ist aber, dass Notar und Grundbuchamt zumindest bei Wahlgüterständen mit geringem Aufwand die falsche Eintragung und damit die beschriebenen misslichen Konsequenzen verhindern könnten. Sie bräuchten sich doch nur durch Vorlage einer Ehevertragsausfertigung oder beglaubigten Ehevertragsabschrift die ursprüngliche Vereinbarung nachweisen zu lassen, woraus sich zumindest eine hohe Wahrscheinlichkeit plausibel erschließen ließe, dass die

Gesamthand auch noch besteht.<sup>29</sup> Nicht von ungefähr sieht deshalb z. B. das Muster einer Berichtigungsbewilligung bei *Schöner/Stöber*<sup>30</sup> das Beifügen einer Ausfertigung des Ehevertrages ausdrücklich vor, obwohl es wenig später in derselben Fundstelle heißt, der Nachweis des Güterrechts sei bei Vorliegen der Berichtigungsbewilligung des eingetragenen Eigentümers entbehrlich.<sup>31</sup>

Unbehagen erzeugt deshalb schon die Annahme, allein die Auflassungserklärung, in Gütergemeinschaft erwerben zu wollen, genüge zur Eintragung als Gesamtgut. Denn diese Annahme gefährdet die Interessen des Veräußerers. Zwar besteht nach materiellem Recht wie nach Verfahrensrecht eine Mitwirkungspflicht des Veräußerers an Auflassung und Bewilligung. Die Angabe, in welchem Beteiligungsverhältnis seine Vertragspartner zu erwerben gedenken, erfolgt aber nach den Wünschen und Vorgaben der Erwerber und im reinen Fremdinteresse. Darin liegt ja auch der Grund, warum man eine spätere Mitwirkung des Veräußerers zu vermeiden versucht und für entbehrlich hält, wenn sich Auflassung und Bewilligung wegen des falsch angegebenen Beteiligungsverhältnisses später als unwirksam erweisen sollten.

Denn stellt sich später tatsächlich heraus, dass eine Gütergemeinschaft nicht bestand, und lässt sich die Auflassung auch nicht auf den beschriebenen, aber steinigen Wegen (insbesondere Umdeutung, konkludente Auflassungsvollmacht, Wiederholung der Auflassung unter Mitwirkung aller ursprünglich Beteiligten etc.) retten, drängt man dem Veräußerer oder dessen Rechtsnachfolger sein verloren geglaubtes Eigentum wieder auf. Der Veräußerer kann aber nicht nur wegen der geschuldeten Erfüllungswirkung ein berechtigtes Interesse am Eigentumsverlust haben. Denn auch aus anderen Gründen kann ihm am baldigen Eigentumsverlust gelegen sein.<sup>32</sup> Insoweit sei an § 433 Abs. 2 Hs. 2 BGB erinnert, der der Übergabe- und Übereignungsverpflichtung des Verkäufers bewusst nicht nur die Zahlungsverpflichtung, sondern auch eine Abnahmepflicht des Käufers gegenüberstellt. Da hierzu neben der Übernahme des Besitzes gerade auch die Mitwirkungspflicht des Käufers an der erfolgreichen Auflassung zählt<sup>33</sup>, wird mit der Angabe eines unzulässigen Beteiligungsverhältnisses ein eigenständiger Anspruch des Verkäufers nicht erfüllt. Dieser Gefahren wird sich der Verkäufer kaum bewusst sein. Doch lässt sich angesichts der §§ 19, 22 Abs. 2 GBO nicht leugnen, dass die Eintragung zwar nicht ohne seine Mitwirkung erfolgen dürfte, es an dieser in den Erwerbsfällen aber auch nicht fehlt.

Auch bei der „echten“ Berichtigungsbewilligung, bei der also eine Eintragung eines oder beider Ehegatten bereits erfolgt war und nur noch Berichtigung in Gütergemeinschaft erfolgen soll, kommen Dritte in Betracht, deren

29 Eine absolute Richtigkeitsgewähr könnte ohnehin kein Verfahren bieten, vgl. dazu Wolfsteiner, DNotZ 1987, 67, 68.

30 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 758.

31 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 760.

32 Z. B. bei einem Grundstück, bei dem demnächst die Erhebung von Erschließungsbeiträgen ansteht, die zwar der Erwerber schuldrechtlich übernommen hat, für die aber dem Veräußerer als Nach-eigentümer Haftung droht.

33 MünchKomm/H.P. Westermann, 4. Aufl., § 433 Rn. 79.

Rechte oder doch berechtigte Interessen von der Eintragung nachteilig betroffen sein können.

Dazu sollte man sich die Haftungssituation bei der Gütergemeinschaft noch einmal genauer vergegenwärtigen. Gemeinhin und zu Recht wird die sich aus der gesamthänderischen Bindung ergebende zusätzliche Haftung des anderen Ehegatten mit dem Gesamtgut für gesetzliche Verpflichtungen als nachteilig betont.<sup>34</sup> Die Gütergemeinschaft bringt aber für den Gläubiger nicht nur den spiegelbildlichen Haftungsvorteil. Will der Gläubiger in das Gesamtgut seines verheirateten Schuldners aus dem vorhandenen Leistungstitel vollstrecken, bedarf es eines zusätzlichen Titels gegen den Ehegatten, nach h. M. eines weiteren Leistungstitels, auch nach der Mindermeinung wenigstens eines Duldungstitels<sup>35</sup>. Die Beschaffung eines solchen Titels bliebe ihm erspart, wenn er in einen Miteigentumsanteil seines Schuldners vollstrecken und über den Auseinandersetzungsanspruch die Teilungsversteigerung betreiben könnte. Der Vorteil, in das Gesamtgut vollstrecken zu können, wird also gefährdet durch die Notwendigkeit eines weiteren Erkenntnisverfahrens und relativiert sich bei einer Forderungshöhe, die ungefährdet auch aus dem rechnerischen Anteil des Schuldners selbst hätte gedeckt werden können. Eher könnten die Verzögerungen den entscheidenden Nachteil beim Gläubigerwettlauf provozieren.

Der Bewilligungsgrundsatz eröffnet den Ehegatten hier geradezu Missbrauchsmöglichkeiten. Ohne Gütergemeinschaft überhaupt vereinbaren zu müssen und damit die Haftung eines Gesamtgutes materiellrechtlich zu riskieren, können die Ehegatten unter Ausnutzung des Bewilligungsgrundes den sofortigen Pfändungszugriff des Gläubigers in den Miteigentumsanteil seines Schuldners vorläufig vereiteln, indem sie die unrichtige Eintragung der Gesamthandsgemeinschaft bewilligen. Will der Gläubiger in den verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der Grundbuchordnung die Rückberichtigung erreichen, müsste er die Unrichtigkeit nachweisen, also Beweis führen, dass die Eheleute keine Gütergemeinschaft vereinbart haben. Dies wird ihm ohne Feststellungsurteil in der Form des § 29 GBO kaum gelingen.

Nun folgt aus den Verfahrenserleichterungen des Bewilligungsgrundes allerdings geradezu zwangsläufig die Gefahr von Falscheintragungen, die auch „gläubigerfrustierende“ Wirkung entfalten können. So liegt es auch in der Hand des Eigentümers, nicht vereinbarte und damit unwirksame Belastungen (§ 873 BGB) gleichwohl zu bewilligen und eintragen zu lassen. Auch dies erschwert Gläubigern selbstverständlich den Pfändungszugriff und ist trotzdem hinzunehmen. Nicht jeder Dritte, der durch Eintragungen in seinen Interessen gefährdet ist, kann durch eine verfahrensrechtlich gebotene Mitwirkung geschützt werden. Die Berichtigung von der Bewilligung aller (potentiellen) Gläubiger abhängig machen zu wollen, scheidet naturgemäß aus.

Der Schutz des Veräußerers scheint also zu versagen, weil er an Auflassung und Bewilligung verfahrensrechtlich mitwirkt, während der Schutz der Gläubiger in den engen Grenzen des Bewilligungsgrundes unmittelbar keine Berücksichtigung finden kann.

## G. Restriktive Auslegung von §§ 19, 22 Abs. 2 GBO

Eine Lösung erschließt sich aber mit einer restriktiven Auslegung der §§ 19, 22 GBO, also einer Einschränkung des Bewilligungsgrundes. Dies wird auch in anderen Fällen diskutiert, insbesondere im Umwandlungsrecht. Hier vollzieht sich eine Gesamtsrechtsnachfolge regelmäßig außerhalb des Grundbuchs. Bei Verschmelzung und Aufspaltung kommt eine Eigentümerbewilligung schon deshalb nicht in Betracht, weil der voreingetragene Eigentümer untergeht. Hier hilft nur Unrichtigkeitsnachweis. Bei Abspaltung und Ausgliederung stände der übertragende Rechtsträger dagegen für eine Berichtigungsbewilligung zur Verfügung. Gleichwohl wird mit guten Gründen vertreten, dass seine Berichtigungsbewilligung statt des Unrichtigkeitsnachweises nicht ausreicht, da der Rechtsübergang schlüssig dargelegt werden müsse (z. B. durch ergänzende Vorlage des Spaltungsvertrages oder -planes und Handelsregisterauszug).<sup>36</sup> Auch soweit die Berichtigungsbewilligung die Funktion der Identitätserklärung i. S. von § 28 GBO und § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG übernimmt, wird die Vorlage der vorgenannten Unterlagen gefordert, um die partielle Gesamtrechtsnachfolge schlüssig zu machen.

Auch für die Eintragung der Gütergemeinschaft findet sich in der jüngsten Aufl. bei *Schöner/Stöber* jetzt der Zusatz, die Unrichtigkeit sei durch Tatsachenvortrag (Ehevertrag) glaubhaft zu machen.<sup>37</sup> Dem muss uneingeschränkt gefolgt werden. Nun mag man zweifeln, ob mit der Glaubhaftmachung des Ehevertrages einerseits und der Schlüssigkeit in den vorgenannten Umwandlungsfällen andererseits jeweils auch ein Unrichtigkeitsnachweis in der strengen Form des § 29 GBO gemeint sei. Wer befürchtet, mit einer solchen Forderung die Grenzen der Auslegung des § 22 GBO zu überschreiten, möge sich mit einem Tatsachenvortrag ohne urkundlichen Nachweis begnügen.

Glaubhaft gemacht ist jedenfalls das Vorliegen einer Gütergemeinschaft weder durch die alleinige Erklärung, in Gütergemeinschaft erwerben zu wollen, noch durch die Berichtigungsbewilligung beider Ehegatten. Dies ließe darauf heraus, eine entsprechende Auflassung oder Berichtigungsbewilligung beinhaltet immer zugleich den schlüssigen Vortrag, irgendwann einen Ehevertrag mit Gütergemeinschaft geschlossen zu haben. Mit guten Gründen wird man also die Vorlage einer beglaubigten Abschrift oder Ausfertigung auch im Rahmen der vom Gesetz eng gezogenen Grenzen des Bewilligungsgrundes verlangen können. Zumindest muss jedenfalls der Abschluss eines Ehevertrages konkret, also z. B. durch Angabe einer notariellen Urkundennummer und eines Datums, dargelegt werden. Das Grundbuchamt hat ggf. durch Zwischenverfügung auf einen solchen schlüssigen Vortrag, wenn schon nicht auf die Vorlage der Urkunde in öffentlicher Form, hinzuwirken.

34 Siehe insbesondere für den Regelfall der gemeinsamen Verwaltung des Gesamtgutes §§ 1459, 1460 BGB.

35 Zur Mindermeinung MünchKomm/Kanzleiter, 4. Aufl., § 1459 Rn. 10 mit Nachweisen auch für die h. M.

36 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 995 f.; a. A. Ittner, MittRhNotK 1997, 105, 126.

37 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 760 a. E.

## H. Schlussfolgerungen

Eine Vermeidung der beschriebenen Probleme lässt sich ohne weiteres über eine restriktive Auslegung von §§ 19, 22 Abs. 2 GBO erreichen. Die Bewilligung der Eigentümerehegatten darf für die Eintragung eines Beteiligungsverhältnisses dann nicht ausreichen, wenn dieses nur im Rahmen eines Wahlgüterstandes zulässig sein kann. Hier muss zusätzlich zumindest schlüssig vorgeragen, besser noch in öffentlicher Urkunde nachgewiesen werden, dass ein entsprechender Ehevertrag geschlossen wurde. Dies beansprucht nicht nur für die deutsche Gütergemeinschaft Geltung, sondern jedenfalls auch für solche ausländische Gesamthandsgemeinschaften, die nur Wahlgüterstand sind. Der Notar sollte sich zur Vermeidung unrichtiger Grundbucheintragungen die Existenz des betreffenden Güterstandes belegen lassen. Nicht genügen kann für Notar und Grundbuchamt hierfür die Tatsache, dass die Eheleute bereits in einem anderen Grundbuchblatt in Gesamthandsgemeinschaft eingetragen sind. Denn diese Eintragung könnte und dürfte häufig allein aufgrund einer Bewilligung ohne Angabe eines Ehevertrages erfolgt sein. Ein für Grundbuchzwecke hinreichender Nachweis kann aber selbst-

verständlich dadurch geführt werden, dass auf eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Ehevertrages verwiesen wird, die sich in anderen Grundakten befindet.

Handelt es sich dagegen um einen ausländischen gesetzlichen Güterstand, der nach bisheriger Erkenntnis in Deutschland einer Errungenschaftsgemeinschaft mit gesamthänderischer Bindung entspricht, sollte gleichwohl die Auflassung in jeglichem anderen, den Wünschen entsprechenden Beteiligungsverhältnis (Alleineigentum, Bruchteilseigentum oder, falls Gesamthand ausdrücklich gewünscht, in Gesellschaft bürgerlichen Rechts) erklärt werden. Das Grundbuchamt braucht die Rechtmäßigkeit dieses abweichenden Beteiligungsverhältnisses nicht zu prüfen. Nur wenn sichere Kenntnis darüber besteht, dass die ausländische Rechtsordnung anwendbar und ein anderes als das dortige Gesamthandsverhältnis nicht einmal vertraglich zulässig ist, hat das Grundbuchamt von Amts wegen die Eintragung in ausländischer Güterrechtsform vorzunehmen. Dies sollte wegen der Gefahren unheilbarer Fehleintragungen nicht vorschnell unterstellt werden. Im Zweifel ist also das gewünschte Beteiligungsverhältnis der Auflassung entsprechend einzutragen.

## Die Bestimmung des Hofnacherben durch den Hofvorerben

(von Notarassessor Oliver Gehse, Würzburg)

Auch im Höferecht ist die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft in einer Verfügung von Todes wegen zulässig und bietet sich daher als erbrechtliches Gestaltungsmittel an.<sup>1</sup> Während nach dem bis zum 30. Juni 1976 geltenden § 8 Abs. 1 HöfeO a. F. bei einem Ehegattenhof die Hofvorerbschaft des längstlebenden Ehegatten die gesetzliche Erbfolge darstellte, wenn der Hof nicht von ihm stammte, muss nunmehr eine Hofvor- und Hofnacherbschaft in jedem Fall testamentarisch angeordnet werden. In der Praxis sind Sachverhaltkonstellationen häufig, in denen die Ehegatten einen ihrer Abkömmlinge zum Hofnacherben bestimmen wollen, jedoch im Zeitpunkt der Testaments- bzw. Erbvertragerrichtung nicht einzuschätzen vermögen, welcher ihrer noch jugendlichen Abkömmlinge sich später einmal am besten zur Übernahme des Hofes eignen wird.<sup>2</sup> Deshalb sollte der beurkundende Notar den ratsuchenden Ehegatten, wenn diese nicht insgesamt auf die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft verzichten wollen oder ihre Anordnung aus anderen Gründen (z. B. Vermeidung von Abfindungsansprüchen einseitiger Abkömmlinge nach §§ 12, 13 HöfeO) geboten erscheint, eine Testamentsgestaltung anbieten, nach welcher der zum Hofvorerben berufene überlebende Ehegatten ermächtigt wird, den Hofnacherben unter den ehelichen Abkömmlingen oder aus einem sonstigen festgelegten Personenkreis auszuwählen.

### 1. Die Ermächtigung des Hofvorerben, den Hofnacherben aus einem bestimmten Personenkreis auszuwählen

#### a) Grundsatz der höchstpersönlichen Erbenbestimmung

Gem. § 2065 Abs. 2 BGB kann der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem Dritten überlassen. Diese Vorschrift ist Ausdruck der materiellen Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung.<sup>3</sup> Sie soll sicherstellen, dass die Entscheidung über das Schicksal eines Vermögens nach dem Tode seines Inhabers nicht von Personen getroffen wird, die sich der Verantwortung für die Verwendung dieses Vermögens gar nicht als Inhaber desselben bewusst werden konnten. Außerdem soll dem Erblasser die Befugnis, die gesetzliche Ordnung der Vermögensnachfolge außer Kraft zu setzen, nur für den Fall zustehen, dass er einen

<sup>1</sup> BGHZ 35, 124 = DNotZ 1961, 493 = NJW 1961, 1674 = MDR 1961, 762 = RdL 1961, 261; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, 10. Aufl. 2001, § 7 Rn. 5; von Jeinsen, in: Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, HöfeO, 3. Aufl. 1994, § 7 Rn. 3; Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 8. Aufl. 2004, § 7 Rn. 13; Steffen/Ernst, HöfeO, 2. Aufl. 2006, § 7 Rn. 3.

<sup>2</sup> Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, § 14 HöfeO Rn. 81; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, § 7 Rn. 27.

<sup>3</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, 67. Aufl. 2008, § 2065 Rn. 1.

eigenen festen Entschluss über die Geltung und den Inhalt seiner Anordnung fasst und selbst in gehöriger Form äußert.<sup>4</sup>

Wenn § 2065 Abs. 2 BGB die Bestimmung des Zuwendungsempfängers durch einen Dritten ausschließt, so ist damit nach dem Zweck der Vorschrift zugleich ausgedrückt, dass es ureigenste Sache eines jeden Erblassers selbst ist, die Person des Bedachten festzulegen.

#### b) Keine entsprechende Anwendung von § 14 Abs. 3 HöfeO

Abweichend von § 2065 Abs. 2 BGB kann der Erblasser im Anwendungsbereich der Höfeordnung gem. § 14 Abs. 3 HöfeO seinem Ehegatten ausnahmsweise durch Verfügung von Todes wegen die Befugnis erteilen, unter den Abkömmlingen des Hofeigentümers den Hoferben zu bestimmen. Diese Bestimmung hat ihrem Wortlaut nach („... tritt ... in die Rechtsstellung des bisherigen gesetzlichen Hoferben ein.“) den Fall im Auge, dass der Erblasser selbst keinen Hoferben bestimmt hat und daher bei seinem Tod die gesetzliche Erbfolge eingetreten ist, so dass also der gemäß § 6 Abs. 1 HöfeO kraft Gesetzes zum Hoferben berufene Abkömmling mit dem Eintritt des Erbfalls zunächst Hoferbe wird.<sup>5</sup> Sie ist aber ebenfalls anwendbar, wenn der Hofeigentümer durch Verfügung von Todes wegen einen Hoferben eingesetzt und gleichzeitig dem überlebenden Ehegatten die Befugnis erteilt hat, unter den Abkömmlingen des Eigentümers einen anderen Hoferben zu bestimmen.<sup>6</sup>

Ist jedoch der überlebende Ehegatte aufgrund der letztwilligen Verfügung selbst Hofvorerbe geworden, ist § 14 Abs. 3 HöfeO nach überwiegender Ansicht nicht anwendbar, da es sich dabei um eine Ausnahmeverordnung von § 2065 Abs. 2 BGB handelt, die grundsätzlich eng auszulegen ist und nicht ohne weiteres auf andere Fälle ausgedehnt werden kann.<sup>7</sup> Ebenso liegt kein Fall des § 14 Abs. 3 HöfeO vor, wenn ein Abkömmling zum Hofvorerben eingesetzt und ihm vom Erblasser die Befugnis eingeräumt wurde, den Hofnacherben zu bestimmen. In dieser Konstellation bemisst sich die Zulässigkeit der getroffenen Anordnung nach der allgemeinen Bestimmung des § 2065 Abs. 2 BGB.

#### c) Auswahl des Hofnacherben aus einem eng begrenzten Personenkreis nach bestimmten sachlichen Kriterien

Seit dem „Rittergut-Fall“ des Reichsgerichtes<sup>8</sup> entspricht es allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass eine nach § 2065 Abs. 2 BGB unzulässige Bestimmung des Bedachten durch einen Dritten dann nicht vorliegt, wenn der Erblasser anordnet, der Erbe solle aus einem begrenzten Kreis von Personen nach bestimmten sachlichen Gesichtspunkten durch einen Dritten bindend ausgewählt werden, sofern nur der Personenkreis so eng begrenzt ist und die Gesichtspunkte für die Auswahl so genau festgelegt sind, dass für eine Willkür des auswählenden Dritten kein Raum bleibt.<sup>9</sup> Zulässig ist demnach beispielsweise die Bestimmung, der Dritte solle denjenigen der Kinder (Enkel, Neffen bzw. Nichten) des Erblassers als Erben bestimmen, der zur Bewirtschaftung eines landwirtschaftlichen Hofes, eines Gewerbebe-

triebes oder auch zur Verwaltung eines Vermögens bestimmter Zusammensetzung am besten geeignet erscheint.<sup>10</sup> Diese Grundsätze gelten in gleicher Weise für die Bestimmung des Nacherben.<sup>11</sup>

Der Erblasser muss also einen eng begrenzten Personenkreis sowie sachliche Gründe benennen, nach denen die Auswahl des Hofnacherben zu erfolgen hat. Der Personenkreis, aus dem der Bedachte ausgewählt werden soll, muss so klein sein, dass der Auswählende ihn unschwer überschauen kann.<sup>12</sup> Nach einer Entscheidung des OLG Hamm<sup>13</sup> kann von der geforderten Überschaubarkeit aber dann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Auswahl des Hoferben aus 19 Nachkommen von Halbgeschwistern des Erblassers getroffen werden soll. Es ist demnach bei der Testamentsgestaltung darauf zu achten, dem Hofvorerben einen Personenkreis vorzugeben, der von vorneherein überschaubar bleibt. Obwohl die Rechtsprechung bislang nicht von einer bestimmten zahlenmäßigen Obergrenze der in die Auswahl einzubeziehenden Personen ausgegangen ist, dürfte die Einbeziehung der ehelichen Kinder regelmäßig noch zulässig sein.

Des Weiteren ist zu empfehlen, dem Hofvorerben konkrete Auswahlrichtlinien vorzugeben, nach denen er den Hofnacherben bestimmen soll. Die bloße Vorgabe vager Kriterien oder die Erwartung, unter den in Betracht kommenden Personen werde die nach Neigung, allgemeinen Fähigkeiten und Charaktereigenschaften Geeigneter ausgewählt, sind insoweit unzureichend.<sup>14</sup>

In diesem Zusammenhang sei allerdings auf die Entscheidung des OLG Köln<sup>15</sup> verwiesen, der sich entnehmen lässt, dass solche Auswahlgesichtspunkte sich im Zweifel auch durch Auslegung einer letztwilligen Verfügung ergeben können:

„Eine nähere Angabe der Kriterien war indes entbehrlich. Diese ergaben sich nämlich aus den bestehenden familiären und bäuerlichen Verhältnissen von selbst. Es war selbstverständlich, dass der überlebende Ehegatte und Hofvorerbe den Hofnacherben unter Anwendung

4 Staudinger/Otte, BGB, Bearb. 2003, § 2065 Rn. 1.

5 BGHZ 45, 199 = NJW 1966, 1410, 1411 = RdL 1966, 132.

6 Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, § 14 Rn. 84; Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, § 14 HöfeO Rn. 81, 87; OLG Köln Mitt-RhNotK 1994, 117 = FamRZ 1995, 57 = AgrarR 1996, 68; Münch-Komm/Leipold, BGB, § 2065 Rn. 32.

7 OLG Köln, a.a.O.; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, § 14 Rn. 85; a. A. MünchKomm/Leipold, BGB, 4. Aufl. 2004, § 2065 Rn. 32, der eine Analogie zu § 14 Abs. 3 HöfeO für näherliegend erachtet; Hermann, FamRZ 1995, 1396.

8 RGZ 159, 296, 299.

9 Staudinger/Otte, BGB, § 2065 Rn. 31 ff.; MünchKomm/Leipold, BGB, § 2065 Rn. 18; Palandt/Edenhofer, BGB, § 2065 Rn. 9; BGHZ 15, 199; OLG Celle NJW 1958, 953; BayObLGZ 1965, 83; OLG Köln Mitt-RhNotK 1994, 117 = FamRZ 1995, 57 = AgrarR 1996, 68; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1477 = MittRhNotK 1995, 272 = ZEV 1995, 376 = MittBayNot 1995, 478 = FamRZ 1996, 378 = Rpfleger 1996, 69.

10 RGZ 195, 296, 299; OLG Celle NJW 1958, 953; OLG Celle MDR 1965, 578; OLG Köln MittRhNotK 1994, 117 = FamRZ 1995, 57 = AgrarR 1996, 68; MünchKomm/Leipold, BGB, § 2065 Rn. 18.

11 Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, § 7 Rn. 26; MünchKomm/Leipold, BGB, § 2065 Rn. 29.

12 Staudinger/Otte, BGB, § 2065 Rn. 36.

13 OLG Hamm RdL 1961, 45 ff.

14 OLG Celle RdL 1955, 137; Staudinger/Otte, BGB, § 2065 Rn. 36.

15 OLG Köln MittRhNotK 1994, 117 = FamRZ 1995, 57 = AgrarR 1996, 68.

derjenigen Maßstäbe auszuwählen hatte, die sonst ein Landwirt bei der Wahl eines Hoferben anzuwenden pflegt ... Der Hofnacherbe musste daher sowohl Landwirt als auch geeignet und in der Lage sein, den Hof ordnungsgemäß zu bewirtschaften. Da hierbei die Auswahl auf die ‚Abkömmlinge‘ des Erblassers beschränkt war, erübrigten sich weitere Einzelheiten.“

Auch nach *Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery* lässt sich die sachliche Vorgabe, dass der für die Hoffolge am besten Geeignete ausgewählt werden soll, regelmäßig ohne weiteres durch Auslegung der letztwilligen Verfügung gewinnen.<sup>16</sup>

Der beurkundende Notar sollte jedoch angesichts der nicht eindeutigen Rechtslage empfehlen, die sachlichen Kriterien klar und unzweifelhaft im Testament zu regeln, und es nicht auf eine unter Umständen schwierige Auslegung der letztwilligen Verfügung ankommen lassen.

## 2. Zur Ausübung des Bestimmungsrechtes durch den Hofvorerben

Da das Gesetz eine Erbenbestimmung durch einen Dritten nicht ausdrücklich regelt, bestehen demgemäß keine Vorschriften darüber, wie und wann der Dritte die ihm durch die Festlegung von Auswahlrichtlinien übertragene Erbenbestimmung zu treffen hat. In der Literatur wird daher empfohlen, dass der Erblasser in seiner Verfügung von Todes wegen bestimmen sollte, gegenüber wem, in welcher Form und in welcher Frist die Bestimmung des Erben durch den Dritten zu erfolgen hat.<sup>17</sup>

Trifft der Erblasser keine solche Anordnung, findet nach h.M. § 2198 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechende Anwendung.<sup>18</sup> Der Dritte muss demzufolge die Erklärung, durch die er den Erben benennt, in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlassgericht – im Anwendungsbereich der Höfeordnung gegenüber dem Landwirtschaftsgericht – abgeben.<sup>19</sup>

Hat der Erblasser keine Anordnung getroffen, binnen welcher Frist die Entscheidung über die Erbenberufung durch den Dritten zu treffen ist, und hat kein Beteiligter analog § 2198 Abs. 2 BGB beim Landwirtschaftsgericht die Bestimmung einer Frist beantragt, binnen welcher der Hofnacherbe zu benennen ist, so ist der zur Bestimmung ermächtigte Dritte, d.h. der längstlebende Ehegatte als Hofvorerbe, in der Auswahl des Zeitpunkts frei, bis wann er sein Benennungsrecht ausübt. Möglich ist daher sowohl eine Benennung zu Lebzeiten des Hofvorerben als auch eine Ausübung des Bestimmungsrechts im Rahmen einer eigenen letztwilligen Verfügung: *Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery* führen insoweit aus, der Hofvorerbe könne das ihm zustehende Bestimmungsrecht durch Verfügung von Todes wegen, durch Testament oder Erbvertrag, aber auch durch Übergabevertrag, der in § 7 Abs. 1 S. 1 HöfeO einer Verfügung von Todes wegen gleichgestellt sei, ausüben, weil und soweit eine derartige Anordnung vom Erblasser – ggf. stillschweigend – zugelassen worden sei. Letzteres dürfte regelmäßig anzunehmen sein, wenn die Ermächtigung zur Hofnacherbenbestimmung selbst in einer Verfügung von Todes wegen enthalten ist.<sup>20</sup>

Fehlt eine ausdrückliche Anordnung des Erblassers über die Ausübung des Bestimmungsrechts oder ist die Bestimmung des Nacherben durch Verfügung von Todes wegen nur statthaft, aber nicht bindend vorgeschrieben, so kann die Bestimmungserklärung auch gegenüber dem Landwirtschaftsgericht gemäß § 2198 Abs. 1 S. 2 BGB analog in öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden. Damit ist ein Gleichklang zu § 14 Abs. 3 S. 3 HöfeO hergestellt. Die Erklärung des Bestimmungsberechtigten wird mit der Abgabe gemäß § 130 BGB wirksam, wobei umstritten ist, ob der Zugang gegenüber dem Landwirtschaftsgericht zur Wirksamkeit ausreicht<sup>21</sup> oder ob sie den ausgeschlossenen Prätendenten gegenüber erklärt werden müsse.<sup>22</sup> Die praktischen Bedürfnisse sprechen mit der herrschenden Meinung für die Wirksamkeit der Erklärung mit ihrem Zugang beim Landwirtschaftsgericht. Bei einer Mehrzahl von nichtgewählten Personen ist mit dem Zugangserfordernis beim Landwirtschaftsgericht die einheitliche Wirksamkeit der Erklärung sichergestellt und Zugangsprobleme bei einzelnen Personen erschweren oder gar verhindern die Wirksamkeit der Erklärung nicht. Zudem besteht bei einer Verfahrensabwicklung durch das Landwirtschaftsgericht eher die Gewähr, dass der Begünstigte von der Auswahlentscheidung umgehend Kenntnis erlangt.<sup>23</sup>

Übt der Hofvorerbe sein Bestimmungsrecht durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Landwirtschaftsgericht aus, so ist die solchermaßen wirksam getroffene Auswahlentscheidung nach h.M. unwideruflich.<sup>24</sup>

Wird die Auswahlentscheidung hingegen durch Errichtung einer letztwilligen Verfügung des Hofvorerben getroffen, muss diese gem. § 2198 Abs. 1 S. 2 BGB in notarieller Form errichtet werden und außerdem die darin enthaltene Erklärung anschließend dem Landwirtschaftsgericht zugehen. Das Nachlassgericht, welches die Verfügung des Erlasses nach dessen Tod eröffnet, muss in diesem Fall gemäß § 48 S. 2 BeurkG eine Ausfertigung des Testamentes erstellen und diese an das zuständige Landwirtschaftsgericht weiterleiten. Dies kann regelmäßig erst nach dem Tode des Bestimmungsberechtigten geschehen.

Die letztwillige Verfügung des Hofvorerben muss in diesem Fall zu dessen Lebzeiten nicht in irgendeiner Form bekannt gemacht werden. Eine gesicherte Rechtsposition hat der von der Auswahlentscheidung Begünstigte vor dem Tode des Hofvorerben also nicht.

16 *Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery*, HöfeO, § 7 Rn. 27.

17 MünchKomm/Leipold, BGB, § 2065 Rn. 30; Palandt/Edenhofer, BGB, § 2065 Rn. 9.

18 KG FamRZ 1998, 1202 = Rpfleger 1998, 288 = ZEV 1998, 182 = DNotZ 1999, 679; Staudinger/Otte, BGB, § 2065 Rn. 41; Palandt/Edenhofer, BGB, § 2065 Rn. 9.

19 Wöhrmann, Das Landwirtschaftsrecht, § 7 HöfeO Rn. 19.

20 *Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery*, HöfeO, § 7 Rn. 5.

21 KG FamRZ 1998, 1202, 1204 = Rpfleger 1998, 288, 290 = ZEV 1998, 182, 184 = DNotZ 1999, 679, 684; MünchKomm/Leipold, BGB, § 2065 Rn. 30; Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2065 Rn. 34; Staudinger/Otte, BGB, § 2065 Rn. 41; Rötelmann, NJW 1958, 953, 954; Klunzinger BB 1970, 1197, 1201; Haegele, BWNZ 1972, 74, 77.

22 OLG Celle NJW 1958, 953.

23 Staudinger/Otte, BGB, § 2065 Rn. 41.

24 OLG Schleswig AgrarR 1974, 134; Wöhrmann, Das Landwirtschaftsrecht, § 7 HöfeO Rn. 19; Staudinger/Otte, BGB, § 2065 Rn. 43.

Dem Notar obliegt es demnach, die testierenden Ehegatten über die verschiedenen Möglichkeiten zur Ausübung des Bestimmungsrechtes durch den Längstlebenden nach dem Tode des Erstversterbenden zu beraten. Er sollte im Interesse der Rechtssicherheit und des Familienfriedens versuchen, in der zu beurkundenden Verfügung von Todes wegen genau festzulegen, gegenüber wem, in welcher Form und innerhalb welcher Frist der längstlebende Ehegatte den Hofnacherben bestimmen kann.

### 3. Zur Wirtschaftsfähigkeit des Hofnacherben

Hofnacherbe kann nach allgemeiner Meinung nur werden, wer im Zeitpunkt des Eintrittes der Nacherbfolge wirtschaftsfähig ist.<sup>25</sup> Wirtschaftsfähig ist gemäß § 6 Abs. 7 HöfeO, wer nach seinen körperlichen und geistigen Fähigkeiten, nach seinen Kenntnissen und seiner Persönlichkeit in der Lage ist, den von ihm zu übernehmenden Hof selbstständig ordnungsmäßig zu bewirtschaften.

