

# 5 | MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2010 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse  
tätigen Notare und Notarassessoren  
sowie für die Beamten und Angestellten der Notarkasse

Herausgeberbeirat: Notar a. D.  
Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank,  
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,  
Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Ulrich Gößl,  
Eliane Schuller

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

Druck: Mediengruppe Universal  
Grafische Betriebe München GmbH,  
Kirschstraße 16, 80999 München

Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei  
gebleichten Faserstoffen

## AUFSÄTZE

### Teilung bricht Gesamthand – Praktische Fälle der Erbauseinandersetzung

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Simbach am Inn

Werden mehrere Personen kraft Gesetzes oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen Erben, so bilden sie eine Erbengemeinschaft. Damit wird der Nachlass gemeinschaftliches Vermögen (§ 2032 BGB). Es handelt sich um eine Gesamthandsgemeinschaft; die einzelnen Miterben sind Gesamthandsberechtigte. Es gehört jedem von ihnen das ganze Nachlassvermögen, jedoch beschränkt durch die Mitberechtigung der anderen Miterben. Dadurch entsteht ein vom Privatvermögen der einzelnen Erben zu unterscheidendes Sondervermögen. Der folgende Beitrag beleuchtet anhand von Beispielen die wesentlichen Probleme bei der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft.

#### I. Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft

Im Anschluss an die Grundsatzentscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>1</sup> wurde vermehrt die Auffassung vertreten, dass auch die Erbengemeinschaft rechtsfähig sei.<sup>2</sup> In Übereinstimmung mit einer bereits im Jahre 2002<sup>3</sup> ergangenen Entscheidung hat der BGH im Jahre 2006 abermals die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft abgelehnt:<sup>4</sup> Denn die Rechtsstellung der Erbengemeinschaft ist nicht mit der Rechtsstellung der Wohnungseigentümergeinschaft vergleichbar. Insbesondere ist die Erbengemeinschaft – anders als diese – nicht zur dauerhaften Teilnahme am Rechtsverkehr bestimmt und geeignet. Sie ist nicht auf Dauer angelegt, sondern auf Auseinandersetzung gerichtet. Sie verfügt nicht über eigene Organe, durch die sie im Rechtsverkehr handeln könnte. Die Erbengemeinschaft ist daher kein eigenständiges, handlungsfähiges Rechtssubjekt,

sondern lediglich eine gesamthänderisch verbundene Personenmehrheit, der mit dem Nachlass ein Sondervermögen zugeordnet ist.

#### II. Gestaltung des Erbauseinandersetzungsvertrags

Die Erbauseinandersetzung ist ein in der notariellen Praxis relativ häufig vorkommendes Rechtsgeschäft. Trotzdem findet man in den einschlägigen Formularbüchern nur wenige entsprechende Muster.<sup>5</sup> Noch seltener liest man hierzu praxisbezogene Aufsätze und entsprechende vertiefende Darstellungen im erbrechtlichen Schrifttum.<sup>6</sup> Zur Aufteilung des Nachlasses können die Miterben verschiedene Wege beschreiten. So besteht die Möglichkeit:<sup>7</sup>

- einen Auseinandersetzungsvertrag abzuschließen (§ 2042 BGB),

<sup>1</sup> BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = DNotZ 2001, 234 = MittBayNot 2001, 192; zur Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer BGHZ 163, 154 = NJW 2005, 2061 = NZM 2005, 543 = NZG 2005, 712.

<sup>2</sup> Eberl-Borges, ZEV 2002, 125 ff.; Kroppenber, Erbrecht, 5. Aufl. 2002, Rdnr. 590.

<sup>3</sup> BGH, MittBayNot 2004, 228 m. w. N. auch zur Gegenansicht; siehe auch Ann, MittBayNot 2003, 193; Frühl, NotBZ 2002, 452.

<sup>4</sup> BGH, DNotZ 2007, 134.

<sup>5</sup> Muster aber bei Burandt in Krug/Rudolf/Kroiß, Erbrecht, 3. Aufl. 2006, § 18 Rdnr. 174 ff.

<sup>6</sup> Anders aber Keim, RNotZ 2003, 375; Pötting, MittBayNot 2007, 273, 376; demgegenüber gibt es sogar zwei Habilitationsarbeiten aus jüngster Zeit, die sich mit dieser Thematik beschäftigen, so Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, 2000, dazu Reimann, MittBayNot 2000, 530, sowie Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001.

<sup>7</sup> Siehe etwa Krug in Krug/Rudolf/Kroiß, § 19 Rdnr. 8.

- der Übertragung von Erbanteilen eines oder mehrerer Miterben nach § 2033 BGB. Erfolgt nur die Übertragung einzelner Erbteile auf einen der Miterben, findet nur eine persönlich beschränkte Erbauseinandersetzung statt; erfolgt die Übertragung aller Erbteile auf einen Miterben, so dass sich in dessen Hand alle Anteile vereinigen, so ist die Erbengemeinschaft insgesamt auseinander gesetzt,
- durch die sog. Abschtung, wonach ein Miterbe aus der Erbengemeinschaft ausscheidet und seine gesamthänderisch gebundene Beteiligung den anderen Miterben anwächst,
- durch die Vermittlung amtlicher Stellen nach den §§ 363 ff. FamFG. Zuständig hierfür ist grundsätzlich das Nachlassgericht, sofern nicht anstelle oder neben ihm aufgrund landesrechtlicher Bestimmungen die Notare zuständig sind (§ 487 FamFG i. V. m. den einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften, etwa Art. 38 BayAGBGB, Art. 24 ff. HessFGG, Art. 14 ff. NdsFGG; Art. 21 ff. PrFGG),<sup>8</sup>
- durch die Erbauseinandersetzung aufgrund eines Teilungsplans eines Testamentsvollstreckers und dessen Vollzug (§§ 2203 f. BGB),
- durch eine Erbteilungsklage vor den ordentlichen Gerichten oder vor einem Schiedsgericht, wobei dies bereits der Erblasser anordnen kann (§ 1066 ZPO).<sup>9</sup> Aber auch die Miterben können durch eine Schiedsvereinbarung ein Schiedsgericht einsetzen, wobei allerdings die Formschrift des § 1031 ZPO zu beachten ist.
- Gehört zum Nachlass ein landwirtschaftlicher Betrieb und ist die Erbengemeinschaft durch gesetzliche Erbfolge entstanden, so kommt auch eine gerichtliche Zuweisung nach §§ 13–17, 33 GrdstVG in Betracht.<sup>10</sup>

Im Folgenden sollen einige für die Praxis besonders wichtige Einzelprobleme der Erbauseinandersetzung dargestellt werden.

### 1. Die Notwendigkeit der Erbauseinandersetzung – Alternative Gestaltungsmöglichkeiten

Nach der früher ganz vorherrschenden Meinung gab es zwei Arten, die Erbengemeinschaft einverständlich auseinanderzusetzen, nämlich die Erbauseinandersetzungsvereinbarung sowie die Erbanteilsübertragung nach § 2033 BGB. In sachlicher und persönlicher Hinsicht bedeutet die Erbauseinandersetzung, dass hinsichtlich des ganzen Nachlasses oder zumindest bezüglich eines Teils desselben die bisher bestehende Erbengemeinschaft aufgehoben und an Stelle des bislang bestehenden Gesamthandseigentums der Erbengemeinschaft Alleineigentum des entsprechenden Erwerbers begründet wird. Demgegenüber bedarf die Erbanteilsübertragung der notariellen Beurkundung (§ 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Erbanteilsübertragung wirkt dabei nur in persönlicher Hinsicht, indem der Veräußerer dadurch aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, dass er seine bisherigen Rechte an dem erbengemeinschaftlichen Nachlass auf den Erwerber überträgt.

<sup>8</sup> Vgl. dazu etwa die einführende Übersicht bei *Bengel/Reimann* in Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl. 2009, C Rdnr. 227; Münch-KommBGB/Ann, 5. Aufl. 2010, § 2042 Rdnr. 47 ff.; mit Übersicht über die landesrechtlichen Zuständigkeiten; ausführlich zum Teilungsverfahren durch das Nachlassgericht jetzt *Zimmermann*, ZEV 2009, 374.

<sup>9</sup> Dazu etwa *Wegmann*, ZEV 2003, 20; *Schiffer*, BB-Beilage 5/1995, S. 2; *AnwK-BGB/Eberl-Borges*, Erbrecht, 2. Aufl. 2007, vor §§ 2042–2057 a Rdnr. 28.

<sup>10</sup> *AnwK-BGB/Eberl-Borges*, Erbrecht, 2. Aufl. 2007, vor §§ 2042–2057 a Rdnr. 31.

Demgegenüber hat der BGH nun einen weiteren Weg der persönlichen Teilaussetzung entwickelt:<sup>11</sup> Danach kann ein Miterbe im Einvernehmen mit den anderen Miterben aus der Erbengemeinschaft im Weg der sog. Abschtung ausscheiden. Dabei wächst der vom Ausscheidenden aufgebene Erbteil den verbleibenden Miterben in gleicher Weise an wie bei einem Austritt eines GbR-Gesellschafters in Anwendung des § 738 BGB. Da sich die dingliche Rechtsänderung infolge des Anwachsungsprinzips kraft Gesetzes ergibt, ist nach Ansicht des BGH der Abschtungsvertrag formfrei möglich. Dies gilt auch dann, wenn zum Nachlass ein Grundstück gehört.<sup>12</sup> Weil jedoch das Grundbuch durch die Abschtung unrichtig wird, wird eine entsprechende Grundbuchberichtigung notwendig. Diese kann durch Nachweis der Unrichtigkeit gemäß § 22 GBO geführt werden oder aber durch eine entsprechende Berichtigungsbewilligung des ausscheidenden Miterben nach § 19 GBO. Beides muss jedoch in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, weshalb zumindest die öffentliche Beglaubigung der Unterschriften der Vertragsschließenden des Abschtungsvertrages unter die entsprechende Vereinbarung notwendig ist, um die Grundbuchberichtigung vornehmen zu können. Formbedürftig ist jedoch eine Abschtungsvereinbarung dann, wenn eine Gegenleistung von der Erbengemeinschaft an den Ausscheidenden zu übertragen ist und für diese Übertragung eine besondere Formvorschrift eingreift, etwa die des § 311 b Abs. 1 BGB bei Grundstücken.<sup>13</sup>

## 2. Der Ablauf der Erbauseinandersetzung

### a) Gesetzliche Bestimmungen – Erblasserordnung

Für die einvernehmliche Erbauseinandersetzung bestehen keine zwingenden gesetzlichen Vorschriften, weil die §§ 2042 ff. BGB weitgehend dispositiver Natur sind. Vielmehr haben die Anordnungen des Erblassers und die gesetzlichen Vorschriften (§§ 2046 ff., 752 ff. BGB) aufgrund der Vertragsfreiheit nur dann Bedeutung, wenn eine einvernehmliche Vereinbarung nicht zustande kommt.<sup>14</sup> Jedoch geben Teilungsanordnung und Vorausvermächtnisse sowie sonstige Anordnungen des Erblassers jedem Miterben das Recht auf deren Einhaltung.<sup>15</sup> Daher hat der Urkundsnotar (§ 17 BeurkG) auf die gesetzlichen Auseinandersetzungsbestimmungen und auf die einschlägigen Erblasserordnungen, soweit sie ihm bekannt sind, hinzuweisen. Soweit mehr als zwei Miterben an der Erbauseinandersetzung beteiligt sind, handelt es sich um einen mehrseitigen Vertrag. Hinsichtlich der Rechte bei Sach- oder Rechtsmängel verweist § 2042 Abs. 2 BGB auf § 757 BGB, der seinerseits auf die entsprechenden kaufrechtlichen Bestimmungen verweist.

<sup>11</sup> BGHZ 138, 8 = DNotZ 1999, 60; dazu etwa *Reimann*, Mitt-BayNot 1998, 190; *Hohloch*, JuS 1998, 760; *Eberl-Borges*, Mitt-RhNotK 1998, 242; *H. Keller*, ZEV 1998, 281; *Rieger*, DNotZ 1999, 64; *Karsten Schmidt*, AcP 205 (2005), 305; *Wesser*, NJW 2003, 2937; *Dümmig*, Rpfleger 2004, 96. Der BGH hat seine Rechtsprechung zwischenzeitlich nochmals bestätigt, vgl. BGH, Urteil vom 27.10.2004, IV ZR 174/03, NJW 2005, 284 = ZEV 2005, 22 = ZERB 2005, 48.

<sup>12</sup> BGHZ 138, 8, 14 = DNotZ 1999, 60, 63; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 2042 Rdnr. 18; *Wesser/Saalfrank*, NJW 2003, 2937; *Burandt* in *Krug/Rudolf/Kroiß*, Erbrecht, § 18 Rdnr. 91; a. A. *Keller*, ZEV 1998, 213; *Keim*, RNotZ 2003, 374; krit. auch *Reimann*, ZEV 1998, 213, 214.

<sup>13</sup> BGHZ 138, 8, 14 = DNotZ 1999, 60, 63.

<sup>14</sup> Vgl. etwa BGHZ 21, 229, 232; *Palandt/Edenhofer*, § 2042 Rdnr. 3, 6; *AnwK-BGB/Eberl-Borges*, vor §§ 2042–2057 a Rdnr. 17 f.

<sup>15</sup> *Palandt/Edenhofer*, § 2042 Rdnr. 6.

### b) Inhalt des Erbauseinandersetzungsvertrags

Im Übrigen kann die Erbauseinandersetzung in der Form geschehen, dass der gesamte Nachlass oder auch nur einzelne Nachlassgegenstände einem der Miterben zu Alleineigentum oder mehreren der Miterben zu Bruchteilseigentum übereignet wird, während die anderen hierfür eine Abfindung erhalten. Um den Nachlass besser aufteilen zu können, kann dabei im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen des WEG Wohnungseigentum begründet werden, wobei im Streitfall das Prozessgericht auch für die Regelung von streitigen Fragen der Gemeinschaftsordnung zuständig ist.<sup>16</sup> Auch kann die Erbauseinandersetzung dadurch erfolgen, dass einem Erben ein Wohnrecht in dem einem anderen Miterben zugeteilten Gebäude eingeräumt wird.<sup>17</sup> Auch eine Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine einfache Miteigentümergeinschaft (§ 741 BGB) unter Beteiligung aller bisherigen Miterben ist möglich. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass bei einer späteren entgeltlichen Auseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft nicht mehr die für die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft bestehende Grunderwerbsteuerbefreiung des § 3 Nr. 3 GrEStG eingreift.

### c) Auseinandersetzungsausschluss aufgrund Erblasserordnung

Grundsätzlich hat jeder Miterbe das Recht, jederzeit die Auseinandersetzung zu verlangen (§ 2042 Abs. 1 BGB). Jedoch kann der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlassteile ausschließen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig machen (§ 2044 Abs. 1 Satz 1 BGB). Auf einen solchen Ausschluss der Auseinandersetzung finden die Bestimmungen des § 749 Abs. 2, 3 BGB, der §§ 750, 751 BGB und des § 1010 Abs. 1 BGB entsprechende Anwendung (§ 2044 Abs. 1 Satz 2 BGB). Daneben besteht auch hier eine dreißigjährige Zeitgrenze mit einigen Ausnahmen (§ 2044 Abs. 2 BGB). Ein vom Erblasser verfügbares Erbteilungsverbot kann die Rechtsnatur<sup>18</sup>

- einer rechtlich unverbindlichen Bitte des Erblassers haben,
- eine Anordnung gemäß § 2044 Abs. 1 BGB sein,
- eine Auflage (§§ 2192 ff. BGB) darstellen, wenn der Erblasser generell die Auseinandersetzung verbieten wollte,<sup>19</sup>
- ein Vermächtnis (§§ 2147 ff. BGB) sein, wenn der Erblasser durch diese Anordnung einen Miterben besonders begünstigen wollte,
- eine bedingte Erbeinsetzung (§ 2075 BGB) darstellen, was dazu führt, dass bei Nichtbeachtung des Erbteilungsverbots die gesamte Erbenstellung entfällt, was der „Super-Gau“ im Rahmen einer Erbauseinandersetzung wäre.

Ein bloßer Ausschluss der Auseinandersetzung nach § 2044 Abs. 1 BGB hat nur schuldrechtlichen Charakter, weil das Gesetz kein dinglich wirkendes rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot zulässt (§ 137 Satz 1 BGB), sondern nur rein schuldrechtlich zur Unterlassung der Erbauseinandersetzung verpflichten kann (§ 137 Satz 2 BGB).<sup>20</sup> Daher können sich die Miterben einvernehmlich über ein solches Auseinander-

setzungsverbot hinwegsetzen.<sup>21</sup> Will der Erblasser dies verhindern, so bleibt ihm die Möglichkeit, eine Testamentsvollstreckung anzuordnen, weil der Testamentsvollstrecker die Anordnungen des Erblassers zu beachten hat (§ 2203 BGB). Berücksichtigt werden muss aber auch, dass eine Zuwiderhandlung gegen das nur schuldrechtlich wirkende Auseinandersetzungsverbot zu Schadensersatzansprüchen führen kann, und zwar auch dann, wenn dieses als Auflage zu qualifizieren ist, wobei dann schuldrechtliche Ansprüche dem nach § 2194 BGB Vollziehungsberechtigten zustehen können.<sup>22</sup>

### 3. Formbedürftigkeit

Der schuldrechtliche Auseinandersetzungsvertrag bedarf als solcher grundsätzlich keiner besonderen Form. Insbesondere ergibt sich eine Formbedürftigkeit nach herrschender Meinung auch nicht aus §§ 2385, 2371 BGB, weil man in § 2042 BGB hierfür eine Sonderregelung sieht.<sup>23</sup> Jedoch ist die Anwendung dieser Formvorschrift umstritten, wenn die Zuweisung des gesamten Nachlasses an einen Miterben erfolgt, der eine Abfindung aus seinem Eigenvermögen leistet.<sup>24</sup> Die Formbedürftigkeit kann sich aber aus den allgemeinen Formvorschriften ergeben, etwa weil im Zuge der Erbauseinandersetzung eine Verpflichtung zur Übertragung von Grundstücken begründet wird (§ 311 b BGB) oder ein Geschäftsanteil an einer GmbH zu übertragen ist (§ 15 Abs. 4 GmbHG), wenn Erbteile aus einem „Drittnachlass“ zum Nachlass gehören oder wenn es sich nicht um eine Erbauseinandersetzung im eigentlichen Sinne handelt, sondern um eine Erbteilsübertragung (§§ 2033, 2385 BGB).

Insbesondere wenn Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte zum Nachlass gehören, ergibt sich hieraus eine umfassende Beurkundungspflicht aller Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragsteile das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt. Dabei genügt es hierfür, dass der eine Teil die Abrede zum Vertragsbestandteil machen will, wenn der andere dies erkannt und hingenommen hat.<sup>25</sup> Beurkundungspflichtig sind dann alle Vereinbarungen, die in einem solchen Zusammenhang stehen, dass damit das Grundstücksgeschäft „steht und fällt“. Diese umfassende Beurkundungspflicht wird oftmals zu sehr vernachlässigt, etwa wenn es um den Ersatz von seit dem Erbfall bereits gezogenen Nutzungen oder gemachten Aufwendungen geht. Dabei darf aber auch das Streit- und Konfliktpotenzial solcher „Nebenabreden“ nicht vernachlässigt werden. Der zunächst nur rein schuldrechtlich verpflichtend wirkende Erbauseinandersetzungsvertrag bedarf zu seiner Erfüllung der Vornahme der entsprechenden dinglichen Rechtsgeschäfte, etwa der Erklärung der Auflassung und Übereignung durch Grundbuchumschreibung bei Grundstücken.

<sup>21</sup> BGHZ 40, 115, 118; *Palandt/Edenhofer*, § 2044 Rdnr. 3.

<sup>22</sup> So ausdrücklich BGHZ 40, 115, 118.

<sup>23</sup> *Palandt/Edenhofer*, § 2042 Rdnr. 10; § 2385 Rdnr. 3; *Zunft*, JZ 1956, 553; RG WarnR 1909 Nr. 512; MünchKommBGB/*Musielak*, § 2385 Rdnr. 3; *Zunft*, JZ 1956, 553; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 45 I 3 (der aber bei Erbteilsübertragung § 2385 bejaht).

<sup>24</sup> Bejahend *Soergel/Zimmermann*, § 2385 Rdnr. 2; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 118 III 3; *Keller*, Formproblematik der Erbteilsveräußerung, 1995, Rdnr. 51 f., 60; *Kleeberger*, MittBayNot 1997, 153. Verneinend OLG Celle, DNotZ 1951, 365; *Lange/Kuchinke*, § 44 III 2 c; MünchKommBGB/*Musielak*, § 2385 Rdnr. 3; *Staudinger/Olshausen*, 2004, Einl. zu §§ 2371 ff. Rdnr. 78; *Staudinger/Werner*, 1995, § 2042 Rdnr. 23. Differenzierend v. *Lübnow*, Erbrecht, II 837: Erbschaftskauf nur bei Einzelübertragung der Nachlassgegenstände.

<sup>25</sup> Vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, § 311 b Rdnr. 25 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

<sup>16</sup> BGH, NJW 2002, 2712, 2713.

<sup>17</sup> BFH, BStBl II 1992, S. 381 = FamRZ 1992, 1076.

<sup>18</sup> Vgl. etwa *Bengel*, ZEV 1995, 178 ff.

<sup>19</sup> *Palandt/Edenhofer*, § 2044 Rdnr. 3.

<sup>20</sup> BGHZ 40, 115, 118; BGHZ 56, 275, 281.

#### 4. Doppelstöckige Erbengemeinschaften

Nach § 2033 Abs. 2 BGB kann ein Miterbe nicht über seinen Anteil an einem einzelnen Nachlassgegenstand verfügen. Probleme entstehen hier immer wieder, wenn mehrere Erbengemeinschaften nacheinander verschachtelt sind.

##### Beispiel:

E verfügt in seinem Testament Folgendes: Tochter A erhält das Haus in der Amalienstraße, B das Haus in der Brentanostraße. C wird enterbt. Das Nachlassgericht erteilt einen Erbschein, wonach A und B je zur Hälfte Erben sind. Eine Grundbucheinsicht ergibt Folgendes: Hinsichtlich der Amalienstraße war E Miteigentümer zur einen Hälfte, die andere Hälfte gehört ihm, A, B und C in Erbengemeinschaft nach der bereits früher verstorbenen Ehefrau/Mutter. Bezüglich der Brentanostraße war zur einen Hälfte E der Eigentümer sowie die Kinder A und B zu je einem Viertel. Ist eine Erbauseinandersetzung ohne Mitwirkung von C möglich?

Da bezüglich der Amalienstraße eine doppelte Erbengemeinschaft vorliegt, kann über den Miteigentumsanteil, welcher der bereits verstorbenen Mutter gehörte, nur verfügt werden, wenn auch die andere Miterbin am Nachlass der Mutter, nämlich C, der Veräußerung zustimmt.

#### 5. Veräußerung zur Erbauseinandersetzung bei einem Auseinandersetzungsverbot

##### Beispiel:<sup>26</sup>

E hat seinen Sohn S1 und dessen Bruder S2 als Erben zu gleichen Teilen eingesetzt und Rechtsanwalt R zum Testamentsvollstrecker berufen. Seiner behinderten Tochter T hat er vermächtnisweise auf Lebenszeit ein Wohnungsrecht zugewandt und bestimmt, dass zu deren Lebzeiten die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft ausgeschlossen ist. Zum Nachlass gehört im Wesentlichen nur ein Zweifamilienhaus, das stark renovierungsbedürftig ist. Im Hinblick darauf möchte S1 das Haus an einen Käufer, der einen sehr guten Preis zahlen will, verkaufen und dann den Verkaufserlös mit seinem Bruder teilen. Sein Bruder S2 ist damit ebenso einverstanden wie der Testamentsvollstrecker. Kann der Verkauf trotz des Auseinandersetzungsverbots vom Testamentsvollstrecker vorgenommen werden?

Auszugehen ist zunächst davon, dass das Grundbuchamt zu prüfen hat, ob der Testamentsvollstrecker die notwendige Verfügungsbefugnis besitzt. Dabei sind die vom Erblasser getroffenen Anordnungen zu berücksichtigen, soweit sie seine Verfügungsmacht mit dinglicher Wirkung einschränken. So hatte etwa in dem vom BGH mit Beschluss vom 18.6.1971<sup>27</sup> entschiedenen Fall der Erblasser ausdrücklich bestimmt, dass der Testamentsvollstrecker über ein Grundstück nicht verfügen dürfe. Der BGH bejaht hier das Vorliegen einer dinglich wirkenden Einschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers nach § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB.<sup>28</sup> Dadurch entsteht

<sup>26</sup> Nach OLG Zweibrücken, DNotZ 2001, 399 m. Anm. K. Winkler.

<sup>27</sup> BGHZ 56, 275 = NJW 1971, 1805 = DNotZ 1972, 86.

<sup>28</sup> Zur dinglichen Wirkung dieser Norm siehe etwa BGHZ 56, 275; BGH, NJW 1984, 2464 = MittBayNot 1984, 196, 197 (Verkaufsanordnung); OLG Zweibrücken, Rpfleger 2001, 173 = DNotZ 2001, 399; Soergel/Damrau, § 2208 Rdnr. 3; Staudinger/Reimann, § 2208 Rdnr. 3 i. V. m. Rdnr. 17; zum Streitstand siehe auch Chr. Keim, ZEV 2002, 132, 133 f.; a. A. Lehmann, AcP 188 (1988), 1 ff.; krit. zur h. M. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 3428 (wo aber verkannt wird, dass diese dinglichen Beschränkungen in das Testamentsvollstreckerzeugnis eingetragen werden müssen, vgl. MünchKommBGB/J. Mayer, § 2386 Rdnr. 35).

aber keine „res extra commercio“: Denn wie sich aus § 137 Satz 1 BGB ergibt, kann der Erblasser die Verfügungsbefugnis nach seinem Tod nicht völlig ausschließen. Daher können Testamentsvollstrecker und Erben gemeinsam über den entsprechenden Nachlassgegenstand wirksam verfügen. Allerdings bedarf es hierfür der betreuungsgerichtlichen Genehmigung, wenn unter einer Betreuung stehende Erben beteiligt sind,<sup>29</sup> nicht aber der Zustimmung der Vermächtnisnehmer, auch wenn dadurch das Vermächtnis beeinträchtigt wird. Denn der Vermächtnisnehmer hat lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch (§ 2174 BGB), bei dessen Verletzung sich nur Schadensersatzansprüche ergeben können. Daher ist das Grundbuchamt nicht befugt, die Zustimmung der Vermächtnisnehmer oder den Nachweis der Erledigung des Vermächtnisses zu verlangen.<sup>30</sup> Hierüber setzt sich das OLG Zweibrücken zu Unrecht hinweg, wenn es die Zustimmung des Vermächtnisnehmers, dem der Anspruch auf Einräumung eines Nutzungsrechts zusteht, zur Überwindung der dinglichen Beschränkung verlangt.<sup>31</sup>

#### 6. Erbauseinandersetzung und Nacherbschaft

##### a) Grundsätzliches

##### Beispiel:

E hat seine beiden Kinder S und T je zur Hälfte zu von allen gesetzlichen Beschränkungen befreiten Vorerben eingesetzt. Nacherben sind die entsprechenden Abkömmlinge der Vorerben. S und T setzen sich nun dahingehend auseinander, dass S das Haus in der Amalienstraße zu Alleineigentum erhält und T den zum Nachlass gehörenden Bauplatz. Ist mit grundbuchamtlichem Vollzug der Erbauseinandersetzungsurkunde der zugunsten aller Nacherben eingetragene Nacherbenvermerk am gesamten Nachlassgrundbesitz zu löschen? Ist gleichzeitig ein neuer Nacherbenvermerk zugunsten der jeweiligen Abkömmlinge des erwerbenden Vorerben einzutragen?

Die Beschränkungen, denen ein Vorerbe unterliegt, gelten auch im Rahmen einer Erbauseinandersetzung. Hieraus ergibt sich, dass der nicht befreite Vorerbe auch im Rahmen einer Erbauseinandersetzung nicht über den zum Nachlass gehörigen Grundbesitz wirksam verfügen kann (§ 2113 Abs. 1 BGB). Eine diesbezügliche Verfügung ist daher im Fall des Eintritts des Nacherbfalls nur dann wirksam, wenn die Nacherben dieser ausdrücklich zustimmen, wobei nach ganz herrschender Meinung eine Zustimmung der Nacherben nicht erforderlich ist, wenn die Verfügung in Erfüllung einer wirksamen Teilungsanordnung oder eines wirksamen Vermächtnisses des Erblassers erfolgt.<sup>32</sup> Weiter ist zu beachten, dass auch der befreite Vorerbe dem Schenkungsverbot des § 2113 Abs. 2 BGB unterliegt. Dies führt sogar dazu, dass auch nur teilweise unentgeltliche Verfügungen den Nacherben gegenüber nicht wirksam sind. Zudem ist zu beachten: Auch im Rahmen der Erbauseinandersetzung gilt

<sup>29</sup> BGH, MittBayNot 1971, 319; ebenso für das Hinwegsetzen über ein Auseinandersetzungsverbot BGHZ 40, 115 = DNotZ 1964, 623 = NJW 1963, 2320.

<sup>30</sup> BGH (Fn. 29), BGHZ 57, 84, 88 f.; Schmenger, BWNNotZ 2004, 97, 113.

<sup>31</sup> OLG Zweibrücken (Fn. 26); zu Recht daher ablehnend Winkler, DNotZ 2001, 401, 405; Schmenger, BWNNotZ 2004, 97, 114; Chr. Keim, ZEV 2002, 132, 135; anders aber Lettmann, RNotZ 2001, 590. Das Auseinandersetzungsverbot, das in diesem Fall weiter angeordnet war, kann zudem nur zugunsten der Erben und nicht des Vermächtnisnehmers wirken.

<sup>32</sup> BayObLG, Beschluss vom 29.11.1991, BReg 1 Z 12/91, FamRZ 1992, 728, 729 zur Teilungsanordnung; BayObLGZ 1994, 312, 314.

der Surrogationserwerb nach § 2111 BGB zugunsten der Nacherben.<sup>33</sup>

Zur Lösung des vorigen Falls: Wird bei der Erbauseinandersetzung zwischen den befreiten Vorerben Grundbesitz zwischen ihnen aufgelassen, so scheidet dieser mit wirksamer entgeltlicher Verfügung aus der Vorerbschaft aus. Daher ist der Nacherbenvermerk mit Vollzug der Auflassung wegen Unrichtigkeit des Grundbuchs zu löschen. Die Belange der Nacherben des erwerbenden Vorerben werden dadurch gewahrt, dass ein Surrogationserwerb eintritt und daher der Nacherbenvermerk an dem im Rahmen der Erbauseinandersetzung erworbenen Grundbesitz eingetragen wird. Die wegen § 2113 Abs. 2 BGB erforderliche Entgeltlichkeit ist gegeben, wenn der Miterbe, dem Grundbesitz zu Eigentum übertragen wird, wertmäßig nicht mehr erhält, als ihm aufgrund seiner Erbquote zusteht oder aber für den entsprechenden Mehrwert eine gleichwertige Gegenleistung in den Nachlass oder an den Vorerben erbracht oder die Auflassung in Vollzug einer wirksamen Teilungsanordnung erfolgt.<sup>34</sup>

#### b) Eigenerwerb des Vorerben – Erbauseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben

Wenn der Vorerbe ein Grundstück ohne jede weitere Beschränkung durch die Vor- und Nacherbfolge erwerben soll, ist ein sog. Eigenerwerb des Vorerben erforderlich. Eine derartige Überführung in das ungebundene, freie Eigenvermögen des Vorerben ist nunmehr nach ganz herrschender Meinung zulässig, und zwar dadurch, dass der entsprechende Gegenstand mit Zustimmung der Nacherben endgültig aus der Nacherbenbindung herausgelöst wird.<sup>35</sup> Dazu ist eine Zustimmung der Ersatznacherben nicht erforderlich, was in der Praxis sehr wichtig ist. Allerdings kann die Beseitigung dieser Bindung nur bezüglich einzelner Gegenstände des der Nacherbenschaft unterliegenden Nachlasses erfolgen, nicht generell hinsichtlich des gesamten der Nacherbenschaft unterliegenden Nachlasses.

#### Beispiel:<sup>36</sup>

G ist nicht befreiter Vorerbe, Nacherben sind seine Schwester S und X. Ersatznacherben sind die Abkömmlinge der Nacherben. Im Grundbuch ist ein Nacherben- und Ersatznacherbenvermerk eingetragen. Mit notarieller Urkunde vom 2.6.2003 übertrug G seiner Schwester S eine Teilfläche eines Grundstücks. Die Teilung ist zwischenzeitlich erfolgt und das Messergebnis ist anerkannt. X stimmte dieser Grundstücksübertragung zu. In derselben Urkunde übertrugen die beiden Nacherben das nach Abmessung der vorbezeichneten Teilfläche noch verbleibende Restgrundstück an den G zu dessen Alleineigentum und zwar in der Weise, dass dieses Restgrundstück von den Beschränkungen der Nacherbfolge frei wird. Die beiden Nacherben bewilligten die Löschung des Nacherbenvermerks bezüglich des Restgrundstücks. Das Grundbuchamt hat für die Löschung des Nacherbenvermerks auch die Zustimmung der Ersatznacherben, hinsichtlich der noch unbekannteren Ersatznacherben eine Zustimmung eines für diese noch zu bestellenden Pflegers mit betreuungsgerichtlicher Genehmigung verlangt.

Das BayObLG hat dies für nicht notwendig angesehen: Bereits der BGH<sup>37</sup> habe anerkannt, dass eine endgültige Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben mit der Folge vorgenommen werden kann, dass die dem Vorerben übertragenen Gegenstände aus dem Nachlass ausscheiden und damit von der Nacherbeneinsetzung nicht mehr erfasst würden. Aus dieser Rechtsauffassung, der das BayObLG folgt, ergäbe sich, dass durch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Vorerben und dem Nacherben ein Erbschaftsgegenstand aus dem Nachlass herausgenommen werden kann und damit nicht mehr der Nacherbenschaft unterliegt. Da Verfügungen über das Grundstück der Zustimmung des Ersatznacherben nicht bedürften, bestehe auch keine Veranlassung, eine solche für eine Vereinbarung zwischen dem Vorerben und dem Nacherben zu verlangen. Der ansonsten erforderliche Umweg der Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auf einen Dritten mit nachfolgender Rücküberweisung auf den Vorerben nach Löschung des Nacherbenvermerks würde lediglich einen unnötigen Aufwand verbunden mit erheblichen Kosten erfordern.

Die Übertragung des nicht mit der Nacherbenschaft belasteten Eigentums an den Vorerben kommt einer Erbauseinandersetzung nach § 2042 BGB zwischen Vor- und Nacherben<sup>38</sup> zumindest nahe. Die Übertragung eines zur Vorerbschaft gehörenden Gegenstands auf den Vorerben zu freiem Eigentum ist vergleichbar mit der Überführung des Nachlassgegenstands aus dem Gesamthandseigentum der Erbengemeinschaft in ein Alleineigentum. Angesichts der weitreichenden Folgen, die mit dem Eigenerwerb des Vorerben verbunden sind, sollte in der entsprechenden Erbauseinandersetzungsurkunde immer klargestellt werden, dass dieses auch so von den Nacherben gewollt ist und daher die Eintragung eines neuen Nacherbenvermerks nicht in Betracht kommt.

## 7. Minderjährige und Erbauseinandersetzung

### a) Grundsätzliches

#### Beispiel:

G ist mit seinen zwei minderjährigen K1 und K2 Miterbe nach dem Tod von E geworden. Er will wissen, ob er seine Kinder ohne jede Einschränkung bei der Erbauseinandersetzung vertreten kann. Weiter will er wissen, ob entgegen des von E verfügten Auseinandersetzungsverbots ein Kind bei Eintritt der Volljährigkeit die Erbauseinandersetzung verlangen kann.

Wenn ein Miterbe unter Betreuung oder Pflegschaft oder Vormundschaft steht, bedarf der Auseinandersetzungsvertrag als solcher der betreuungs- oder familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 2 BGB, nicht jedoch, wenn Eltern für ihre Kinder handeln (§ 1643 Abs. 1 BGB). Jedoch kann sich die Pflicht zur Erholung der familiengerichtlichen Genehmigung aus den Genehmigungstatbeständen des § 1821 BGB und der § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 BGB ergeben (vgl. § 1643 Abs. 1 BGB), also insbesondere, wenn im Rahmen der Erbauseinandersetzung über Grundstücke verfügt wird.<sup>39</sup>

Sind die Eltern aber selbst oder ein Verwandter von ihnen aus gerader Linie neben den Kindern an der Erbengemeinschaft beteiligt, so können sie nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB ihre

<sup>33</sup> BGH, DNotZ 2001, 392; dazu *Keim*, RNotZ 2005, 368.

<sup>34</sup> Vgl. zu diesen Problemen *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3520 m. w. N.

<sup>35</sup> BGH, DNotZ 2001, 392; *Friedrich*, Rechtsgeschäfte zwischen Vorerben und Nacherben, 1998, 260; eingehend *Chr. Hartmann*, ZEV 2009, 107; *Nieder* in *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 10 Rdnr. 91.

<sup>36</sup> Nach BayObLG, DNotZ 2005, 790 = MittBayNot 2005, 508.

<sup>37</sup> BGH, DNotZ 2001, 392, 394.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu BGH, DNotZ 2001, 392; anderer Ansatz bei *Chr. Hartmann*, ZEV 2009, 107, 110 ff.: Freigabe; für Erbauseinandersetzung aber bereits *Gantzer*, MittBayNot 1993, 67, 68.

<sup>39</sup> *Damrau*, Der Minderjährige im Erbrecht, 2002, Rdnr. 228; *MünchKommBGB/Ann*, § 2042 Rdnr. 38; a. M. *Krug*, (Fn. 7), § 19 Rdnr. 197.

Kinder nicht vertreten; daher ist dann die Bestellung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB) erforderlich. Dabei bedarf jeder Minderjährige eines eigenen Pflegers.<sup>40</sup> Nur wenn die Erbauseinandersetzung völlig unter Beachtung der gesetzlichen Regeln erfolgt, ist die Vertretung mehrerer minderjähriger Erben durch einen gesetzlichen Vertreter zulässig.<sup>41</sup>

Das Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz von 1998 hat in § 1629 a Abs. 4 BGB die Regelung eingeführt, wonach bei einem Minderjährigen, der als Mitglied einer Erbengemeinschaft nicht binnen drei Monaten nach Eintritt der Volljährigkeit die Auseinandersetzung des Nachlasses verlangt, im Zweifel anzunehmen ist, dass die Nachlassverbindlichkeiten erst nach Eintritt der Volljährigkeit entstanden sind, so dass er hinsichtlich dieser Verbindlichkeiten die an sich eintretende Haftungsbeschränkung auf das bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandene Vermögen (§ 1629 a Abs. 1 BGB) nicht mehr geltend machen kann.<sup>42</sup> Daher wird der Eintritt der Volljährigkeit als wichtiger Grund angesehen, um trotz eines Auseinandersetzungsverbots die Erbauseinandersetzung nach §§ 2042 Abs. 2, 749 Abs. 2 Satz 1 BGB verlangen zu können.<sup>43</sup>

## b) Die „verkappte Erbauseinandersetzung“

### Beispiel:

E wird von seiner Ehefrau F zur Hälfte sowie von seinem Sohn S (19 Jahre) und der minderjährigen Tochter T je zu einem Viertel beerbt. Weil noch sehr hohe Darlehensbelastungen vorhanden sind, wird das erbengemeinschaftliche Hausgrundstück verkauft. Da S darauf dringt, den ihm gebührenden Anteil möglichst bald zu erhalten, wird im Rahmen der Zahlungsmodalitäten des Kaufvertrages festgehalten, dass der nicht zur Lastenfreistellung zu verwendende Kaufpreis zu einem Viertel auf sein Konto zu überweisen ist, der Rest auf das Konto der Mutter.

Die Ehefrau F ist hier nicht allein schon deswegen an der Vertretung der minderjährigen Tochter gehindert, weil diese ebenfalls Verkäufer ist. Denn da beide Eigentümer sind, stehen sie beide auf der gleichen Seite, so dass der Ausschlussgrund des §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB allein deswegen hier nicht eingreift. Allerdings handelt es sich nach ganz herrschender Meinung dann um eine Erbauseinandersetzung, wenn der Kaufpreis aus dem Verkauf eines erbengemeinschaftlichen Grundstücks direkt entsprechend den Erbquoten der einzelnen Miterben an diese gezahlt werden soll.<sup>44</sup> Denn nach dieser Zahlung besteht diesbezüglich kein erbengemeinschaftliches Vermögen mehr. Daher liegt in der Veräußerung, mit der zugleich eine Erlösverteilung unter dem Miterben geregelt wird, ein unzulässiges In-sichgeschäft, so dass anstelle des gesetzlichen Vertreters der Minderjährigen ein Ergänzungspfleger bestellt werden muss, der auch für diese beim Abschluss des Kaufvertrags zu handeln hat. Dies muss auch hier gelten, wo es sich um eine personenbezogene Teilerbauseinandersetzung des volljährigen Sohnes handelt.

<sup>40</sup> BGHZ 21, 229; RGZ 93, 334, 336.

<sup>41</sup> BGHZ 21, 229, 231 ff.

<sup>42</sup> Palandt/Diederichsen, § 1629 a Rdnr. 19.

<sup>43</sup> Palandt/Diederichsen, § 1629 a Rdnr. 20; Scherer/Erker/Oppelt, MAH Erbrecht, 3. Aufl. 2010, § 26 Rdnr. 118.

<sup>44</sup> Vgl. DNotI-Report 2002, 107 f.; Brambring/Mutter/G. Müller/Braun in Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2009, J III 1 Anm. 8; siehe auch Lange/Kuchinke, § 44 III 4 c.

## 8. Weiteres

### a) dingliche Surrogation

Mitunter wird der Umfang des betroffenen Nachlasses nicht richtig ermittelt. Dieser kann sich durch Anwendung der Surrogationsvorschrift des § 2041 BGB erweitern oder aber etwa bei Vorhandensein von Beteiligungen an einer Personengesellschaft verringern. Hierbei wird oftmals übersehen, dass dingliche Surrogation nach § 2041 BGB kraft Gesetzes und damit auch „verdeckt“ eintritt und daher im Grundbuch, wenn dieses nicht ausdrücklich berichtet wurde, nicht zu erkennen ist.

### b) Haftungsrisiken bei Vollzug der Erteilung vor Erfüllung aller Nachlassverbindlichkeiten<sup>45</sup>

#### Beispiel:

Nach dem Tod von E haben sich seine Söhne S1 und S2 dahingehend geeinigt, dass im Rahmen der Erbauseinandersetzung S1 den zum Nachlass gehörenden Handwerksbetrieb mit allen „Aktiven und Passiven“ und S2 das Haus am Tegernsee erhält. Kurz nach dem grundbuchamtlichen Vollzug der Auseinandersetzung findet eine Betriebsprüfung statt, aufgrund derer eine Nachforderung wegen einer noch vom Erblasser herrührenden Einkommensteuerschuld von 180.000 Euro festgesetzt wird. Da S1 den Betrieb bereits verkauft und mit dem Erlös ausgewandert ist, verlangt das Finanzamt von S2 die Bezahlung der Steuerschuld und lässt eine Zwangssicherungshypothek eintragen, und zwar nicht auf das Haus am Tegernsee, sondern auf dem S2 schon immer gehörende Eigenheim.

Vor allem die Haftungsrisiken bei der Erbauseinandersetzung werden oftmals verkannt. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Nachlassverbindlichkeiten, die erst später virulent werden, aber zunächst vielleicht gar nicht erkennbar waren, wie etwa Einkommensteuernachzahlungen. Aber es gibt auch Nachlassverbindlichkeiten, die zwar bekannt sind, bei denen die Miterben aber zunächst davon ausgehen, dass sie nicht geltend gemacht werden, wie etwa der Pflichtteilsanspruch von Eltern eines ohne Abkömmlinge vorverstorbenen Kindes.

§ 2046 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmt, dass vor der Aufteilung des Nachlasses unter den Miterben die Nachlassverbindlichkeiten zu erfüllen sind; bei nicht fälligen oder streitigen Nachlassverbindlichkeiten ist das „zur Berichtigung Erforderliche“ zurückzubehalten (§ 2046 Abs. 1 Satz 2 BGB). Nur der Rest ist schon zwischen den Erben zu verteilen. Werden diese Pflichten nicht erfüllt, so drohen erhebliche Risiken: Denn nach § 2062 Hs. 2 BGB kann nach der vollzogenen Erteilung eine Nachlassverwaltung nicht mehr beantragt werden. Diese ist aber das beste Instrument zur Durchführung der erbrechtlichen Haftungsbeschränkung (§ 1975 BGB) bei einem insgesamt noch werthaltigen Nachlass. Nur bei überschuldeten Nachlässen kann auch nach der Teilung noch ein Nachlassinsolvenzverfahren (§§ 317 f. InsO, §§ 1975, 1981 BGB) beantragt und dadurch eine Haftungsbeschränkung herbeigeführt werden; Gleiches gilt, wenn wegen eines „dürftigen Nachlasses“ noch eine Dürftigkeitseinrede erhoben werden kann (§§ 1990, 1991 f. BGB). Ansonsten haften die Miterben nach der Teilung des Nachlasses gesamtschuldnerisch nach § 2058 BGB und ohne die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung, weil sie mit Durchführung der Erbauseinandersetzung die Einrede des nicht geteilten Nachlasses verlieren (§ 2059 BGB). Jeder Miterbe kann also von einem Nachlassgläubiger in voller Höhe in Anspruch genommen werden. Er hat dann zwar gegen die anderen Miterben einen internen Ausgleichsanspruch nach § 426 BGB. Wenn dieser jedoch nicht mehr zu realisieren ist, so geht er leer aus. Und

<sup>45</sup> Anschaulich Krug, ZErB 2000, 15.

die Teilung im Sinne dieser Bestimmungen ist bereits dann vollzogen, wenn ein so erheblicher Teil der Nachlassgegenstände aus dem Gesamthandsvermögen der Miterben in ihr Einzelvermögen überführt wurde, dass die Erbengemeinschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung als Ganzes aufgelöst erscheint.<sup>46</sup>

Um diese Haftungsprobleme zu vermeiden, sind die Nachlassverbindlichkeiten besonders sorgfältig zu ermitteln. In Zweifelsfällen sollte ein Gläubigeraufgebot (§§ 1970 ff. BGB) beim AG durchgeführt werden, das zu einer Haftung pro rata, also einer Haftung jedes Erben nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Nachlassverbindlichkeiten, führt (§ 2060 Nr. 1 BGB). Die gleiche Wirkung hat auch ein „privater Gläubigeraufruf“ nach § 2061 BGB, wenn nicht noch vor Fristablauf eine Forderung angemeldet wird oder die Forderung bei der Teilung bekannt war. Solange das Gläubigeraufgebot noch nicht durchgeführt ist, kann jeder Miterbe verlangen, dass die Erbauseinandersetzung aufgeschoben wird (§ 2045 BGB). Für die noch nicht fälligen und/oder strittigen Nachlassverbindlichkeiten sind zudem ausreichende Mittel zurückzubehalten (§ 2046 Abs. 1 Satz 2 BGB). Über diese Haftungsrisiken sollte der beurkundende Notar belehren (§ 17 Abs. 1 BeurkG), wenn er Anhaltspunkte dafür hat, dass Nachlassverbindlichkeiten vorhanden sind.

### c) Ausgleichungspflichten<sup>47</sup>

#### Beispiel:

E verstirbt 2006 unter Hinterlassung seiner Ehefrau E, mit der er im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt hat, und der Kinder S und T. An ausgleichspflichtigen Zuwendungen haben erhalten:

S im Jahre 1985 Aktien im Wert von 65.000 Euro; unter Berücksichtigung des seitdem eingetretenen Kaufpreiserfalls ergibt sich ein indexierter Wert von 136.000 Euro, T im Jahre 1993 ein Grundstück im Wert von 40.000 Euro, mit einem indexierten Wert von nun 52.000 Euro. Der Wert des hinterlassenen Nachlasses beträgt 200.000 Euro.

Aufgrund der Vorschriften über die Ausgleichung von Vorempfängen nach den §§ 2050 ff. BGB ergibt sich:

Reinnachlass	200.000 Euro
Abzüglich Erbteil der E	<u>100.000 Euro</u>
Unter den Kindern zu verteilender Nachlass	100.000 Euro
Ausgleichsnachlass	100.000 Euro
Zuzüglich indexierter Vorempfänge	
– S	136.000 Euro
– T	<u>52.000 Euro</u>
	288.000 Euro
Teilungsanspruch S, unter Ansatz seines gesetzlichen Erbteils am Ausgleichsnachlass (= 1/2)	144.000 Euro
abzüglich Vorempfang	<u>136.000 Euro</u>
	<u>8.000 Euro</u>
Teilungsanspruch T, unter Ansatz ihres gesetzlichen Erbteils am Ausgleichsnachlass	144.000 Euro
abzüglich Vorempfang	<u>52.000 Euro</u>
	<u>92.000 Euro</u>

Demnach erhalten

– E	100.000 Euro
– S	8.000 Euro
– T	92.000 Euro.

Vielfach wird bei der Erbauseinandersetzung zu wenig berücksichtigt, dass die §§ 2050 ff. BGB bei der Erbauseinandersetzung zu beachten sind. Danach sind Abkömmlinge, die als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen, verpflichtet, dasjenige, was sie vom Erblasser als ausgleichungspflichtige Zuwendung zu dessen Lebzeiten erhalten haben, bei der Auseinandersetzung untereinander zur Ausgleichung zu bringen, soweit der Erblasser nichts anderes angeordnet hat. Dies gilt auch bei einer gewillkürten Erbfolge, die der gesetzlichen entspricht (§ 2052 BGB). Die Ausgleichungspflicht besteht dabei zum einen bezüglich solcher Zuwendungen unter Lebenden, bei denen der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung ausdrücklich angeordnet hat (§ 2050 Abs. 3 BGB). Zum anderen sind Ausstattungen (§ 1634 BGB) sowie die in § 2050 Abs. 2 BGB näher bezeichneten Zuschüsse und Aufwendungen kraft Gesetzes ausgleichungspflichtig. Allerdings kann hinsichtlich der kraft Gesetzes ausgleichungspflichtigen Vorempfänge der Erblasser die Ausgleichungspflicht für die Erbauseinandersetzung ausschließen, und zwar auch, wenn diese an sich zunächst einmal bereits bestand.<sup>48</sup> Jedoch kann dies nicht zum Nachteil der Pflichtteilsberechtigten (§ 2316 Abs. 3 BGB), deren Pflichtteil sich durch solche Zuwendungen an andere bereits unwiderruflich erhöht hat, geschehen.

Der sich unter Beachtung dieser Vorempfänge ergebende Auseinandersetzungsanspruch kann dabei wesentlich von dem Erbteil abweichen, der im Erbschein als Erbquote ausgewiesen ist. Daher ist die Kenntnis und Beachtung dieser Bestimmungen von großer praktischer Bedeutung. Bei der praktischen Durchführung der Ausgleichungspflichten ergeben sich regelmäßig erhebliche Probleme: Zum einen ist die gesetzliche Regelung sehr schwierig und kompliziert. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass oftmals Beweisschwierigkeiten auftreten. Weiter ist zu beachten, dass derartige Ausgleichungspflichten auch Einfluss auf die Höhe des Pflichtteils haben können, weil dieser ebenfalls unter Berücksichtigung der §§ 2050 ff. BGB zu bestimmen ist, wie sich aus der Regelung des § 2316 BGB über den Ausgleichspflichtteil ergibt. Zudem gibt es Zuwendungen, die nach § 2315 BGB auf den gesetzlichen Pflichtteil anzurechnen sind. Auch diese Bestimmungen beeinflussen daher die Höhe des Pflichtteilsanspruches und sind bei der nach § 2046 BGB vorrangig durchzuführenden Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten zu berücksichtigen.

Zur Berechnung der Ausgleichspflichten kann man die sog. „Planck'sche Formel“ verwenden.

$$AE = \frac{N + Z}{Q} - T$$

Dabei ist AE der Ausgleichserbteil des betreffenden Kindes, N der bei der gesetzlichen Erbfolge auf die ausgleichungspflichtigen Abkömmlinge entfallende Nachlassanteil (also bereinigt um den auf den Ehegatten oder andere nicht ausgleichungsbeteiligte Personen entfallenden Teil), Z die Summe sämtlicher ausgleichungspflichtiger Zuwendungen an die Abkömmlinge, Q die Zahl der mitzuzählenden

<sup>46</sup> MünchKommBGB/Ann., § 2059 Rdnr. 4.

<sup>47</sup> Ausführlich dazu Krug (Fn. 7), § 19 Rdnr. 110 ff.

<sup>48</sup> Bei der nachträglich Beseitigung der bereits eingetretenen Ausgleichungspflicht bedarf es allerdings hierfür einer Verfügung von Todes wegen; eingehend dazu J. Mayer, ZEV 1996, 441.

Abkömmlinge und T der Wert der von dem betreffenden Abkömmling auszugleichenden Zuwendung. Dabei ist zu beachten, dass die Ausgleichung kollektiv durchzuführen ist, indem alle Zuwendungen für die Ausgleichungsberechnung dem Nachlass hinzugerechnet werden. Andererseits findet aber die Ausgleichung nur zwischen den Abkömmlingen statt, die als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen. Daher nimmt der Ehegatte an der Ausgleichung nicht teil und der ihm zukommende Anteil am Nachlass scheidet von vornherein aus der Ausgleichungsberechnung aus (§ 2055 Abs. 1 Satz 2 BGB). Weiter ist zu berücksichtigen, dass bei der Berechnung der Wert zum Zeitpunkt der Zuwendung anzusetzen ist (§ 2055 Abs. 2 BGB), jedoch ist der zwischenzeitlich eingetretene Kaufkraftschwund zu berücksichtigen („Indexierung“), allerdings nach der Rechtsprechung des BGH nur bis zum Erbfall, nicht aber bis zur Erbauseinandersetzung.<sup>49</sup>

#### d) Abgrenzung von Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung

Insbesondere bei eigenhändigen Testamenten ist eines der Standardprobleme, ob die vom Erblasser getroffene Anordnung für die Erbauseinandersetzung eine auf den Erbteil anzurechnende Teilungsanordnung ist (§ 2048 BGB), insbesondere weil eine Erbeinsetzung nach Vermögensgruppen mit entsprechender Teilungsanordnung vorliegt, oder ob es sich um ein nicht ausgleichspflichtiges Vorausvermächtnis nach § 2150 BGB handelt. Aber auch bei einem notariellen Testament oder Erbvertrag kann dieses Abgrenzungs- und Auslegungsproblem entstehen, denn nach der neueren Rechtsprechung zur Auslegung der Verfügungen von Todes wegen sind auch scheinbar klare Begriffe der Auslegung zugänglich, wenn der Erblasser diese in ihrer wahren Bedeutung verkannt hat.

Bei der Einordnung derartiger Anordnungen ist daher bei der Erbauseinandersetzung besondere Sorgfalt zu verwenden, um Haftungsgefahren zu vermeiden. Dabei ist allerdings festzustellen, dass die Abgrenzung oftmals sehr schwierig sein kann und durch Auslegung zu ermitteln ist. Grundsätzlich gilt, dass ein Vorausvermächtnis vorliegt, wenn einem Erben oder Miterben zusätzlich zu seinem Erbteil ein Vermögensvorteil zugewandt wird, der – im Gegensatz zur Teilungsanordnung – nicht auf seinen Erbteil angerechnet wird.

Die wesentlichen Unterschiede zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis empfiehlt es sich, immer wieder vor Augen zu halten:<sup>50</sup> Das Vorausvermächtnis gewährt dem begünstigten Erben einen nicht ausgleichspflichtigen Mehrwert zusätzlich zu seinem Erbteil, während bei der Teilungsanordnung der Bedachte den übrigen Miterben wegen eines über seinen Erbteil hinausgehenden Mehrwerts einen Wertausgleich leisten muss, ggf. auch aus seinem eigenen Vermögen. Zudem liegt bei einem Vorausvermächtnis ein von der Erbeinsetzung unabhängiger Geltungsgrund vor, weshalb eine getrennte Ausschlagung von Erbschaft und Vorausvermächtnis möglich ist. Demgegenüber konkretisiert die Teilungsanordnung gleichsam die im konkreten Einzelfall getroffene Erbenstellung und kann daher nicht getrennt ausgeschlagen werden. Dementsprechend kann der durch eine Teilungsanordnung Begünstigte die Übernahme des ihm dadurch zugewiesenen Gegenstandes grundsätzlich nicht verweigern, während ein Vorausvermächtnis ohne weiteres ausgeschlagen werden kann. Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Vorausver-

mächtnis eine Nachlassverbindlichkeit ist. Diese ist daher bereits vor der Erbauseinandersetzung zu erfüllen (§ 2046 BGB), während die Teilungsanordnung ihre Wirkung erst bei der Auseinandersetzung entfaltet.

Für die Unterscheidung zwischen Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung stellt der BGH, anders als das RG, nun nicht mehr darauf ab, ob die Zuwendung auf den Erbteil des Bedachten angerechnet werden soll, sondern ob der Erblasser den Bedachten gegenüber den anderen Miterben begünstigen will, insbesondere weil er ihm einen besonderen Vermögensvorteil zuwenden möchte. Dabei kann ein dem Erblasser bekannter objektiver Vermögensvorteil Indiz für das tatsächliche Vorliegen des entsprechenden Begünstigungswillens sein.<sup>51</sup> Bei einem dem wahren Wert entsprechenden Übernahmepreis kann der Vermögensvorteil schon in der Einräumung des Gestaltungsrechts selbst liegen.<sup>52</sup> Und selbst wenn der Wert der Zuwendung auf den Erbteil anzurechnen ist und es daher an einer wertmäßigen Begünstigung fehlt, kann nach dem BGH dennoch ein Vorausvermächtnis vorliegen: Will der Erblasser einen bestimmten Gegenstand einem Miterben auch für den Fall zuwenden, dass er das Erbe ausschlägt oder aus anderen Gründen nicht Erbe wird, so liegt ein von der Erbeinsetzung unabhängiger Geltungsgrund selbst dann vor, wenn das Vermächtnis die Erbquote wertmäßig nicht verschiebt, sondern auf die Erbquote anzurechnen ist.<sup>53</sup>

#### e) Sicherung des Austauschverhältnisses

Besondere Sorgfalt ist auf die Sicherung des Austauschverhältnisses zu verwenden, insbesondere wenn Gegenleistungen vereinbart werden. Dabei ist der Notar aufgrund der sog. erweiterten Belehrungspflicht aus seiner allgemeinen Betreuungsverpflichtung analog § 24 BNotO gegenüber allen Vertragsparteien verpflichtet darauf hinzuwirken, dass keiner der Vertragsteile eine ungesicherte Vorleistung erbringt.<sup>54</sup> Der Notar hat dabei nicht nur auf die damit verbundenen Gefahren hinzuweisen, sondern auch Möglichkeiten zu deren Vermeidung aufzuzeigen; gegebenenfalls muss er hinsichtlich entsprechender Sicherungsvorkehrungen, soweit er solche selbst nicht kennt, aber diese nicht ausschließen kann, auch weitere Erkundigungen einziehen.<sup>55</sup> Es trifft ihn daher eine „doppelte“ Belehrungspflicht.

Daher ist grundsätzlich die Erbringung der vereinbarten Gegenleistungen nach den in der Notarpraxis entwickelten Grundsätzen zu sichern: die Bezahlung von Geldabfindungen durch entsprechende notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO; soweit die Erbauseinandersetzung nicht bereits als solche beurkundungspflichtig ist, kann es dennoch bei hohen Zahlungsverpflichtungen

<sup>49</sup> BGHZ 96, 174, 180 f. = DNotZ 1986, 539; eingehend dazu *Krug*, ZEV 2000, 41; a. A. etwa *AnwK-BGB/Eberl-Borges*, § 2055 Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Ann*, § 2055 Rdnr. 12 m. w. N.

<sup>49</sup> BGHZ 96, 174, 180 f. = DNotZ 1986, 539; eingehend dazu *Krug*, ZEV 2000, 41; a. A. etwa *AnwK-BGB/Eberl-Borges*, § 2055 Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Ann*, § 2055 Rdnr. 12 m. w. N.

<sup>50</sup> Vgl. etwa *Krug* (Fn. 7), § 19 Rdnr. 96 ff.; *Palandt/Edenhofer*, § 2048 Rdnr. 5 ff.; *AnwK-BGB/J. Mayer*, § 2150 Rdnr. 10 ff.

<sup>51</sup> BGHZ 36, 115, 117 f. = NJW 1962, 343 = LM § 2084 Nr. 4 m. Anm. *Mattern*; BGH, DNotZ 1998, 832 = NJW 1998, 682; NJW-RR 1990, 1220 = FamRZ 1990, 1112; FamRZ 1987, 475; NJW 1985, 51, 52 = FamRZ 1984, 688; OLG Nürnberg, MDR 1974, 671; OLG Braunschweig, ZEV 1996, 69 m. Anm. *Kummer*.

<sup>52</sup> BGHZ 36, 115, 117 f.; krit. dagegen *Grunsky*, JZ 1963, 250, 251; *Eidenmüller*, JA 1991, 150, 152 f.

<sup>53</sup> BGH, MittBayNot 1995, 144 = ZEV 1995, 144, 145 f. m. Anm. *Skibbe* (unter Bezug auf BGHZ 36, 115, 117 f.; *Bürger*, MDR 1986, 445 ff., der von einem „Sonderungswillen“ spricht); zustimmend *Leipold*, JZ 1996, 287, 295; dagegen warnt *MünchKommBGB/Schlichting*, § 2150 Rdnr. 7 vor einer „Absolutierung dieses Kriteriums“; ähnlich aber jetzt OLG Düsseldorf, ZEV 1996, 72 m. Anm. *Stein* = FamRZ 1996, 444.

<sup>54</sup> Vgl. dazu BGH, DNotZ 1995, 407; DNotZ 2004, 841; dazu etwa *Bernhard* in *Beck'sches Notar-Handbuch*, 5. Aufl. 2009, G Rdnr. 127 ff.

<sup>55</sup> BGH, DNotZ 1998, 637 m. Anm. *Reithmann*.

angezeigt sein, wenigstens diese Zwangsvollstreckungsunterwerfung beurkunden zu lassen. Weiter sollte sichergestellt werden, dass der Veräußerer das Eigentum an dem ihm bislang (wenn auch in Gesamthandseigentum) gehörenden Grundbesitz erst verliert, wenn er seine Abfindung vollständig bekommen hat;<sup>56</sup> handelt es sich um langfristige Zahlungsverpflichtungen, kommt alternativ vor allem die Eintragung einer entsprechenden Sicherungshypothek in Betracht. Bei der Abtretung von Rechten und Forderungen ist eine entsprechende aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) zu vereinbaren, die erst mit Erbringung der Gegenleistung wirksam wird. Werden Spar- und Wertpapierguthaben einem oder einzelnen Miterben zugewiesen, ist zur praktischen dinglichen Umsetzung daran zu denken, entsprechende Vollmachten zur Regelung bei den Banken und Kreditinstituten zu erteilen.

Weiter sollte sichergestellt werden, dass hinsichtlich des gesamten auseinandergesetzten Nachlasses die dingliche Rechtsänderung bezüglich aller den einzelnen Miterben zu Alleineigentum zugewiesenen Gegenstände erst zum gleichen Zeitpunkt eintritt, so dass etwa wegen des grundbuchamtlichen Vollzugs ein Teilvollzug ausgeschlossen ist.

Soweit noch eines der Elternteile an dem auseinander zu setzenden Nachlass beteiligt ist, wird oftmals übersehen, dass dieser häufig keinen seinem Erbteil entsprechenden Gegenwert im Rahmen der Erbauseinandersetzung erhält. Daher handelt es sich insoweit um eine gemischte Schenkung, die wiederum nach seinem Tod einen Pflichtteilergänzungsanspruch auslösen kann. Dies kann durch einen entsprechenden Pflichtteilsverzicht vermieden werden, was in diesen Fällen auch geschehen sollte, denn den Beteiligten ist diese „juristische Falle“ meist nicht bewusst.

## 9. Steuerliche Gefahren der Erbauseinandersetzung

### a) Ertragsteuern<sup>57</sup>

Bei einer Erbauseinandersetzung können erhebliche steuerliche Gefahren entstehen. Dies gilt insbesondere, wenn steuerverstricktes Betriebsvermögen zum Nachlass gehört oder wenn die Erbauseinandersetzung ein privates Veräußerungsgeschäft i. S. v. § 23 EStG ist.

Der maßgebliche Steuererlass ist der des Bundesministers der Finanzen (BMF) vom 14.3.2006<sup>58</sup> zur „ertragsteuerlichen Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung“.<sup>59</sup> Er behandelt zwar direkt nur die Erbauseinandersetzung, zeigt aber auch die bei einer Vermächtniserfüllung auftretenden Einkommensteuerprobleme auf. Der Inhalt lässt sich wie folgt kurz zusammenfassen:<sup>60</sup>

1. Erbfall und Erbauseinandersetzung bilden – wie auch im Zivilrecht – für die Einkommensteuer getrennt zu beurteilende Vorgänge und keine rechtliche Einheit (Tz. 2).
2. Demnach erzielen die Erben eigene, selbst zu versteuernde Einkünfte; auch bei baldiger Erbauseinandersetzung sind sie Mitunternehmer (Tz. 1, 2).

<sup>56</sup> Zu den Sicherungsmöglichkeiten siehe etwa *Brambring* in Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl., A I Rdnr. 180 ff.

<sup>57</sup> Dazu etwa *Reich*, MittBayNot 2007, 280.

<sup>58</sup> BStBl I, S. 253 = MittBayNot 2007, 254 = ZEV 2006, 154 m. Anm. *Hannes*.

<sup>59</sup> Daneben spielt auch der sog. Realteilungserlass des BMF vom 28.3.2006, DStR 2006, 426 = BB 2006, 658 eine Rolle, auf den des Öfteren verwiesen wird, vgl. etwa Tz. 12 und 13.

<sup>60</sup> Vgl. *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2002, Rdnr. 519 zu dem diesbezüglich früher einschlägigen Erlass der Finanzverwaltung.

3. Bezüglich der laufenden Einkünfte wird eine auf den Erbfall rückwirkende Zurechnung dann anerkannt, wenn die entsprechende rechtsverbindliche Erbauseinandersetzungvereinbarung innerhalb von sechs Monaten erfolgt (Tz. 7, 8, 9).

4. Eine Realteilung des Nachlasses ohne Abfindungszahlungen ist bei Betriebs- und Privatvermögen ein unentgeltlicher Vorgang, bei dem keine Veräußerungsgewinne und aber auch keine Anschaffungskosten entstehen (Tz. 10–36). Anders liegt es aber, wenn der Nachlass real geteilt wird und ein Miterbe wertmäßig mehr erhält, als ihm seiner Erbquote nach zusteht und er für dieses „Mehr“ an seine Miterben eine Abfindung zahlt. Dies führt seitens des Erwerbers in Höhe der Abfindungszahlung zu Anschaffungskosten, seitens des abgebenden Miterben aber zu einem (bei Betriebsvermögen einkommensteuerpflichtigen) Veräußerungserlös (Tz. 14 ff.).

5. Dadurch, dass die Realteilung auf einer Teilungsanordnung des Erblassers beruht, ergeben sich keine Besonderheiten (Tz. 67, 68).

6. Das Vermächtnis hinsichtlich eines einzelnen Wirtschaftsguts des Betriebsvermögens (nicht aber ein Unternehmensvermögen) führt zu einem von den Erben zu versteuernden Entnahmegewinn (Tz. 60).

7. Ist Gegenstand eines Sachvermögens aber ein ganzer Betrieb (mit allen Aktiven und Passiven), so erzielt der Erbe durch die Vermächtniserfüllung grundsätzlich keinen Veräußerungs- oder Aufgabegewinn. Der Vermächtnisnehmer führt die Buchwerte nach § 6 Abs. 3 EStG fort (Tz. 61). Die bis zur Vermächtniserfüllung anfallenden Einkünfte sind grundsätzlich den Erben zuzurechnen (siehe oben Nr. 1).

8. Ein Vermächtnis führt abweichend hiervon dann zu einem Veräußerungserlös des Erben, wenn der Vermächtnisnehmer für den Erwerb des vermachten Gegenstandes eine Gegenleistung zu erbringen hat, sog. Kaufrechtsvermächtnis (Tz. 63, S. 3).

9. Die Grundsätze nach Nr. 6–8 gelten auch für ein Vorausvermächtnis (Tz. 64, 65). Wird in Erfüllung eines Vorausvermögens ein Einzelwirtschaftsgut aus dem Betriebsvermögen der Erbengemeinschaft in ein anderes Betriebsvermögen eines Miterben überführt, besteht nach § 6 Abs. 5 EStG die Pflicht zur – gewinnneutralen – Buchwertfortführung (Tz. 65 mit Beispiel 26).

Da Abfindungszahlungen bei einer Realteilung des Nachlasses hinsichtlich des Betriebsvermögens beim Empfänger zu einem steuerpflichtigen Veräußerungserlös führen, sollten derartige Situationen vermieden werden. Dies ist insbesondere dann zu beachten, wenn wegen einer größeren Differenz zwischen den Buchwerten und dem wahren Wert die Aufdeckung „stiller Reserven“ droht. Dies lässt sich aber gerade bei einer Testamentserrichtung lange vor dem Erbfall kaum konkret vorhersagen, jedoch ist mit dieser Gefahr bei Vorhandensein von höherwertigen Anlagegütern immer zu rechnen.

Gleiches gilt für die Anordnung entsprechender echter Teilungsanordnungen, die eben zu keiner wertverschiebenden Nachlasszuordnung führen, sondern zu einer vollen Anrechnung auf die zugewandte Erbquote, und damit u. U. zu wertkompensierenden Ausgleichszahlungen.

### Beispiel:<sup>61</sup>

E1 und E2 sind je zur Hälfte die Erben. Zum Nachlass gehören zwei Teilbetriebe; das Teilbetriebsvermögen BV1 hat einen Wert von 2 Mio. €, und einen Buchwert von 200.000 €.

<sup>61</sup> Vgl. dazu das Beisp. 4 in Tz. 17 des BMF Schr. vom 14.3.2006.

Teilbetriebsvermögen BV2 hat einen Verkehrswert von 1,6 Mio. €, einen Buchwert von 160.000 €. Im Wege der Erbauseinandersetzung erhält E1 das Teilbetriebsvermögen BV1 und E2 das Teilbetriebsvermögen BV2. Weiter verpflichtet sich E1 zu einer Abfindungszahlung an E2 in Höhe der Wertdifferenz von 200.000 €.

Daraus folgt: Der Nachlasswert beträgt 3,6 Mio. €. Daran ist E1 erbmäßig mit 1,8 Mio. € beteiligt. Da er aber im Rahmen der Erbauseinandersetzung 2,0 Mio. € erhält, also 200.000 € mehr, zahlt er diesen Betrag für  $\frac{1}{10}$  des Betriebsvermögens BV1, das er mehr erhält. E1 erwirbt  $\frac{9}{10}$  des Betriebsvermögens unentgeltlich,  $\frac{1}{10}$  entgeltlich. Auf diese entfällt ein Buchwert von 20.000 € ( $\frac{1}{10}$  von 200.000 €), so dass er die Aktivwerte um 180.000 € aufstocken muss und E2 einen als laufenden Gewinn zu versteuernden Veräußerungsgewinn von 180.000 € (200.000 € Abfindung./20.000 € anteiliger Buchwert) zu versteuern hat. Erzielte er im Veranlagungszeitraum kein anderes steuerpflichtiges Einkommen und konnte er andererseits keine Werbungs- oder sonstigen Kosten steuermindernd geltend machen, so musste er im Jahre 2009 65.424 € Einkommensteuer bezahlen (also ohne Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer)!

Steuervermeidungsstrategien sind dann nicht so leicht, wenn der Erblasser eine völlige wertmäßige Gleichstellung der Erben möchte. Dann wäre die Erbeinsetzung so zu strukturieren, dass sich die erbquotenmäßige Beteiligung (laut Erbschein) und die wertmäßig gegenständliche Beteiligung, die sich aufgrund der Erbauseinandersetzung/Teilungsanordnung ergibt, genau entsprechen. Erkennt man anlässlich der Erbauseinandersetzung erst eine derartige Gefahr, so ist zu überlegen, ob sich nicht eine einvernehmliche Ersatzlösung realisieren lässt.

## b) Erbschaftsteuer

### Beispiel:

E hatte immer wieder erklärt, dass sein Sohn S einmal der Haupterbe sein soll und insbesondere das Familienwohnheim erhält, in dessen Ausbau und Instandsetzung dieser schon viel eigene Mittel investiert hat. Zur Testamenterrichtung kommt es jedoch nicht mehr; es tritt gesetzliche Erbfolge ein. Erben sind S und seine Schwester T je zur Hälfte. Diese will jedoch den letzten Willen ihres Vaters, mag er auch nicht formwirksam niedergelegt sein, respektieren. Sie erklärt, dass sie von ihrem Bruder im Rahmen der Erbauseinandersetzung für die Überschreibung ihres Hausanteils an ihren Bruder nur einen „Anerkennungsbetrag“ von 15.000 € haben möchte; tatsächlich beträgt der der Schenkungsteuer zugrunde zu legende Wert 150.000 €.

Erbfall und spätere Erbauseinandersetzung sind nicht nur zivilrechtlich, sondern auch erbschaftsteuerrechtlich zwei völlig getrennte Vorgänge. Während für den Erwerb des S von seinem Vater aufgrund des Erbfalls der gesetzliche Freibetrag der Kinder von 400.000 € im vorliegenden Fall völlig ausreichen dürfte, stellt das großzügige Verhalten der Schwester T im Rahmen der Erbauseinandersetzung eine (teilweise) freigiebige Zuwendung i. S. d. § 7 ErbStG dar. Der bei Zuwendungen zwischen Geschwister bestehende Freibetrag von 20.000 € (Steuerklasse II, § 16 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG) reicht hier bei weitem nicht aus. Selbst wenn daher zwischen den Geschwistern Einigkeit besteht den formunwirksam erklärten Willen der Eltern zu erfüllen, so kann sich das Unterlassen der Errichtung einer wirksamen Verfügung von Todes wegen schon aus schenkungsteuerrechtlichen Gründen „rächen“.

Überraschenderweise ist man allerdings im Erbschaftsteuerrecht mit der Anerkennung des letzten Willens viel groß-

zügiger als im Zivilrecht. So ist die Unwirksamkeit einer Verfügung für die Besteuerung unerheblich, soweit die Beteiligten das wirtschaftliche Ergebnis der Verfügung gleichwohl eintreten und bestehen lassen. Allerdings wird vorausgesetzt, dass überhaupt eine, wenn auch unwirksame Verfügung von Todes wegen getroffen wurde. Dafür kommt aber auch eine mündliche Erklärung des Erblassers in Frage, mit der er Anordnungen für seinen Todesfall trifft, und zwar auch dann, wenn er sich der Unwirksamkeit bewusst war.<sup>62</sup>

## 10. Ausgestaltung des Erbauseinandersetzungsvertrages

Inhaltlich bereitet der Erbauseinandersetzungsvertrag im Allgemeinen keine besonderen juristischen Schwierigkeiten. Dagegen bedarf es zu seiner Vorbereitung meist gründlicher Vorarbeiten. Dabei sollten die Beteiligten auf die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Erbauseinandersetzung hingewiesen werden, insbesondere auf die Haftungsgefahren, wenn die Erbauseinandersetzung vor Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten erfolgt, und dass bestehende Ausgleichspflichten nach den §§ 2050 ff. BGB zu einem von den zunächst ermittelten Erbquoten völlig abweichenden Ergebnis führen können. Dass diese Hinweise geschehen sind ist zu dokumentieren, wobei dies auch durch die inhaltliche Ausgestaltung der Erbauseinandersetzungsurkunde geschehen kann, etwa in dem die Beteiligten versichern, dass keine Nachlassverbindlichkeiten mehr vorhanden sind und keine ausgleichspflichtigen Vorempfänge erfolgten.

Zur Vorbereitung der Urkunde empfiehlt es sich grundsätzlich, sich den Erbschein vorlegen zu lassen: Zwar ist die Erbauseinandersetzung kein „Verkehrsgeschäft“, so dass ein gutgläubiger Erwerb nach den §§ 2366, 2367 BGB nicht in Betracht kommt.<sup>63</sup> Soweit sich jedoch die Auseinandersetzung auf Grundbesitz bezieht, ist zum Grundbuchamtlichen Vollzug ein entsprechender Erbnachweis notwendig. Hierfür kommt allerdings auch eine der Erbfolge zugrundeliegende öffentlich beurkundete Verfügung von Todes wegen und das entsprechende Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichts in Betracht (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1. BGB). Im Übrigen ist zu beachten, dass wenn es auch äußerst umstritten ist, inwieweit die Vermutungswirkung des Erbscheins in einem Streit zwischen Erbanwärtern reicht,<sup>64</sup> in der Praxis dem Erbschein doch eine nicht zu unterschätzende Bedeutung beigemessen wird.

Soweit möglich, sollte auch der einschlägige Nachlassakt eingesehen werden. Auch wenn die für die Gebührenbewertung eingereichten Nachlassverzeichnisse oftmals nicht immer sehr sorgfältig ausgefüllt werden, kann ihnen doch mitunter der eine oder andere nützliche Hinweis zu entnehmen sein. Dies gilt insbesondere, wenn sich im Nachlassakt eine Kopie der Anzeige der Banken über die hinterlassenen Guthaben und Konten nach § 33 Abs. 1 ErbStG befindet oder das Nachlassgericht den Grundbesitz des Erblassers für die Gebührenbewertung sorgfältig ermittelt hat. Auch finden sich nicht selten Anfragen von Gläubigern über den Stand des Nachlassverfahrens, so dass man dadurch bereits auf etwa bestehende problematische Nachlassverbindlichkeiten hingewiesen wird. Des Weiteren ist regelmäßig eine sorgfältige Recherche beim

<sup>62</sup> Gebel in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, Stand 31.7.2009, § 3 Rdnr. 57 m. w. N.; Meincke, ErbStG, 14. Aufl., 2004, § 3 Rdnr. 28 f.; BFH, BStBl II 1974, S. 340 = DStR 1974, 288; FG München, Urteil vom 2.2.1994, 4 K 3425/89; a. M. BFH, DB 1953, 636.

<sup>63</sup> MünchKommBGB/J. Mayer, § 2366 Rdnr. 11.

<sup>64</sup> MünchKommBGB/J. Mayer, § 2365 Rdnr. 21 ff.

Grundbuchamt und im Handelsregister erforderlich, zumindest was den Bereich des letzten Wohnsitzes des Erblassers betrifft.

Inhaltlich sollte bezüglich etwaiger Rechts- und Sachmängel die gesetzliche bestehende Anwendung der strengen kaufrechtlichen Regelungen regelmäßig abbedungen und das Austauschverhältnis hinsichtlich der gegenseitig zu erbringenden Leistungen sachgerecht gesichert werden.<sup>65</sup> Bei einer Teilaus- einander- setzung sollte geregelt werden, in welchem Verhältnis die heutigen Vereinbarungen zur endgültigen Erbausein-

ander- setzung stehen. Weiter sollte klar bestimmt werden, wann Besitz, Nutzen und Lasten auf den jeweiligen Erwerber des zugewiesenen Nachlasses übergehen, was insbesondere steuerlich wichtig sein kann. Durch eine Abschlussklausel, wie sie etwa auch bei Scheidungsvereinbarungen üblich ist, sollte klargestellt werden, dass insbesondere hinsichtlich der häufig streitigen Fragen des Aufwendungs- und Nutzung- sersatzes weitergehende Ansprüche, soweit sie in der Urkunde nicht ausdrücklich geregelt werden, ausgeschlossen sind.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Zutr. *Burandt* (Fn. 5), § 18 Rdnr. 191.

<sup>66</sup> Vgl. dazu auch *Burandt* (Fn. 5), § 18 Rdnr. 190.

### Checkliste zur Erbauseinandersetzung<sup>67</sup>

#### 1. Beteiligte:

Soweit ein Testamentsvollstrecker vorhanden ist: Dieser ist grundsätzlich zur alleinigen Auseinandersetzung befugt (§§ 2203, 2204 BGB), sofern diese nicht ausdrücklich seinem Aufgabenbereich entzogen ist (§§ 2208, 2209 BGB); daneben muss der Erwerber der jeweils zugewiesenen Nachlassgegenstände mitwirken. Im Übrigen: Mitwirkung aller Erben, einschließlich der Nacherben (zur Ausnahme s. o., 6 a) erforderlich, jedoch nicht der Ersatznacherben. Ist der Erbteil an einen Gläubiger verpfändet, so muss er dem Vertrag zustimmen (§§ 1273 Abs. 2, 1258 Abs. 2 BGB).

#### 2. Art der Erbauseinandersetzung: Teilaus- einander- setzung, Vollständige Auseinandersetzung.

#### 3. Formbedürftigkeit der Erbauseinandersetzung: Soweit Grundstücke betroffen, § 311 b Abs. 1 BGB; bei Geschäftsanteilen einer GmbH § 15 GmbHG.

#### 4. Gegenstand der Erbauseinandersetzung:

- Grundstück: Voreintragung des Erblassers (§ 39 GBO); Nachweis der Erbfolge? – Erbschein, notarielle Verfügung von Todes wegen? Eintragung der Erbfolge erforderlich?
- Gesellschaftsbeteiligungen: erbrechtliche Sonderer- folge kraft (einfacher oder qualifizierter) Nachfolge- klausel
- Surrogation nach § 2041 BGB eingetreten?
- Betriebsvermögen? Steuerliche Besonderheiten?

#### 5. Inhalt

- Erblasser- anordnungen zu berücksichtigen?
- Ausein- dersetzung- verbote?
- Vorausver- mächtnisse, Teilungs- anordnungen, Nachlass- verbindlichkeiten berichtigt?
- Ausgleichungs- pflichten berücksichtigt?
- Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten
- Regelung zu Sach- und Rechts- mängeln
- Bei Teilaus- einander- setzung Regelung, in welchem Verhältnis die heutigen Vereinbarungen zur endgül- tigen Erbausein- dersetzung stehen
- Sicherung des Austausch- verhältnisses (siehe oben 8e).
- Dingliches Vollzug- geschäft: Auflassung/Grund- buchumschreibung, Abtretung von Rechten, insbe- sondere bezüglich Spar- und Wertpapierguthaben
- Abschluss- klausel
- Zustimmung- s- erfordernisse, etwa nach § 1365 BGB
- Genehmigungen, etwa nach § 2 GrdStVG

#### 6. Vollzug der Urkunde

- Vorliegen der zum grundbuchamtlichen Vollzug erforderlichen Genehmigungen?
- Grunderwerb- steuer – regelmäßig Befreiung nach § 3 Nr. 3 GrEStG

#### 7. Notarkosten: doppelte Gebühr (<sup>20/10</sup>); Geschäftswert aus dem Gesamtwert des auseinandergesetzten Vermögens, ohne jeden Schuldenabzug (§§ 38 Abs. 1 Satz 1, 18 Abs. 3 KostO); jedoch Kostenermäßigung bei Vorliegen eines landwirtschaftlichen Betriebs nach § 19 Abs. 4 KostO.

<sup>67</sup> Im Anschluss an *Bengel/Reimann* in Beck'sches Notar-Handbuch (Fn. 8), C Rdnr. 226; vgl. auch *G. Müller/Braun* (Fn. 44), J III 1.

# Verträge im Zusammenhang mit Baulandausweisungen und Bauplatzveräußerungen

## – Übersicht über neue Gerichtsentscheidungen –

Von Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

Städtebauliche Verträge im Zusammenhang mit einer Baulandausweisung und bei späteren Bauplatzveräußerungen haben die Vorschriften des nationalen und europäischen Rechts zu beachten. Aus neueren Gerichtsentscheidungen ergeben sich zudem weitere Vorgaben für die Vertragsgestaltung.

### I. Vereinbarungen zur Baulandausweisung und Kostentragung

#### 1. Planungsverpflichtung, Abbruch der Planung und Kostenerstattung

Im Zusammenhang mit Bauleitplanverfahren haben Investoren das Interesse, dass die Planung mit einem bestimmten Inhalt rechtsverbindlich wird. Ein Anspruch auf Aufstellung oder Änderung von Bauleitplänen kann jedoch vertraglich nicht begründet werden (§ 1 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BauGB). Dies gilt auch gegenüber einer anderen Gebietskörperschaft<sup>1</sup> und zwar auch hinsichtlich der Verpflichtung, eine bestehende Planung nicht zu ändern oder eine bestimmte Planung zu unterlassen (§ 1 Abs. 8 BauGB). Derartige Verpflichtungen werden mitunter bei Grundabtretungen für neue Erschließungsstraßen eingegangen, wenn Bürger nicht mit zusätzlichen Erschließungskosten durch die künftige Maßnahme belastet werden möchten. Die Vereinbarung, dass die Gemeinde den bestehenden Bebauungsplan oder eine darin festgesetzte Straßenführung nicht ändern wird, ist jedoch unwirksam.

Die gemeindliche Planungshoheit schließt grundsätzlich auch eine Haftung der Gemeinde bei einem Abbruch der Planung aus. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein neu gewählter Gemeinderat eine andere Plankonzeption entwickelt und das bisherige Planaufstellungsverfahren abbricht. Ein Verschulden kann nur in einem Verhalten der Gemeinde gesehen werden, das außerhalb der eigentlichen Bauleitplanung liegt.<sup>2</sup> Derartige Zusagen werden mitunter in Präambeln von Verträgen aufgenommen. Es sollte deshalb stets klargestellt werden, dass die gemeindliche Planungshoheit durch die städtebauliche Vereinbarung unberührt bleibt und es der Gemeinde frei steht, die Bauleitplanung abzubrechen oder mit anderen als den derzeit beabsichtigten Inhalten zu Ende zu bringen.

Dies schließt es nicht aus, dass der Vorhabenträger nur bei einer erfolgreichen Planung bestimmte Kosten übernimmt oder ihm die Gemeinde beim Abbruch der Planung Aufwendungen erstattet. Allerdings darf es sich aber nicht um eine Art „verkappte“ Vertragsstrafe zulasten der Gemeinde handeln.

#### 2. Kostentragung hinsichtlich des Aufstellungsverfahrens

Grundsätzlich muss die öffentliche Hand ihre Sach- und Personalkosten, die ihr im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben entstehen, selbst aus ihren allgemeinen Einnahmen decken. Nur ausnahmsweise ist, sofern ein besonderer Vorteil für den Einzelnen aus der Tätigkeit der öffent-

lichen Hand resultiert und eine diesbezügliche Norm besteht, die Erhebung einer „Sonderabgabe“ zulässig. Bei dem von einem Investor „angestoßenen“ vorhabenbezogenen Bebauungsplan sieht § 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB vor, dass sich der Vorhabenträger zur Tragung der Planungs- und Erschließungskosten in voller Höhe oder nur zum Teil hiervon verpflichtet. Allgemein regelt § 11 BauGB in zweifacher Weise die Frage der von einem Vertragspartner der Gemeinde zu übernehmenden Kosten. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB bestimmt, dass Gegenstand eines Vertrags über die Vorbereitung und Durchführung städtebaulicher Maßnahmen eine Regelung sein kann, wonach diese Aufgaben „durch einen Vertragspartner auf eigene Kosten“ übernommen werden. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB betrifft demgegenüber Vereinbarungen zur Übernahme von Kosten städtebaulicher Maßnahmen, insbesondere also die Tragung von Folgekosten. Stets muss es sich, wie sich aus der Gesetzesformulierung („Kosten und sonstige Aufwendungen“) ergibt, um eine Art Aufwendungsersatz handeln.<sup>3</sup> Zu den Kosten, die der Gemeinde für städtebauliche Planungen entstehen, gehören auch Aufwendungen, die durch die Aufstellung eines Bebauungsplans veranlasst werden. Aus diesem Grunde wurde in städtebaulichen Verträgen die Übernahme der externen Kosten der Planung (Entwürfe, Gutachten und Umweltberichte) stets zugelassen. Das BVerwG<sup>4</sup> hat auch die Erstattung der Verwaltungskosten in persönlicher und sachlicher Hinsicht durch den Privaten zugelassen, soweit die entsprechenden Arbeiten auf Dritte übertragen werden könnten, also die Gemeinde diese nicht zwingend selbst durchführen muss. Zudem können nur tatsächlich entstandene Verwaltungskosten gefordert werden. Deshalb ist es unzulässig, wenn unter Beifügung eines Kostenvoranschlags eines Architekten dessen Kosten pauschal im Vertrag durch den Vorhabenträger erstattet werden, obwohl die entsprechenden Verwaltungskosten geringer sind.

Die Gemeinde muss bei einer derartigen Vereinbarung zweistufig vorgehen: Zunächst müssen die externen Kosten ermittelt werden. Sodann müssen diesen die internen Verwaltungskosten, die tatsächlich entstehen, gegenübergestellt werden.

<sup>3</sup> Grundlegend BVerwGE 42, 331 = BauR 1973, 1285 = DÖV 1973, 709 = DVBl 1973, 800 = NJW 1973, 1895.

<sup>4</sup> BauR 2006, 649 = DNotZ 2006, 905 = DVBl 2006, 455 = NVwZ 2006, 336; vgl. hierzu *Dirnberger*, BayGT 2006, 90, 92 f.; *Vierling*, DNotZ 2006, 891, 893 ff. u. *Uechtritz*, BauR 2006, 1201. Bisher nicht geklärt ist die Streitfrage, ob auch die Kosten eines von der Gemeinde beauftragten Rechtsanwalts erstattet werden können. Unberührt bleibt der Gemeinde, Verträge durch ihre Rechtsaufsichtsbehörde überprüfen zu lassen (vgl. krit. zum Nichtfunktionieren dieser Überprüfung BayVGh, BayVBl 2004, 692 = NVwZ-RR 2005, 781 = ZfIR 2005, 205, wobei allerdings auch die notarielle Beurkundung nicht half).

<sup>1</sup> BVerwG, NVwZ 2006, 458 = JuS 2006, 762.

<sup>2</sup> Zuletzt BGH, BauR 2006, 1876 = BayVBl 2007, 155 = DVBl 2006, 1326 = NVwZ 2006, 1207 = ZfIR 2006, 770.

Lediglich bis zum Höchstbetrag der externen Kosten sind die internen Verwaltungskosten erstattungsfähig. Die häufig praktizierte Methode der Vorlage eines Kostenvoranschlags eines nicht beauftragten Architekten, der Grundlage der Erstattung sein soll, ist deshalb durch die Rechtsprechung nicht gedeckt.

Insbesondere für Zahlungspflichten des Privaten<sup>5</sup> soll regelmäßig ein Vollstreckungstitel geschaffen werden. Verträge zwischen der öffentlichen Hand und einem Privaten sind auch im öffentlichen Recht nicht schon als solche Vollstreckungstitel, sondern erhalten diese Eigenschaft nur dann, wenn sich die Vertragsparteien durch Vereinbarung, die auch gesondert und nachträglich getroffen werden kann, der sofortigen Vollstreckung unterwerfen. Fehlt es an einer derartigen Vereinbarung oder ist sie unwirksam, so muss die Gemeinde ihren Anspruch klageweise vor dem zuständigen Gericht geltend machen. Insbesondere kann sie ihre Ansprüche nicht durch Verwaltungsakt durchsetzen.<sup>6</sup> Als Möglichkeiten der Schaffung eines Vollstreckungstitels stehen Art. 61 BayVwVfG und im Rahmen der notariellen Beurkundung § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO zur Verfügung. Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Qualifizierung eines Vertrages als städtebaulicher Vertrag noch keine Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht enthält.<sup>7</sup> Entscheidend ist auch insoweit der Gegenstand des Vertrages.<sup>8</sup> Deshalb besteht beispielsweise bei Verträgen im Rahmen des Einheimischenmodells, die die Rechtsprechung dem Zivilrecht zuordnet,<sup>9</sup> unzweifelhaft die Möglichkeit einer notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>10</sup> lässt auch bei öffentlichrechtlichen Verträgen eine notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu.<sup>11</sup> Grund hierfür ist, dass der Schutz, den Art. 61 BayVwVfG im Falle einer Unterwerfung des Bürgers unter die sofortige Vollstreckung vermittelt, auch bei einer Vollstreckbarkeit in Form einer notariellen Urkunde nicht unterlaufen wird: „Der Umstand, dass die Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO der ... notariellen Aufnahme in der vorgeschriebenen Form bedarf, bietet nämlich bei wertender Betrachtung einen Schutz, der nicht hinter dem vom § 61 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG ausgehenden zurückbleibt.“<sup>12</sup> Der besondere Schutz des Art. 61 BayVwVfG besteht darin, dass die Behörde bei der Unterwerfung des Bürgers unter die sofortige Vollstreckung von dem Behördenleiter, seinem allgemeinen Vertreter oder einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes, der die Befähigung zum Richteramt hat oder die Voraussetzungen des § 110 Satz 1 DRiG erfüllt, vertreten

wird. Zusätzlich war zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerwG noch die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich. Beide Erfordernisse dienen nach der Rechtsprechung nicht nur dem Schutz der Behörde, sondern auch demjenigen des Bürgers. Die Mitwirkung eines rechtlich qualifizierten Amtsträgers soll gewährleisten, dass der Erklärende über die Rechtsfolgen seiner Erklärung hinreichend informiert wird. Die später abgeschaffte Genehmigung der Aufsichtsbehörde sollte nach der Gesetzesbegründung die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung von der Mitwirkung einer nicht am Vertragsschluss Beteiligten „neutralen“ Stelle abhängig machen.<sup>13</sup> Vor diesem Hintergrund wird die richterliche Kontrolle der notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung, wenn diese einseitig vom Gläubiger zulasten eines Verbrauchers eingesetzt werden kann, verständlich.<sup>14</sup> Wird die Schutzfunktion des Verfahrens betont, wird dessen Beachtung, insbesondere des Übereilungsschutzes, besonders wichtig.<sup>15</sup>

### 3. Kosten des naturschutzrechtlichen Ausgleichs

Im Rahmen der Bauleitplanung ist, abgesehen für Bebauungspläne der Innenentwicklung (§ 13 a BauGB), für die Belange des Umweltschutzes eine Umweltprüfung durchzuführen, in der die voraussichtlichen erheblichen Umwelteinwirkungen ermittelt werden und in einem Umweltbericht (§ 2 a BauGB) beschrieben und bewertet werden (§ 2 Abs. 4 BauGB). Naturschutzrechtliche Eingriffe sind auszugleichen (§ 19 Abs. 4 BNatSchG; § 1 a Abs. 3 Satz 2 BauGB).

Die Gemeinde kann zur Refinanzierung Kostenerstattungsbescheide nach §§ 135 a ff. BauGB erlassen, eine Ablösung vereinbaren<sup>16</sup> oder städtebauliche Verträge abschließen. Bescheidsmäßig kann die Gemeinde nur die Kosten für die Herstellung und Entwicklung der Ausgleichsmaßnahme geltend machen,<sup>17</sup> nicht jedoch die späteren Kosten für Unterhaltspflegemaßnahmen umlegen. Die bescheidsmäßige Abrechnung kommt zudem erst in Betracht, wenn die Grundstücke, auf denen Eingriffe zu erwarten sind, baulich oder gewerblich genutzt werden dürfen (§ 135 a Abs. 3 Satz 1 BauGB) und eine Kostenerstattungssatzung besteht (§ 135 c BauGB).

Der Vertragsnaturschutz<sup>18</sup> kann in unterschiedlicher Weise vereinbart werden. Möglich ist ein umfassender Ausgleichsmaßnahmendurchführungsvertrag entsprechend dem Erschließungsvertrag, der die Durchführung bestimmter Ausgleichsmaßnahmen auf eigenen Flächen und auf eigene Kosten des Ausgleichsmaßnahmenträgers beinhaltet.<sup>19</sup> Der Vorhabenträger

<sup>5</sup> Zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung der Gemeinde vgl. Grziwotz, MittBayNot 2010, 80 f.

<sup>6</sup> Allg. A., siehe nur Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 61 Rdnr. 6 u. Bader/Ronellenfitsch/Kämmerer, VwVfG, 2010, § 61 Rdnr. 3; a. A. wohl noch OVG Münster, DÖV 1960, 798. Vgl. auch VG Braunschweig, NVwZ-RR 2001, 626.

<sup>7</sup> Siehe nur Stich in Berl. Komm. z. BauGB, 3. Aufl. 2002, Stand: April 2010, § 11 Rdnr. 58 ff. u. Krautzberger in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Januar 2010, § 11 Rdnr. 186 ff.

<sup>8</sup> Vgl. GmS-OGB, BGHZ 97, 312, 313 = NJW 1986, 2359; BGHZ 89, 250, 251 = NJW 1984, 1820; BGHZ 102, 343, 347 = NJW 1988, 1264 u. BVerwGE 12, 64, 65; vgl. bereits BayVGH, BayVBl 1975, 651.

<sup>9</sup> Siehe nur BGHZ 153, 93 = DNotZ 2003, 341 = DVBl 2003, 519 = BauR 2003, 703 = NVwZ 2003, 371 = MDR 2003, 378 = NotBZ 2003, 235 = ZfIR 2003, 205.

<sup>10</sup> BVerwGE 96, 326 = DVBl 1995, 675 = NJW 1995, 1104 u. BGH, DNotZ 2006, 189 = MDR 2006, 531 = NotBZ 2006, 19 = NJW-RR 2006, 645.

<sup>11</sup> A. A. MünchKommZPO/Wolfsteiner, 3. Aufl. 2007, § 794 Rdnr. 198. Vgl. auch Grziwotz in FS Thode, 2005, S. 243, 251 f.

<sup>12</sup> So BVerwGE 96, 396 = NJW 1995, 1104, 1106.

<sup>13</sup> BT-Drucks. 7/910, S. 83; BVerwGE 98, 58 = NJW 1996, 608 u. ausführlich Kowalski, NVwZ 1992, 351 ff.; vgl. dazu nur BGHZ, 139, 387 = DNotZ 1999, 53 = BauR 1999, 53 = MDR 1999, 32 = MittBayNot 1999, 458 = MittRhNotK 1998, 373 = NJW 1999, 51 = NotBZ 1998, 234 = ZIP 1998, 2063; ZfIR 1998, 749; BGH, BauR 2002, 83 = DNotZ 2002, 878 = MDR 2002, 27 = NJW 2002, 138 = NotBZ 2002, 63 = ZIP 2001, 2288 = ZfIR 2001, 976; zur verneinten Kontrolle des Notars in Klauselverfahren siehe BGH, BauR 2009, 1330 = DNotZ 2009, 935 = MDR 2009, 890 = NJW 2009, 1887 = ZfIR 2009, 431 = ZIP 2009, 855. Vgl. aber auch BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09 = MittBayNot 2010, 378 (in diesem Heft).

<sup>14</sup> Vgl. dazu Kniffka, ZfBR 1992, 195 ff.

<sup>15</sup> Siehe dazu KG, DNotZ 2009, 47 u. Grziwotz, ZfIR 2009, 627 ff.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu Dirnberger in Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB, 6. Aufl. 2010, § 135 c Rdnr. 6.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu auch Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, § 135 b Rdnr. 6 f.

<sup>18</sup> Vgl. bereits BVerwG, BauR 1997, 799 = NVwZ 1997, 1216 = UPR 1997, 411.