Neben dem Ehegatten kann gemäß § 6 Abs. 6 S. 2 HöfeO auch eine natürliche Person zum Hoferben berufen werden, die nur mangels Altersreife nicht wirtschaftsfähig ist. Sind alle Abkömmlinge des Erblassers und sein Ehegatte wirtschaftsunfähig, so kann gemäß § 7 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. HöfeO ausnahmsweise auch ein wirtschaftsunfähiger Abkömmling zum Hoferben bestimmt werden. Indem der überlebende Ehegatte als Hofnacherbe in derartigen Sachverhaltskonstellationen grundsätzlich ausscheidet, da er ja selbst Hofvorerbe geworden ist und mit der Ausübung des Bestimmungsrechtes betraut wird, ist das Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit des Hofnacherben regelmäßig von Bedeutung. Zuweilen kann auch der überlebende Ehegatte noch keine sichere Prognose über die voraussichtliche Wirtschaftsfähigkeit des avisierten Hofnacherben im Zeitpunkt des Nacherfalles treffen, wenn er sein Bestimmungsrecht recht zeitnah nach dem Tode des Erblassers auszuüben hat. Daher sollte der Hofvorerbe ermächtigt werden, einen oder

mehrere Ersatznacherben zu bestimmen, falls der primär berufene Hofnacherbe vor Eintritt des Nacherfalles oder aus sonstigen Gründen wegfällt. Eine gleichrangige Bestimmung mehrerer Ersatznacherben (z. B. die Abkömmlinge) ist jedoch wegen § 4 S. 1 HöfeO wiederum unzulässig, so dass im Falle der Berufung mehrerer Ersatznacherben durch den Bestimmenden eine ausdrückliche Rangordnung vorgesehen werden muss.

Dem Hofvorerben ist es regelmäßig auch verwehrt, die Wirtschaftsfähigkeit des Hofnacherben als Schranke des ihm übertragenen Bestimmungsrechtes dadurch zu überwinden, dass er eine negative Hoferklärung gemäß § 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO gegenüber dem Landwirtschaftsgericht abgibt. Der Hofvorerbe hat nach einer BGH-Entscheidung vom 16. April 2004<sup>26</sup> zwar grundsätzlich die Möglichkeit, die Hofeigenschaft einer landwirtschaftlichen Besitzung durch Abgabe einer negativen Hoferklärung aufzuheben. Erforderlich ist allerdings eine Zustimmung aller in Betracht kommenden Nacherben. Stehen sie noch nicht fest oder besteht die Möglichkeit, dass zu den bislang feststehenden Nacherben weitere hinzutreten, so ist eine Aufhebung der Hofeigenschaft durch den Hofvorerben mit Zustimmung nur der bislang vorhandenen oder bekannten Nacherben nicht möglich. Die Rechte der, wenn auch nur potentiell weiteren Erben, würden hierdurch verletzt.

Somit scheitert die Abgabe einer wirksamen negativen Hoferklärung durch den Vorerben regelmäßig, wenn dem Hofvorerben die Bestimmung des Nacherben aus einem vom Erblasser festgelegten Personenkreis übertragen wurde. Das Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit des Hofnacherben im Zeitpunkt des Nacherfalles mit den sich daraus ergebenden aufgezeigten Konsequenzen sollte den testierenden Ehegatten daher im Vorfeld erläutert werden.

25 Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, § 1 Rn. 42; Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, § 7 HöfeO, Rn. 71; vgl. auch Faßbender, in: Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, HöfeO, § 16 Rn. 76.

26 BGH RNotZ 2004, 508 = ZEV 2004, 335 = NJW-RR 2004, 1233.

## Rechtsprechung

### 1. Liegenschaftsrecht – Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft (OLG Celle, Beschluss vom 26. 2. 2008 – 4 W 213/07)

**GBO § 47**  
**WEG §§ 10; 21**

- Der Erwerb von Immobiliareigentum durch die Wohnungseigentümergemeinschaft stellt unter bestimmten Voraussetzungen eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung dar.
- Im Rahmen der einer Wohnungseigentümergemeinschaft verliehenen Teilrechtsfähigkeit ist auch von der Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft auszugehen.

### 3. Die Prüfung der Frage, ob der Erwerb von Immobiliareigentum durch die Wohnungseigentümergemeinschaft als Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung anzusehen ist, obliegt nicht den GBA im Rahmen der Eintragung der Eigentümergemeinschaft als Eigentümerin, sondern nur den Wohnungseigentumsgerichten im Rahmen des Beschlussanfechtungsverfahrens nach § 46 WEG.

#### Zum Sachverhalt:

- Mit notariellem Kaufvertrag vom 8. 6. 2001 erwarben G. und M. den im Teileigentumsgrundbuch von H. von A. Blatt ... eingetragenen 24,859/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Gemarkung A. Flur ... Flurstücke ..., verbunden mit dem Sondereigentum an zwei Räumen im Spitzboden mit Keller-

raum Nr. . . und Sondernutzungsrecht. Ebenfalls am 8. 6. 2001 schlossen die Erwerber G. und M. mit der Wohnungseigentümergemeinschaft . . . in H. einen Treuhandvertrag, nach dem sie das Teileigentum treuhänderisch für die Eigentümergemeinschaft erwerben und halten sollten.

Mit einer weiteren Urkunde vom 7. 11. 2006 erklärten die Treuhänder M. und G. die Auflassung des von ihnen erworbenen Teileigentums an die Wohnungseigentümergemeinschaft. Den Antrag des Notars beim AG Hannover – GBA –, die Auflassung einzutragen, wies das AG zurück. Die gegen diesen Beschluss eingelegte Beschwerde hat das LG Hannover zurückgewiesen. Dagegen hat die Ast. weitere Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen:

II. Die nach § 80 Abs. 1 GBO zulässige und von einem Notar eingelegte weitere Beschwerde ist begründet.

Die Entscheidung des LG, mit der es der Wohnungseigentümergemeinschaft die Grundbuchfähigkeit im Hinblick auf die Eintragung als Eigentümerin generell abgesprochen hat und damit auch den Erwerb von Immobiliareigentum durch die Wohnungseigentümergemeinschaft für unzulässig erklärt hat, beruht auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung, die zur Aufhebung des Beschlusses des LG und der Entscheidungen des AG – GBA – führen muss. Die Wohnungseigentümergemeinschaft ist – entgegen der Auffassung von LG und AG – infolge der Entscheidung des BGH vom 2. 6. 2005 (NZM 2005, 543 = DNotZ 2005, 776), mit der der BGH die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft bejaht hat, als grundbuchfähig anzusehen. Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann nicht nur in Bezug auf die Eintragung bestimmter Belastungen – etwa von Zwangshypothenen – als grundbuchfähig angesehen werden. Sie muss vielmehr auch im Hinblick auf die Eintragung als Teil- oder Sondereigentümerin, zu deren Erwerb sie unter bestimmten Voraussetzungen – deren Überprüfung allerdings nicht dem GBA obliegt – berechtigt ist, als grundbuchfähig angesehen werden. Eine Ablehnung der Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft, die dazu führen würde, dass die Eigentümergemeinschaft auch kein Immobilienvermögen erwerben kann, geht an der Verleihung der Teilrechtsfähigkeit, die weder vom AG noch vom LG in Frage gestellt wird, vorbei und negiert die Tatsache, dass es im Rahmen des Verbandszwecks der Wohnungseigentümergemeinschaft auch Fälle geben kann, in denen es zu den Maßnahmen ordnungsgemäßer Verwaltung gehört, Immobilienvermögen zu erwerben.

Das LG, das sich zur Stützung seiner Auffassung ausschließlich auf die Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth vom 19. 6. 2006 (ZMR 2006, 813 mit Anm. W. Schneider) berufen hat, mit der das LG Nürnberg-Fürth festgestellt hat, dass das von einer teilrechtsfähigen Wohnungseigentümergemeinschaft in der Zwangsversteigerung abgegebene Gebot zum Erwerb von Sondereigentum nur dann wirksam sein soll, wenn die Ersteigerung als Maßnahme einer ordnungsgemäßen Verwaltung angesehen werden kann, verkennt – ebenso wie auch das LG Nürnberg-Fürth in der zitierten Entscheidung –, dass es nicht Sache des GBA oder des Vollstreckungsgerichtes im Zwangsversteigerungsverfahren sein kann, zu entscheiden, ob eine Maßnahme der Wohnungseigentümer-

gemeinschaft als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung anzusehen ist.

Die Feststellung, ob eine Maßnahme dem Grundsatz ordnungsgemäßer Verwaltung i. S. des § 21 Abs. 4 WEG entspricht, ist im Rahmen einer Anfechtungsklage nach § 46 WEG zu treffen. Werden Beschlüsse der Wohnungseigentümersammlung nicht angefochten und sind sie bestandskräftig, so müssen sie auch vom GBA und den Vollstreckungsgerichten beachtet werden. Diese zwingende gesetzliche Rechtsfolge kann nicht dadurch umgangen werden, dass etwa im Grundbuchverfahren erneut überprüft wird, ob der Erwerb von Eigentum durch die Wohnungseigentümergemeinschaft als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung anzusehen ist oder das Vollstreckungsgericht prüft, ob die Wohnungseigentümergemeinschaft im Rahmen der Zwangsversteigerung mitbieten darf, weil sich der Erwerb der Immobilie als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung darstellen könnte.

Dem LG ist auch nicht zu folgen, soweit es die Befürchtung hegt, aufgrund der der Wohnungseigentümergemeinschaft verliehenen Befugnis, sich im Hinblick auf den Erwerb von Immobiliareigentum zu verpflichten, könne es dazu kommen, dass einzelne überstimmte Mit-eigentümer Lasten zu tragen hätten, die sie gar nicht tragen wollten. Diese Konsequenz ist notwendige Folge der der Eigentümergemeinschaft verliehenen Teilrechtsfähigkeit in Bezug auf die Organisation ihrer eigenen Aufgaben und die Fähigkeit, im Rahmen der Verwaltung Rechte zu erwerben und Verpflichtungen einzugehen. Zu der Befugnis, Verpflichtungen einzugehen, gehört es natürgemäß auch, die daraus resultierenden Lasten zu tragen. Allein die Tatsache, dass mit dem Erwerb von Grundeigentum eine Lastentragung verbunden sein kann, ist deshalb kein Grund, um von vornherein die Grundbuchfähigkeit und den Erwerb von Immobilienvermögen durch die Wohnungseigentümergemeinschaft auszuschließen.

Das LG, das sich im Rahmen seiner Entscheidung im Übrigen auch nicht mit den zahlreichen vom Notar zitierten Literaturmeinungen zur Zulässigkeit des Erwerbs von Immobiliareigentum durch die Wohnungseigentümergemeinschaft auseinander gesetzt, sondern lediglich auf die – im Schrifttum stark kritisierte – Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth verwiesen hat, übersieht bei seiner Entscheidung weiter, dass der Wohnungseigentümergemeinschaft inzwischen in § 10 Abs. 6 WEG ausdrücklich das Recht verliehen ist, im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gegenüber Dritten und Wohnungseigentümern selbst Rechte zu erwerben und Verpflichtungen einzugehen. Eine Beschränkung dieses Rechts, die die Fähigkeit ausschließt, Immobiliareigentum zu erwerben und im Grundbuchverfahren Anträge zu stellen und ins Grundbuch eingetragen zu werden, ist § 10 Abs. 6 WEG nicht zu entnehmen. Es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber trotz der bekannten Diskussion um die Zulässigkeit des Erwerbs von Immobiliareigentum durch die Wohnungseigentümergemeinschaft diesen Erwerb ausschließen wollte (siehe zum Begriff der Rechtsfähigkeit und der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft und zur Reichweite des § 10 Abs. 6

WEG i. Ü. auch Wenzel, ZWE 2006, 462 ff., der etwa ausdrücklich auf die Zulässigkeit des Eigentumserwerbs an Immobilien durch die Wohnungseigentümergemeinschaft hinweist und weiter ausführt, dass es der früher gebräuchlichen Umgehungskonstruktionen, wie sie das AG der Bf. noch nahe gelegt hat, nicht mehr bedarf.

Der Senat folgt der inzwischen wohl ganz überwiegend vertretenen Auffassung, nach der der Erwerb von Immobiliareigentum durch die Wohnungseigentümergemeinschaft unter bestimmten Voraussetzungen eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung darstellt und damit notwendigerweise auch von der Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft auszugehen ist (vgl. hierzu etwa Jennißen/Grziwotz, § 10 WEG Rn. 65 ff.; Hügel/Elzer, *Das neue WEG-Recht*, 2007, S. 157; FS Wenzel/Häublein, 2005, S. 175 ff.; ders., ZWE 2007, 474 ff.; Abramenko, ZMR 2006, 338; Müller/Kreuzer, *Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht*, 2007, S. 19 ff.; Wenzel, ZWE 2006, 462, 469 f.; Kummel, ZMR 2007, 894). Nur diese Auffassung trägt den Konsequenzen der Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft Rechnung.

Soweit das LG Bedenken an der Zulässigkeit des Eigentumserwerbs durch die Eigentümergemeinschaft äußert, weil sich das Verwaltungsrecht der Gemeinschaft nur auf das bereits vorhandene Vermögen beziehe und nach Auffassung des LG nicht erweiterungsfähig sei, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Sie greift zu kurz und wird dem Umfang der Verwaltung der Gemeinschaft nicht gerecht. Zwar ist die Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft nach dem Beschluss des BGH vom 2. 6. 2005 auf Geschäfte beschränkt, die aus der Teilnahme am Rechtsverkehr im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erwachsen. Hierzu kann aber auch der Erwerb von Sonder- und Teileigentum durch die Wohnungseigentümergemeinschaft gehören, weil es Fälle gibt, in denen die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums diesen Erwerb geradezu erforderlich macht. In der Literatur werden hierzu etwa Fälle des Erwerbs einer Hausmeisterwohnung oder eines im Teileigentum stehenden Raumes als Aufenthaltsraum für Pflegepersonal, als Verwaltungs- oder Geräteraum, als Abstellplatz für Kraftfahrzeuge oder für Fahrräder bzw. Mülltonnen genannt (siehe Wenzel, ZWE 2006, 462, 464). Weitere Fälle, in denen der Erwerb von Immobilien durch die Eigentümergemeinschaft im Rahmen der Verwaltung des Gemeinschaftseigentums liegt, können etwa die Ersteigerung einer Teileigentumseinheit zur Vermeidung künftiger Wohngeldausfälle oder zur Weiterführung des Restaurant- und Bäderbetriebs eines Apart- und Kurzentrums sein (dazu BayObLG NZM 1998, 1012, 1013). Sind einzelne Wohnungseigentümer aufgrund von Zahlungsschwierigkeiten nicht mehr in der Lage, Wohngeldzahlungen aufzubringen, kann es etwa im Interesse der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums liegen, deren Wohnungen zu erwerben, um die Zahlung des Wohngeldes sicherzustellen. Ebenso kann es im Interesse der Eigentümergemeinschaft liegen, den Erwerb oder die Ersteigerung von Wohnungseinheiten durch Erwerber, die beabsichtigen, das Gemeinschaftseigentum zu beschädigen, oder bei denen zu erwarten ist, dass sie sonst die Eigentümergemeinschaft schädigen, zu verhindern (zu einem solchen Fall LG Nürnberg-Fürth, ZMR 2006,

812 m. Anm. Schneider). In Betracht kommt der Erwerb von Sonder- und Teileigentum durch die Eigentümergemeinschaft insbesondere auch im Entziehungsverfahren, in dem auf diese Art und Weise etwa verhindert werden kann, dass sich kein Erwerber findet und die Eigentümergemeinschaft weiter mit dem auszuschließenden Miteigentümer belastet ist. In all diesen Fällen bestehen nach Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft keine Bedenken, dieser auch den Erwerb von Immobiliareigentum zu ermöglichen.

Die vom LG und vom AG vertretene gegenteilige Auffassung verkennt, dass der Zweck der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums und der Zulassung der Teilnahme der Eigentümergemeinschaft am Rechtsverkehr nicht darauf beschränkt sein muss, lediglich Wohngelder zu verwalten und für die Erfüllung der Grundbedürfnisse der Eigentümergemeinschaft zu sorgen, sondern vielmehr auch der Erwerb von einzelnen Wohnungseinheiten im Rahmen dieses Zwecks, der die Funktionsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft sichern soll, liegen kann. Notwendige Voraussetzung hierfür ist die Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der Eigentümergemeinschaft, die indessen schon vom BGH in der Entscheidung vom 2. 6. 2005 (NZM 2005, 543 = DNotZ 2005, 776) bejaht wird (hierzu insbesondere auch Demharter, NZM 2005, 601 f.; ders., ZWE 2005, 357). Publizitätsprobleme, wie sie bei der BGB-Gesellschaft auftreten können, stellen sich dabei für die Wohnungseigentümergemeinschaft nicht. Der Mitgliederbestand der Eigentümergemeinschaft ist aus den Wohnunggrundbüchern der jeweiligen Wohnungsanlage ersichtlich. Es kann mithin auf ein öffentliches Register zurückgegriffen werden, aus dem sich ergibt, welche Personen im Grundbuch eingetragen sind (dazu auch Häublein, ZWE 2007, 474, 478).

Das GBA hat nicht zu prüfen, ob der Erwerb von Immobiliareigentum im Rahmen der Erfordernisse einer ordnungsgemäßen Verwaltung liegt (so auch Häublein, ZWE 2007, 474, 478; W. Schneider, ZMR 2006, 813, 816). Insoweit liegt die Prüfungskompetenz – wie bereits ausgeführt – bei den Wohnungseigentumsgerichten, die im Rahmen der Anfechtung von Beschlüssen der Wohnungseigentümersammlung festzustellen haben, ob die Beschlussfassungen den Voraussetzungen des § 21 WEG genügen. Erfolgt keine Anfechtung von Beschlüssen der Versammlung, ist davon auszugehen, dass die Beschlussfassung mit den Maßgaben einer ordnungsgemäßen Verwaltung zu vereinbaren sind. Würde man hier die Überprüfung der Beschlussfassungen den GBA übertragen, käme man zwangsläufig zu einer doppelten Überprüfung, mit der möglicherweise sogar die Bestandskraft von Beschlussfassungen der Versammlung unterlaufen werden könnte, weil im Grundbuchverfahren erneut darzulegen wäre, aus welchen Gründen der Erwerb von Immobiliareigentum den Maßgaben ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht. Von einer derart weitreichenden Prüfungskompetenz der GBA kann jedoch nicht ausgegangen werden. Diese haben vielmehr die Beschlussfassungen der Eigentümersammlung als ordnungsgemäß ergangen hinzunehmen. Ebenso steht es auch den Vollstreckungsgerichten nicht zu, zu überprüfen, ob der Erwerb von eigenen Anteilen im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens den Geboten ord-

nungsgemäßer Wirtschaft entspricht. Die Auffassung des LG, der Antrag sei zurückzuweisen, weil nicht dargelegt sei, aus welchen Gründen es der ordnungsgemäßen Verwaltung entspreche, das Teileigentum zu erwerben, ist demgemäß verfehlt. Sie verkennt die Funktion des Grundbuchverfahrens und trägt die Entscheidung des LG nicht.

Der Senat hat das LG und das GBA aus den vorstehenden Gründen angewiesen, von seinen Bedenken gegen die Eintragung der Wohnungseigentümergemeinschaft als Eigentümerin Abstand zu nehmen. Das GBA hat nunmehr den Eintragungsantrag erneut zu prüfen (zur Feststellung der Vertretungsbefugnis s. Häublein, ZWE 2007, 474, 482 ff.) und zu bescheiden.

## 2. Liegenschaftsrecht – Nichtigkeit einer Bestimmung der Teilungserklärung

(*OLG Hamm, Beschluss vom 6. 12. 2007 – 15 W 224/07 – mitgeteilt von Richter am OLG Helmut Engelhardt, Emsdetten*)

**BGB §§ 242; 315**

**WEG § 10**

**Die Regelung einer Teilungserklärung, die für den Mehraufwand des Verwalters im Fall der Säumnis eines Wohnungseigentümers die doppelte, bei gerichtlichen Maßnahmen die dreifache jährliche Verwaltergebühr bestimmt, ist nichtig.**

### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Anlage, die von der H. Wohnungs-GmbH in H. errichtet worden ist. Die Anlage hat 141 Wohneinheiten, 23 Geschäftslokale und in einer Tiefgarage 102 Kfz-Einstellplätze.

In der von ihr verfassten Teilungserklärung vom 6. 9. 1984 bestellte sich die Bauträgerin in § 12 zur ersten Verwalterin für die Dauer von fünf Jahren. § 12 c enthält folgende Regelungen:

„Der Verwalter erhält für seine Tätigkeit eine jährliche Vergütung in der Höhe der Gebühren der II. Berechnungsverordnung des Bundes in ihrer jeweiligen neuesten Fassung zuzüglich 25 % für die Wohnungseigentüme sowie die Teileigentüme (Geschäftslokale und Kfz.-Einstellplätze). (...) Säumige Wohnungs-/Teileigentümer zahlen für den Mehraufwand des Verwalters für die Dauer der Säumnis die doppelte, bei gerichtlichen Maßnahmen die dreifache Verwaltergebühr jährlich. Die Erhöhung wird zusammen mit dem zu zahlenden Wohngeld fällig.“

Die Regelungen der Teilungserklärung wurden in die jeweils gültigen Verwalterverträge übernommen.

Der Ast. hat erstinstanzlich beantragt, festzustellen, dass die o. g. Regelungen in der Teilungserklärung zur Höhe des Verwalterhonorars nichtig seien. Das AG hat dem Antrag nur teilweise entsprochen. Dagegen hat der Ast. sofortige Beschwerde eingelegt. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Bet. zu 1).

### Aus den Gründen:

II. Die sofortige weitere Beschwerde ist nach den §§ 62 Abs. 1 WEG n. F., 45 Abs. 1 WEG a. F. statthaft und auch sonst zulässig. (...)

Die von dem Bet. zu 1) eingelegte sofortige Beschwerde ist begründet. Denn die Regelungen in der Teilungserklärung über die Höhe der Verwaltergebühr sind grob unbillig (§ 242 BGB) und damit nichtig.

Zwar sind bei der Teilung durch den Eigentümer gemäß § 8 WEG Regelungen für das Gemeinschaftsverhältnis zulässig, die Vereinbarungscharakter nach § 10 Abs. 1 S. 2 WEG haben und wegen ihrer Eintragung im Grundbuch nach § 10 Abs. 2 WEG auch gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers wirken. Unter § 10 Abs. 2 WEG fallen nur solche Vereinbarungen, die ausschließlich das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen. Deshalb fällt der Vertrag mit dem Verwalter nicht unter § 10 WEG, wohl aber können die Wohnungseigentümer untereinander Vereinbarungen treffen, in welcher Weise der Verwaltervertrag auszustalten ist. Ein solcher Vertrag hat die Bedeutung, dass die Wohnungseigentümer verpflichtet sind, ihre Zustimmung zum Abschluss eines den vereinbarten Richtlinien entsprechenden Verwaltervertrages zu erteilen (Weitnauer/Lüke, 9. Aufl., § 10 WEG Rn. 38; Bärmann/Pick/Merle, 9. Aufl., § 10 WEG Rn. 50).

Die Grenzen für den Inhalt einer Vereinbarung werden außer von §§ 134, 138 BGB auch von §§ 242, 315 BGB gezogen (BayObLG NJW-RR 1990, 1102; BayObLGZ 1972, 314; 1988, 287 = DNotZ 1989, 428; KG ZMR 1986, 127). Daraus ergibt sich, dass grob unbillige Vereinbarungen unwirksam sind. Diese Voraussetzung liegt hier hinsichtlich der Regelung der Vergütung des Verwalters in § 12 c der Teilungserklärung vor. Diese Vergütungsregelung unterwirft die Wohnungseigentümer einer einseitig vom Bauträger gesetzten Regelung der Gemeinschaftsordnung, die den Grundgedanken des Wohnungseigentumsgesetzes, das den selbstverantwortlichen Eigenbesitz fördern will, missachtet (vgl. BayObLGZ 1972, 314), weil sie einseitig nur die Interessen der teilenden Eigentümerin, die sich als erste Verwalterin für die Dauer von fünf Jahren eingesetzt hatte, verfolgt, während sie für die Wohnungseigentümer selbst, in deren Interesse die Gemeinschaftsordnung eigentlich sein soll, in keiner Weise von Vorteil ist. Diese müssten nach § 12 c ihrer Gemeinschaftsordnung dem Abschluss eines Vertrages mit dem Verwalter zustimmen, nach dessen Bestimmungen selbst diejenigen Wohnungseigentümer, die sich nicht mit den Zahlungen von Wohngeld in Rückstand befinden, im Außenverhältnis zu dem Verwalter für die doppelte oder sogar dreifache Verwaltergebühr der säumigen Wohnungseigentümer einzustehen hätten. Dabei sollen die Entschädigungen in Abweichung von den an sich anwendbaren gesetzlichen Vorschriften des BGB über den Zahlungsverzug verschuldensunabhängig und weder zeitlich noch der Höhe nach begrenzt an den Verwalter bezahlt werden. Bereits bei der kleinsten Überschreitung der Zahlungsfrist soll eine volle Jahresgebühr fällig werden, die der säumige Wohnungseigentümer schuldet. Die Gebühr soll sich sogar verdreifachen, sobald ein gerichtliches Verfahren anhängig ist. Da der Verwalter ohnehin eine um 25 % erhöhte Vergütung nach den Gebühren der II. Berechnungsverordnung des Bundes erhalten soll, bedeuten die Regelungen über den Zahlungsrückstand einzelner Wohnungseigentümer im Ergebnis, dass der Verwalter

für Tätigkeiten, die nach § 27 Abs. 2 Nr. 1 WEG zu seinem normalen Aufgabenfeld gehören, das 2,5-fache oder gar 3,75-fache der Gebührensätze der II. Berechnungsverordnung des Bundes erhalten soll. Diese Automatik, die bereits ein noch so geringer Zahlungsrückstand auslösen soll, kann nur als finanzielle Knechtschaft der Wohnungseigentümer bezeichnet werden. Die von der früheren Verwalterin auf diese Weise vereinnahmten Beträge erreichten nach dem Vorbringen der Ag. allein in den vier Jahren von 2002 bis 2005 den Betrag von ca. 310 000,- €.

Eine solche mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung (§ 21 Abs. 3 WEG) nicht in Einklang zu bringende und die Höhe des Verwalterhonorars für die Zukunft endgültig festlegende gemeinschaftsschädliche Regelung in der Teilungserklärung, die nur durch missbräuchliche Ausnutzung der Vertragsfreiheit des Bauträgers als Satzungsgesetz zustande gekommen ist, ist daher als nichtig anzusehen.

Nach § 139 BGB ist bei einer Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

Vorliegend kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Regelungen über das Verwalterhonorar insgesamt anders ausgefallen wären, wenn die Nichtigkeit der Regelung über die Höhe der Gebühren bei Säumnis eines Wohnungseigentümers mit den Wohngeldzahlungen bekannt gewesen wäre. Demgegenüber bestehen nach dem Vorbringen der Bet. keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Teilungserklärung insgesamt mit der Regelung über die Verwaltervergütung stehen und fallen sollte. Demnach sind nur die Bestimmungen in der Teilungserklärung über die Höhe der Verwaltergebühren nichtig.

### **3. Liegenschaftsrecht – Erwerb von Wohnungseigentum durch einen Minderjährigen**

(*OLG München*, Beschluss vom 6.3.2008 – 34 Wx 14/08 – mitgeteilt von *Richter am OLG Dr. Philipp Stoll, München*)

**BGB §§ 107; 873; 1629; 1795; 1909**

**GBO § 81 Abs. 1**

**GVG § 75**

**WEG (n. E.) §§ 10 Abs. 3, Abs. 4, Abs. 8; 20 Abs. 2**

**1. Über Grundbuchbeschwerden entscheidet bei den LG eine Zivilkammer in der Besetzung mit drei Richtern einschließlich des Vorsitzenden. Eine Übertragung auf den Einzelrichter ist gesetzlich nicht vorgesehen. Die von der Beschwerdekammer dennoch vorgenommene Übertragung ist ohne rechtliche Grundlage und nicht geeignet, den gesetzlichen Richter zu bestimmen.**

**2. Der Erwerb von Wohnungseigentum durch einen über siebenjährigen Minderjährigen dürfte auch dann, wenn ein Verwalter nicht bestellt und eine Verschärfung der den Wohnungseigentümer kraft Gesetzes treffenden Verpflichtungen durch die Gemeinschaftsordnung nicht feststellbar ist, nicht lediglich rechtlich**

**vorteilhaft sein, so dass für das dingliche Rechtsgeschäft die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder eines Ergänzungspflegers notwendig ist.**

#### **Zum Sachverhalt:**

I. Mit notariellem Vertrag vom 2.10.2007 überließ der Bet. zu 1) als Veräußerer seiner Stieftochter, der am 3.3.1993 geborenen minderjährigen Bet. zu 2), diese gesetzlich vertreten durch ihre Mutter, als Erwerberin den im Wohnungsgrundbuch eingetragenen Miteigentumsanteil an einem Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 1 laut Aufteilungsplan. Die Wohnung, zu der ein 374/1 000 Miteigentumsanteil am Grundstück gehört, ist die kleinere der aus zwei Einheiten bestehenden Anlage. Der Bet. zu 1) behielt sich auf Lebensdauer den unentgeltlichen Nießbrauch an dem Grundbesitz vor. Abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen trägt der Nießbraucher alle laufenden, mit dem übertragenen Grundbesitz zusammenhängenden Kosten der Unterhaltung, Ausbesserung und Erneuerung, und zwar auch insoweit, als es sich um die außergewöhnliche Unterhaltung handelt. Der Nießbraucher trägt ferner alle öffentlichen Lasten, die auf dem Grundstück ruhen. Schuldrechtlich ist vereinbart, dass der Nießbraucher allein bestimmt, ob, wann und in welchem Umfang Reparaturen vorgenommen werden. Zugunsten des Bet. zu 1) besteht eine Rückübertragungsverpflichtung, wenn die Erwerberin vor dem Berechtigten verstirbt. Die Rückübertragung erfolgt nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts; Aufwendungen sind vom Veräußerer zu ersetzen. Das Wohnungseigentum ist weder vermietet noch verpachtet. Die Erwerberin tritt mit Wirkung zum Besitzübergang, dies ist nach Erlöschen des Nießbrauchs, in alle Rechte und Pflichten aus der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung ein.

Auf den Vollzugsantrag der Bet. hat das AG – GBA – im Weg der Zwischenverfügung beanstandet, dass die Mutter der Bet. zu 2) bei der Errichtung der Urkunde von der Vertretung der Erwerberin ausgeschlossen sei. Das GBA hat aufgegeben, die Zustimmung eines Ergänzungspflegers innerhalb einer bestimmten Frist beizubringen. Der Beschwerde hat das GBA nicht abgeholfen. Das LG hat beschlossen, die Sache dem Einzelrichter zu übertragen. Mit Beschluss hat das LG – Einzelrichter – die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des antragstellenden Notars.

Dem GBA vorgelegt wurde mittlerweile eine notariell beglaubigte Erklärung des Bet. zu 1), dass für die Anlage kein Verwalter bestellt sei und somit auch kein Verwaltervertrag bestehe. Das GBA hat die Vorlage als erneute Antragstellung behandelt, eine Eintragung jedoch nicht vorgenommen.

#### **Aus den Gründen:**

II. 1. Die weitere Beschwerde gegen den Beschluss des LG ist nach § 78 Abs. 1, § 80 Abs. 1 GBO zulässig. Die Bet. als Antragsberechtigte (§ 13 Abs. 1 S. 2 GBO) machen geltend, der Erwerb von Wohnungseigentum sei entgegen der Auffassung des GBA zustimmungsfrei. Das LG hat dies mit dem Hinweis auf das mutmaßliche Bestehen eines Verwaltervertrags (vgl. § 20 Abs. 2 WEG) verneint und einen Nachweis für dessen Nichtbestehen in Form des § 29 GBO verlangt. Auf die Notwendigkeit, diesen Nachweis formgerecht zu führen, brauchten sich die Bet. nicht einzulassen. Die Entscheidung des LG beeinträchtigt sie in ihrer Rechtsstellung (vgl. BayObLG NJW-RR 1987, 1204).

Das Rechtsmittel ist nicht deshalb unzulässig geworden, weil nach Erlass der Beschwerdeentscheidung eine öffentlich beglaubigte Erklärung des Bet. zu 1) vorgelegt

wurde, nach der für das Objekt kein Verwalter bestellt sei und somit auch kein Verwaltervertrag bestehe. Denn das GBA hat auch auf dieser Grundlage den Eigentumswechsel nicht eingetragen und sich u. a. darauf berufen, dass lediglich eine Erklärung des Veräußerers vorgelegt worden sei, eine solche der anderen Miteigentümer (vgl. § 27 Abs. 3 S. 2 WEG n. F.) aber fehle. Ob das GBA an die Auffassung des LG, bereits im Falle des Nachweises, dass ein Verwaltervertrag nicht bestehe, sei das Geschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft und die Bestellung eines Ergänzungspflegers deshalb nicht geboten, auch gebunden wäre, obwohl die möglicherweise bestehenden und in der Zwischenverfügung aufgeführten sonstigen Nachteile ersichtlich unerörtert geblieben sind, kann auf sich beruhen.

## 2. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

### a) Das LG hat ausgeführt:

Das GBA habe teilweise abgeholfen. Es habe in seinem Vorlagebeschluss ausgeführt, sich mit einer Versicherung der Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft in grundbuchmäßiger Form des Inhalts zufrieden zu geben, dass kein Verwaltervertrag existiere.