<sup>19</sup> Siehe zum Ganzen Mitschang, BauR 2003, 183 ff. u. 337 ff.

kann sich aber auch lediglich dazu verpflichten, der Gemeinde die für die Durchführung der Ausgleichsmaßnahmen erforderlichen Flächen zum Eigentum zu überlassen und die Kosten der Herstellung und Entwicklung der Ausgleichsmaßnahmen zu übernehmen. Schließlich kann die Kostenübernahme auch vertraglich vereinbart werden.<sup>20</sup> Im Hinblick auf die entsprechende bescheidsmäßige Abrechnungsbegrenzung ist umstritten, inwieweit die Pflegekosten vertraglich „auferlegt“ werden können. Unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit könnte eine zeitliche Beschränkung erforderlich sein.<sup>21</sup> Andererseits kann bei im Eigentum des Vorhabenträgers verbleibenden Grundstücken eine zeitlich nur durch das Bestehen des Eingriffs begrenzte Unterhaltspflicht auch als angemessen angesehen werden. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung liegt hierzu nicht vor.

Auch die Art der Sicherung ist noch nicht geklärt. In Betracht kommen Eigentum, Dienstbarkeiten und Reallasten.<sup>22</sup> Hierbei ist darauf zu achten, dass eine passende Sicherung gewählt wird. Die von den Behörden vorgelegten Vertragsmuster enthalten mitunter die Sicherung von Pflegemaßnahmen durch Dienstbarkeiten.<sup>23</sup> Inhalt der Dienstbarkeit kann nur die Duldungspflicht des Eigentümers sein, dass er ggf. entsprechende Maßnahmen der Naturschutzbehörde hinzunehmen hat, und bestimmte Eingriffe unterlassen muss. Eine Reallast zur Sicherung der Pflegeverpflichtung wird von den Naturschutzbehörden gewählt, da für ihre Erfüllung der Eigentümer auch persönlich haftet (§ 1108 BGB). Allerdings erlischt diese Haftung bei Aufgabe des Eigentums an dem belasteten Grundstück (§ 928 BGB).<sup>24</sup> Die von den Naturschutzbehörden geforderte Eintragung der Reallast am „Ausgleichsgrundstück“ bietet keine ausreichende Sicherheit. Richtiges Grundstück für die Reallast wäre das „Eingriffsgrundstück“.<sup>25</sup>

#### 4. Folgekosten

Zu den Kosten, zu deren Übernahme sich der Private gegenüber der Gemeinde verpflichten kann, gehören insbesondere auch die Nachfolgelasten. Es handelt sich um Aufwendungen der Gemeinde für Infrastruktureinrichtungen, z. B. für Schulen, Kindergärten, Friedhöfe, Jugendheime, Sport- und Spielplätze usw., die der Gemeinde jenseits der beitragsfähigen Erschließungsanlagen, insbesondere als Folge von Neuansiedlungen für Anlagen und Einrichtungen des Gemeindebedarfs entstehen.<sup>26</sup> Es handelt sich der Sache nach um eine Art Aufwendersersatz.<sup>27</sup> Folgekosten können nur dann auf Private überwältigt werden, wenn die städtebauliche Maßnahme „Voraussetzung oder Folge“ für das von dem Privaten geplante Bauvorhaben ist.<sup>28</sup> Diese Zuordnung kann bei zentralen Einrichtungen wie z. B. dem Friedhof, dem Rathaus und dem Bauhof Probleme bereiten.

<sup>20</sup> Vgl. § 1 a Abs. 3 Satz 4 Alt. 1 BauGB.

<sup>21</sup> So *Busse*, BayVBl 2003, 129, 131.

<sup>22</sup> Vgl. *Busse/Dirnberger/Pröbstl/Schmid*, Die neue Umweltprüfung in der Bauleitplanung, 2005, S. 291 ff. u. *Mitschang*, BauR 2003, 183 ff. u. 337 ff.

<sup>23</sup> Nicht enthalten im Muster des Bayer. Staatsministeriums für Landesentwicklung und Umweltfragen, Bauen im Einklang mit Natur und Landschaft, 2. Aufl. 2003, S. 40.

<sup>24</sup> Zur Zulässigkeit vgl. NK-BGB/*Grziwotz*, 2. Aufl. 2008, § 928 Rdnr. 22.

<sup>25</sup> Vgl. das Muster von *Grziwotz*, KommJur 2008, 288, 293.

<sup>26</sup> BVerwGE 42, 93 = NJW 1973, 1895 u. BVerwGE 90, 310 = DVBl 1993, 263 = DÖV 1993, 163 = NJW 1993, 1810.

<sup>27</sup> BayVGH, MittBayNot 2009, 406 u. BGH, NotBZ 2009, 487 = DNotZ 2010, 112 = IMR 2009, 438 = NVwZ 2010, 398.

<sup>28</sup> OVG Lüneburg, BauR 2008, 57; BayVGH, BayVBl 2009, 722.

Folgekosten kamen nach früherer Ansicht nur bei größeren Vorhaben und lediglich bei einem sprunghaften Bevölkerungsanstieg in Betracht.<sup>29</sup> Folgekostenverträge können nach neuerer Rechtsprechung auch mit einzelnen Grundstückseigentümern eines Plangebiets im Rahmen einer „Angebotsplanung“ einer Gemeinde abgeschlossen werden.<sup>30</sup> Sie dürfen jedoch weiterhin nur oder allenfalls das erfassen, was von einem bestimmten Bauvorhaben an Folgen ausgelöst wird.<sup>31</sup> Eine allgemeine Zuzugpauschale („30 Euro pro Quadratmeter Wohnfläche für Folgelasten“) ist deshalb unzulässig.<sup>32</sup> Auch das Nachholen bereits verwirklichter Planungen<sup>33</sup> und die Schaffung eines „Folgelastenkontos“ entsprechend dem Öko-Konto scheiden aus.

Zudem muss die Gesamtkonzeption transparent, nachvollziehbar und kontrollierbar sein.<sup>34</sup> Die Zuordnung kann sich allerdings auf Erfahrungswerte stützen. Diese müssen jedoch konkret angegeben werden, um den Betroffenen eine Kontrolle zu ermöglichen. Der Private muss wissen, für welche Einrichtungen er Folgelasten erbringt. Unzulässig ist es deshalb insbesondere, wenn die Gemeinde unter Hinweis darauf, dass ihr erhebliche Folgelasten entstünden, mit dem Privaten eine Pauschale vereinbart und ihrerseits auf die konkrete Berechnung der (höheren) Nachfolgelasten verzichtet.<sup>35</sup>

Die strikten Bindungen der Begründung von Zahlungspflichten an die gesetzlichen Vorgaben gelten nicht nur, wenn die Gemeinde selbst derartige Verträge abschließt, sondern auch wenn eine von kommunalen Körperschaften beherrschte juristische Person des Privatrechts sich entsprechende „Infrastrukturbeiträge“ versprechen lässt.<sup>36</sup>

Unrechtmäßige Nachfolgelasten sind zu erstatten. Der „Bereicherungseinwand“ bezüglich des erhaltenen Baurechts ist unzulässig.<sup>37</sup> Auch eine entsprechende Anwendung des § 814 BGB, nämlich des Ausschlusses der Rückforderung bei Kenntnis der Nichtschuld, und des § 817 BGB, nämlich des Ausschlusses der Rückforderung bei Kenntnis eines Gesetzesverstößes durch den Leistenden, sind zum Schutz des Bürgers nicht möglich.<sup>38</sup> Ausnahmsweise kann dem Erstattungsanspruch jedoch der Grundsatz von Treu und Glauben entgegenstehen.<sup>39</sup>

Erstattungsansprüche aus fehlerhaften öffentlichrechtlichen Verträgen unterlagen bis zur Schuldrechtsmodernisierung der 30-jährigen Verjährung.<sup>40</sup> Nunmehr ist umstritten, welche Verjährungsfrist maßgeblich ist. Der BGH hat lediglich ausgesprochen, dass ein Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung einer wegen Verstoßes gegen das Koppelungsverbot

<sup>29</sup> KG, NVwZ-RR 2000, 765; BayVGH, BayVBl 1980, 719 u. BayVGH, BayVBl 1980, 722.

<sup>30</sup> VGH Mannheim, BauR 2005, 1595 = NVwZ-RR 2006, 90.

<sup>31</sup> BVerwG, BauR 2005, 1600.

<sup>32</sup> OVG Lüneburg, BauR 2008, 57.

<sup>33</sup> BayVGH, MittBayNot 2009, 406 = BayVBl 2009, 722 = ZfIR 2009, 818. Siehe dazu BVerwG, ZfIR 2009, 817.

<sup>34</sup> BVerwGE 133, 85 = BauR 2009, 1275 = DVBl 2009, 782 = KommJur 2009, 312 = NVwZ 2009, 1109 = ZfIR 2009, 464.

<sup>35</sup> BayVGH, DVBl 2004, 975 = BayVBl 2004, 692 = NVwZ-RR 2005, 781 = ZfIR 2005, 205.

<sup>36</sup> BGH, NotBZ 2009, 487 = DNotZ 2010, 112 = NVwZ 2010, 398.

<sup>37</sup> BVerwG, NVwZ 2003, 993 u. BVerwGE 133, 85 = BauR 2009, 1275 = DVBl 2009, 782 = KommJur 2009, 312 = NVwZ 2009, 1109 = ZfIR 2009, 464; VGH Mannheim, NVwZ 1991, 583 u. OVG Münster, NJW 1978, 1542.

<sup>38</sup> Offen nunmehr BayVGH, MittBayNot 2009, 406, 408.

<sup>39</sup> OVG Lüneburg, BauR 2008, 57.

<sup>40</sup> Vgl. BayVGH, BayVBl 2001, 54.

unzulässigen Zahlung auch dann nicht der Verjährung nach § 196 BGB unterliegt, wenn diese Zahlung als Aufwendungsersatz im Rahmen einer Vereinbarung zur Rückabwicklung eines beiderseitigen nicht vollzogenen Kaufvertrags über ein im Planungsgebiet liegendes Grundstück deklariert wird.<sup>41</sup> Maßgeblich sei die Regelverjährung. Das BVerwG<sup>42</sup> geht davon aus, dass die 30-jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a. F. eine zutreffende Konkretisierung der Grundsätze von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden in Abwägung gegen den Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung darstellt, der einer Verjährung öffentlichrechtlicher Ansprüche widerstreitet.

Die Ansicht, dass Erstattungsansprüche des Bürgers bei einem gegen das Koppelungsverbot verstößenden öffentlich-rechtlichen Vertrag nunmehr innerhalb der kurzen Frist von drei Jahren verjähren, ist deshalb verfrüht.

## 5. Erschließungskosten und vertragliche Vereinbarungen

Der Grundsatz, dass der Abschluss städtebaulicher Verträge bei einem bestehenden Baurecht nicht mehr zulässig ist, erfährt eine wichtige Ausnahme: Ein Erschließungsvertrag (§ 124 BauGB) kann auch noch bei einem bestehenden Baurecht geschlossen werden. Hintergrund ist, dass nach § 123 Abs. 3 BauGB kein Rechtsanspruch auf Erschließung besteht. Auch ein Kontrahierungszwang hinsichtlich eines Erschließungsvertrages existiert nicht. Allerdings kann die Gemeinde, die einen qualifizierten Bebauungsplan (§ 30 Abs. 1 BauGB) erlassen hat, erschließungspflichtig werden, wenn sie das zumutbare Angebot eines Dritten ablehnt, die im Bebauungsplan vorgesehene Erschließung vorzunehmen (§ 124 Abs. 3 Satz 2 BauGB). Umstritten ist, ob das Angebot bei einer Abtretung von Erschließungsflächen der notariellen Form bedarf.<sup>43</sup> Jedenfalls muss der Erschließungsträger seine persönliche, fachliche und finanzielle Zuverlässigkeit zur Durchführung der Erschließungsmaßnahmen nachweisen.<sup>44</sup>

Probleme beim Abschluss eines Erschließungsvertrages bereiten häufig Fremdanlieger, die nicht bereit sind, insbesondere bei einer Zweierschließung oder fehlender Bauabsicht, Kosten zu übernehmen. Hierzu hat das BVerwG<sup>45</sup> die Möglichkeit eingeräumt, auch im Rahmen eines echten Erschließungsvertrages eine sog. Fremdanliegerklausel aufzunehmen. Es ist jedoch darauf zu achten, dass nicht nur die anteiligen Kosten des Fremdanliegers, sondern die gesamten Kosten des Erschließungsunternehmers durch die Gemeinde erstattet werden. Aufgrund dieser Regelung kann die Gemeinde dem Fremdanlieger den diesbezüglichen Erschließungsbeitragsbescheid übersenden und dem Erschließungsunternehmer erstatten. Die Zulässigkeit dieser Fremdanliegerklausel ist im Hinblick auf die sog. Regimeentscheidung<sup>46</sup> jedoch nicht mehr ganz unstrittig.<sup>47</sup>

41 BGH, NJW 2010, 297 = ZfIR 2010, 75 = BauR 2010, 227.

42 BVerwG, BayVBl 2007, 219; BVerwGE 131, 153 = DVBl 2008, 1122; BVerwG, NVwZ 2009, 599; BVerwG, LKV 2009, 129, 131 u. BVerwG, BeckRS 2009, 31185.

43 Siehe dazu Grziwotz in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Januar 2010, § 124 Rdnr. 88.

44 Zur Prüfungsbefugnis der Gemeinde BVerwG, NVwZ-RR 2002, 413 = BauR 2002, 1060 = DÖV 2002, 619 = ZfBR 2002, 503.

45 BVerwG, NVwZ 1996, 794 = MittBayNot 1996, 387.

46 OVG Münster, DÖV 1999, 568 = NWVBl 1999, 262 = BeckRS 1999, 20909.

47 Driehaus in Berl. Komm. z. BauGB, 3. Aufl. 2002, Stand: April 2010, § 124 Rdnr. 5 u. 33.

Heftig umstritten ist ferner, ob die Gemeinde mit einer gemeindlichen Eigengesellschaft einen Erschließungsvertrag vereinbaren kann. Hiergegen wurde eingewandt,<sup>48</sup> dass sich der Kontrolleur nicht selbst kontrollieren könne. Allerdings ist dieses Argument nicht zwingend, da auch bei einer bescheidmäßigen Abrechnung keine Kontrolle der Gemeinde erfolgt. Die kommunale Eigen- oder Mehrheitsgesellschaft kann deshalb Dritter i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB und damit Vertragspartner eines Erschließungsvertrages sein.<sup>49</sup>

Ein weiteres Problem bei Abschluss eines Erschließungsvertrages ist, ob dieser dem Vergaberecht unterliegt. Bauunternehmer, die das gesamte Baugebiet erworben haben, wollen die Erschließung auf eigene Kosten durchführen, um zu sparen und zudem möglichst rasch Grundstücke verkaufen zu können.<sup>50</sup> Hinsichtlich des Ausschreibungsrechtes sind die europäischen Schwellenwerte zu beachten.<sup>51</sup> Der entsprechende Schwellenwert für Bauaufträge (§ 93 Abs. 3 GWB) beträgt (ohne Mehrwertsteuer) 4.845.000 €. Zentrales Element des europäischen Vergaberechts ist der Rechtsschutz. Die Einhaltung der Bestimmungen des Vergaberechts kann bei Verfahren oberhalb der Schwellenwerte von Konkurrenzunternehmen in einem Nachprüfungsverfahren kontrolliert werden. Zuständig hierfür sind die Vergabekammern und die Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten (§§ 107, 116 GWB). Um einen effektiven Rechtsschutz von Bietern zu gewährleisten, muss die Vergabestelle eine sog. Stillhaltefrist von 15 Tagen zwischen Zuschlagserteilung und Vertragsunterzeichnung einhalten. Die Stillhaltefrist verkürzt sich auf zehn Kalendertage, wenn die Vorabinformation per Fax oder auf elektronischem Weg versendet wird (§ 101 a Abs. 1 Satz 4 GWB). Ein Verstoß hiergegen führt nicht mehr zur Nichtigkeit des Vertrags,<sup>52</sup> sondern zu dessen schwebender Unwirksamkeit. Gleiches gilt bei einer De-facto-Vergabe (§ 101 b GWB). Unwirksamkeit als Folge tritt nur ein, wenn ein übergangener Bieter ein Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss eingeleitet hat.<sup>53</sup> Erfolgte die Bekanntgabe der Auftragsvergabe zuvor im Amtsblatt der Europäischen Union, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit bereits 30 Tage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung durch den öffentlichen Auftraggeber.

Das bei der Frage der Vergabe städtebaulicher Verträge diskutierte Beschaffungselement<sup>54</sup> spielt bei Erschließungsverträgen keine Rolle. Das nunmehr vom EuGH<sup>55</sup> geforderte unmittelbare wirtschaftliche Interesse des öffentlichen Auftraggebers liegt vor, wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche

48 Insb. Driehaus, BauR 1999, 862; Birk, BauR 1999, 205, 207; Quaa, BauR 1999, 1113, 1123 u. Weber, VBIBW 2001, 95.

49 So nunmehr VGH Mannheim, DVBl 2010, 185 (n. rkr.).

50 Zu den diesbezüglichen zivilrechtlichen Sicherungen vgl. BGHZ 175, 111 = DNotZ, 2008, 280 = BauR 2008, 825 = MDR 2008, 473 = NJW 2008, 1321 = MittBayNot 2008, 313 = ZfIR 2008, 247.

51 Verordnung (EG) Nr. 1177/2009, ABIEU vom 1.12.2009, L 314/64.

52 So noch § 13 Satz 6 VgV a. F.

53 Zum Verfahren siehe Kühnel, NZBau 2009, 357 ff.

54 Vgl. nunmehr § 99 Abs. 3 GWB.

55 EuGH, BeckRS 2010, 90386 = DNotI-Report 2010, 69 = NZBau 2010, 321 = EuZW 2010, 336 u. bereits die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, KommJur 2010, 28 ff., wonach das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags eine unmittelbare Verbindung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den zu realisierenden Arbeiten oder Werken voraussetzt. Siehe auch Gartz, NZBau 2010, 293, 294 u. Grziwotz, notar 2010 (erscheint demnächst).

Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung wird. Demgegenüber ist die Frage der Entgeltlichkeit bei Erschließungsverträgen heftig umstritten.<sup>56</sup> Allerdings ist dieses Kriterium wirtschaftlich-funktional zu verstehen. Es beschränkt sich nicht auf Geldleistungen. Umfasst werden auch andere denkbare Gegenleistungen. Ausreichend ist deshalb eine „geldwerte“ Beziehung zwischen Auftraggeber und Unternehmer. Erfasst wird auch der (nicht rechtstechnisch gemeinte) Verzicht (besser: die Nichterhebung) einer Gebühr.<sup>57</sup> Der EuGH hat im Rahmen des Großbauprojekts Scala 2001 (Teatro alla Bicocca) Erschließungsverträge trotz des öffentlichrechtlichen Charakters dem Vergaberecht unterstellt. Der Umstand, dass die Gemeindeverwaltung ihren Vertragspartner nicht wählen kann, weil dieser nach dem anzuwendenden nationalen Recht der Eigentümer des zu bebauenden Grundstücks ist, könne die Nichtanwendung der Richtlinie nicht rechtfertigen, denn dies entzöge die Errichtung eines Bauwerks, auf die die Richtlinie andernfalls anwendbar wäre, dem gemeinschaftlichen Wettbewerb. Die Wirksamkeit der Richtlinie wäre allerdings gewahrt, wenn die Gemeinde den Erschließungsunternehmer zur europaweiten förmlichen Ausschreibung verpflichtet.

Wichtig ist, dass auch unterhalb der Schwellenwerte die Grundsätze eines rechtmäßigen Vergabeverfahrens, zu denen insbesondere das Diskriminierungsverbot, das Dokumentationsgebot und die Vermeidung von Interessenkollision gehören, zu beachten sind. Ferner gilt auch unterhalb der Schwellenwerte das primäre Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Grundregeln des EG-Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung im Besonderen. Diese Anforderungen schließen eine Verpflichtung zur Publizität und Transparenz mit ein. Europarechtliche Vorgaben betreffen vor allem Verfahren unterhalb der Schwellenwerte, die einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen.<sup>58</sup>

## 6. Planungsgewinnabschöpfungsmodelle

Die Gemeinde darf im Rahmen städtebaulicher Verträge nicht das alleinige Ziel verfolgen, den Planungsgewinn abzuschöpfen.<sup>59</sup> Die Gemeinde darf die Ausübung ihrer Planungshoheit nicht an zusätzliche Abgaben des Bürgers knüpfen, sich insbesondere nicht für eine bestimmte Planung entsprechende Leistungen seitens des Bürgers versprechen lassen.<sup>60</sup> Allerdings ist dieser Grundsatz nicht mehr unbestritten. Im Rahmen von Einheimischenmodellen soll eine Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Baulandausweisung unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig sein.<sup>61</sup> Die Verwaltungsgerichte<sup>62</sup> haben überwiegend derartige Gestaltungen für unwirksam gehalten. Demgegenüber wurden Einkaufsmodelle im Vorfeld einer Bauleitplanung, bei denen sich die Gemeinde zum bestehenden Verkehrswert in das

Plangebiet „einkaufte“, gebilligt.<sup>63</sup> Maßgeblich ist dabei der Verkehrswert zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Kaufvertrages. Dies hat Bedeutung insbesondere für Angebotsmodelle, bei denen der Private der Gemeinde ein Angebot auf Erwerb von Grundstücksflächen zu einem günstigen Preis („Ackerland“) macht, das aber erst angenommen wird, wenn Bauland ausgewiesen ist.<sup>64</sup> Diese Angebotsmodelle funktionieren somit nur, wenn die Gemeinde das Angebot spätestens dann annimmt, wenn der vereinbarte Preis entsprechend der Wertsteigerung im Rahmen der Baulandausweisung im konkreten Fall erreicht ist.

## 7. Abwägungsprobleme und vereinbartes Nachbarrecht

Mitunter sind Eigentümer von Grundstücksflächen zur Veräußerung an die Gemeinde nur bereit, wenn ein möglicherweise künftig störender Betrieb „gesichert“ wird. Hierzu dienen Immissionsdienstbarkeiten, die dem Eigentümer der veräußerten Flächen die Verpflichtung zur Duldung der Einwirkungen zur „Auflage“ machen.<sup>65</sup> Allerdings können sie Versäumnisse im Rahmen einer bauleitplanerischen Abwägung nicht korrigieren.<sup>66</sup> Private Vereinbarungen müssen zu einer objektiven Konfliktlösung führen; sie dürfen nicht nur einen Verzicht auf Abwehrensprüche enthalten. Beispiel ist der Abriss eines Wohnhauses bis zur Inbetriebnahme der angrenzenden emittierenden Anlagen und ein Bauverbot, das einen Wiederaufbau sichert. Weitere Beispiele sind der Einbau von Schallschutzfenstern, die Errichtung eines Lärmschutzwalls und die Duldung einer an der Grenze unzulässigen Bepflanzung.

Entscheidend ist, dass die private Vereinbarung zu einer öffentlichrechtlichen Konfliktlösung führt.<sup>67</sup>

## II. Bauplatzveräußerung mit Bindungen

### 1. „Verfahren“, Hinweispflichten und Nachfrage

Gemeinden sind, sofern sie Grundstücke im Rahmen eines geplanten Einheimischenmodells erwerben, nicht fiskalisch tätig, da sie eine öffentliche Aufgabe verfolgen. Gleichwohl wird man davon ausgehen müssen, dass sie unternehmerisch tätig sind. Dass sie (jedenfalls teilweise) mit den diesbezüglichen Grundstücksgeschäften nicht gewinnorientiert tätig werden, ändert daran nichts.<sup>68</sup> Die vierzehntägige Wartefrist des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ist deshalb bei einer Verbraucherbeteiligung zu beachten. Es handelt sich bei dieser Wartefrist nach dem Willen des Gesetzgebers um eine Mindestfrist.<sup>69</sup> Auf sie kann der Verbraucher ebensowenig verzichten, wie auf das Vorlesen der Urkunde und die Einhaltung der notariellen Form insgesamt verzichtet werden

<sup>56</sup> Vgl. nur *Antweiler*, NZBau 2003, 93 ff.; *Abt/Keeseberger*, KommJur 2007, 6 ff.; *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2007, 316, 317.

<sup>57</sup> EuGH, NZBau 2001, 512 = EuZW 2001, 532 = ZfIR 2001, 636.

<sup>58</sup> BGH, NZBau 2008, 71 = EuZW 2008, 23 u. EuGH, NVwZ 2008, 766. Zu Leitlinien für die faire Vergabe vgl. EuZW 2006, 579.

<sup>59</sup> *Dirnberger*, BayGT 2008, 110 f.

<sup>60</sup> *Busse*, DNotZ 1999, 402 f.

<sup>61</sup> So *Huber/Wollenschläger*, Einheimischenmodelle, 2008, Rdnr. 246 ff.

<sup>62</sup> BVerwG, BauR 2000, 1699 = DNotZ 2000, 760 = DVBl 2000, 1853 = NVwZ 2000, 1285 = ZfIR 2000, 720; BayVGH, BayVBl 2004, 692 = DVBl 2004, 975 = NVwZ-RR 2005, 781 = ZfIR 2005, 205; BayVGH, MittBayNot 2009, 165.

<sup>63</sup> BGH, BauR 1999, 235 = DNotZ 1999, 27 = NJW 1999, 208 = ZfIR 1998, 726; tlw. abw. OLG München vom 26.4.2006, 3 U 1773/06 (n. v.), zitiert nach *Huber/Wollenschläger*, Einheimischenmodelle, 2008, Rdnr. 246 u. wohl auch OLG Frankfurt, DVBl 2008, 136 = BeckRS 2007, 18235; vgl. auch OLG München, IBR 2006, 231.

<sup>64</sup> OLG München, MittBayNot 1999, 586 = MittRhNotK 2000, 250.

<sup>65</sup> BayObLG, NJW-RR 2004, 1460 = ZfIR 2004, 776.

<sup>66</sup> BVerwG, BauR 2002, 730 = NVwZ-RR 2002, 329 = BayVBl 2002, 374; BayVGH, BayVBl 1995, 150; VGH Mannheim, VBIBW 2002, 206 u. BayVGH, BayVBl 2003, 503.

<sup>67</sup> Vgl. das Muster *Grziwotz*, KommJur 2008, 172, 175 f. u. *Grziwotz* in Mitschang (Hrsg.), Aktuelle Fach- und Rechtsfragen des Lärmschutzes, 2010, S. 155 ff.

<sup>68</sup> Siehe nur BGHZ 155, 240, 246 = NJW 2003, 2742 u. BGH, NZG 2009, 237.

<sup>69</sup> Vgl. nur BT-Drucks. 14/9266, S. 50 f.

kann.<sup>70</sup> Die Rechtsprechung hat zudem nicht nur formelle Anforderungen, sondern auch zusätzliche inhaltliche Aufklärungspflichten an die Sonderstellung der Gemeinde als Planungshoheitsträger geknüpft. Diese muss aufgrund ihres Informationsvorsprungs den Vertragspartner über eigene Planungen unterrichten.<sup>71</sup> Hat die Gemeinde Kenntnis von Planungen anderer Hoheitsträger,<sup>72</sup> muss sie auch hierauf hinweisen.

Die Gemeinde muss, wenn sie flankierend zu einer Bauleitplanung für Bauplätze eine Bindung an ein Einheimischenmodell fordert, zunächst prüfen, ob überhaupt eine Nachfrage für „Einheimischenbauplätze“ besteht.<sup>73</sup> Dies ist in zahlreichen „Schrumpfungsgemeinden“, in denen eine diesbezügliche Nachfrage durch vorhandene preisgünstige Grundstücke gedeckt werden kann, nicht mehr der Fall. Allerdings können sich die Gemeinden insoweit auf Prognosen verlassen. Ist für eine Stadtrandgemeinde beispielsweise für die nächsten Jahre ein Wachstum prognostiziert, wird ein Einheimischenmodell dadurch nicht rechtswidrig, wenn später eine Stagnation eintritt. Wird einem Eigentümer dagegen eine Einheimischenbindung auferlegt, obwohl keine diesbezügliche Nachfrage vorhanden ist, können sich hieraus für die Gemeinde Schadensersatzpflichten ergeben. Fällt die Nachfrage später weg, darf sich die Gemeinde auf die nun überflüssige Einheimischenbindung wohl nicht mehr berufen.

## 2. Vergaberichtlinien

Bei der Grundstücksvergabe ist darauf zu achten, dass durch Einheimischenmodelle kein vollständiger Ausschluss Ortsfremder von der Ansiedlung erfolgt (Art. 11 GG).<sup>74</sup> Zudem ist der Gleichheitssatz zu beachten.<sup>75</sup> Hat die Gemeinde einen Katalog von Vergabekriterien, so darf sie hiervon nicht willkürlich abweichen. Umgekehrt ist ein diesbezüglicher Kriterienkatalog nicht mehr maßgeblich, wenn die ständige Praxis bereits davon abgewichen ist. Die Vergabekataloge haben nie allein auf die Ortsansässigkeit abgestellt. Vielmehr wurden stets auch im weitesten Sinne soziale Kriterien mitberücksichtigt. Hierzu gehören vor allem die Einkommensverhältnisse. Die Kriterien müssen die gesetzlichen Vorschriften beachten und in sich widerspruchsfrei sein. Bei der Förderung von Ehepaaren ist darauf zu achten, dass eingetragene Lebenspartner nicht benachteiligt werden.<sup>76</sup> Bei der Kinderförderung lassen sich schwerlich Gründe dafür finden, warum bei bis zu drei Kindern eine Kaufpreismäßigung eintritt, nicht mehr aber ab dem vierten Kind. Vorhandenes Immobilieneigentum kann eine Rolle spielen. Ob dies auch bei Immobilien im Eigentum der Eltern eines Bewerbers der Fall ist, ist fraglich.<sup>77</sup> Kriterienkataloge müssen zudem den Anforderungen des Europäischen Rechts standhalten. Hierzu gehört vor allem das Diskriminierungsverbot, das offene Diskriminierungen verbietet. Sie können auch nicht durch ein überwiegendes Gemeinschaftsinteresse gerechtfertigt werden.

<sup>70</sup> Siehe nur KG, ZfIR 2009, 673 u. dazu Grziwotz, ZfIR 2009, 627 ff.

<sup>71</sup> OLG Köln, EWiR 2002, 1075; bestätigt durch BGH, ZfIR 2003, 783. Vgl. auch BGH, MittBayNot 2003, 404 u. BGH, ZfIR 2005, 588.

<sup>72</sup> OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 2002, 523.

<sup>73</sup> Siehe nur VGH Mannheim, BauR 2001, 612 = DÖV 2001, 343 = NVwZ 2001, 694.

<sup>74</sup> BVerfGE 92, 56 = DNotZ 1994, 69 = DÖV 1993, 622 = DVBl 1993, 654 = NJW 1993, 2695.

<sup>75</sup> BayVGH, BayVBl 2008, 86.

<sup>76</sup> BVerfG, FamRZ 2009, 1977 = DVBl 2009, 1510.

<sup>77</sup> VG München, BayVBl 1997, 533.

Deshalb darf in den Vergaberichtlinien hinsichtlich der EU-Bürger nicht an die Staatsangehörigkeit angeknüpft werden. EU-Recht verbietet aber auch versteckte bzw. mittelbare Diskriminierungen, die die Grundfreiheiten beeinträchtigen. Es handelt sich um Regelungen, die zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, aber im Wesentlichen oder ganz überwiegend Angehörige aus anderen Staaten der EU betreffen. Hierunter fallen auch Bedingungen, die von Inländern leichter zu erfüllen sind oder sonstige Anforderungen begründen, die sich insbesondere zum Nachteil von EU-Ausländern auswirken. Zu den Freiheiten im Rahmen der Europäischen Union gehören die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)<sup>78</sup>, die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)<sup>79</sup> und der freie Kapitalverkehr (Art. 63 AEUV).<sup>80</sup>

Die Bevorzugung Ortsansässiger ist insoweit allein zur Verfolgung eines im Gemeininteresse liegenden Ziels möglich. Die darauf gestützten Regeln müssen zudem verhältnismäßig, insbesondere aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses auch notwendig sein. Das städtebauliche und raumordnerische Ziel, eine beständige Bevölkerung in ländlichen Gebieten zu erhalten und eine Nutzung der verfügbaren Flächen unter Bekämpfung des Drucks auf den Grundstücksmarkt zu fördern, kann Einschränkungen des freien Kapitalverkehrs rechtfertigen. Allerdings dürfte die Pflicht zur Gründung eines ständigen Wohnsitzes gegen Art. 63 AEUV verstoßen.<sup>81</sup> Die Europäische Kommission hat gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen des Einheimischenmodells der Gemeinde Selfkant ein Vertragsverletzungsverfahren (Verfahren Nr. 2006/4271) eingeleitet, das aufgrund der Antwort der Bundesregierung zunächst nicht mehr weiterverfolgt wurde.<sup>82</sup> Nunmehr hat die EU-Kommission im Schreiben vom 8.10.2009 erneut Zweifel an der Vereinbarkeit der Einheimischenmodelle von vier bayerischen Gemeinden (u. a. Weilheim) mit dem EU-Recht geäußert.<sup>83</sup>

## 3. Bindungen

Typisch für Einheimischenmodelle ist neben der Planakzessorietät der Förderungszweck, der sich regelmäßig in einer gegenüber dem Preis für den normalen Grundstücksverkehr verbilligten Veräußerung ergibt. Aus haushaltsrechtlichen Gründen, die eine Veräußerung von Gemeindevermögen unter dem Verkehrswert nur zur Sicherung eines öffentlichen Zwecks zulassen,<sup>84</sup> aber auch aufgrund des Gebots der Gleichbehandlung abgelehnter Mitkonkurrenten hat die Gemeinde die Zweckbindung sicherzustellen.<sup>85</sup> Dies erfolgt regelmäßig durch Baugebote, Nutzungsverpflichtungen und Rückzahlungspflichten im Fall eines Verstoßes. Derartige Verpflichtungen dürfen nichts Unmögliches verlangen und müssen dem Erwerber hinreichend transparent machen, was von ihm gefordert wird. Sie müssen zudem angemessen sein. Hinsichtlich der Baupflicht sollte nicht offenbleiben, welches

<sup>78</sup> Siehe nur Herdegen, Europarecht, 12. Aufl. 2010, § 16 Rdnr. 22 ff. Vgl. auch EuGH, EuZW 2009, 298 („Hartlauer“).

<sup>79</sup> EuGH Slg. 1989 I, 1461.

<sup>80</sup> Siehe nur Glaesner in Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 56 Rdnr. 17. Vgl. ferner EuGH, EuZW 2007, 215, 216 = NJW 2007, 1442. Zur Niederlassungsfreiheit siehe auch EuGH, EuZW 2009, 298 = JuS 2010, 272.

<sup>81</sup> Vgl. EuGH, EuZW 2007, 215 = NJW 2007, 1442.

<sup>82</sup> Siehe dazu Bröll, BayGT 2008, 439 f.

<sup>83</sup> Siehe dazu Wieth, BayGT 2009, 377 u. Bröll, BayGT 2010, 101 ff.

<sup>84</sup> Vgl. Art. 75 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 BayGO.

<sup>85</sup> Vgl. BayVGH, NVwZ 1999, 1008.

Bauvorhaben zu errichten ist.<sup>86</sup> Dies kann durch die Festlegung von Mindestbedingungen (z. B. Einfamilienhaus) erfolgen. Auch eine Bezugnahme auf den Bebauungsplan oder eine davon abweichend erteilte eventuelle Baugenehmigung ist möglich. Die Frist zur Realisierung des Bauvorhabens sollte mindestens drei Jahre betragen. Kürzere Fristen sind regelmäßig nicht angemessen. Die Frist darf nicht ab Beurkundung vereinbart werden, wenn zu diesem Zeitpunkt noch kein Baurecht besteht.

Neben den Baupflichten spielen auch Nutzungsbindungen eine Rolle. Sie sollen verhindern, dass der Erwerber nach Fertigstellung des Bauvorhabens dieses sofort mit Gewinn auf Kosten der Allgemeinheit weiterveräußert. Außerdem soll die angestrebte Nutzungsstruktur im Baugebiet auf diese Weise zumindest für einen bestimmten Zeitraum erhalten bleiben. Die Dauer dieser Nutzungsbindung kann nicht starr angegeben werden. Letztlich kommt es auf den Umfang der Subvention und die für das Einheimischenmodell sprechenden städtebaulichen Gründe an. Die Rechtsprechung hat auch Bindungsfristen von 20 Jahren bei einer Kaufpreismäßigung von 50 % noch akzeptiert.<sup>87</sup> Geht man von der Bauungsplanungsakzessorietät aus, so dürfte der früheren 15-Jahres-Frist des § 5 Abs. 1 Satz 3 BauGB a. F. eine gewisse Leitbildfunktion zukommen. Fristen über 30 Jahre sind dagegen unabhängig von der Höhe der Subvention in jedem Fall unwirksam.<sup>88</sup> Das Erfordernis der Angemessenheit von Nutzungsfristen gilt auch dann, wenn Einheimischenmodelle im Wege des Erbbaurechts vergeben werden.

Als Reaktionen auf Verstöße werden üblicherweise das Wiederkaufsrecht (Rückforderung) und Aufzahlungspflichten (Kaufpreisnachzahlung) vereinbart. Es handelt sich bei den Letztgenannten regelmäßig nicht um eine Vertragsstrafe.<sup>89</sup> Der BGH geht nunmehr von einer Staffelung dieser Reaktionsmöglichkeiten insofern aus, als Rückkaufsrechte nur im Falle eines Verstoßes gegen die Baupflicht bei einem unbebauten Grundstück in Betracht kommen sollen.<sup>90</sup> Es empfiehlt sich klarzustellen, dass nicht die vertragsuntreue Partei darüber entscheiden kann, ob eine Rückgabe oder eine Nachzahlung geschuldet ist, sondern die Gemeinde.<sup>91</sup>

Die Aufzahlung muss im Falle eines vorzeitigen Weiterverkaufs nicht eine bereits abgelaufene Nutzungsdauer berücksichtigen. Ebenso müssen dem Erwerber Bodenwerterhöhungen nicht verbleiben.<sup>92</sup> Die Gemeinde ist grundsätzlich berechtigt, vom veräußernden Vertragspartner den Mehrerlös zurückzufordern, der sich beim Verstoß gegen die Nutzungspflicht ergibt. Er kann entweder aus der Differenz zwischen dem An- und dem späteren Verkaufspreis oder aus dem dem

Käufer im Zeitpunkt des Ankaufs gewährten Preisnachlass, also der Differenz zwischen Verkehrswert und Ankaufspreis, errechnet werden.<sup>93</sup> Unzulässig sind Gestaltungen, bei denen sich die Gemeinde einen Mehrerlös versprechen lässt, der zusätzlich des bereits entrichteten Kaufpreises zu einer Zahlungsverpflichtung des Erwerbers führt, die oberhalb des Verkehrswerts sowohl zum Zeitpunkt des Ankaufs als auch des Verkaufs liegt.<sup>94</sup> Dies kann auch dadurch eintreten, dass beispielsweise Erschließungskosten doppelt bezahlt werden müssen.

Angstklauseln, wonach die Gemeinde bei der Entscheidung über die Ausübung ihrer Rechte das Gebot der Angemessenheit und Treu und Glauben zu beachten hat, müssen in den Vertrag nicht aufgenommen werden.<sup>95</sup> Diese Verpflichtung ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Deshalb muss die Gemeinde bei Geltendmachung ihrer Rechte prüfen, ob im Einzelfall die Berücksichtigung der eingehaltenen Nutzungsdauer oder die Zustimmung zur Veräußerung an einen Einheimischen geboten sind.<sup>96</sup>

#### 4. Gewerbeansiedlungsverträge

Ob Einheimischenmodelle im Rahmen der Gewerbebeförderung zulässig sind, ist höchst umstritten.<sup>97</sup> Eine verbilligte Grundabgabe muss zudem die europarechtlichen Beihilfeschranken beachten.<sup>98</sup> Eine Beihilfe ist auch der im Rahmen einer kommunalen Grundstücksveräußerung erfolgte Kauf unter dem Marktpreis. Ferner gehört hierzu die Übernahme der Kosten von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen, die aufgrund des nationalen Rechts der Grundstückseigentümer tragen müsste. Verfahrensmäßig verpflichtet Art. 108 Abs. 3 AEUV die Mitgliedstaaten, die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig zu unterrichten, dass sie sich hierzu äußern kann, sofern die Beihilfe nicht ausnahmsweise von dieser Notifizierungspflicht freigestellt ist.<sup>99</sup> Für notifizierungspflichtige Beihilfen besteht ein Durchführungsverbot (sog. Stand-Still-Pflicht), bis eine positive Entscheidung der Kommission ergangen ist. Aufgrund des Zwecks dieser Vorschrift handelt es sich um ein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB. Ein Verstoß führt zur Nichtigkeit des diesbezüglichen Vertrags.<sup>100</sup> Keine Veräußerung unter dem Verkehrswert liegt vor, wenn dieser durch ein Gutachten eines unabhängigen Dritten festgestellt wurde oder die Preisfindung Ergebnis

<sup>86</sup> Zu einer diesbezüglichen Auslegung vgl. OLG Frankfurt/Main, DNotI-Report 1999, 13.

<sup>87</sup> BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09 (n. v.); OLG München, DNotZ 1998, 910; a. A. OLG Frankfurt/Main, KommJur 2009, 386 = MittBayNot 2010, 236 m. abl. Anm. *Dirnberger*.

<sup>88</sup> BGH, NJW-RR 2006, 1452 = DNotZ 2006, 910 = ZfIR 2007, 32.

<sup>89</sup> BGH, NJW-RR 2007, 962 = DNotZ 2007, 513 = MittBayNot 2007, 306 = NZM 2007, 656.

<sup>90</sup> BGH, NJW-RR 2007, 962 = DNotZ 2007, 513 = MittBayNot 2007, 306 = NZM 2007, 656.

<sup>91</sup> So nunmehr auch BGH, NVwZ 2010, 531; vgl. bereits BGH, NJW-RR 2007, 962 = DNotZ 2007, 513 = MittBayNot 2007, 306 = NZM 2007, 656 u. OLG Karlsruhe, NVwZ-RR 2006, 529 = DNotZ 2006, 511 = ZfIR 2006, 644. Anders noch OLG Rostock, ZfIR 2009, 875.

<sup>92</sup> BGH, NJW-RR 2007, 962 = DNotZ 2007, 513 = MittBayNot 2007, 306 = NZM 2007, 656.

<sup>93</sup> Vgl. OLG Celle, KommJur 2009, 112 = RNotZ 2008, 541.

<sup>94</sup> OLG Celle, NJW-RR 2005, 1332 = RNotZ 2005, 433 = ZfIR 2006, 588.

<sup>95</sup> BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09 (n. v.); so aber noch OLG Frankfurt/Main, KommJur 2009, 386 = MittBayNot 2010, 236 m. abl. Anm. *Dirnberger*. Siehe dazu *Hertel* in Bayer. Notarverein e. V. (Hrsg.), Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht, 2000, S. 179 ff. u. *Grziwotz*, KommJur 2009, 376 ff.

<sup>96</sup> BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09 (n. v.).

<sup>97</sup> Bejahend BayVGH, DNotZ 1999, 639 = BayVBl. 1999, 399 = MittBayNot 1999, 404 = NVwZ 1999, 1008 = ZfIR 1999, 302.

<sup>98</sup> Vgl. hierzu *Schwarze*, DVBl 2009, 1401 ff.

<sup>99</sup> So insbes. die sog. de-minimis-Beihilfen (Verordnung v. 15.12.2006, ABI 379/5: 200.000 € in drei Steuerjahren).

<sup>100</sup> BGH, ZfIR 2004, 73 = EuZW 2003, 444 u. BGH, EuZW 2004, 252; vgl. dazu auch *Schmidt-Raentsch*, NJW 2005, 106 ff. Zu Schadensersatzansprüchen des Privaten und eventuell dessen Finanzierungsbank bei einem Verstoß gegen die diesbezüglichen Informationspflichten siehe BGHZ 178, 243 = EuZW 2009, 28 = MDR 2009, 142.

eines zuvor durchgeführten transparenten und diskriminierungsfreien Bieterwettbewerbs ist.<sup>101</sup>

Aber nicht nur aus dem europäischen Recht, auch aus dem kommunalen Haushaltsrecht ergibt sich die Verpflichtung, Grundstücke grundsätzlich nur zum vollen Wert zu veräußern. Eine Ausnahme gilt nur bei der Verfolgung öffentlicher Auf-

gaben (Art. 75 BayGO).<sup>102</sup> Der Verkauf eines Grundstücks „inklusive Erschließungskosten“, bei dem der Verkehrswert unterschritten wird, kann deshalb zur Nichtigkeit des Vertrags führen.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Siehe dazu die Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten und Grundstücken durch die öffentliche Hand vom 10.7.1997, ABl 1997, C 209/3. Siehe dazu auch *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 292 ff.

<sup>102</sup> Vgl. zur entsprechenden Versicherung der Gemeinde und zur Gestaltung des Kaufs *Grziwotz*, KommJur 2010 (erscheint demnächst).

<sup>103</sup> BayVerfGH, BayVBl 2008, 237 = MittBayNot 2008, 412; vgl. auch BayObLG, BayVBl 1995, 667 u. BayVBl 2001, 539. Siehe ferner BGH, KommJur 2006, 423 = MittBayNot 2006, 494 = ZfIR 2006, 336 = NZBau 2006, 590 = NVwZ-RR 2007, 47 = NZM 2006, 707 = MDR 2006, 790 zur Sittenwidrigkeit eines Immobilien-Leasingvertrages wegen Verletzung des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit kommunaler Haushaltsführung.

## Vermeidung des Anfechtungsrisikos durch Vertragsgestaltung

### – zugleich Besprechung der Entscheidung des BGH vom 10.12.2009, IX ZR 203/06<sup>1</sup> –

Von Notar Dr. *Adolf Reul*, Neu-Ulm

Zunehmend werden auch notarielle Verträge durch Gläubiger eines Vertragsbeteiligten oder durch den Insolvenzverwalter angefochten. Fraglich ist, ob es hier einen sicheren Weg gibt, mit dem man dieses Risiko vermeiden oder zumindest minimieren kann. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH vom 10.12.2009 nimmt der nachfolgende Beitrag hierzu Stellung.

#### 1. Vormerkungsschutz in der Insolvenz

In der Insolvenz des Grundstückseigentümers gewährt die Vormerkung nach § 106 InsO einen Anspruch gegen den Insolvenzverwalter auf Erfüllung. Der Vormerkungsschutz ist auf den Umfang der Vormerkung beschränkt (§ 106 Abs. 1 Satz 2 InsO). Geschützt wird allein der Anspruch auf dingliche Rechtsänderung. In der Insolvenz des Bauträgers ist deshalb nur der Eigentumsverschaffungsanspruch insolvenzsicher, nicht aber die Bauwerkserrichtung.<sup>2</sup> Der Vertrag wird nach § 105 InsO gespalten in einen insolvenzfesten Teil und einen nicht insolvenzfesten Teil. Die Gegenleistung ist entsprechend aufzuteilen.<sup>3</sup>

#### 2. Vormerkung und Anfechtung

Bedeutung hat die Vormerkung ebenso im Zusammenhang mit der Gläubigeranfechtung bzw. der Insolvenzverwalteranfechtung. Nach dem AnfG können Gläubiger, die einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt haben und deren Forderung fällig ist, außerhalb eines Insolvenzverfahrens Rechtshandlungen des Schuldners nach dem AnfG anfechten, wenn eine Zwangsvollstreckung nicht zu einer vollständigen Befriedigung geführt hat oder wenn anzunehmen ist, dass sie nicht dazu führen wird. Kommt es zu einer Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners, steht das

Anfechtungsrecht grundsätzlich dem Insolvenzverwalter zu. Es gelten die Anfechtungsvorschriften der InsO (§§ 129 ff. InsO). Die Voraussetzungen einer Anfechtung nach dem AnfG bzw. nach der InsO sind großteils identisch.

##### a) Anfechtungsfristen

Angefochten werden können Rechtshandlungen, die innerhalb bestimmter gesetzlicher Fristen vorgenommen wurden. Es ist eine Rückrechnung vorzunehmen (§ 7 Abs. 1 AnfG, § 136 InsO).

Für die Insolvenzanfechtung von Bedeutung ist vor allem der kritische Drei-Monats-Zeitraum vor Stellung eines Insolvenzantrags. Rechtshandlungen innerhalb dieses Zeitraums können nach den §§ 130–132 InsO wegen kongruenter oder inkongruenter Deckung bzw. wegen unmittelbarer Gläubigerbenachteiligung angefochten werden. Auf einen Vorsatz, die Gläubiger zu benachteiligen, kommt es nicht an. Entsprechende Anfechtungstatbestände gibt es im AnfG nicht.

##### b) Gläubigerbenachteiligung

Grundvoraussetzung jeder Anfechtung ist eine Gläubigerbenachteiligung (§ 1 Abs. 1 AnfG, § 129 InsO). Entscheidend ist, ob sich die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger ohne die anfechtbare Rechtshandlung günstiger gestaltet hätte.<sup>4</sup> Anfechtbar ist danach etwa die Veräußerung von Vermögensgegenständen, aber auch die Bestellung einer Vormerkung.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> DNotZ 2010, 294.

<sup>2</sup> BGH, MittBayNot 1978, 145; NJW 1981, 991; OLG Koblenz, NZM 2007, 607; OLG Stuttgart, ZInsO 2004, 1087; *Uhlenbruck/Berscheid*, InsO, 13. Aufl., § 106 Rdnr. 39.

<sup>3</sup> BGH, NJW 1981, 991, 993; OLG Koblenz, NZM 2007, 607; OLG Stuttgart, MittBayNot 2005, 162, 165; *Grziwotz/Koebler/Schmitz*, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 5. Teil Rdnr. 22 ff.

<sup>4</sup> BGH, NJW 1980, 1580; HK-InsO/*Kreft*, 5. Aufl., § 129 Rdnr. 36; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 129 Rdnr. 91.

<sup>5</sup> HambKomm/Rogge, 3. Aufl., § 129 Rdnr. 4 ff.; *Gottwald/Huber*, Insolvenzrechtshandbuch, § 46 Rdnr. 19.

Für die Frage, auf welchen Zeitpunkt bei der Gläubigerbenachteiligung abzustellen ist, ist zwischen einer mittelbaren und unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung zu unterscheiden. Grundsätzlich genügt eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung (§§ 130, 131, 133 Abs. 1 InsO, § 3 Abs. 1 AnfG). Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung ist gegeben, wenn die Rechtshandlung noch keinen Nachteil für die Gläubiger bewirkt, aber die Grundlage für einen weiteren die Gläubiger benachteiligenden Ablauf bildet. Nicht erforderlich ist, dass die hinzutretenden weiteren Umstände selbst durch die angefochtene Rechtshandlung mitverursacht wurden.<sup>6</sup> Maßgeblich für die Frage, ob eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung vorliegt, ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz.<sup>7</sup> Eine nachträgliche Wertsteigerung eines Grundstücks, bei dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Leistung und Gegenleistung gleichwertig gegenüber standen, kann danach genügen.<sup>8</sup> Bei einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung (§§ 132, 133 Abs. 2 InsO, § 3 Abs. 2 AnfG) ist die Benachteiligung allein anhand der angefochtenen Rechtshandlung zu beurteilen (z. B. Verkauf einer Sache des Schuldners unter Wert). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vollendung der Rechtshandlung.<sup>9</sup>

Eine Gläubigerbenachteiligung liegt nicht vor, wenn es sich um die Weggabe eines wertausschöpfend belasteten Gegenstandes handelt. Dies ist der Fall, wenn der veräußerte Gegenstand mit bevorrechtigt zu befriedigenden Absonderungsrechten belastet ist und im Falle einer Verwertung der gesamte Erlös an diese Gläubiger geht bzw. für die Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens hätte aufgewendet werden müssen.<sup>10</sup> Für die Gläubigerbefriedigung ist dieser Gegenstand wertlos.<sup>11</sup> Es kommt dabei nicht auf die Höhe der dinglichen Belastungen an, sondern auf die Höhe der damit gesicherten Forderungen.<sup>12</sup>

### c) Subjektive Voraussetzungen der Anfechtung

Mit Ausnahme der inkongruenten Deckung nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO knüpfen sämtliche Anfechtungstatbestände an eine Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners an. Dieser muss die Zahlungsunfähigkeit, den Insolvenzantrag bzw. den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners oder auch nur die Gläubiger benachteiligende Wirkung kennen. Bei nahestehenden Personen gemäß § 138 InsO (§§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 2 Satz 2, 132 Abs. 3 InsO), aber auch in bestimmten anderen Fällen wird diese Kenntnis vermutet (§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 3 Abs. 1 Satz 2 AnfG).

### d) Maßgeblicher Zeitpunkt

Für die Vornahme einer Rechtshandlung stellen die §§ 8 Abs. 1 AnfG, 140 Abs. 1 InsO auf den Zeitpunkt ab, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. Entscheidend ist derjenige, in dem der Anfechtungsgegner durch die Rechtshandlung eine Stellung erlangt, die im Falle der Insolvenzeröffnung – die Anfechtung hinweggedacht – beachtet werden müsste.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> BGH, ZIP 2000, 238.

<sup>7</sup> OLG Hamburg, NZI 2001, 424; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 129 Rdnr. 128.

<sup>8</sup> BGH, NJW 1984, 2890, 2891; NJW 1996, 3341, 3342.

<sup>9</sup> *HambKomm/Rogge*, § 129 Rdnr. 41; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 12. Aufl., § 129 Rdnr. 124.

<sup>10</sup> BGH, WM 2006, 490; ZInsO 2007, 778; *JurBüro* 2008, 269; ZInsO 2009, 1249, 1251.

<sup>11</sup> BGH, WM 2006, 490 = *MittBayNot* 2006, 224 = *RNotZ* 2006, 200 m. Anm. *Kesseler; Bitter* in FS Karsten Schmidt, 2009, S. 123 ff.

<sup>12</sup> BGH, NJW 1984, 2890, 2891; NJW 1996, 3341, 3342.

<sup>13</sup> Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 12/2443, 166; *MünchKommInsO/Kirchhof*, 2. Aufl., § 140 Rdnr. 1; *HK-InsO/Kreft*, 5. Aufl., § 140 Rdnr. 2.

Der Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung markiert gleichzeitig den maßgeblichen Zeitpunkt für das Vorliegen der subjektiven Tatbestandsmerkmale der Anfechtung.<sup>14</sup> Eine spätere Kenntnis ist unschädlich.<sup>15</sup>

### e) Insbesondere Immobilienrecht

Besondere Bedeutung haben im Immobilienrecht § 8 Abs. 2 Satz 1 AnfG und § 140 Abs. 2 Satz 1 InsO. Der anfechtungsrechtlich maßgebliche Zeitpunkt wird vorverlegt, wenn Eintragungen im Grundbuch oder einem vergleichbaren Register erforderlich sind. Voraussetzung ist, dass

- die übrigen Voraussetzungen für das Wirksamwerden der Rechtshandlung erfüllt sind,
- die Willenserklärung des Schuldners bindend geworden ist, und
- der andere Teil den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung gestellt hat.

Nach § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG, § 140 Abs. 2 Satz 2 InsO wird dieser Zeitpunkt noch weiter vorverlegt, soweit lediglich Antrag auf Eintragung einer Vormerkung gestellt wird. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, bleibt es bei § 8 Abs. 1 AnfG, § 140 Abs. 1 InsO. Entscheidend ist die Grundbucheintragung.<sup>16</sup>

### f) Folgen der Anfechtung

Folge einer Gläubigeranfechtung ist die Duldung der Zwangsvollstreckung in den anfechtbar weggegebenen Gegenstand (§ 11 AnfG). Bei der Insolvenzverwalteranfechtung ist der Gegenstand zur Insolvenzmasse zurückzugewähren (§ 143 InsO).

In der Gläubigeranfechtung kann sich der Anfechtungsgegner wegen der Erstattung einer Gegenleistung oder wegen eines Anspruchs, der infolge der Anfechtung wiederauflebt, nur an den Schuldner halten (§ 12 AnfG). Für Forderungen des Anfechtungsgegners aus anderen, vom anfechtbaren Erwerbstatbestand unabhängigen Rechtsgründen gilt § 12 AnfG nicht. Der Anfechtungsgegner kann diese Forderungen nach den allgemeinen Regeln geltend machen.<sup>17</sup> In der Insolvenz richten sich die Rechtsfolgen für den Anfechtungsgegner nach § 144 InsO. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

§ 144 Abs. 1 InsO erfasst den Fall, dass durch die anfechtbare Rechtshandlung eine Verbindlichkeit des Schuldners getilgt worden ist, die ihrerseits in nicht anfechtbarer Weise begründet wurde (Anfechtung nur des Verfügungsgeschäfts) oder die gegenüber dem Anfechtungsgegner nicht oder nicht wirksam angefochten wurde.<sup>18</sup> Gibt der Anfechtungsgegner das aufgrund einer anfechtbaren Leistung Erlangte an die Insolvenzmasse zurück, lebt seine Forderung wieder auf (§ 144 Abs. 1 InsO). Zugleich mit der Forderung leben auch ihre unanfechtbar begründeten Sicherheiten auf. Bei akzessorischen Sicherheiten geschieht dies automatisch. Nicht akzessorische Sicherheiten bleiben bestehen. Wurden sie schon zurückgegeben, sind sie neu zu begründen.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> *MünchKommInsO/Kirchhof*, § 130 Rdnr. 32; *HambKomm/Rogge*, § 130 Rdnr. 16.

<sup>15</sup> BGH, ZIP 2008, 930; *HambKomm/Rogge*, § 130 Rdnr. 16; *MünchKommInsO/Kirchhof*, § 130 Rdnr. 32; *HK-InsO/Kreft*, § 130 Rdnr. 22.

<sup>16</sup> *MünchKommInsO/Kirchhof*, § 140 Rdnr. 29; *HK-InsO/Kreft*, § 140 Rdnr. 9.

<sup>17</sup> *Huber*, AnfG, 10. Aufl., § 12 Rdnr. 9.

<sup>18</sup> *HK-InsO/Kreft*, § 144 Rdnr. 2; *MünchKommInsO/Kirchhof*, § 144 Rdnr. 3 und 5; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 144 Rdnr. 1 ff.

<sup>19</sup> *HK-InsO/Kreft*, § 144 Rdnr. 3 m. w. N.

§ 144 Abs. 2 InsO erfasst die Anfechtung eines schuldrechtlich verpflichtenden Vertrages selbst.<sup>20</sup> Betroffen sind vor allem Anfechtungen nach §§ 132, 133 InsO. Hat der Anfechtungsgegner auf Grund des anfechtbaren Vertragsschlusses eine Gegenleistung erbracht, ist die Gegenleistung aus der Insolvenzmasse (nur) zu erstatten, soweit sie in dieser noch unterscheidbar vorhanden oder die Masse um ihren Wert bereichert ist. Darüber hinaus kann der Empfänger der anfechtbaren Leistung die Forderung auf Rückgewähr der Gegenleistung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen (§ 144 Abs. 2 Satz 2 InsO).

Nach § 144 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2. InsO darf die Anfechtung nicht zu einer Bereicherung der Insolvenzmasse führen. Die Anfechtung gewährt einen Anspruch nur auf das „was aus dem Vermögen des Schuldners herausgekommen ist“. Sonstige Vorteile – etwa Verwendungen auf den anfechtbar erhaltenen Gegenstand – dürfen dem Anfechtungsgläubiger nicht zugutekommen.<sup>21</sup> § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO ist dagegen nicht anwendbar, wenn der Anfechtungsgegner die Masse von einer Verbindlichkeit befreit hat. Die Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) ist das dem Schuldner gehörende Aktivvermögen. Dieses wird nicht vergrößert, wenn der Anfechtungsgegner Verbindlichkeiten des späteren Schuldners übernimmt. Der künftigen Masse fließt nichts zu. Eine befreiende Schuldübernahme wirkt sich allein auf die Summe der Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) aus. Dieser Umstand ist ebenso wenig mit Mitteln der Masse auszugleichen wie andere Aufwendungen, die der Anfechtungsgegner im Zusammenhang mit dem angefochtenen Vertrag tätigt. Ein Ausgleich erfolgt allein über § 144 Abs. 2 Satz 2 InsO (einfache Insolvenzforderung).<sup>22</sup>

Anderes gilt jedoch, wenn Verbindlichkeiten gegenüber einem Grundpfandrechtsgläubiger getilgt werden. Grundpfandrechtsgläubiger sind nach § 49 InsO bevorrechtigt zu befriedigen. Die Ablösung eines Absonderungsrechts stellt daher eine vorrangig zu berücksichtigende Massebereicherung i. S. d. § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO dar. Ähnlich entschied der BGH zum AnfG. Dort erkannte er bei vom Anfechtungsgegner abgelösten Grundpfandrechten bevorrechtigt zu befriedigende Aufwendungsersatzansprüche.<sup>23</sup>

### 3. Die Entscheidung des BGH vom 10.12.2009

Die Entscheidung des BGH vom 10.12.2009 ist in dieses Umfeld einzuordnen. Der Schuldner hat Grundbesitz verkauft. Gleichzeitig wurde die Eintragung einer Vormerkung bewilligt und beantragt. Nach Eintragung der Vormerkung, jedoch vor Erklärung der Auflassung wurde dem Käufer (Anfechtungsgegner) ein vorläufiges Zahlungsverbot und der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zugestellt.

Das Berufungsgericht hatte eine Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG bejaht und hinsichtlich der Kenntnis vom

<sup>20</sup> MünchKommInsO/Kirchhof, § 144 Rdnr. 13; HK-InsO/Kreft, § 144 Rdnr. 4; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 144 Rdnr. 9.

<sup>21</sup> BGH, NJW 1984, 2890; NJW 1996, 3341, 3342; Huber, AnfG, § 11 Rdnr. 32; Zeuner, Die Anfechtung in der Insolvenz, 2. Aufl., Rdnr. 496; MünchKommInsO/Kirchhof, § 144 Rdnr. 17; HambKomm/Rogge, § 144 Rdnr. 21 f.; HK-InsO/Kreft, § 144 Rdnr. 5 jew. m. w. N.; in diesem Sinne ebenso Jaeger/Henckel, InsO, § 143 Rdnr. 144 ausdrücklich für einen Anspruch auf Verwendungsersatz im Rahmen des § 143 InsO im Fall der Ablösung von Grundpfandrechten; a. A. aber RG WarnR 1927 Nr. 101, wenn Zahlungen zur Befreiung aus der Pfandhaft in Anrechnung der für den Schuldner bestimmten Gegenleistung erfolgten.

<sup>22</sup> BGH, Beschluss vom 27.9.2007, IX ZR 74/06 = BeckRS 2007, 16641.

<sup>23</sup> BGH, NJW 1996, 3341, 3342; NJW 1984, 2890, 2892; NJW 1976, 1398, 1401; Amann, DNotZ 2010, 246, 261 ff.

Benachteiligungsvorsatz auf den Zeitpunkt der bindend erklärten Auflassung abgestellt. Der Vormerkung hatte das Berufungsgericht keine Bedeutung beigemessen, weil zu diesem Zeitpunkt noch keine bindende Auflassungserklärung vorgelegen habe.

Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben. Entscheidend ist nach Ansicht des BGH, wann der Anfechtungsgegner durch die angefochtene Rechtshandlung eine gesicherte Rechtsstellung erlangt hat, die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens beachtet werden müsste.<sup>24</sup> Dies ist der Fall, wenn zugunsten des Anfechtungsgegners im Grundbuch des Schuldners eine Vormerkung eingetragen ist oder wenn dieser die Eintragung einer Vormerkung beantragt hat und der vorgezeichnete oder vorzumerkende Anspruch entstanden ist (§ 91 Abs. 2 InsO, § 878 BGB). Nach § 106 InsO ist ein vormerkungsgesicherter Anspruch insolvenzfest. Auf eine bindende Auflassungserklärung kommt es nicht an. § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG und § 140 Abs. 2 Satz 2 InsO sind so zu lesen, dass Satz 1 sich hier auf die bindende materielle Bewilligung der Vormerkung als Willenserklärung des Schuldners bezieht.

### 4. Stellungnahme

Der Entscheidung des BGH ist zuzustimmen. Sie entspricht der einhelligen Ansicht in der Literatur.<sup>25</sup> Das Berufungsgericht verwechselt, dass es für die Anwendung von § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG, § 140 Abs. 2 Satz 2 InsO allein auf einen wirksamen Vormerkungsschutz ankommt, nicht aber auf das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts. Nur das Anwartschaftsrecht aber verlangt, dass neben einem Eintragungsantrag bzw. einer eingetragenen oder beantragten Vormerkung noch eine bindende Auflassung vorliegt.<sup>26</sup> Der Vormerkungsschutz nach §§ 883, 888 BGB ist dagegen nicht von einer bindenden Auflassung abhängig. Es genügt ein wirksamer schuldrechtlicher Anspruch auf dingliche Rechtsänderung und eine Bewilligung des Schuldners. Besteht eine wirksame Vormerkung, ist der damit gesicherte Anspruch insolvenzfest (§ 106 Abs. 1 InsO).<sup>27</sup> Die Vormerkung ist dann auch bei der Anfechtung uneingeschränkt zu beachten. Der Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung wird auf den Zeitpunkt der bindenden Bestellung der Vormerkung vorverlegt. Zu diesem Zeitpunkt muss der Anfechtungsgegner bösgläubig sein. Eine spätere Kenntnis ist unschädlich.<sup>28</sup>

### 5. Antragstellung durch den Notar?

Nach § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG, § 140 Abs. 2 Satz 2 InsO wird der Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung noch weiter vorverlegt, soweit lediglich Antrag auf Eintragung einer Vormerkung gestellt wird. Grundsätzlich kann der Antrag für den anderen Teil auch durch einen Stellvertreter und damit auch

<sup>24</sup> Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 12/2443, 166.; MünchKommInsO/Kirchhof, § 140 Rdnr. 1; HK-InsO/Kreft, 5. Aufl., § 140 Rdnr. 2.

<sup>25</sup> Jaeger/Henckel, InsO, § 140 Rdnr. 49; HambKomm/Rogge, § 140 Rdnr. 30; HK-InsO/Kreft, § 140 Rdnr. 12; MünchKommInsO/Kirchhof, § 140 Rdnr. 48.

<sup>26</sup> BGHZ 89, 41 = DNotZ 1984, 319; BGH, MittBayNot 2000, 245, 246; Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl., § 925 Rdnr. 25; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 3318.

<sup>27</sup> § 106 InsO gilt auch bei bedingten und befristeten Ansprüchen: BGH, DNotZ 2002, 275; DNotZ 2004, 123.

<sup>28</sup> BGH, ZIP 2008, 930; HambKomm/Rogge, § 130 Rdnr. 16; MünchKommInsO/Kirchhof, § 130 Rdnr. 32; HK-InsO/Kreft, § 130 Rdnr. 22.

vom Notar gestellt werden.<sup>29</sup> Ein Antrag des Notars, den dieser (nur) auf der Grundlage des § 15 GBO stellt, genügt nach Ansicht des BGH für § 140 Abs. 2 Satz 2 InsO nicht.<sup>30</sup> Eine Antragstellung gemäß § 15 GBO vermittele dem „anderen Teil“ keine gesicherte Rechtsposition, denn der Notar könne einen solchen Antrag ohne Zustimmung des Berechtigten ohne weiteres wieder nach § 24 Abs. 3 Satz 1 BNotO zurücknehmen.<sup>31</sup>

In der Literatur wird dieser Rechtsprechung zum Teil gefolgt,<sup>32</sup> zum Teil aber auch heftig widersprochen.<sup>33</sup> Der BGH hat hierzu in der vorliegenden Entscheidung nicht Stellung genommen.

Die §§ 15 GBO, 24 Abs. 3 BNotO geben dem Notar eine umfassende Vollzugsvollmacht. Eine solche Vollmacht könnte auch rechtsgeschäftlich erteilt werden und z. B. die Befugnis enthalten, Vollzugsanträge zurückzunehmen. Vergleicht man die Rechtslage mit einem Anwartschaftsrecht, bei dem auf Seiten des Berechtigten ebenso ein Bevollmächtigter handelt, ist festzustellen, dass hier niemand auf die Idee kommt, am Bestehen eines Anwartschaftsrechts zu zweifeln. Auch in diesem Fall aber müsste der Berechtigte bzw. „der andere Teil“ besorgen, seine Rechtsstellung ohne eigenes Zutun durch bloße Antragsrücknahme des Bevollmächtigten wieder zu verlieren.<sup>34</sup> Würde man hier dem BGH folgen, müsste konsequenterweise beim Handeln eines Vertreters mit umfassender Vollmacht das Bestehen eines Anwartschaftsrechts ebenso verneint werden. Dies geschieht – soweit ersichtlich – jedoch nirgends.<sup>35</sup> Entscheidend für das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts ist allein, dass der Vollrechtserwerb nicht mehr durch eine widersprechende Verfügung des Veräußerers oder den Verlust seiner Verfügungsbefugnis gefährdet ist.<sup>36</sup> Unerheblich für das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts ist, dass der Anwartschaftsberechtigte selbst durch eigenes Handeln sein Recht gefährden oder beseitigen kann. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Berechtigte selbst handelt oder durch einen Dritten aufgrund rechtsgeschäftlicher bzw. gesetzlicher Vollmacht oder aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung vertreten wird.

Ist aber schon das Bestehen eines Anwartschaftsrechts für den Berechtigten nicht davon abhängig, ob für ihn ein Vertreter handelt oder nicht, gilt dies erst recht im Rahmen der Anwendung der § 8 Abs. 2 AnfG, § 140 Abs. 2 InsO, wo es auf das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts gar nicht ankommt. Entscheidend ist, dass der Schuldner den Rechtserwerb des Berechtigten nicht mehr verhindern kann. Eine Antragstellung durch den Notar nach § 15 GBO genügt.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> BGHZ 166, 125, 133; BGH, ZIP 2001, 933, 935 = NJW 2001, 2477, 2479; HK-InsO/Kreft, § 140 Rdnr. 10; MünchKommInsO/Kirchhof, § 140 Rdnr. 40; Hess/Weis/Wienberg, Insolvenzordnung, 2. Aufl., § 140 Rdnr. 31.

<sup>30</sup> BGH, ZIP 2001, 933, 935 = NJW 2001, 2477.

<sup>31</sup> BGH, ZIP 2001, 933, 935; MittBayNot 2009, 61 m. abl. Anm. Kessler.

<sup>32</sup> HK-InsO/Kreft, § 140 Rdnr. 10; MünchKommInsO/Kirchhof, § 140 Rdnr. 41; Huber, MittBayNot 2010, 231, 232.

<sup>33</sup> Kessler, MittBayNot 2009, 62; Amann, DNotZ 2010, 246, 254 ff.; in diese Richtung aber auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 12/2443, 166 und Teile der Literatur: Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 140 Rdnr. 12; Paulus in Kübler/Prütting, Insolvenzordnung, § 140 Rdnr. 8; Hess/Weis/Wienberg, Insolvenzordnung, § 140 Rdnr. 31.

<sup>34</sup> Ebenso Amann, DNotZ 2010, 246, 254 ff.

<sup>35</sup> Vgl. etwa Medicus, DNotZ 1990, 275; MünchKommBGB/Kanzleiter, 5. Aufl., § 925 Rdnr. 35 ff.

<sup>36</sup> MünchKommBGB/Kanzleiter, § 925 Rdnr. 35.

<sup>37</sup> Ebenso Kessler, MittBayNot 2009, 62; Amann, DNotZ 2010, 246, 254 ff.; Wazlawik, NZI 2009, 515.

Für die Praxis ist indessen die gefestigte gegenteilige Rechtsprechung des BGH zu beachten. Andernfalls droht dem Anfechtungsgegner nicht nur das Risiko, dass erst mit Eigentumsumschreibung die Anfechtungsfristen zu laufen beginnen. Gefahr droht vielmehr auch und vor allem deshalb, weil dann hinsichtlich seiner Bösgläubigkeit ebenfalls erst der Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung maßgeblich ist. Damit diese schädlichen anfechtungsrechtlichen Konsequenzen ausbleiben, wird der Notar zumindest sicherheitshalber ausdrücklich (auch) den Käufer einen eigenen Antrag auf Eintragung der Vormerkung stellen lassen.<sup>38</sup>

## 6. Anfechtungssichere Vertragsgestaltung

Unabhängig davon wirft die Entscheidung die Frage auf, ob und wenn ja wie das Problem der Anfechtung bei der Vertragsgestaltung in den Griff zu bekommen ist. Besondere Gefahren drohen vor allem bei denjenigen Anfechtungstatbeständen, die eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung genügen lassen, es also ausreicht, wenn die gläubigerbenachteiligende Wirkung erst nachträglich eintritt.<sup>39</sup>

### a) Bösgläubigkeit als Anfechtungsvoraussetzung

Um es gleich vorweg zu nehmen: Eine zu 100 % „anfechtungssichere“ Vertragsgestaltung gibt es nicht. Praktisch alle Tatbestände einer Gläubiger- oder Insolvenzverwalteranfechtung setzen voraus, dass der Anfechtungsgegner bösgläubig ist. Sanktioniert wird mit dem Anfechtungsrecht also die „verwerfliche Gesinnung“ des Anfechtungsgegners. Erst jüngst hat der BGH seine Auffassung bestätigt, dass es für eine Gläubigerbenachteiligung als weitere Voraussetzung einer Anfechtung nicht darauf ankommt, ob es bereits im Zeitpunkt der Vornahme der später angefochtenen Rechtshandlung überhaupt Gläubiger gibt oder nicht.<sup>40</sup> Ob eine solche „verwerfliche Gesinnung“ beim Anfechtungsgegner gegeben ist, vermag der Notar nicht zu beurteilen und kann er mittels Vertragsgestaltung auch nicht beeinflussen. Eher umgekehrt droht die Gefahr, dass der Notar etwa durch eine zu ausführliche Belehrung erst die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit schafft.<sup>41</sup>

Dennoch gibt es Möglichkeiten, zumindest teilweise das Anfechtungsrisiko zu minimieren. Es geht dabei vor allem um Fälle, in denen die Gefahr einer Anfechtung wegen einer konkreten Deckung droht (§ 130 InsO). Hier erhält der potentielle Anfechtungsgegner aus dem Vermögen des Schuldners eine Sicherung oder Befriedigung (Deckung), auf die er einen Anspruch hat (kongruent).<sup>42</sup> Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung genügt. Die Anfechtungsfrist beträgt drei Monate.

### b) Bargeschäft

Bei einem Bargeschäft gelangt an die Stelle des veräußerten Gegenstandes unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung

<sup>38</sup> In diesem Sinne Huber, MittBayNot 2010, 231; kritisch zur Zulässigkeit eines eigenen Grundbuchantrags des Käufers neben dem Notar aber Schöner/Stöber, Rdnr. 183; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., § 15 Rdnr. 30; Winkler, BeurG, 16. Aufl. 2008, § 53 Rdnr. 8; Amann, DNotZ 2010, 246, 258.

<sup>39</sup> Siehe oben 2. b).

<sup>40</sup> Ständige Rspr., zuletzt BGH, MittBayNot 2010, 149 m. abl. Anm. Lotter; BGH, WM 1964, 1166, 1167; WM 1987, 881, 882; WM 1955, 407, 412; RGZ 26, 11, 13; OLG Dresden, ZInsO 2007, 497, 499; MünchKommInsO/Kirchhof, § 133 Rdnr. 16.

<sup>41</sup> Ganter, DNotZ 2004, 421 427; siehe zur Belehrung Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, S. 130 ff.

<sup>42</sup> OLG Stuttgart, ZInsO 2002, 986.

in das Vermögen des Schuldners. Eine Gläubigerbenachteiligung liegt an sich nicht vor. Nach § 142 InsO kann ein Bargeschäft aber unter den Voraussetzungen einer Vorsatzanfechtung angefochten werden. Gleiches gilt für die Gläubigeranfechtung nach dem AnfG.<sup>43</sup>

Gleichwertigkeit liegt vor, wenn eine Vermögensumschichtung gegeben ist, also der Leistungsaustausch nicht zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung führt.<sup>44</sup> „Unmittelbar“ ist der Leistungsaustausch bei einer Zug-um-Zug-Leistung oder im Falle eines engen zeitlichen Zusammenhangs mit der Vorleistung des Schuldners. Rechtzeitig ist eine Gegenleistung im Grundstücksverkehr, wenn z. B. der Kaufpreis innerhalb der üblichen Zahlungsfristen von zwei bis vier Wochen bezahlt wird.<sup>45</sup> Wird auf die Vorleistung des Schuldners die Gegenleistung nur verzögert erbracht, liegt kein Bargeschäft vor.<sup>46</sup>

Ein Bargeschäft scheidet ebenso aus, wenn der Kaufpreis nicht unmittelbar an den Verkäufer geleistet wird, sondern unmittelbar dessen Verbindlichkeiten gegenüber Dritten beglichen werden.<sup>47</sup> Übernimmt allerdings der Käufer beim Kauf eines Grundstücks unter Anrechnung auf den Kaufpreis auf dem Grundstück lastende Grundpfandrechte, soll ein Bargeschäft vorliegen.<sup>48</sup> Diese Überlegungen können auf den Fall der Lastenfreistellung durch Direktzahlung übertragen werden. Hier geht es um die Befriedigung von absonderungsberechtigten Gläubigern (§ 49 InsO).

Die Gleichwertigkeit der sich gegenüberstehenden Leistungen kann der Notar in der Regel nicht feststellen. Sinnvoll ist ggf. die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Steht eine Vorsatzanfechtung im Raum, nützt dieses auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses eingeholte Wertgutachten nichts. Bei der Vorsatzanfechtung genügt eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung. Maßgebender Zeitpunkt ist der der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Anfechtungsprozess. Nachträgliche Wertsteigerungen genügen.<sup>49</sup>

Der Notar kann aber bei der Vertragsgestaltung darauf hinwirken, ob es zu einem „unmittelbaren“ Leistungsaustausch kommt oder nicht. Von Stundungsabreden ist daher abzuraten.<sup>50</sup> Vorsorge zu treffen ist auch bei der Bestellung einer Vormerkung. Darin kann eine Vorleistung des Schuldners liegen. Hier kann z. B. vorgesehen werden, den Antrag auf Eintragung einer Vormerkung erst zu stellen nach Einzahlung des Kaufpreises auf Notaranderkonto.<sup>51</sup> Geschieht dies nicht, droht darüber hinaus der Vorwurf einer strafbaren Bankrotthandlung nach §§ 283 ff. StGB. Nach Auffassung des RG kann sich auch ein Notar nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar machen, wenn er die Eintragung einer Vor-

merkung veranlasst, ohne dass die Zahlung des Kaufpreises gesichert ist.<sup>52</sup>

### c) Bestellung einer Vormerkung

Es sollte möglichst frühzeitig den Antrag auf Grundbuchvollzug, zumindest aber Antrag auf Eintragung einer Vormerkung gestellt werden. Wichtig ist die Vormerkung wegen § 106 InsO. Nach § 8 Abs. 2 AnfG, § 140 Abs. 2 InsO beginnen frühzeitig die Anfechtungsfristen zu laufen. Ebenso wird damit der Zeitpunkt festgelegt, auf den es für das Vorliegen der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung und der „verwerflichen Gesinnung“ des Anfechtungsgegners ankommt.

Um diese Vorwirkungen der Vormerkung und ihrer Antragstellung rechtssicher zu gestalten, ist allerdings Voraussetzung, dass – wie oben dargestellt – der Anfechtungsgegner selbst den Antrag beim Grundbuchamt stellt. Eine Antragstellung durch den Notar wird vom BGH – entgegen der hier vertretenen Ansicht – nicht für ausreichend erachtet.<sup>53</sup> Dies ist bei der Vertragsgestaltung und beim Vollzug zu berücksichtigen.

### d) Direktzahlung zur Lastenfreistellung

Ein Anfechtungsrisiko kann ebenso bestehen, wenn zum Zwecke der Lastenfreistellung der Kaufpreis ganz oder teilweise unmittelbar an abzulösende Grundpfandrechtsgläubiger geleistet wird. Für den Gläubiger, an den die Zahlungen durch den Leistenden anstelle des späteren Gemeinschuldners erbracht werden, handelt es sich regelmäßig um eine anfechtbare inkongruente Deckung im Sinne des § 131 InsO.<sup>54</sup> Anfechtungsgegner ist der Zahlungsempfänger, nicht aber der Zahlende.<sup>55</sup> Das Vorliegen einer inkongruenten Deckung ist weiter ein starkes Beweisanzeichen dafür, dass der Schuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelte und der Anfechtungsgegner dies wusste.<sup>56</sup>

Der BGH bejaht im Falle einer Drittzahlung neben einer Anfechtung gegenüber dem Zahlungsempfänger ausnahmsweise auch eine Anfechtung gegenüber dem Zahlenden unter dem Aspekt einer Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO.<sup>57</sup> Der Zahlende (Angewiesener) und der Zahlungsempfänger sind dann Gesamtschuldner nach § 426 BGB auf Rückgewähr der Leistungen zur Insolvenzmasse gemäß § 143 InsO.

Eine Vorsatzanfechtung greift freilich nur, wenn der Schuldner bei Abschluss der Verrechnungsabrede (hier bei Abschluss des Kaufvertrages mit der Vereinbarung über die Direktzahlung) mit dem Vorsatz gehandelt hat, seine Gläubiger zu benachteiligen und wenn dem Käufer dieser Benachteiligungsvorsatz bekannt war. Der BGH bejaht einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung die Benachteiligungen der Gläubiger im

43 Huber, AnfG, § 1 Rdnr. 42.

44 HambKomm/Rogge, § 142 Rdnr. 10; HK/Kreft, InsO, § 142 Rdnr. 7.

45 Huber, AnfG, § 3 Rdnr. 46 ff.; MünchKommInsO/Kirchhof, § 142 Rdnr. 20; Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, S. 148.

46 HK-InsO/Kreft, § 142 Rdnr. 5; siehe zum Bargeschäft BGH, NJW 2006, 2701 = BGHZ 167, 190.

47 MünchKommInsO/Kirchhof, § 142 Rdnr. 4 a; Jenn, ZfIR 2009, 174, 181; Kesseler, RNotZ 2004, 176, 192.

48 HambKomm/Rogge, § 142 Rdnr. 12; Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO, 2001, § 142 Rdnr. 12.

49 BGH, NJW 1996, 3341, 3342.

50 Schumacher-Hey, RNotZ 2004, 543, 551.

51 Vgl. Heckschen, MittBayNot 1999, 11, 15 f.; Heckschen, MittRhNotK, 1999, 11, 16; Schumacher-Hey, RNotZ 2004, 543, 551; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 884.

52 RG, DRiZ 34, 315; Stree/Heine in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 283 Rdnr. 4; Jursnik, MittBayNot 1999, 125, 139.

53 BGH, ZIP 2001, 933, 935 = NJW 2001, 2477; MittBayNot 2009, 61; MittBayNot 2010, 228 m. Anm. Huber; unklar dagegen BGH, DNotZ 2010, 294; anders dagegen die Schlussfolgerungen von Amann im Hinblick auf die Entscheidung vom 10.12.2009, DNotZ 2010, 246, 254 ff.

54 BGH, NJW 1999, 3636; ZIP 2003, 356, 358; ZIP 2006, 290 = NJW 2006, 1348; Gottwald/Huber, Insolvenzrechtshandbuch, § 51 Rdnr. 59 und § 47 Rdnr. 48; HambKomm/Rogge, § 129 Rdnr. 32; MünchKommInsO/Kirchhof, § 129 Rdnr. 49.

55 BGH, NJW 1999, 3636; ZIP 2003, 356, 358; ZIP 2006, 290; ZIP 2007, 1162 = ZfIR 2008, 78; zuletzt BGH, NZI 2008, 167 = DNotZ 2008, 454.

56 BGH, ZInsO 2006, 94; HambKomm/Rogge, § 133 Rdnr. 32.

57 BGH, NZI 2008, 167 = DNotZ 2008, 454.

Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung gewollt oder als mutmaßliche Folge – sei es auch als unvermeidliche Nebenfolge eines an sich erstrebten anderen Vorteils – erkannt und gebilligt hat. Ein Schuldner, der seine Zahlungsunfähigkeit kennt, handelt in aller Regel mit Benachteiligungsvorsatz.<sup>58</sup> Auch wenn im Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Zahlungsempfänger eine inkongruente Deckung gegeben ist, in der ein erhebliches Beweisanzeichen für eine Kenntnis von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners liegt,<sup>59</sup> ist diese Indizwirkung hier ohne Bedeutung.<sup>60</sup> Der Angewiesene als Zahlender muss sich die an die Inkongruenz anknapfenden Beweiswirkungen nicht anrechnen lassen.

M. E. sind die subjektiven Voraussetzungen einer Vorsatzanfechtung bei einer Direktzahlung in einem Grundstückskaufvertrag zur Lastenfreistellung nicht gegeben. Dies ist ein „üblicher Geschäftsvorgang.“<sup>61</sup> Eine Absicht des Insolvenzschaftschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, ist darin nicht zu erkennen. Im Übrigen scheidet eine Anfechtung hier schon deshalb aus, weil die Zahlungen an grundpfandrechtlich gesicherte Gläubiger erfolgen. Diese sind nach § 49 InsO bevorrechtigt zu befriedigen. Eine Gläubigerbenachteiligung liegt nicht vor. Zu bejahen ist die Anfechtung aber, wenn Direktzahlungen an nicht bevorrechtigte Drittgläubiger gehen. Diese haben kein bevorrechtigtes Befriedigungsrecht. Von einer solchen Vertragsgestaltung ist abzuraten.

#### e) Abwarten des kritischen Zeitraums von drei Monaten

##### aa) Insolvenzverwalteranfechtung

Besonders hoch ist das Risiko einer Insolvenzverwalteranfechtung nach §§ 130–131 InsO wegen kongruenter oder inkongruenter Deckung in den letzten drei Monaten vor dem Insolvenzantrag. Hier genügt eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung.

Dieses Risiko kann minimiert werden, indem Leistungen des Anfechtungsgegners erst nach Ablauf von drei Monaten fällig gestellt werden oder Auszahlungen vom Notaranderkonto erfolgen. Damit wird gleichzeitig verhindert, dass z. B. der Vormerkungsschutz infolge Rückschlagssperre nach § 88 InsO unwirksam wird.

Wurde außerdem eine gleichwertige Gegenleistung erbracht, scheidet auch eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung aus. Es besteht dann nur noch das Risiko der Vorsatzanfechtung.

##### bb) Gläubigeranfechtung, sonstige Anfechtungstatbestände

Von vornherein keine Rolle spielt der 3-Monats-Zeitraum bei der Gläubigeranfechtung nach dem AnfG. Nach Ablauf dieser drei Monate kommt nur noch eine Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung, wegen einer unentgeltlichen Leistung bzw. wegen entgeltlichen Leistungen mit nahestehenden Personen in Betracht (§§ 3, 4 AnfG). Gleiches gilt nach der InsO.

#### (1) Vorsatzanfechtung, Schenkungsanfechtung

Bei einer vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung oder bei einer Anfechtung wegen Unentgeltlichkeit genügt eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung (§§ 133, 134 InsO). Die An-

fechtungsfrist beträgt bei der Schenkungsanfechtung vier Jahre und bei der Vorsatzanfechtung zehn Jahre. In beiden Fällen scheidet ein Schutzbedürfnis des Anfechtungsgegners von vornherein aus: Der Anfechtungsgegner erbringt entweder schon gar keine Gegenleistung und bedarf deshalb keines besonderen Schutzes. Oder der Anfechtungsgegner ist im Falle der Vorsatzanfechtung wegen seiner Bösgläubigkeit per se nicht schützenswert. Eine gleichwertige Gegenleistung (Bargeschäft) hilft nichts, wenn es nachträglich zu Wertsteigerungen kommt. Ein Bargeschäft kann wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung angefochten werden (§ 142 InsO). Es genügt eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung.

Ein (gewisser) Schutz kann hier für den Anfechtungsgegner jedoch dadurch erreicht werden, wenn er die von ihm erbrachte Gegenleistung bevorrechtigt zurückerhält und nicht lediglich auf die Insolvenzquote verwiesen ist. Eine solche bevorrechtigte Befriedigung steht ihm zu, wenn er aus eigenen Mitteln eine Wertsteigerung des anfechtbar weggegebenen Grundstücks erreicht hat, so etwa, wenn er selbst absonderungsberechtigte Gläubiger befriedigt hat. Derartige Wertsteigerungen dürfen der Insolvenzmasse nicht zugute kommen.<sup>62</sup>

Für die Vertragsgestaltung folgt hieraus, soweit als möglich die Gegenleistung zur Lastenfreistellung zu verwenden. Gelingt dies nicht, weil etwa Teile des Kaufpreises nicht für die Lastenfreistellung benötigt werden, und werden diese Zahlungen an den späteren Insolvenzschaftschuldner erbracht, können diese Teile der Gegenleistung nur als einfache Insolvenzforderungen geltend gemacht werden können. Hier kann die Vertragsgestaltung keinen weiteren Schutz gewähren.

#### (2) Anfechtung entgeltlicher Leistungen mit nahestehenden Personen

Voraussetzung für eine Anfechtung einer entgeltlichen Leistung mit nahestehenden Personen ist eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung (§ 133 Abs. 2 InsO, § 3 Abs. 2 AnfG). Es kommt auf den Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung an. Die Anfechtungsfrist beträgt zwei Jahre. Liegt eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht vor, droht dem redlichen Gläubiger kein Risiko. Nachfolgende Wertsteigerungen, wie sie bei einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung seinen Rechtserwerb gefährden könnten, sind ohne Bedeutung.

Gefahr droht aber, wenn der Insolvenzverwalter seine Anfechtung mit einer vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung begründet. Hierfür genügt bedingter Vorsatz.<sup>63</sup> Ein Schuldner, der nur seine Verbindlichkeiten gegenüber dem Gläubiger erfüllt, handelt aber nicht schon mit Benachteiligungsvorsatz. Für die Vorsatzanfechtung ist bei kongruenten Deckungsgeschäften stets ein unlauteres Verhalten zu fordern.<sup>64</sup> Das Bewusstsein, infolge der Erfüllung einer Verpflichtung nicht alle Gläubiger befriedigen zu können, reicht nicht aus. Selbst der Schuldner, der seine Überschuldung kennt, dem es aber mehr auf die Erfüllung seiner Vertragspflichten als auf die Schädigung der übrigen Gläubiger ankommt, handelt nicht mit Benachteiligungsvorsatz.<sup>65</sup> Vorsätzlich handelt der Schuldner

<sup>58</sup> BGHZ, 155, 75, 83 f.; BGH, NZI 2008, 167.

<sup>59</sup> BGH, NJW 2006, 1348.

<sup>60</sup> BGH, NZI 2008, 167, 169 f.

<sup>61</sup> BGH, NZI 2008, 167, 170.

<sup>62</sup> BGH, NJW 1996, 3341, 3342; NJW 1984, 2890, 2892; NJW 1976, 1398, 1401; *Amann*, DNotZ 2010, 246, 261 ff.

<sup>63</sup> BGH, MittBayNot 2010, 149; NJW 2006, 2701, 2702; ZInsO 2007, 819, 820; MünchKommInsO/*Kirchhof*, § 132 Rdnr. 13 ff.; *Uhlenbruck/Hirte*, § 133 Rdnr. 12 ff.

<sup>64</sup> BGHZ 12, 232, 238; *Huber*, AnfG, § 3 Rdnr. 36; MünchKommInsO/*Kirchhof*, § 132 Rdnr. 33 ff.; *Uhlenbruck/Hirte*, § 133 Rdnr. 18 ff.

<sup>65</sup> BGH, NJW 1991, 2144, 2145; *Huber*, AnfG, § 3 Rdnr. 36; MünchKommInsO/*Kirchhof*, § 132 Rdnr. 33 a; vgl. dazu aber BGH, MittBayNot 2010, 149 m. Anm. *Lotter*.

dagegen, wenn es ihm weniger auf die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten als auf die Schädigung der übrigen Gläubiger durch Beseitigung von Zugriffsobjekten oder auf die Begünstigung seines Vertragspartners ankommt.<sup>66</sup> Dies kann der Fall sein, wenn der Schuldner an einen Gläubiger ein Grundstück verkauft, um ihm die Möglichkeit zur Aufrechnung zu geben. Die Aufrechnung ist dann nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig.<sup>67</sup> Keine Anfechtung droht dagegen, wenn der Käufer, zu dessen Gunsten die Aufrechnungslage hergestellt wurde, insolvenzbeständiges Sicherungseigentum hatte,<sup>68</sup> oder als Grundpfandrechtsgläubiger vorrangig zu befriedigen ist (§ 49 InsO).

Zu beachten ist die Beweislastumkehr nach § 3 Abs. 2 AnfG, § 133 Abs. 2 Satz 2 InsO. Auch bei einem kongruenten Deckungsgeschäft hat der Anfechtungsgegner seine Redlichkeit zu beweisen.<sup>69</sup>

#### f) Lastenfreistellung bei wertauserschöpfend belasteten Grundstücken

Werden wertauserschöpfend mit Grundpfandrechten belastete Grundstücke veräußert, liegt keine Gläubigerbenachteiligung vor. Ein Anfechtungsrisiko droht nicht, wenn der Käufer die Lastenfreistellung vollständig mit eigenen Mitteln bewirkt oder den Grundbesitz mit allen Belastungen unter Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt.

Anders ist es, wenn die Lastenfreistellung nicht vollständig durch den Käufer erfolgt, sondern noch durch den Verkäufer mit eigenen Mitteln bewirkt wird oder dieser einen (teilweisen) Forderungsverzicht mit den abzulösenden Gläubigern aushandelt. Bleibt der Kaufpreis hinter dem Verkehrswert zurück, liegt trotz wertauserschöpfender Belastung eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung vor.<sup>70</sup> Auch eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung ist gegeben, denn hier hat der Käufer die Lastenfreistellung gerade nicht mit eigenen Mitteln beseitigt.<sup>71</sup> Allein das Vorliegen einer wertauserschöpfenden Belastung im Zeitpunkt der Veräußerung genügt somit nicht, um ein Anfechtungsrisiko auszuschließen.

Auch hier ist zuvörderst darauf zu achten, möglichst früh den anfechtungsrechtlich maßgeblichen Zeitpunkt für die Vornahme der Rechtshandlung (Lauf der Anfechtungsfrist) als auch für die Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners festzulegen. Es sollte daher so schnell als möglich Antrag auf Eintragung einer Vormerkung gestellt werden (§ 140 Abs. 2 Satz 1 InsO). Im Hinblick auf die entgegenstehende Rechtsprechung sollte dabei nicht allein auf eine Antragstellung durch den Notar vertraut werden. Vielmehr sollte ausdrücklich ein eigener Antrag des Erwerbers (Käufers) selbst gestellt werden.<sup>72</sup>

Inwieweit in dieser Konstellation im Übrigen das Anfechtungsrisiko mittels Vertragsgestaltung in den Griff zu bekommen ist, ist davon abhängig, welcher konkrete Anfechtungstatbestand droht:

Soweit bei den einzelnen Anfechtungstatbeständen eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung genügt (§§ 132, 133

Abs. 2 InsO, § 3 Abs. 2 AnfG), besteht ein Risiko nicht, wenn die Lastenfreistellung ohne Mitwirkung des Verkäufers erreicht wird, z. B. durch eine vollständige Schuldübernahme der dinglich gesicherten Forderungen durch den Käufer und einem Forderungsverzicht der Gläubiger unmittelbar im Verhältnis zwischen Käufer und Gläubiger. Es ist darauf abzustellen, dass es allein der Vertragspartner des Schuldners ist, der die Lastenfreistellung mit eigenen Mitteln bewirkt, nicht aber der Schuldner.<sup>73</sup> Nur dann kann sich der Vertragspartner auf die wertauserschöpfende Belastung berufen. Zum Schutz des Käufers ist im Vertrag z. B. ein Rücktrittsrecht zu vereinbaren für den Fall, dass sich ein solcher Forderungsverzicht der Gläubiger nicht realisieren lässt.

Genügt dagegen eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung, wie etwa bei einer Anfechtung wegen kongruenter oder inkongruenter Deckung, droht Gefahr lediglich für den kritischen Drei-Monats-Zeitraum (§§ 130, 131 InsO). Mittels Hinausschieben der Fälligkeit bzw. des Zeitpunkts der Auszahlung vom Notaranderkonto kann hier das Anfechtungsrisiko vermieden werden.

Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung genügt ebenso bei einer Vorsatzanfechtung. Da hier die Anfechtungsfrist zehn Jahre beträgt und auch Bargeschäfte von einer Anfechtung nicht ausgenommen sind (§ 3 Abs. 1 AnfG, § 133 Abs. 1 InsO), bringt ein Hinausschieben der Fälligkeit bzw. eine gleichwertige Gegenleistung nichts. Eine Anfechtung wegen später eintretender Wertsteigerungen ist nicht ausgeschlossen. Ist indessen vertraglich vorgesehen, dass der spätere Anfechtungsgegner Leistungen zum Zwecke der Lastenfreistellung (nur) an abzulösende Gläubiger erbringt, hat er im Falle der Anfechtung dann einen in der Insolvenz bevorrechtigt zu befriedigenden Anspruch auf Aufwendungsersatz. Damit sichert die Vertragsgestaltung immerhin einen Ersatz dieser Aufwendungen. Werden Leistungen auch an den späteren Insolvenzschuldner selbst erbracht, können diese nach einer Anfechtung dagegen lediglich als einfache Insolvenzforderungen geltend gemacht werden. Mehr kann die Vertragsgestaltung in diesem Fall nicht leisten. Bei der Vorsatzanfechtung ist der Anfechtungsgegner nicht schutzbedürftig.

#### g) Sicherung des Anfechtungsrisikos nur im Einzelfall

Die vorstehenden Überlegungen gelten nicht standardmäßig für jeden Vertrag. In Betracht kommen diese Regelungen nur, wenn ein Anfechtungsrisiko virulent ist. Dies ist z. B. der Fall bei einem Notverkauf, wenn allen Beteiligten die kritische finanzielle Situation des Verkäufers bekannt ist, die Beteiligten aber gleichwohl auf dem Vertragsschluss bestehen. Wollen die Beteiligten nicht ein etwaiges Insolvenzverfahren und den Vertragsschluss mit dem Insolvenzverwalter abwarten, bieten die vorstehenden Überlegungen zumindest einen teilweisen Schutz vor den Rechtsfolgen einer Anfechtung. Ein weiterer Schutz ist weder möglich noch angezeigt.

### 7. Zusammenfassung

Die Entscheidung des BGH vom 10.12.2009 macht einmal mehr die Bedeutung der Vormerkung im Immobilienrecht deutlich. Sie vermeidet nicht nur das Insolvenzverwalterwahlrecht, sondern ist auch im Zusammenhang mit der Gläubiger- und der Insolvenzverwalteranfechtung wichtig. Die Vormerkung legt den Zeitpunkt des Laufs der Anfechtungsfristen fest. Maßgeblich ist dieser Zeitpunkt ebenso für die Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners. Eine Antragstellung

<sup>66</sup> BGH, NJW 1969, 1719; NJW 1984, 1893, 1898; NJW 1994, 2893, 2895; OLG Dresden, ZIP 2003, 1052, 1053; MünchKommInsO/Kirchhof, § 132 Rdnr. 33a; Uhlenbruck/Hirte, § 133 Rdnr. 19.

<sup>67</sup> BGH, NZI 2004, 620; NZI 2009, 67, mit Anm. Huber.

<sup>68</sup> BGH, NZI 2004, 620.

<sup>69</sup> Huber, AnfG, § 3 Rdnr. 64.

<sup>70</sup> BGH, DNotZ 2009, 844 = MittBayNot 2010, 228 mit Anm. Huber.

<sup>71</sup> Huber, MittBayNot 2010, 231.

<sup>72</sup> BGH, ZIP 2001, 933, 935 = NJW 2001, 2477; MittBayNot 2009, 61; MittBayNot 2010, 228 m. Anm. Huber; unklar dagegen BGH, DNotZ 2010, 294.