Die Zwischenverfügung sei in der nach Teilabhilfe bestehenden Form zu bestätigen. Das GBA habe vor der Eintragung einer Eigentumsänderung die Wirksamkeit der erklärten Auflassung und damit auch die Wirksamkeit der Vertretung der Minderjährigen zu prüfen. Das Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB greife nicht ein bei Rechtsgeschäften, die dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil brächten. Ob bereits der Eintritt des minderjährigen Erwerbers in das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer und die vom Gesetz damit verknüpften vielfältigen Verpflichtungen die Annahme eines lediglich rechtlichen Vorteils ausschließen, habe die Rechtsprechung soweit ersichtlich bisher offen gelassen. Liege ein Verwaltervertrag vor, werde jedoch angenommen, dass der Eintritt in diesen Geschäftsbesorgungsvertrag die Annahme eines lediglich rechtlich vorteilhaften Wohnungseigentumserwerbs ausschließe. Das Nichtbestehen eines Verwaltervertrags könne danach das Vorliegen einer der anerkannten Ausnahmen begründen, die jedoch dem GBA in der Form des § 29 GBO nachzuweisen seien.

b) Das Rechtsmittel hat schon deshalb Erfolg, weil das LG nicht vorschriftsmäßig besetzt war. Dies ist ein absoluter Rechtsbeschwerdegrund (vgl. § 547 Nr. 1 ZPO; BGH NJW 1989, 229, 230; 1993, 600; 2001, 1357; Meikel/Streck, 9. Aufl., § 81 GBO Rn. 5; Keidel/Kuntze/Winkler/Meyer-Holz, 15. Aufl., § 27 FGG Rn. 34). Nach § 81 Abs. 1 GBO entscheidet über Beschwerden bei den LG eine Zivilkammer. § 75 GVG regelt die Besetzung der Zivilkammer mit drei Richtern einschließlich des Vorsitzenden. Eine Übertragung auf den Einzelrichter ist, im Gegensatz zu § 30 Abs. 1 FGG, § 526 Abs. 1 ZPO, nicht vorgesehen. Nach allgemeiner Meinung trifft § 81 Abs. 1 GBO eine eigenständige gerichtsverfassungsrechtliche Regelung (vgl. Demharter, 25. Aufl., § 81 GBO Rn. 3; Bauer/v. Oefele/Budde, 2. Aufl., § 81 GBO Rn. 1; KEHE/Briesemeister, 6. Aufl., § 81 GBO Rn. 1 und 3; Hügel/Kramer, § 81 GBO Rn. 2), so dass ein Rückgriff auf § 30 Abs. 1 FGG nicht in Betracht kommt. Die von

der Beschwerdekammer vorgenommene Übertragung auf den Einzelrichter ist ohne rechtliche Grundlage und damit nicht geeignet, den gesetzlichen Richter im Sinn von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu bestimmen.

c) Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

aa) Entgegen der Auffassung der Beschwerdekammer ist das GBA in seiner Nichtabhilfeentscheidung von seiner Zwischenverfügung nicht abgerückt. Es führt dort vielmehr abschließend aus, dass es „insbesondere den Eintritt in die Eigentümergemeinschaft“ als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft bewerte. Erkennbar bildet der regelmäßig damit verbundene Eintritt in den Verwaltervertrag nur ein Element einer Reihe möglicher Rechtsnachteile. Ein Fall der Teilabhilfe und eines nur beschränkten Beschwerdegegenstands liegt nicht vor.

bb) Im Ansatz zutreffend prüft das LG, ob die Mutter der Bet. zu 2) nach §§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, 1629 Abs. 2 S. 1, 181 BGB von der gesetzlichen Vertretungsmacht ausgeschlossen ist und es zum Vollzug der notariellen Urkunde deshalb der Zustimmung eines Ergänzungspflegers bedarf (§ 1909 Abs. 1 S. 1 BGB).

cc) Nach der neueren Rechtsprechung des BGH (BGHZ 161, 170 = DNotZ 2005, 549; BGHZ 162, 137 = DNotZ 2005, 625) gilt folgendes:

Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. von § 107 BGB, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet. Bei der Anwendung von § 107 BGB außer Betracht bleiben nur typischerweise ungefährliche Rechtsnachteile, zu denen etwa die mit einem Grundstückserwerb verbundene Verpflichtung zur Tragung öffentlicher Lasten gezählt wird (BGHZ 161, 170, 177 ff. = DNotZ 2005, 549). Im Hinblick auf den von § 107 BGB verfolgten Schutzzweck ist es auch unerheblich, ob die mit dem Erwerb verbundenen Pflichten von dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien mit umfasst sind. Denn das Vermögen des Minderjährigen ist nicht weniger gefährdet, wenn der Eintritt eines Rechtsnachteils zwar von den Parteien des Rechtsgeschäfts nicht gewollt, vom Gesetz jedoch als dessen Folge angeordnet wird (BGHZ 161, 170, 178 = DNotZ 2005, 549; BGHZ 162, 137, 140 = DNotZ 2005, 625; Feller, DNotZ 1989, 66, 70 f. und Mitt-BayNot 2005, 412, 413).

dd) Das Erfüllungsgeschäft erscheint dem Senat ungeachtet der konkreten Ausgestaltung der (bislang nicht beigezogenen) Gemeinschaftsordnung und ungeachtet der Frage, ob das Nichtbestehen eines Verwaltervertrags in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen ist, nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Gegenstand bildet die Übertragung von Wohnungseigentum. In seiner Entscheidung vom 9. 7. 1980 (BGHZ 78, 28, 31 f. = DNotZ 1981, 111) hat es der BGH noch dahingestellt sein lassen, ob der Erwerb von Wohnungseigentum durch einen Minderjährigen auch dann als ein nicht ausschließlich lukratives Rechtsgeschäft anzusehen ist, wenn hinsichtlich des Gemeinschaftsverhältnisses der Wohnungseigentümer un-

tereinander sowie hinsichtlich der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums keine die gesetzliche Ausgestaltung abändernden Bestimmungen getroffen worden sind (BGHZ 78, 28, 31 f. m. w. N. = DNotZ 1981, 111). Die wohl überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur vertritt dazu einerseits die Ansicht, dass die Einschaltung eines Ergänzungspflegers beim Erwerb von Wohnungseigentum nur dann erforderlich ist, wenn die Gemeinschaftsordnung über das Gesetz hinausgehende Pflichten begründet (OLG Celle NJW 1976, 2214; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, 67. Aufl., § 107 BGB Rn. 4; PWW/Völzmann-Stickelbrock, 2. Aufl., § 107 BGB Rn. 9; MünchKomm/Schmitt, 5. Aufl., § 107 BGB Rn. 47 bei ee] und Rn. 48 bei gg; Staudinger/Knothe, Bearb. 2004, § 107 BGB Rn. 13). Andererseits betont vor allem die grundbuchrechtliche Literatur (vgl. Demharter, 25. Aufl., Anh. zu § 3 GBO Rn. 60; Bauer/v. Oefele/Schaub, VII Rn. 230/231; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rn. 3609; Hügel/Reetz, GBO, V Rn. 158 a. E.), dass beim Erwerb von Wohnungseigentum in der (grundbuchrechtlichen) Praxis regelmäßig die Mitwirkung eines Pflegers erforderlich sei oder „sich empfehlen“ werde.

Nach der in der Entscheidung des BGH vom 2. 6. 2005 zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft entwickelten Haftungskonzeption (BGHZ 163, 154, 172 = NJW 2005, 2061, 2067 = DNotZ 2005, 776) bestand eine akzessorische (Außen-)Haftung der Wohnungseigentümer grundsätzlich nicht. Ob dies es möglicherweise nahegelegt hätte, die Inanspruchnahme durch den Verband und die Möglichkeit des Gläubigers, einen solchen Anspruch zu pfänden, als dem Wohnungseigentum immanente Pflicht einzuordnen, die typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen mit sich bringt, kann auf sich beruhen. Denn die in Abkehr dazu gewählte Konstruktion des Gesetzgebers nach § 10 Abs. 8 WEG in der Fassung des Gesetzes vom 26. 3. 2007 (BGBl I S. 370) gestaltet die Haftung ähnlich wie die einer Handelsgesellschaft nach §§ 128, 129 HGB aus. Der Wohnungseigentümer haftet hiernach persönlich (mit seinem Privatvermögen), unbeschränkt (mit seinem ganzen Privatvermögen), im Außenverhältnis unbeschränkt, primär, akzessorisch und anteilig in Höhe seines Miteigentumsanteils (KK-WEG/Elzer, § 10 Rn. 471). Es handelt sich bei der Haftung nach § 10 Abs. 8 S. 1 Hs. 1 WEG um eine Haftung für fremde Schuld, nämlich die des Verbands Wohnungseigentümergemeinschaft (Elzer, a.a.O., Rn. 472). Dieses Haftungssystem bedingt Pflichten, deren wirtschaftliche Bedeutung von den Umständen des Einzelfalles abhängen. Ob die davon ausgehenden Gefahren für das Minderjährigenvermögen im Hinblick auf die mit dem Wohnungseigentumserwerb verbundenen Vorteile hingenommen werden können, kann nicht abstrakt beurteilt werden; vielmehr ist eine einzelfallbezogene Prüfung durch den gesetzlichen Vertreter erforderlich.

ee) Ergänzend ist noch anzuführen, dass auch wegen der Wirkung von § 10 Abs. 4 WEG die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters oder des Ergänzungspflegers unerlässlich ist. Nach § 10 Abs. 4 WEG wirken Beschlüsse der Wohnungseigentümer gegen den Sonderrechtsnachfolger, ohne dass sie im Grundbuch verlautbart sind. Das gilt auch für Beschlüsse, die aufgrund einer Öffnungs-

klausel vom Gesetz abweichen oder eine Vereinbarung ändern. Jedenfalls wenn die Vereinbarung der Wohnungseigentümer (Gemeinschaftsordnung) eine Öffnungsklausel enthält, ist es für das GBA schlechterdings nicht feststellbar, ob Beschlüsse, die im Grundbuch nicht eintragungsfähig sind (BGHZ 127, 99, 104 = Mitt-RhNotK 1995, 146 = DNotZ 1995, 599; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten/Kümmel, 8. Aufl., § 10 WEG Rn. 52), die gesetzliche Ausgestaltung des Wohnungseigentums abgeändert und die den einzelnen Wohnungseigentümer treffenden Verpflichtungen nicht unerheblich verschärft haben. Aber auch ohne Öffnungsklausel ist die Kompetenz der Wohnungseigentümer zur Beschlussfassung nicht unerheblich erweitert worden (vgl. §§ 16 Abs. 3 und 4; 21 Abs. 7 WEG). Deshalb kann jedenfalls nach der seit 1. 7. 2007 geltenden Rechtslage nicht von einem typischerweise ganz unerheblichen und den Anwendungsbereich des § 107 BGB einschränkenden Gefährdungspotential ausgegangen werden.

Hierzu kommt hier noch als weiterer Umstand, dass Gegenstand des Geschäfts der kleinere Miteigentumsanteil einer Zweier-Eigentümergemeinschaft ist. Sofern, wie häufig, abweichend von § 25 Abs. 2 S. 1 WEG eine Stimmkraftverteilung nach dem Wertprinzip angeordnet wird (BayObLGZ 1986, 10 = DNotZ 1986, 491), wäre auch nach der herrschenden Meinung im Hinblick auf eine erhebliche Abweichung der Gemeinschaftsordnung vom Gesetz die Einwilligung bzw. die Erteilung einer Genehmigung unerlässlich.

ff) Auch wenn es darauf nicht mehr ankommt, hat das GBA die rechtliche Vorteilhaftigkeit des Grundgeschäfts zutreffend nicht in Zweifel gezogen. Insbesondere stellt die hier gewählte Form der Rückübertragungsverpflichtung, die nur entsteht, wenn der Erwerber vor dem Befreitigten verstirbt, keinen Nachteil für den Minderjährigen dar.

#### 4. Liegenschaftsrecht – Eintragungsvoraussetzungen für bedingtes Sondernutzungsrecht

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1. 2. 2008 – 3 W 3/08)

##### GBO § 29

##### WEG §§ 10 Abs. 2; 13 Abs. 2

**Bei einem aufschiebend oder auflösend bedingten Sondernutzungsrecht muss die vereinbarte Bedingung nicht in einer Weise bestimmt sein, dass sie dem GBA in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachgewiesen werden könnte.**

**(Leitsatz nicht amtlich)**

##### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. sind zu je  $\frac{1}{2}$  Miteigentümer eines mit einem Vorder- sowie einem Hinterhaus bebauten Grundstücks. Mit notarieller Urkunde vom 20. 10. 2006, ergänzt durch notarielle Urkunde vom 27. 2. 2007, teilten die Bet. das Grundeigentum in Wohnungseigentum auf. Sie begründeten dadurch Sondereigentum an einer Wohnung in dem „Vorderhaus“ und an zwei weiteren Wohnungen in dem „Hinterhaus“. Das Eigentum an jeweils einer der beiden Wohnungen in dem Hinterhaus haben die Bet. inzwischen an ihre Töchter aufgelassen.

In der Teilungserklärung vom 20. 10. 2006 bestimmten die Bet. unter § 5 folgendes:

„2. Bezuglich der Garage im Hinterhaus wird folgendes Sondernutzungsrecht bestellt: Solange die Eheleute O. und H. K. im Vorderhaus leben und ein Auto halten, ist der jeweilige Eigentümer der Einheit Nr. 1 des Aufteilungsplanes berechtigt, die aus dem Aufteilungsplan ersichtliche Garage allein unter Ausschluss der übrigen Miteigentümer zu nutzen. (...) Sollten die Eheleute O. und H. K. nicht mehr im Hause wohnen oder kein Kraftfahrzeug mehr halten, sind die jeweiligen Eigentümer der Einheiten Nrn. 2 und 3 des Aufteilungsplanes berechtigt, die Garage unter Ausschluss des jeweiligen Eigentümers der Einheit Nr. 1 als Garage zu nutzen.“

Das GBA hat den Antrag der Bet. auf Eintragung dieses Sondernutzungsrechts ins Grundbuch abgelehnt. Das LG hat die hiergegen gerichtete Beschwerde der Bet. zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

#### Aus den Gründen:

II. 1. Das Rechtsmittel ist statthaft (§ 78 S. 1 GBO), nicht an eine Frist gebunden und auch im Übrigen verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden (§ 80 Abs. 1 S. 1 und 3, Abs. 3, § 71 Abs. 1 GBO).

2. Die weitere Beschwerde ist begründet. Die Entscheidungen des GBA und des LG halten der rechtlichen Nachprüfung (§§ 78 S. 1 GBO, 546 ZPO) nicht stand. Entgegen der Ansicht des GBA und der Kammer ergibt sich aus der Bedingtheit des Sondernutzungsrechts kein Eintragungshindernis.

Im Einzelnen gilt folgendes:

a) Gegenstand eines „Sondernutzungsrechts“ ist das alleinige Nutzungsrecht eines Wohnungseigentümers an einem Teil des gemeinschaftlichen Eigentums unter Ausschluss des Rechts der übrigen Miteigentümer auf Mitgebrauch nach § 13 Abs. 2 S. 1 WEG. Begründet wird das Sondernutzungsrecht entweder durch eine schuldrechtliche Vereinbarung der Eigentümer nach §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG oder – wie vorliegend – durch den teilenden Alleineigentümer bei der Vorratsteilung nach §§ 8 Abs. 2, 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG. Das Sondernutzungsrecht besteht damit aus einer „positiven Komponente“ – dem alleinigen Nutzungsrecht eines Miteigentümers – und einer „negativen Komponente“ – dem Ausschluss aller übrigen Miteigentümer von der Nutzung. Hat der teilende Eigentümer die „negative Komponente“ bei der Teilungserklärung bereits verwirklicht, so bedarf die erst später vorgenommene Realisierung der „positiven Komponente“ – also die Zuweisung des Sondernutzungsrechts zu einem bestimmten Miteigentümer – nicht mehr der materiellrechtlichen Zustimmung und auch nicht mehr der grundbuchrechtlichen Bewilligung der übrigen Miteigentümer (OLG Frankfurt FGPrax 1997, 221 = MittRhNotK 1997, 392 = DNotZ 1998, 392; KG ZMR 2007, 384 = RNotZ 2007, 151; vgl. auch BayObLG NJW-RR 1986, 93 = DNotZ 1986, 479 für den Fall des lediglich aufschiebend bedingten Ausschlusses von dem Mitbenutzungsrecht).

Hier haben die Bet. das mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 1 verbundene Sondernutzungsrecht (Benutzung der Garage) – wenn auch auflösend bedingt – in der Teilungserklärung bereits sowohl hinsichtlich der ne-

gativen als auch hinsichtlich der positiven Komponente begründet. Einer Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer zur Eintragung des Sondernutzungsrechts bedarf es deshalb entgegen der in einer Hilfsbegründung des Beschlusses des GBA vom 19. 11. 2007 geäußerten Ansicht nicht.

b) Das von den Bet. in der Teilungserklärung vom 20. 10. 2006 errichtete Sondernutzungsrecht ist in doppelter Hinsicht bedingt. Das mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 1 verbundene Sondernutzungsrecht ist auflösend bedingt durch den Auszug der Bet. aus dieser Wohnung oder durch die Aufgabe des Haltens eines Pkw. Das mit dem Sondereigentum an den beiden Wohnungen Nrn. 2 und 3 verbundene Sondernutzungsrecht ist durch den alternativen Eintritt eines dieser beiden Ereignisse aufschiebend bedingt. Weder die Vereinbarung dieser Bedingungen noch der Umstand, dass ihr Eintritt mit den Mitteln des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO möglicherweise nicht nachweisbar ist, steht einer Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch indes entgegen.

aa) Als schuldrechtliche Vereinbarung ist das Sondernutzungsrecht nicht bedingungsfeindlich. Es kann deshalb ohne weiteres unter einer auflösenden oder einer aufschiebenden Bedingung nach §§ 158 ff. BGB stehen (vgl. BayObLG WE 1989, 133: aufschiebende Bedingung in Form der Zahlung eines Geldbetrages).

bb) Die Vereinbarung von Sondernutzungsrechten kann als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen werden (§ 10 Abs. 2 WEG). Als Folge der Eintragung wird das Sondernutzungsrecht „verdinglicht“. Gegenstand dieser Verdinglichung ist allerdings nur, dass es dann auch gegen die Sonderrechtsnachfolger im Wohnungseigentum wirkt, seinen Charakter als schuldrechtliche Vereinbarung verliert es durch die Eintragung nicht (vgl. zum Ganzen: Demharter, FGPrax 1999, 46 m. w. N.).

Als im Grundbuch einzutragendes Recht muss das Sondernutzungsrecht, wie dies von den Vorinstanzen im Ausgangspunkt zutreffend erkannt worden ist, dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Dieser Bestimmtheitsgrundsatz bezieht sich aber nur auf die sachenrechtliche Zuordnung des Sondernutzungsrechtes, das deshalb hinsichtlich der von ihm betroffenen Fläche genau bezeichnet sein muss (Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 5. Aufl., Rn. 100). Dagegen muss die vereinbarte Bedingung nicht in einer Weise bestimmt sein, dass sie dem GBA in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachgewiesen werden könnte. Im Grundbuch braucht der Eintritt einer Bedingung ohnehin nicht eingetragen zu werden. Bei Eintragung bedingter Rechte im Grundbuch muss sich auch der Eintritt der Bedingung nicht aus dem Grundbuch ergeben (Ertl, DNotZ 1996, 484, 486). Deshalb ist es für die Eintragungsfähigkeit bedingter Rechte auch nicht zwingend, dass dem Grundbuch der Eintritt der Bedingung in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachgewiesen wird, um die Eintragungsfähigkeit des bedingten Rechts herzuführen. Soweit auf einen solchen Nachweis in Fällen der Eintragung bedingter Sondernutzungsrechte abgestellt wird, geht es alleine um Zweckmäßigkeitserwägungen. Ist etwa das Mitgebrauchsrecht aller Miteigentümer an einem Stellplatz durch dessen Zuweisung zu

einem bestimmten Teileigentum (nur) aufschiebend bedingt ausgeschlossen, so ist es zweckmäßig, wenn die Zuweisung gegenüber dem GBA in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachgewiesen werden kann, weil andernfalls die Bewilligung aller anderen Miteigentümer erforderlich wäre (BayObLG NJW-RR 1986, 93 = DNotZ 1986, 479). Das bedeutet aber nicht, dass diese Möglichkeit Voraussetzung für die Eintragung eines bedingten Sondernutzungsrechts wäre. Wenn und soweit ein Nachweis des Bedingungseintritts in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nicht möglich ist, erfordert die Eintragung des (unbedingten) Rechts eben die Bewilligung der übrigen Miteigentümer.

Vorliegend bestehen deshalb unter den bisher vom GBA und der Kammer aufgeführten Gesichtspunkten keine durchgreifenden Bedenken gegen die Eintragungsfähigkeit des Sondernutzungsrechts.

## 5. Liegenschaftsrecht – Grundbuchberichtigung bei Änderungen im GbR-Gesellschafterbestand

(LG Mainz, Beschluss vom 23. 8. 2007 – 8 T 147/07)

### GBO §§ 29; 35

#### Zum Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit bei Veränderungen im Gesellschafterbestand einer im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

(Leitsatz nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Bf. wenden sich mit ihrer Beschwerde gegen die Zurückweisung ihres Antrages auf Berichtigung des Grundbuchs für den oben genannten Grundbesitz. Für diese Grundbuchstellen sind Herr G. Gg. Wd. und seine Ehefrau W. Hg. Wd. als Gesellschafter bürgerlichen Rechtes eingetragen. Nach dem Tod des Gesellschafters G. Wd. am 27. 3. 1999 wurden der Ast. zu 1) sowie Frau Hg. W. Wd. gesetzliche Erben zu je 1/2. Alleinerbe der am 3. 6. 2005 verstorbenen Frau Hg. W. Wd. wurde der Ast. zu 1).

Die Ast. haben durch notarielle Urkunde vom 16. 3. 2007 beantragt, das Grundbuch dahingehend zu berichtigen, dass die BGB-Gesellschaft nach dem Tod von Herrn G. Gg. Wd. mit den Erben weitergeführt worden sei. Darüber hinaus sei aufgrund Vereinbarung vom 28. 3. 1999 die Beteiligung des Ast. zu 1) an der BGB-Gesellschaft auf seine Mutter, Frau Hg. W. Wd. übertragen worden. Diese habe dann gleichzeitig einen 6 %-Anteil an der BGB-Gesellschaft an die Ast. zu 2) – unter Zustimmung aller Gesellschafter – übertragen. Ferner wird beantragt, die Liquidationsgesellschaft in Erbengemeinschaft nach dem Tode der Frau Hg. W. Wd. einzutragen. Der notarielle Grundbuchberichtigungsantrag und die Berichtigungsbewilligung wurden von den Ast. am 16. 3. 2007 handschriftlich unterzeichnet.

Das GBA hat die Eintragung der Grundbuchberichtigung kostenpflichtig zurückgewiesen und im Wesentlichen ausgeführt, dass der Gesellschaftsvertrag nicht vorgelegt und der Inhalt in anderer Weise nicht zur Überzeugung des GBA nachgewiesen werden sei. Gegen diesen Beschluss hat der Verfahrensbewollmächtigte der Ast. Beschwerde eingelegt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass die Gesellschaft lediglich durch konkludentes Handeln zustande gekommen sei, ein Gesellschaftsvertrag weder bei Gründung der Gesellschaft noch später schriftlich abgefasst worden sei. Daher sei die Vorlage eines Gesellschaftsvertrages faktisch nicht möglich.

#### Aus den Gründen:

II. Die gemäß § 71 GBO statthafte und zulässige Beschwerde ist auch begründet. Der Beschluss des AG hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Änderungen im Gesellschafterbestand einer im Grundbuch eingetragenen BGB-Gesellschaft führen zur Grundbuchunrichtigkeit. Insoweit zutreffend hat das AG ausgeführt, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters dem GBA grundsätzlich der Gesellschaftsvertrag in der Form des § 29 GBO vorgelegt werden muss, weil nur ihm entnommen werden kann, welche Rechtsfolgen mit dem Tode eingetreten sind (Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 22 Rn. 124; OLG Zweibrücken Rpfleger 1996, 192 = MittRhNotK 1996, 188; BayObLG DNotZ 1998, 811). Der Grund für dieses Erfordernis liegt darin, dass sich beim Tod eines BGB-Gesellschafters die Rechtsfolge hinsichtlich des Gesellschaftsanteiles nicht nach dem Erbrecht vollzieht, vielmehr gesellschaftsrechtliche Regeln maßgebend sind. Damit reicht allein eine Berichtigungsbewilligung der Erben in keinem Falle aus (BayObLG, a.a.O.).

Umstritten ist allerdings, wie zu verfahren ist, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht in der Form des § 29 GBO oder wenn – wie vorliegend – gar kein schriftlicher Gesellschaftsvertrag vorgelegt werden kann. Die obegerichtliche Rechtsprechung billigt insoweit Ausnahmen von dem oben genannten Grundsatz in der Weise zu, dass statt eines Gesellschaftsvertrages in der Form des § 29 GBO auch ein privatschriftlicher Vertrag ausreichend sei (OLG Zweibrücken a.a.O.). Noch weiter geht das BayObLG (a.a.O.), das in den Fällen, in denen gar kein schriftlicher Gesellschaftsvertrag vorliegt, demjenigen, der die Grundbuchberichtigung betreibt, die rechtliche Möglichkeit einräumt, zur Überzeugung des GBA darzulegen, welchen Inhalt der Gesellschaftsvertrag unter Berücksichtigung späterer Änderungen hat. Insoweit liegt hierin auch kein Widerspruch zur grundsätzlichen Rechtsprechung, da in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt ist, dass in Ausnahmefällen auf einen formgerechten Nachweis verzichtet werden kann und eine freie Beweiswürdigung durch das GBA möglich ist (BayObLG a.a.O.; Demharter, 25. Aufl., § 29 GBO Rn. 63 ff. m. w. N.).

Demgegenüber vertritt Schöner (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rn. 983 a; Schöner, DNotZ 1998, 815) die Auffassung, dass in den Fällen, in denen der Gesellschaftsvertrag nicht in der Form des § 29 GBO hinsichtlich der Rechtsnachfolgeklausel nachgewiesen werden könnte, die Grundbuchberichtigung nur durch Berichtigungsbewilligung aller verbleibenden Gesellschafter und aller Erben, die ihre Erbenstellung nach § 35 GBO nachzuweisen haben, erreicht werden könne.

Vorliegend erübrigt sich eine Entscheidung zwischen den beiden vorgenannten Alternativen, da die nun von den Ast. vorgelegte notarielle Berichtigungsbewilligung vom 16. 3. 2007 den Erfordernissen sowohl der Rechtsprechung als auch der von Schöner vertretenen Auffassung entspricht. Durch die vorgelegte Urkunde haben die Ast. den Unrichtigkeitsnachweis – in der für sie möglichen und von der Rechtsprechung ermöglichten Form – erbracht. Zwar hat das GBA bei dem Nachweis der Un-

richtigkeit strenge Anforderungen zu stellen, da es ja hier gegen oder zumindest ohne den Willen des Betroffenen eine Änderung des Grundbuchinhaltes vornehmen soll. Es genügt also weder irgendein Grad der Wahrscheinlichkeit oder gar nur Glaubhaftmachung, sondern das GBA muss von der gegenwärtigen Grundbuchunrichtigkeit voll und ganz überzeugt sein. Ganz entfernte Möglichkeiten brauchen nicht widerlegt zu werden (Meikel/Böttcher, a.a.O., § 22 Rn. 104).

Durch ihre Erklärungen in der notariellen Urkunde vom 16. 3. 2007 über die einzelnen Gesellschaftsvereinbarungen haben die Ast. allerdings in ausreichender Form nachgewiesen, dass sich die Gesellschaft in der oben beschriebenen Weise fortentwickelt hat.

Gleichzeitig erfüllt die notarielle Erklärung auch die Anforderungen, die Schöner aufgestellt hat. Danach genügt der Vortrag, dass alle Bet. lediglich darüber einstimmten, dass der vorhandene Eintrag unrichtig und die verlangte Eintragung richtig ist, nicht. Die Bewilligung hat vielmehr die Ursache (den Grund) der Grundbuchunrichtigkeit darzustellen, somit Tatsachen zu bezeichnen, aus denen die Grundbuchunrichtigkeit schlüssig folgt (Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 364). Die Berichtigungsbewilligung hat dabei von allen verbleibenden Gesellschaftern und allen nach § 35 GBO ausgewiesenen Erben des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters zu erfolgen.

Auch diese Kriterien sind hier erfüllt. Bei den Ast. handelt es sich sowohl um die – noch lebenden – Erben der eingetragenen Gesellschafter als auch um die – früheren – Mitgesellschafter. Hinweise auf weitere Erben bzw. sonstige Gesellschafter liegen nicht vor. Im Übrigen ist im Rahmen der notariellen Urkunde seitens der Ast. nachvollziehbar und schlüssig dargelegt worden, wie sich die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes weiter entwickelt hat.

Nach alledem war der Beschluss des AG aufzuheben. Über den Berichtigungsantrag der Ast. ist unter Beachtung der vorgenannten Rechtsauffassung der Kammer neu zu entscheiden.

## **6. Familienrecht – Auslegung einer Patientenverfügung** (AG Siegen, Beschluss vom 28. 9. 2007 – 33 XVII B 710)

### **BGB §§ 1837 Abs. 2; 1896 Abs. 1; 1901**

#### **Zur Auslegung einer Patientenverfügung.**

##### **Zum Sachverhalt:**

I. Die Betreuerin möchte die Versorgung der Betroffenen mit Nahrung und Flüssigkeit durch eine PEG-Sonde beenden.

1. Am 18. 7. 1995 nahm der damalige Hausarzt der Betroffenen, der Zeuge Dr. L., folgende schriftliche Äußerung auf:

„Frau C. erklärt hiermit bei guter körperlicher und geistiger Verfassung, dass sie im Falle einer ernsthaften, lebensbedrohlichen Erkrankung keine lebensverlängernden Maßnahmen (wie z. B. parenterale Ernährung, maschinelle Beatmung etc.) haben möchte.“

Der Text ist von der Betroffenen, dem Zeugen Dr. L. und einer weiteren Person unterschrieben.

Am 10. 10. 2000 protokollierte der Zeuge Notar J. eine Äußerung der Betroffenen, in der es unter anderem heißt:

„Ich erteile hiermit meiner Tochter Frau T. . . . Vollmacht zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten. ( . . . ) Die Vollmacht soll durch meinen Tod nicht erlöschen, ebenfalls nicht durch meine Geschäftsunfähigkeit, wobei sie auch im Falle der Bestellung eines Betreuers wirksam bleiben soll.“

Zur Vorlage bei allen behandelnden Ärzten sowie allen hierfür in Betracht kommenden Einrichtungen und Stellen erkläre ich ergänzend:

Falls ich wegen Alters, Unfall oder Krankheit medizinisch behandelt werden muss, ist es mein unbedingter Wille, dass keine lebensverlängernden Maßnahmen ergriffen werden, wenn ein menschenwürdiges Weiterleben nicht gewährleistet ist. Gleichermaßen gilt für die Anwendung von Behandlungen und Verabreichung von Medikamenten. Meine Bevollmächtigte ist berechtigt, diesen vorstehend niedergelegten Willen rechtsverbindlich gegenüber allen hierzu Betracht kommenden Personen und Stellen, also insbesondere auch gegenüber behandelnden Ärzten, zu erklären.“

2. Mit Beschluss vom 2. 1. 2002 leitete das Gericht ein Betreuungsverfahren für die Betroffene ein. ( . . . )

3. Aufgrund gerichtlichen Beschlusses vom 4. 1. 2002 wurde die Betroffene geschlossen untergebracht. ( . . . )

4. Am 25. 5. 2007 benachrichtigte die Heimleiterin das Gericht, dass die Betroffene nicht mehr esse und trinke. Sie berichtete, der Hausarzt, Herr N., halte die Anlage einer PEG-Sonde für erforderlich. Bei einer PEG-Sonde handelt es sich um eine Magensonde, welche durch die Bauchdecke gelegt wird. Eine solche Maßnahme werde von der Bevollmächtigten und der Betreuerin unter Berufung auf die Erklärung der Betroffenen aus dem Jahr 1995 abgelehnt. Rücksprache des Gerichts mit der Bevollmächtigten ergab, dass sie der Betroffenen in Übereinstimmung mit ihrer Erklärung aus dem Jahr 1995 die Qual einer PEG-Sonde ersparen wolle. Die Betreuerin lehne die Anlage einer PEG-Sonde ebenfalls ab. Der Pflegedienstleiter des Heims, Herr D., gab gegenüber dem Gericht an, der Arzt halte die Anlage einer PEG-Sonde für notwendig. ( . . . )

Nachdem die Betreuerin kurzfristig nicht erreicht werden konnte, ordnete das Gericht mit Beschluss vom 25. 5. 2007 als Eilmaßnahme an, der Betroffenen eine PEG-Sonde zur Sicherstellung der Flüssigkeitszufuhr und der Nahrungsaufnahme zu legen. Zugleich verbot es der Betreuerin, die Einstellung der Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr durch die PEG-Sonde zu beenden. Ebenfalls mit diesem Beschluss wurde der Betroffene Frau X. als Verfahrenspflegerin bestellt.

Mit Fax vom 25. 5. 2007 wandte sich die Betreuerin unter Bezugnahme auf die oben genannten Erklärungen der Betroffenen aus dem Jahre 1995 und aus dem Jahr 2000 gegen diesen Beschluss und bat um dessen Aufhebung. Im Verlauf der folgenden Tage wurde die Betroffene stationär im Krankenhaus aufgenommen. Dort wurde ihr über eine Infusion Flüssigkeit zugeführt. Im Krankenhaus nahm sie wieder selbstständig Nahrung und Flüssigkeit zu sich. Von den Krankenhausärzten wurde keine medizinische Indikation zur Anlage einer PEG-Sonde gesehen. Die Maßnahme unterblieb zunächst. Am 29. 5. 2007 wurde die Betroffene aus dem Krankenhaus entlassen.

Mit Beschluss vom 29. 5. 2007 hob das Gericht den Beschluss vom 25. 5. 2007 auf. Zugleich wurde der Betreuerin geboten, der Anlage einer PEG-Sonde bei der Betroffenen zum Zweck der künstlichen Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr zuzustimmen, sobald eine ausreichende Versorgung der Betroffenen mit Nah-

rung oder Flüssigkeit durch andere Maßnahmen nicht sichergestellt werden könne und eine solche Maßnahme ärztlicherseits für erforderlich gehalten werde. Am 30. 5. 2007 wurde die Betroffene erneut für kurze Zeit ins Krankenhaus aufgenommen. Dort wurde ihr eine PEG-Sonde gelegt.

5. Am 20. 6. 2007 hat die Betroffene bei ihrer persönlichen Anhörung gegenüber dem Gericht erklärt: „Ich will sterben. Das ist kein Leben mehr.“ Bei der Anhörung hat sie bestätigt, nichts mehr essen und trinken zu wollen. Eine weitere Begründung für diesen Wunsch hat sie nicht geäußert.

Nach Auffassung der Betreuerin, der Bevollmächtigten und der Verfahrenspflegerin entspricht die Versorgung der Betroffenen mit Nahrung und Flüssigkeit durch eine PEG-Sonde nicht dem Willen der Betroffenen. (...)

#### Aus den Gründen:

II. Die Betreuerin ist verpflichtet, die Betroffene durch eine PEG-Sonde versorgen zu lassen, solange dies medizinisch indiziert und zur Sicherstellung einer für die Erhaltung ihres Lebens und ihrer Gesundheit ausreichenden Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme erforderlich ist. Eine Beendigung der Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr – solange sie medizinisch indiziert ist – durch die Betreuerin ist unzulässig, weil sich ein entsprechender Wille der Betroffenen nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen lässt und deshalb der Schutz des Lebens Vorrang genießt.

1. Das Vormundschaftsgericht ist gem. §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1837 Abs. 2 BGB kraft seines Wächteramtes beauftragt, die rechtmäßige Ausübung der Betreuung zu überwachen und die Betreuerin nötigenfalls durch Aufsichtsmaßnahmen zur Einhaltung ihrer Pflichten anzuhalten. Dazu zählt die Kontrolle, ob sie bei ihrem Handeln die Voraussetzungen und Grenzen der in § 1901 BGB statuierten Befugnisse beachtet. Die Vorgaben dieser Vorschrift gelten für jedes Handeln des Betreuers im Verhältnis zum Betroffenen und daher auch im Zusammenhang mit Entscheidungen über die Fortsetzung oder den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen. Hinzu kommt, dass diese Entscheidungen sich im Schutzbereich der Grundrechte auf Achtung der Menschenwürde (Art. 1 GG), auf Selbstbestimmung und allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) abspielen (Hufen, NJW 2001, 849, 850 ff.; Landau, ZRP 2005, 50, 51). Ein nach verfassungsrechtlichen Maßstäben unzulässiger Eingriff des Betreuers in diese Schutzbereiche beinhaltete eine mittelbare Grundrechtsverletzung auch durch den Staat, durch dessen Akt der Betreuer erst die Befugnis zu Entscheidungen in Rechtsangelegenheiten und Eingriffen in Rechtspositionen des Betroffenen erlangt hat (BGH NJW 2006, 1277, 1279 = DNotZ 2006, 626). Es ist Aufgabe des Vormundschaftsgerichts, den Betroffenen vor solchen Grundrechtsverletzungen zu schützen. Dieser Grundgedanke des Betreuungsrechts kommt auch darin zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber neben der genannten Aufsichtspflicht des Vormundschaftsgerichts Genehmigungserfordernisse etwa für besonders gefährliche ärztliche Heileingriffe (§ 1904 BGB) oder geschlossene Unterbringungen (§ 1906 BGB) geschaffen hat.

2. Rechtsgrundlage für das Verhalten des Betreuers im Verhältnis zum Betroffenen ist § 1901 BGB. Nach § 1901 Abs. 3 S. 1 und S. 2 BGB sind für alle Entscheidungen des Betreuers die – auch früher geäußerten (§ 1901 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB) – Wünsche des Betroffenen maßgebend, sofern sie sich feststellen lassen, nicht durch entgegengestehende Bekundungen widerrufen sind (§ 1901 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB) und dem Wohl des Betroffenen nicht zuwiderlaufen (§ 1901 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 BGB). Das Wohl des Betroffenen ist dabei nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv zu verstehen: „Zum Wohl des Betroffenen gehört auch die Möglichkeit, sein Leben nach seinen eigenen Vorstellungen und Wünschen zu gestalten“ (§ 1901 Abs. 2 S. 2 BGB) (BGH FGPrax 2003, 161, 164 = RNotZ 2003, 255 = DNotZ 2003, 850).

Ein nach diesen Vorgaben bindender, tatsächlicher oder mutmaßlicher Wille der Betroffenen, wonach sie in ihrer jetzigen Situation keine Ernährung und Flüssigkeitszufuhr mittels einer PEG-Sonde wünscht, lässt sich indes nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen.

a) Ein solcher rechtsverbindlicher Wille der Betroffenen ergibt sich nicht daraus, dass sie gegenüber der Betreuerin, der Bevollmächtigten und dem Gericht geäußert hat, sie wolle sterben, und – möglicherweise als Ausdruck hierfür – das Essen und Trinken verweigert. (...)

b) Aus § 1901 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Abs. 3 S. 1 und S. 2 BGB folgt auch, dass sogenannte „Patientenverfügungen“ als „antizipative“ Handlungsanweisungen für den Fall der eigenen Handlungsunfähigkeit des Erklärenden und Ausdruck seines grundrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts für den Betreuer bindend sind (Höfling, JuS 2000, 111, 115 f.; Landau, ZRP 2005, 50, 52). Die Erklärungen der Betroffenen vom 10. 10. 2000 und vom 18. 8. 1995 enthalten solche Handlungsanweisungen und sind demnach von der Betreuerin grundsätzlich zu beachten.

aa) Die Bindungswirkung solcher Patientenverfügungen setzt nicht voraus, dass der Tod der betroffenen Person unmittelbar bevorsteht. Es ist daher unerheblich und bedurfte keiner Ermittlungen des Gerichts, in welchem Zeitraum mit dem Tod der Betroffenen zu rechnen ist und ob sie bei Aufrechterhaltung der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr möglicherweise noch auf unabsehbare Zeit in einem stabilen Zustand leben kann. Zwar hat der BGH formuliert, ein rechtlicher Rahmen für das Verlangen des Betreuers, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, sei nicht eröffnet, solange eine letzte Sicherheit, dass die Krankheit einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen habe, nicht zu gewinnen sei (BGH FGPrax 2003, 161, 164 = RNotZ 2003, 255 = DNotZ 2003, 850). Einer solchen Rechtsauffassung vermag sich das Gericht jedoch nicht anzuschließen. Sie ist mit den Grundrechten auf Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit nicht vereinbar. Zum Selbstbestimmungsrecht gehört das Recht, sich selbst gefährden oder aufgeben zu dürfen; also auch, lebensverlängernde Maßnahmen verbindlich ablehnen zu können, selbst wenn diese aus Sicht Dritter medizinisch indiziert und sinnvoll sind. Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit beinhaltet einen Anspruch auf Unterlassung medizinischer Maßnahmen. Beide Grundrechte gelten während der gesamten Behandlung

und Pflege. Wie jeder noch handlungsfähige Patient hat auch der zur selbständigen Willensbekundung nicht mehr fähige Kranke das Recht, die Einwilligung in ärztliche Maßnahmen zu verweigern (BVerfGE 52, 131, 174; abweichendes Votum der Richter I3, Niebler und Steinberger; OLG Karlsruhe FGPrax 2004, 228 f.; Höfling, Jus 2000, 111, 115; Hufen, ZRP 2003, 248, 251; Kutzer, FPR 2004, 683, 686; Landau, ZRP 2005, 50, 52). Die fragliche Entscheidung des BGH betraf einen Wachkoma-Patienten ohne lebensbedrohliche Komplikationen. Der BGH hat selbst in der genannten Entscheidung ausgeführt: Die Rechtsordnung gestatte die Nichtfortführung oder Unterlassung lebensverlängernder Maßnahmen, wenn das Grundleiden nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar sei und einen tödlichen Verlauf angenommen habe. Werde in einem solchen Fall der Tod in kurzer Zeit eintreten, rechtfertige die unmittelbare Todesnähe es, dem Arzt den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen als „Hilfe beim Sterben“ (Sterbehilfe im engeren Sinne) zu erlauben. Sei das Merkmal unmittelbarer Todesnähe nicht gegeben, habe mithin der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt, sei der Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen als „Hilfe zum Sterben“ (Sterbehilfe im weiteren Sinne) bei entsprechendem Willen des Betroffenen als Ausdruck der allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit grundsätzlich anzuerkennen. Weiter unten in der Entscheidung äußert der BGH: „Liegt eine ... Willensbekundung – etwa in Form einer Patientenverfügung – vor, bindet sie als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts den Betreuer, denn schon die Würde des Betroffenen verlangt, dass eine von ihm eigenverantwortlich getroffene Entscheidung auch dann noch respektiert wird, wenn er die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Entscheiden inzwischen verloren hat.“ Der BGH hat die Sache an das Ausgangsgericht zurückverwiesen zur Prüfung, ob die Voraussetzungen für einen Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen vorliegen. Dies ergäbe keinen Sinn, hielte er ein solches Vorgehen mangels Todesnähe für unzulässig (Kutzer, FPR 2004, 683, 686).

bb) Dagegen ist Voraussetzung für eine Bindungswirkung der Patientenverfügung, dass die dortigen Handlungsanweisungen im Einzelfall hinreichend konkret sind und über bloße Richtungsangaben hinausgehen (Schönke/Schröder/Eser/Lencker, 27. Aufl. 2006, Vor §§ 211 ff. StGB Rn. 28 b; Landau, ZRP 2005, 50, 52). Patientenverfügungen sollen Würde und Selbstbestimmung für das Lebensende sichern. Dieses Ziel können sie nur dort erreichen, wo sie keinen Anlass zu vernünftigen Zweifeln an dem Inhalt des selbstbestimmten Willens geben, keinen Raum für Wünsche und Wertvorstellungen Dritter lassen (Höfling, JuS 2000, 111, 116; Hufen, ZRP 2003, 248, 251; Landau, ZRP 2005, 50, 52; Roth, in: Betreuungsrecht, 2. Aufl. 2005, Teil C, Rn. 105). Dieser Anforderung genügen die Patientenverfügungen der Betroffenen vom 18. 7. 1995 und vom 10. 10. 2000 nicht. Sie lassen nicht mit hinreichender Sicherheit auf einen Willen der Betroffenen schließen, in ihrer jetzigen Situation eine Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr mit einer PEG-Sonde abzulehnen.

Die in der notariellen Vollmacht vom 10. 10. 2000 enthaltende Patientenverfügung verwendet mit den Begriffen „lebenserhaltende Maßnahmen“ und „men-

schenwürdiges Weiterleben“ gleich zwei wertausfüllungsbedürftige, nicht konkret-handlungsleitende Formulierungen, welche für die Bestimmung des Willens der Betroffenen weite Auslegungsspielräume eröffnen (vgl. Höfling, JuS 2000, 111, 116; Roth, in: Betreuungsrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 106).

In der medizinischen wie juristischen Literatur ist anerkannt, dass die Versorgung mit Hilfe einer PEG-Sonde unter die Begriffe der „lebensverlängernden Maßnahme“ sowie der „Anwendung von Behandlungen“ fällt (OLG Karlsruhe NJW 2002, 685; Deutscher Bundestag, Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin vom 13. 9. 2004, BT-Drucks. 15/3700, S. 17, m. w. N.; Hufen, ZRP 2003, 248; Dodegge/Roth, Betreuungsrecht, 2. Aufl. 2005, Teil D, Rn. 15). Unsicher ist aber, ob der Betroffenen bei Abfassung der Patientenverfügungen diese Bedeutung bewusst war und ein Verhungern oder Verdursten in der jetzigen Situation tatsächlich von ihr gewünscht ist. Dagegen spricht schon nach dem weiteren Wortlaut der Patientenverfügung vom 10. 10. 2000, dass die Betroffene die Ablehnung lebensverlängernder Maßnahmen von der Bedingung abhängig gemacht hat, dass ein „menschenwürdiges Weiterleben“ nicht gewährleistet sei. Dies legt nahe, dass die Betroffene auch der Achtung und Wahrung ihrer Menschenwürde besondere Bedeutung beimisst. Gerade Verhungern oder Verdursten wird aber nach ethischer Auffassung vieler Personen ein besonders menschenunwürdiges Sterben bedeuten. Hinzu kommt, dass nach der Patientenverfügung der Betroffenen auch die Gabe von Medikamenten ausgeschlossen sein soll, was bei eintretendem Hunger oder Durst das Ertragen erheblicher Schmerzen verlangen würde (vgl. Coepicus, FPR 207, 63, 64; Höfling, JuS 2000, 111, 114).

Die Beweisaufnahme hat keinen näheren Aufschluss darüber erbracht, welche Bedeutung die Begriffe „lebenserhaltende Maßnahmen“ und „Anwendung von Behandlungen“ für Betroffene haben sollen. (...)

Abgesehen von der unklaren Bedeutung des Begriffs der „lebenserhaltenden Maßnahmen“ wirft die Umsetzung der Handlungsanweisung der Betroffenen vom 10. 10. 2000 weitere Schwierigkeiten dadurch auf, dass der Wunsch nach Nichtbehandlung unter der Bedingung steht, dass ein „menschenwürdiges Weiterleben“ nicht möglich ist.

Ob die Betroffene ein Leben im Zustand hochgradiger Demenz, pflegebedürftig in einem Heim untergebracht, für „menschenunwürdig“ hält und demnach in einer solchen Situation hat sterben wollen, oder aber beispielsweise Krankheitsbilder wie eine hochgradige Bewusstseinstrübung oder Bewusstlosigkeit, welche jeden Kontakt mit Dritten unmöglich macht, darunter fallen sollen, ist nach dem Wortlaut und den Auslegungsmöglichkeiten der Erklärungen nicht ersichtlich. Der Begriff des „menschenwürdigen Weiterlebens“ erlaubt eine Vielzahl von Deutungen sowie Abwägungsmöglichkeiten in Bezug auf die konkreten Umstände des Einzelfalls. Im verfassungsrechtlichen Sinne umfasst die Menschenwürde den Schutz der körperlichen ebenso wie der personalen Integrität (Höfling, JuS 2000, 111, 114). Mit der verlangten „Unmöglichkeit menschenwürdigen Weiterlebens“ kann demnach eine Anknüpfung an den Ausfall wichtiger bio-

logischer Körperfunktionen gemeint sein, aber auch eine geistigseelische Entwicklung, welche die Persönlichkeit der Betroffenen zunehmend in ihren Entfaltungsmöglichkeiten beeinträchtigt, oder ein Zusammentreffen beider Voraussetzungen. In allen Fällen wäre weiter zu klären, ab welchem Stadium der Krankheit nach dem Willen des Erkrankten die „Unmöglichkeit“ erreicht sein soll. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob ein Nicht-Verhungern- oder Nicht-Verdursten-Lassen überhaupt das Recht auf einen menschenwürdigen Tod beeinträchtigen kann oder ob eine den Erkrankten zum bloßen Objekt erniedrigende medizinische Behandlung dazukommen muss (Höfling, JuS 2000, 111, 114; Landau, ZRP 2005, 50, 51). Aufgrund dieser Unwägbarkeiten ist für das Gericht nicht feststellbar, ob die jetzige Situation der Betroffenen die von ihr gemeinte Bedingung erfüllt. Auch hierzu hat die Beweisaufnahme keine zuverlässige nähere Aufklärung erbracht. (...)

c) Wenn und soweit eine – im einwilligungsfähigen Zustand getroffene, „antizipative“ – Willensbekundung der betroffenen Person nicht zu ermitteln ist, kommt es auf ihren mutmaßlichen Willen an. Denn der Betreuer hat sich gemäß § 1901 Abs. 2 S. 1 BGB am Wohl des Betroffenen zu orientieren, dies aber gemäß § 1901 Abs. 2 S. 2 BGB aus der Sicht des Betroffenen. Entscheidend sind dabei die Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen der betroffenen Person.

Ausgangspunkt für die Bestimmung ihres mutmaßlichen Willens ist die schriftlich von der Betroffenen geäußerte Handlungsanweisung in der notariellen Vollmacht vom 10. 10. 2000. Danach wünscht die Betroffene einerseits keine Lebenserhaltung um jeden Preis, will andererseits lebenserhaltende Maßnahmen aber auch nur bedingt ausschließen. Diesen Rahmen gilt es anhand ihrer Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen auszufüllen.

An die Feststellung dieser Werte im Zusammenhang mit der Ablehnung lebenserhaltender Maßnahmen sind erhöhte Anforderungen zu stellen (BGH FGPrax 2003, 161, 164 = RNotZ 2003, 255 = DNotZ 2003, 850; OLG Karlsruhe NJW 2002, 685, 686; FGPrax 2004, 228). Denn hier gilt ebenso wie bei der Ermittlung des in einer Patientenverfügung enthaltenen, antizipativen Willens, dass die Entscheidung zwischen Fortsetzung und Abbruch der Behandlung nicht auf Wünschen und Wertvorstellungen Dritter beruhen darf, sondern – im Sinne des Selbstbestimmungsrechts – ausschließlich an den eigenen Maßstäben der betroffenen Person auszurichten ist (Hufen, ZRP 2003, 248, 251). Eine Entscheidung „im Sinne der betroffenen Person“ ist daher nur möglich, wenn sich ihre Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen genau genug feststellen lassen, um jeden vernünftigen Zweifel daran auszuschließen, wie die betroffene Person selbst entscheiden würde, könnte sie in der aktuellen Situation ihren Willen noch bekunden. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien lassen sich ausreichende Feststellungen auch zum mutmaßlichen Willen der Betroffenen nicht treffen. (...)

d) Lässt sich ein tatsächlicher oder mutmaßlicher Wille der betroffenen Person in Bezug auf die Entscheidung in einer konkreten Lebenssituation nicht heranziehen, er-

öffnet sich dem Betreuer ein eigener und nur begrenzt kontrollierbarer Beurteilungsspielraum hinsichtlich dessen, was dem Wohl des Betroffenen entspricht und woran er gemäß § 1901 Abs. 2 S. 1 BGB seine Tätigkeit auszurichten hat. Dieser Spielraum wird indes begrenzt durch die grundrechtlich verbürgten Rechtspositionen der betroffenen Person (vgl. Staudinger/Bienwald, Berb. 2006, § 1901 BGB Rn. 22; MünchKomm/Schwab, 4. Aufl. 2002, § 1901 BGB Rn. 9). Ein nach verfassungsrechtlichen Maßstäben unzulässiger Eingriff des Betreuers in solche Rechtspositionen des Betroffenen stellt sich letztlich als mittelbare Grundrechtsverletzung auch durch den Staat dar, durch dessen Akt der Betreuer erst die Befugnis zu Entscheidungen in Rechtsangelegenheiten und Eingriffen in Rechtspositionen des Betroffenen erlangt hat (BGH NJW 2006, 1277, 1279 = DNotZ 2006, 626). Für die Heranziehung „allgemeiner Vorstellungen menschwürdigen Lebens“ oder ähnlicher „allgemeiner Wertvorstellungen“ (BGH NJW 1995, 204, 205) als Entscheidungskriterium ist in diesem grundrechtsrelevanten Bereich ebenso wenig Raum wie für die Heranziehung des Willens oder der Wertvorstellungen des Betreuers (Hufen, ZRP 2003, 248, 251; Landau, ZRP 2005, 50, 53). Gemessen an solchen verfassungsrechtlichen Rechtspositionen des Betroffenen ist eine Beendigung der künstlichen Nahrungs- und Flüssigkeitsversorgung der Betroffenen unzulässig, solange diese Maßnahme medizinisch indiziert ist. Denn nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 Var. 1 GG besteht – mangels sicher feststellbarem, entgegenstehendem Willen der Betroffenen – eine Pflicht zum Schutz ihres Lebens.

Art. 2 Abs. 2 S. 1 Var. 1 GG garantiert ein Grundrecht auf Leben. Dieses beinhaltet die Pflicht des Staates, das Leben zu schützen (Höfling, JuS 2000, 111, 117; Hufen, ZRP 2003, 248, 251). Zu diesem Grundrecht gehört aber ebenso das Recht zur Selbstbestimmung auch über die Beendigung des Lebens; eine Behandlung des Grundrechtsträgers gegen seinen freien Willen ist daher unabhängig von seinem Gesundheitszustand und der Vernünftigkeit seines Willens unzulässig (OLG Karlsruhe NJW 2002, 685, 685; Coepicus, FPR 2007, 63, 64; Höfling, JuS 2000, 111, 117; Hufen, ZRP 2003, 248, 250; Kutzer, FPR 2004, 683, 685). Besteht jedoch Zweifel an dem Inhalt dieser Selbstbestimmung oder fehlt eine solche, muss eine Vermutung dafür gelten, dass der Grundrechtsinhaber eine Fortdauer seines Lebens will. Ohne eine solche Vermutung liefe die grundrechtlich garantierte staatliche Pflicht zum Schutz des Lebens leer. Denn andernfalls wäre nur das Leben derjenigen Grundrechtsinhaber zu erhalten, die durch entsprechend eindeutige Erklärung im Vorfeld der Erkrankung den Wunsch nach Behandlung geäußert haben. Dies aber liefe auf eine Obliegenheit des Grundrechtsinhabers hinaus, seine Schutzbedürftigkeit erst kundzutun (Höfling, JuS 2000, 111, 117; Landau, ZRP 2005, 50, 53). Hinzu kommt, dass vor allem bei unergiebigen Erkenntnissen zum Willen der betroffenen Person erhebliche Gefahr eines Irrtums in Bezug auf diesen besteht. Ein irrtümlicher Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht ist im Falle besserer Einsicht wenigstens für die Zukunft behebbar; eine irrtümliche Entscheidung zum Abbruch des Lebens lässt sich nicht mehr rückgängig machen, das Rechtsgut wäre endgültig verloren (Landau, ZRP 2005, 50, 54).

Dem Gericht ist bewusst, dass die in der Akte enthaltenen und aus dem Kontakt mit Angehörigen und anderen Personen gewinnbaren Erkenntnisse immer lückenhaft sein müssen. Gerichtliche Feststellungen zum tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen der Betroffenen können niemals den Anspruch absoluter Richtigkeit oder Gültigkeit haben. Die Möglichkeit besteht, dass die vom Gericht ausgesprochene Verpflichtung zur Anwendung lebenserhaltender Maßnahmen dem wirklichen Willen der Betroffenen widerspricht. Insoweit muss hingenommen werden, dass die Betroffene ein Leben erdulden muss, welches sie, ihre Angehörigen und andere nahestehende Personen möglicherweise als „lebensunwürdig“ empfinden. Das Gericht gibt aber auch zu bedenken, dass ein menschenfreundlicher Umgang mit Kranken und Sterbenden der Würde des Menschen gerechter werden kann als die schnelle Beendigung des Lebens. Tod oder Qual müssen sich nicht alternativlos gegenüberstehen (Landau, ZRP 2005, 50, 51). Die Betreuerin wird deshalb auch zu prüfen haben, ob die Möglichkeiten der Würdewahrung durch Pflege und Zuwendung ausgeschöpft sind oder ob möglicherweise die Unterbringung der Betroffenen in einer anderen Einrichtung in Betracht kommt, welche besser auf die Bedürfnisse hochgradig dementer Bewohner spezialisiert ist.

3. Die Betreuerin ist zur Lebenserhaltung nicht über die medizinische Indikation hinaus verpflichtet. Denn diese, verstanden als das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall, begrenzt den ärztlichen Heilauftrag (BGH FGPrax 2003, 161, 166 = RNotZ 2003, 255 = DNotZ 2003, 850; OLG München FGPrax 2007, 84, 85 = DNotZ 2007, 625; Kutzer, FPR 2004, 683, 685). Hält der behandelnde Arzt nach den Regeln seiner Kunst eine weitere Versorgung der Betroffenen mittels einer PEG-Sonde nicht mehr für angezeigt, erlischt auch die Verpflichtung der Betreuerin, diese aufrechtzuerhalten.

## 7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Übergang von Grundstückseigentum bei Spaltung

(BGH, Urteil vom 25. 1. 2008 – V ZR 79/07 – mit Anm. von Notarassessor Dr. Jan Link, Dipl.-Kfm., Essen)

### GBO § 28

UmwG §§ 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 S. 1 und 2; 131 Abs. 1 Nr. 1

**Bei der Spaltung geht das Eigentum an Grundstücken nur dann mit der Registereintragung auf den übernehmenden Rechtsträger über, wenn die Grundstücke in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag nach § 28 S. 1 GBO bezeichnet sind.**

### Zum Sachverhalt:

[1] I. Die Kl. ist Rechtsnachfolgerin der M. M. und R. GmbH (nachfolgend MMRG genannt), die in den Grundbüchern als Eigentümerin des im Tenor dieses Urteils bezeichneten Grundbesitzes (nachstehend GTL-Gelände genannt) eingetragen ist, der bis 1990 als Großtanklager zum Umschlag von Mineralölprodukten genutzt wurde. Sie verkaufte das Gelände mit notariell beurkundetem, nicht vollzogenen Vertrag vom 17. 3. 1994;

an demselben Tag wurde zwischen ihr, der Käuferin und der Stadt B... ein ebenfalls notariell beurkundeter Sanierungsvertrag geschlossen.

[2] Die MMRG und die M. P. GmbH (nachfolgend MPG genannt), deren alleinige Gesellschafterin die Bekl. ist, schlossen am 16. 8. 1999 einen notariell beurkundeten Spaltungs- und Übernahmevertrag, mit dem das nicht mit A. zusammenhängende Geschäft der MMRG, u. a. „sämtliche Grundstücke der MMRG wie in Anlage (3) aufgeführt, die sämtlich dem Teilbetrieb N. E. zuzuordnen sind“, auf die MPG übertragen wurde; das GTL-Gelände ist in der Anlage (3) nicht aufgeführt. Die Handelsregistereintragung der Abspaltung erfolgte am 21. 10. 1999.

[3] Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 4. 12. 1999 (nachstehend A.-Kaufvertrag genannt) verkauften die M. O. AG, eine Rechtsvorgängerin der Bekl., und die W. AG ihr so genanntes A.-Geschäft an die V. AG, eine Rechtsvorgängerin der Kl. In § 1.2 ist vermerkt, dass die MMRG mit dem Vertrag vom 16. 8. 1999 ihr nicht mit A. zusammenhängendes Geschäft an die MPG abgespalten hat. In § 10 heißt es u. a.:

„Hiermit versichert und gewährleistet M. gegenüber V. in Form eines selbständigen Garantievertrags, dass die folgenden Angaben zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Vertrages und zum Zeitpunkt des M.-Vollzugs zutreffend, vollständig und präzise sind:

1. Die in ... § 1.2 dieses Vertrages enthaltenen Angaben sind zutreffend, vollständig und präzise.“

[4] § 12 lautet auszugsweise:

.1. Stellt sich heraus, dass eine oder mehrere Aussagen, für die M. nach dem vorstehenden § 10... eine Garantie übernommen hat, nicht zutreffend, vollständig oder präzise sind, so ist V. berechtigt zu verlangen, dass M. (im Hinblick auf die nach vorstehendem § 10 übernommenen Garantien) ... innerhalb einer angemessenen Frist, jedoch auf jeden Fall nicht später als einen Monat nach Erhalt dieser Aufforderung, den Zustand herstellt, der bestünde, wenn die Aussagen zuträfen. Erfüllt M. ... ihre Verpflichtung nicht, so ist V. berechtigt, von M. ... Schadensersatz für alle Schäden und Kosten zu verlangen, die V. ... nicht entstanden wären, wenn die Aussagen zutreffend, vollständig und präzise gewesen wären.

...

5. Die Rechte und Ansprüche der V. wegen Nichterfüllung der Garantien, die von M. in § 10 dieses Vertrages ... übernommen wurden, unterliegen folgenden Verjährungsfristen:

a. Garantien nach § 10.1–10.5...: 10 Jahre.“

[5] Mit Schreiben vom 5. 5. 2004 kündigte die Stadt B. der Kl. an, sie auf Beseitigung von auf dem GTL-Gelände lagernden kontaminiertem Boden in Anspruch zu nehmen. Sodann verlangte die Stadt B. mit Schreiben vom 12. 12. 2004, den Boden innerhalb von 24 Monaten zu beseitigen; gleichzeitig drohte sie der Kl. für den Fall nicht fristgerechter Erfüllung Zwangsmittel an. Die Kosten für die Sanierungsmaßnahmen veranschlagte die Stadt B. auf 12 Mio. €. Die Kl. legte gegen den Bescheid Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden ist.

[6] Die Kl. meint, die MPG sei aufgrund des Spaltungs- und Übernahmevertrags Eigentümerin des GTL-Geländes geworden. Deshalb forderte sie im Juni und im Juli 2004 die Bekl. auf, an der Berichtigung des Grundbuchs mitzuwirken. Dem kam die Bekl. nicht nach.

[7] Die Kl. verlangt von der Bekl., die MPG zu veranlassen, die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der MPG als Eigentümerin des GTL-Geländes zu erteilen. Hilfweise will sie die Verurteilung der Bekl. erreichen, Zug um Zug gegen Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Grundstückskaufvertrag und dem Sanierungsvertrag vom

17. 3. 1994 die Auflassung zur Übertragung des Eigentums an dem GTL-Gelände von der Kl. auf die Bekl. zu erklären. Außerdem will die Kl. festgestellt haben, dass die Bekl. verpflichtet ist, ihr sämtliche Aufwendungen zu ersetzen und sie von jeglichen Ansprüchen Dritter einschließlich der öffentlichen Hand freizustellen, die darauf beruhen oder damit im Zusammenhang stehen, dass sich auf dem GTL-Gelände Abfälle und/oder Deponien und/oder schädliche Bodenveränderungen, insbesondere kontaminiert Erdaushub, befinden oder befunden haben.

[8] Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kl. beantragt, verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

### Aus den Gründen:

[9] II. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist nicht die Kl. als Rechtsnachfolgerin der MMRG, sondern die MPG Eigentümerin des GTL-Geländes. Die Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags ergebe, dass zu dem auf die MPG abgespaltenen Teilbetrieb N. E. der gesamte frühere Grundbesitz der MMRG, und nicht nur die in der Anlage (3) zu § 6.3.4 aufgeführten Grundstücke gehörten. Der Eigentumswechsel habe sich außerhalb des Grundbuchs durch die Eintragung der Abspaltung in das Handelsregister vollzogen. Unschädlich sei, dass die übertragenen Grundstücke nicht in dem Vertrag bezeichnet seien; es reiche aus, sie erst bei der Änderung der Eigentümereintragung im Grundbuch konkretisierend zu bezeichnen.

[10] Anspruchsgrundlage für den ersten Klageantrag sei § 12.1 i. V. m. §§ 10.1, 1.1 und 1.2 des A.-Kaufvertrags. Hinsichtlich der bei der MMRG als „Rest“ ihrer ursprünglichen formellen und materiellen Eigentümerposition verbliebenen Buchposition im Grundbuch liege die garantierte Abspaltung tatsächlich nicht vor. Deshalb sei die Kl. als Rechtsnachfolgerin der V. berechtigt, von der Bekl. als Rechtsnachfolgerin der M. die Herstellung des Zustands zu verlangen, der bestünde, wenn die garantierte vollständige Abspaltung vollzogen worden wäre. Auch ein Schadensersatzanspruch der Kl. umfasse den geltend gemachten Anspruch. Die in § 18.4 des A.-Kaufvertrags vereinbarte Ausschlussfrist gelte nicht, weil sie sich nur auf die Haftungsfreistellung nach § 18.1 beziehe.

[11] Den Feststellungsantrag hält das Berufungsgericht ebenfalls nach § 12.1 i. V. m. §§ 10.1, 1.1 und 1.2 des A...-Kaufvertrags für begründet. Eine Verpflichtung der Kl. zur Bodensanierung komme nur in Betracht, wenn sie Eigentümerin des GTL-Geländes sei. Dies wäre jedoch ein Zustand, welcher der in § 10.1 abgegebenen Garantie widerspreche. Deshalb sei die Bekl. im Wege des Schadensersatzes verpflichtet, der Kl. alle Kosten zu erstatten und Schäden zu ersetzen, die nicht entstanden wären, wenn die MMRG nicht Eigentümerin des GTL-Geländes geblieben wäre. Daran ändere nichts, dass die MMRG nicht Grundstückseigentümerin geblieben sei; denn diese Rechtsauffassung des Berufungsgerichts sei für das noch laufende Verwaltungsverfahren nicht bindend, so dass die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Kl. weiterhin bestehe.

[12] Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

[13] 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Parteien des Spaltungs- und Übernahmevertrags auch die Übertragung des Eigentums an dem GTL-Gelände auf die MPG gewollt haben. Die gegen die dieser Ansicht zugrunde liegende Vertragsauslegung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

[14] a) Mit dem Vertrag wurden der MPG im Wege der Sonderrechtsnachfolge durch Abspaltung zur Aufnahme (§ 123 Abs. 2 Nr. 1 UmwG) die Teilbetriebe M., A., F. und N. E., insbesondere die in § 6 i. V. m. den Vertragsanlagen aufgeführten Wirtschaftsgüter, übertragen (§ 2.1). Ein solcher Vertrag unterliegt der Auslegung nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB; sie dient der Überprüfung, welcher Einzelgegenstand zu der übertragenen Sachgesamtheit gehört (Kallmeyer, 3. Aufl., § 126 UmwG Rn. 65; ebenso BGH WM 2003, 2335, 2337 = RNotZ 2003, 622 zur Spaltung durch Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG).

[15] b) Die Auslegung vertraglicher Vereinbarungen ist Aufgabe des Täschters. Das Revisionsgericht überprüft sie nur darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind (siehe nur BGH WM 2003, 1127, 1128). Gemessen daran ist die Auslegung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Das Auslegungsergebnis ist nicht nur möglich, was ausreicht, sondern nahe liegend. (...)

[21] 2. Rechtlich nicht haltbar ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, das GTL-Gelände sei in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag hinreichend bestimmt bezeichnet. Sie widerspricht den Bestimmungen in § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 S. 1 und 2 UmwG.

[22] a) In dem Spaltungs- und Übernahmevertrag ist zu vereinbaren, welche Vermögensteile von dem übertragenden Rechtsträger auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen sollen. Die übergehenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens sind nach § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG genau zu bezeichnen. Soweit für die Übertragung von Gegenständen bei Einzelrechtsnachfolge in den allgemeinen Vorschriften eine besondere Art der Bezeichnung bestimmt ist, sind diese Regelungen auch für die Bezeichnung der übergehenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens anzuwenden; § 28 GBO ist zu beachten (§ 126 Abs. 2 S. 1 und 2 UmwG). Damit wird dem Bestimmtheitserfordernis des Grundbuchrechts Rechnung getragen. Es dient dazu, dass jedermann aus der im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs eingetragenen Grundstücksbezeichnung erkennen kann, um welches Grundstück es sich handelt (Senat, BGHZ 150, 334, 338 = DNotZ 2002, 937). Ihm kommt im Umwandlungsrecht eine besondere Bedeutung zu, weil die – hier abgespaltenen – Vermögensteile mit der Eintragung der Spaltung in das Handelsregister als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Ein gesonderter Übertragungsakt hinsichtlich der einzelnen Gegenstände ist nicht erforderlich.

[23] b) Bei Grundstücken tritt der Vermögensübergang demnach außerhalb des Grundbuchs ein. Mit dem Vollzug der Spaltung durch die Registereintragung wird es im Hinblick auf die Eintragung des Eigentümers unrichtig. Diese Rechtsfolge verlangt die Bezeichnung der übergehenden Grundstücke in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag nach § 28 S. 1 GBO, also entweder übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt (ebenso Böhringer, Rpfleger 1996, 154 f.; 2001, 59, 63; Semler/Stengel/Schröer, 2. Aufl., § 126 UmwG Rn. 64; vgl. auch LG Leipzig VIZ 1994, 562 und Heiss, Die Spaltung von Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, S. 55 [jeweils zu der mit den Vorschriften in § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 S. 1 und 2 UmwG inhaltsgleichen Regelung in § 2 Abs. 1 Nr. 9 SpTrUG]). Das entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers; er hat den Hinweis auf § 28 GBO in § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG aufgenommen, weil er es für erforderlich gehalten hat, Grundstücke in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag so zu bezeichnen, wie dies der beurkundende Notar bei einer Einzelübertragung tun würde (BT-Drucks. 12/6699, S. 119).

[24] c) Die von dem Berufungsgericht vertretene Ansicht, dass die fehlende Bezeichnung der durch Spaltung übergehenden Grundstücke nach § 28 GBO den Rechtsübergang nicht hindert, wenn durch die Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags eine einwandfreie Zuordnung auf den übernehmenden Rechtsträger möglich ist (ebenso Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl, UmwG und UmwStG, § 126 UmwG Rn. 81; Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rn. 212; Priester, DNotZ 1995, 427, 445 f.; Volmer, WM 2002, 428, 430 f.; widersprüchlich Lutter/Winter/Priester, UmwG, 3. Aufl., § 126 Rn. 53, 55), ist nicht richtig. Sie führt zu einer nicht hinnehmbaren Unsicherheit, welche Grundstücke auf den übernehmenden Rechtsträger außerhalb des Grundbuchs übergegangen sind.