<sup>73</sup> BGH, NJW 1984, 2890, 2892; NJW 1996, 3341; Huber, AnfG, § 1 Rdnr. 41.

durch den Notar genügt nach hier vertretener Ansicht. Die Rechtsprechung ist jedoch anderer Ansicht. Sicherheitshalber sollte deshalb stets ein eigener Antrag des Käufers (Anfechtungsgegners) gestellt werden.

Bei einem Bargeschäft und einer unmittelbaren, gleichwertigen Gegenleistung scheidet eine Anfechtung grundsätzlich aus. Hilfreich kann hier ein Wertgutachten sein. Durch Vermeidung von Vorleistungen und Stundungsabreden, aber auch durch Hinausschieben der Fälligkeit/Auszahlung vom Notaranderkonto lässt sich das Anfechtungsrisiko weiter ein-

schränken. Ganz ausschließen kann man das Anfechtungsrisiko wegen seiner subjektiven Komponente durch Vertragsgestaltung jedoch nicht. Durch unmittelbare Leistungen an abzulösende Gläubiger kann aber zumindest insoweit eine bevorrechtigte Erstattung der eigenen Aufwendungen im Falle der Anfechtung abgesichert werden. Dies gilt auch im Falle der Vorsatzanfechtung. Keinen Schutz kann die Vertragsgestaltung nach einer Insolvenzverwalteranfechtung gewähren, wenn Leistungen unmittelbar an den späteren Insolvenzschuldner erbracht werden.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Hoffmann-Becking/Rawert (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht. 10. Aufl., Beck, 2010. 2 360 S., 108 € + CD-ROM**

Vor allem der Rastlosigkeit des Gesetzgebers in der 16. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages ist es zu verdanken, dass die aktuelle Auflage dieses Klassikers unter den zivilrechtlichen Formularbüchern bereits drei Jahre nach der Voraufgabe erscheint. Der Umfang des Formularbuchs hat erneut zugenommen, und zwar um gut 20 % gegenüber der Voraufgabe, der Preis um ca. 10 %, so dass das Preis-Leistungs-Verhältnis nach wie vor stimmt. Die inhaltliche Konzeption des Werkes ist bekannt, bewährt und im Wesentlichen unverändert. Die Neubearbeitung zeichnet sich vor allem durch drei Linien aus: Aktualisierung, Neustrukturierung und Internationalisierung.

Die konsequente und zuverlässige Aktualisierung bedeutete für diese Auflage eine wahre Herkulesaufgabe, fielen in die Zeit seit Erscheinen der Voraufgabe bekanntermaßen umfangreiche Änderungen in zahlreichen Kerngebieten des Zivilrechts, die Anpassungen in praktisch allen Teilen des Formularbuchs erforderlich machten. Ein stichprobenartiger Blick in die Neubearbeitung zeigt, dass diese Aufgabe in gewohnt souveräner Manier gemeistert wurde. Exemplarisch und willkürlich sei hier auf die für den Notar besonders interessante Bearbeitung der Formulare zum Familienrecht hingewiesen. Die Neuauflage bietet in den Anmerkungen zu Formular V.10 eine kompakte und instruktive Darstellung der neuen Regeln zum Versorgungsausgleich von *Brambring. Reetz*, der das Familienrecht nunmehr mitbearbeitet, fasst in den Anmerkungen zu Formular V.12 die Grundsätze des nunmehr geltenden Unterhaltsrechts zusammen und bietet in Formular V.13 im Vergleich zur Voraufgabe mehr Formulierungsvorschläge für Modifikationen des nahehelichen Unterhalts. Auch die durch das MoMiG veranlassten Änderungen in den Formularen zur GmbH unter IX. wurden sorgfältig vorgenommen. Darüber, ob es der Aufnahme der Musterprotokolle nach § 2 Abs. 1 a GmbHG in das Formularbuch bedurfte, mag man streiten. Aktualisierung bedeutet aber nicht nur Anpassung der vorhandenen Formulare, sondern auch die Aufnahme neuer Formulare, so zum Beispiel – für den Notar interessant – das einer Photovoltaikdienstbarkeit (IV. A.19.) oder das der Schenkung eines GmbH-Anteils (III. C.2.). Manche Abschnitte wurden völlig neu gefasst, z. B. das Miet- und Pachtrecht (III. D.) oder – wie beispielsweise die Bearbeitung zur Kommanditgesellschaft (III. D.) – erheblich erweitert. Dieser mit den regelmäßigen Auflagen des Formularbuchs zu beobachtende Prozess der Aufnahme neuer und der Herausnahme (nicht immer) überholter Formulare zeigt anschaulich die enorme Dynamik, die das moderne (Rechts-)Leben prägt. Die zuverlässige Aktualisierung allein spricht bereits für eine Anschaffung der

aktuellen Auflage, weil sich m. E. in keinem anderen Werk die umfangreichen und heterogenen Änderungen des materiellen Zivilrechts der jüngeren Zeit so kompakt wieder finden.

Die Neuauflage zeichnet sich auch durch eine Neustrukturierung mehrerer Abschnitte aus. Für die notarielle Praxis interessant ist die Neuausrichtung des Abschnitts IV. zum Sachenrecht, der nun – sachgerecht – in die Unterabschnitte Grundstücksrecht, Erbbaurecht und Wohnungseigentumsrecht aufgeteilt ist; zum Letztgenannten gibt es nun deutlich mehr Formulare. Im für die Voraufgabe von *Fenner* gründlich überarbeiteten Abschnitt Erbrecht (VI.) ist die Reihenfolge der Formulare zwar nahezu unverändert, es gibt jedoch Zwischenüberschriften, welche die Formulare zu – bereits vorher vorhandenen – Sinnabschnitten zusammenfassen, was die Orientierung des Nutzers erleichtert; dasselbe gilt für andere Abschnitte, z. B. für die Formulare zum Kauf von beweglichen Sachen und Unternehmen (III. A) und zur Kommanditgesellschaft (III. D.).

Die Neubearbeitung des Formularbuchs passt sich schließlich der Internationalisierung des Rechtslebens an, indem sie sehr viel mehr zweisprachige Muster (deutsch/englisch) als die Voraufgabe aufgenommen hat. So bietet *Rawert* die meisten der Vollmachtsformulare nunmehr auf Deutsch und Englisch, insbesondere die mit unternehmensrechtlichen Bezug (z. B. Vollmacht zur Gründung einer GmbH/UG (haftungsbeschränkt) oder einer AG, Handelsregistervollmacht, Stimmrechtsvollmacht usw.), aber auch eine Grundstücks- oder eine Generalvollmacht. Zweisprachig sind nunmehr beispielsweise auch: im Allgemeinen Schuldrecht der Haftungsausschluss in Informationsmemorandum und die Vertraulichkeitsvereinbarung (II.6. und 7.), im Besonderen Schuldrecht – für den Notar interessant – ein Kaufvertrag über ein vermietetes Mehrfamilienhaus (III. B.5.) oder ein Mietvertrag über Büroräume (III. D.13).

Der völlig neu bearbeitete Abschnitt zum Miet- und Pachtrecht (III. D.) macht deutlich, dass es die Herausgeber mit der an sich sehr zu begrüßenden Beschränkung des Formularbuchs auf einen Band zwangsläufig nicht jedem recht machen können. Dieser Abschnitt bietet nunmehr zwar für die Gewerberaummieter den vorerwähnten zweisprachigen Mietvertrag, einen zweisprachigen Letter of Intent, einen sehr ausführlichen Mietvertrag über Ladenräume und Weiteres mehr. Dem mussten aber die ehemaligen Muster III. D.1. bis 3. zur Gewerberaummieter weichen, die zwar etwas einfacher gestrickt, aber gerade deshalb für die tägliche Praxis durchaus hilfreich waren. Dieser bedauerliche, wenngleich wohl unvermeidliche Aspekt führt zu der abschließenden Empfehlung, sich nicht nur die aktuelle Auflage anzuschaffen, sondern die Voraufgabe(n) dieses gelungenen Formularbuchs einstweilen griffbereit zu behalten.

Notar Dr. *Benedikt Selbherr*, Weilheim i. OB

**Ek: Praxisleitfaden für die Hauptversammlung. 2. Aufl., Beck, 2010. 191 S., 48 €**

Kurz nach der Reform des Aktienrechtes durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) und das Aktionärsrechterichtlinie-Umsetzungsgesetz (ARUG) ist der Praxisleitfaden von *Ek* in Neuauflage erschienen. Das Buch zeichnet sich dadurch aus, dass es nicht nur die Durchführung der Hauptversammlung abhandelt, sondern in gesonderten Kapiteln auch die rechtlichen Rahmenbedingungen für deren Abhaltung, die erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen und die Besonderheiten des Anfechtungs- und Freigabeverfahrens erläutert. Außerdem beschäftigt sich ein eigener Abschnitt vertieft mit den Anforderungen an die in der Praxis häufigsten Hauptversammlungsbeschlüsse.

Mit dieser Mischung verschiedener Themen gelingt es dem Autor, der als Rechtsanwalt in einer Frankfurter Großkanzlei tätig ist, eine breite Zielgruppe anzusprechen. Das Buch eignet sich ebenso für mit der Vorbereitung von Hauptversammlungen befasste Vorstände, Aufsichtsräte und Unternehmensrechtsabteilungen, wie für die in die eigentliche Abwicklung eingebundenen externen Berater und ist auch für den gesellschaftsrechtlich orientierten Notar eine wertvolle Hilfe.

In einem ersten Kapitel stellt *Ek* anschaulich auf ca. 15 Seiten die rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen für die Abhaltung von Hauptversammlungen dar, wobei er auch die Interessenlage der Aktionäre in den Blick nimmt. Schmunzelnd liest man hier beispielsweise etwas über die kuriosen Verhaltensweisen des „naturaldividendenzentrierten Aktionärs“.

Im zweiten Kapitel bilden die Ausführungen zur Einberufung und zur richtigen Behandlung von Gegenanträgen und Wahlvorschlägen einzelner Aktionäre im Vorfeld der Hauptversammlung einen Schwerpunkt, womit man als Notar im Regelfall wenig Berührung hat.

Umfangreich dargestellt werden zudem die wichtigsten Probleme der Versammlungsleitung, des Rede-, Auskunfts- und Stimmrechts des Aktionärs. Hier wurde auch die Erstellung der Hauptversammlungsprotokolle eingeordnet. Die dabei auftretenden notarrelevanten Fragen werden jedoch meines Erachtens zu kurz, nämlich auf nur vier Seiten, besprochen.

Zudem ist bei der Überarbeitung für die Neuauflage die letzte Kostenrechtsreform übersehen worden, während das Werk – abgesehen von kleineren Ungenauigkeiten („Aktienbuch“ statt „Aktienregister“) – im Übrigen durchgängig an die aktuelle Rechtslage angepasst wurde. Für die Beurkundungskosten wird aber z. B. auf die schon seit Langem aufgehobenen §§ 26, 27 KostO verwiesen und hinsichtlich des Höchstwertes für die Kostenberechnung nicht zwischen Beschlüssen ohne und solchen mit bestimmtem Geldwert unterschieden. Zudem lässt der Autor die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs unberücksichtigt, denn er spricht noch von der Einreichung in Papierform, sowie davon, dass das Gericht das Protokoll in einen Sonderband der Registerakten (richtig: in einen elektronischen Registerordner) aufzunehmen habe.

Das Werk enthält schließlich auf ca. 40 Seiten eine umfangreiche Mustersammlung samt Beispielsablaufplan für eine Hauptversammlung. Hier findet sich neben Einberufungsformularen und einem praxistauglichen Leitfaden für den Versammlungsleiter samt diverser Sonderagenden auch ein brauchbares Musterprotokoll für den Notar, das den Standardfall der Hauptversammlung (Vorlage des Jahresabschlusses, Beschluss über Gewinnverwendung, Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat, Wahl des Abschlussprüfers) gut abdeckt. Überflüssig erscheint dagegen das beigefügte Formular für die Einreichung des Protokolls zum Handelsregister und die Muster für die Anmeldung einer Satzungsänderung sowie einer Satzungsbescheinigung nach § 181 AktG, da sich diese bereits in anderen weit verbreiteten Formularsammlungen finden lassen.

Trotz der Kritikpunkte halte ich das Buch von *Ek* insgesamt für einen guten Ratgeber, der eine schnelle Problemlösung in der häufig während einer laufenden Hauptversammlung nur knapp verfügbaren Reaktionszeit ermöglicht. Gegenüber dem anderen Standardwerk für den Hauptversammlungsnotar von *Martens* hat es zudem den Vorteil, dass es auf dem aktuellen Rechtsstand neben der Durchführungs- auch die Vorbereitungsphase abdeckt. Gerade kleinere Gesellschaften wenden sich hin und wieder auch mit diesbezüglichen Fragen an ihren Notar, der dann mit höchster Richtigkeitsgewähr antworten muss. Für den gesellschaftsrechtlich tätigen Notar ist die Anschaffung der Neuauflage deshalb zu empfehlen.

Notar Dr. *Thomas Kilian*, Aichach

**Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. Band 5. 3. Aufl., Beck, 2010. 1 504 S., 198 €**

Es besteht eine Gesamtabnahmeverpflichtung für alle 7 Bände, rund 10 000 Seiten, ca. 1.800 €.

Nach dem Erscheinen der Bände 1 (§§ 1–75 AktG) und 2 (§§ 76–117 AktG) Ende 2008 (vgl. die Rezension in MittBayNot 2009, 33 f.), legen die Herausgeber mit dem Band 5 und der Vorankündigung der Bände 3 und 4 für das 2. bzw. 3. Quartal 2010 einen weiteren Grundstein für das zeitnahe Erscheinen der Gesamtauflage dieses renommierten Großkommentars zum Aktienrecht.

Der hier zu rezensierende Band 5 enthält neben den Kommentierungen zur Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 278–290 AktG) das Konzernrecht (§§ 291–327 AktG) mit Schwerpunkten auf Fragen der Haftung und des cash-poolings, eine

umfangreiche Abhandlung zu Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen (§§ 291 ff. AktG) sowie Erläuterungen zum Squeeze-out (§§ 327 a–327 f. AktG) nebst dem Spruchverfahrensgesetz.

Die Einführung der Bestimmungen zum Ausschluss von Minderheitsaktionären („Squeeze-out“ §§ 327 a – 327 f. AktG) hat eine Vielzahl von Rechtsfragen aufgeworfen, die mittlerweile zum größten Teil als geklärt gelten dürfen. In der notariellen Praxis taucht aber weiterhin häufig die Frage auf, ob der für den Squeeze-out zu fassende Hauptversammlungsbeschluss stets der notariellen Beurkundung bedarf. Bei börsennotierten Gesellschaften besteht die Beurkundungspflicht selbstredend und unstreitig über § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG. Nicht jeder Squeeze-out betrifft jedoch automatisch börsennotierte Gesellschaften. Bei nicht-börsennotierten Gesellschaften kann ausnahmsweise von der notariellen Beurkun-

derung abgesehen werden, wenn in der Hauptversammlung keine Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt (§ 130 Abs. 1 Satz 3 AktG). Die herrschende Meinung geht in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung davon aus, dass der Squeeze-out-Beschluss mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden kann (§ 133 Abs. 1 AktG, vgl. nur *Hüffer*, AktG, 9. Aufl., § 327 a Rdnr. 11; *Spindler/Stilz/Singhof*, AktG, § 327 a Rdnr. 23 sowie *Heidel/Lochner* in *Heidel*, Aktienrecht, 2. Aufl., § 327 a Rdnr. 22), was dazu führte, dass der Squeeze-out bei einer nicht-börsennotierten Gesellschaft mittels einer vom Vorsitzenden des Aufsichtsrates zu unterzeichnenden Niederschrift dokumentiert werden könnte (so ausdrücklich: *Hüffer*, AktG, § 327 e Rdnr. 2; *Spindler/Stilz/Singhof*, AktG, § 327 e Rdnr. 3). Hier ist jedoch allein aus praktischen Gründen Vorsicht geboten, denn derartige Hauptversammlungen sind erfahrungsgemäß besonders stürmisch, emotionsgeladen und anfechtungsgefährdet. Gerade bei einer solchen Hauptversammlung sollte daher auf die notarielle Beurkundung zur Dokumentation des ordnungsgemäßen Ablaufs nicht verzichtet werden (vgl. *Terbrack* in *Hermanns/Eckhardt*, Kölner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Teil: Hauptversammlung der AG).

Unternehmensverträge, namentlich Gewinnabführungsverträge (§ 291 AktG), spielen in der Praxis eine erhebliche Rolle. Sie erlangen Wirksamkeit mit Eintragung im Handelsregister der beherrschten Gesellschaft (§ 294 Abs. 2 AktG). Häufig kommt es hier zu Unklarheiten bei der Bezeichnung des Vertrages; fällt ein solcher Vertrag beispielsweise unter verschiedene in §§ 291, 292 AktG genannte Kategorien (handelt es sich etwa um einen kombinierten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag), so ist er auch genauso im Handelsregister einzutragen (*Hüffer*, AktG, § 294 Rdnr. 18; *Terbrack* in *Hermanns/Eckhardt*, Kölner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Teil: Hauptversammlung der AG). Die sich daran anknüpfende Frage, ob ein vom Handelsregister unter

einer falschen Bezeichnung eingetragener Vertrag wirksam ist, wird von *Altmeppen* zu Recht bejaht (vgl. § 294 Rdnr. 19). Er geht sogar noch ein Stück weiter und bejaht – ebenfalls zutreffend und in Abweichung von der noch in der Voraufgabe vertretenen Rechtsauffassung – die Wirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses bei einem falsch titulierten Unternehmensvertrag (vgl. § 293 Rdnr. 75 f.). Dies ist zu begrüßen, denn das deutsche Privatrecht kennt zum einen keinen sanktionsbewehrten Formalismus betreffend die unrichtige Bezeichnung von Verträgen; zum anderen sind die Grenzen zwischen den verschiedenen Vertragstypen teilweise fließend und schlagwortartige Bezeichnungen daher nur bedingt aussagekräftig.

Uneingeschränkte Zustimmung verdient auch die von *Altmeppen* vertretene Auffassung, dass unter der zu einem Unternehmensvertrag notwendigen „Zustimmung“ gemäß § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG neben der (nachfolgenden) Genehmigung auch die vorherige Einwilligung zu verstehen ist (vgl. § 293 Rdnr. 34; in diesem Sinne auch *Hüffer*, AktG, § 293 Rdnr. 4; *Terbrack* in *Hermanns/Eckhardt*, Kölner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Teil: Hauptversammlung der AG; a. A. *Koppensteiner* in *Kölner Kommentar zum AktG*, 2. Aufl., § 293 Rdnr. 5). In der Praxis ist freilich darauf zu achten, dass in einem solchen Falle der Informationsanspruch der Aktionäre nur dann nicht verletzt wird, wenn die Einwilligung sich auf einen schriftlichen Vertragsentwurf bezieht, der nur mit Zustimmung der Hauptversammlung geändert werden kann.

Rein äußerlich ist das Werk – gleich den bislang erschienenen anderen Teilbänden – äußerst hochwertig und benutzerfreundlich gestaltet; allein das Stichwortverzeichnis zu diesem Band scheint etwas zu knapp gehalten zu sein und Optimierungspotenzial zu beinhalten. Fazit: Wer sich tiefergehend mit dem Aktienrecht befasst, kommt ohne den Münchener Kommentar in der aktuellen Auflage nicht aus!

Notar Dr. *Christoph Terbrack*, Aachen

### **Lorz/Pfisterer/Gerber (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht. Beck, 2010. 884 S., 128 € + CD-ROM**

In erster Auflage ist zu Jahresbeginn das Beck'sche Formularbuch GmbH-Recht erschienen. Es handelt sich gewissermaßen um das Pendant zum Beck'schen Formularbuch Aktienrecht und wird ebenso wie letzteres herausgegeben von *Lorz*, *Pfisterer* und *Gerber*.

Bei den Autoren handelt es sich durchweg um Rechtsanwälte und Notare, darunter zahlreiche bayrische Kollegen. Erklärtes Ziel des Werkes ist es, dem Rechtsberater praxisnahe Unterstützung für typische Beratungssachverhalte und Interessenkonstellationen zu geben. Um es gleich vorweg zu sagen: Diesem Anspruch wird das Werk durchweg und in vollem Umfang gerecht. Denn auf rund 850 Seiten findet sich eine Vielzahl von ausführlich erläuterten Mustern rund um die GmbH, die für den Praktiker hervorragend geeignet sind. Dem Formularteil vorausgestellt ist eine kurze Einführung, in der neben der rechtstatsächlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der GmbH auch deren rechtliche Struktur und die Grundsätze ihrer steuerlichen Behandlung dargestellt werden. Im Übrigen folgt das Werk dem bewährten Prinzip der

Beck'schen Formularbücher und stellt zunächst jeweils ein komplettes Formulierungsmuster voran, dem dann ausführliche Anmerkungen und Erläuterungen folgen. Letztere geben durchweg einen präzisen und umfassenden Überblick über den aktuellen Meinungsstand, wobei Verweise auf weiterführende Literatur und Rechtsprechung selbstverständlich nicht fehlen. Die Mitwirkung der vielen Notarkollegen wirkt sich für die notarielle Alltagstauglichkeit dabei sehr positiv aus.

Inhaltlich umfasst das Buch Mustersätze mit Erläuterungen praktisch von der Wiege bis zur Bahre einer GmbH, d. h. von ihrer Gründung bis zur Auflösung und Liquidation.

Zur Gesellschaftsgründung finden sich neben Mustern zur Bargründung (gewöhnliche Bargründung, Bargründung mit Musterprotokoll, Gründung einer Unternehmergesellschaft) auch umfangreiche Muster zur Sachgründung mit den Sacheinlagegegenständen Teilbetrieb, Grundstück und Einzelunternehmen.

Das Buch ist darauf angelegt, dem Nutzer umfassende Mustersätze für die jeweilige Beratungssituation an die Hand zu geben. Die Muster decken also stets „das komplette Programm“ ab, bei der Sachgründung also auch Muster für Vollmachten, Einbringungsverträge, Sachgründungsberichte,

Wertgutachten und Handelsregisteranmeldungen. Daneben finden sich zur GmbH-Gründung auch umwandlungsrechtliche Gestaltungen wie Formwechsel einer AG in eine GmbH, Ausgliederung zur Neugründung einer GmbH aus dem Vermögen eines Einzelkaufmannes, Formwechsel von GmbH & Co. KG in GmbH oder die Umwandlung einer GmbH & Co. KG in eine GmbH im Wege des sog. erweiterten Anwachsungsmodells, also außerhalb der Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes. Im Übrigen bleiben umwandlungsrechtliche Vorgänge unter GmbH-Beteiligung ausgeklammert. Zum Formwechsel von GmbH & Co. KG in GmbH ist anzumerken, dass am sog. Treuhandmodell festgehalten wird, bei dem die Komplementär-GmbH – streng dem Identitätsgrundsatz folgend – vorübergehend an der Ziel-GmbH beteiligt wird und aus ihr erst nach dem Formwechsel ausscheidet. Die hierzu wohl im Vordringen begriffene Auffassung verzichtet demgegenüber auf diese treuhänderische Beteiligung und lässt die Komplementär-GmbH im Zuge des Formwechsels ausscheiden. Das Kapitel zur GmbH-Gründung wird abgeschlossen durch einen Mustersatz zum Erwerb einer Vorrats-GmbH nebst weiterer Dokumentation (Satzungsänderung, Handelsregisteranmeldung samt Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung).

Der Satzungsgestaltung ist ein eigener Abschnitt gewidmet, in dem zunächst Gesellschaftsverträge für verschiedene Gesellschaftstypen vorgestellt werden (Einmann-GmbH, kleinere Mehrpersonen-GmbH sowie Mehrpersonen-GmbH mit größerem Gesellschafterkreis). Unter dem Stichwort „besondere Satzungsklauseln“ finden sich Formulierungsvorschläge zu Ehevertragsklauseln, Schieds- und Mediationsklauseln sowie ein Muster für eine Satzungsregelung zu disquotalen Gewinnausschüttungen. Im Zusammenhang mit den Gesellschaftsverträgen werden schließlich Muster zu schuldrechtlichen, die Satzung begleitenden Nebenabreden angeboten. Diese reichen vom vorwiegend steuerlich motivierten Poolvertrag (§ 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG) über einen für Private Equity Investitionen typischen Beteiligungsvertrag (enthaltend z. B. Mitverkaufsrechte und -pflichten, Hinauskündigungsklauseln nach dem Manager-Modell, Liquiditätspräferenzen usw.) bis hin zum „großen“ Joint-Venture-Vertrag. Letzteren wird man zwar als Notar kaum einmal selbst und vollständig für die Parteien entwerfen müssen, jedoch können die Formulierungsbeispiele und die Erläuterungen bei der Prüfung und Beurkundung entsprechender, von den Parteien bzw. ihren Rechtsberatern ausgehandelten Verträgen sicherlich sehr hilfreich sein.

Zum Bereich Verfügungen über GmbH-Anteile finden sich neben Mustern zur Teilung und Veräußerung eines Geschäftsanteils u. a. auch ein Muster für einen Unternehmenskaufvertrag sowie Muster für Verpfändung, Nießbrauchsbestellung und Treuhand.

Der Geschäftsführung in der GmbH sowie (obligatorischen bzw. freiwilligen) Aufsichts- bzw. Beiräten sind jeweils eigene und ausführliche Abschnitte gewidmet.

Umfangreiche Mustersätze finden sich auch zu Gesellschafterversammlungen mit sowohl privatschriftlichen als auch notariellen Niederschriften (Niederschrift in Form der Beurkundung von Willenserklärungen sowie als Tatsachenprotokoll gemäß §§ 36, 37 BeurkG).

Umfassende Mustersätze finden sich auch zu Kapitalmaßnahmen in der GmbH. Ausführlich behandelt wird hier neben der Barkapitalerhöhung („normaler“ Beschluss sowie „Um-bis-zu-Beschluss“), der Sachkapitalerhöhung, der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln auch das im Zuge des MoMiG neu geschaffene genehmigte Kapital. Auch Muster-

sätze zur Kapitalherabsetzungen (ordentliche, vereinfachte Kapitalherabsetzung, vereinfachte Kapitalherabsetzung unter gleichzeitiger Kapitalerhöhung) sowie zur Euromstellung sind enthalten.

Interessant sind auch die Muster zu Unternehmensverträgen, die neben erstmaligem Abschluss und Anmeldung auch die Änderung, Aufhebung und Kündigung eines Unternehmensvertrages behandeln. Auch zu Gesellschafterdarlehen, Rangrücktritt, Forderungsverzicht (mit und ohne Besserschein) sowie Bürgschaften und Patronatserklärungen finden sich Formulierungsvorschläge. Diese werden zwar in der täglichen Praxis der meisten Notare keine große Rolle spielen, wurden allerdings angesichts ihrer großen praktischen Bedeutung völlig zu Recht in das umfassende Formularbuch aufgenommen.

Den Abschluss zur GmbH bildet das Kapitel zur Auflösung und Liquidation mit den hiermit verbundene Beschlüssen und Handelsregisteranmeldungen.

Erfreulicherweise ist – über den Tellerrand der GmbH hinaus – auch der praxisrelevanten GmbH & Co. KG ein eigener, ausführlicher Abschnitt gewidmet.

Das Werk überzeugt in Konzeption und Ausführung auf ganzer Linie. Besonders hervorzuheben ist die große Praxisnähe und angenehme Handhabbarkeit des Werkes. Die sehr gut verwendbaren Muster sind sorgfältig ausgesucht und decken einen Großteil der in der notariellen Praxis bedeutsamen Vorgänge im GmbH-Recht ab. Sämtliche Muster finden sich übrigens auch auf der beigelegten CD-ROM.

Kritische Anmerkungen sind daher nur wenige zu machen. So ist festzustellen, dass die Fülle der Muster bzw. die Aufteilung der einzelnen Kapitel unter den verschiedenen Autoren an einigen Stellen zu Redundanzen führt. So finden sich einige Muster doppelt (z. B. Änderungen des Gesellschaftsvertrages im Gründungsstadium, notarielle Satzungsbescheinigungen gem. § 54 GmbHG, Vertragsmuster zur Einmann-Bargründung). Auch die Ehevertragsklauseln werden nicht nur in dem eigens hierfür vorgesehenen Kapitel, sondern auch im Rahmen eines allgemeinen Satzungsmusters behandelt. Das Mitwirken verschiedener Autoren führt naturgemäß auch zu Abweichungen bei der Mustergestaltung. So wird etwa einerseits (zutreffend) empfohlen, nach Geltung des MoMiG den Begriff der Stammeinlage nicht mehr zu verwenden und stattdessen nur noch von Geschäftsanteil zu sprechen, während in anderen Mustern noch durchweg von Stammeinlagen die Rede ist. Bei der Vielzahl der angebotenen Muster bleiben thematisch eigentlich kaum Wünsche offen. Vielleicht hätte man noch ein Muster für die Offenlegung eines Hin- und Herbühlers in der Handelsregisteranmeldung nach § 19 Abs. 5 GmbHG (samt Vereinbarung und ggf. zu erbringenden Nachweisen bzgl. der Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs gegenüber dem Registergericht) aufnehmen können. An einzelnen Stellen finden sich noch Verweisungen auf frühere Rechtsnormen (FGG statt FamFG, § 86 GmbH a. F. statt § 1 EGGmbHG). Die genannten Punkte sind jedoch allenfalls Schönheitsfehler, die den hervorragenden Gesamteindruck, den das Werk hinterlässt, keineswegs trüben und in einer sicherlich folgenden weiteren Auflage ggf. beseitigt werden könnten.

Aufgrund der schier unüberschaubaren Literatur zum GmbH-Recht kann wohl kein neu erscheinendes Werk für sich beanspruchen, eine klaffende Lücke zu schließen. Dennoch gelingt es dem Beck'schen Formularbuch GmbH-Recht, auf Anhieb zu überzeugen und für den Nutzer einen echten Mehrwert gegenüber anderen Formularbüchern zu schaffen. Denn

ein derart umfassendes Formularbuch zum GmbH-Recht fand sich bislang nicht auf dem Markt. Die Breite und Tiefe der Mustersammlungen und Erläuterungen geht insbesondere über den Umfang des Münchener Vertragshandbuchs Band I Gesellschaftsrecht, hinaus, das sich ja neben der GmbH auch noch mit den anderen Gesellschaftsformen befasst. Daher kann das Fazit nur lauten:

Das Beck'sche Formularbuch GmbH-Recht ist ein vorzügliches Werk, das jedem Notar nur uneingeschränkt zum Kauf zu empfohlen werden kann und künftig sicherlich seinen festen Platz in der Bibliothek vieler Notare einnehmen wird.

Notar *Bernhard Weiß*, Dingolfing

**Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann: Kostenordnung, Kommentar. 18. Aufl., Vahlen, 2010. 1 272 S., 128 €**

Der Korintenberg, sicherlich der Standardkommentar zur Kostenordnung, ist nunmehr in 18. Auflage erschienen. Er ist in der notariellen und in der gerichtlichen Praxis gleichermaßen bekannt und bewährt und trägt hierdurch maßgeblich zur einheitlichen Anwendung des Kostenrechts in Deutschland bei. Zahlreiche Gesetzesänderungen sowie neuere Rechtsprechung machten eine Neubearbeitung bereits vor Inkrafttreten einer neuen Kostenordnung (vgl. zum Entwurf der Expertenkommission etwa *Neie*, DNotZ 2010, 410) erforderlich. Die nachfolgende Übersicht beschränkt sich darauf, wesentliche Änderungen gegenüber der 17. Auflage darzustellen.

Das FGG-Reformgesetz und die damit einhergehende Einführung des FamFG zum 1.9.2009 waren maßgebliche Auslöser für die Neubearbeitung. So haben etwa die §§ 91 ff. KostO (Betreuungssachen- und betreuungsgerichtliche Zuweisungssachen) wesentliche Änderungen erfahren. Zahlreiche Vorschriften, wie etwa die §§ 97 a bis 100 a KostO, wurden in das neu geschaffene FamGKG übernommen. Eine kompakte Übersicht hierzu findet sich in den Vorbemerkungen von *Lappe* zu den §§ 91 ff. KostO.

Für die notarielle Praxis brachte das FGG-Reformgesetz in kostenrechtlicher Hinsicht eine Änderung des Rechtsmittelverfahrens (§ 156 KostO). Vor allem das Verfahren vor dem OLG (Beschwerde) wurde einer grundlegenden Änderung unterzogen. Die Neuerungen kommentieren *Bengel/Tiedtke* in Rdnr. 70 ff. zu § 156 KostO ebenso prägnant und fundiert wie sich ihre Hinweise zur neu geschaffenen Rechtsbeschwerde zum BGH erweisen (Rdnr. 93 ff. zu § 156 KostO). Durch dieses Instrument ist die mitunter lang ersehnte Harmonisierung des Kostenrechts zu erwarten. Es bleibt zu hoffen, dass die Praxis hiervon regen Gebrauch macht, was im Hinblick auf das Zulassungserfordernis letztlich in den Händen der Oberlandesgerichte liegt.

Eine teilweise Neukommentierung haben ferner die in § 39 KostO berücksichtigten Ehe- und Lebenspartnerschaftsverträge (Rdnr. 108 ff.) wegen des Gesetzes zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs erfahren (vgl. insbesondere Rdnr. 116 ff.).

Auch das Inkrafttreten des MoMiG zum 1.11.2008 brachte kostenrechtliche Änderungen mit sich. Hierdurch wurden bekanntlich Kostenprivilegierungen für die Gründung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) eingeführt. Wesentliche Änderungen haben demgemäß die §§ 41 a, b und c KostO erfahren. § 41 d KostO wurde neu eingefügt. Zu Recht findet sich in § 41 d Rdnr. 6 der Hinweis, dass in Übereinstimmung mit nunmehr OLG Celle (ZNotP 2010, 199 =

NotBZ 2010, 148) die Geschäftsführerbestellung im Musterprotokoll keine gesonderte Gebühr nach § 47 KostO auslöst.

Die Einführung von Kostenprivilegierungen bei Gründung einer UG hatte auch Auswirkungen auf § 39 KostO. Fundiert behandelt wird etwa in Rdnr. 144 a die Frage, ob der in § 39 Abs. 5 KostO festgelegte Höchstwert auch dann gilt, wenn eine KG zunächst durch privatschriftlichen Gesellschaftsvertrag gegründet und im Handelsregister eingetragen war und die Gesellschafter erst zu einem späteren Zeitpunkt Grundstücke und Beteiligungen auf die existente Gesellschaft übertragen. Zu Recht verneinen dies *Bengel/Tiedtke* in Übereinstimmung mit bereits BayObLGZ 1963, 141, 154 ff. Unsicherheit war ohnehin nur jüngst entstanden, weil das OLG Oldenburg mit Beschluss vom 16.9.2008, 6 W 56/08, entschieden hatte, dass § 39 Abs. 5 KostO auch auf diejenigen Fälle anzuwenden sei, bei welchen die Gesellschaft ohne notarielle Beurkundung gegründet worden sei und sich deshalb zwangsläufig aus dem Gesellschaftsvertrag keine Einbringungspflicht ergebe. Es solle genügen, dass die Gründer eine Einbringung beabsichtigten.

Darüber hinaus haben die Bearbeiter alle übrigen seit der letzten Auflage ergangenen Entscheidungen der Obergerichte in Kostenfragen eingearbeitet. In § 146 Rdnr. 30 a bis 30 e setzen sie sich beispielsweise zu Recht kritisch mit der Rechtsprechung zur Überwachung von Treuhandaufträgen bei der Beschaffung von Lastenfreistellungserklärungen auseinander. Behandelt wird etwa die Streitfrage, ob für die Übernahme eines Treuhandauftrags gegenüber dem Gläubiger der zu beseitigenden Rechte neben der Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO zusätzlich eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfällt. Das OLG Dresden (MittBayNot 2009, 403) verneint dies bekanntlich. Zwischenzeitlich haben sich der Argumentation bedauerlicherweise auch andere Obergerichte (etwa OLG München, MittBayNot 2010, 152) angeschlossen. Insoweit dürfte das letzte Wort indes noch nicht gesprochen sein.

Auch der zunehmend streitigen Frage der Bewertung der Erstellung von XML-Strukturdaten, die infolge von drei knapp begründeten Entscheidungen von Oberlandesgerichten (OLG Hamm, MittBayNot 2009, 325 mit abl. Anm. *Sikora*; OLG Celle, NotBZ 2009, 412 = JurBüro 2009, 649 mit zust. Anm. *Bund* und OLG Düsseldorf, RNotZ 2009, 672 mit abl. Anm. *Elsing*) in die Diskussion geraten ist, nimmt sich der Korintenberg in § 41 a Rdnr. 126 ausführlich an. In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in der Literatur (vgl. etwa *Otto*, JurBüro 2007, 120, 123 sowie bereits *Tiedtke/Sikora*, MittBayNot 2006, 393, 397) halten die Kommentatoren nach wie vor an der Kostenpflichtigkeit dieser Betreuungstätigkeit gemäß § 147 Abs. 2 KostO fest. Diese Auf-

fassung teilt auch das LG Karlsruhe in seinem ausführlich begründeten Beschluss vom 25.2.2008, 11 T 256/07.

Schließlich ist das Augenmerk auf § 19 Rdnr. 16 a zu lenken. Dort wird nunmehr eingehend erörtert, unter welchen Voraussetzungen auf die Bewertungsvorschriften nach der Reform der Erbschaftsteuer – in der Fassung des Gesetzes vom 24.12.2008, BGBI I, S. 3018 – zurückzugreifen ist.

Im Hinblick auf die rasche Abfolge von Gesetzesänderungen sowie die zunehmende Bedeutung von Gerichtsentscheidungen im Kostenrecht empfiehlt es sich, die Neuauflage des Korintenberg anzuschaffen. Die fundierte und zugleich übersichtliche Kommentierung hilft dabei, zahlreiche Streit- und Zweifelsfragen zu klären und so Beschwerdeverfahren zu vermeiden.

Notar a. D. Dr. *Markus Sikora*, München

### **Hartmann: Kostengesetze. 40. Aufl., Beck, 2010. 2 192 S., 118 €**

*Hartmann* legt seinen Kommentar zum gesamten Kostenrecht in der 40. Auflage vor; er befindet sich damit auf dem Stand von Anfang 2010. Aktualität und Umfang des Werkes mit fast 2 200 Seiten beeindrucken. Die jährliche Erscheinungsweise verdient einmal mehr als hervorragend gelobt zu werden. In die Neuauflage waren insgesamt 17 Gesetzesnovellen mit kostenrechtlichen Auswirkungen einzuarbeiten.

*Hartmann* kommentiert nicht nur souverän die „großen Kostengesetze“ wie das Gerichtskostengesetz, die Kostenordnung und das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, sondern nimmt auch andere für die kostenrechtliche Praxis relevante Vorschriften auf, beispielsweise die Vorsorgeregister-Gebührensatzung im Anhang nach § 147 KostO. Gerade insoweit erweist sich das Werk als besonders nützlich: Es gibt Orientierung und ermöglicht durch Prägnanz und Vollständigkeit eine schnelle Antwort auf kostenrechtliche Fragestellungen aller Art.

Das naturgemäß die notarielle Praxis besonders interessierende Gesetz über die Kosten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (KostO) nimmt mit 450 Seiten ein Fünftel des Gesamtumfangs ein. Viele aktuelle Fragen werden aufgegriffen. Zutreffend weist *Hartmann* beispielsweise in § 146 Rdnr. 19 darauf hin, dass eine treuhänderische Entgegennahme von Löschungsunterlagen nicht als Vollzugstätigkeit nach § 146 KostO, sondern als Betreuungstätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO (gesondert) zu bewerten ist. Andere Diskussionen werden uneinheitlich dargestellt: In § 147 Rdnr. 23 referiert *Hartmann* zum Stichwort „Elektronische Handelsregisteranmeldung“ die aktuelle oberlandesgerichtliche Rechtsprechung,

dass § 147 Abs. 2 auf die Erstellung von XML-Strukturdaten nicht anwendbar sei. In § 147 Rdnr. 32 wird unter dem Stichwort „Registeranmeldung“ die demgegenüber zutreffende Ansicht vertreten, dass die Betreuungsgebühr für die Erstellung von XML-Strukturdaten anfalle. Einige Fragen beantwortet *Hartmann* auch nicht direkt oder jedenfalls nicht an der Stelle, wo es zu erwarten gewesen wäre. Die Wirksamkeitsbescheinigung des Notars nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG kann dafür als Beispiel dienen: Selbst für diese Fälle liefert die grundlegende und zutreffende Kommentierung ausreichende Anhaltspunkte, um die richtige Bewertung abzuleiten. *Hartmann* führt zum Stichwort Satzungsänderung unter § 50 KostO mit Recht aus, dass die Bescheinigung nach § 54 GmbHG grundsätzlich die Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO auslöse. Erst kraft Gesetzes nach § 47 Satz 1, Hs. 2 KostO und nur in diesem Umfang sei die Satzungsbescheinigung ausnahmsweise als gebührenfreies Nebengeschäft anzusehen. Der Leser kann leicht schlussfolgern, dass die Wirksamkeitsbescheinigung mangels entsprechender Ausnahmenvorschrift gebührenpflichtig ist.

Das Werk ist an Übersichtlichkeit kaum zu übertreffen: Zahllose ABC-Reihen und ein benutzerfreundliches Layout erleichtern einen schnellen Zugriff. Wünschenswert wären ein umfangreicheres Stichwortverzeichnis und die Aufnahme der jeweils aktuellen Auflage in das Angebot von Beck-Online.

Der *Hartmann* hat sich völlig zu Recht zu einem Standardwerk des Kostenrechts entwickelt, das dem großen Kreis der mit Kostensachen befassten Praktiker auch in seiner 40. Auflage zur Anschaffung empfohlen werden kann.

Notarassessor Dr. *Thomas Diehn*, LL.M. (Harvard), Berlin

### **Schare: Urkundenabwicklung von A–Z. Deutscher Notarverlag, 2010. 353 S., 39,90 €**

Dieser Mitarbeiterleitfaden befasst sich in kurzer und prägnanter Weise mit den unterschiedlichen Maßnahmen und Erfordernissen, die beim Vollzug der verschiedenen notariellen Urkunden zu beachten sind. Die alphabetische und stichpunktartige Auflistung der wichtigsten Urkundensorten spart dem Mitarbeiter wertvolle Zeit bei den meist eiligen Vorbereitungs- und Vollzugstätigkeiten.

Der Leser erfährt in übersichtlicher Kurzform die jeweils notwendigen Arbeitsschritte, wird auf eventuelle Besonderheiten

aufmerksam gemacht und vor möglichen Fehlerquellen und Risiken gewarnt. Auf tiefschürfende wissenschaftliche Ausführungen wird dabei zu Recht verzichtet, es geht hier rein um die Vermittlung des „Gewusst wie“. Daher ist es unumgänglich, dem Mitarbeiter zusätzlich, ggf. mit Hilfe von Fachliteratur, die zugrundeliegenden gesetzlichen Bestimmungen und Zusammenhänge zu vermitteln.

Der alphabetischen Auflistung der wichtigsten Geschäfte vorangestellt sind das Abkürzungs- und das Literaturverzeichnis. In diesem sind die folgenden acht – äußerst nützlichen – Anhänge zu finden: Im Anhang A und B befinden

sich Übersichten zur Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigungen bzw. den dazugehörigen Ausnahmeregelungen, den einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen und schließlich sechs Bearbeitungsblätter. Anhang C befasst sich mit dem Handelsregistervollzug, Anhang D mit grundstücksbezogenen Veräußerungsverträgen und Anhang E mit Belastungen und Löschungen im Grundbuch einschließlich Erbbaurechtsbestellung. Anhang F bezieht sich auf Eheverträge, Erbverzichtverträge, Testamente, Erbverträge, Vollmachten und Betreuungs- und Patientenverfügungen. Im Anhang G wird der Leser für die Themenbereiche Erbschaftsaus-schlagung, Antrag auf Erteilung von Erbschein/Hoffolge-

zeugnis und Testamentsvollstreckerzeugnis, Erbteilskauf oder -schenkungsvertrag fündig. Anhang H beschäftigt sich mit der Umschreibung von Vollstreckungsklauseln.

Der fachkundige Leser erkennt sofort, dass es sich bei der Autorin um eine erfahrene Notariatsmitarbeiterin handelt. Das Werk bietet wertvolle und praktische Arbeitshilfen sowie Informationen und Anregungen für die schnelle Lösung typischer Fragestellungen in der notariellen Praxis. Trotzdem ist das eigene Mitdenken für den verantwortungsvollen Mitarbeiter selbstverständlich unumgänglich.

Oberinspektor i. N. *Helmut Reinold*, Mühldorf a. Inn

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. BGB § 429 Abs. 2 (Anwendung des § 429 Abs. 2 BGB bei Eigentumserwerb durch einen Gesamtgläubiger einer Grundschuld)

**Die Regelung in § 429 Abs. 2 BGB findet keine Anwendung, wenn einer von mehreren Gesamtgläubigern einer Grundschuld Eigentümer des belasteten Grundstücks wird.**

BGH, Beschluss vom 15.4.2010, V ZR 182/09; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Aus den Gründen:

(...)

1. Zwar gilt das Rechtsinstitut der Gesamtgläubigerschaft auch im Sachenrecht (siehe nur Senat, BGHZ 46, 253, 255). Dementsprechend ist eine Gesamtgläubigerberechtigung bei der Grundschuld rechtlich möglich (Senat, Urteil vom 20.12.1974, V ZR 72/73, MittBayNot 1975, 99). Aber das hat nicht zur Folge, dass die Vorschrift des § 429 Abs. 2 BGB anwendbar ist, nach welcher bei der Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gesamtgläubigers die Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner erlöschen.

2. Während im Schuldrecht der unumstößliche Grundsatz gilt, dass niemand gegen sich selbst eine Forderung haben kann, gilt dies nach § 889 BGB im Immobiliarsachenrecht nicht. Es erlaubt deshalb sowohl die originäre Bestellung als auch den nachträglichen Erwerb einer Grundschuld an dem eigenen Grundstück (Eigentümergrundschuld, §§ 1177 Abs. 1, 1196 Abs. 1 BGB). Die Identität von Grundschuldgläubiger und Grundstückseigentümer berührt nicht den Bestand und den Inhalt der Grundschuld. Es tritt keine Konsolidation mit rechtserlöschender Wirkung ein. Für die Gesamtgläubigerschaft an einer Grundschuld bedeutet dies, dass dann, wenn einer der Gesamtgläubiger Eigentümer des belasteten Grundstücks wird, die Grundschuld für ihn als Eigentümergrundschuld und für die anderen Gesamtgläubiger als Fremdgrundschuld bestehen bleibt (zu allem *Heilbron*, SächsArch, 1933, 353, 355 ff.; vgl. auch Senat, Urteil vom 20.12.1974, V ZR 72/73, MittBayNot 1975, 99 zur Bestellung einer Grundschuld durch Bruchteilseigentümer an ihren Anteilen für sich als Gesamtgläubiger). Denn es handelt sich nicht um eine einzige, mehreren Personen zustehende Grundschuld, sondern um eine Mehrheit von Rechten, die allerdings nicht unabhängig voneinander bestehen, sondern nach § 428 BGB in der Weise miteinander verbunden sind, dass jeder Gläubiger ein eigenes Befriedigungsrecht hat, die Befriedigung eines einzigen jedoch gegen alle wirkt (Senat, BGHZ 46, 253, 255).

3. Nach alledem hat der Eigentumserwerb von F. D. nicht das Erlöschen der Rechte der Beklagten zur Folge gehabt. Gläubiger der Grundschuld sind nach wie vor F. D. und die Beklagte.

(...)

2. BGB §§ 305 c Abs. 2, 307 Abs. 1 Satz 1; ZPO § 727 Abs. 1 (Formularmäßige Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung; Prüfung des Eintritts in den Sicherungsvertrag bei Rechtsnachfolge auf Gläubigerseite)

**1. Der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld kann aus der Unterwerfungserklärung nur vorgehen, wenn er in den Sicherungsvertrag eintritt.**

**2. Die Prüfung, ob der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld in den Sicherungsvertrag eingetreten und damit neuer Titelgläubiger geworden ist, ist dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten.**

**3. Die formularmäßige Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in einem Vordruck für die notarielle Beurkundung einer Sicherungsgrundschuld stellt auch dann keine unangemessene Benachteiligung des Darlehensnehmers i. S. d. § 307 Abs. 1 BGB dar, wenn die Bank die Darlehensforderung nebst Grundschuld frei an beliebige Dritte abtreten kann (Bestätigung von BGHZ 99, 274; 177, 345).**

BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09

Die Klägerin wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung der Beklagten, die diese aus übertragenem Recht aus einer notariellen Urkunde über die Bestellung einer Grundschuld betreibt.

Mit notarieller Urkunde vom 13.3.1989 bestellte die Klägerin anlässlich der Einräumung eines Kontokorrentkredits durch die Volksbank (nachfolgend: Zedentin) zu deren Gunsten an einem ihr gehörenden Grundstück eine Briefgrundschuld i. H. v. 1.800.000 DM nebst 16 % Jahreszinsen und einer einmaligen Nebenleistung von 5 % des Grundschuldbetrags; die Zinsen waren am ersten Werktag eines jeden Jahres für das vorangegangene Kalenderjahr fällig, der Grundschuldbetrag und die Nebenleistung wurden sofort fällig gestellt. Zugleich unterwarf sich die Klägerin in der Urkunde „wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung, welche der Gläubigerin aus der Grundschuld zustehen“ der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr belastetes Grundeigentum und ihr gesamtes Vermögen. Die Urkunde enthielt ferner eine Bezugnahme auf ihr beigefügte „Weitere Erklärungen“, nach denen unter der Überschrift „Zweckerklärung“ die Grundschuld zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche aus der Geschäftsverbindung dienen sollte und die Grundschuld freihändig nur zusammen mit den gesicherten Forderungen verkauft werden durfte.

In der Folgezeit nahm die Klägerin bei der Zedentin weitere Darlehen auf. Am 13.12.2000 schlossen sie eine Vergleichsvereinbarung zur Rückführung der darin zum 8.11.2000 auf insgesamt 1.973.998,36 DM festgestellten Darlehensverbindlichkeiten. Die Klägerin kam jedoch der von ihr übernommenen Zahlungsverpflichtung nicht vollständig nach. Daraufhin kündigte die Zedentin mit Schreiben vom 26.3.2002 die Geschäftsverbindung und stellte die zu diesem Zeitpunkt auf 581.573,04 € bezifferte Restforderung nebst Zinsen zur Rückzahlung fällig.

Im Dezember 2004 verkaufte die Zedentin sämtliche Forderungen gegen die Klägerin, insbesondere die Forderungen aus dem Vergleich vom 13.12.2000, an die B. GbR (nachfolgend: B. GbR) und trat ihr diese zusammen mit der Grundschuld ab. Die B. GbR trat im Juli 2005 die Ansprüche aus dem Vergleich und die Grundschuld unter Verzicht auf ihre Voreintragung an Frau W. (nachfolgend: W.) ab, die im Dezember 2005 als Inhaberin der Grundschuld im Grundbuch eingetragen wurde. Zwischen den Parteien ist streitig, ob – wie die Beklagte behauptet – W. im Oktober 2007 die Grundschuld nebst Zinsen und Nebenleistungen sowie die gesicherten Forderungen an die Beklagte abgetreten hat. Jedenfalls wurde hinsichtlich der Grundschuld ein entsprechender Rechtsübergang im Dezember 2007 im Grundbuch eingetragen und auf dem Grundschuldbrief vermerkt. Nach Umschreibung der Vollstreckungsklausel ließ die Beklagte der Klägerin am 23.5.2008 die Grundschuldbestellungsurkunde zustellen und leitete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ein.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 13.3.1989 für unzulässig zu erklären. Sie hält die Unterwerfungserklärung für unwirksam, weil die freie Abtretbarkeit der Darlehensforderung in Kombination mit der formularmäßigen Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sie gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteilige. Zudem macht sie geltend, dass sich die gesicherte Darlehensschuld nur noch auf höchstens 782.491,23 € belaufe, und erhebt die Einrede der Verjährung. Die Beklagte tritt dem unter anderem mit der Begründung entgegen, dass sie – was unstreitig ist – in den zwischen der Klägerin und der Zedentin geschlossenen Sicherungsvertrag nicht eingetreten sei.

Aus den Gründen:

## II.

(...)

Darüber hinaus ist die Rüge der Revision auch der Sache nach unbegründet. Zwar ist im Schrifttum umstritten, ob eine Unterwerfungserklärung zugunsten eines noch nicht näher bestimmten künftigen Gläubigers wirksam möglich ist (bejahend *Erman/Wenzel*, BGB, 12. Aufl., § 1196 Rdnr. 7; *Münch-KommBGB/Eickmann*, 5. Aufl., § 1196 Rdnr. 13; verneinend *Everts*, MittBayNot 2008, 356, 357; *Münzberg* in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 794 Rdnr. 118 und 120; *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, 2009, § 1196 Rdnr. 17; *Zöller/Stöber*, ZPO, 28. Aufl., § 794 Rdnr. 29). Eine solche Unsicherheit hinsichtlich des Titelgläubigers besteht hier aber nicht. Das Berufungsgericht ist – wenn auch ohne nähere Begründung – zu Recht davon ausgegangen, dass sich die Klägerin nur wegen eines Anspruchs der Zedentin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

(1) Der Senat kann die Auslegung der Unterwerfungserklärung in vollem Umfang nachprüfen, weil es sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dabei wie auch bei der Grundschuldbestellungserklärung um formularmäßig vorformulierte Klauseln handelt, die offensichtlich mit diesem oder ähnlichem Inhalt auch über den Bezirk eines Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden (vgl. BGHZ 181, 278, Tz. 20; BGH, DNotZ 2010, 51, 52 jeweils m. w. N.). Die Klausel ist nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird, wobei die Verständnismöglichkeit des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen ist (st. Rspr., siehe nur BGHZ 180, 257, Tz. 11; 181, 278, Tz. 19, jeweils m. w. N.). Dabei sind bei der Auslegung der notariellen Vollstreckungsunterwerfungserklärung neben dem Wortlaut jedenfalls auch solche Zwecke und Interessen der Parteien berücksichtigungsfähig, die aus der Urkunde ersichtlich sind (BGH, Beschluss vom 29.5.2008, V ZB 6/08, WM 2008, 1507, Tz. 7 m. w. N.).

(2) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat sich die Klägerin am 13.3.1989 ausschließlich wegen des gegenwärtigen Anspruchs der Zedentin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. In der notariellen Urkunde wird im Rahmen der Grundschuldbestellung die Zedentin mit dem Zusatz „in dieser Urkunde Gläubigerin genannt“ namentlich benannt. Damit ergibt sich schon aus dem eindeutigen Wortlaut, dass in der Unterwerfungserklärung mit „Gläubigerin“ ausschließlich die Zedentin gemeint ist. Es findet sich in der Urkunde kein Anhaltspunkt dafür, dass die Unterwerfung zugleich (auch) zugunsten eines noch nicht näher bestimmten künftigen Grundschuldinhabers erfolgen sollte. Eine solche Rechtsposition nimmt die Beklagte, wie die Revision offenbar verkennt, auch nicht für sich in Anspruch. Vielmehr betreibt sie die Zwangsvollstreckung aufgrund einer titelumschrei-

benden Klausel i. S. d. § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO und leitet damit die Titelfunktion allein aufgrund der Rechtsnachfolge hinsichtlich des titulierten Anspruchs auf sich über. Aus diesem Grund stellt sich auch die von der Revision des Weiteren aufgeworfene Rechtsfrage, ob die Beklagte zum Kreis der ursprünglich in der Unterwerfungserklärung genannten Gläubiger gehört, hier nicht.

(3) Die Revision, die die Rechtsnachfolge der Beklagten in materiellrechtlicher Hinsicht im Übrigen nicht in Zweifel zieht, beruft sich in diesem Zusammenhang auch ohne Erfolg auf die von *Reifner* in BKR 2008, 142, 148 f. vertretene Ansicht, dass für die Unterwerfungserklärung des Schuldners gemäß § 305 c Abs. 2 BGB ein Abtretungsverbot anzunehmen sei, weshalb das Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung ohne dessen Zustimmung nicht auf jeden künftigen Grundschuldinhaber übertragbar sei. Dieser Auffassung hat sich das Berufungsgericht zu Recht nicht angeschlossen. Die Möglichkeit zur Vollstreckung aus der Unterwerfungserklärung geht unter den Voraussetzungen des § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO kraft gesetzlicher Anordnung auf den Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs über, ohne dass es einer Abtretungsvereinbarung bedarf (so zutreffend *Volmer*, ZfIR 2008, 634, 635).

b) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass die formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung einer Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) standhält. Insbesondere stellt die Klausel keine unangemessene Benachteiligung der Klägerin dar, weil sie wegen der freien Abtretbarkeit der titulierten Ansprüche aus der Grundschuld auch zugunsten jedes künftigen Grundschuldinhabers Rechtswirkungen entfaltet.

aa) Allerdings hat das Berufungsgericht – und ihm insoweit folgend auch die Revision – der Inhaltskontrolle schon im Ausgangspunkt ein unzutreffendes Verständnis der Klausel zugrunde gelegt. Anders als das Berufungsgericht meint, kann nicht jeder künftige Inhaber der Grundschuld durch eine umschreibende Klausel gemäß § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO auch die Titelfunktion der Unterwerfungserklärung in Anspruch nehmen. Vielmehr ist die formularmäßig erfolgte Erklärung der Klägerin gemäß § 5 AGBG (jetzt: § 305 c Abs. 2 BGB) zu ihren Gunsten dahin auszulegen, dass sich die Vollstreckungsunterwerfung nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstreckt. Eine solche Rechtsposition hat ein Grundschuldgläubiger, der – wie die Beklagte – den Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht beigetreten ist, nicht erworben, so dass er nicht Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs i. S. d. § 727 Abs. 1 ZPO geworden ist.

(1) Die formularmäßige Unterwerfungserklärung benachteiligt die Klägerin nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher nicht nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist im Rahmen der Wirksamkeitsprüfung einer Klausel gemäß § 5 AGBG in Zweifelsfällen von mehreren möglichen Auslegungen die „kundenfeindlichste“ Auslegung zugrunde zu legen, wenn diese zur Unwirksamkeit der Klausel führt und damit für den Kunden die im Ergebnis günstigste ist (BGHZ 176, 244, Tz. 19; 181, 278, Tz. 21). Außer Betracht zu bleiben haben dabei nur solche Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (BGHZ 180, 257, Tz. 11; BGH, DNotZ 2010, 51 jeweils m. w. N.). Erst wenn sich die Klausel nach jeder in Betracht kommenden Auslegung als wirksam erweist, kommt die dem Kunden günstigste Auslegung zum Tragen. So liegen

die Dinge hier. Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, hält die Klausel auch mit dem „kundenfeindlichsten“ Inhalt – Vollstreckungsunterwerfung für sämtliche Grundschuldansprüche unabhängig von deren Bindung an den Sicherungszweck – einer Inhaltskontrolle stand.

Eine Formulklausel ist nur dann unangemessen, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (st. Rspr., siehe nur BGH, NJW 2009, 3714 m. w. N.). Dies trifft nach der ständigen Rechtsprechung aller damit befassten Senate des BGH auf eine formularmäßig gegenüber einer Bank erklärte Vollstreckungsunterwerfung des mit dem persönlichen Kreditschuldner identischen Grundschuldbestellers nicht zu (BGHZ 99, 274, 283 ff.; 177, 345 = DNotZ 2009, 103; BGH, Urteile vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 65 f.; vom 22.10.2003, IV ZR 398/02, WM 2003, 2372, 2374; vom 28.10.2003, XI ZR 263/02, WM 2003, 2410, 2411; vom 15.3.2005, XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830; vom 22.11.2005, XI ZR 226/04, WM 2006, 87, 88 und vom 22.5.2007, XI ZR 338/05, NotBZ 2008, 27, 28). Die Zivilprozessordnung gestattet die Zwangsvollstreckung aus Urteilen (§ 704 ZPO) und aus vollstreckbaren notariellen Urkunden (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) gleichermaßen, so dass der Durchführung eines Erkenntnisverfahrens vor Titulierung keine gesetzliche Leitbildfunktion i. S. d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) zukommt. Die kreditgebende Bank verfolgt mit der Vollstreckungsunterwerfung das Ziel, die Voraussetzung für einen raschen Zugriff auf das Schuldnervermögen zu schaffen. Dies wird durch ihr anerkennenswertes Interesse gerechtfertigt, eine ausreichend sichere Vorsorge gegen das Risiko eines Vermögensverfalls ihres Schuldners zu erreichen. Typischerweise ergeben sich nämlich Störungen in der Abwicklung der Kreditverhältnisse, die die Bank zur zwangsweisen Durchsetzung ihrer Forderung veranlassen, gerade aus einer Vermögensverschlechterung des Schuldners (BGHZ 99, 274, 284). Demgegenüber wird der Schutz des Schuldners gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme der Vollstreckungsmöglichkeit in ausreichender Weise durch die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe mit der Möglichkeit der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung und durch eine Schadensersatzpflicht der Bank bei missbräuchlicher Ausnutzung des Vollstreckungstitels gesichert (BGHZ 99, 274, 284).

Die gegen diese Rechtsprechung von der Revision – im Anschluss an eine von *Schimansky* (WM 2008, 1049, 1050 f.) und ihm folgend auch in der Rechtsprechung (LG Hamburg, WM 2008, 1450, 1451) vertretene Ansicht – vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Insoweit wird geltend gemacht, die formularmäßige Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung stelle dann eine unangemessene Benachteiligung des Kreditnehmers dar und sei daher nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn die Bank die Kreditforderung und die sie sichernde Grundschuld frei an einen beliebigen Dritten abtreten könne. Der von der Rechtsprechung vorgenommenen Interessenabwägung sei die Grundlage entzogen, weil sich in den letzten Jahren herausgestellt habe, dass die Kreditwirtschaft von der freien Abtretbarkeit der Darlehensforderungen in nennenswertem Umfang in der Form Gebrauch mache, dass sie diese an nicht der Bankenaufsicht unterliegende Finanzinvestoren verkaufe, wodurch sich die Position des Schuldners erheblich verschlechtere. Finanzinvestoren seien – im Gegensatz zur kreditgebenden Bank – nicht an einer langfristigen Kundenbeziehung interessiert, sondern in erster Linie bestrebt, die unter Wert angekauften Forderungen kurzfristig mit Gewinn zu realisieren, wobei die Unterwerfungserklärung es ihnen erlaube, diese Absicht

durch eine – auch unberechtigte – Androhung der Zwangsvollstreckung mit Nachdruck zu verfolgen. Dies benachteilige den Schuldner unangemessen.

Diese Auffassung überzeugt nicht. Sie gibt dem Senat – in Übereinstimmung mit den ganz überwiegenden Stimmen in der Literatur (*Bachner*, DNotZ 2008, 644, 649 ff.; *Binder/Piekenbrock*, WM 2008, 1816, 1821 ff.; *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2053 ff.; *ders.*, ZIP 2009, 1261, 1262 f.; *Buschmann*, BKR 2008, 415, 416 f.; *Clemente*, ZfIR 2008, 589, 599; *Freitag*, WM 2008, 1813 ff.; *Habersack*, NJW 2008, 3173, 3175 f.; *Koch*, EWiR 2009, 359, 360; *Koser/Werner-Jensen*, BKR 2008, 340 f.; *Langenbacher*, NJW 2008, 3169, 3172; *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2008, 363, 364 ff.; *Schalast*, BB 2008, 2190, 2194; *Schelske*, EWiR 2009, 501, 502; *Schulz*, ZIP 2008, 1858, 1863; *ders.*, EWiR 2009, 469, 470; *Selke*, EWiR 2008, 543, 544; *Volmer*, ZfIR 2008, 634, 635 f.; *Walker/Hebel*, WuB VI D. § 727 ZPO 1.09; ebenso OLG Schleswig, WM 2009, 1193, 1196) – keinen Anlass, die Rechtsprechung zur Wirksamkeit formularmäßiger Unterwerfungserklärungen zu modifizieren. Eine unangemessene Benachteiligung der Kreditschuldner ist auch unter Berücksichtigung des Umstandes nicht gegeben, dass die Kreditwirtschaft in den letzten Jahren von der Möglichkeit der freien Abtretbarkeit der Kreditforderungen (vgl. dazu BGHZ 171, 180 = DNotZ 2007, 739; BGH, DNotZ 2010, 372) und der sie sichernden Grundschulden vermehrt Gebrauch gemacht haben mag.

Eine veränderte Praxis der Kreditverkäufe „in den letzten Jahren“ kann – worauf auch das Berufungsgericht zu Recht abgestellt hat – für die Inhaltskontrolle der klägerischen Vollstreckungsunterwerfung schon deshalb keine Rolle spielen, weil bei der Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt, im Individualprozess auf die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist (BGHZ 143, 103, 117; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 10. Aufl., § 307 Rdnr. 117; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 69. Aufl., § 307 Rdnr. 3; *Staudinger/Coester*, BGB, 2006, § 307 Rdnr. 100; *Wolf* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 5. Aufl., § 307 Rdnr. 93). Dass Kreditverkäufe an Finanzinvestoren bereits im Jahr 1989 in erheblichem Umfang angefallen sind, wird weder von der Revision geltend gemacht, noch sind dafür sonst Anhaltspunkte ersichtlich. Spätere Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse haben schon deshalb außer Betracht zu bleiben, weil andernfalls die Beurteilung der Wirksamkeit einer einbezogenen Klausel immer nur eine temporäre wäre (*Medicus*, NJW 1995, 2577, 2580). Die Berücksichtigung veränderter tatsächlicher Umstände kann auch nicht damit begründet werden, dass der Verwender keinen Vertrauensschutz in den Fortbestand einer sich nachträglich als korrekturbedürftig erweisenden Rechtsprechung zur Wirksamkeit der Klausel genieße (so aber *Schimansky*, WM 2008, 1049, 1052 und offenbar auch *Haertlein/Thümmeler*, WuB I F 3. – 4.09). Richtig ist zwar, dass die Rechtsprechung aus diesem Grund in der Regel nicht gehindert ist, eine geänderte rechtliche Beurteilung auf einen zur Entscheidung stehenden Sachverhalt anzuwenden, obwohl die maßgebliche Formulklausel nach der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Rechtsprechung als wirksam angesehen wurde (BGHZ 132, 6, 11 f.; BGH, NJW 2008, 1438, 1439). Hier geht es jedoch nicht um eine abweichende rechtliche Beurteilung eines identischen Sachverhalts, sondern darum, ob erst nach Vertragsschluss eingetretene tatsächliche Umstände im Rahmen der Interessenabwägung nach § 9 Abs. 1 AGBG Berücksichtigung finden können.

Darüber hinaus gibt eine veränderte Praxis von Kreditverkäufen auch unabhängig vom Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung keinen Anlass, deren Wirksamkeit in Frage zu

stellen. Dabei kann dahinstehen, ob – wie im Schrifttum behauptet wird – die Gefahr, dass der Titel als Druckmittel zur Bewirkung einer Zahlung, auf die kein Anspruch besteht, missbraucht wird, durch die Abtretung an nicht der Bankenaufsicht unterliegende Investoren steigt (so *Schimansky*, WM 2008, 1049, 1050; dies anzweifelnd *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2056; *ders.*, ZIP 2009, 1261, 1262 f.; *Freitag*, WM 2008, 1813). Zwar können im Rahmen der Interessenabwägung nach § 9 Abs. 1 AGBG auch solche Nachteile Berücksichtigung finden, die nicht im Rechtsverhältnis zum Verwender der Klausel, sondern im Verhältnis zu einem Dritten – hier dem Kreditkäufer – eintreten (BGHZ 104, 82, 93 m. w. N.). Wie das Berufungsgericht aber zutreffend ausgeführt hat, stehen diesem Nachteil gewichtige Interessen des Verwenders sowohl an der Vollstreckungsunterwerfung an sich, als auch an der Abtretbarkeit der Kreditforderungen und der Sicherungsmittel gegenüber. Kreditgebende Banken sind in berechtigter Weise an der freien Abtretbarkeit der Darlehensforderungen interessiert, um sich zu refinanzieren, Kreditrisiken zu verlagern oder ihr Eigenkapital zu entlasten (Senat BGHZ 171, 180, Tz. 15 m. w. N.). Bei kleineren Kreditinstituten kommt hinzu, dass sie die aufwändige Bearbeitung notleidender Kredite und die effektive Verwertung bestellter Sicherheiten selbst kaum leisten können (*Nobbe*, ZIP 2008, 97, 98). Könnte eine Bank die Kreditsicherheiten nur ohne Vollstreckungsunterwerfung übertragen, wäre die Möglichkeit von Forderungsverkäufen in erheblichem Maße beeinträchtigt und nur ein niedrigerer Kaufpreis zu erzielen (in diesem Sinne auch *Binder/Piekenbrock*, WM 2008, 1816, 1824; *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2053). Demgegenüber besteht die angeführte Missbrauchsgefahr überhaupt nur dann, wenn die titulierte Forderung tatsächlich abgetreten wird. Dies kann es nicht rechtfertigen, auch dem ursprünglichen Titelgläubiger, der die Forderung nicht verkauft, den raschen Vollstreckungszugriff zu versagen, zumal diese kostengünstige Titulierung auch dem Schuldner Vorteile bringt (dazu *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2058; *Habersack*, NJW 2008, 3173; *Volmer*, ZfIR 2008, 634; *Wolfsteiner*, WuB IV C. § 307 BGB 4.08). Nach alledem bleibt es dabei, dass sich der Schuldner im Falle einer unberechtigten Zwangsvollstreckung mit vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen zur Wehr setzen muss, ohne dass ihn dies unangemessen benachteiligt.

Anders als die Revision meint, gebietet auch das Urteil des VII. Zivilsenats vom 27.9.2001 (VII ZR 388/00 = DNotZ 2002, 878 ff.) keine andere Beurteilung. Nach dieser Entscheidung ist es eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 9 AGBG, wenn sich der Erwerber eines noch zu errichtenden Hauses wegen der Werklohnforderung formularmäßig der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft und der Unternehmer berechtigt ist, sich ohne weitere Nachweise eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilen zu lassen. Denn in einem solchen Fall werde der Erwerber der Gefahr einer Vorleistung ausgesetzt, die der gesetzlichen Regelung des § 641 BGB widerspreche; zudem laufe er Gefahr, durch die vom Unternehmer betriebene Zwangsvollstreckung und dessen Vermögensverfall Vermögenswerte endgültig zu verlieren, ohne dafür eine entsprechende Gegenleistung am Bauvorhaben zu erhalten. Wie der Senat bereits entschieden hat, treffen diese Erwägungen auf vollstreckbare Kreditsicherheiten zugunsten einer Bank nicht zu (BGHZ 177, 345 = DNotZ 2009, 103, 106). Die Grundschildansprüche, für die sich die Klägerin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, sind gemäß der notariellen Vereinbarung sofort fällig.

Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass auch der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) vom 12.8.2008 (BGBl I, S. 1666) davon ausge-

gangen ist, dass der Schuldner es nicht verhindern könne, dass ihm in der Zwangsvollstreckung anstelle seines ursprünglichen Gläubigers im Wege der Abtretung, Vertragsübernahme oder durch andere Gestaltungen ein anderer, aus seiner Sicht nicht so vertrauenswürdiger Gläubiger gegenüberstehe (BT-Drucks. 16/9821, S. 18 f.). Zum Schutz des Schuldners hat er lediglich die Neuregelung des § 799 a ZPO geschaffen, der einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch des Schuldners gegen den zu Unrecht aus der Urkunde vollstreckenden Neugläubiger vorsieht. Dabei ist der Gesetzgeber jedoch gerade von der Wirksamkeit entsprechender Vollstreckungsunterwerfungen ausgegangen (so auch *Habersack*, NJW 2008, 3173, 3176 f.; *Langenbacher*, NJW 2008, 3169, 3172; *Schalast*, BB 2008, 2190, 2194; *Walker/Hebel*, WuB VI D. § 727 ZPO 1.09).

(2) Bei der damit gemäß § 5 AGBG gebotenen „kundenfreundlichsten“ Auslegung ist die formularmäßige Unterwerfungserklärung dahin zu verstehen, dass nur Grundschildansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld tituliert sind. Dies ergibt sich aus der zum Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung maßgeblichen objektivierte Interessenlage von Gläubiger und Schuldner.

Die Unterwerfungserklärung der Klägerin erfasst nach ihrem Wortlaut alle Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistungen, welche der Gläubigerin „aus der Grundschild“ zustehen. Weder diese Formulierung noch die in der Urkunde zum Ausdruck kommende typische Interessenlage beider Parteien rechtfertigen ein eindeutiges Auslegungsergebnis dahingehend, dass damit auch Ansprüche aus einer isolierten Grundschild gemeint sind. Gegen ein solches Verständnis spricht entscheidend, dass die Unterwerfung – was in der vorformulierten notariellen Urkunde auch Ausdruck gefunden hat – anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld erfolgt ist. Denn nach den in der notariellen Urkunde in Bezug genommenen „Weiteren Erklärungen“ dient die Grundschild „der Sicherung aller bestehenden und künftigen – auch bedingten oder befristeten – Ansprüche aus der Geschäftsverbindung“.

Ein vom Sicherungscharakter der Grundschild losgelöstes Verständnis der Vollstreckungsunterwerfung ließe zudem außer Acht, dass sich die Rechtsposition des Schuldners dann erheblich verschlechtert, wenn die Zwangsvollstreckung von einem nachfolgenden Grundschildinhaber betrieben wird, der – wie hier die Beklagte – die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht übernommen hat. Der bei der ursprünglichen Bestellung der Sicherungsgrundschuld zustande kommende Sicherungsvertrag begründet zwischen den Vertragsparteien – auch ohne ausdrückliche Vereinbarung – kraft seiner Rechtsnatur ein Treuhandverhältnis, weil der Grundschildgläubiger als Sicherungsnehmer nach außen mehr Rechtsmacht erhält als er im Innenverhältnis, gebunden durch den Sicherungsvertrag, ausüben darf (BGHZ 133, 25, 30; BGH, NJW 1989, 1732, jeweils m. w. N.). Im Falle der Abtretung der Sicherheit richten sich die Ansprüche aus dem Sicherungsvertrag – etwa auf Rückgabe der Sicherheit im Falle des endgültigen Wegfalls des Sicherungszwecks – grundsätzlich nur gegen den Zedenten als Sicherungsnehmer. Insbesondere enthält die Abtretung nicht ohne weiteres auch die stillschweigende Vereinbarung einer Übernahme dieser Verbindlichkeiten (BGH, WM 1997, 13, 16 m. w. N.). Dies gilt auch dann, wenn der Zessionar nicht nur die Sicherungsgrundschuld, sondern zugleich auch die gesicherte Forderung erwirbt (vgl. BGHZ 103, 72, 81 f. = DNotZ 1988, 492; BGH, NJW-RR 2001, 1097). Damit geht die fiduziarische Bindung der Sicherungsgrundschuld bei ihrer Übertragung verloren, wenn es – wie hier – an einer solchen gesonderten Übernahmevereinbarung fehlt. Dies hat zur Folge, dass dem Zessionar

Einwendungen oder Einreden aus dem Sicherungsvertrag gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1157, 892 BGB a.F. nur dann entgegengehalten werden können, wenn deren Tatbestand zum Zeitpunkt der Abtretung bereits vollständig verwirklicht war (BGHZ 85, 388, 390; BGH, NJW-RR 1987, 139, 140) und dem Erwerber sowohl der Sicherungscharakter der Grundschuld, als auch die konkrete Einwendung zum Zeitpunkt der Abtretung bekannt war oder letztere aus dem Grundbuch ersichtlich gewesen ist (BGHZ 59, 1, 2; 85, 388, 390; 103, 72, 81 f.; BGH, WM 1973, 840; WM 1990, 305, 306 f.; WM 2001, 453, 454). Für eine entsprechende positive Kenntnis des Zedenten trägt der Schuldner zudem die Darlegungs- und Beweislast (BGH, WM 1984, 1078, 1079). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann der Erwerber in rechtlich zulässiger Weise den vollen Grundschuldbetrag geltend machen, unabhängig davon, ob und in welcher Höhe die gesicherte Forderung besteht.

Auch wenn diese rechtlichen Nachteile des Schuldners gegenüber einem neuen Grundschuldinhaber aus dem materiellen Recht resultieren und nicht aus der prozessualen Unterwerfungsklausel (so *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2055), hindert das nicht, dies dennoch bei ihrer Auslegung zu berücksichtigen. Zwar muss sich der Schuldner gegen eine aus seiner Sicht unberechtigte Zwangsvollstreckung stets aktiv zur Wehr setzen, unabhängig davon, wer aus der Unterwerfungserklärung vollstreckt. Die Erfolgsaussichten entsprechender vollstreckungsrechtlicher Rechtsbehelfe hängen jedoch maßgeblich davon ab, ob der Titelgläubiger an den Sicherungsvertrag gebunden ist. Angesichts dieser Umstände hat der Schuldner ein – für den Verwender der Klausel auch erkennbares – Interesse daran, dass die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung nur im Rahmen der ursprünglichen Zweckbindung der Grundschuld erfolgt.

Einem solchen Verständnis der Unterwerfungserklärung stehen keine berechtigten Interessen der Bank an der Abtretbarkeit der Kreditforderungen nebst Sicherheiten entgegen. Ganz im Gegenteil ist diese als Sicherungsnehmerin aus dem Treuhändercharakter der Sicherungsgrundschuld – wie auch hier nach der Sicherungszweckerklärung – sogar verpflichtet, die ihr durch den Sicherungsvertrag auferlegten Bedingungen an den Erwerber der Grundschuld weiterzugeben (BGH, NJW 1997, 461 m. w. N.; MünchKommBGB/*Eickmann*, 5. Aufl., § 1191 Rdnr. 96; für den Fall der isolierten Abtretung der Grundschuld vgl. auch BGH, NJW-RR 1987, 139).

bb) Die Entscheidung des Berufungsgerichts, die prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 ZPO als unbegründet abzuweisen, erweist sich im Ergebnis dennoch als richtig. Zwar ist die Beklagte – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – durch den Erwerb der Grundschuld nicht zugleich auch Rechtsnachfolgerin hinsichtlich des titulierten Anspruchs geworden. Dies kann aber weder der Gestaltungsklage analog § 767 ZPO noch der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO, die sich beide gegen die Vollstreckbarkeit des Titel richten, zum Erfolg verhelfen. Denn daraus ergeben sich – anders als beim Wegfall der Aktivlegitimation des im Titel ausgewiesenen Gläubigers – weder Einwendungen gegen den titulierten Anspruch, noch wird dadurch die Wirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung in Frage gestellt. Die Prüfung, ob eine Rechtsnachfolge gemäß § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO eingetreten ist, ist vielmehr dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten, so dass ein Schuldner, der den Übergang der titulierten Forderung auf den Vollstreckungsgläubiger für unwirksam hält, die in diesem Verfahren vorgesehenen Rechtsbehelfe nach §§ 732, 768 ZPO ergreifen muss (OLG Frankfurt am Main, OLG 2008, 612, 613; *Zöller/Herget*, ZPO, § 767 Rdnr. 12 „Wegfall der Aktivlegitimation“; vgl. auch BGH, DNotZ 2008, 833). Insbesondere kann die von der

Klägerin erhobene Klage mangels jedweden Anhaltspunkts in ihrem Parteivorbringen auch nicht als eine Klauselgegenklage nach § 768 ZPO ausgelegt werden. Eine nachträgliche Erhebung dieser Rechtsbehelfe, sei es nach § 732 ZPO, sei es nach § 768 ZPO, ist ihr aber unbenommen.

Diese Lösung hat den Vorteil, dass bereits im Klauselerteilungsverfahren die für die Titulumschreibung zuständige Stelle von Amts wegen prüfen muss, ob der neue Grundschuldinhaber den Eintritt in den Sicherungsvertrag nach den Maßgaben des § 727 Abs. 1 ZPO nachgewiesen hat. Der Schuldner wird nicht – wie dies etwa von *Schimansky* (WM 2008, 1049, 1050) zu Recht bemängelt worden ist – aus der Rolle des Verteidigers in diejenige des Angreifers, nämlich des Klägers in einem Vollstreckungsgegenklageverfahren, gezwungen. Erst im Falle der Klauselerteilung muss er – möchte er sich dagegen wehren – von den in diesem Verfahren vorgesehenen Rechtsbehelfen Gebrauch machen.

3. Rechtlich zu beanstanden ist jedoch, dass das Berufungsgericht auch die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 Abs. 1 ZPO in vollem Umfang abgewiesen hat. Hinsichtlich eines Teils der in der notariellen Urkunde vom 13.3.1989 titulierten Grundschuldzinsen beruft sich die Klägerin zu Recht auf die Einrede der Verjährung.

a) Rechtsfehlerfrei ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte müsse sich Einwendungen und Einreden hinsichtlich der gesicherten Darlehensforderung nicht entgegenhalten lassen. Dies wird von der Revision auch nicht beanstandet.

b) Dagegen greift die von der Klägerin erhobene Einrede der Verjährung hinsichtlich eines Teils der titulierten Grundschuldzinsen durch. Das Berufungsgericht hat verkannt, dass die Unverjährbarkeit eingetragener Rechte gemäß § 902 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht für solche Ansprüche gilt, die – wie die Grundschuldzinsen – auf Rückstände wiederkehrender Leistungen gerichtet sind.

Die Grundschuldzinsen unterlagen nach der vor dem 1.1.2002 geltenden Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs der vierjährigen Verjährungsfrist des § 197 BGB a.F. und unterliegen seit dem 1.1.2002 – soweit sie, wie hier, tituliert sind – gemäß § 197 Abs. 2 BGB der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB. Die Verjährung war dabei nicht bis zum Eintritt des Sicherungsfalls durch Kündigung der Geschäftsbeziehung mit Schreiben vom 26.10.2002 gehemmt (vgl. BGHZ 142, 332, 334 f.). Vielmehr sind ein Neubeginn der Verjährung gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 2 BGB erst durch die von der Beklagten beantragten gerichtlichen Vollstreckungshandlungen ab Mai 2008 und ihre Verteidigung gegenüber der Vollstreckungsgegenklage (vgl. hierzu BGH, WM 2006, 1398 m. w. N.) mit Schriftsatz vom 5.8.2008 sowie eine Hemmung der Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch die von ihr am 13.8.2008 erhobene Hilfswiderklage eingetreten. Auf etwaige zeitlich frühere Maßnahmen ihrer Rechtsvorgänger, die zu einem Neubeginn oder einer Hemmung der Verjährung geführt haben könnten, hat sich die Beklagte nicht berufen; solche sind auch nicht ersichtlich.

Danach sind – was von der Beklagten in erster Instanz auch für den Zeitraum bis Ende 2002 eingeräumt worden, vom Berufungsgericht aber unbeachtet geblieben ist – alle Grundschuldzinsen verjährt, die bis Ende 2004 fällig geworden sind. Dies trifft nach der notariellen Vereinbarung, nach der die Grundschuldzinsen eines Jahres am ersten Werktag des Folgejahres fällig werden, auf die Zinsen zu, die für die Jahre bis einschließlich 2003 angefallen sind. Die Zinsen des Jahres 2003 wurden am ersten Werktag des Jahres 2004 fällig, so dass deren Verjährung gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des

31. Dezember 2004 begann und am 31.12.2007 eintrat. Für die ab dem 1.1.2005 fällig gewordenen Grundschuldzinsen (Zinsen für das Jahr 2004 und später) endete die Verjährung dementsprechend nicht vor Ablauf des 31.12.2008, so dass deren Frist rechtzeitig neu in Lauf gesetzt bzw. durch die Erhebung der Hilfswiderklage rechtzeitig gehemmt wurde. (...)

### Anmerkung:

In Beschlüssen vom 16.4.2009<sup>1</sup> sowie vom 9.7.2009<sup>2</sup> hatte der VII. Zivilsenat sich für das Klauselerinnerungsverfahren noch jeder AGB-Kontrolle der vollstreckbaren Grundschuld enthalten und auf die Vollstreckungsgegenklage verwiesen. Eine solche Klage lag nun dem XI. Zivilsenat vor. Im Versäumnisurteil vom 30.3.2010 hält er die vollstreckbare Grundschuld auch bei freier Abtretbarkeit für AGB-rechtlich unbedenklich. Schuldnerschutz sucht dieser Senat stattdessen in einer „objektivierten Auslegung“ der Unterwerfungserklärung. Nur sei diese Beschränkung nicht im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen, sondern über die Klauselerinnerung. Damit konnte der Gläubiger im Prozess obsiegen; die Vollstreckungsmöglichkeit verliert er trotz offener Forderung womöglich dennoch.

## I. Entscheidungskritik

Die Auffassung des BGH kann nicht überzeugen,<sup>3</sup> wobei allerdings eine eingehende Auseinandersetzung aus Raum- und Zeitgründen anderweitig erfolgen muss. Es ist jedenfalls keine sinnvolle Rechtsfortbildung, einerseits materiellrechtlich am bisher, seit BGHZ 59, 1 gewährten gutgläubig-eindefreien Erwerb der Grundschuld festzuhalten,<sup>4</sup> für diesen Fall aber den an sich vorhandenen Titel zu verweigern.<sup>5</sup> Wenn die Rechtsordnung meint, aus gewissen Verkehrsschutzüberlegungen<sup>6</sup> und/oder systematisch-dogmatischen Argumenten<sup>7</sup> heraus solle/müsse der Zessionar Inhaber eines eindefreien Verwertungsrechts sein, muss sie ihm auch effektive Mittel zur Rechtsdurchsetzung an die Hand geben. Alles andere verschafft dem Schuldner querulatorisches Erpressungspotential. Zu solchen Spielchen sollte die Rechtsordnung sich nicht hergeben.<sup>8</sup> Das zeigt schlagend der aus den Schilderungen der Vorinstanzen<sup>9</sup> ermittelte Sachverhalt: Nur weil die Zessionarin im Klauselerteilungsverfahren beweisfällig bleibt, kann die Eigentümerin womöglich die Versteigerung vorerst insge-

samt vereiteln, obwohl sie nach den Feststellungen<sup>10</sup> des LG Hildesheim infolge des fehlgeschlagenen Vergleichs mehr als 700.000 € an Rückzahlung schuldet! Die richtige Lösung müsste deswegen schon an der Aberkennung des gutgläubig-eindefreien Grundschuldnererwerbs für Alt-Sachverhalte ansetzen.<sup>11</sup> Dann gingen materielles Recht und Verfahrensrecht wieder konform.<sup>12</sup>

Zudem hatte der VII. Zivilsenat des BGH<sup>13</sup> seine Aussage damit begründet, das Klauselerteilungsverfahren eigne sich nicht zur Beurteilung AGB-rechtlicher (Rechts-)Fragen.<sup>14</sup> Nun aber will der XI. Zivilsenat sogar diffizile Tatfragen zum Gegenstand des Klauselverfahrens machen.<sup>15</sup> Die zugrundeliegenden Problemstellungen und Aussagen beider Verfahren dürften sich vermutlich rechtsdogmatisch genügend unterscheiden, um wechselseitige Senatsanfragen bzw. eine Anrufung des Großen Senats nach § 132 GVG zu vermeiden. Dennoch wäre es angesichts dieser augenscheinlichen Diskrepanz eine Überlegung wert, auf der Grundlage des hier zu besprechenden Urteils vom 30.3.2010 ein erneutes Musterverfahren in der Klauselerinnerung zum BGH zu bringen, um nun den VII. Zivilsenat zur Überprüfung entweder seiner eigenen Auffassung oder derjenigen des XI. Senats zu zwingen.

## II. Abtretung nach dem 19.8.2008

Bis zu einer solchen Entscheidung schulden wir den Titelgläubigern mit ihren im Sinne der Rechtsordnung berechtigten Ansprüchen ein schnelles und möglichst effizientes Klauselumschreibungsverfahren.

Für erstmalige Abtretungen von Grundschulden nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes, also nach dem 19.8.2008<sup>16</sup>, folgt dabei aus der Entscheidung des BGH für die Klauselumschreibung nichts.<sup>17</sup> Nach § 1192 Abs. 1 a BGB

<sup>10</sup> Nach Beweiswürdigung! Deswegen hatte das LG Hildesheim, ZfIR 2009, 217, im Ergebnis (auf Hilfswiderklage hin) in erster Instanz die Vollstreckung im Umfang der tatsächlich bestehenden Forderungen gebilligt.

<sup>11</sup> Dazu *Volmer* in J. Hager, Grundschulden und Risikobegrenzungsrecht, 2010, S. 29 ff.

<sup>12</sup> *Wolfsteiner* (Fn. 5) sieht die Lösung in der Nichtanerkennung der Zession ordnungsgemäß bedienter Kredite (Mitwirkung an fremdem Vertragsbruch bzw. an fremder Untreuehandlung). Die Veräußerung von Grundschuld und Forderung, soweit kein gutgläubiger Erwerb über die tatsächliche Höhe der gesicherten Forderung hinaus stattfindet, schädigt aber den Schuldner nicht.

<sup>13</sup> BGH, DNotZ 2009, 935. Im Anschluss daran bestätigt in der PKH-Ablehnung durch Beschluss vom 9.7.2009, VII ZA 15/08.

<sup>14</sup> Zur Stimmigkeit dieses Arguments *Volmer* (Fn. 11), S. 37.

<sup>15</sup> Bemerkenswert auch, dass der XI. Zivilsenat genau diesen Beschluss stillschweigend übergeht!

<sup>16</sup> Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB.

<sup>17</sup> So auch DNotI-Report 2010, 93; *Bolkart*, DNotZ 2010, 483, 487, 493; *Herrler*, BB 2010, 1931, 1935; *Sommer*, RNotZ 2010, 378, 380. Ablehnend *Clemente*, ZfIR 2010, 441, 446 unter Hinweis auf den von § 1192 Abs. 1 a BGB weiterhin nicht geschützten Dritteigentümer, weil dieser in der Regel nicht Sicherungsgeber sei und ihm keine (fortgeltenden) Einreden aus dem Sicherungsvertrag zustünden. Dem vom Schuldner verschiedenen Eigentümer hilft aber auch die Forderung des BGH nach einem Schuldbeitritt nichts; der Schuldbeitritt bezöge sich ja nur auf einen Beitritt zu der vom Sicherungsgeber (= Schuldner, nicht Eigentümer) vereinbarten Treuhand. Sowie so ist der Dritteigentümer, wenn man ihn mit *Clemente* nicht als Sicherungsgeber begreift, bereits dem allerersten Gläubiger hilflos ausgeliefert. Wenn dem Eigentümer schon dann keine Einreden zustehen, verschärft sich seine Lage durch eine Abtretung nicht. Das Problem des Drittsicherungsgebers muss grundlegend anders angegangen werden.

<sup>1</sup> DNotZ 2009, 935.

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 9.7.2009, VII ZA 15/08.

<sup>3</sup> Ablehnend wegen einer Missachtung des § 1192 Abs. 1 a BGB in seiner zeitlichen Geltung äußern sich *Kraayvanger/Günther*, BB 2010, 1499.

<sup>4</sup> So ausdrücklich BGH, Tz. 36.

<sup>5</sup> Kritisch auch *Wolfsteiner*, ZNotP 2010, (Heft 9 – im Erscheinen).

<sup>6</sup> *Huber* in FS Serick, 1992, S. 195, 213, etwa wirft dem Eigentümer vor, Möglichkeiten zur Vermeidung des gutgläubig-eindefreien Erwerbs (Eintragung von Vormerkung oder Widerspruch) versäumt zu haben. Schon deswegen könne sein Interesse nicht vorrangig gegenüber dem Erwerberinteresse sein.

<sup>7</sup> BGHZ 59, 1 im Anschluss an *Huber*, Die Sicherungsgrundschuld, 1965: Wenn bei der Verkehrshypothek schon gemäß § 1138 BGB ein gutgläubiger Erwerb vorgesehen sei, müsse dies erst recht bei der ([angeblich] noch verkehrsfähigeren) Grundschuld gelten.

<sup>8</sup> Ganz widersprüchlich wird die Rechtsordnung, wenn der Gläubiger über das Vollstreckungsrecht (Interesse an schnellem Titel) zu einem Verzicht auf sachenrechtlich zuerkannte Rechtspositionen gedrängt werden soll; in diese Richtung aber *Bolkart*, DNotZ 2010, 483, 485; *Herrler*, BB 2010, 1931, 1933 f.

<sup>9</sup> Neben OLG Celle, WM 2009, 1185 = RNotZ 2009, 589 wird hier insbesondere auf die ausführliche Darstellung des LG Hildesheim, ZfIR 2009, 217 verwiesen.

ist der Zessionar seitdem kraft Gesetzes an im Zeitpunkt der Abtretung bestehende wie auch künftig entstehende<sup>18</sup> sicherungsvertragliche Einreden gebunden. Rechtsdogmatisch führt § 1192 Abs. 1 a BGB zwar nicht zu einem Schuldbeitritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag, sondern nur zu einer Drittwirkung von Einreden über das relative Band des Schuldverhältnisses hinaus. Weitergehende Ansprüche müsste hingegen der Eigentümer immer noch gegenüber dem Zedenten durchsetzen. Indes greift hier erneut ergänzend das Gesetz mit § 1169 BGB ein und gewährt jedenfalls bei peremptorischen Einreden dem Eigentümer einen unmittelbaren Anspruch auf Verzicht.<sup>19</sup>

Bei Abtretungen nach dem 19.8.2008 bindet folglich bereits das Gesetz den Zessionar so, wie der BGH ihn gebunden sehen möchte, obschon rechtstechnisch auf anderer Grundlage. Die qualifizierte Rechtsnachfolgeklausel kann damit ohne weiteres erteilt werden. Meines Erachtens muss dabei noch nicht einmal die Offenkundigkeit des § 727 ZPO bemüht werden, weil die Lösung allein auf Rechtsfragen und nicht auf Kenntnis allgemein zugänglicher Tatsachen beruht.

### III. Abtretung bis zum 19.8.2008

#### 1. Bereits umgeschriebene Klausel und Notar

Zu bereits auf den Rechtsnachfolger umgeschriebenen vollstreckbaren Ausfertigungen sehe ich den Notar nicht in der Pflicht, von Amts wegen ein Verfahren auf Einziehung der Vollstreckungsklausel einzuleiten.<sup>20</sup> Hier ist der Eigentümer auf die Einleitung des Klauselerinnerungsverfahrens angewiesen, wie insgesamt eine gerichtliche Entscheidung nach Erlass und Veröffentlichung nur auf Antrag (Rechtsmittel) eines Beteiligten geändert werden kann (vgl. § 318 ZPO). Zulässig dürfte allerdings sein, auf Antrag der Bank die bereits umgeschriebene Klausel zu ergänzen bzw. unter Nachweis der Vorgaben des BGH zu bestätigen, um ein sonst drohendes Klauselerinnerungsverfahren zu vermeiden.

#### 2. Nachgeholte Klauselumschreibung bei Forderungsverkauf

##### a) Einleitung

Der BGH legt die Unterwerfungserklärung dahingehend aus, dass sie zugunsten von Rechtsnachfolgern<sup>21</sup> nur bei deren gleichzeitigem Eintritt in den Sicherungsvertrag gelten solle. Also muss, so der BGH ausdrücklich<sup>22</sup>, dieser Eintritt nach Maßgabe des § 727 ZPO nachgewiesen sein. Diese Nachweise wären zwar prinzipiell ohne weiteres zu schaffen gewesen, schon allein deshalb, weil für § 727 ZPO die Unterschriftsbeglaubigung genügt und eine Beurkundung nicht verlangt wird. Die Kreditinstitute hätten lediglich ihre Formulare für Grundschuldabtretungen entsprechend ergänzen müssen; erforderlich wäre dann weiter die bisher nicht übliche Beglaubigung auch der Unterschrift des Zessionars gewesen. In etwa hätten sich die Kosten dabei verdoppelt. Das hört sich

<sup>18</sup> Stadler in FS Hans-Wolfgang Strätz, 2009, S. 519, 531; Weller, JuS 2009, 969, 974.

<sup>19</sup> MünchKommBGB/Eickmann, 5. Aufl. 2009, § 1169 BGB Rdnr. 7; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2009, § 1169 BGB Rdnr. 25–27; Weller, JuS 2009, 969, 974.

<sup>20</sup> Auch wenn eine (ggf. EDV-gestützte) Sichtung des Kostenregisters nach Klauselumschreibungen wohl technisch möglich wäre.

<sup>21</sup> Im Urteil des BGH ein Rechtsnachfolger aufgrund (mehrfacher) Zession. Weitere Fälle der Rechtsnachfolge – auch die der Ausgliederung von Kreditrisiken beliebige Umwandlung – erörtern Bolkart, DNotZ 2010, 483, 494 und Herrler, BB 2010, 1931, 1936 f.

<sup>22</sup> Tz. 40.

in relativen Verhältnissen noch nach viel an, hätte aber letztlich angesichts der Kostendeckelung des § 45 KostO zu einem finanziellen Mehraufwand von max. ca. 200 € geführt. Ja mehr noch: Es hätte ja völlig genügt, in der Abtretungserklärung den tatsächlichen Sollstand des Eigentümers offen zu legen, um jeden gutgläubigen Erwerb auszuschließen! Immerhin ergibt sich daraus: Der Nachweis kann, soweit vorhanden, durch öffentlich-beglaubigte Zessionsurkunden geführt werden, in denen der Forderungsstand ausgewiesen wird.

Nur hat mit dieser Auslegung durch den BGH niemand gerechnet, weder in den jüngsten Analysen zur Ausgliederung von Kreditrisiken<sup>23</sup>, noch in den Jahren und Jahrzehnten zuvor. Die an sich einfach zu erstellenden Nachweise existieren nicht und müssen also selbst dann mit viel Energie beschafft werden, wenn jedenfalls teilweise offene Forderungen erweisenmaßen bestehen. Und bei alledem beschränkt § 727 ZPO den Kreis der zulässigen Nachweismittel.

#### b) Nachweis unter Mitwirkung des Schuldners

Rechtstechnisch stehen auch bei der Titelumanschreibung nach einem Forderungsverkauf die im nachfolgenden Abschnitt zur einverständlichen Umschuldung erörterten Nachweismittel und Verfahrensweisen zur Verfügung. Praktisch dürften diese in den Fällen des Forderungsverkaufs kaum erfolgversprechend sein, weil sie auf eine nicht zu erlangende Mitwirkung des Eigentümers setzen.<sup>24</sup> Eine Weigerungshaltung des Eigentümers müsste zumindest befürchtet werden, so dass der Zessionar ein auf die Mitwirkung des Eigentümers setzendes Klauselumschreibungsverfahren in der Regel nicht betreiben wird. Zumindest sollte eine alternative Vorgehensweise für die Fälle der sich weigernden Eigentümer bedacht sein.

#### c) Vertrag zugunsten Dritter

Die Bindung des Zessionars an die bestehenden Beschränkungen des Sicherungsvertrages, d. h. also der vom BGH verlangte Schuldbeitritt<sup>25</sup>, kann auf der Grundlage eines berechtigenden Vertrages zugunsten eines Dritten, hier eben des Grundstückseigentümers, herbeigeführt werden<sup>26</sup>. Soweit greifbar, wäre im Idealfall die Vereinbarung zwischen Zessionar und Zedent der Grundschrift zu treffen. Da üblicherweise die Titelumanschreibung jedoch der Zession weit nachfolgt, wird der Zedent möglicherweise nicht mitwirkungsbereit sein; vielleicht bestehen auch aus Sicht des Zessionars Bedenken, ihn erneut um seine Mitwirkung anzugehen. Bolkart<sup>27</sup> schlägt deswegen vor, als Versprechensempfänger einen beliebigen Dritten heranzuziehen. Tatsächlich setzt § 328 BGB für die Wirksamkeit des berechtigenden Vertrages zugunsten Dritter kein besonderes Rechtsverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem berechtigten Dritten voraus.