[25] aa) Zutreffend geht die Bekl. in ihrer Revisionsbegründung davon aus, dass an die Bezeichnung eines im Wege der Abspaltung zur Aufnahme übergehenden Grundstücks als Teil einer Sachgesamtheit keine geringeren Anforderungen gestellt werden dürfen als bei der Einzelübertragung. Für diese hat der Senat jedoch entschieden, dass nach § 28 GBO das Grundstück in der Eintragungsbewilligung übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen ist (BGHZ 90, 323, 327); demgemäß ist z. B. die Verurteilung zur Abgabe einer Eintragungsbewilligung hinsichtlich einer Grundstücksteilfläche vor grundbuchlich vollzogener Teilung unzuständig, weil den Anforderungen von § 28 GBO nicht genügt werden kann (st. Senatsrechtsprechung seit BGHZ 37, 233, 242). Das gilt selbst dann, wenn die Teilfläche in dem Kaufvertrag ausreichend bestimmt ist. Denn von der für die Bezeichnung der Teilfläche ausreichenden vertraglichen Bestimmbarkeit ist das Bestimmtheitserfordernis des Grundbuchrechts zu unterscheiden; dieses erfordert für den Eigentumsübergang die grundbuchmäßige Bezeichnung der Teilfläche, während es für die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags wie auch für die Auflassung (Senat, NJW 2002, 1038; Urt. v. 18. 1. 2008, V ZR 174/06, zur Veröffentlichung bestimmt) nur darauf ankommt, ob die Vertragsparteien sich über die Größe, die Lage und

den Zuschnitt der Fläche entsprechend einer zeichnerischen – nicht notwendig maßstabsgerechten – Darstellung und darüber einig sind, dass die genaue Grenzziehung erst noch erfolgen soll (Senat, BGHZ 150, 334, 338 f. = DNotZ 2002, 937). § 28 GBO darf allerdings nicht formalistisch überspannt werden (Senat, BGHZ 90, 323, 327). Deshalb hat der Senat in den Fällen der Teilflächenübertragung eine Ausnahme zugelassen, wenn bereits ein genehmigter Veränderungsnachweis vorliegt, der die übertragene Teilfläche katastermäßig bezeichnet, und auf den in der Verurteilung zur Abgabe der Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann (BGHZ 90, 323, 328; BGH WM 2002, 763, 764).

[26] Zwar ist es danach möglich, bei der Umwandlung den Übergang von Grundstücksteilflächen in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag zu vereinbaren, ohne sie nach § 28 S. 1 GBO zu bezeichnen. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass bei der Übertragung von Gesamtgrundstücken die fehlende Bezeichnung nach § 28 S. 1 GBO den Rechtsübergang durch Eintragung der Spaltung in das Handelsregister nicht hindert (so aber Widmann/Mayer, a.a.O.; Volmer, WM 2002, 428, 431). Denn auch Teilflächen gehen bei fehlender Bezeichnung i. S. von § 28 GBO in dem Vertrag nicht mit der Eintragung in das Handelsregister, sondern erst dann auf den übernehmenden Rechtsträger über, wenn diese Bezeichnung später nachgeholt wird (Widmann/Mayer, a.a.O.). Da sich die Rechtsänderung außerhalb des Grundbuchs vollzieht, verlangt das Gesetz den an sich erst für den Vollzug im Grundbuch erforderlichen Bestimmtheitsgrad des § 28 S. 1 GBO (Senat, Urt. v. 18. 1. 2008, V ZR 174/06, Umdruck S. 9 – zur Veröffentlichung bestimmt) bereits für den Spaltungs- und Übernahmevertrag. Denn bei der Spaltung fehlt das im Fall der Einzelübertragung von Grundstücken vorhandene Korrektiv der Grundstücksbezeichnung nach § 28 S. 1 GBO in der Eintragungsbewilligung.

[27] bb) Ebenfalls zutreffend weist die Bekl. darauf hin, dass die in § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG normierte Verpflichtung zur Beachtung des § 28 GBO bei der Bezeichnung der übergehenden Grundstücke überflüssig wäre, wenn sie – wie das Berufungsgericht meint – nur als Klarstellung zu verstehen sei, dass für den formellen Grundbuchverkehr auch im Fall einer Abspaltung die strengen Bestimmtheitsanforderungen gälten und deshalb für eine Änderung des Grundbuchs die Anforderungen des § 28 GBO erfüllt sein müssten. Für eine solche Klarstellung besteht kein Bedürfnis, weil das GBA in dem dem Vollzug der Spaltung nachfolgenden Berichtigungsverfahren § 28 GBO als maßgebliches Verfahrensrecht beachten muss.

[28] Auch die Gesetzesystematik spricht gegen eine bloße Klarstellung. Zum einen stellt § 126 UmwG materiell-rechtliche Anforderungen an den Inhalt des Spaltungs- und Übernahmevertrags, insbesondere an die Bezeichnung der übergehenden Gegenstände; eine lediglich das Grundbuchverfahren betreffende Vorschrift ist hier fehl am Platze. Zum anderen richtet sich die in § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG enthaltene Verpflichtung zur Beachtung des § 28 GBO ausschließlich an die Parteien des Spaltungs- und Übernahmevertrags; für sie ist ein klar-

stellender Hinweis auf eine verfahrensrechtliche Verpflichtung des GBA sinnlos.

[29] Dem lässt sich – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht mit Erfolg entgegenhalten, aus § 131 Abs. 3 UmwG ergebe sich, dass sich bei der Aufspaltung der Eigentumsübergang entsprechend der Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags vollziehe, auch wenn der übergehende Gegenstand in dem Vertrag nicht konkretisierend bestimmt sei; dasselbe müsse für den Fall der Abspaltung gelten (ebenso Volmer, WM 2002, 428, 430). Diese Ansicht verkennt den oben unter 2.c) aa) dargestellten Unterschied zwischen der ausreichenden vertraglichen Bestimmbarkeit und dem Bestimmtheitserfordernis des Grundbuchrechts. Danach müssen auch die im Wege der Aufspaltung übergehenden Grundstücke nach § 28 S. 1 GBO bezeichnet werden.

[30] cc) Die Überlegungen des Berufungsgerichts, schutzwürdige Interessen Dritter und der Vertragsparteien würden nicht verletzt, wenn die Spaltung mit dem durch Auslegung ermittelten Vertragsinhalt trotz fehlender Grundstücksbezeichnung vollzogen würde, lassen Inhalt und Zweck des Bestimmtheitserfordernisses außer Acht. Zum einen betrifft es nicht die Formwirksamkeit des Vertrags, sondern seine inhaltliche Bestimmtheit (Senat, BGHZ 150, 334, 339 f. = DNotZ 2002, 937). Deshalb geht der Hinweis des Berufungsgerichts auf die zugunsten der Vertragsparteien bestehende, von der ausreichenden Grundstücksbezeichnung unabhängige Warn- und Schutzfunktion der Vertragsbeurkundung ins Leere. Zum anderen werden schutzwürdige Interessen Dritter bereits berührt, wenn sich der Eigentumsübergang nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG außerhalb des Grundbuchs durch Eintragung der Spaltung in das Handelsregister vollzieht. Denn ab dem 16. Tag nach der Bekanntmachung der Eintragung (§§ 19 Abs. 3, 125 UmwG) muss ein Dritter die Spaltung und damit auch den Eigentumswechsel gegen sich gelten lassen (§ 15 Abs. 2 HGB). Ob der Dritte die Bekanntmachung kannte, ist unerheblich; auch eine konkrete Kausalität ist nicht Voraussetzung (MünchKommHGB/Krebs, 2. Aufl., § 15 Rn. 67). Kann aber wegen nicht ausreichender – oder sogar, wie hier, fehlender – Grundstücksbezeichnung weder dem Register noch dem Spaltungs- und Übernahmevertrag der Übergang des Grundstücks auf den übernehmenden Rechtsträger entnommen werden, ist es nicht gerechtfertigt, wenn dieser gleichwohl dem Dritten den Übergang entgegenhalten könnte.

[31] dd) Die von dem Berufungsgericht an verschiedenen Stellen seiner Entscheidung und auch von der Kl. in ihrer Revisionserwiderung herangezogene Rechtsprechung des Senats zu den Fällen der irrtümlichen Falschbezeichnung verkaufter Grundstücke stützt die von dem Berufungsgericht vertretene Ansicht nicht. Denn sie hilft nicht über die besonderen Anforderungen der grundbuchrechtlichen Bestimmtheit hinweg, die das Gesetz in § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG aufstellt.

#### **Anmerkung:**

1. Die praktische Bedeutung der hier abgedruckten Entscheidung liegt vor allem darin, dass die Verwendung von sogenannten „All-Klauseln“ (nach denen z. B. alle Grundstücke des übertragenden Rechtsträgers auf den

übernehmenden Rechtsträger übergehen sollen) keinen Eigentumsübergang von Grundstücken herbeiführen, die nicht mit einer grundbuchmäßigen Bezeichnung einzeln aufgeführt sind. Dabei macht es keinen Unterschied, ob bewusst auf eine Einzelaufstellung der betroffenen Grundstücke verzichtet wird oder ob Grundstücke versehentlich vergessen werden.

In der abgedruckten Entscheidung war die Auslegung, ob das streitgegenständliche Grundstück von der Abspaltung erfasst werden sollte, durchaus schwierig. Der BGH hätte daher an sich nur zu der Frage Stellung beziehen müssen, ob das Eigentum an einem Grundstück bei einer fehlender grundbuchmäßigen Bezeichnung und daher bestehenden Auslegungszweifeln nicht auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht. Der BGH geht jedoch weit darüber hinaus und stellt ausdrücklich fest, dass es ohne grundbuchmäßige Bezeichnung selbst dann nicht zu einem Eigentumsübergang kommt, wenn die Auslegung des Spaltungsvertrages bzw. -plans eindeutig ergibt, dass die Abspaltung dieses Grundstücks von den Bet. gewollt war (Rn. 24).

2. Die Vorschrift des § 28 S. 1 GBO, die für grundstücksbezogene Eintragungsbewilligungen und -anträge die Angabe von AG, Grundbuchbezirk und Band-/Blattnummer oder von Gemarkung, Flur und Flurstück vorschreibt, stellt in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich eine rein grundbuchverfahrensrechtliche Ordnungsvorschrift dar. Sie gilt nicht für die Auflassung (sondern nur für ihren Nachweis im Grundbuchverfahren) und macht eine Grundbucheintragung, die ohne ihre Berücksichtigung erfolgt ist, nicht unwirksam. Obwohl die bisher ganz herrschenden Meinung in dem in § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG enthaltenen Verweis auf § 28 GBO lediglich eine Klarstellung für das Grundbuchverfahren gesehen hat (Nachweise bei Rn. 24; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 995 b), will der BGH diesen Vorschriften nun eine materiellrechtliche Voraussetzung für den spaltungsbedingten Übergang von Grundstücks-eigentum entnehmen. Dies erstaunt aus einer Reihe von Gründen:

Zunächst wäre die Entscheidung nicht erforderlich gewesen, um den Zweck des § 28 S. 1 GBO zu erreichen. Dieser Zweck besteht lediglich darin, Grundbucheintragungen bei dem richtigen Grundstück sicherzustellen (BGHZ 90, 323, 327; Demharter, § 28 GBO Rn. 1 m. w. N.). Hierzu hätte es genügt, wenn eine grundbuchmäßige Bezeichnung von Grundstücken, die im Spaltungsvertrag oder -plan versäumt worden ist, in dem anschließenden Grundbuchberichtigungsverfahren hätte nachgeholt werden müssen (z. B. durch eine Identitätserklärung in Form einer notariellen Eigenurkunde).

Zweifel an der abgedruckten Entscheidung entstehen auch, wenn der streitgegenständliche Fall der Abspaltung mit der Rechtslage bei der Aufspaltung verglichen wird. Bereits das Berufungsgericht (OLG Düsseldorf, Urt. v. 26. April 2007 – I-6 U 107/06) hatte argumentiert, dass ein vergessenes Grundstück bei einer Aufspaltung zwingend einem aufnehmenden Rechtsträger zugeordnet werden müsse, da der aufgespaltene Rechtsträger untergehe und es keine innere Rechtfertigung gebe, bei einer Aufspaltung einen Eigentumsübergang entsprechend dem Willen der Bet. anzunehmen, bei der Abspaltung hingegen

nicht. Der BGH hat dieser Erwägung nun widersprochen und im Wege eines obiter dictum ausdrücklich festgestellt, dass auch die im Wege einer Aufspaltung übergehenden Grundstücke nach § 28 S. 1 GBO bezeichnet werden müssen (Rn. 29). Welche Rechtsfolgen allerdings eintreten sollen, wenn eine solche Bezeichnung (versehentlich) unterbleibt, wird nicht ausgeführt. Wenn sich der Eigentumsübergang eines Grundstücks nicht entsprechend dem Willen der Bet. vollzieht, bleibt gemäß § 131 Abs. 3 UmwG wohl nur noch ein Übergang in dem Verhältnis, das sich aus dem Vertrag für die Aufteilung des Überschusses der Aktivseite der Schlussbilanz über deren Passivseite ergibt. Ob dies wirklich gewollt ist und ob dies die vom BGH mehrfach betonte Rechtssicherheit erhöht, erscheint äußerst fragwürdig. Jedenfalls belegt der Fall der Aufspaltung, dass es trotz der abgedruckten Entscheidung zu einem Eigentumsübergang eines nicht grundbuchmäßig bezeichneten Grundstücks durch einen Spaltungsvorgang kommen kann: Unabhängig davon, ob bei einer Aufspaltung die Zuordnung eines Grundstücks entsprechend dem Willen der Bet. oder entsprechend der gesetzlichen Auffangregelung in § 131 Abs. 3 UmwG vorgenommen wird, erfolgt jedenfalls mit der Eintragung der Aufspaltung in das Handelsregister ein unmittelbarer Übergang des Eigentums außerhalb des Grundbuchs.

Auch schutzwürdige Interessen Dritter, die der BGH ausdrücklich anführt (Rn. 30), werden von der Art und Weise, in der Grundstücke in der Umwandlungsdokumentation bezeichnet werden, nur in geringem Umfang berührt. Bei Rechtsgeschäften, die mit Dritten über Grundstücke getätigten werden, sind die Dritten hinreichend dadurch geschützt, dass der Inhalt des Grundbuchs unter den Voraussetzungen der §§ 892, 893 BGB als richtig gilt. Ob der Spaltungsvertrag bzw. -plan die Vorgaben des § 28 GBO berücksichtigt, ist in diesen Fällen für die Dritten nicht entscheidend. Diese dürfen dem Grundbuchinhalt trauen, obwohl die Eintragung der Spaltung in das Handelsregister den Grundbuchinhalt unrichtig werden lässt und die Spaltung darüber hinaus von der Handelsregisterpublizität des § 15 HGB erfasst wird. Schutzwürdige Interessen Dritter werden daher nur in eher seltenen Fällen betroffen sein, z. B. wenn eine Verwaltungsbehörde – wie offenbar in dem Sachverhalt der abgedruckten Entscheidung – gegen den Eigentümer vorgehen will. Ob aber für diese Fälle das gleiche Maß an Rechtsicherheit gefordert werden sollte wie bei Rechtsgeschäften mit dem (Buch-)Eigentümer, erscheint fraglich.

Ferner ist die Erwägung des BGH, dass es zu einer nicht hinnehmbaren Unsicherheit führe, wenn der Rechtsübergang eines Grundstücks auch ohne grundbuchmäßige Bezeichnung erfolgen könne (Rn. 24), sehr pauschal. Die Auslegung, ob ein Grundstück von einem Spaltungsvorgang erfasst sein soll, wird häufig auch dann eindeutig sein, wenn eine grundbuchmäßige Bezeichnung fehlt. Insbesondere in dem praxisrelevanten Sachverhalt, dass ein übertragender Rechtsträger seine gesamten Grundstücke abspalten will und (aus Vorsichtsgründen) eine All-Klausel für den Fall verwendet, dass die Grundstückseinzelauflistung unvollständig ist, besteht regelmäßig keine Rechtsunsicherheit, dass auch der Eigentumsübergang vergessener Grundstücke gewollt ist.

Zur Vermeidung der Unsicherheiten im Zivilrechtsverkehr hätte es genügt, wenn die Anforderungen an die Bezeichnung von Grundstücken aus dem allgemeinen sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz abgeleitet worden wären. Es wäre nicht erforderlich gewesen, die grundbuchmäßige Bezeichnung eines Grundstücks zur materiellen Voraussetzung für dessen Übertragung zu erheben. Zuzugeben ist dem Bundesgerichtshof allerdings, dass die Identifikation sämtlicher Grundstücke, die von einem Spaltungsvorgang erfasst sind, bei der Zulässigkeit von All-Klauseln unter Umständen aufwändig ist. Eine solche Identifikation wird auf Grundlage der abgedruckten Entscheidung mühelos sein. Dies mag vor allem die Grunderwerbsteuerstellen der Finanzämter freuen.

Schließlich ergeben sich Bedenken gegen die Argumentation des BGH, wenn die Fälle in den Blick genommen werden, in denen Grundstücke im Eigentum eines ausländischen Rechtsträgers stehen und diese Grundstücke nach ausländischem Recht abgespalten werden. Für die Wirksamkeit des Eigentumsübergangs gilt dann ausschließlich ausländisches Recht, da Umwandlungsvorgänge und der Übergang der von diesen Vorgängen erfassten Vermögensgegenstände nach dem Gesellschaftsstatut beurteilt werden (vgl. etwa Bamberger/Roth/Mätsch, BGB, Anh. zu Art. 12 EGBGB, Rn. 40; Großfeld, AG 1996, 302, 305). Auf § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG i. V. m. § 28 S. 1 GBO kommt es dann nicht an. Der Eigentumsübergang eines nicht grundbuchmäßig bezeichneten Grundstücks ist so ohne weiteres möglich. Die betroffenen Grundstücke müssen erst in dem anschließenden Grundbuchberichtigungsverfahren (des deutschen GBA) grundbuchmäßig bezeichnet werden.

3. Obwohl die abgedruckte Entscheidung damit durchaus angreifbar erscheint, wird sich die Praxis an ihr orientieren. Die Bet. sollten stets angehalten werden, Grundstücke in der Form des § 28 GBO zu bezeichnen. Wenn tatsächlich ein von einer Spaltung betroffenes Grundstück in der Einzelaufstellung vergessen worden sein sollte, stellt sich die Frage nach einer möglichen Heilung:

Die Eintragung der Spaltung in das Handelsregister des übertragenden Rechtsträgers führt nicht zu einer Anwendung des § 131 Abs. 1 Nr. 4 UmwG. Nach dieser Vorschrift werden zwar Beurkundungsmängel grundsätzlich mit der Registereintragung geheilt. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs betrifft § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG i. V. m. § 28 S. 1 GBO aber nicht die Formwirksamkeit des Vertrages, sondern seine inhaltliche Bestimmtheit (Rn. 30). Einen „Beurkundungsmangel“ i. S. des § 131 Abs. 1 Nr. 4 UmwG wird man nicht annehmen können.

Eine bloße Bewilligung der beteiligten Rechtsträger oder eine Identitätserklärung, die bestätigt, dass ein nachträglich grundbuchlich bezeichnetes Grundstück von einer in dem Spaltungsvertrag oder -plan enthaltenen All-Klausel erfasst ist, reicht auf Grundlage der Auffassung des BGH nicht aus, um einen Eigentumsübergang herbeizuführen. Es in einem Grundbuchberichtigungsverfahren mit einer solchen Bewilligung oder Identitätserklärung „zu versuchen“, erscheint gefährlich: Wenn das GBA daraufhin das Grundbuch berichtigt (z. B. mit der zutreffenden Erwägung, dass das GBA den Spaltungsvertrag aufgrund

des formellen Konsensprinzips gar nicht anfordern darf, wenn die Bet. die Umschreibung bewilligt haben; vgl. Ittner, MittRhNotK 1997, 105, 126; Volmer, WM 2002, 428, 431; streitig), ist das Eigentum mangels eines wirk samen materiellen Übertragungstatbestandes gleichwohl nicht übergegangen.

Im Einzelfall kann aber eine Grundstücksaufstellung durch den Notar um ein vergessenes Grundstück im Wege der Richtigstellung einer offensichtlichen Unrichtigkeit gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1, 2 BeurkG ergänzt werden. Dies dürfte im Gegensatz zu einer Nachtragsurkunde, mit der die Bet. ihre Erklärungen ergänzen, auch noch nach der Eintragung der Spaltung in das Handelsregister zulässig sein.

Im Übrigen bleibt nur die Möglichkeit, das betroffene Grundstück durch Einzelrechtsübertragung (Auflassung nebst Eigentumsumschreibung im Grundbuch) von dem übertragenden auf den aufnehmenden Rechtsträger zu übertragen. Es wird häufig zweckmäßig sein, dass sich die beteiligten Rechtsträger für den Fall vergessener Grundstücke hierzu verpflichten und die Notariatsmitarbeiter entsprechend bevollmächtigen.

4. Die abgedruckte Entscheidung bezieht sich auf die Abspaltung von Grundstückseigentum. Dass eine grundbuchmäßige Bezeichnung Voraussetzung für den Eigentumsübergang im Rahmen eines Spaltungsvorgangs sein soll, wird entsprechend auch für Erbbaurechte sowie Wohnungs- und Teileigentum zu gelten haben. Für den Notar stellt sich allerdings die – bei einer Klauselumschreibung zu prüfende – Frage, ob auch Grundpfandrechte von einer Spaltung nur erfasst sind, wenn sie grundbuchmäßig bezeichnet sind. Im Schrifttum finden sich nur beiläufige Stellungnahmen zu diesem Thema, die davon ausgehen, dass nicht nur Grundstücke, sondern auch Rechte an Grundstücken grundbuchmäßig zu bezeichnen seien (vgl. etwa Mayer, in: Widmann/Mayer, § 126 UmwG Rn. 212; Priester, in: Lutter, § 126 UmwG Rn. 53; Böhringer, Rpfleger 1996, 155; Volmer, WM 2002, 428, 433, Fn. 49). Dies erstaunt in dieser Allgemeinheit und dürfte wohl jedenfalls für Briefrechte zu verneinen sein, da grundbuchverfahrensrechtliche Vorschriften keine materiellrechtlichen Übertragungsvoraussetzungen im Umwandlungsrecht schaffen können, soweit selbst bei der Einzelrechtsübertragung kein Grundbuchverfahren erforderlich ist. Es sprechen m. E. gute Gründe dafür, dass auch der Übergang von Buchrechten nicht von deren grundbuchmäßigen Bezeichnung abhängig ist. Es ist nämlich anerkannt, dass § 28 GBO in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich entsprechend seinem Wortlaut nicht für beschränkt dingliche Rechte (und Rechte an solchen Rechten) gilt und daher insoweit grundsätzlich jede andere deutliche und zweifelsfreie Kennzeichnung genügt (Demharter, § 28 GBO Rn. 9; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 2403 mit Verweis auf Rn. 2381). Aus dem gleichen Grund dürften auch Dienstbarkeiten, dingliche Vorkaufsrechte, Vormerkungen etc. ohne grundbuchmäßige Bezeichnung übertragen werden können, wenn – z. B. durch eine Allklausel – eine eindeutige Kennzeichnung möglich ist. Für die Praxis kann aber angesichts der insoweit bestehenden Rechtsunsicherheit nur geraten werden, abzuspaltende Grundpfandrechte und andere dingliche Rechte an

Grundstücken möglich vollständig grundbuchmäßig zu bezeichnen.

*Notarassessor Dr. Jan Link, Dipl.-Kfm., Essen*

## 8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Überprüfung von Übersetzungen durch das Registergericht

(*OLG Hamm, Beschluss vom 12. 2. 2008 – 15 W 359/07 – mitgeteilt von Richter am OLG Helmut Engelhardt, Emsdetten*)

### HGB § 13 g Abs. 2

1. **Die Anforderungen des § 13 g Abs. S. 1 HGB sind erfüllt, wenn die vorgelegte Übersetzung durch einen ermächtigten Übersetzer vorgenommen worden ist. Dabei reicht es aus, dass die Ermächtigung auf der Grundlage der Rechtsvorschriften eines Bundeslandes erfolgt ist.**
2. **Ungenauigkeiten der Übersetzung können im Einzelfall die Erforderlichkeit weiterer tatsächlicher Feststellungen zur Bedeutung des fremdsprachigen Originaltextes nach sich ziehen.**

### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. wurde nach den von ihr zu den Akten gereichten Unterlagen als Privat Limited Company (Kapitalgesellschaft) nach dem Gesetz über Kapitalgesellschaften von 1985 in England am 2. 5. 2006 gegründet und dort in das „Registrar of companies for England and Wales“ unter der Company No. . . . eingetragen. Geschäftsgegenstand der Gesellschaft ist laut Ziffer 3 (A) und (B) des „memorandum of association“ die Abwicklung von Geschäften als allgemeines kommerzielles Unternehmen. Zudem kann die Gesellschaft alle Geschäfte aller möglichen Geschäftsbereiche tätigen, die nach dem Gutdünken der Geschäftsführung für die Gesellschaft von Vorteil sein könnten. Die Bet. begeht die Eintragung einer Zweigniederlassung in das deutsche Handelsregister.

Der notariell beglaubigten Anmeldung des Herrn I. vom 15. 5. 2006 sind abschriftlich beigefügt ein „Certificate of incorporation of a private limited company“ und ein „Accepted“ des D., ein „Memorandum of association“ und die „Articles of Association“ sowie die Beglaubigung einer englischen Notarin der Gründungsurkunde, des vorliegenden Gesellschaftsvertrages und der Übereinstimmung der Gründung mit den Voraussetzungen des englischen Rechts sowie eine Bestätigung der Notarin der Eintragung der Bet. in das D. Diesen in englischer Sprache abgefassten Dokumenten schließt sich eine Übersetzung in die deutsche Sprache der Dolmetscherin X. an. Diese ist ermächtigt zur Übersetzung von Schriftstücken am LG Frankfurt und seit Oktober 2003 zur Beglaubigung von Schriftstücken am LG Wiesbaden.

Zur Vertretungsberechtigung hat die Bet. Folgendes ange meldet:

„Vertritt die Gesellschaft nur ein alleiniger Geschäftsführer, ist dieser alleinvertretungsberechtigt. Die Gesellschafter oder die Geschäftsführerversammlung können einen oder mehrere Geschäftsführer bestellen und insgesamt oder hinsichtlich eines bestimmten Bereichs mit der alleinigen Vertretungsbefugnis ausstatten. Sofern nichts anderes per Gesellschafterbeschluss bestimmt ist, vertreten mehrere Geschäftsführer die Gesellschaft gemeinsam. Die Geschäftsführer sind berechtigt, für die Gesellschaft Verträge abzuschließen und können dabei auch für sich selbst im eigenen Namen handeln oder als Vertreter Dritter auftreten.“

Des Weiteren fügte die Bet. der Anmeldung einen in deutscher Sprache gefassten Gesellschafterbeschluss zur Gründung einer Zweigniederlassung in T. und der Bestellung des I. als Director bei.

In den „Articles of Association“ ist unter dem Kapitel Vollmacht, Pflichten und Abläufe bzgl. der Geschäftsführer nach der eingereichten Übersetzung in Ziffer 25 folgendes geregelt:

„Gemäß den Bestimmungen des Gesetzes über Kapitalgesellschaften können die Gesellschafter oder die Geschäftsführerversammlung einen oder mehrere Geschäftsführer bestellen, und insgesamt oder hinsichtlich eines bestimmten Bereichs oder insgesamt mit der alleinigen Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft ausstatten. Sofern nichts anderes per Gesellschafterbeschluss bestimmt ist, vertreten mehrere Geschäftsführer die Gesellschaft gemeinsam.“

Im englischen Original lautet der letzte Satz wörtlich:

„Unless so authorised by resolution, the Company shall be managed and represented jointly by *all* Directors.“

Das Registergericht hat am 5. 7. 2006, nachdem die Bet. ihren weitergehenden Antrag auf Eintragung der Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB zurückgenommen hatte, die Anmeldung zurückgewiesen. Als Begründung hat das Registergericht ausgeführt, dass die Übersetzung ungenau sei. Im Übrigen hat das Registergericht Bezug genommen auf eine Zwischenverfügung vom 30. 5. 2006. In dieser hatte es beanstandet, dass die Übersetzung nicht von einer öffentlich bestellten oder vereidigten Dolmetscherin erstellt worden und die angemeldete abstrakte Vertretungsregelung durch mehrere Geschäftsführer ungenau sei, weil nicht angegeben werde, durch wie viele der bestellten Direktoren im Einzelfall die Gesellschaft vertreten werde.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das LG – Kammer für Handelssachen – zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

#### Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist nach den §§ 27, 29 FGG statthaft sowie formgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis der Bet. folgt bereits daraus, dass ihre erste Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache ist das Rechtsmittel begründet, weil die Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 27 Abs. 1 S. 1 FGG). Die weitere Beschwerde führt zur Anweisung an das AG, die angemeldete Eintragung vorzunehmen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einer zulässigen Erstbeschwerde der beteiligten Gesellschaft ausgegangen.

In der Sache hält die Entscheidung des LG nicht in allen Punkten einer rechtlichen Nachprüfung durch den Senat stand.

Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass sich die Anmeldung der Eintragung der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung wie einer „Private Limited Company“ in das deutsche Handelsregister nach den §§ 13 d, 13 e und 13 g HGB richtet. Zwar beziehen sich diese Vorschriften dem Wortlaut nach nicht auf eine englische „Private Limited Company“; diese ist aber insoweit der deutschen GmbH gleichgestellt (vgl. Senat FGPrax 2006, 276 = RNotZ 2006, 550 = DNotZ 2006, 951; OLG Mün-

chen NZG 2006, 512 = RNotZ 2006, 355 = DNotZ 2006, 871; OLG Frankfurt NZG 2006, 515; KG NZG 2004, 49 f. = RNotZ 2004, 98 = DNotZ 2004, 730). Dies bedeutet, dass das Eintragungsverfahren hinsichtlich der Zweigniederlassung grundsätzlich deutschem Verfahrensrecht als *lex fori* unterliegt (KG a.a.O.; OLG Jena NZG 2006 434; Ebenroth/Boujoung, 2. Aufl., § 13 d HGB Rn. 15, 16; Keidel/Schmidt, FG, 15. Aufl., Einl. Rn. 64).

Vom Ausgangspunkt nicht zu beanstanden ist daher, dass die Vorinstanzen gemäß § 13 g Abs. 2 S. 1 HGB die Anmeldung von dem Einreichen einer beglaubigten Übersetzung der Satzung in deutscher Sprache abhängig gemacht haben. Im Unterschied zur Regelung des § 142 Abs. 3 ZPO steht dies nicht im Ermessen des Registergerichts. Der Begriff der beglaubigten Übersetzung ist nicht gesetzlich definiert. Erforderlich aber auch genügend ist, dass die Richtigkeit der Übersetzung durch einen gerichtlich bestellten oder vereidigten Übersetzer oder Dolmetscher bestätigt wird. Die Einzelheiten des Verfahrens zur gerichtlichen Bestellung oder Vereidigung richten sich nach den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften (Röhricht/Graf von Westphalen/Ammon, 2. Aufl., § 13 f HGB Rn. 6; Heymann/Sonnenschein/Weitmayer, 2. Aufl., § 13 f HGB Rn. 4, § 13 g HGB Rn. 3; LG Leipzig NZG 2005, 759). Daran ändert sich nichts, weil durch Art. 87 des 1. Gesetzes über die Vereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Justiz vom 19. 4. 2006 (BGBI I 2006, 866, 878) die Verordnung zur Vereinfachung des Verfahrens auf dem Gebiet des Beurkundungsrechts vom 21. 10. 1942 (RGBI I 1942, 609) aufgehoben worden ist. Diese Verordnung regelte nicht die Voraussetzungen der öffentlichen Bestellung eines Sachverständigen, sondern setzte sie voraus.

Der so beschriebenen formellen Voraussetzung der Vorlage einer beglaubigten Übersetzung der Satzung hat die Bet. genügt, indem sie die von der Dolmetscherin für die englische Sprache X. beglaubigte Übersetzung eingereicht hat. Die Übersetzerin ist vom Präsidenten des LG Frankfurt zur Übersetzung von Schriftstücken und vom Präsidenten des LG Wiesbaden ermächtigt zur Beglaubigung von Schriftstücken und daher nach den im Bundesland Hessen einschlägigen Rechtsvorschriften gerichtlich bestellte Dolmetscherin. Diese Ermächtigungen sind bislang nicht widerrufen worden. Alleine ein unsorgfältiges Arbeiten in der Vergangenheit führt nicht zu der Anerkennung der Bestellung als gerichtlich bestellte Dolmetscherin.

Nicht erforderlich ist, dass die Übersetzerin gesondert nach den in Nordrhein-Westfalen geltenden Regelungen durch einen Präsidenten eines Land- oder Oberlandesgerichts bestellt und vereidigt wurde. Dies ist nur Voraussetzung für die Bestellung und Vereidigung eines Dolmetschers im Land NRW. Für die prozessrechtlichen Voraussetzungen ist es indes ohne Bedeutung, in welchem Bundesland der Übersetzer bestellt wurde, solange deren landesrechtliche Bestellungsvorschriften eingehalten wurden (vgl. LG Chemnitz NZG 2006, 517).

Ungenauigkeiten der Übersetzung können lediglich im Einzelfall nach § 12 FGG die Notwendigkeit weiterer Ermittlungen nach sich ziehen. Sie rechtfertigen aber nicht die Zurückweisung der Anmeldung wegen des

Fehlens einer beglaubigten Übersetzung. Nur in diesem Zusammenhang spielt der Beweiswert des Beglaubigungsvermerks eine Rolle.

Auch im Übrigen hat die Betroffene die formellen Eintragungsvoraussetzungen einer Zweigniederlassung einer „Private Limited Company“ erbracht. Die Betroffene hat insbesondere eine öffentliche beglaubigte Abschrift des Gesellschaftsvertrages (memorandum of association sowie articles of association), § 13 g Abs. 2 S. 1 HGB, und einen beglaubigten Registerauszug (certificate of incorporation), § 13 e Abs. 2 S. 2 HGB, vorgelegt. Dabei ist ausreichend, dass die Beglaubigung durch einen englischen Notar erfolgte (vgl. Kafka/Willer, Registerrecht, 7. Aufl., Rn. 323). Ist – wie hier – die Bestellung des director nicht in der Gründungssatzung erfolgt, bedarf es grundsätzlich der Vorlage des Bestellungsbeschlusses der Generalversammlung (Senat a.a.O. m. w. N.), § 13 g Abs. 2 S. 2 HGB, 8 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 GmbHG. Diesem Erfordernis hat die Betroffene durch die Vorlage des Beschlusses der Gesellschafterversammlung vom 2. 5. 2006 entsprochen.