<sup>23</sup> Die vom BGH zitierten Vorschläge argumentieren ja nicht mit einer Auslegung, d. h. rechtsgeschäftlichen Beschränkung der Unterwerfungserklärung, sondern mit einer gesetzlichen, indem etwa – vgl. Reifner, BKR 2008, 142 – die Unterwerfung als nicht übergehendes Nebenrecht angesehen wird. Zum Widerspruch, wenn der BGH einerseits den Ansatz von Reifner verwirft, dann aber durch Auslegung dasselbe Ergebnis erzielt, siehe Herrler, BB 2010, 1931, 1932.

<sup>24</sup> Ob der Kostendruck eines sonst verlorenen Prozesses auf Duldung der Versteigerung den illiquiden Schuldner tatsächlich mitwirkungsbereit macht (siehe Wolfsteiner, ZNotP 2010 [Heft 9 – im Erscheinen]), erscheint mir doch sehr fraglich.

<sup>25</sup> Zur Begrifflichkeit siehe ausführlich DNotI-Report 2010, 93.

<sup>26</sup> Einzelheiten DNotI-Report 2010, 93; Bolkart, DNotZ 2010, 483, 497; Herrler, BB 2010, 1931, 1937 f.; Kraayvanger/Günther, BB 2010, 1499.

<sup>27</sup> DNotZ 2010, 483, 497.

#### d) Angebot des Zessionars

Möglich erscheint weiter ein Angebot des Zessionars an den Eigentümer auf Übernahme aller zum Zedenten bestehenden Sicherungsvereinbarungen. Die als Regelungsmodell<sup>28</sup> heranzuziehenden §§ 414, 415 BGB ermöglichen ja die Vertragsübernahme durch Vereinbarung entweder mit dem Gläubiger oder mit dem Schuldner. Ein an den Eigentümer gerichtetes Angebot ließe u. a. den Zedenten außerhalb des Verfahrens. Hinsichtlich der Annahme des Eigentümers könnte mit stillschweigend oder besser noch ausdrücklich erklärten Zugangsverzicht (§ 151 Satz 1 BGB) gearbeitet werden. Entsprechend der bisherigen Praxis zum Nachweis der Abtretung<sup>29</sup> wäre auch nur eine Unterschriftsbeglaubigung seitens des Zessionars erforderlich, da die Annahmeerklärung durch den Eigentümer als allein rechtlich günstig unterstellt werden kann bzw. die Ablehnung der Annahme als evident rechtsmissbräuchlich zurückgewiesen werden müsste.<sup>30</sup> Auch nach Ansicht des BGH besteht kein anzuerkennendes Interesse des Eigentümers daran, dass die tatsächlich bestehenden Forderungen nicht abgetreten werden; allen Forderungen der Literatur nach Bejahung stillschweigend vereinbarter oder gesetzlicher Abtretungsverbote hat der BGH beständig und so auch in der hier zu besprechenden Entscheidung widersprochen. Bei sauberer Ausarbeitung muss das Angebot dem Schuldner zwar vor Erteilung der qualifizierten Vollstreckungsklausel zugehen und muss wohl der Zugang nachgewiesen werden, was eine öffentliche Zustellung erforderlich macht.<sup>31</sup> Meines Erachtens genügt es aber, das Angebot in Urschrift mit der vollstreckbaren Ausfertigung zu verbinden. Bei der ohnehin erforderlichen Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung gemäß § 750 ZPO geht das Angebot dann gleichzeitig mit zu.

Theoretisch kann dann zwar der Zessionar in der Zwischenzeit gemäß § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB widerrufen. Allerdings dürfte empirisch dieser Fall so fern liegen, dass aus der statistischen die dogmatische Irrelevanz folgt. Der vorherige oder gleichzeitige Zugang des Widerrufs würde unmittelbar ein Klauselerinnerungsverfahren begründen: Der Zessionar erwürbe ohne Sicherungsvertrag; die Vorgaben des BGH wären nicht erfüllt.

#### e) Verfahren ohne Beglaubigung?

Zum Nachweis der vom BGH verlangten Vorgaben ist nach beiden Verfahren mindestens eine weitere Unterschriftsbeglaubigung erforderlich. Eine noch weitere Herabsetzung der Förmlichkeiten erscheint nicht ausgeschlossen, wäre aber mit Unsicherheiten wegen fehlender Praxiserprobung verbunden.

#### aa) Analog beglaubigungsfreier Kündigung

Einerseits könnte an die zuletzt, d. h. hier seit 1927(!), einheitliche Rechtsprechung zum Nachweis der Kündigung des dinglichen Rechts angeknüpft werden. Nachdem das BayObLG im Gegensatz zu anderen Gerichten anfänglich für den Nachweis der Kündigung eine unterschriftsbeglaubigte Erklärung mit förmlichem Zustellungsnachweis verlangt hatte, hat es mit Beschluss vom 2.6.1927 das Protokoll über die Zustellung einer privatschriftlichen Kündigung genügen lassen.<sup>32</sup> Möglicherweise könnte diese Praxis, die künftig bei Grundschul-

den und deren Kündigung wegen § 1192 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Wiedergeburt erleben wird,<sup>33</sup> hier vereinfachend nutzbar gemacht werden.

#### bb) Nachweis durch Offenkundigkeit

Daneben könnte nach Verfahren gesucht werden, den Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag offenkundig i. S. d. § 727 ZPO vorzunehmen. Sicher kann die einzelne Abtretung niemals offenkundig gemacht werden. Dies würde angesichts des umgesetzten Volumens von Forderungen und Grundschulden Erklärungen ungeahnter Länge erforderlich machen, die noch dazu vermutlich in eklatantem Konflikt zum Datenschutz stehen dürften, weil natürlich auch die jeweiligen Schuldner publik gemacht werden müssten.

Womöglich kann aber der einzelne Zessionar allgemein, d. h. für alle Erwerbe, auf den Schutz verzichten, den ihm § 892 i. V. m. § 1138 BGB (in analoger Anwendung auf die Grundschuld hinsichtlich ihrer Einredefreiheit) bieten.<sup>34</sup> Dies setzt zum einen voraus, dass der Schutz des § 892 BGB zumindest in der hier anzuwendenden Variante disponibel ist, eine für die Praxis kaum je ausführlicher diskutierte Frage. Warum sollte auch der Erwerber, der ja im Regelfall eine Investition getätigt hat, auf diesen Schutz verzichten; seine Investition würde darunter leiden. Schon deswegen war den kurzen literarischen Äußerungen,<sup>35</sup> die aus der Formulierung des § 892 BGB als Fiktion („gilt als richtig“) die Unverzichtbarkeit folgerten, bisher wenig hinzuzufügen. Immerhin hat sich *Altmeyen* mit dieser Frage eingehend auseinandergesetzt. Er kommt zu einer Disponibilität des gutgläubigen Erwerbs nach § 892 BGB, wobei der Verzicht auch noch nach vollzogenem Erwerb erklärt werden könne. Weder gebe es eine zu schützende Erwartung des Veräußerers, den Erwerb wirksam werden zu lassen, um auf diese Weise vertraglichen Nichterfüllungsansprüchen zu entgehen, noch berechnete Belange Dritter.<sup>36</sup> Die Zulassung des Verzichts begründet *Altmeyen* u. a. mit der in diesem Zusammenhang hochinteressanten Feststellung, es sei ein rechtlich anzuerkennendes Bestreben des Erwerbers, wenn er nicht Nutznießer einer unerlaubten Handlung des Veräußerers werden wolle<sup>37</sup> – man sehe im Vergleich dazu nur die Untreuevorwürfe von *Wolfsteiner*<sup>38</sup> und BGH, WM 1976, 1266 an die Adresse des Zedenten!

*Wilhelm*<sup>39</sup> hat dem gleichwohl grundsätzlich widersprochen, knüpft aber seine Gegenargumentation vorrangig an das Gesetz gewordene Interesse an klaren Verfügungstatbeständen. In den Fällen der Forderungsverkäufe geht es aber nicht um die Inhaberschaft am dinglichen Recht selbst,<sup>40</sup> hierüber

<sup>28</sup> Vgl. DNotI-Report 2010, 93.

<sup>29</sup> Klauselumschreibung allein auf der Grundlage der beglaubigten Erklärung des Zedenten.

<sup>30</sup> DNotI-Report 2010, 93, 101: Schuldner dann nicht schutzwürdig.

<sup>31</sup> So DNotI-Report 2010, 93.

<sup>32</sup> DNotZ 1930, 28; ferner zum Problem *Neumiller*, Seuff Bl. 1904, 563.

<sup>33</sup> *Volmer*, MittBayNot 2009, 1.

<sup>34</sup> Klar sein muss dabei: Wirtschaftlich unverzichtbar ist für den Zessionar in jedem Fall das dingliche Recht bzw. die Inhaberschaft am dinglichen Recht „Grundschuld“. Das muss die Bank bekommen. In dieselbe Richtung argumentiert *Sommer*, RNotZ 2010, 378, 382, mit etwas anderer Akzentuierung. Er will dem Zessionar die Möglichkeit zugestehen, sich privatautonom dem Regelungsregime des § 1192 Abs. 1 a BGB für die Zeit vor dessen Inkrafttreten zu unterstellen.

<sup>35</sup> Nachweise bei *Altmeyen*, Die Disponibilität des Rechtsscheins, 1993, S. 233.

<sup>36</sup> *Altmeyen*, Die Disponibilität des Rechtsscheins, S. 247, 257.

<sup>37</sup> *Altmeyen*, Die Disponibilität des Rechtsscheins, S. 242.

<sup>38</sup> ZNotP 2010, (Heft 9 – im Erscheinen).

<sup>39</sup> Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, S. 294 (in Fn. 1301).

<sup>40</sup> Zum Nichterwerb des dinglichen Rechts kommen nur solche Autoren, die, auf welcher Grundlage auch immer, ein generelles Abtretungsverbot bejahen.

bestand in allen Instanzen immer Einigkeit.<sup>41</sup> Vielmehr geht es um die Frage der Einredefreiheit bzw. der Nichtvaluierung der Grundschuld. Die bestehenden Einreden lassen sich aber nie aus dem Grundbuch ersehen; eine Verwirrung des Rechtsverkehrs im Sinne von unklaren Verhältnissen für Dritte droht also nicht, weil selbst die „klaren Verhältnisse“ nicht offengelegt werden. Tatsächlich könnte aus diesen Überlegungen heraus über eine Disponibilität des § 892 BGB in der hier anzuwendenden Variante des § 1138 BGB jedenfalls nachgedacht werden.

Wenn somit der Zessionar auf den Rechtsschein und den gutgläubig-einredefreien Erwerb verzichten kann, könnte er dies natürlich auch in einer allgemein bekannt gegebenen Globalerklärung tun, beispielsweise durch Veröffentlichungen in den Pflichtpublikationen des deutschen Notariats. Der Zessionar muss aber tatsächlich bereit sein, in einer Allgemeinklausel für jeden einzelnen Erwerb auf die Möglichkeit des gutgläubig-einredefreien Erwerbs zu verzichten, und zwar ohne Einzelfallprüfung. Den Kreditinstituten sind an dieser Stelle für ihre Geschäftspraxis zwar keine Vorschriften zu machen. Solche Erklärungen liegen aber immerhin im Rahmen des praktisch Möglichen. Denn zum einen hat die Abschaffung des gutgläubig-einredefreien Erwerbs durch das Risikobegrenzungs-gesetz ja gerade nicht zu der in der Literatur teils prognostizierten Rückkehr zur Hypothek geführt, was sich auch argumentativ untermauern lässt.<sup>42</sup> Zum anderen ist durchaus fraglich, ob sich die Beteiligten auf Veräußerer – wie auch auf Erwerbenseite an einem solchen Vorgehen überhaupt beteiligen wollten.<sup>43</sup>

### 3. Nachgeholte Klauselumschreibung bei einverständlicher Umschuldung

#### a) Vorüberlegungen

Die Entscheidung des BGH bezieht sich auf die Forderungsabtretung ohne Mitwirkung des Eigentümers. Insoweit steht der Sachverhalt *pars pro toto* für alle Forderungsverkäufe, auch wenn das zweite Element, die Bündelung zu Kreditpaketen, hier wohl fehlte. Tatsächlich erreichten diese Geschäfte in den vergangenen Jahren zwar volkswirtschaftlich relevante Dimensionen,<sup>44</sup> gleichwohl ist die Grundschuldabtretung wesentlich häufiger eingebettet in eine andere wirtschaftliche Konstellation, nämlich in eine eigentümerversanlasste Abtretung zwecks Umschuldung, Anschlussfinanzierung bei einer anderen Bank, Revaluierung usw.

Das praktische Hauptproblem des Urteils besteht nun darin, dass es auch für diese eigentümerversanlassten Grundschuldabtretungen Beachtung beansprucht, ja beanspruchen muss<sup>44a</sup>, weil zwar der wirtschaftliche Hintergrund völlig vom Fall der Ausgliederung von Kreditrisiken und von dem hier unterbreiteten Sachverhalt abweicht, diese Abweichung aber

<sup>41</sup> Erstaunlicherweise hat der Eigentümer im Verfahren des BGH in allen Instanzen auch die Inhaberschaft der Beteiligung an der Grundschuld bestritten; welche Anhaltspunkte sie hierfür hatte oder ob es von vornherein eine aussichtslose Verteidigung war, lässt sich nicht erschließen.

<sup>42</sup> Volmer (Fn. 11), S. 24 ff.

<sup>43</sup> Naheliegender Gegenargument: Jedenfalls die hier beklagte Zessionarin wollte sich offenbar an derlei beteiligen, denn sie hatte sich in allen Instanzen auf den Standpunkt gestellt, nicht in den Sicherungsvertrag eingetreten zu sein. Anders hingegen die Aussagen der gewerblichen Forderungskäufer, vgl. Köchling, ZInsO 2008, 848, 850.

<sup>44</sup> Reiter/Methner, ZGS 2009, 163.

<sup>44 a</sup> Sommer, RNotZ 2010, 378; 381; Clemente, ZfIR 2010, 441, 447.

den zur Klauselumschreibung vorgelegten Unterlagen bisher regelmäßig nicht zu entnehmen ist. Insbesondere dürfte die im Fall des BGH vorgenommene Zession der Grundschuld von W. als Vor-Inhaber an die Beklagte nicht erkennen lassen, ob die Abtretung mit oder ohne Zustimmung des Eigentümers erfolgte. Somit muss, um nicht versehentlich Forderungsverkäufe zu übersehen, auch bei eigentümerversanlassten Abtretungen die Vorgabe des BGH beachtet werden. Die Beteiligten, allen voran der Eigentümer mit seinem Interesse an einer möglichst billigen Umschuldung, dürften dafür kaum Verständnis aufbringen. Damit ist zugleich die rechtspolitische und gar nicht verbraucherschützende Hauptgefahr des Urteils ausgesprochen: Gelingt es nämlich nicht, für diesen Fall einfache und billige Lösungen auszuarbeiten, werden die Banken künftig abgetretene Grundschulden nicht mehr akzeptieren. Druckmittel, stattdessen Löschung/Neubestellung durchzusetzen, haben sie allemal.

Natürlich wird es Ausnahmefälle geben: Eine grundbuchtaugliche Zessionsurkunde beispielsweise über eine Vielzahl von Grundschulden an Grundstücken verschiedener Eigentümer wird nicht eigentümerversanlasst sein. Andererseits mag sich aus Folgeurkunden – etwa der Bewilligung weiterer Grundschulden für den Zessionar – die Zustimmung des Eigentümers mit der Abtretung entnehmen lassen. So kann man sich, wenn der Eigentümer bei Folgeurkunden die Zession inzident bestätigt, diese Bestätigung gleich ausdrücklich geben lassen. Ansätze für die Bearbeitung des Regelfalls können sich darauf aber mangels empirischer Relevanz nicht gründen.

Bei einverständlicher Umschuldung passen daneben die Vorgaben des BGH nicht. Der Zessionar will eine neue Sicherungsvereinbarung mit dem Eigentümer abschließen und nicht in frühere Sicherungsvereinbarungen des Zedenten eintreten oder diese allein oder mithaftweise übernehmen.<sup>45</sup> Die gesamte Vorgeschichte interessiert den Zessionar nicht.

#### b) Formgerechter Sicherungsvertrag

Eine Klauselumschreibung sollte möglich sein, wenn ein neuer Sicherungsvertrag entsprechend den Vorgaben des § 727 ZPO vorgelegt wird; wegen der Kosten würde der Sicherungsvertrag wohl nicht beurkundet, sondern auf Bankformularen unterschrittsbeglaubigt. Dass der BGH einen „Schuldbeitritt“ verlangt, halte ich demgegenüber für irrelevant. Der BGH hatte einen Fall zum Forderungsverkauf zu beurteilen, keine Umschuldung. Im Übrigen kann der Eigentümer nicht besser geschützt werden als durch eine unter seiner Zustimmung getätigte Sicherungsvereinbarung.

Anders als beim Forderungsverkauf dürfte aber allein das unterschrittsbeglaubigte Bankangebot auf Abschluss des Sicherungsvertrages nicht genügen, weil offen ist, ob der Eigentümer dem zustimmen wird oder zugestimmt hat. Hier besteht ein maßgeblicher Unterschied zur Eintrittszusage des Zessionars in frühere Sicherungsvereinbarungen: Diese Zusage nimmt frühere, unter Zustimmung des Eigentümers getätigte Sicherungsvereinbarungen auf. Weil weiter ein Interesse des Eigentümers am Forderungsverbleib im ursprünglichen Vertragsverhältnis nicht anerkannt wird, genügt eine solche Erklärung der Bank. Eine gleichwertige Rückbindung an die Zustimmung des Eigentümers fehlt aber bzw. ist jedenfalls nicht offenkundig, wenn die Bank eine originäre Sicherungs-

<sup>45</sup> Bolkart, DNotZ 2010, 483, 503 hält zwar auch in diesen Fällen eine Beitrittsklärung des Zessionars für risikolos, weil der Eigentümer zur Grundschuldabsicherung verpflichtet sei. Dem mag so sein. Man sollte gleichwohl selbst zur Einhaltung formaler Kriterien nicht auf Erklärungen bestehen, die ersichtlich nicht gewollt sind.

vereinbarung vorlegt, die aber nur auf ihrer Seite das Formgebot des § 727 ZPO erfüllt.

Stattdessen genügt m. E. hier aber eine einseitige öffentlichbeglaubigte Zustimmungserklärung des Eigentümers zur Abtretung. Natürlich weist sie nicht den vom BGH verlangten Schuldbeitritt nach. Sie zeigt aber das Einverständnis des Eigentümers mit dem Übergang und stellt damit den Eigentümer so, wie er bei neuer Grundschuldbestellung steht. Dann mag sich der Eigentümer um den Abschluss eines ihm genehmen Sicherungsvertrages bemühen.<sup>46</sup> Er steht nicht schlechter als jeder andere Grundschuldbesteller für eine Bank, deren Muster keine Sicherungsvereinbarung enthält.<sup>47</sup>

### c) Schuldnergeständnis

Die vom BGH verlangten Vorgaben sind ferner dann ausreichend nachgewiesen, wenn der Schuldner sie zugesteht. Der BGH<sup>48</sup> hat in ganz anderem Zusammenhang ein Schuldnergeständnis im Rahmen der Klauselumschreibung für verwertbar gehalten. Damals ging es um die Umschreibung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses auf den Rechtsschutzversicherer des Kostengläubigers gemäß (nun) § 86 VVG, nachdem jener die Kosten zwischenzeitlich beglichen hatte.<sup>49</sup> Unanwendbar sei allerdings die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO, weil den Schuldner im Klauselverfahren keine Einlassungspflicht treffe.<sup>50</sup> Verwertbar ist deswegen nur das ausdrückliche Geständnis. Darüber hinaus verlangte der BGH zwar noch die Genehmigung des Zedenten, weil andernfalls Schuldner und Zessionar gemeinsam zu dessen Lasten handeln könnten.<sup>51</sup> Für den hier zu erörternden Fall, in dem die Abtretungserklärung des Zedenten vorliegt, kann der ursprüngliche Titelgläubiger aber nicht mehr übergangen werden.

Entgegen *Wolfsteiner*<sup>52</sup>, der für das Schuldnergeständnis eine notarielle Beurkundung verlangt, und auch entgegen *Bolkart*<sup>53</sup>, der immerhin eine Unterschriftsbeglaubigung voraussetzt, ist das Schuldnergeständnis formfrei möglich; insbesondere ist ein schriftliches Geständnis des Schuldners – allerdings aller Schuldner, bei Gesamtgrundschulden von Ehegatten also beider Teile – genügend. Insgesamt enthält § 730 ZPO für die dort als möglich genannte Anhörung des Schuldners ja keine Förmlichkeiten hinsichtlich des einzuhaltenden Verfahrens.<sup>54</sup> Die Anhörung kann also auf jede Art und Weise stattfinden, die dem für die Klauselumschreibung zuständigen Organ angemessen erscheint.<sup>55</sup> Eine

<sup>46</sup> Die Anforderungen dazu sind ja nicht hoch, vgl. etwa BGH, DNotZ 1990, 592.

<sup>47</sup> Die Entscheidung des BGH bedeutet auch keinen Zwang, Sicherungsvereinbarungen als Teil der Grundschuld mit zu beurkunden; richtig *Herrler*, BB 2010, 1931, 1937; *Bolkart*, DNotZ 2010, 483, 499.

<sup>48</sup> Rpfleger 2005, 611; zustimmend *Wieczorek/Schütze-Paulus*, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 727 Rdnr. 46; *Kindl* in Saenger u. a., HK-ZPO, 3. Aufl. 2009, § 727 Rdnr. 2.

<sup>49</sup> Überhaupt wird die Frage der Verwertbarkeit des Geständnisses vorrangig an dieser Konstellation diskutiert. Der Sachverhalt steht exemplarisch für die Probleme des § 727 ZPO bei Rechtsnachfolgen kraft Gesetzes; *Zöller/Stöber*, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 727 Rdnr. 7; *Völmer*, WM 2002, 428, 434.

<sup>50</sup> BGH, Rpfleger 2005, 611; *Zöller/Stöber*, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 727 Rdnr. 20.

<sup>51</sup> Dazu DNotI-Report 2010, 93.

<sup>52</sup> ZNotP 2010 (Heft 9 – im Erscheinen).

<sup>53</sup> DNotZ 2010, 483, 500.

<sup>54</sup> *Stein/Jonas-Münzberg*, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 794 Rdnr. 112.

<sup>55</sup> Für alle: *Zöller/Stöber*, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 730: „Die Anhörung kann schriftlich, persönlich oder durch die Geschäftsstelle erfolgen.“

Beschneidung des Schuldnerschutzes ist hiervon nicht zu erwarten, da es um nachträgliche Veränderungen der Rechtszuständigkeit geht. Die formlose Anhörung ist deswegen insbesondere keine Umgehung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO hinsichtlich des Erfordernisses der notariellen Beurkundung. Dies mag für die Vollstreckungsunterwerfung als Herabsetzung der Formvorschriften erscheinen, kann aber mit Blick auf das von §§ 726, 727, 730 ZPO originär geregelte Verfahren gar nicht anders sein: Die Umschreibung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines Endurteils nimmt der Rechtspfleger vor, und das Verfahren vor ihm kann nicht und wird nicht als ordentlicher Zivilprozess im Miniaturformat geführt, die Anhörung des § 730 ZPO erhebt nicht den Anspruch, eine verkleinerte mündliche Verhandlung zu sein. Völlig richtig verlangt deswegen der BGH in seiner Leitentscheidung<sup>56</sup> keine besondere Form hinsichtlich des Geständnisses, obwohl er im Übrigen auf die Formvorgaben der §§ 726, 727 ZPO sorgfältig eingeht.

Nach den Vorgaben des BGH kann sogar eine Verpflichtung zur Anhörung bestehen, wenn aus Sicht ex ante die Abgabe eines Geständnisses erwartet werden darf.<sup>57</sup>

Allerdings muss das Geständnis wohl in einem förmlichen Klauselerteilungsverfahren unter der Verfahrensherrschaft des Notars abgegeben werden,<sup>58</sup> d. h. die Anhörung muss von dem zur Klauselumschreibung zuständigen Organ ausgehen, das Geständnis muss auf diese Anhörung hin abgegeben werden. Daran scheidet ein vorweggenommenes Schuldnergeständnis, welches erst später im Rahmen der von der Bank angestrebten Klauselumschreibung vorgelegt wird.

Insgesamt dürfte diese Lösung eine erhebliche Umstellung des bisher praktizierten Erteilungs- bzw. Umschreibungsverfahrens verlangen. Eine Kommunikation findet im Klauselverfahren bisher – wenn überhaupt – mit dem antragsstellenden Zessionar über die Art der vorzulegenden Urkunden statt, nicht aber mit dem Eigentümer<sup>59</sup>. Nicht von ungefähr bestand die bisherige Diskussion der Notarpraxis zu § 730 ZPO in der Suche nach Argumenten zur Vermeidung der Schuldneranhörung.<sup>60</sup>

Aber auch die Banken müssen das Interesse des Schuldners an günstigen Kreditsicherheiten ausnutzen, solange es noch nicht Destruktionsversuchen gewichen ist. Bisher praktizierten die Banken zwar ein schnelles Grundbuchverfahren, sofern dies nicht bei Hereinnahme abgetretener Briefgrundschulden ohnehin überflüssig war, um sofort Inhaber des dinglichen Rechts zu werden. Die Klauselumschreibung wird häufig aber erst in der Kreditkrise unmittelbar vor der Vollstreckung eingeleitet. Die Beweisführung auf der Grundlage eines Schuldnergeständnisses verursacht keine Mehrkosten und liegt damit auf der Linie des Eigentümerinteresses, zumal ihn die Mehrkosten für Löschung/Neubestellung der Grundschuld noch schrecken. Erst in der Krise angegangen, gibt das Verfahren dem Eigentümer aber Erpressungspotential.

<sup>56</sup> DNotZ 2005, 917.

<sup>57</sup> BGH, DNotZ 2005, 917; *Wieczorek/Schütze-Paulus*, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 727 Rdnr. 46; *Kindl* in Saenger u. a., HK-ZPO, 3. Aufl. 2009, § 727 Rdnr. 2.

<sup>58</sup> *Rosenberg/Gaul Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997, S. 285.

<sup>59</sup> Oder Schuldner bei anderen Ansprüchen als denen aus Grundschulden.

<sup>60</sup> Exemplarisch die Kommentierung von *Zöller/Stöber*, ZPO, 28. Aufl. 2010, zu § 730 ZPO. Am weitesten dabei geht *Kindl* in Saenger u. a., HK-ZPO, 3. Aufl. 2009, § 727 Rdnr. 1, der die „Kann“-Bestimmung entgegen der h. M. minterpretiert als gesetzlich angeordnete Beschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

**d) Neue Unterwerfungserklärung**

Natürlich kann sich der Eigentümer gegenüber dem Zessionar erneut der sofortigen Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde unterwerfen gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.<sup>61</sup> Das machte schon eine Titelum-schreibung überflüssig. Allerdings setzt dieser Denkansatz zum einen die Mitwirkungsbereitschaft des Schuldners voraus; ist er mitwirkungsbereit, wäre die Abwicklung der Klauselumschreibung über das Schuldnergeständnis das einfachere Verfahren. Zum anderen ist die erneute Vollstreckungsunterwerfung von allen Lösungsmöglichkeiten die kostenträchtigste: Die zu beurkundende Unterwerfungserklärung des Schuldners wird ohne Rücksicht auf die Vorbereitung der Urkunde nach § 36 Abs. 1 KostO mit einer vollen <sup>10</sup>/<sub>10</sub>- Gebühr abgerechnet. Für alle anderen Verfahren werden sich unterschriftsbeglaubigte Bankerklärungen und -entwürfe einpendeln. Dann wäre die Erklärung des Zessionars nach § 45 KostO mit einer <sup>1</sup>/<sub>4</sub>-Gebühr, max. 130 € (zzgl. Nebenkosten, Umsatzsteuer) zu bewerten, wozu noch die Klauselumschreibungsgebühr nach § 133 KostO kommt. Bei Werten bis 310.000 € schlägen die o. g. Verfahren insgesamt mit einer <sup>3</sup>/<sub>4</sub>-Gebühr zu Buche, somit 25 % günstiger. Da bei höheren Werten die Kappung des § 45 KostO greift, geht der Kostenvorteil auf 50 % zu.

**IV. Fazit**

Die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten, den Zessionaren die Vollstreckung aus den ursprünglichen Unterwerfungserklärungen zu verschaffen, liegen auf dem Tisch. Welche sich durchsetzen wird, ist derzeit offen. Schlimmstenfalls droht den Banken und Kreditinstituten schon bei der Klauselumschreibung eine im Massengeschäft der Grundschuld belastende Einzelfallprüfung, wenn von Fall zu Fall die günstigste Vorgehensweise erprobt werden muss. Sicher ist: Wäre für künftige Abtretungen das Problem nicht durch § 1192 Abs. 1 a BGB entfallen, würde sich kein Kreditinstitut mehr auf eine Absicherung durch abgetretene Grundschulden einlassen, sondern eine Neubestellung verlangen, die auch andere Restrisiken (etwa verdeckte Teileigentümergrundschulden durch Zahlung auf das dingliche Recht oder die verschärfte Haftung aus § 799 a ZPO) ausschließt. Treffen wollte der BGH die Forderungsaufkäufer. Getroffen hat er unsere vielen regionalen Genossenschaftsbanken und Sparkassen, die in der Vergangenheit Grundschulden durch Abtretung erworben haben und nun der Beglaubigung von Sicherungsverträgen hinterherlaufen müssen.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg a. Main

<sup>61</sup> Vorschlag von *Bolkart*, DNotZ 2010, 483, 503.

3. BGB §§ 1018, 1093 (*Zulässiger Inhalt von Benutzungsdienstbarkeiten*)

1. **Zum zulässigen Inhalt von Benutzungsdienstbarkeiten.**
2. **Grunddienstbarkeiten des Inhalts, bestimmte Zimmer bzw. einen bestimmten Gebäudeteil auf dem jeweiligen Nachbargrundstück unter Ausschluss des Eigentümers allein zu benutzen, sind nicht eintragungsfähig.**

OLG München, Beschluss vom 22.2.2010, 34 Wx 3/10; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Zu notarieller Urkunde vom 18.9.2009 veräußerte der Beteiligte zu 1 an die Beteiligten zu 2 und 3, seine Schwester und deren Ehemann, je zur Hälfte das als Gebäude- und Freifläche beschriebene Grundstück FlSt. 566/1. Ihm selbst gehört das Nachbargrundstück FlSt. 566. Zur selben Urkunde (Ziffer XV. 5 und 6) räumten die Beteiligten zugunsten des jeweiligen Eigentümers des anderen Grundstücks Grunddienstbarkeiten folgenden Inhalts ein:

5) (...) an FlSt. 566 dem jeweiligen Eigentümer von FlSt. 566/1 (...):

Der Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist berechtigt, im Obergeschoss das Südzimmer und im Dachgeschoss das darüber liegende Südzimmer sowie das anschließende Nordzimmer mit dazwischen liegendem Flur, je im Anschluss an das herrschende Grundstück gelegen und nur vom herrschenden Grundstück aus betretbar, auf dem dienenden Grundstück FlSt. 566 unter Ausschluss des Eigentümers alleine zu benutzen.

Die Kosten der Instandhaltung dieser Räume trägt der Eigentümer des berechtigten Grundstücks allein.

6) (...) am Vertragsobjekt (= FlSt. 566/1) zugunsten des jeweiligen Eigentümers von FlSt. 566 (...):

Der Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist berechtigt, den im anliegenden Lageplan rot dargestellten Gebäudeteil auf dem dienenden Grundstück unter Ausschluss des Eigentümers alleine zu benutzen. Die Kosten der Instandhaltung dieses Gebäudeteiles trägt der Eigentümer des berechtigten Grundstücks allein.

Zugleich wurde die Eintragung der Grunddienstbarkeiten an nächst offener Rangstelle bewilligt und beantragt.

Auf den Vollzugsantrag vom 23.11.2009 hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 27.11./14.12.2009 – soweit noch erheblich – beanstandet, dass die Eintragung der bestellten Nutzungsrechte als Wohnrechte in dieser Form nicht zulässig sei. Die Art der Benutzungsrechte sei nicht ausreichend bezeichnet; notwendig sei die Bezeichnung einer bestimmten Benutzungsart. Der Inhalt der Grunddienstbarkeiten sei in einem Nachtrag gemäß § 29 GBO zu ergänzen. Sofern die Benutzungsart „Wohnen“ gewollt sei, sei die Bestellung der Grunddienstbarkeiten nicht möglich. Solle Wohnen unter Ausschluss des Eigentümers gestattet werden, käme ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB in Frage. Eine Kombination zwischen § 1018 und § 1093 BGB sei wegen des sachenrechtlichen Typenzwangs nicht möglich.

Die Beschwerde der beurkundenden Notarin wird im Wesentlichen darauf gestützt, dass das Benutzungsrecht bezüglich eines bestimmten Gebäudeteils in Form des Wohnens wie auch in jeglicher anderen Form zur Benutzung zu beliebigen Zwecken, also auch als Büro, Gewerbefläche, Abstell- oder Hobbyraum, den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden könne. Der sachenrechtliche Typenzwang verbiete es nicht, Wohnungsrechte auch im Weg einer Grunddienstbarkeit zu bestellen und im Grundbuch einzutragen. Eine Kombination aus Grunddienstbarkeit und Wohnungsrecht sei weder vereinbart noch gewollt, vielmehr eine vom Umfang her umfassendere Dienstbarkeit, die nämlich weder mit dem Tod einer bestimmten Person erlösche noch sich auf bloßes Wohnen beschränke. Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 22.12.2009 nicht abgeholfen und das Rechtsmittel dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Im Beschwerdeverfahren hat die Notarin vorsorglich unter Bezugnahme auf eine Vollmacht gemäß Ziffer IX. der Vertragsurkunde erklärt festzustellen, dass die vorgenannten Rechte den Inhalt hätten, die betroffenen Gebäudeteile zu benutzen zu Zwecken des Wohnens, der Ausübung eines Gewerbes, eines freien Berufes sowie der Nutzung als Abstellraum oder Hobbyraum.

*Aus den Gründen:*

**II.**

Auf die nach § 71 Abs. 1, § 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO zulässige Beschwerde ist die angegriffene Zwischenverfügung des Grundbuchamts ersatzlos aufzuheben. Auf der Grundlage

der abgegebenen Bewilligungen (§ 19 GBO) besteht nämlich ein nicht behebbares Eintragungshindernis. (...)

1. Nach § 1018 BGB gestattet eine Grunddienstbarkeit die Benutzung des belasteten Grundstücks nur „in einzelnen Beziehungen“. Eine solche Nutzung steht dabei als eine bestimmte, näher definierte Nutzungsart im Gegensatz zu einem umfassenden, nicht näher bezeichneten oder begrenzten Nutzungsrecht (BayObLG, MittBayNot 1990, 41; BayObLG, NotBZ 2003, 198, 199; OLG Celle, NJW-RR 2005, 102).

a) Eine Grunddienstbarkeit, die das Recht einräumt, ein Grundstück oder auch nur einen Teil desselben, „beliebig zu benutzen“, wäre deshalb nicht zulässig (KG, DNotZ 1992, 673; BayObLG, MittBayNot 1986, 128; BayObLG, NotBZ 2003, 198; OLG Celle, NJW-RR 2005, 102). Eine Nutzung in einzelnen Beziehungen liegt hingegen auch dann vor und die Bestellung einer Grunddienstbarkeit ist demgemäß zulässig, wenn eine Anlage „als solche“ oder ein Gebäude „als solches“ Gegenstand der Nutzung ist (KG, NJW 1972, 1128: Bau einer Netzstation; LG Passau, Rpfleger 1972, 135; Straßennutzung; LG Bremen, JurBüro 1970, 92: Nutzung von Erdgeschossräumen als Ladenlokal; LG Regensburg, Rpfleger 1987, 295 m. Anm. *Dietzel*: Bau und Benutzung einer Scheune; BayObLG, MittBayNot 1985, 127: Benutzung einer Terrasse; BayObLG, NJW-RR 2005, 604: Kellernutzungsrecht). Nach dem KG kommt die Einräumung einer Dienstbarkeit „zu Wohnzwecken“ an einem Wohnungseigentum hingegen nicht in Betracht, weil damit dem Berechtigten schon formal eine umfassende Befugnis zu allen denkbaren Nutzungen unter Ausschluss des Eigentümers eingeräumt werde (KG, FGPrax 1995, 226 m. abl. Anm. *Demharter*).

b) Es kann dahinstehen, in welchem Umfang Dienstbarkeiten an Zimmern oder Gebäudeteilen bestellt werden können. Jedenfalls scheitert dies hier schon am Bestimmtheits- und Publizitätserfordernis des Grundbuchrechts. Aufgabe des Grundbuchs ist es, die Leichtigkeit und Sicherheit des Rechts- und Geschäftsverkehrs im Bereich der Liegenschaften zu gewährleisten. Dieser Zweck verlangt so klare und eindeutige Eintragungen, dass sich jedermann rasch und zuverlässig über Inhaber, Art, Umfang und Wirkungen eines eingetragenen Rechts unterrichten kann. Der so zu umschreibende Publizitätsgrundsatz erfordert es, dass im Einzelfall anhand der Eintragung und zulässigerweise in Bezug genommenen Unterlagen entschieden werden kann, ob ein bestimmter Sachverhalt von der Eintragung erfasst wird oder nicht. Erforderlich ist auch, dass derjenige, der das Grundbuch einsieht, eine konkrete Vorstellung von Inhalt und Bedeutung der eingetragenen Rechte entwickeln kann. Erst dadurch wird die Verkehrsfähigkeit von Grundstücken und übertragbaren Rechten gewährleistet; eine abstrakt zwar eindeutige und bestimmte, in ihrer konkreten Bedeutung aber nicht erfassbare Eintragung wäre insoweit weithin nutzlos (vgl. etwa OLG Hamm, DNotZ 1986, 626 f. m. w. N.; OLG Brandenburg, FGPrax 2009, 100). Die Eintragungsbewilligungen genügen diesen Anforderungen nicht.

Die Benutzung des Grundstücks oder auch einer Teilfläche „in einzelnen Beziehungen“ (vgl. § 1018 BGB) steht als eine bestimmte, näher definierte Nutzungsart im Gegensatz zu einem umfassenden, nicht näher bezeichneten oder begrenzten Nutzungsrecht (BayObLG, MittBayNot 1990, 41; BayObLG, NotBZ 2003, 198, 199). Anders als bei Terrassen, Kellern oder Scheunen erlaubt es der Bezug auf der Lage nach bestimmte und beschriebene „Zimmer“ bzw. einen „Gebäudeteil“ zwar, den Ausübungsbereich festzulegen, nicht aber auch den Umfang des Benutzungsrechts hinreichend eindeutig zu bestimmen. Es sind insoweit verschiedene Nut-

zungsformen denkbar wie z. B. als Wohnraum, Büro eines Freiberuflers, Gewerbefläche, Abstellraum, Hobbyraum oder – beim Gebäudeteil – auch als Stall/Scheune. Dem Verständnis nach könnte die Formulierung einen möglichst umfassenden Ausschluss bezwecken, so dass der Rechtsinhaber zu jeder nur denkbaren Nutzungsform an den Räumlichkeiten berechtigt sein sollte. Eindeutig ist dies aber nicht, zumal die Bewilligung nur davon spricht, Zimmer und Gebäudeteil „zu benutzen“ (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1140), die Benutzungsform aber nicht näher umrissen ist und nicht zum Ausdruck gebracht wird, ob die Benutzung in mehrfacher Beziehung berechtigen soll (*Schöner/Stöber*, Rdnr. 1147), was bei Zimmern und einem Gebäudeteil ohne weiteres denkbar ist.

2. Dem Bestimmtheitserfordernis mag zwar durch die nun abgegebene Erklärung, dass die vorgenannten Rechte den Inhalt hätten, die betroffenen Gebäudeteile zu benutzen zu Zwecken des Wohnens, der Ausübung eines Gewerbes, eines freien Berufes sowie der Nutzung als Abstellraum oder Hobbyraum, genügt sein. In der Beschwerdeinstanz sind auch neue Tatsachen zu berücksichtigen (§ 74 GBO). Unzulässig ist jedoch ein neuer Antrag (*Demharter*, § 74 Rdnr. 6). Als solcher stellt er sich aber mit dem nun fixierten (hilfsweisen) Inhalt dar. Er wäre überdies auch nicht von der im Vertrag enthaltenen Notarsvollmacht (Ziffer IX.) gedeckt. Sie berechtigt nämlich nur zum Vollzug der Urkunde und zur Abgabe/Entgegennahme aller hierzu zweckdienlichen Erklärungen. Eine neue inhaltliche Ausgestaltung der von den Parteien bewilligten materiellen Rechte ist davon nicht erfasst.

3. Zur Eintragungsfähigkeit von Grunddienstbarkeiten mit einem nun derart fixierten Inhalt ist noch zu bemerken:

a) Das Recht, ein Teil eines Gebäudes unter Ausschluss des Eigentümers als Wohnung zu benutzen, ist Inhalt des Wohnungsrechts nach § 1093 BGB. Es bildet einen Sonderfall der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit nießbrauchsähnlicher Gestaltung und unterscheidet sich von dieser, weil es den Eigentümer von der Benutzung des Gebäudeteils vollständig ausschließt (*Bauer/von Oefele*, GBO, 2. Aufl., III Rdnr. 460; *Staudinger/J. Mayer*, BGB, 2008, § 1093 Rdnr. 3). Ein die Benutzung durch den Eigentümer ausschließendes Recht, das zum Wohnen, wenn auch mit gewissen beruflichen oder gewerblichen Nebenzwecken (vgl. *Staudinger/J. Mayer*, § 1093 Rdnr. 30), befugt, kann in sachenrechtlich zulässiger Form nur als Wohnungsrecht begründet werden (RG, HRR 29 Nr. 906; OLG Koblenz, NJW 2000, 3791, 3792). Die Möglichkeit, stattdessen eine andere Form der Dienstbarkeit einzuräumen, besteht für diesen Fall nicht (vgl. OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1997, 358; DNotI-Report 2002, 91). Dies gilt für Grunddienstbarkeiten ebenso wie für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, weil beide von ihrem Inhalt her identisch sind (*Palandt/Bassenge*, BGB, 69. Aufl., § 1090 Rdnr. 4).

b) Nach den Vorstellungen der Beteiligten soll das Wohnen indes nicht Hauptinhalt des Rechts und sollen berufliche, gewerbliche oder sonstige Nutzungen nur Nebenzwecke bilden. Gewollt ist vielmehr die Bestellung von Rechten zur Nutzung wesentlicher Bestandteile der Grundstücke (vgl. §§ 93, 94 BGB) in einzeln aufgezählten, jedoch insgesamt möglichst umfassenden Beziehungen, die nicht durch den Tod des Berechtigten erlöschen (vgl. §§ 1093, 1090 Abs. 2, § 1061 BGB). Zur Nutzung in jeder dieser einzelnen Beziehungen ist die Grunddienstbarkeit (§ 1018 Alt. 1 BGB) ein grundsätzlich geeignetes dingliches Sicherungsmittel. Gegen die Bestellung von Dienstbarkeiten des Inhalts, dass sie zur Benutzung der Zimmer (nebst Flur) und des Gebäudeteils zu Zwecken des Wohnens (sog. Wohnrecht oder Wohnnutzungsrecht; vgl. KG,

HRR 29 Nr. 906; OLG Saarbrücken, OLGZ 92, 5; OLG Frankfurt, MittBayNot 2007, 402 m. Anm. *Adam; Staudinger/J. Mayer*, § 1093 Rdnr. 3; *Demharter*, FGPrax 1995, 227, 228), als Büro oder Gewerbefläche (vgl. LG Bremen, JurBüro 1970, 92 m. zust. Anm. *Scharlhorn*) oder als Lager dienen, bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Für Zwecke des Wohnens kann jedoch der gleichzeitige Ausschluss des Eigentümers von gleichartiger Nutzung nicht zum Rechtsinhalt gemacht und insoweit auch nicht durch eine Ausschließlichkeitsklausel (§ 1018 Alt. 1/2 BGB; dazu *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1018 Rdnr. 12, 28: Unterlassungspflicht als Dienstbarkeitsinhalt) abgesichert werden. Denn dies würde zu einer sachenrechtlich unzulässigen Mischform mit dem Recht aus § 1093 BGB führen (vgl. OLG Düsseldorf, MittBayNot 1997, 358; DNotI-Report 2002, 91).

c) Fraglich ist in diesem Zusammenhang weiter, ob derartige Dienstbarkeiten deshalb inhaltlich unzulässig sind, weil sie insoweit den Eigentümer von jeder Nutzung ausschließen oder ihm keine wirtschaftlich sinnvollen Restnutzungsmöglichkeiten mehr erlauben (vgl. *Bauer/von Oefele*, III Rdnr. 277, 279; *Ertl*, MittBayNot 1988, 53, 57; *Demharter*, Anhang zu § 44 Rdnr. 16; ferner BayObLGZ 1987, 359, 361). Anerkannt ist, dass die Dienstbarkeit auch die Grundstücksnutzung in mehreren einzelnen Beziehungen absichern kann (*Palandt/Bassenge*, § 1018 Rdnr. 15). Der Senat neigt zwar der neueren Meinung zu, nach der im Verhältnis zum Nießbrauch formal danach abzugrenzen ist, ob dem Berechtigten nur einzelne Benutzungsmöglichkeiten eingeräumt sind, mögen sie auch dem Eigentümer keine wirtschaftlich sinnvollen Betätigungsmöglichkeiten mehr belassen (vgl. *Stöber*, DNotZ 1982, 416, 420 f.; *Bauer/von Oefele*, III Rdnr. 279, 281). Jedoch verlangt § 1018 BGB, und zwar auch bei einer Ausübungsbeschränkung auf Grundstücksteile (dazu OLG Celle, NJW-RR 2005, 102), dass dem Berechtigten nicht sämtliche dem Eigentümer offenstehenden Nutzungsmöglichkeiten eingeräumt werden dürfen, sondern nur einzelne davon (*Demharter*, FGPrax 1995, 227, 228). Dagegen wird aber verstoßen, wenn die im Einzelnen aufgezählten Befugnisse die Möglichkeit, Gebäude und Zimmer zu nutzen, im Wesentlichen erschöpfen und Restnutzungsmöglichkeiten des Eigentümers rein theoretischer Natur sind.

### Anmerkung:

Gegenstand der Entscheidung ist die Frage, wie das Recht zur Benutzung von Teilen eines Gebäudes auf dem Nachbargrundstück rechtlich abgesichert werden kann. Die Frage stellt sich in der Regel in Fällen eines Überbaus. Dazu gehört auch der Eigengrenzüberbau. Ein solcher liegt vor, wenn auf Nachbargrundstücken, die demselben Eigentümer gehören, ein einheitliches Gebäude über die Grundstücksgrenze hinweg errichtet wird oder bei einer nachträglichen Teilung des Grundstücks eines Eigentümers die Grundstücksgrenze ein vorhandenes Gebäude durchschneidet. Verschärft wird die Situation, wenn Teile des Gebäudes, insbesondere einzelne Zimmer, nur von dem auf dem anderen Grundstück stehenden Gebäudeteil aus zugänglich sind. Akut werden die Probleme schließlich dann, wenn die beiden betroffenen Grundstücke nicht oder nicht mehr demselben Eigentümer gehören. Ein solcher Fall liegt der Entscheidung des OLG München zugrunde.

Das OLG München hat die in Betracht kommenden rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten angesprochen. Wenn die Rechtsfolgen eines Überbaus, die entsprechend auf den Eigengrenzüberbau anzuwenden sind,<sup>1</sup> nicht zu einer befriedi-

genden Lösung führen, kommt die Einräumung beschränkter dinglicher Rechte in Betracht, insbesondere eines Wohnungsrechts nach § 1093 BGB oder einer Dienstbarkeit in der Form einer Benutzungsdienstbarkeit gemäß §§ 1018, 1090 BGB.<sup>2</sup> Die beurkundende Notarin hat den nicht gangbaren Weg einer Benutzungsdienstbarkeit ohne Beschränkung der Nutzung auf einzelne Beziehungen und zugleich mit einem Ausschluss des Eigentümers von jeder Nutzung gewählt.

## 1. Wohnungsrecht

Während der Nießbrauch gemäß § 1030 BGB grundsätzlich<sup>3</sup> ein umfassendes, dem Eigentum nahekommendes Nutzungsrecht gewährt, ist bei dem im Übrigen nießbrauchsähnlich ausgestalteten<sup>4</sup> Wohnungsrecht nur die Einräumung einer Nutzung als Wohnung zulässig, jedenfalls muss diese Nutzung Hauptzweck sein. Eine subjektiv-dingliche Ausgestaltung von Nießbrauch und Wohnungsrecht ist nicht möglich. Sofern die Nutzung wie in dem vom OLG München entschiedenen Fall auf bestimmte zu bezeichnende Gebäudeteile oder einzelne Zimmer beschränkt werden soll, kommt in der Regel die Bestellung eines Wohnungsrechts in Betracht.<sup>5</sup> Bei Belastung des ganzen Grundstücks handelt es sich dann um eine Ausübungsbeschränkung. Der Eigentümer ist im gegenständlichen Bereich des Nutzungsrechts von jeder Nutzung ausgeschlossen. Dies ist unabdingbares Wesensmerkmal des Wohnungsrechts.