Von der Frage der formal einzureichenden Unterlagen ist diejenige zu unterscheiden, ob die Vertretungsverhältnisse – wie beantragt – in der Gründungssatzung in Übereinstimmung mit der Anmeldung geregelt wurden. Diese Frage unterliegt der Prüfungskompetenz des Registergerichts (vgl. BayObLG DB 1993, 156). Wörtlich hat die Betroffene beantragt, dass – sofern nichts anderes per Gesellschafterbeschluss bestimmt ist – mehrere Geschäftsführer die Gesellschaft gemeinsam vertreten. Ob diese Anmeldung mit der gesellschaftsvertraglichen Vertretungsregelung übereinstimmt, ist anhand der englischen Originalfassung zu überprüfen. Die deutsche Übersetzung dient dem Registergericht lediglich als Hilfsmittel, um die Übereinstimmung der Anmeldung mit dem Inhalt der Urkunden überprüfen zu können. Von daher kommt es nicht auf die Ungenauigkeit der Übersetzung an, wenn das Gericht den Inhalt der Regelung bereits anhand der englischsprachigen Originalfassung feststellen kann. In einem solchen Fall gebietet § 12 FGG nicht die Einholung einer weiteren Übersetzung. Die Satzung der Gesellschaft kann das Rechtsbeschwerdegericht selbst auslegen, an die Auslegung der Vorinstanz ist es nicht gebunden (Keidel/Meyer-Holz, FG, 15. Aufl., § 27 Rn. 50). Daher kann das Rechtsbeschwerdegericht – wie das Tatsachengericht (Keidel/Zimmermann, a.a.O., § 9 Rn. 8) – auch selbst eine fremdsprachige Urkunde übersetzen. Auch ohne Kenntnis des Wirtschaftsenglischen erschließt sich dem Senat ohne weiteres die Bedeutung des Satzes „Unless so authorised by resolution, the Company shall be managed and represented jointly by *all* Directors.“ Gemeint ist damit, dass die Gesellschaft, falls kein anderweitiger Beschluss getroffen wurde, durch alle bestellten Directors gemeinsam vertreten wird und nicht durch einige von mehreren.

In diesem Sinne ist auch die Anmeldung zu verstehen. Es besteht kein Anhaltspunkt, dass die Bet. die Vertretungsverhältnisse abweichend von der Satzung anmelden wollte. Im Gegenteil hat sie mit Schreiben vom 20. 6. 2007 sogar erklärt, dass kein Übersetzungsfehler vorliege, also der dem Übersetzungstext nachgebildete Antrag sich mit dem englischen Original decke. Dies

wiederum lässt sich zwanglos damit erklären, dass die Betroffene meint, bereits durch die von ihr gewählte Formulierung „... mehrere Geschäftsführer vertreten die Gesellschaft gemeinsam ...“ werde die von dem Senat angenommene Vertretungsregelung zum Ausdruck gebracht.

Eine i. S. der Auslegung des Senats verstandene Vertretungsregelung ist auch eindeutig, weil stets die Anzahl der Directors der Anzahl der die Betroffene gemeinsam vertretenden Personen entspricht.

Um im Rechtsverkehr keine Missverständnisse aufkommen zu lassen, hat der Senat den Fassungsvorschlag der Betroffenen hinsichtlich der Eintragung der Vertretungsverhältnisse nicht wortgetreu übernommen, sondern die eindeutige Formulierung „Sind mehrere Directors bestellt, vertreten diese die Gesellschaft gemeinsam.“ gewählt. Das Gericht ist nicht an den Fassungsvorschlag eines Bet. gebunden (vgl. OLG Köln FGPrax 2004, 88 = RNotZ 2004, 169; Kafka/Willer, a.a.O., Rn. 173).

Da die Eintragung auch im Übrigen den Anforderungen nach den §§ 13 e, 13 g HGB entspricht und damit dem Vollzug der Anmeldung keine weiteren Hindernisse entgegenstehen, hat der Senat selbst in der Sache entschieden und das Registergericht angewiesen, die angemeldete Eintragung zu vollziehen.

## 9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Ständiger Vertreter bei Zweigniederlassung einer Limited

(OLG München, Beschluss vom 14. 2. 2008 – 31 Wx 67/07 – mitgeteilt von Richterin am OLG Margaretha Förth, München)

### HGB §§ 13 d; 13 e; 13 g; 54 Abs. 2

**Es besteht keine Pflicht zur Bestellung eines ständigen Vertreters für die Zweigniederlassung einer englischen „Private Limited Company“ in Deutschland. Obligatorisch ist die Anmeldung des ständigen Vertreters zum Handelsregister dann, wenn ein solcher bestellt ist.**

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. ist eine Gesellschaft (Private Limited Company) mit Sitz in Birmingham/Vereinigtes Königreich. Sie hat die Errichtung einer Zweigniederlassung in G. zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Zugleich wurde beantragt einzutragen, dass die Geschäftsführer berechtigt sind, für die Gesellschaft Verträge abzuschließen und dabei auch für sich im eigenen Namen handeln oder als Vertreter Dritter auftreten können. P. K. ist die einzige Geschäftsführerin (director) der Bet. und zugleich deren Alleingesellschafterin. Das Registergericht hat die Eintragung der Zweigniederlassung abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wurde durch Beschluss des LG zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt: Der director der Bet. sei nicht zugleich auch als ständiger Vertreter

angemeldet worden, somit fehle es an einem ständigen Vertreter der Zweigniederlassung. Ein solcher sei aber Voraussetzung für die Eintragung einer Zweigniederlassung.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand (§ 27 FGG, § 546 ZPO).

a) Die Anmeldung der Eintragung der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung wie einer „Private Limited Company“ in das deutsche Handelsregister richtet sich nach den §§ 13 d, 13 e, 13 g HGB (vgl. hierzu OLG München NZG 2006, 512 = RNotZ 2006, 355 = DNotZ 2006, 871). Auch die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft sind zur Eintragung anzumelden (§ 13 g Abs. 2 S. 2 HGB i. V. m. § 8 Abs. 4 GmbHG).

b) Das LG hat die fehlende Anmeldung des ständigen Vertreters bemängelt, ohne darauf abzustellen, dass ein solcher auch tatsächlich bestellt ist. Hierauf kommt es aber an; denn eine Pflicht zur Bestellung eines ständigen Vertreters besteht nicht. § 13 e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB regelt nicht, dass ein ständiger Vertreter zu bestellen ist, sondern lediglich, dass ein ständiger Vertreter, wenn er bestellt ist, anzumelden ist. Hierfür spricht im Übrigen auch die vom Gesetzgeber in § 13 e Abs. 4, 1. Hs. HGB gewählte Formulierung: „... oder, wenn solche nicht angemeldet sind, die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft ...“ (ebenso: Wachter, MDR 2004, 611, 613 und Klose-Mokroß, DStR 2005, 1013, 1016).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Zweigniederlassungsrichtlinie 89/666/EWG; denn dort ist unter Art. 2 Abs. 1 lit. e) lediglich geregelt, dass die Bestellung eines ständigen Vertreters offenzulegen ist. Aus einer Verpflichtung zur Offenlegung kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Bestellung eines ständigen Vertreters für eine Zweigniederlassung zwingend erforderlich ist (vgl. hierzu: MünchKommBGB/Kindler, 4. Aufl., Internationales Wirtschaftsrecht/IntGesR Rn. 930; Wachter a.a.O; Heidinger, MittBayNot 1998, 72 m. w. N.).

c) Die Anmeldung eines ständigen Vertreters nach § 13 e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB war hier aber erforderlich, da ein solcher bestellt war. Das ergibt sich aus dem der Anmeldung beigefügten Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 21. 8. 2006, in dem sich folgende Regelung findet:

„Die Geschäftsführerin der P. ... Limited, ..., Frau P. K., ... wird als alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der Gesellschaft auch die ständige Vertretung der Zweigniederlassung ... übernehmen. Sie ist berechtigt, die Zweigniederlassung uneingeschränkt in allen Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich auf Dauer zu vertreten.“

Diese Regelung beinhaltet die Bestellung der Geschäftsführerin zur ständigen Vertreterin der Zweigniederlassung, da der Geschäftsführerin darin für die Zweigniederlassung eine ständige generelle Vertretungsmacht und Prozessführungsbefugnis erteilt wurde (vgl. Baum-bach/Hopt, 33. Aufl., § 13 e HGB Rn. 2).

Soweit die Bf. meint, dass die vorgenannte Formulierung lediglich aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit

darauf hinweisen sollte, dass die Geschäftsführerin auch gleichzeitig direkt für die deutsche Zweigniederlassung zuständig sein soll und dass hierdurch gerade kein ständiger Vertreter bestellt worden sei, kann dem nicht gefolgt werden. Durch die gewählte Formulierung wurde der Geschäftsführerin auf Dauer rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Vertretung der Niederlassung sowie zur Prozessführung (§ 54 Abs. 2 HGB) erteilt. Hierin liegt aber der Sache nach eine Bestellung zur ständigen Vertreterin der Zweigniederlassung (vgl. hierzu Just, Die englische Limited in der Praxis, 2. Aufl. 2006, Rn. 54 bis 56). Damit war aber der – bestellte – ständige Vertreter anzumelden. Da es hieran in der Anmeldung fehlte, hat das LG die Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung der Zweigniederlassung im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

Es kann daher dahin stehen, ob die Bf. die ursprünglich zusätzlich beantragte Eintragung der Befreiung der Geschäftsführerin vom Selbstkontrahierungsverbot wirksam zurückgenommen hat; denn unabhängig hiervon wurde die Eintragung der Zweigniederlassung bereits aus anderen Gründen zutreffend abgelehnt.

## 10. Notarrecht – Belehrungspflicht bei ungesicherter Vorleistung

(BGH, Urteil vom 24. 1. 2008 – III ZR 156/07 – mit Anm. von Notarassessor Stefan Heinze, Köln)

### BeurkG § 17

### BNotO § 19

## Zur Frage einer ungesicherten Vorleistungspflicht durch vorzeitige Besitzüberlassung der Kaufsache seitens des Verkäufers an den Käufer.

### Zum Sachverhalt:

[1] I. Die Kl. beabsichtigten im Sommer 2003, ein ihnen gehörendes, mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück an den Käufer P. zu veräußern. Der ursprüngliche Entwurf des Kaufvertrags sah eine Kaufpreisfälligkeit spätestens zum 31. 12. 2003 und eine Besitzübergabe nach Zahlung des Kaufpreises von 325 000,- € vor. Auf Wunsch des Käufers wurde die Kaufpreisfälligkeit jedoch auf den 31. 12. 2004 hinausgeschoben. Der beklagte Notar beurkundete am 29. 8. 2003 den Kaufvertrag zwischen den Kl. und P. Darin wurde als Fälligkeitszeitpunkt der 31. 12. 2004 bestimmt und weiter vereinbart, dass sich der Käufer wegen des Kaufpreises nebst den vertraglichen Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwarf. Falls der Käufer mit der Kaufpreiszahlung ganz oder teilweise in Rückstand kam, konnten die Kl. nach Setzung einer Nachfrist zurücktreten. Der Käufer war berechtigt, das Kaufobjekt ab dem 15. 9. 2003 zu nutzen. Bis zum endgültigen Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten (31. 12. 2004) hatte er an die Verkäufer eine monatliche Nutzungsentschädigung von 1 233,75 € zuzüglich 360,- € Nebenkosten zu leisten. Dieses Nutzungsverhältnis sollte automatisch mit Eigentumsübergang auf den Käufer enden. Sollte es nicht zur Durchführung des Vertrags gelangen, verpflichtete sich der Käufer zur sofortigen Räumung des Objekts, wenn es zur Lösung der Auflassungsvormerkung gekommen war. Der Käufer verzichtete auf Räumungsschutz und unterwarf sich insoweit der sofortigen Räumungsvollstreckung aus der notariellen Urkunde.

[2] Die Besitzübergabe fand am 14. 9. 2003 statt. P. leistete in der Folgezeit lediglich im Januar 2004 eine Zahlung in Höhe von

865,01 €. Durch Urteil des AG Essen-Borbeck vom 8. 7. 2004 wurde P. verurteilt, an die Kl. für den Zeitraum von September 2003 bis Mai 2004 ein rückständiges Nutzungsentgelt von 10 359,37 € nebst Zinsen zu zahlen sowie die von ihm bewohnte Wohnung zu räumen und an die Kl. herauszugeben. Seine Berufung wurde durch Urteil des LG Essen vom 25. 11. 2004 zurückgewiesen. P. teilte den Kl. am 3. 12. 2004 mit, dass er auf eine Abwicklung des Kaufvertrags verzichte und die Löschung der Auflassungsvormerkung, die für ihn eingetragen war, veranlassen werde. Daraufhin wurde die Auflassungsvormerkung auf entsprechenden Antrag des Bekl. gelöscht. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der Kl. gegen P. blieben erfolglos. Aus diesem Grund verzichteten sie auf die weitere gerichtliche Geltendmachung der noch offenen Nutzungsschädigung ab Juni 2004.

[3] Die Kl. nehmen den beklagten Notar auf Schadensersatz in Anspruch. Sie lasten ihm an, dass er sie nicht ausreichend über die Tragweite der in dem Kaufvertrag vereinbarten vorzeitigen Besitzüberlassung belehrt habe, bei der es sich um eine ungesicherte Vorleistung gehandelt habe.

[4] Das LG hat die auf Zahlung von 37 148,96 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das OLG den Bekl. unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils verurteilt, an die Kl. Schadensersatz in Höhe von 19 141,85 € nebst 1 331,10 € vorgerichtlicher Anwaltskosten sowie Zinsen zu leisten, Zug um Zug gegen Abtretung der den Kl. gegen P. zustehenden Ansprüche. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Bekl. seinen Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter.

#### Aus den Gründen:

[5] II. Die Revision ist nicht begründet. Der Bekl. ist den Kl. aus Amtspflichtverletzung (§ 19 Abs. 1 S. 1 BNotO) zum Schadensersatz in der zugesprochenen Höhe verpflichtet.

[6] 1. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die zwischen den Kl. und dem Käufer P. vereinbarte vorzeitige Besitzüberlassung des Hausgrundstücks zum 15. 9. 2003 vor dem mit Fälligkeit des Kaufpreises zum 31. 12. 2004 vereinbarten weiteren – kaufrechtlichen – Leistungsaustausch eine ungesicherte Vorleistung der Kl. an P. gewesen ist.

[7] a) Der Besitz an der Kaufsache, zu dessen Übertragung auf den Käufer der Verkäufer nach § 433 Abs. 1 BGB verpflichtet ist, stellt in der Hand des Verkäufers zugleich ein wesentliches Sicherungsmittel dar, um die Erbringung der vom Käufer geschuldeten Gegenleistung – Zahlung des Kaufpreises – zu erwirken. Indem die Kl. dem Käufer P. vorzeitig die tatsächliche Sachherrschaft – sei es auch zunächst in Form bloßen Fremdbesitzes – übertrugen, büßte der Besitz diese Sicherungsfunktion zumindest teilweise ein. Denn es war den Kl. nunmehr faktisch nicht mehr möglich, die Zurückbehaltung der Besitzübergabe als Druckmittel zur Erzwingung der Kaufpreiszahlung einzusetzen. Zutreffend weist das Berufungsgericht darauf hin, dass die Kl. bei der konkreten vertraglichen Gestaltung im Falle einer Nichtdurchführung des Kaufvertrags und einer nicht freiwilligen Rückgabe des Besitzes sich diesen von dem Käufer P. mühsam und zeitraubend wieder beschaffen mussten.

[8] b) Zu Unrecht wendet die Revision hiergegen ein, die entgeltliche Nutzungsüberlassung für den Zeitraum

von September 2003 bis Dezember 2004 habe ein Mietverhältnis zwischen den Kl. und P. begründet; mit der Besitzüberlassung hätten die Kl. lediglich ihre mietvertragliche Hauptleistungspflicht aus § 535 Abs. 1 BGB erfüllt, und zwar Zug um Zug gegen Entrichtung des vereinbarten Mietzinses seitens des Nutzungsberechtigten P. Dass die Kl. im Falle des Ausbleibens des Nutzungsentgelts nicht ohne weiteres den Besitz der Kaufsache von P. herausverlangen könnten, sondern Räumungsklage erheben mussten, sei ein typischerweise in der Natur eines mietvertraglichen Dauerschuldverhältnisses liegendes Risiko. Mietvertraglich sei zur Absicherung dieses Risikos nach § 551 Abs. 1 S. 1 BGB lediglich eine Mietsicherheit in Höhe des dreifachen monatlichen Kaltmietzinses üblich. Eine solche wäre aber nicht geeignet gewesen, erhebliche Schäden der Kl. zu vermeiden, und habe deshalb vom Bekl. nicht vorhergesehen werden müssen.

[9] Dem Berufungsgericht ist vielmehr darin zuzustimmen, dass die vorzeitige Nutzungsüberlassung nicht aus dem rechtlichen Kontext des Kaufvertrages herausgelöst werden kann und nicht isoliert betrachtet werden darf. Die Nutzungsüberlassung war Bestandteil des Kaufvertrags und hat die grundsätzlich Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises neben der Eigentumsverschaffung bestehende Pflicht des Verkäufers modifiziert, dem Käufer den Besitz der Kaufsache zu verschaffen. Die Kl. haben – entgegen der Betrachtungsweise der Revision – den Besitz an ihrem Hausgrundstück eben doch im Zusammenhang oder im Vorgriff auf die Erfüllung des Kaufgeschäfts – und nicht in Erfüllung einer vorgesetzten mietvertraglichen Hauptleistungspflicht – (vorzeitig) übertragen. Dementsprechend ist dem Berufungsgericht auch darin zu folgen, dass es hier nicht lediglich um die unterbliebene Absicherung einer sekundären Vertragspflicht der Rückgabe des Grundstücks im Falle der Nichtdurchführung des Vertrags ging (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 10. 10. 1996 – IX ZR 51/96 = BGHR BeurkG § 17 Abs. 1 Belehrungspflicht 18). Entscheidend ist vielmehr, dass die vorzeitige Besitzüberlassung einen Teil der Erfüllung des Kaufvertrags durch die Kl. darstellte und es für diesen Teil an einer hinreichenden Absicherung der vom Käufer zu erbringenden Gegenleistung zur Entrichtung des Kaufpreises fehlte (vgl. zur vorzeitigen Besitzüberlassung als ungesicherter Vorleistung auch Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rn. 1022; Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2001, Rn. 513, jeweils m. w. N.).

[10] 2. Daraus folgt zugleich weiter, dass den Bekl. als den beurkundenden Notar hier die Belehrungspflicht in dem in der Rechtsprechung entwickelten Sinn getroffen hat. Soll ein Urkundsbeauftragter eine ungesicherte Vorleistung erbringen, die als solche nicht ohne weiteres erkennbar ist, obliegt dem Notar nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine doppelte Belehrungspflicht. Er hat zum einen über die Folgen zu belehren, die im Falle der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Befriedigten eintreten (erste Pflicht), und zum anderen Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können (zweite Pflicht; vgl. hierzu Senatsurteile vom 12. 2. 2004 – III ZR 77/03 = BGHR BeurkG § 17 Abs. 1

Belehrungspflicht 23 = NJW-RR 2004, 1071, 1072 m. w. N. = RNotZ 2004, 270 = DNotZ 2004, 841; vom 17. 1. 2008 – III ZR 136/07, für BGHZ vorgesehen). Diese Belehrungspflichten sind dem § 17 Abs. 1 BeurkG zu entnehmen. Denn es geht um die rechtliche Tragweite des Geschäfts. Dazu gehören insbesondere die Voraussetzungen, von denen der beabsichtigte rechtliche Erfolg abhängt. Beabsichtigt ist ein gesicherter Leistungsaustausch. Dieser ist nicht gewährleistet, wenn dem einen Vertragsteil nach der rechtlichen Anlage des Geschäfts angesonnen wird, seine Leistung zu erbringen, ohne dass sichergestellt ist, dass er die Gegenleistung des anderen Vertragsteils erhält. Verwirklicht sich das darin liegende Risiko, ist der rechtliche Erfolg des Geschäfts ein anderer, als er von den Parteien gewollt war (BGH, Urteil vom 15. 1. 1998 – IX ZR 4/97 = BGHR BeurkG § 17 Abs. 1 Belehrungspflicht 19 = WM 1998, 783, 784 = DNotZ 1998, 637).

[11] 3. Als Sicherungsmittel, durch die dieses Risiko zumindest teilweise hätte aufgefangen werden können, zieht das Berufungsgericht zutreffend die Vereinbarung eines Rechts der Kl. in Betracht, im Falle eines Verzugs mit der Zahlung der Nutzungsschädigung vom Vertrag insgesamt zurückzutreten, verbunden mit der Unterwerfung des Käufers P. unter die Zwangsvollstreckung bezüglich des Rückgabeanspruchs der Kaufsache (Zugehör/Ganter/Hertel, a.a.O. Rn. 1043). Nach der tatsächlichen Gestaltung waren die Kl. bis zum Jahre 2005 an den notariellen Kaufvertrag gebunden; auch sah der Wortlaut des Vertrags im Falle eines Ausbleibens der Nutzungsschädigung keine Möglichkeit vor, sich vorzeitig von diesem zu lösen. Dies räumt auch die Revision ein. Den Kl. war als Verkäufern nur für den Fall eines Rückstands mit der erst zum 31. 12. 2004 fällig werdenen Kaufpreiszahlung ein Rücktrittsrecht eingeräumt worden. Bei Nichtdurchführung des Vertrags war zwar eine Verpflichtung des Käufers zur sofortigen Räumung mit entsprechendem Verzicht auf Räumungsschutz und einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung bezüglich des Räumungsanspruchs vorgesehen, sobald die Auflassungsvormerkung gelöscht war. Die Löschung der Auflassungsvormerkung war allerdings erst im Falle eines Rückstands des Käufers mit der Kaufpreiszahlung möglich. Damit fehlte es an einer ausreichenden Sicherung der mit der vorzeitigen Besitzüberlassung verbundenen Gefahr für die Kl.

[12] 4. Auf diese durch die vertragliche Gestaltung hervorgerufenen besonderen Risiken hätte der Bekl. die Kl. bei der Beurkundung des notariellen Kaufvertrags hinweisen müssen. Nach dem Maßstab eines erfahrenen, pflichtbewussten und gewissenhaften Durchschnittsnotars (Arndt/Lerch/Sandkühler, 5. Aufl. 2003, § 19 BNotO Rn. 102) hätte er dies auch erkennen können.

[13] 5. Das Berufungsgericht hat in eingehender tatrichterlicher Würdigung festgestellt, dass nach dem bei zutreffender Belehrung durch den Bekl. anzunehmenden hypothetischen Geschehensablauf ein Schaden für die Kl. jedenfalls in Höhe eines Betrags von 19 141,85 € und weiteren 1 331,10 € vermieden worden wäre. Die rechtsfehlerfreie Schadensberechnung wird auch von der Revision nicht in Frage gestellt.

### Anmerkung:

Das Urteil des BGH thematisiert wichtige Fragen des Notarhaftungsrechts. Es lohnt sich, die Entscheidung der Vorinstanz (OLG Hamm, 25. April 2007, 11 U 145/05, veröffentlicht bei juris; hier zitiert unter Angabe der juris-Randnummer) in diesen Kontext einzubeziehen, da sie Ausführungen enthält, zu denen sich der BGH mangels Erheblichkeit in der Revisionsinstanz nicht mehr geäußert hat. BGH und OLG ist zuzustimmen, soweit sie die Pflichten notarieller Belehrung und Gestaltung anhand der Unterscheidung primärer und sekundärer Vertragspflichten konkretisieren. Soweit der Notar im Ergebnis jedoch zum Schadensersatz verurteilt worden ist, werfen die Entscheidungen erhebliche Zweifel auf.

1. Der BGH verdient insoweit Zustimmung: Eine Einordnung der vorzeitigen Besitzverschaffung als Mietvertrag war nicht gewollt. Die Parteien wollten ihre Rechtsbeziehungen gerade nicht dem Mietrecht unterwerfen. Zwar entsprach das äußere Erscheinungsbild (Geld gegen Gebrauchsüberlassung) dem gesetzlichen Leitbild des § 535 BGB. Aber weitere typische Elemente des Mietrechts (prinzipielle Kündbarkeit oder Befristung, Einfordern einer Mietsicherheit, Ermöglichung des vertragsmäßigen Gebrauchs sowie Instandhaltung durch den Vermieter) dürften auf die vorzeitige Besitzüberlassung anlässlich eines Kaufvertrages jedenfalls dann nicht passen, wenn der Kaufvertrag, wie hier, unbedingt und nicht, wie üblicherweise i. V. mit einem Mietvertrag, aufschiebend bedingt abgeschlossen wird. Aus diesen Gründen schlug auch das Argument nicht durch, lediglich eine sekundäre Vertragspflicht sei nicht abgesichert worden (Rückgabe des Grundstücks für den Fall der Kündigung des „Mietvertrages“ wegen Zahlungsverzuges). Dann hätte sich eine Pflicht zu betreuender Belehrung nicht aus § 17 BeurkG, sondern aus § 14 BNotO ergeben, und damit nur für den Fall, dass der Notar Anlass zu der Vermutung haben muss, der Verkäufer sei sich eines drohenden Schadens mangels Rechtskenntnis nicht hinreichend bewusst (BGH v. 10. 10. 1996, IX ZR 51/96, BGHR BeurkG § 17 Abs. 1 Belehrungspflicht 18).

2. Der BGH bestimmt sodann die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Belehrung: In Übereinstimmung mit dem OLG Hamm wirft das Gericht dem Notar vor, den Beteiligten für den Fall des Verzugs mit der monatlichen Nutzungsschädigung keine Rücktrittsmöglichkeit vom gesamten Vertrag nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Käufers wegen seiner Räumungsverpflichtung vorgeschlagen zu haben. Das im Vertrag vorgesehene Rücktrittsrecht bei Nichtzahlung des Kaufpreises sowie die Zwangsvollstreckungsunterwerfung für den Räumungsanspruch halfen den Verkäufern nicht weiter, da diese Rechte jeweils an den Verzug mit dem noch nicht fälligen Kaufpreis anknüpften, nicht aber an den Verzug mit der Nutzungsschädigung; die Zwangsvollstreckungsunterwerfung griff zudem erst ab Löschung der Vormerkung ein.

Es überrascht, dass die Frage nach einem *gesetzlichen* Rücktrittsrecht vom gesamten Vertrag (oder zumindest vom noch ausstehenden Teil) unter den Voraussetzungen des § 323 Abs. 1 BGB überhaupt nicht erörtert worden ist. Der Wortlaut des Abs. 1 („eine Leistung“) deutet darauf hin, dass auch die Nichterbringung eines Teils des

gesamten Leistungsprogramms zum Rücktritt vom gesamten Vertrag führen kann. Anders als nach früherem Recht ist nicht entscheidend, ob es sich um eine synallagmatische Pflicht handelt oder nicht (BT-Drucks. 14/6040, S. 183).

Man wird auch nicht sagen können, der Begriff des „Vertrages“ in § 323 Abs. 1 BGB beziehe sich hier nur auf die Nutzungsüberlassung und erfasse den übrigen Kaufvertrag gar nicht (so müssen offensichtlich die Gerichte, die dem Herausgabebeverlangen stattgegeben haben, geurteilt haben): Dann bestünde ein Widerspruch zu der oben getroffenen Feststellung, dass die Nutzungsüberlassung gerade keine eigene Bedeutung hat, sondern Bestandteil des Kaufvertrages ist. Ein sachliches Differenzierungskriterium dafür, die Nutzungsüberlassung im Rahmen der Notarhaftung als unselbstständig, im Rahmen des Rücktrittsrechts dagegen als selbstständig anzusehen, ist nicht ersichtlich.

Aufgrund der ausgebliebenen Teilleistung liegt ein Rückgriff auf § 323 Abs. 5 S. 1 BGB nahe. Diese Vorschrift regelt auf Tatbestandsseite den Fall der teilweisen Nichtleistung und scheint daher zu passen. Auf Rechtsfolgenseite räumt die Norm ein Rücktrittsrecht hinsichtlich des gesamten Vertrages nur dann ein, wenn der Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse hat. Selbst wenn aber der Rücktritt hinsichtlich des gesamten Vertrages ausgeschlossen ist, schließt § 323 Abs. 5 S. 1 jedenfalls nicht den Rücktritt vom nichterfüllten Teil aus. Damit wäre den Verkäufern geholfen gewesen, denn der Rücktritt wäre zwar hinsichtlich der geleisteten Nutzungsentschädigung ausgeschlossen, hinsichtlich des übrigen Vertrages aber möglich gewesen. Wertungsmäßig könnte man an einem solchen Ergebnis zweifeln, da der Käufer nur einen Teil der fälligen Leistungspflicht nicht erfüllt hat, der überwiegende Teil seiner Leistungspflicht aber nicht einmal fällig war. Insofern weist der Fall strukturelle Ähnlichkeiten zu den Leistungsstörungen bei echten Sukzessivlieferungsverträgen auf, auch wenn der Vergleich auf den ersten Blick überraschend erscheint: Die Gesamtleistung steht ihrem Umfang nach fest (anders als bei den unechten Sukzessivlieferungsverträgen), ist aber ratenweise zu erbringen (wobei hier freilich zunächst nur der Geldschuldner ratenweise leistet); leistet der Schuldner lediglich eine Rate nicht, so bestehen Zweifel, ob der Gesamtvertrag ohne Parteivereinbarung von dieser beschränkten Pflichtwidrigkeit erfasst wird.

Die herrschende Meinung zum alten Schuldrecht teilte diese Zweifel bei echten Sukzessivlieferungsverträgen allerdings nicht: Der Gläubiger konnte vom Gesamtvertrag einschließlich der noch nicht fälligen Raten zurücktreten, wenn die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. nur bezüglich einer Rate vorlagen, ohne dass es auf einen Interessenfortfall hinsichtlich der Restleistung ankam (Staudinger/Otto, Neubearbeitung 2004, § 323 BGB, Rn. B 131 m. w. N.). Nach einer abweichenden Auffassung hing der Gesamtrücktritt in analoger Anwendung der §§ 326 Abs. 1 S. 3, 325 Abs. 1 S. 2 BGB a. F. von einem solchen Wegfall des Interesses an der Erfüllung des verbleibenden Vertrages ab (Staudinger/Otto, § 323 BGB, Rn. B 132 m. w. N.).

Sieht man unter der Geltung des neuen Schuldrechts eine Regelung der echten Sukzessivlieferungsverträge in

§ 323 Abs. 5 S. 1 BGB, kommt es auf einen Interessenfortfall hinsichtlich der noch ausstehenden Leistung weiterhin nicht an. Selbst wenn man aber einen solchen Interessenfortfall verlangt (z. B. MünchKomm/Ernst, 5. Aufl., § 323 BGB, Rn. 226) oder den Rücktritt vom Gesamtvertrag den Voraussetzungen des § 324 BGB unterwerfen möchte (Schwab, ZGS 2003, 73, 75–76), liegen die Voraussetzungen für einen Gesamtrücktritt wohl vor: Denn mit der Nichterfüllung des ersten, vergleichsweise geringfügigen Teil des Vertrages (Nutzungsentschädigung) trotz Fristsetzung ist das Vertrauen des Verkäufers in die Leistungsfähigkeit und –bereitschaft des Käufers so erschüttert, dass ihm nicht mehr zugemutet werden kann, an seiner Vorleistung (Gebrauchsüberlassung) und dem Gesamtvertrag festgehalten zu werden.

Diskutabel erscheint weiter, einen Gesamtrücktritt in analoger Anwendung des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB abzulehnen. Dort ist geregelt, dass der Gläubiger bei nicht vertragsgemäßer Leistung dann nicht zurücktreten kann, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Diese Norm regelt unmittelbar die Schlechtleistung; umstritten ist, ob damit auch die Fälle der Nichtleistung erfasst werden, also eine Rücktrittssperre bei nur unerheblicher Nichtleistung besteht (bejahend: Palandt/Grüneberg, § 323 BGB, Rn. 32 m. w. N.; verneinend: MünchKomm/Ernst, § 323 BGB, Rn. 240). Selbst wenn man diese Analogie generell für zulässig und auf diesen Fall passend hält, ist vorliegend trotz des geringen Prozentsatzes der Nutzungsentschädigung im Verhältnis zum Gesamtvolumen die Unerheblichkeit zweifelhaft. Denn wesentliches Element der Besitzüberlassung vor Kaufpreiszahlung ist das Vertrauen der Verkäufer in die Leistungsfähigkeit und –bereitschaft des Käufers, zumal bei einem Geschäft in dieser Größenordnung. Ist diese Vertrauensbasis aufgrund von partieller Nichtleistung bereits bei der Nutzungsentschädigung in Zweifel gezogen, kann man dies wohl kaum als „unerheblich“ i. S. d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ansehen.

Weder die Kriterien des Interessenfortfalls oder der Unzumutbarkeit gemäß § 324 BGB noch die Analogie zu § 323 Abs. 5 S. 2 BGB (Unerheblichkeit der Nichtleistung) dürften einem gesetzlichen Rücktrittsrecht hinsichtlich des gesamten noch ausstehenden Teils des Vertrages entgegenstehen. Für ein Rücktrittsrecht hinsichtlich des Gesamtvertrages spricht wohl auch der Rechtsgedanke des § 323 Abs. 4 BGB: Nach dieser Vorschrift kann der Gläubiger schon vor Fälligkeit zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Zwar liegt die von § 323 Abs. 4 BGB geforderte Offensichtlichkeit nicht vor, wenn lediglich Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Schuldners bestehen (Palandt/Grüneberg, § 323 BGB, Rn. 23). Die Nichtzahlung der Nutzungsentschädigung sowie der in der Vergangenheit aufgetretene Vermögensverfall des Käufers (OLG Hamm, a.a.O., Rn. 3; nach den Urteilsgründen des OLG war dies freilich den Verkäufern und dem Notar zunächst nicht bekannt) lassen aber die geforderte Offensichtlichkeit zumindest als vertretbar erscheinen.

Bejaht man ein Rücktrittsrecht für den Gesamtvertrag gemäß § 323 Abs. 1 BGB (ggf. i. V. mit § 323 Abs. 4, 5 oder 6 BGB), so wird die Kausalität der Pflichtverletzung

des Notars (unterlassene Belehrung und entsprechende Gestaltung durch Aufnahme eines vertraglichen Rücktrittsrechts) für den Schadenseintritt zweifelhaft: Die Verkäufer hätten auch ohne ein vertragliches Rücktrittsrecht vom gesamten Vertrag zurücktreten und im Wege der unechten Eventualklagehäufung (mit dem Antrag auf Räumung als Hauptantrag, ggf. gekoppelt mit einer Feststellungsklage über die wirksame Ausübung des Rücktritts) auf Abgabe der Löschungsbewilligung für die Vormerkung klagen können. Auf diese Weise wäre das Grundstück womöglich zu einem früheren Zeitpunkt wieder verkehrsfähig gewesen. Hätten die Prozessbevollmächtigten bei Zugrundelegung dieser Auffassung nur den Antrag auf Räumung gestellt, so könnte man über einen Ausschluss der Notarhaftung wegen anderweitiger Ersatzmöglichkeit (Anwaltshaftung) nachdenken.

Die schuldrechtlichen Zweifelsfragen können an dieser Stelle nicht vertieft werden. Ein Vertragsgestalter darf sich auf ein gesetzliches Rücktrittsrecht, dessen Voraussetzungen ungewiss sind, ohnehin nicht verlassen. Es wäre allerdings für die Rechtsfortbildung im Schuldrecht zu begrüßen und meines Erachtens wegen § 313 Abs. 3 ZPO auch geboten gewesen, wenn sich das OLG und der BGH zu den Voraussetzungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts geäußert hätten. Denn immerhin bestand das Rücktrittsrecht unzweifelhaft hinsichtlich der Nutzungsüberlassung; insofern wäre zu erörtern gewesen, warum nicht der gesamte Vertrag damit infiziert wurde.

2. Aufmerksamkeit verdient auch das Kausalitätsproblem. Während der BGH hierzu nur anmerkt, das Risiko der ungesicherten Vorleistung hätte „zumindest teilweise“ durch die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts abgesichert werden können, enthält das Berufsurteil zur Kausalität umfangreiche Ausführungen: Es unterstellt, dass die Verkäufer den Vertrag nach entsprechender Beratung durch den Notar ebenfalls abgeschlossen hätten, allerdings unter Vereinbarung eines Rücktrittsrechts für den gesamten Vertrag bei Nichtzahlung der Nutzungsentschädigung sowie einer Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung hinsichtlich der Räumungspflicht (OLG Hamm, a.a.O., Rn. 49, 54). Unter welchen Voraussetzungen der Notar die Vollstreckungsklausel hätte erteilen dürfen, erörtert das OLG nicht; es dürfte eine voraussetzunglose Erteilungsmöglichkeit gemeint haben. Das Gericht geht im Rahmen der nach § 287 ZPO vorgenommenen Schätzung davon aus, dass der Käufer bei einer derartigen Vereinbarung das Grundstück mehrere Monate früher geräumt hätte. Den Einwand, der Käufer hätte dann eine Vollstreckungsabwehrklage erheben können (§§ 767, 795 S. 1 ZPO), ließ das OLG nicht gelten: Mangels Prozesskostenhilfe für den Räumungsprozess hätte er in umkehrter Parteienrolle den Rechtsstreit nicht angestrengt (OLG Hamm, a.a.O., Rn. 59).

Auch wenn die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden nach § 287 Abs. 1 ZPO (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 67. Aufl., § 287 ZPO, Rn. 6) überprüft wird und danach schon eine deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit anstelle der richterlichen Überzeugung ausreicht (HK ZPO/Saenger, 2. Aufl., § 287 ZPO, Rn. 14), bleibt die Argumentation des OLG

angreifbar: Zwar ist dem Gericht zuzugeben, dass es schon wegen der Vorschusspflicht (§ 12 Abs. 1 GKG) einen Unterschied macht, ob sich der Käufer nicht nur hätte verteidigen, sondern aktiv tätig werden müssen. Aber auch ohne Prozesskostenhilfe hat sich der Käufer beharrlich gewehrt und in zwei Instanzen prozessiert. Er war zwar als Berufungskläger nicht nach § 12 GKG vorschusspflichtig (Hartmann, Kostengesetze, 37. Aufl., § 12 GKG, Rn. 4 m. w. N.), aber er hat wohl zumindest einen Rechtsanwalt auf eigene Kosten beauftragt, da die Einlegung der Berufung nicht zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden kann (§§ 519 Abs. 1, 78 Abs. 1, Abs. 5 ZPO; § 569 Abs. 3 ZPO *e contrario*) und das Landgericht die unzulässige Berufung im Fall fehlender Postulationsfähigkeit im Normalfall durch Beschluss verworfen und nicht durch Urteil (OLG Hamm, a.a.O., Rn. 5) zurückgewiesen hätte (§ 522 Abs. 1 S. 2 ZPO). Wer ohne Prozesskostenhilfe einen Rechtsanwalt für die Berufung beauftragt, der dürfte sich auch von einer Vollstreckungsabwehrklage durch eine Ablehnung des Prozesskostenhilfeantrages nicht abbringen lassen.

Vor diesem Hintergrund ist vielleicht die vorsichtige Formulierung im Revisionsurteil des BGH zu verstehen, die Risiken hätten „zumindest teilweise aufgefangen“ werden können. Trifft dies indes zu, so war die Pflichtverletzung auch nur teilweise kausal für den Schaden.

3. Während der BGH die Alternative einer Anzahlung der Nutzungsentschädigung für den gesamten Zeitraum der Nutzungsüberlassung nicht mehr erörtert, spricht das OLG Hamm diese Lösung an, lässt sie aber bei der Berechnung des Schadens außer acht, weil der Käufer mangels Liquidität hierzu nicht in der Lage gewesen wäre (OLG Hamm, a.a.O., Rn. 53). In der Praxis hätte diese Lösung wohl den Vorzug verdient: Die Zahlungsansprüche des Verkäufers sind für den Zeitraum zwischen Besitzübergang und Kaufpreisfälligkeit abgegolten; der Käufer ist wiederum durch seine Besitzposition sowie die Vormerkung geschützt. Die Position des Käufers lässt sich dadurch weiter stärken, dass sich der Verkäufer wegen seiner Räumungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, auch wenn es vorliegend keine Schwierigkeiten bei der Besitzüberlassung an den Käufer gab.

4. Schließlich noch einige Anmerkungen zur Prüfung des Verschuldens: Eine Subsumtion unter den Begriff der Fahrlässigkeit nach § 19 BNotO nehmen weder das OLG noch der BGH vor. Während das OLG lediglich behauptet, eine schuldhafte Pflichtverletzung liege vor (OLG Hamm, a.a.O., Rn. 33), zitiert der BGH die Floskel vom erfahrenen, pflichtbewussten und gewissenhaften Durchschnittsnotar (BGH, a.a.O., Rn. 12). Das Verschuldenserfordernis verdient hier aber mehr Beachtung, denn immerhin hat das Landgericht die Rechtsauffassung des Notars zu einer bislang ungeklärten, vom OLG für revisionswürdig gehaltenen Rechtsfrage geteilt. Kann man dem Notar dann vorwerfen, er hätte eine andere Rechtsauffassung haben oder zumindest in Betracht ziehen müssen? Gewiss ist die Anwendbarkeit des – selbst im Beamtenrecht umstrittenen – Grundsatzes der Entschuldigung durch eine bestätigende Entscheidung eines Kollegialgerichts im Notarhaftungsrecht umstritten (Zugehör/Hertel/Ganter, Rn. 2184 ff. m. w. N.). Aber ein

anderer Anknüpfungspunkt für den Verschuldensvorwurf als die falsche Rechtsauffassung des Notars lässt sich schwer finden. Denn der Vorwurf, der Notar hätte auch bei seiner Rechtsauffassung zusätzliche Sicherungsmechanismen einbauen müssen, geht wohl ins Leere:

Eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der Räumungsverpflichtung ist bei Mietverträgen nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unwirksam; eine Anzahlung für den gesamten Zeitraum der Nutzungsüberlassung verstößt bei Mietverträgen über Wohnraum gegen § 551 Abs. 4 BGB. Ein Rücktrittsrecht für den gesamten Vertrag sowie eine Löschungsvollmacht für die Vormerkung bei Nichtzahlung der Nutzungsentschädigung wären denkbar gewesen, aber auch dann hätten die Kl. zumindest auf Räumung klagen müssen. Die erörterten Sicherungsinstrumente sind also nach der (unzutreffenden) Rechtsauffassung des Notars rechtlich unzulässig oder ineffektiv. Insofern hatte der Notar durchaus Recht: Bei einem Mietvertrag sind die Sicherungsmöglichkeiten des Vermieters sehr begrenzt (§ 551 Abs. 1, Abs. 4 BGB).

Der Notar muss freilich seine Rechtsauffassung hinterfragen und „sicherheitshalber“ mit einer anderen Rechtslage rechnen. Ein beider Rechtslagen Rechnung tragender „Königsweg“ war hier aber nicht ersichtlich. Da die Annahme eines Mietvertrages nicht von vornherein abwegig und unvertretbar erscheint (insbesondere weil Mietverträge zusammen mit aufschiebend bedingt geschlossenen Kaufverträgen durchaus beurkundet werden und Mietverträge bleiben), hätte man sich Erörterungen dazu gewünscht, worin die Fahrlässigkeit des Notars lag, als er sich über die Rechtslage irrte.

5. Die Ausführungen zur Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden sind nicht überzeugend, weil auch die vorgeschlagenen Alternativregelungen das Risiko vergleichbarer Schäden nach sich gezogen hätten. Werden die Anforderungen an eine sorgfältige Kausalitätsprüfung aufgeweicht, so besteht die Gefahr, dass die Funktion des Notarhaftungsprozesses ausgeweitet wird auf eine Sanktion für nichtkausale Pflichtverletzungen. Derartige Sanktionen sind allerdings ausschließlich der Dienstaufsicht vorbehalten. Auch das Verschulden hätte einer ausführlichen Begründung und einer exakten Subsumtion bedurft, die das OLG und der BGH leider schuldig geblieben sind. Begrüßenswert ist allemal die oberegerichtliche Klärung einer bislang ungeklärten Rechtsfrage.

Notarassessor Stefan Heinze, Köln

## 11. Notarrecht – Keine Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO im Klauselerteilungsverfahren

(LG Freiburg, Beschluss vom 5. 9. 2006 – 4 T 122/06 – mitgeteilt und mit Anm. von Notarassessor Marc Heggen, Würzburg)

### BeurkG § 54

### BNotO § 15 Abs. 2

### ZPO § 797 Abs. 2

**Die Zulässigkeit eines Vorbescheids, durch den der Notar die Umschreibung einer Vollstreckungsklausel ankündigt, erscheint nicht zweifelsfrei. Jedenfalls hat das LG im Rahmen der Beschwerde gegen einen solchen**

**Vorbescheid im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit weder über formelle noch über materielle Einwendungen des Vollstreckungsschuldners gegen die Klauselerteilung oder die Klauselumschreibung zu entscheiden. § 54 Abs. 2 BeurkG eröffnet nur dem Gläubiger das Rechtsmittel der Beschwerde zum LG zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Erteilung oder Umschreibung der Vollstreckungsklausel. Der Vollstreckungsschuldner hat weder bei Erteilung oder bei Umschreibung der Klausel noch bei entsprechender Ankündigung ein vergleichbares Beschwerderecht. Nach Erteilung bzw. Umschreibung der Klausel ist er auf das Erinnerungsverfahren beim hierfür ausschließlich zuständigen AG beschränkt**

### Zum Sachverhalt:

I. Der Bf. ist in den Wohnungseigentumsgrundbüchern von ... als Wohnungseigentümer eingetragen. Das jeweilige Wohnungseigentum ist an Miteigentumsanteilen des Grundstücks Flurstück Nr. 776/12, 19,74 ar begründet worden.

Das Grundstück Flurstück Nr. 776/12 war zuvor im Grundbuch von ... Blatt 536 unter laufender Nr. 4 des Bestandsverzeichnisses eingetragen gewesen. Es war am 17. 3. 1995 von Blatt 791 des Grundbuchs von ... nach Blatt 536 unter laufender Nr. 3 des Bestandsverzeichnisses mit 9,99 ar übertragen worden. Dort war bereits unter der laufenden Nr. 2 des Bestandsverzeichnisses das Grundstück Flurstück Nr. 776/21 eingetragen gewesen. Es hatte eine Fläche von 9,75 ar.

Das Grundstück Flurstück Nr. 776/12 war bereits zuvor als laufende Nr. 1 des Bestandsverzeichnisses auf Blatt 536 des Grundbuchs eingetragen gewesen und wurde am 25. 7. 1992 im Zusammenhang mit einer Veräußerung nach Blatt Nr. 791 des Grundbuchs von ... übertragen. In diesem Zusammenhang wurde eine Grundschuld über 670 000,- DM für die Volksbank F. eingetragen. Bei der Rückübertragung des Grundstücks Flurstück Nr. 776/12 am 17. 3. 1995 wurde diese Grundschuld im Grundbuch von ... Blatt 536 in Abt. III unter der laufenden Nr. 9 bezogen auf den Eintrag im Bestandsverzeichnis Nr. 3, also bezüglich des Grundstücks 776/12 (9,99 ar), mit übertragen und eingetragen.

Im Jahre 1994/1995 entschlossen sich der oder die Eigentümer, die Grundstücke Flurstücke Nr. 776/21 und 776/12 zu einem Grundstück zusammenzufassen. Dem GBA ging ein „Antrag auf Vereinigung“, beglaubigt durch das Vermessungsamt, zu. Dementsprechend wurden nun die Eintragungen in den laufenden Nr. 2 und 3 des Bestandsverzeichnisses bezüglich der Grundstücke 776/21 und 776/12 gelöscht und das Grundstück mit einer Gesamtfläche von 19,74 ar unter laufender Nr. 4 vorgetragen. Gleichzeitig wurde die laufende Nr. 3 in der Spalte der belasteten Grundstücke im Bestandsverzeichnis bezüglich der Grundschuld über 670 000,- DM gerötet und durch die laufende Nr. 4 des Bestandsverzeichnisses, also bezogen auf das vereinigte Grundstück, insgesamt ersetzt. Somit lastete die Grundschuld nun ausweislich des Grundbuchs auf einer Grundstücksfläche von 19,74 ar.

In der Folge kam es durch den Grundstückseigentümer zur Begründung von Wohnungseigentum nach § 8 WEG bezogen auf das Grundstück Flurstück Nr. 776/12. Dabei wurde gleichzeitig das jeweilige Wohnungseigentum jeweils mit der Grundschuld über 670 000,- DM bzw. 342 565,56 € belastet (Gesamtgrundschuld). Als Grundschuldgläubigerin wurde die Volksbank F. eingetragen. Diese hat die Grundschuld an die M. Hypothekenbank, die weitere Bet. des Verfahrens, abgetreten. Die Abtreitung ist im Grundbuch vollzogen.

Die Grundschuldbestellung über 670 000,- DM erfolgte am 10. 2. 1992 in öffentlicher Urkunde durch das Notariat F. Darin

unterwarf sich der Bf. der persönlichen Haftung mit Zwangsvollstreckung, gleichzeitig wurde bestimmt, dass der jeweilige Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung unterliegt.

Das Notariat hat der Volksbank F. unter dem 7. 4. 1992 eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Grundschatzbestellungsurkunde erteilt.

Die M. Hypothekenbank hat beantragt, die Vollstreckungsklausel umzuschreiben, nachdem sie Grundpfandgläubigerin geworden ist.

Der Notar hat über die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht sofort entschieden, sondern unter dem 13. 4. 2006 einen Vorbescheid erlassen, in dem er ankündigte, die Vollstreckungsklausel entsprechend dem Antrag der M. Hypothekenbank umzuschreiben. Dies sei geboten, weil Unsicherheit bestehe bezüglich des wirksamen Entstehens von Sondereigentumseinheiten und der daran bestehenden Belastungen sowie der Anwendung der Gutgläubenschutzregeln. Er gehe davon aus, dass lediglich eine Vereinigung der Grundstücke Flurstück Nr. 776/21 mit Flurstück Nr. 776/12 vorgelegen habe (§ 890 Abs. 1 BGB) und keine Bestandteilszuschreibung (§ 890 Abs. 2 BGB), so dass die Vorschrift des §§ 1131, 1192 BGB nicht Platz greife.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beschwerde des Schuldners. Er hält die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum nach Vereinigung mehrerer Grundstücke mit unterschiedlicher Belastung nicht für zulässig. Im Ergebnis sei eine Zwangsvollstreckung nicht mehr möglich.

Dem ist die Grundpfandgläubigerin entgegengetreten. Sie ist der Auffassung, dass die Einwendungen des Schuldners materieller Art seien und im Klauselumschreibungsverfahren nicht zu berücksichtigen seien. Hier sei allenfalls die Vollstreckungsgegenklage gegeben. Im Übrigen habe sie die Gesamtgrundschuld an allen Wohnungseigentumsgrundbüchern gutgläubig erworben.

### Aus den Gründen:

II. Das Rechtsmittel des Vollstreckungsschuldners ist zurückzuweisen, es ist nicht zulässig.

Die Frage, ob im vorliegenden Fall gemäß § 15 Abs. 2 BNotO ein Vorbescheid zulässig ist, nachdem der Notar nicht angekündigt hat, eine Amtshandlung zu verweigern, sondern diese vielmehr auszuführen, kann dahin gestellt bleiben. Denn Voraussetzung der Anfechtung des Vorbescheides durch den Vollstreckungsschuldner ist, dass dieser berechtigt ist, im Verfahren über die Klauselerteilung und Klauselumschreibung gemäß § 54 BeurkG i. V. m. § 797 Abs. 2 ZPO direkt ein Rechtsmittel zum LG einzulegen. Hierzu sind die Voraussetzungen nicht gegeben.

Die Rechtsmittelmöglichkeiten bei der Erteilung oder Umschreibung der Vollstreckungsklausel regelt § 54 Abs. 1 BeurkG. Danach ist lediglich gegen die Ablehnung der Erteilung einer Vollstreckungsklausel bzw. ihrer Umschreibung das Rechtsmittel der Beschwerde zum LG gegeben (§ 54 Abs. 2 BeurkG). § 54 BeurkG eröffnet daher nur dem Gläubiger die Möglichkeit, seinen Anspruch auf Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung beim LG durchzusetzen, gibt aber dem Vollstreckungsschuldner keine vergleichbaren Möglichkeiten. Dieser wird grundsätzlich auf das Erinnerungsverfahren beim AG verwiesen (§ 797 Abs. 3 ZPO). Hier kann er im Rahmen des § 732 ZPO formelle Einwendungen im Klauselerinnerungsverfahren vorbringen bzw. im Rah-

men des § 767 ZPO materielle Einwendungen im Wege einer Vollstreckungsgegenklage (zur fehlenden Beschwerdebefugnis des Schuldners vgl. OLG Frankfurt MDR 1997, 974; OLG Hamm NJW-RR 1999, 861; BayObLG Rpfleger 2000, 74 = MittRhNotK 1999, 393 = DNotZ 2000, 370).

Nach erteilter Klausel über Einwendungen des Schuldners im Klauselverfahren zu entscheiden ist das AG ausschließlich zuständig (§ 802 ZPO).

Dementsprechend kann es auch im Rahmen eines Vorbescheides nicht Sache des LG sein, formelle Einwendungen bzw. materielle Einwendungen des Vollstreckungsschuldners im Rahmen eines Vorbescheidsverfahrens nach § 15 Abs. 2 BNotO zu prüfen. In diesem Fall würde eine Verlagerung der Zuständigkeit vom ZPO-Verfahren des AG in das FGG-Verfahren beim LG erfolgen. Dies würde sich spätestens in dem Augenblick zeigen, wo das LG auf die Einwendungen des Schuldners hin den Vorbescheid aufheben und den Notar dazu anhalten würde, die Amtshandlung nun zu „verweigern“.

Betrachtet man den umgekehrten Fall, der Notar beabsichtigt die Klausel zu verweigern, weil er die Voraussetzungen nicht als gegeben ansieht, würde sich ein Vorbescheid erübrigen, da er in diesem Falle sofort durchentscheiden müsste. Hier hätte der Gläubiger das Beschwerderecht. Auch in diesem Verfahrenszug wird über Einwendungen des Schuldners nicht entschieden (vgl. OLG Frankfurt, Hamm a.a.O., keine weitere Beschwerde des Schuldners bei stattgebender Beschwerde des Gläubigers). Vor Erteilung der Klausel kann der Schuldner bei der Klauselumschreibung auf den Rechtsnachfolger lediglich gehört werden (§§ 730, 727 ZPO). Daraus folgt, dass der Schuldner nicht vorab durch einen vorgesetzten Rechtsmittelzug am Klauselerteilungsverfahren selbst teilnehmen und damit eventuell die Klauselerteilung verhindern kann. Dieser wird ihm erst nach erteilter Klausel nach § 732 ZPO eröffnet (vgl. Zöller/Stöber, 25. Aufl., § 732 ZPO Rn. 13; zur h. L. kritisch MünchKomm/Wolfsteiner, 2. Aufl., § 724 ZPO Rn. 47).

### Anmerkung:

1. Die hier zu besprechende Entscheidung des LG Freiburg betrifft eine in Rechtsprechung und Literatur leider bisher fast gar nicht behandelte Frage in Bezug auf die Handlungsmöglichkeiten des Notars im sog. Beurkungsnachverfahren, speziell die Frage nach der Zulässigkeit eines notariellen Vorbescheid bei Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen.

Zwar ist diese Entscheidung des LG Freiburg einerseits aus notarieller Sicht zu bedauern, da sie dem Notar für einen wichtigen Bereich seiner Amtstätigkeit das hilfreiche Instrument des notariellen Vorbescheides nimmt, andererseits ist festzuhalten, dass nach der Systematik des BeurkG und der ZPO eine andere Entscheidung durch das Gericht tatsächlich nicht getroffen werden konnte. Mag man daher die Konsequenzen dieser Entscheidung auch aus notarieller Sicht bedauern, so muss ihr aus „rechtsdogmatischer Sicht“ doch uneingeschränkt zugestimmt werden.

2. Ausgangspunkt der Urteilsanalyse muss die Vorschrift des § 15 Abs. 2 BNotO sein. Diese Vorschrift eröffnet

praktisch im gesamten Tätigkeitsbereich des Notars die Möglichkeit, einen Vorbescheid seitens des Notars zu erlassen, mit dem er bei strittigen Rechtsfragen sich selbst aus der „Zwickmühle“ befreien kann, einerseits handeln zu müssen, andererseits die Rechtsfrage jedoch nicht verbindlich entscheiden zu können und damit möglicherweise erst von einem Gericht im Amtshaftungsprozess eines Besseren belehrt zu werden (so die treffende Charakterisierung von *Hertel*, FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, S. 167). Die durch § 15 Abs. 2 BNotO eröffnete Möglichkeit, im Rahmen eines Vorbescheides keine „vollendeten Tatsachen zu schaffen“, sondern von Seiten des Notars ein bestimmtes Verhalten anzukündigen, ist ein mittlerweile allgemein anerkanntes Handlungsmittel auf praktisch allen Gebieten der notariellen Tätigkeit (auch wenn es dem Autor scheint, dass die Praxis von dieser Handlungsmöglichkeit noch in viel zu geringem Umfang Gebrauch macht). Durch den Erlass eines notariellen Vorbescheides ist die Möglichkeit eröffnet, dass die Beteiligten einen effektiven präventiven Rechtsschutz gegen ein erst angekündigtes Handeln des Notars erlangen, insbesondere für den Fall, dass bei tatsächlichem Vollzug eventuell nicht wieder gutzumachende Schäden drohen. Umgekehrt ermöglicht der Vorbescheid dem Notar, sein Haftungsrisiko insoweit zu minimieren, als dass er die Beteiligten darauf verweisen kann, zunächst die Rechtslage durch Rechtsmittel gegen den Vorbescheid abzuklären. Hiermit vermeidet er die Entstehung eines endgültigen und eventuell umfangreichen Schadens gegen Inkaufnahme der Haftung für einen eventuellen Verzögerungsschaden (ausführlich zum notariellen Vorbescheid *Hertel*, a.a.O., S. 167 ff. sowie *Müller-Magdeburg*, Rechtsschutz gegen notariales Handeln, 2005, Rn. 11 ff.).

3. Sucht man nun in den Veröffentlichungen zum notariellen Vorbescheid bzw. in den Kommentierungen zu § 15 BNotO in den gängigen Kommentaren Auskunft zu der Frage, ob die Regelung des § 15 Abs. 2 BNotO (und damit der notarielle Vorbescheid) auch im Rahmen der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung (§§ 51 ff. BeurkG) zulässig ist, so findet man meistenteils entweder Stellungnahmen, die in Richtung der Zulässigkeit eines derartigen Vorbescheides auch bei der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung hindeuten oder aber zumindest keine ausdrückliche Aussage zu dieser Frage. So weist zwar *Hertel* (a.a.O., S. 170 f.) darauf hin, dass § 54 BeurkG eine Sonderregelung für die Ablehnung der Erteilung einer Vollstreckungsklausel beinhaltet, führt jedoch dann aus, dass § 54 BeurkG als wichtigste Spezialregelung inhaltlich weitgehend § 15 Abs. 2 BNotO entspreche und daher die Ausführungen zum notariellen Vorbescheid auch im Rahmen des § 54 BeurkG grundsätzlich Anwendung finden könnten. Ebenso führt *Sandkuhler* (in: *Arndt/Lerch/Sandkuhler*, 5. Aufl. 2003, § 15 BNotO, Rn. 83) aus, dass sich die Beschwerde nach § 54 BeurkG von § 15 Abs. 2 BNotO nur darin unterscheide, dass § 54 BeurkG das Beurkundungsnachverfahren betreffe, während § 15 Abs. 2 BNotO das Berufsrecht der Notare erfasse. Unter Berufung auf eine Entscheidung des LG Stuttgart (MittBayNot 2003, 158 f. = RNotZ 2002, 417 f.) führen ferner von *Schuckmann/Preuß* (in: *Huhn/von Schuckmann*, 4. Aufl. 2004, § 51 BeurkG, Rn. 2) aus, dass der Notar auch einen beschwerdefähigen Vorbe-

scheid erlassen könne, mit dem er die Erteilung einer Ausfertigung ankündige. Sodann heißt es bei denselben Autoren zu § 54 BeurkG (a.a.O., § 54 BeurkG, Rn. 2), es sei mittlerweile allgemein anerkannt, dass § 15 Abs. 2 BNotO auch eine Beschwerdemöglichkeit für die Verweigerung sonstiger Amtstätigkeiten des Notars eröffne; in diesen Fällen könne dann ein Vorbescheid erlassen werden, gegen den gleichfalls die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO statthaft sei. Für das Beurkundungsnachverfahren seien diese Fälle dann speziell in § 54 BeurkG geregelt. Schließlich führt *Winkler* (16. Aufl. 2008, § 51 BeurkG, Rn. 34 a) aus, dass der Notar im Rahmen seiner Entscheidung, ob und wem Abschriften und Ausfertigungen einer Urkunde zu erteilen sind, auch einen Vorbescheid erlassen könne, der mit der einfachen Beschwerde nach § 54 BeurkG angefochten werden könne.

Auch wenn all diese Ausführungen nicht eindeutig zu der Frage Stellung nehmen, ob ein notarieller Vorbescheid auch im Falle der Entscheidung über die Erteilung oder Ablehnung einer *vollstreckbaren* Ausfertigung ergehen kann, scheinen doch alle diese angeführten Literaturstellen eher darauf hinzudeuten, dass ein solcher Vorbescheid wohl zulässig sein dürfte, verweisen sie doch auf die Zulässigkeit eines Vorbescheides bei der Frage der Erteilung von Abschriften und Ausfertigungen, ohne hiervon die vollstreckbare Ausfertigung ausdrücklich auszunehmen.

4. Der Annahme, auch für die Frage der Erteilung oder Verweigerung einer *vollstreckbaren* Ausfertigung sei dem Notar die Möglichkeit eröffnet, einen notariellen Vorbescheid zu erlassen, tritt jedoch mit der vorliegenden Entscheidung das LG Freiburg mit durchgreifender Argumentation entgegen. Hierbei hätte sich das LG Freiburg auch auf zwei Stellungnahmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur berufen können, die ausführlicher zu der Frage der Zulässigkeit eines notariellen Vorbescheides hinsichtlich der Erteilung oder Versagung einer vollstreckbaren Ausfertigung ausführen, nämlich Stellungnahmen bei *Wolfsteiner* (in: *Die vollstreckbare Urkunde*, 2. Aufl. 2006, Rn. 35.47 f.) und bei *Müller-Magdeburg* (a.a.O., Rn. 455 ff., allerdings mit irreführenden Nachweisen ebd., Fn. 14, da diese nicht die Frage der Anfechtbarkeit eines Vorbescheides eines Notars auf Erlass bzw. Verweigerung einer vollstreckbaren Ausfertigung betreffen, sondern die Frage der Beschwerdemöglichkeit des Schuldners gegen eine gerichtliche Anweisung an den Notar, eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen). In Richtung dieser vom LG Freiburg – soweit ersichtlich – erstmals in der Rechtsprechung behandelten Auffassung deutet auch schon die frühere Kommentierung bei *Jansen* (in: *FGG*, 2. Aufl. 1971, Kommentierung zum BeurkG, § 54 BeurkG Rn. 5 und 7).

Insbesondere zwei erhebliche Gesichtspunkte sprechen nach Auffassung des Autors gegen die Zulassung eines Vorbescheides auf Erteilung bzw. Versagung einer vollstreckbaren Ausfertigung: Zum ersten röhrt die Zulassung eines notariellen Vorbescheides im Rahmen des § 15 Abs. 2 BNotO daher, dass – in Analogie zum Vorbescheid im Rahmen z. B. des Erbscheinserteilungsverfahrens – verhindert werden soll, dass durch Handlungen des Notars vollendete Tatsachen geschaffen werden, die durch eine spätere Anfechtung der Maßnahme nur un-

vollkommen wieder beseitigt werden können (man denke hier beispielsweise an die Auszahlung von Geld vom Notaranderkonto oder die tatsächliche Umschreibung von Grundbesitz auf den Erwerber). Sowohl für den Fall der Erteilung einer Vollstreckungsklausel als auch der Ablehnung eines Antrages auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel bestehen jedoch ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten für den hierdurch Belasteten, sodass in diesem beschränkten Teilbereich kein Bedürfnis erkennbar ist, schon vorab die Ankündigung der Erteilung bzw. Nicht-Erteilung als notariellen Vorbescheid zum anfechtungsfähigen Gegenstand zu machen. So kann insbesondere der Schuldner (als durch die Erteilung der Vollstreckungsklausel „besonders gefährdeter“ Beteiligter) nach Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung an den Gläubiger mit den Rechtsbehelfen des Klauselerteilungsverfahrens (§§ 732, 766, 797 Abs. 3 und 5 ZPO) die erteilte Klausel angreifen oder im Rahmen des Vollstreckungsgegenklageverfahrens (§ 767 ZPO) materielle Einwendungen gegen den der vollstreckbaren Urkunde zugrunde liegenden Anspruch erheben. Insbesondere unter Berücksichtigung der beim Gläubiger für die Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren Urkunde bestehenden Wartefrist des § 798 ZPO dürfte hiermit für den Schuldner eine ausreichende Zeitspanne bestehen, in der er die Vollstreckung durch den Gläubiger noch vorab verhindern kann (so insbesondere *Wolfsteiner*, a.a.O., Rn. 35.47f.).

Des Weiteren würde – worauf das LG Freiburg zutreffend hinweist – die Zulassung eines notariellen Vorbescheides im Rahmen der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einen Systemwiderspruch hinsichtlich der gerichtlichen Zuständigkeiten herbeiführen: Die Beschwerde nach § 54 Abs. 1 BeurkG wird zwar gemäß § 54 Abs. 2 S. 2 BeurkG vor dem Landgericht verhandelt, in dessen Bezirk der Notar seinen Sitz hat. Die in der ZPO vorgesehenen Anfechtungsmöglichkeiten des Schuldners gegen die Erteilung einer Vollstreckungsklausel führen jedoch gem. § 797 Abs. 3 ZPO zu dem *Amtsgericht*, in dessen Bezirk der Notar seinen Sitz hat, bzw. nach § 797 Abs. 5 ZPO zum *Amtsgericht* am allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners oder am besonderen Gerichtsstand der Belegenheit einer Immobilie. Nach § 802 ZPO handelt es sich hierbei um ausschließliche Zuständigkeiten. Ließe man hingegen die Möglichkeit eines Vorbescheides des Notars zu, so ließe sich dem BeurkG zumindest im Falle der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eine besondere Regelung der Zuständigkeit für die Beschwerde nicht entnehmen. Insoweit müsste also auf § 15 Abs. 2 BNotO als grundlegende Vorschrift zurückgegriffen werden, wonach über die Beschwerde die Zivilkammer des *Landgerichtes* entscheidet, in dessen Bezirk der Notar seinen Sitz hat. Dies würde also zu der völlig systemwidrigen Zuständigkeitsverteilung führen, dass bei einem Rechtsmittel des Schuldners gegen eine Vollstreckungsklausel danach unterschieden werden müsste, ob die Erteilung der Vollstreckungsklausel lediglich durch notariellen Vorbescheid angekündigt wurde oder ob die Vollstreckungsklausel bereits erteilt ist. Während im ersten Falle die Beschwerde gegen den Vorbescheid an das Landgericht des Sitzes des Notars ginge, würden die Rechtsmittel im zweiten Fall zwingend zum Amtsgericht führen (§ 797 Abs. 3 bzw. 5, § 802 ZPO).

Zudem lässt sich der Vorschrift des § 54 BeurkG im Wege des „*expressio unius-Argumentes*“ entnehmen, dass bei Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung kein Rechtsmittel für den Schuldner eröffnet sein soll. Vielmehr eröffnet § 54 BeurkG nur ein Rechtsmittel für den Gläubiger bei Nicht-Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung. Dies aber muss als grundlegende gesetzgeberische Entscheidung gedeutet werden, vor Erteilung der Vollstreckungsklausel ein Rechtsmittel des Schuldners nicht zuzulassen (vgl. hierzu Schippel/Bracker/Reithmann, 8. Aufl. 2006, § 15 BNotO Rn. 85; *Winkler*, a.a.O., § 54 BeurkG Rn. 5a sowie aus der Rechtsprechung OLG Frankfurt MDR 1997, 974 f., BayObLG MittBayNot 1998, 271 f. m. Anm. *Wolfsteiner* und OLG Hamm NJW-RR 1999, 861). Diese gesetzgeberische Wertung wäre vollständig unterlaufen, wenn ein Vorbescheid auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zugelassen würde, der dann – zumindest nach allgemeinen Grundsätzen – vom Schuldner mit der Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO angegriffen werden könnte.

Folglich sprechen erhebliche dogmatische und systematische Gründe dagegen, im Rahmen der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung die Möglichkeit eines notariellen Vorbescheides nach § 15 Abs. 2 BNotO zuzulassen. Vielmehr ist auch insoweit § 54 BeurkG eine vorrangige Vorschrift, die die Möglichkeit eines derartigen Vorbescheides nicht vorsieht, sondern sie vielmehr ausschließt.

5. Die hier dargestellte Rechtslage gilt aber nun nicht nur für den Bereich der Erteilung einer Vollstreckungsklausel, sondern auch für Fälle der Umschreibung einer Vollstreckungsklausel (um einen solchen handelte es sich auch bei dem Sachverhalt, der der Entscheidung des LG Freiburg zugrunde lag). Dies ergibt sich bereits daraus, dass eine Klauselumschreibung nichts anderes als eine neue Klauselerteilung ist unter entweder ausdrücklicher oder zumindest gedanklicher Einziehung der bisherigen Vollstreckungsklausel (*Wolfsteiner*, a.a.O., Rn. 42.23 ff.). Daher gelten die vorstehenden Ausführungen, die sich ja auf die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung beziehen, ebenso für die „Neu-Erteilung“ einer Vollstreckungsklausel im Rahmen der Umschreibung einer Vollstreckungsklausel.

6. Damit lässt sich zusammenfassend festhalten, dass für Fälle der Erteilung bzw. Umschreibung einer Vollstreckungsklausel dem Notar das Mittel des notariellen Vorbescheides nicht eröffnet ist. Aus rechtsdogmatischen und systematischen Gründen ist vielmehr zu fordern, dass der Notar selbst unmittelbar die Entscheidung trifft, ob die Vollstreckungsklausel erteilt werden kann oder ob er die Erteilung bzw. Umschreibung versagen muss. Erst gegen diesen endgültigen Beschluss (Versagung bzw. Erteilung oder Umschreibung) sind dann Rechtsmittel des Gläubigers bzw. des Schuldners eröffnet. Insoweit gilt also im Bereich der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung bzw. der Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung das Bibelwort bei Matthäus 5, 37 (in der Übersetzung durch Luther): „Eure Rede aber sei: Ja, ja; nein, nein. Was darüber ist, das ist vom Übel.“

Notarassessor Marc Heggen, Würzburg

**12. Steuerrecht – Keine Grunderwerbsteuerfreiheit für Grundstücksübertragung durch Gesellschafter auf Kapitalgesellschaft**  
(*BFH*, Urteil vom 17. 10. 2008 – II R 63/05)

**ErbStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 2; 7 Abs. 1 Nr. 1  
GrEStG § 3 Nr. 2**

**Überträgt ein Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses ein Grundstück auf eine Kapitalgesellschaft, handelt es sich um einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang und nicht um eine freigebige Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, die zur Grunderwerbsteuerfreiheit nach § 3 Nr. 2 GrEStG führt.**

**Zum Sachverhalt:**

[1] I. Die Kl. und Revisionskl. (Kl.), eine als gemeinnützig anerkannte GmbH, wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 9. 10. 1995 durch einen ebenfalls als gemeinnützig anerkannten e. V., ein Diakoniewerk, als Alleingesellschafter gegründet. Der e. V. verfolgt u. a. die Aufgabe, notleidenden und bedrängten Menschen medizinische Hilfe zu bieten. Zweck der Kl. ist nach dem Gesellschaftsvertrag u. a. die Unterhaltung eines Krankenhauses.

[2] Der e. V. bestellte durch notariell beurkundeten Vertrag vom 20. 12. 1996 der Kl. an einem ihm gehörenden, mit einem Krankenhaus bebauten Grundstück ein Erbbaurecht; ein Erbbauzins ist nicht zu entrichten. Der Bekl. und Revisionsbekl. (das Finanzamt –FA–) beurteilte dies als grunderwerbsteuerpflichtigen Vorgang und bemäß die Steuer nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 10 Abs. 3 GrEStG in der im Jahr 1996 geltenden Fassung.

[3] Einspruch und Klage, mit denen die Kl. geltend machte, die Bestellung des Erbbaurechts sei als Schenkung unter Lebenden i. S. des ErbStG anzusehen und daher nach § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit, hatten keinen Erfolg. Das FG führte zur Begründung seines in EFG 2006, 757 veröffentlichten Urteils aus, der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG sei nicht erfüllt, weil die durch die Bestellung des Erbbaurechts bei dem e. V. eingetretene Vermögensminderung durch eine entsprechende Erhöhung des Werts seines Geschäftsanteils an der Kl. ausgeglichen worden sei und es sich zudem um einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang gehandelt habe.

[4] Mit der Revision bekräftigte die Kl. ihre Auffassung, die Voraussetzungen für die Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG seien erfüllt. Die bei ihrem Alleingesellschafter durch die Bestellung des Erbbaurechts eingetretene Vermögensminderung sei nicht durch eine entsprechende Erhöhung des Werts seines Geschäftsanteils ausgeglichen worden. Einer solchen Erhöhung stünden ihre Gemeinnützigkeit und die deshalb fehlende Gewinnerzielungsabsicht entgegen. Der e. V. habe mit der Bestellung des Erbbaurechts keine eigenwirtschaftlichen Zwecke verfolgt, sondern die Förderung der Allgemeinheit angestrebt. Dieses Ziel und nicht die gesellschaftsrechtliche Verflechtung sei der Grund für die Bestellung des Erbbaurechts gewesen. Zuwendungen zwischen gemeinnützigen Einrichtungen seien auch ohne Bestehen gesellschaftsrechtlicher Verflechtungen oder Abhängigkeiten in der Praxis üblich. Gemeinnützigkeitsrechtlich gebundene Einrichtungen kämen mit Zuwendungen i. S. des § 58 Nr. 2 AO ihrer Pflicht zur zeitnahen Mittelverwendung nach.

**Aus den Gründen:**

[7] II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zutreffend angenommen, dass die Bestellung des Erbbaurechts nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG der

Grunderwerbsteuer unterliegt und nicht gemäß § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit ist. Es handelt sich dabei nicht um eine freigebige Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

[8] 1. Als Schenkungen unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) gelten nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG freigebige Zuwendungen unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

[9] a) Der BFH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine Zuwendung, die in rechtlichem Zusammenhang mit einem Gemeinschaftszweck steht, nicht als unentgeltlich anzusehen ist (BFHE 128, 266; BFHE 168, 380; BFH/NV 2006, 63; BFH BStBl II 2007, 472). Als Gemeinschaftszweck ist insbesondere auch der gesellschaftsvertraglich bestimmte Zweck einer Kapitalgesellschaft zu verstehen, zu dessen Erreichung sich die Gesellschafter zusammengeschlossen haben.

[10] Übertragen die Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses Vermögen auf die Kapitalgesellschaft, dient dies dem Gesellschaftszweck (Leistung societas causa; vgl. BFHE 180, 464). Eine solche Vermögensübertragung ist daher als gesellschaftsrechtlicher Vorgang und nicht als Schenkung oder freigebige Zuwendung an die Gesellschaft zu beurteilen (Troll/Gebel/Jülicher/Gebel, § 7 ErbStG Rn. 182; Moench/Kien-Hümbert/Weinmann/Moench, § 7 ErbStG Rn. 176; Meincke, 14. Aufl., § 7 ErbStG Rn. 72 bis 74 a; Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, 2. Aufl., § 7 ErbStG Rn. 180). Es ist dabei nicht entscheidend, ob der Gesellschaftszweck auf Gewinnerzielung gerichtet ist oder ob die Kapitalgesellschaft gemeinnützige Ziele verfolgt.

[11] Nicht maßgebend ist auch, ob der Vermögensübertragung auf die Kapitalgesellschaft eine entsprechende Erhöhung des Werts des Gesellschaftsanteils des übertragenden Gesellschafters gegenübersteht, wie es in dem Fall zutraf, der dem Urteil des Reichsfinanzhofs vom 21. 1. 1943 (RStBl 1943, 589) zugrunde lag. Auch wenn dies nicht der Fall ist, kann daraus nicht auf das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung des Gesellschafters an die Gesellschaft geschlossen werden; denn auch dann fehlt es wegen der Förderung des Gesellschaftsziels an der Unentgeltlichkeit der Vermögensübertragung.

[12] Aus der von der Kl. angeführten Vorschrift des § 58 Nr. 2 AO ergibt sich für gemeinnützige Kapitalgesellschaften nichts anderes. Nach dieser Vorschrift wird die Steuervergünstigung nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine Körperschaft ihre Mittel teilweise einer anderen, ebenfalls steuerbegünstigten Körperschaft oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zur Verwendung zu steuerbegünstigten Zwecken zuwendet. Mit der Abgrenzung des Begriffs „freigebige Zuwendung“ i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG befasst sich die Vorschrift nicht.

[13] b) Diese Grundsätze gelten auch, wenn sich nicht mehrere Gesellschafter zu einer Kapitalgesellschaft zusammengeschlossen haben und daher keine „Gemeinschaft“ vorliegt, sondern die Gesellschaft nur einen Gesellschafter hat. Überträgt dieser Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses Vermögen auf die Gesellschaft, handelt es sich ebenfalls um einen gesell-

schaftsrechtlichen Vorgang und nicht um eine freigebige Zuwendung.

[14] c) Die Bestellung des Erbbaurechts durch den e. V. ist danach als gesellschaftsrechtlicher Vorgang und nicht als freigebige Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu beurteilen. Sie diente dem gesellschaftsvertraglich bestimmten Zweck der Kl., ein Krankenhaus zu unterhalten.

[15] 2. Das FG hat ebenfalls zu Recht angenommen, dass die Steuer nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 10 Abs. 3 GrEStG in der im Jahr 1996 geltenden Fassung zu bemessen war. Eine Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts war nicht vorhanden. Der Betrieb des Krankenhauses stellt keine Gegenleistung dar, sondern eine eigene, den Patienten gegenüber wahrzunehmende Aufgabe der Kl. (BFHE 213, 246).

## Mitteilung

### Anpassung des Basiszinssatzes zum 1. Juli 2008 auf 3,19 %

(Deutsche Bundesbank, 24. 6. 2008)

Die Deutsche Bundesbank berechnet nach den gesetzlichen Vorgaben des § 247 Abs. 1 BGB den Basiszinssatz und veröffentlicht seinen aktuellen Stand gemäß § 247 Abs. 2 BGB im Bundesanzeiger.

Der Basiszinssatz des Bürgerlichen Gesetzbuches dient vor allem als Grundlage für die Berechnung von Verzugszinsen, § 288 Abs. 1 S. 2 BGB. Er verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche seine Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptfinanzierungsoperation der Europäischen Zen-

tralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres.

Der marginale Zinssatz für die jüngste Hauptfinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank am 24. Juni 2008 beträgt 4,07 %. Er ist seit dem für die letzte Änderung des Basiszinssatzes maßgeblichen Zeitpunkt am 1. Januar 2008 um 0,13 Prozentpunkte gefallen (der marginale Zinssatz der letzten Hauptfinanzierungsoperation im Dezember 2007 hat 4,20 % betragen).

Hieraus errechnet sich mit dem Beginn des 1. Juli 2008 ein Basiszinssatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 3,19 % (zuvor 3,32 %).

Der neue Basiszinssatz wird in der Ausgabe des Bundesanzeigers vom 26. Juni 2008 (Nr. 94) bekannt gegeben.

## Buchbesprechungen

### Borth, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz (UÄndG), 1. Aufl. 2007, Giesecking Buchverlag, Bielefeld, 331 Seiten, 39,- €

Nach der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Bestimmung des § 1585 lit. c BGB sind sämtliche vor Rechtskraft der Scheidung getroffenen Vereinbarungen zwischen Ehegatten über den Unterhalt für die Zeit nach der Scheidung beurkundungspflichtig. Vor diesem Hintergrund ist seit Jahresbeginn eine Zunahme notarieller Regelungen in diesem Bereich zu beobachten. Eine Auseinandersetzung mit den grundlegenden Neuerungen, die das Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes in diesem Bereich gebracht hat, ist daher für jeden Notar unerlässlich.

Der ausgewiesene Familienrechtsexperte *Helmut Borth*, Präsident des Amtsgerichts Stuttgart, hat ein erstes grundlegendes und sehr gut lesbares Buch zum neuen Unterhaltsrecht verfasst. Er erläutert hierbei eingehend die einzelnen neuen bzw. modifizierten Bestimmungen vor dem Hintergrund der früheren Rechtslage und der Materialien und illustriert deren praktischen Auswirkungen durch zahlreiche Rechenbeispiele. Besonders hervorzuheben ist hierbei der Versuch, auf der Grundlage der existierenden Rechtsprechung und der neuen gesetzlichen Bestimmungen Grundstrukturen eines – für die tägliche forensische wie notarielle Praxis unerlässlichen – neu justierten Altersphasenmodells zu entwickeln

(S. 60 ff.). Die Zurückhaltung, die der ausgewiesene Experte und Praktiker der – vom Gesetzgeber in § 1570 Abs. 1 BGB grundsätzlich geforderten – Ausübung einer Beschäftigung des kinderbetreuenden Elternteils ab dem 3. Lebensjahr entgegenbringt, lässt erahnen, dass die Rechtsprechung eine restriktive Handhabung dieser Bestimmung vornehmen wird. Hierauf weisen auch die neuen unterhaltsrechtlichen Leitlinien des OLG Hamm (Ziffer 17.1.1) und des OLG Dresden (Ziffer 17.1., Stand jeweils 1. 1. 2008) hin, in denen die Vorschläge *Borths* aufgegriffen und im Wesentlichen bestätigt werden. Dass eine solche Handhabung nur schwerlich mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang zu bringen ist, wurde vom verantwortlichen Referenten für Unterhaltsrecht im Bundesministerium für Justiz, Herrn Richter am AG *Dr. Martin Menne*, bereits bedauernd festgestellt (FamRB 2008, 110, 116; vgl. auch Schilling, FPR 2008, 27, 29 und Viefhues, ZFE 2008, 44). Für die notarielle Praxis ist die sich abzeichnende obergerichtliche Auslegung des § 1570 BGB gleichwohl für die Fälle der notariellen Modifizierung des Betreuungsunterhalts, der von der Rechtsprechung bekanntlich als dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts gehörend angesehen wird, zu berücksichtigen.

Eingehend erläutert der Autor zudem die mit der Neuregelung des Rangfolgesystems, § 1609 BGB, einher-

gehenden Rechtsfolgen (S. 177 ff.). Dankenswerterweise veranschaulicht er die in Konfliktfällen auftretenden Besonderheiten durch zahlreiche verständliche Beispiele (insbesondere S. 213 ff.). Eine weitere Hilfeleistung für die praktische Arbeit bedeutet die übersichtlich gestaltete Synopse des alten und des neuen Rechts im Anhang, die einen guten ersten Überblick über die vorgenommenen Änderungen vermittelt (S. 306 ff.). Überdies können die in den Text eingearbeiteten Tenorierungsvorschläge – etwa zum neu gefassten Mindestunterhalt (S. 235) – eine wertvolle Hilfestellung bei der Formulierung entsprechender vertraglicher Regelungen bieten.

Neben der Darstellung der (Auswirkungen des) neuen Rechts zeigt *Borth* jedoch auch deutlich die Schwachstellen und Widersprüche der reformierten Bestimmungen, insbesondere die wenig glücklichen Interdependenzen mit sozialrechtlichen und steuerlichen Regelungen. Besonders hervorzuheben sind hierbei zum einen die Ausführungen *Borths* zu den Konflikten zwischen dem Unterhaltsanspruch des geschiedenen kinderbetreuenden Elternteils zu demjenigen nicht verheirateter Eltern, die mit der Neufassung des § 1615 lit. 1 BGB einhergehen (S. 271 ff.). Für die notarielle Praxis ist besonders die systematische Diskrepanz erwähnenswert, dass nach § 1585 lit. c BGB Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt abgeschlossen und hierbei insbesondere – in den vom BVerfG (FamRZ 2001, 343) und dem BGH (insb. FamRZ 2004, 601 und FamRZ 2007, 974) gezogenen Grenzen – der Betreuungsunterhalt nach § 1570 Abs. 1 BGB ausgeschlossen werden kann, während Vereinbarungen zu § 1615 lit. 1 Abs. 2 S. 2, 3 BGB nur unter den engen Voraussetzungen des § 1614 Abs. 1 BGB zulässig sind. Hiernach ist ein Verzicht auf diesen Unterhalt nicht zulässig und allenfalls eine Modifikation des gesetzlichen Unterhalts möglich, die nach den Grundsätzen der Rechtsprechung die Grenze von 25 % nicht überschreiten darf (vgl. OLG Hamm FamRZ 2001, 1023). Die hinter dieser Differenzierung liegende gesetzgeberische ratio ist nicht ersichtlich. Zum anderen kritisiert *Borth* auch anschaulich die erheblichen rechtstechnischen wie systematischen Defizite des neuen Rangfolgesystems (S. 184 ff.). Hierbei können besonders die Ausführungen zur Aushöhlung des steuerlichen Real-splittings überzeugen. Ob hieraus der von *Borth* statuierte Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG und die mittelbare Verletzung des Kindeswohls resultiert – mit der Folge der Verfassungswidrigkeit des neuen Rangfolgesystems –, darf jedoch bezweifelt werden.

Einiger Wermutstropfen bleibt die verhältnismäßig kurze Bearbeitung der für die notarielle Praxis bedeutenden Frage, inwieweit vor dem Inkrafttreten des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes geschlossene Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, soweit sie das „alte“ Unterhaltsrecht modifizieren, vor dem Hintergrund der Möglichkeit einer Abänderungsklage (vgl. § 36 EGZPO) Bestand haben werden, insbesondere unter Berücksichtigung des nunmehr gesetzlich in § 36 Nr. 1 EGZPO explizit angesprochenen Vertrauensschutzes (S. 276 ff., 286). An dieser Stelle hätte eine eingehendere Differenzierung nach den verschiedenen ehevertraglichen Konstellationen und den häufigen Verknüpfungen der unterhaltsrechtlichen Regelungen mit etwa mitbeurkundeten Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich

und Güterrecht vorgenommen werden können. Es darf mit Spannung erwartet werden, welchen Weg die Rechtsprechung in dieser Frage einschlagen wird.

Zusammenfassend handelt es sich bei dieser Abhandlung um ein inhaltlich wie strukturell überzeugendes Werk, das im Hinblick auf die Informationstiefe wie deren Darstellung keine Wünsche offen lässt und zudem mit einem attraktiven Preis aufwarten kann. Es kann sowohl für einen ersten Überblick über die gesetzlichen Bestimmungen wie für eine intensivere Beschäftigung mit dem neuen Unterhaltsrecht verwendet werden. Für die notarielle Praxis ist es uneingeschränkt zu empfehlen.

*Notarassessor Dr. Jan Eickelberg, LL. M. (Cambr.), Köln*

**Münch, Die Unternehmerehe, 1. Aufl. 2007, ZAP Verlag, Münster, 355 Seiten, mit CD-ROM, 38,- €**

Nachdem sich *Münch* bereits durch sein inzwischen in zweiter Auflage erschienenes Werk „Ehebezogene Rechtsgeschäfte“ nicht nur als ausgewiesener Kenner des Ehe- und Familienrechts, sondern auch seiner praktischen Anwendung in der notariellen Gestaltungspraxis etabliert hat, bietet er mit seinem erstmals erschienenen Buch nunmehr einen konzentrierten Blick auf die anspruchsvolle Frage der Gestaltung von Eheverträgen unter Beteiligung eines Unternehmers. Er wendet sich dabei ausdrücklich an Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater, aber auch unmittelbar an den Unternehmer und stellt an sich selbst den Anspruch, den Schwerpunkt der Darstellung auf die praktische Gestaltungsberatung zu legen.

Layout und Gliederung erscheinen dem Leser, der schon mit *Münchs* „Ehebezogenen Rechtsgeschäften“ gearbeitet hat, vertraut, doch ermöglichen sie auch einem *Münch*-Neuling ein schnelles und unproblematisches Auf- und Zurechtfinden. Neben einem umfangreichen Inhaltsverzeichnis, das auf die durchgehend nummerierten Randziffern verweist, wo sich die Überschriften des Inhaltsverzeichnisses durch Fettdruck hervorgehoben wiederfinden, ermöglicht zusätzlich ein Stichwortregister eine themenbezogene Suche mit raschem Erfolg. Es finden sich immer wieder vom Fließtext optisch leicht zu unterscheidende Gestaltungsempfehlungen und Formulierungsvorschläge. Letztere sind auch auf der beigefügten CD-ROM gespeichert und lassen sich dort mit Hilfe der nach Buchkapiteln und ihren Randnummern gestalteten Übersicht gut aufzufinden.

*Münch* beginnt mit einem allgemeinen, kurzen Teil A, in dem er dem Unternehmer und seinem Berater ausgehend von deren Interesse an Bestand und Wohlergehen des Unternehmens einen Überblick über die Bedeutung des Familienrechts für das Unternehmen und den Unternehmer und den Ehevertrag als notwendiges Gestaltungsmittel verschafft. Anschließend erörtert er in Teil B unter der Überschrift „Unternehmensbeteiligung im Zugewinnausgleich“ die rechtlichen Grundlagen des Zugewinnausgleichs im allgemeinen, die Stichtage und die Schwierigkeiten der Bewertung unter ausführlicher Berücksichtigung der verschiedenen Methoden. Er stellt zudem die etwa bestehenden Auskunfts- und Ausgleichsansprüche unter den Ehegatten außerhalb des Güterrechts dar und erläutert in diesem Zusammenhang

auch die – nicht nur für Unternehmerehen – spannende Frage der Pfändbarkeit von Rückforderungsansprüchen. Im folgenden Teil C beschäftigt sich *Münch* mit der Unterhaltsberechnung bei selbständigen Unternehmern und Gesellschaftern. Wiederum beginnt er mit einer allgemeinen Darstellung der verschiedenen nachehelichen Unterhaltstatbestände, dem Maß des Unterhalts, den Begrifflichkeiten der Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit und einem Schwenk zur Unterhaltsrechtsreform. Anschließend erörtert *Münch* die Behandlung der Gewinneinkünfte im Unterhaltsrecht und beendet dieses Kapitel mit steuerrechtlichen Erläuterungen betreffend die Zusammenveranlagung der Ehegatten. Der kurze Teil D befasst sich mit dem Versorgungsausgleich in der Unternehmerehe, bevor sich Teil E mit den ehevertraglichen Gestaltungen für den Unternehmer anschließt. Wie schon in seinem umfangreichen Werk der „Ehebezogenen Rechtsgeschäfte“ beschäftigt sich *Münch* auch hier zunächst mit der Ehevertragsfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung von Verfassungsgericht, BGH und Obergerichten. Überaus hilfreich aus Sicht des Vertragsgestalters sind die Hinweise, die *Münch* für Beurkundungsverfahren und Urkundsbestandteile als Konsequenzen der gerichtlichen Inhaltskontrolle zieht und aufzeigt. Nach einem Blick auf die erbschaftsteuerlichen Folgen der Wahl des Güterstandes macht *Münch* Vorschläge für die Vereinbarung der Gütertrennung und der Modifikation der Zugewinngemeinschaft. Anschließend stellt er in den Teilen F und G die güterstandsbezogenen Ausschluss- und Rückerverwerbsklauseln und die Ehegattenaußengesellschaft dar, bevor er sich in Teil H mit der Vorsorgevollmacht als Mittel zur Sicherung des Unternehmensfortbestandes ohne gerichtliche Betreuung befasst. Teil I beinhaltet zu guter Letzt das Gesamtmodell eines Unternehmer-ehevertrages mit Höchstbetrag des Zugewinns, Modifikation des Unterhalts, einseitigem Ausschluss des Versorgungsausgleichs und Pflichtteilsverzicht.

Insbesondere die überblicksmäßigen Darstellungen zu Beginn der Abschnitte B und C verdeutlichen, dass sich *Münch* nicht nur an den Rechtskundigen, sondern auch an den interessierten, weil selbst betroffenen Laien wendet. Seine kompakten und auf die wesentlichen Probleme der Unternehmerehe konzentrierten Erklärungen der gesetzlichen Regelungen ermöglichen jedem ein ausgezeichnetes Verständnis der nachfolgend erläuterten vielfältigen und fundierten Gestaltungsvorschläge. Trotz der themenbezogenen und daher unvermeidbaren Überschneidungen zu seinen „Ehebezogenen Rechtsgeschäften“ ist „Die Unternehmerehe“ nach meiner Auffassung weniger als Alternative, sondern vielmehr als sinnvolle Ergänzung zum Grundwerk für alle anzusehen, die sich mit der Gestaltung von Eheverträgen auch für Selbständige und Unternehmer beschäftigen.

Notarin Astrid Gageik, Düsseldorf

**Waldner, Beurkundungsrecht für die notarielle Praxis, 1. Aufl. 2007, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 160 Seiten, 24,80 €**

Weniger ist manchmal mehr. Diesen Grundsatz hat *Waldner* bei seiner Neuerscheinung beherzigt. Das Buch besticht dadurch, dass der Autor die Dinge auf den Punkt

bringt. Dabei deckt sich der inhaltliche Zuschnitt des Werkes nicht mit dem herkömmlicher Kommentare zum Beurkundungsgesetz, widmet sich also nicht allein dem Beurkundungsrecht im engeren Sinne, sondern darüber hinausgehend auch weiteren das Beurkundungsverfahren und die Behandlung von Urkunden betreffenden Vorschriften, die sich etwa in der Bundesnotarordnung, im BGB und in der DONot finden.

Diese Breite erfordert beim hier vorliegenden Seitenumfang einen Verzicht auf Tiefe. Natürlich lässt sich auf 160 Seiten nicht das gesamte Beurkundungsrecht im weiteren Sinne erschöpfend darstellen. Das ist aber auch ersichtlich nicht das Ziel des Autors. Er hat offenbar zwei verschiedene Leserkreise im Visier: Zum einen den Anfänger, der eine Einführung sucht, ohne von zu vielen Details erschlagen zu werden; zum anderen den erfahrenen Praktiker, der hier Antworten findet, die den Blick in die Kommentare entbehrlieblich machen oder zumindest dabei helfen, den richtigen Ansatzpunkt für die tiefer gehende und weiterführende Lektüre zu finden.

Der Autor erläutert zunächst die Funktion der notariellen Tätigkeit im Allgemeinen und der Beurkundung im Besonderen. Beweissicherung und Übereilungsschutz werden als hergebrachte Ziele dargestellt. Bei der Informationssicherung, also der Milderung von Informationsasymmetrien, weist der Autor auf das Spannungsverhältnis zur Pflicht zur Unparteilichkeit hin und zeigt auf, dass sich die Vorstellung von der richtigen Balance durch die rechtspolitische Entwicklung der letzten Jahrzehnte deutlich gewandelt hat. Die „Vertragsgerechtigkeit“ als weiteres Ziel des Beurkundungserfordernisses sieht er kritisch. Natürlich hängt diese Einschätzung sehr davon ab, was man unter einem gerechten Vertrag versteht. Dieser Frage kann und sollte das Buch aufgrund seiner vorgenannten Zielsetzung nicht nachgehen. Allerdings hätte man hier einen Satz zur neueren Rechtsprechung im Bereich der ehevertraglichen Vereinbarungen verlieren können. Denn dass damit in diesem Bereich ein gewisser Paternalismus zum Schutz des vermeintlich schwächeren Vertragspartners in die Vertragsgestaltung Einzug gehalten hat, der den Notar zum Nachdenken darüber zwingt, welche Vertragsgestaltung fair ist, liegt auf der Hand.

Im folgenden Kapitel widmet sich der Autor den Grenzen des Beurkundungserfordernisses. Mit der wohl herrschenden Meinung im Schrifttum geht er davon aus, dass Beurkundungen tatsächlicher Vorgänge – unabhängig von ihrer dienstrechtlichen Beurteilung – auch dann als notarielle Urkunde wirksam sind, wenn die Wahrnehmung durch den Notar im Ausland, die Niederschrift aber im Inland erfolgte. Mit dem Grenzübertritt verliert der Notar jedoch seine Amtseigenschaft. Seine Wahrnehmungen im Ausland erfolgen daher in privater Funktion. Von der Unwirksamkeit einer solchen Urkunde als notarielle geht wohl auch der BGH aus (DNotZ 1999, 346, 347). Die vorbeschriebene Situation ist mit derjenigen vergleichbar, in der ein Notarvertreter eine Niederschrift über Tatsachen fertigt, die er vor seiner Bestellung zum Vertreter – also außerhalb seiner Amtseigenschaft – wahrgenommen hat. In diesem Fall wird man wohl nicht bezweifeln wollen, dass die Niederschrift unwirksam ist.

Nachfolgend wendet sich der Autor den Kardinalpflichten im Beurkundungsverfahren zu und benennt die Pflichten zur Neutralität, zur Verschwiegenheit und zur Urkundsgewährung. Nach der Darstellung des Autors ist die praktische Bedeutung des § 15 BNotO nicht besonders groß, da die Beteiligten stets auf einen anderen Notar ausweichen könnten. Allerdings findet die Vorschrift auch dann Anwendung, wenn die Beurkundung des zu grunde liegenden Rechtsgeschäfts bereits erfolgt ist, der Notar jedoch die Abwicklung verzögert. Hier kann für die Beteiligten ein *lock-in*-Effekt entstehen, zu dessen Überwindung § 15 Abs. 2 BNotO entscheidend beitragen kann und daher von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist.

Das folgende fünfte Kapitel betrifft mit der Beurkundung von Willenserklärungen die Kernmaterie des Beurkundungsrechts. Dieses mit fast 40 Seiten deutlich längste Kapitel des Werks enthält eine gelungene Darstellung der beurkundungsrechtlichen Kernthemen. Im sechsten Kapitel werden dann „andere Beurkundungen“ behandelt. Ein eigenes Kapitel widmet der Autor anschließend den Mitwirkungsverboten. Kapitel acht befasst sich mit dem Thema „Original, Ausfertigung, Abschrift“, Kapitel neun mit der vollstreckbaren Urkunde und Kapitel zehn mit der Vollzugspflicht.

Im vorletzten Kapitel elf wendet sich der Autor unter der Überschriften „Behandlung der Urkunden“ Fragen der DONot zu. Insbesondere hier zeigt sich, dass der Autor auch aktuelle Themen anspricht, so etwa die strafrechtliche Relevanz von „entsorgten Hauptversammlungsniederschriften“ (S. 137 f.). Vor diesem Hintergrund erstaunt es allerdings, dass im gesamten Buch zu beurkundungsrechtlichen Aspekten des elektronischen Rechtsverkehrs mit dem Handelsregister kein Wort verloren wird.

Das Buch schließt im Kapitel zwölf unter dem Titel „besondere Fälle“ mit einem Sammelsurium an Themen, die in den vorangegangenen Kapiteln keinen Platz gefunden haben, wie etwa „Eigenurkunde“, „Testamente und Erbverträge“ und „Übersetzungen“.

Es würde zu weit gehen zu behaupten, dass *Waldner* mit seinem handlichen Werk eine Lücke schließt, denn beispielsweise das Kapitel zur „Beurkundung“ im Beck'schen Notar-Handbuch ist von ähnlichem Zuschnitt, wenn auch in Aufbau und Inhalt in den Details teilweise recht verschieden. Gleichwohl hat *Waldners* Buch neben den bekannten Werken zu diesem Thema seine Existenzberechtigung, weil es eher zum zusammenhängenden Lesen einlädt als andere Abhandlungen und ihnen daher gerade als Einführungswerk überlegen ist. Insbesondere frischgebackenen Notarassessoren und angehenden Anwaltsnotaren ist das Buch daher sehr zu empfehlen.

*Notarassessor Dr. Guido Kordel, LL.M. (Chicago), Bonn*

**Faßbender/Grauel/Ohmen/Peter/Roemer/Wittkowski, Notariatskunde, 16. Aufl. 2007, Merkur Verlag Rinteln, Deutscher Anwältsverlag, 903 Seiten, 44,80 €.**

Bei einem Werk, das bereits in der 16. Auflage erscheint, neigt ein Rezensent gerne dazu, nur die Neuerungen zu der Vorauflage aufzuzeigen. Mitunter ist es aber auch bei einem bereits sehr oft neu aufgelegten Werk sinnvoll, noch einmal das Grundkonzept darzustellen, da der Kreis

der in Frage kommenden Kaufinteressenten sich geändert hat und diese wahrscheinlich eine frühere Besprechung des Werks gar nicht kennen. Aus diesem Grunde soll im konkreten Fall eine grundsätzliche Besprechung der Notariatskunde erfolgen.

Das Werk ist primär als Lehrbuch für die Berufsschule gedacht. Diesen Zweck erfüllt es in vollem Umfang. Die einzelnen Ausführungen sind verständlich dargestellt, und zwar auch für Auszubildende, die mit dem zu behandelnden Stoff bisher nicht befasst waren. So werden z. B. anhand von Schaubildern von Seite 502 bis 521 die verschiedenen denkbaren Erbfolgen erklärt. Das Werk ist aber nicht nur für Auszubildende gedacht, sondern auch für Mitarbeiter im Notariat. Selbst Notarassessoren und junge Notare können dem Buch viele Anregungen entnehmen. Das Notariatsrecht ist nun einmal in vielen Bereichen sehr formalistisch, insbesondere im Hinblick auf das Verfahrensrecht. So werden ausführlich die Fragen behandelt, wann und wie z. B. eine Verweisung auf eine andere notarielle Urkunde gemäß § 13 a BeurkG zu erfolgen hat (S. 114), wann eine eingeschränkte Vorlesungspflicht besteht (S. 116), wie zu verfahren ist, wenn ein Behinderter an der Beurkundung beteiligt ist (S. 119), wann Mitwirkungsverbote des Notars bestehen (S. 146) und wie man eine Urschrift ersetzt (S. 170). Aber selbst zu materiell-rechtlichen Fragen lohnt sich ein Blick in das Werk. So wird z. B. die neueste Entwicklung zur Entbehrllichkeit eines Erbscheins dargestellt, wenn ein öffentliches Testament oder ein Erbvertrag in Verbindung mit dem Eröffnungsprotokoll vorliegt (S. 616). In diesem Zusammenhang sei die jüngst ergangene Entscheidung des KG (RNotZ 2007, 49) erwähnt, die diese Grundsätze auch als Nachweis der Erfolge gegenüber dem Handelsregister anerkennt. Besonders hervorzuheben sind aber die Ausführungen zum notariellen Kostenrecht. Hierbei handelt es sich um eine Materie, mit der man im Studium nicht konfrontiert wird und die in der Notariatsausbildung auch eher vernachlässigt wird, weil meistens die Kostenberechnungen durch erfahrene Mitarbeiter vorgenommen werden.

Aber selbst der, der bereits eine Vorauflage besitzt, sollte ernstlich überlegen, ob er sich nicht auch die jetzt vorliegende Neuauflage zulegen sollte. Das Recht ist inzwischen so schnelllebig geworden, dass man nur mit Schwierigkeiten die Neuerungen oder Änderungen mitbekommt. So sei nur auf das Lebenspartnerschaftsgesetz hingewiesen, das zu einer wesentlichen Ergänzung im Familien- und Erbrecht geführt hat. Ausführlich ist auch der in der Praxis immer bedeutsamer werdende Bereich der Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen sowie die Registrierung dieser Vollmachten im zentralen Register der Bundesnotarkammer für Vorsorgeurkunden in Berlin behandelt. Ebenfalls eingearbeitet ist z. B. das am 14. September 2007 in Kraft getretene neue Preisklauselgesetz, das zu bedeutsamen Änderungen im Bereich der Wertsicherungsklausel geführt hat. Im Urkundenrecht und im Handelsrecht erfolgten Ergänzungen, die durch das elektronische Handelsregister notwendig wurden. Ein Neuerwerb erscheint vor allem deshalb auch unter Berücksichtigung des mehr als moderaten Buchpreises empfehlenswert.

*Dr. H. Schmidt, Viersen*