Ob neben einem Nießbrauch zusätzlich auch ein Wohnungsrecht bestellt werden kann, ist umstritten. In Rechtsprechung und Schrifttum wird dies überwiegend verneint.<sup>6</sup> Insbesondere im Hinblick auf die Unterschiede bei der Pfändbarkeit von Nießbrauch und Wohnungsrecht wird mit beachtlichen Gründen die Meinung vertreten, dass bei einer bestimmten Ausgestaltung des Wohnungsrechts eine Bestellung zusätzlich zu einem Nießbrauch zulässig ist.<sup>7</sup>

## 2. Benutzungsdienstbarkeit

Inhalt der Benutzungsdienstbarkeit ist es, das umfassende Nutzungsrecht des Grundstückseigentümers dem Dienstbarkeitsberechtigten nicht insgesamt, sondern nur in einzelnen Beziehungen zu übertragen. Das hat zur Folge, dass der Eigentümer bestimmte Nutzungen dulden muss, die er aufgrund seines Eigentumsrechts verbieten könnte. Inhalt der Benutzungsdienstbarkeit kann auch die Benutzung des Grundstücks in mehreren einzelnen Beziehungen sein, sofern nicht eine umfassende, jede andere Nutzungsmöglichkeit ausschließende Nutzung eingeräumt wird. In Abgrenzung davon wird dem Nießbraucher das Nutzungsrecht umfassend und dem Wohnungsberechtigten nur zum Wohnen eingeräumt. Die Benutzungsdienstbarkeit kann als Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) oder als beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) ausgestaltet sein. Bei der Beschränkung auf die Nutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen handelt

<sup>2</sup> Zu den in Betracht kommenden beschränkten dinglichen Rechten und ihrer Abgrenzung gegeneinander siehe *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte – Nießbrauch, Dienstbarkeiten, Wohnungsrechte, 2. Aufl.

<sup>3</sup> Siehe aber § 1030 Abs. 2 BGB.

<sup>4</sup> Vgl. § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB.

<sup>5</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1237.

<sup>6</sup> OLG Hamm, FGPrax 1997, 168; OLG Frankfurt, MittBayNot 2009, 46; *Palandt/Bassenge*, BGB, 69. Aufl., § 1093 Rdnr. 1.

<sup>7</sup> *Frank*, Anm. zu OLG Frankfurt, MittBayNot 2009, 47; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1237, Fn. 10; zuletzt LG Frankfurt/Oder, NotBZ 2010, 153.

<sup>1</sup> MünchKommBGB/Säcker, 5. Aufl., § 912 Rdnr. 50, 51.

es sich um eine inhaltliche Beschränkung des Nutzungsrechts. Die Ausübung der Dienstbarkeit kann bei einer Belastung des ganzen Grundstücks auf Teile des Grundstücks beschränkt werden.<sup>8</sup> Dann liegt darüber hinaus auch eine gegenständliche Beschränkung des Nutzungsrechts vor. Dabei kann die Ausübungsstelle zum rechtsgeschäftlichen Inhalt der Dienstbarkeit gemacht oder der tatsächlichen Ausübung überlassen werden. Wenn die Ausübungsstelle zum Rechtsinhalt der Dienstbarkeit gemacht wird, muss sie unter Beachtung des grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsanfordernisses in der Eintragungsbewilligung festgelegt werden.<sup>9</sup>

Sofern der Dienstbarkeitsberechtigte dadurch in der Ausübung seines Rechts nicht beeinträchtigt wird, bleibt der Eigentümer, weil er nicht von jeder Nutzung ausgeschlossen werden kann, zur Nutzung des Grundstücks oder auch des Teils, auf den die Ausübung der Dienstbarkeit beschränkt ist, weiterhin berechtigt. Insbesondere ist auch eine Nutzung durch den Eigentümer in derselben Weise zulässig, wie sie dem Dienstbarkeitsberechtigten eingeräumt ist. Soll dies verhindert werden, muss über die Benutzungsdienstbarkeit hinaus eine Unterlassungsdienstbarkeit (§ 1018 Alt. 2 BGB) eingeräumt werden, die den Dienstbarkeitsberechtigten zur ausschließlichen Nutzung berechtigt.<sup>10</sup> Als einheitliches Recht ist dies aber nicht möglich, sofern die Benutzungsdienstbarkeit auch zum Wohnen berechtigt, weil dann insoweit ein Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB bestellt würde. Eine Mischform von Benutzungsdienstbarkeit und Wohnungsrecht wird nicht als zulässig erachtet.<sup>11</sup>

### 3. Verbleibende Nutzung durch den Eigentümer

Aus der gesetzlichen Regelung, dass Gegenstand einer Benutzungsdienstbarkeit nur sein kann, dem Dienstbarkeitsberechtigten die Nutzung des Grundstücks lediglich in einzelnen Beziehungen zu gestatten, wird abgeleitet, dass dem Eigentümer noch eine nicht nur völlig unwesentliche Nutzung verbleiben müsse. Der Eigentümer dürfe, insbesondere im Hinblick auf eine notwendige Abgrenzung vom Nießbrauch, nicht von jeglicher sinnvollen Nutzung des Grundstücks ausgeschlossen werden.<sup>12</sup> Richtig ist, dass Gegenstand der Dienstbarkeit nicht alle in Betracht kommenden Nutzungsmöglichkeiten sein können. Daraus folgt aber nicht, dass es dem Eigentümer möglich sein muss, wenigstens eine von der Dienstbarkeit nicht erfasste Nutzung auch tatsächlich wahrzunehmen. Ob eine Nutzung auf einzelne Beziehungen beschränkt ist, kann nur nach formalen Kriterien beurteilt werden. Die materiellen Auswirkungen dahin, ob dem Eigentümer noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeit verbleibt, hat außer Betracht zu bleiben.<sup>13</sup> Diese Ansicht hat sich inzwischen weitgehend durchgesetzt.<sup>14</sup> Nach dem BayObLG<sup>15</sup> neigt auch das OLG München in der besprochenen Entscheidung dazu. Sie hat auch dann Geltung zu beanspruchen, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen Teil

des belasteten Grundstücks beschränkt ist. Die damit gegebene gegenständliche Beschränkung der Dienstbarkeit hat nicht zur Folge, dass die gesetzlich gebotene inhaltliche Beschränkung auf eine Nutzung in einzelnen Beziehungen verzichtbar wäre. Die gegenständliche Beschränkung kann die inhaltliche Beschränkung nicht ersetzen.

Etwas anderes könnte allerdings der Entscheidung des BGH vom 25.10.1991<sup>16</sup> entnommen werden. Der BGH hat die Frage, ob der Eigentümer durch eine Benutzungsdienstbarkeit nicht auf eine nur unwesentliche Möglichkeit der Nutzung eingeschränkt werden dürfe, unentschieden gelassen. Zur Begründung hat er ausgeführt: „Zulässig ist jedenfalls eine Dienstbarkeit, die zwar auf dem ganzen Grundstück lastet, deren Ausübung sich aber (...) auf eine Teilfläche beschränkt. Dies gilt auch, wenn die Dienstbarkeit zu einer Art der Nutzung berechtigt, die den Eigentümer von jeglicher Mitbenutzung des betroffenen Grundstücksteils ausschließt; denn ihm verbleibt an dem von der Ausübung nicht erfassten Teil die volle Nutzung. Wenigstens in einem solchen Fall ist das für Dienstbarkeiten bestehende Erfordernis einer Gestattung der Nutzung nur in einzelnen Beziehungen gewahrt.“ Da in dem vom BGH entschiedenen Fall die Nutzung einer Teilfläche des belasteten Grundstücks nur in einzelnen Beziehungen gestattet war, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der BGH allein in einer Beschränkung der Ausübung auf einen Teil des belasteten Grundstücks eine Beschränkung auf eine Nutzung in einzelnen Beziehungen sieht.

Jedoch wird die missverständliche Begründung der Entscheidung von *Schoch*<sup>17</sup> zu Recht kritisiert. Das BayObLG<sup>18</sup> und ihm folgend das OLG Celle<sup>19</sup> haben daran festgehalten, dass auch bei einer Ausübungsbeschränkung nur eine Nutzung in einzelnen Beziehungen zulässiger Inhalt einer Benutzungsdienstbarkeit sein kann; die Entscheidung des BGH betreffe nur einen solchen Fall. In diesem Sinn wird die Entscheidung auch sonst verstanden.<sup>20</sup> Zutreffend hat das OLG München, ohne die Entscheidung des BGH zu erwähnen, darauf hingewiesen, dass die Festlegung des Ausübungsbereichs nicht zugleich den Umfang des Nutzungsrechts bestimmt und auch bei einer Ausübungsbeschränkung nur einzelne und nie sämtliche dem Eigentümer offenstehende Nutzungsmöglichkeiten eingeräumt werden dürfen<sup>21</sup>.

### 4. Zusammenfassung

Soll die Benutzung eines übergebauten Gebäudeteils zum Wohnen unter Ausschluss des Eigentümers von jeder Mitbenutzung dinglich gesichert werden, bietet sich die Bestellung eines Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB an. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Nutzung auf einzelne Zimmer beschränkt sein soll. Für die Zulässigkeit der zusätzlichen Bestellung eines Nießbrauchs sprechen zwar einige gute Gründe. Überwiegend wird sie aber verneint.

Soll ein umfassendes Nutzungsrecht eingeräumt werden, kommt die Bestellung eines Nießbrauchs nach § 1030 BGB in Betracht. Wenn dagegen eine Nutzung nur in einzelnen, auch in mehreren einzelnen Beziehungen gestattet werden soll, ist eine Benutzungsdienstbarkeit gemäß §§ 1018, 1090 BGB ein-

<sup>8</sup> Vgl. § 1023 Abs. 1 BGB.

<sup>9</sup> BGH, Rpfleger 1982, 16.

<sup>10</sup> Die Zusammenfassung in einer einheitlichen Benutzungs- und Unterlassungsdienstbarkeit wird für zulässig, wenn auch nicht für zweckmäßig, erachtet. Siehe dazu *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1130 a.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf, MittBayNot 1998, 37; DNotI-Report 2002, 91.

<sup>12</sup> MünchKommBGB/*Joost*, § 1018 Rdnr. 28; *Palandt/Bassenge*, § 1018 Rdnr. 20.

<sup>13</sup> *Schöner*, DNotZ 1982, 416; *Ertl*, MittBayNot 1988, 53.

<sup>14</sup> *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1130; *Staudinger/J. Mayer*, BGB, 2002, § 1018 Rdnr. 101; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., Anh. zu § 44 Rdnr. 16.

<sup>15</sup> BReg. 2 Z 12/86, Rpfleger 1988, 62 und BReg. 2 Z 55/89, Rpfleger 1990, 111.

<sup>16</sup> NJW 1992, 1101 = MittBayNot 1993, 78.

<sup>17</sup> Rpfleger 1992, 339.

<sup>18</sup> ZfIR 2003, 597.

<sup>19</sup> NJW-RR 2005, 102.

<sup>20</sup> *Palandt/Bassenge*, § 1018 Rdnr. 15; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1130 zu Fn. 58; *Staudinger/J. Mayer*, § 1018 Rdnr. 102; *Demharter*, Anh. zu § 44 Rdnr. 16.

<sup>21</sup> Ebenso OLG Karlsruhe, 14 Wx 24/04, Rpfleger 2005, 79.

zuräumen. Dabei kann der Ausübungsbereich auf einen Teil des belasteten Grundstücks beschränkt werden. Dann darf auch eine Nutzung des Grundstücksteils nur in einzelnen Beziehungen erlaubt werden. Ob eine solche vorliegt, ist nach formalen Kriterien zu beurteilen. Ohne Belang ist dabei, ob dem Eigentümer noch tatsächlich irgendeine wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeit verbleibt. Soll dem Dienstbarkeitsberechtigten die ausschließliche Nutzung in einzelnen Beziehungen eingeräumt, der Eigentümer also insoweit von einer Mitbenutzung ausgeschlossen werden, ist zusätzlich eine Ausschlussdienstbarkeit zu bestellen. Soweit das Wohnen eine zulässige Nutzungsart ist, kommt dies allerdings nicht in Betracht. Denn damit läge eine unzulässige Verbindung eines Wohnungsrechts mit einer Benutzungsdienstbarkeit vor.

*Johann Demharter, Richter am BayObLG a. D., München*

#### 4. BGB §§ 747 Satz 1, 881, 1114 (*Ausnutzung eines Rangvorbehalts durch einen Miteigentümer*)

**Haben sich die Miteigentümer eines Grundstücks bei der Bestellung eines Grundpfandrechts oder einer Vormerkung die vorrangige Belastung des Grundstücks vorbehalten, ist jeder Miteigentümer ohne Mitwirkung der anderen zur Ausnutzung des Rangvorbehalts durch Belastung seines Miteigentumsanteils befugt. Begrenzt wird diese Befugnis durch das gleichrangige Recht der anderen Miteigentümer bei einer Belastung ihres Miteigentumsanteils ihrerseits den Rangvorbehalt auszunutzen. Jeder Miteigentümer kann den Rangvorbehalt alleine daher nur bis zu einem seinem Miteigentumsanteils entsprechenden Bruchteils des Nennbetrages des Rangvorbehalts ausüben.**

OLG Hamm, Beschluss vom 23.2.2010, I-15 Wx 316/09; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Durch Übertragungsvertrag vom 8.7.1997, ergänzt durch Urkunde vom 5.11.1997, erwarben die Beteiligten und ihr Ehemann jeweils zu 1/2 Miteigentumsanteil das o. a. Wohnungseigentumsrecht. Zur Sicherung eines bedingten Rückübertragungsanspruchs der Übertraggeber – der Eltern der Beteiligten – wurde eine Rückauffassungsvormerkung bewilligt. Die Vertragsparteien vereinbarten weiter die Eintragung eines – auch sukzessive auszuübenden – Rangvorbehalts bei dieser Rückauffassungsvormerkung für Grundpfandrechte bis z. H. v. 300.000 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen. Auf die entsprechenden Anträge hin wurden die Beteiligten und ihr Ehemann als Eigentümer zu je 1/2 Anteil eingetragen, in Abteilung II wurde die Rückauffassungsvormerkung nebst dem vereinbartem Rangvorbehalt eingetragen.

Durch notarielle Urkunde vom 18.2.2009 bestellte die Beteiligte unter teilweiser Ausnutzung des Rangvorbehalts eine im Rang vor der Rückauffassungsvormerkung einzutragende Fremdgrundschuld über 949,46 € an ihrem Miteigentumsanteil. Den entsprechenden Eintragungsantrag der Beteiligten hat das Grundbuchamt beanstandet. Mit Zwischenverfügung vom 4.3.2009 hat das Grundbuchamt die Auffassung vertreten, ein Rangvorbehalt zugunsten mehrerer Miteigentümer könne von diesen nur gemeinschaftlich ausgeübt werden. Erforderlich sei danach die Vorlage einer Genehmigung des weiteren Miteigentümers in der Form des § 29 GBO. Nach Fristverlängerung hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten der Auffassung des Grundbuchamtes mit näherer Darlegung seines Standpunktes widersprochen. Mit weiterer Zwischenverfügung vom 7.5.2009 hat das Grundbuchamt seine Auffassung bekräftigt und zur Behebung des Eintragungshindernisses eine letzte Frist gesetzt.

*Aus den Gründen:*

## II.

(...) Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO kommt eine Zwischenverfügung nur in Betracht, wenn das der Eintragung entgegenstehende Hindernis mit Rückwirkung behebbar ist. Denn andernfalls würde eine verfrühte Antragstellung zu Unrecht begünstigt, indem ihr eine Rangwirkung eingeräumt würde, die ihr sachlich nicht zukommen kann. Ein nicht mit Rückwirkung behebbares Eintragungshindernis liegt u. a. dann vor, wenn eine notwendige Bewilligung i. S. d. § 19 GBO noch nicht erklärt ist (BGHZ 27, 310, 313). So liegen die Dinge hier, wobei der eigene Rechtsstandpunkt des Grundbuchamtes zugrunde zu legen ist. Das Grundbuchamt ist davon ausgegangen, dass für die beantragte Eintragung unter Ausnutzung des Rangvorbehalts die Mitwirkung des anderen Miteigentümers erforderlich ist. Bei der notwendigen Erklärung handelt es sich allerdings entgegen der Diktion des Grundbuchamtes nicht etwa um eine sonstige Zustimmung eines nur mittelbar Betroffenen, bei welcher eine Zwischenverfügung grundsätzlich in Betracht käme. Denn das Grundbuchamt und ihm folgend das LG haben angenommen, der Rangvorbehalt könne aus Gründen des materiellen Rechts von den Miteigentümern des Wohnungseigentums nur gemeinschaftlich ausgeübt werden. Daraus folgt dann indessen zwingend die Bewilligungsbefugnis i. S. d. § 19 GBO beider eingetragenen Miteigentümer. Die fehlende Bewilligung des Ehemannes der Beteiligten konnte deshalb nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein.

Unabhängig von der danach erforderlichen Aufhebung der Zwischenverfügung aus formellen Gründen kann sich der Senat auch sachlich nicht dem Rechtsstandpunkt der Vorinstanzen anschließen. Nach § 19 GBO ist für die Eintragung die Bewilligung all derjenigen Personen erforderlich, die durch dieselbe in ihren Rechten betroffen werden können. Die verfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis leitet sich aus der Befugnis zur sachlichrechtlichen Verfügung über das von der beantragten Eintragung betroffene Recht ab (*Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 19 Rdnr. 56 m. w. N.). Von diesem Ausgangspunkt haben die Vorinstanzen zutreffend sachlich geprüft, ob die Beteiligte bei der Belastung ihres Miteigentums allein zur Ausübung des Rangvorbehalts befugt ist oder dazu der Mitwirkung ihres Ehemannes bedarf.

Die Befugnis der Beteiligten zur alleinigen Ausübung des Rangvorbehalts folgt nach Auffassung des Senats aus § 747 Satz 1 BGB. Danach kann jeder Bruchteilsberechtigte über seinen Anteil verfügen. Besteht die Bruchteilsgemeinschaft an einem Grundstück, kann jeder Miteigentümer also ohne Mitwirkung der anderen Verfügungen über seinen Miteigentumsanteil treffen. Dementsprechend ist nach den §§ 1114, 1192 Abs. 1 BGB der Miteigentumsanteil an einem Grundstück möglicher Gegenstand einer Verfügung in der Form der Belastung mit Hypotheken und Grundschulden. Diese unmittelbar aus dem Miteigentum fließende Verfügungsbefugnis erstreckt sich nach Auffassung des Senats auch auf die Ausübung eines Rangvorbehalts, durch den sich die Miteigentümer gemäß § 881 Abs. 1 BGB in zulässiger Weise bei der zurückliegenden Belastung des Grundstücks (hier: mit einer Auffassungsvormerkung) das Recht vorbehalten haben, Grundpfandrechte in dem näher beschriebenen Umfang mit dem Rang vor dieser Vormerkung zu bestellen. Der Rangvorbehalt ist seinem Rechtscharakter nach die mit dem Eigentum am Grundstück untrennbar verbundene Befugnis, eine nachträgliche Rangänderung zulasten des mit dem Vorbehalt belasteten Rechts herbeizuführen (vgl. etwa *MünchKommBGB/Kohler*, 5. Aufl., § 881, Rdnr. 4). Die Befugnis zur Ausübung

des Rangvorbehalts muss danach derjenigen zur Belastung des Grundstückseigentums folgen. Ist der einzelne Miteigentümer bei der Belastung seines Miteigentumsanteils (§ 1114 BGB) zur alleinigen Verfügung befugt (§ 747 Satz 1 BGB), muss dies im Ausgangspunkt auch für die Ausübung des damit verbundenen Rangvorbehalts gelten.

Allerdings kann ein von einem Grundstücksalleineigentümer begründeter Rangvorbehalt nach Aufteilung in Miteigentumsanteile nur in der Weise ausgeübt werden, dass der Nennbetrag der an sämtlichen Miteigentumsanteilen im Vorrang bestellten Grundpfandrechte den Nennbetrag des Rangvorbehalts nicht übersteigt. Denn nur so kann vermieden werden, dass das mit dem Rangvorbehalt belastete Recht keine größere Beschränkung erleidet, als sie bei der Bestellung des Rechts vorgesehen war (OLG Schleswig, MittBayNot 2000, 232). Daraus vermag der Senat indessen nicht den Schluss zu ziehen, dass es sich bei der Ausübung des Rangvorbehalts i. S. d. § 747 Satz 2 BGB um eine Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen handelt, die von den Miteigentümern nur gemeinschaftlich getroffen werden kann. Die Verfügung des Miteigentümers beschränkt sich auf eine Belastung seines Miteigentums und eine damit zusammenhängende, ihm vorbehaltene Rangbestimmung. Verfügungen über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen sind ferner solche Verfügungen, deren rechtliche Wirkung sich ihrem Inhalt nach nicht auf das einzelne Anteilsrecht begrenzen lässt. Dabei handelt es sich beispielhaft um Rechtsgeschäfte, die den Bestand oder den Inhalt des gemeinschaftlichen Rechts betreffen (*Staudinger/Langhein*, BGB, 2008, § 747 Rdnr. 67; BGH, NJW 1985, 1159, 1161). Darum geht es hier jedoch ebenfalls nicht, insbesondere ist die Ausübung des Rangvorbehalts nicht gleichzustellen der Einziehung einer gemeinschaftlichen Forderung. Vielmehr handelt es sich ausschließlich um die einseitige Ausübung eines Eigentümerrechts, die sich auf die Rangveränderung des mit dem Vorbehalt belasteten Rechts beschränkt. In diesem Zusammenhang kann offenbleiben, ob der Rangvorbehalt in der Weise rechtsgeschäftlich bestellt werden kann, dass er durch die Miteigentümer nur gemeinschaftlich ausgeübt werden kann. Eine solche Bestimmung ist hier nicht getroffen worden. Durch etwaige abweichende schuldrechtliche Vereinbarungen der Miteigentümer im Rahmen des Gemeinschaftsverhältnisses könnte die dingliche Verfügungsbefugnis des einzelnen Miteigentümers nach § 747 Satz 1 BGB nicht beschränkt werden (vgl. § 137 Satz 1 BGB).

Das Recht des jeweiligen Miteigentümers zur Ausübung des Rangvorbehalts wird deshalb nur beschränkt durch das gleichrangige Recht des oder der anderen Miteigentümer, im Rahmen einer Belastung ihres Miteigentumsanteils den Vorbehalt in derselben Weise auszunutzen. Die Belastung des einen Miteigentumsanteils wird durch Belastungen des oder der anderen nicht berührt. Da der Rangvorbehalt untrennbar mit dem Miteigentum verbunden ist, wird das Verhältnis, in dem die Miteigentümer von dem vorbehaltenen Belastungsumfang Gebrauch machen können, durch die im Grundbuch eingetragenen Anteile bestimmt. Das Recht anderer Miteigentümer wird deshalb erst dann i. S. d. § 19 GBO betroffen, wenn einer der Miteigentümer die vorbehaltene Belastung in einem Umfang ausschöpft, der über den nach seiner Miteigentumsquote auf ihn entfallenden Anteil am Rangvorbehalt hinausgeht. Bei einer betragsmäßigen Beschränkung des Rangvorbehalts ist dementsprechend auf den der Miteigentumsquote rechnerisch entsprechenden Anteil abzustellen. Hierbei ist eine bereits erfolgte Rangaussnutzung zu berücksichtigen. Ist diese durch die Miteigentümer auf allen Anteilen gemeinschaftlich erfolgt, so ist dem einzelnen Mit-

eigentümer, unbeschadet der Haftung seines gesamten Anteils, lediglich ein seiner Quote entsprechender Anteil an dem Betrag des Gesamtrechts anzurechnen. Vorliegend bleibt die unter Ausnutzung des Rangvorbehalts bestellte Grundschuld jedoch deutlich hinter dem 1/2-Anteil der Beteiligten an dem noch zur Verfügung stehenden Belastungsumfang zurück.

#### Anmerkung:

1. Die Entscheidung überzeugt auf den ersten Blick, weil alles doch so einfach zu sein scheint: Jeder Bruchteilseigentümer kann über seinen Anteil frei verfügen. Er kann ihn etwa mit Hypotheken oder Grundschulden belasten, ganz abgesehen von der Möglichkeit der Veräußerung. Warum sollte dies dann nicht auch für die Befugnis zur alleinigen Ausübung des Rangvorbehalts gelten, der doch nichts anderes ist als ein Stück vorbehaltenen Eigentums? Natürlich darf die Gesamtsumme aller in Ausübung des Rangvorbehalts vorzunehmenden Belastungen dessen Betrag nicht übersteigen, aber daraus vermag der Senat nach eigenem Bekunden nicht den Schluss zu ziehen, dass es sich bei der Ausübung des Rangvorbehalts um eine Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen nach § 747 Satz 2 BGB handelt, die von den Miteigentümern nur gemeinschaftlich getroffen werden kann. Kann dann ein Bruchteilseigentümer nicht den Rangvorbehalt in voller Höhe ausschöpfen (wer zuerst kommt, mahlt zu erst)? So weit geht der Senat nicht. Er sieht das Recht auf Ausübung des Rangvorbehalts beschränkt durch das gleichrangige Recht der anderen Miteigentümer und löst die Problematik konsequent: Das Recht anderer Miteigentümer werde erst dann i. S. d. § 19 GBO betroffen, wenn einer der Miteigentümer die vorbehaltene Belastung in einem Umfang ausschöpft, der über den nach seiner Miteigentumsquote auf ihn entfallenden Anteil am Rangvorbehalt hinausgeht. Bis zu einer der Miteigentumsquote rechnerisch entsprechenden Quote des gesamten Rangvorbehalts sei dies aber nicht der Fall. Logisch, konsequent und auch praktikabel – jedenfalls auf den ersten Blick.

2. Bei der Hypothek oder Grundschuld am Gesamtgrundstück handelt es sich um ein Gesamtrecht, bezogen auf die einzelnen Miteigentumsanteile. Die Rechtslage kann also prinzipiell nicht anders sein als beim Gesamtrecht an mehreren Grundstücken, unabhängig von den Eigentumsverhältnissen hieran. Jeder einzelne Grundstückseigentümer kann für sein Grundstück den Rangvorbehalt nach den Grundsätzen des Senats unter Ausübung des Rangvorbehalts belasten, aber auch hier unter Berücksichtigung der Rechte der anderen Eigentümer der mitbelasteten Grundstücke. Aber bis zu welchem Betrag? Sind dann Wertgutachten einzuholen, oder ist die Belastung zumindest insoweit unproblematisch, als der anteilige Wert ganz klar nicht ausgeschöpft wird? Handelt es sich dabei wirklich um ein Beweisproblem oder muss nicht ein anderer dogmatischer Ansatz gesucht werden?

3. *Weber* (DNotZ 1938, 289) hat als erster die Problematik behandelt: Er sieht unter den Eigentümern der vom Rangvorbehalt betroffenen Grundstücke eine „Rechtsgemeinschaft besonderer Art“, wie sie zwischen den Eigentümern mehrerer Grundstücke besteht, zu deren Gunsten ein subjektiv-dingliches Recht (Grunddienstbarkeit oder Reallast) eingetragen ist (vgl. §§ 1025, 1109 BGB). Daraus folgert er, dass jeder der Grundstückseigentümer berechtigt ist, den Rangvorbehalt hinsichtlich der ihm gehörenden Grundstücke auszuüben, und zwar auch in vollem Umfang, was dann zum Verlust der Ausübungsbefugnis der übrigen Eigentümer führt. *Weber* unterscheidet jedoch davon das schuldrechtliche Verhältnis der

Miteigentümer untereinander und nimmt an, dass die Befugnisse aller Miteigentümer hinsichtlich des Rangvorbehaltes kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung nur zugunsten eines Gesamtrechtes an allen Teilgrundstücken ausgeübt werden dürfen, soweit im Einzelfall nichts anderes vereinbart wird.

4. Das OLG Hamm sieht dieses Problem, meint aber, es könne die Frage ausdrücklich offenlassen, ob der Rangvorbehalt in der Weise rechtsgeschäftlich bestellt werden kann, dass er durch die Miteigentümer nur gemeinschaftlich ausgeübt werden darf. Eine solche Bestimmung sei nämlich hier nicht getroffen worden. Andererseits könnten derartige schuldrechtliche Vereinbarungen der Miteigentümer im Rahmen des Gemeinschaftsverhältnisses die dingliche Verfügungsbefugnis des einzelnen Miteigentümers nach § 747 Satz 1 BGB nicht beschränken, vgl. § 137 Satz 1 BGB. Das aber ist hier nicht das Problem, denn der Rangvorbehalt kann auch bedingt vereinbart werden, also etwa an das Zustimmungserfordernis eines Dritten gebunden sein. Die Vereinbarung besteht dabei nicht nur zwischen den einzelnen Miteigentümern, sondern als mehrseitiges Vertragsverhältnis unter diesen und dem Inhaber des mit dem Rangvorbehalt belasteten Rechtes.

5. Im Zweifel wird daher anzunehmen sein, dass eine derartige stillschweigende Vereinbarung aller beteiligten Miteigentümer bzw. Bruchteilseigentümer untereinander und mit dem Gläubiger des mit dem Rangvorbehalt belasteten Rechtes dahingehend besteht, dass der Rangvorbehalt nur an allen betroffenen Grundstücken bzw. Miteigentumsanteilen zugleich zu Gunsten eines Gesamtrechtes ausgeübt werden darf, soweit die betroffenen Eigentümer nicht einer anderer Ausnutzung zustimmen oder bereits vorab durch besondere Vereinbarungen zugestimmt haben.

6. Durch die Entscheidung des OLG Hamm sind zumindest Zweifel an der Annahme einer derartigen stillschweigenden Vereinbarung aufgekommen. Sie können dadurch behoben werden, dass eine derartige Vereinbarung ausdrücklich getroffen wird.

7. Die Vereinbarung kann nach den Bedürfnissen des Einzelfalles modifiziert werden, zu denken sei an folgendes Beispiel: Einem Gesamtrecht an aufgeteilten Eigentumswohnungen dürfen Grundschulden bis zu einem bestimmten Betrag vorgehen, wobei es jedoch dem aufteilenden Veräußerer überlassen bleibt, nach seinem Belieben die einzelnen Wohnungen auch unterschiedlich mit Einzelrechten zu belasten, bis der Rangvorbehalt ausgeschöpft ist. Eine entsprechende Klausel ließe sich wie folgt formulieren:

„Vorbehalten bleibt das Recht, im Rang vor der vorstehend bewilligten Gesamtgrundschuld Gesamt- oder Einzelgrundpfandrechte mit einer Kapitalforderung bis zu insgesamt EUR ... und einer einmaligen Nebenleistung bis zu 10 % sowie Zinsen bis 20 % jährlich seit dem Tage der Beurkundung des den Vorrang ausnutzenden Grundpfandrechts eintragen zu lassen. Wird die Unterschrift unter der Bewilligung zur Eintragung des Grundpfandrechts beglaubigt, so ist für den Zinsbeginn der Tag der Beglaubigung maßgebend.

Der Rangvorbehalt ist mehrfach ausnutzbar. Der Rangvorbehalt ist dahingehend bedingt, dass er nur mit Zustimmung der Firma X ausgenutzt werden darf – sei es für Gesamtgrundpfandrechte an allen oder Einzelgrundpfandrechte an einzelnen oder mehreren der betroffenen Eigentumswohnungen – jeweils in beliebigen Teilbeträgen, die der Zustimmungsberechtigte bestimmt, bis der Rangvorbehalt insgesamt ausgeschöpft ist. Seine Eintragung bei der vorstehend bewilligten Gesamtgrundschuld wird bewilligt und beantragt.“

8. Fazit: Die Entscheidung des OLG Hamm ist nur dann zutreffend, wenn die im Regelfall anzunehmende stillschweigende Vereinbarung tatsächlich nicht bestanden haben sollte. Ausdrückliche Vereinbarungen sollten der nach der Entscheidung möglichen, aber doch willkürlich erscheinenden Einzelausnutzung des Rangvorbehalts vorbeugen. Eine entsprechende Klausel könnte lauten: „Der Rangvorbehalt ist dahingehend bedingt, dass seine Ausübung durch nur einen Miteigentümer der Zustimmung sämtlicher Miteigentümer bedarf.“

Notar Dr. Hans-Dieter Kutter, Nürnberg

5. BGB §§ 313, 727, 730, 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 (*Ausgleich einer Zuwendung in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bei Tod des Zuwendenden*)

**Hat der gemeinschaftsbezogenen Zuwendung in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Vorstellung oder Erwartung zugrunde gelegen, die Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung sie allein gedient hat, werde Bestand haben, entfällt die Geschäftsgrundlage nicht dadurch, dass die Lebensgemeinschaft durch den Tod des Zuwendenden ein natürliches Ende gefunden hat.**

**Hat der Zuwendende das Vermögen des anderen in der Erwartung vermehrt, an dem erworbenen Gegenstand im Rahmen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft langfristig partizipieren zu können, schließt der Tod des Zuwendenden eine Zweckverfehlung i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB regelmäßig aus.**

BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Kläger machen u. a. im Wege der Rechtsnachfolge Ausgleichsansprüche wegen Zuwendungen im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geltend.

Die Kläger sind alleinige Erben ihres am 14.4.1999 verstorbenen Vaters (im Folgenden: Erblasser), nachdem sie ihre während dieses Prozesses verstorbene Mutter zu gleichen Teilen beerbt haben. Der Erblasser war bei seinem Tode mit der Mutter der Kläger verheiratet, lebte aber schon längere Zeit mit der Beklagten in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Der Erblasser und die Beklagte erwarben im Jahr 1993 ein Hausgrundstück zu gleichen Teilen. Auf den Kaufpreis von 275.000 DM zuzüglich Nebenkosten wurden 120.000 DM in bar gezahlt. Den restlichen Kaufpreis finanzierte der Erblasser mit einem von ihm allein aufgenommenen Darlehen i. H. v. 160.678 DM. Nachdem zunächst beide Partner als Miteigentümer zu je  $\frac{1}{2}$  ins Grundbuch eingetragen worden waren, erwarb die Beklagte 1994 auf der Grundlage des notariellen Vertrages vom 10.5.1994 (im Folgenden: Vertrag) den  $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil des Erblassers und wurde anschließend im Januar 1995 als Alleineigentümerin im Grundbuch eingetragen. In dem Vertrag verpflichtete sich die Beklagte, anstelle des Erblassers in seine Darlehensverpflichtung einzutreten (§ 2 Ziffer 1 des Vertrages), nicht ohne Zustimmung des Erblassers zu seinen Lebzeiten über den erworbenen Grundbesitzanteil zu verfügen (§ 2 Ziffer 2 des Vertrages) sowie – für den Fall der Beendigung der Lebensgemeinschaft und des Auszuges des Erblassers – ihm einen  $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil an dem Grundbesitz zu übereignen (§ 3 des Vertrages). Daneben vereinbarten die Partner, dass der – im Fall des Verstößes gegen das vorgenannte Verfügungsverbot entstehende – Rückübertragungsanspruch des Erblassers nicht vererblich sei. Ferner wurde dem Erblasser ein lebenslanges unentgeltliches Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht in dem betreffenden Wohnhaus eingeräumt (§ 2 Ziffer 3 des Vertrages).

Das LG hat die Klage, welche die Kläger zunächst maßgeblich auf Pflichtteilsergänzungsansprüche gestützt hatten, abgewiesen. Von einer Schenkung, die Voraussetzung für den geltend gemachten Anspruch sei, könne nicht ausgegangen werden. Zweitinstanzlich haben die Kläger ihre Klage zudem auf ererbte Ausgleichsansprüche ge-

stützt, die dem Erblasser wegen seiner Barzahlung von insgesamt 120.000 DM auf den Kaufpreis der Immobilie und wegen gezahlter Darlehensraten auf das Hausdarlehen von zusammen 71.443,75 DM zugestanden hätten und die er der Beklagten erlassen habe. Hinzu kämen Zuwendungen im Zusammenhang mit einer dem Erblasser 1996 ausgezahlten und von ihr vereinnahmten Lebensversicherung i. H. v. mindestens 22.000 DM.

*Aus den Gründen:*

(...)

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung.

(...)

## II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung und den Angriffen der Revision in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hatte der Erblasser gegen die Beklagte wegen der Zahlung des Betrages von 120.000 DM auf den Grundstückskaufvertrag von 1993, der eine gesamtschuldnerische Haftung der Partner vorsah, gemäß § 426 Abs. 1 BGB keinen Ausgleichsanspruch i. H. v. 60.000 DM, der auf die Kläger als Erben übergegangen sein könnte.

Nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB sind die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Eine anderweitige Bestimmung im Sinne dieser Vorschrift braucht sich nicht notwendig aus einer besonderen Vereinbarung der Beteiligten, sondern kann sich auch aus der Natur der Sache oder aus dem Inhalt und Zweck des infrage stehenden Rechtsverhältnisses ergeben (BGHZ 77, 55, 58). Bei der Beurteilung der Frage, ob im Verhältnis zwischen dem Erblasser und der Beklagten aus der Zeit ihres Zusammenlebens noch etwas auszugleichen war, kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Erblasser die Zahlung mit Rücksicht auf die Partnerschaft geleistet hat, um das Wohngrundstück für sich und die Beklagte als Mittelpunkt für ihre gemeinschaftliche Lebensführung vorzuhalten.

Bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stehen die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensmäßige Handeln der Partner bestimmen. Eine Ausgleichspflicht nach Kopfteilen, wie sie § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB vorsieht, wird daher den tatsächlichen Verhältnissen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht gerecht; durch deren Eigenart ist vielmehr „ein anderes“ dahin „bestimmt“, dass die Leistung, die ein Partner im gemeinsamen Interesse erbracht hat, jedenfalls dann, wenn – wie hier – darüber nichts vereinbart worden ist, von dem anderen Teil nicht nach § 426 Abs. 2 BGB auszugleichen ist (BGHZ 77, 55, 59). Das Gesamtschuldverhältnis wird mithin durch die nichteheliche Lebensgemeinschaft überlagert (so schon für den Fall der ehelichen Lebensgemeinschaft, Senatsurteil vom 30.11.1994, XII ZR 59/93, FamRZ 1995, 216, 217). Dass es sich vorliegend um ein grundlegendes, außergewöhnliches Geschäft gehandelt hat, ändert an dieser Bewertung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nichts.

2. Der Sache nach ist die vom Erblasser zugunsten der Beklagten erbrachte Leistung als gemeinschaftsbezogene Zuwendung zu qualifizieren. Solche Zuwendungen unter Partnern in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind – wenn die Partner nichts Besonderes geregelt haben – nur unter

bestimmten Voraussetzungen auszugleichen. So kann etwa ein Ausgleich nach den Vorschriften über die bürgerlichrechtliche Gesellschaft in Betracht kommen. Zudem sind nach der geänderten Rechtsprechung des Senats Ansprüche nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage und aus ungerechtfertigter Bereicherung möglich. Aber auch insoweit liegen die Voraussetzungen für eine Ausgleichspflicht nicht vor.

Nach früher ständiger Rechtsprechung waren gemeinschaftsbezogene Zuwendungen der Partner – auch jenseits eines Anspruches auf Gesamtschuldnerausgleich – grundsätzlich nicht auszugleichen. Dabei wurde darauf abgestellt, bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stünden die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensbezogene Handeln der Partner bestimmten und daher nicht nur in persönlicher, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht grundsätzlich keine Rechtsgemeinschaft bestehe. Wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt hätten, würden dementsprechend persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet. Beiträge würden geleistet, sofern Bedürfnisse aufträten und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage sei. Gemeinschaften dieser Art sei – ähnlich wie einer Ehe – die Vorstellung grundsätzlich fremd, für Leistungen im gemeinsamen Interesse könnten ohne besondere Vereinbarung „Gegenleistung“, „Wertersatz“, „Ausgleich“ oder „Entschädigung“ verlangt werden (BGHZ 177, 193, 199 Tz. 17 m. w. N. zur früheren Rechtsprechung). Allerdings war auch schon nach der bisherigen Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch möglich (vgl. BGH, Urteil vom 21.7.2003, II ZR 249/01, FamRZ 2003, 1542, 1543; Senatsurteil BGHZ 165, 1, 9 f.).

Diese Rechtsprechung hat der Senat in seinen Urteilen vom 9.7.2008 (BGHZ 177, 193 und XII ZR 39/06, FamRZ 2008, 1828) dahin geändert, dass die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen auch einen Anspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) und aus ungerechtfertigter Bereicherung haben können.

3. Die Gründe des Berufungsurteils vermögen einen Ausgleichsanspruch nach den Vorschriften über die bürgerlichrechtliche Gesellschaft nicht zu rechtfertigen.

Danach kommt ein Ausgleich nur in Betracht, wenn die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag geschlossen haben. Voraussetzung hierfür ist ein entsprechender Rechtsbindungswille (Senatsurteil BGHZ 165, 1, 10; 177, 193, 199 Tz. 18). Ein Ausgleich nach den Regeln der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft kann in Betracht kommen, wenn die Partner die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes, etwa einer Immobilie, einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch wirtschaftlich gemeinsam gehören sollte. Dabei wird im Rahmen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht vorausgesetzt, dass sie einen über den typischen Rahmen dieser Gemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen (Senatsurteil BGHZ 142, 137, 146; 177, 193, 200 Tz. 20). Geht der Zweck hierüber nicht hinaus, kann allerdings nicht ohne weiteres von einem für das Vorliegen einer Innengesellschaft erforderlichen Rechtsbindungswillens ausgegangen werden (Senatsurteil BGHZ 177, 193, 201 Tz. 22).

Feststellungen, die hiernach einen Auseinandersetzungsanspruch rechtfertigen könnten, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Allein aus dem Umstand, dass es sich vorliegend um „eine weit reichende, risikobehaftete Entscheidung der Beteiligten“ handelte, „die geeignet war, tief in die Lebensführung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft einzugreifen und für beide Teile angesichts der eingegangenen Darlehensverpflichtung risikobehaftet war“, kann nicht auf den Abschluss eines entsprechenden Gesellschaftsvertrags geschlossen werden. Die Tatsache, dass der Erblasser mit dem notariellen Vertrag vom 10.5.1994 der Beklagten zusätzlich noch seinen 1/2-Miteigentumsanteil an dem Grundstück übertragen hat und ihm im Gegenzug das Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht eingeräumt worden ist, spricht vielmehr gegen das Vorliegen eines entsprechenden Gesellschaftsvertrages (vgl. BGHZ 84, 361, 367 zur Auseinandersetzung von Ehegatten bei Gütertrennung; von Proff, NJW 2008, 3266, 3267).

4. Die Ausführungen des Berufungsgerichts vermögen ferner auch keine Ausgleichsansprüche nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zu begründen.

a) Soweit der gemeinschaftsbezogenen Zuwendung die Vorstellung oder Erwartung zugrunde lag, die Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung sie gedient hat, werde Bestand haben, kommt nach der neuen Rechtsprechung des Senats auch ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht (§ 313 BGB). Die Rückabwicklung erfasst etwa Fälle, in denen kein gemeinschaftlicher Vermögenswert geschaffen worden und es damit nicht zu gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüchen gekommen ist (vgl. Senatsurteil BGHZ 177, 193, 208). Die Rückabwicklung hat allerdings nicht zur Folge, dass bei Scheitern der Beziehung sämtliche Zuwendungen auszugleichen wären. Auszuscheiden sind die im Rahmen des täglichen Zusammenlebens ersatzlos erbrachten Leistungen.

Hat der gemeinschaftsbezogenen Zuwendung des verstorbenen Partners die Vorstellung oder Erwartung zugrunde gelegen, die Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung sie allein gedient hat, werde Bestand haben – wofür hier die Regelungen des notariellen Vertrages vom 10.5.1994 sprechen –, führt der Tod des Zuwendenden allerdings nicht zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (ebenso *M. Schwab*, ZJS 2009, 115, 122; siehe auch *Coester*, JZ 2008, 315, 316). Denn die Lebensgemeinschaft hatte – aus Sicht des Zuwendenden – solange Bestand, bis sie durch seinen Tod ein natürliches Ende gefunden hat (vgl. BGHZ 77, 55, 60). Die Gemeinschaft ist also nicht gescheitert. Es erschließt sich nicht, wieso mit dem Ableben des Zuwendenden sein (früherer) Partner zu einem Ausgleich verpflichtet sein sollte, auf den der Zuwendende zu Lebzeiten selbst keinen Anspruch gehabt hätte.

Ein Anspruch aus § 313 BGB wäre hingegen denkbar, wenn die Lebensgemeinschaft durch den Tod des Zuwendungsempfängers beendet worden ist. Denn in diesem Fall kann der Zuwendende nicht mehr an dem Vermögensgegenstand partizipieren.

b) Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt in den Fällen, in denen – wie hier – die nichteheliche Lebensgemeinschaft durch den Tod des Zuwendenden beendet worden ist, allenfalls dann in Betracht, wenn die Geschäftsgrundlage über den oben dargestellten Rahmen hinausgehen sollte. Dies wird allerdings nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Jedenfalls in den Fällen, in denen sich der Zuwendende von seiner Ehefrau abgewandt und dauerhaft einer neuen Partnerin zugewandt hat, der er – sukzessive – das

Alleineigentum an einem gemeinsam bewohnten Hausgrundstück übertragen hat, wird er mit seiner Zuwendung in aller Regel auch die Vorstellung verbunden haben, die betreffenden Vermögenswerte der Ehefrau auch für den Erbfall zu entziehen (vgl. *von Proff*, NJW 2008, 3266, 3269; *Coester*, JZ 2008, 315, 316).

Dass dies auch im vorliegenden Fall so gewesen ist, ergibt sich aus den Regelungen des notariellen Vertrages vom 10.5.1994.

Der Vertrag hat ausdrücklich zwar nur die spätere Übertragung des zunächst noch beim Erblasser verbliebenen 1/2-Miteigentumsanteils auf die Beklagte zum Gegenstand. Aus dieser Vereinbarung, auf die das Berufungsgericht nicht näher eingegangen ist und die deshalb vom Senat selbst auszulegen ist, lassen sich indes auch Rückschlüsse auf die erste Zuwendung (Zahlung des Kaufpreises) ziehen. Denn der Vertrag stellt sich ersichtlich als Schlusspunkt einer sich konsequent abzeichnenden Entwicklung dar: Zunächst war beabsichtigt, dass der Erblasser Alleineigentümer der Immobilie wird, dann wurde die Beklagte Miteigentümerin und schließlich Alleineigentümerin.

Den in dem Vertrag getroffenen Vereinbarungen ist zu entnehmen, dass die Partner für den Fall des Todes des Erblassers keinen, seinen Erben zugute kommenden, Ausgleichsanspruch wollten. Vielmehr sollte durch den Vertrag nur sichergestellt werden, dass der Erblasser die Immobilie zu Lebzeiten nutzen konnte. Dies geschah in Form des lebenslangen Wohnrechts (§ 2 Ziffer 3 des Vertrages) und für den Fall des Scheiterns der Beziehung und des Auszuges des Erblassers mittels eines dann entstehenden Rücküberweisungsanspruches (§ 3 des Vertrages). Demgegenüber sollte die Beklagte nach dem Tod des Erblassers über die Immobilie frei verfügen können (vgl. § 2 Ziffer 2 des Vertrages); einer irgendwie gearteten Ausgleichsverpflichtung sollte sie nicht unterliegen. Vielmehr sollte selbst ein bereits zugunsten des Erblassers entstandener Rücküberweisungsanspruch nicht vererblich sein (§ 2 Ziffer 2 des Vertrages).

5. Nach der geänderten Senatsrechtsprechung ist bei Leistungen, die über das hinausgehen, was das tägliche Zusammenleben erst ermöglicht, wie etwa die Erfüllung der laufenden Unterhaltsbedürfnisse oder die Entrichtung der Miete für die gemeinsam genutzte Wohnung, nunmehr im Einzelfall auch zu prüfen, ob ein Ausgleichsverlangen nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung bei Zweckverfehlung begründet ist (vgl. Senatsurteil BGHZ 177, 193, 206 Tz. 33). Die Feststellungen des Berufungsurteils vermögen aber auch einen Anspruch aus § 812 BGB nicht zu rechtfertigen.

a) Nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB besteht für den Empfänger einer Leistung die Pflicht zur Herausgabe der Zuwendung, sofern der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist. Ein Bereicherungsanspruch wegen Fehlschlagens dieser Erwartung setzt voraus, dass darüber mit dem Empfänger der Leistung eine Willensübereinstimmung erzielt worden ist; einseitige Vorstellungen genügen nicht. Eine stillschweigende Einigung in diesem Sinne kann aber angenommen werden, wenn der eine Teil mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt, der andere Teil dies erkennt und die Leistung entgegennimmt, ohne zu widersprechen (Senatsurteile BGHZ 115, 261, 262 f. m. w. N.; 177, 193, 206 Tz. 34).

Die danach erforderliche finale Ausrichtung der Leistung auf einen nicht erzwingbaren Erfolg wird sich innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder einer anderen auf Dauer angelegten Partnerschaft nur bezüglich solcher Zuwen-

dungen oder Arbeitsleistungen feststellen lassen, die deutlich über das hinausgehen, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt. Voraussetzung ist eine konkrete Zweckabrede, wie sie etwa dann vorliegen kann, wenn die Partner zwar keine gemeinsamen Vermögenswerte schaffen wollten, der eine aber das Vermögen des anderen in der Erwartung vermehrt hat, an dem erworbenen Gegenstand langfristig partizipieren zu können (Senatsurteil BGHZ 177, 193, 206 f. Tz. 35).

b) Zwar ergibt sich aus den im notariellen Vertrag vom 10.5.1994 getroffenen Vereinbarungen, mit denen sich der Erblasser die Nutzung des Objekts gesichert hat, dass er an der Immobilie partizipieren wollte. Es fehlt indes an einer Zweckverfehlung. Denn der mit dieser Zweckabrede einhergehende, von dem Zuwendenden verfolgte Zweck, zu Lebzeiten an dem Vermögensgegenstand partizipieren zu können, ist erreicht worden. Dass die Partner eine über den oben dargestellten Zweck hinausgehende Abrede getroffen haben, die einen Ausgleichsanspruch auch für den Fall des Todes des Erblassers begründen könnte, kann weder den getroffenen Feststellungen noch dem notariellen Vertrag vom 10.5.1994 entnommen werden. Auf das in diesem Kontext oben zum Wegfall der Geschäftsgrundlage Gesagte, das entsprechend gilt, wird verwiesen (siehe oben 4.).

6. Soweit die Kläger auf – über die Barzahlung von 120.000 DM hinausgehende – weitere Zuwendungen abgestellt haben, die sich nicht nur auf das der Beklagten übertragene Grundstück beziehen, ergibt sich ebenfalls kein Ausgleichsanspruch.

a) Hinsichtlich der vom Erblasser auf das Hausdarlehen gezahlten Raten und bezüglich behaupteter Einnahmen der Beklagten aus einer dem Erblasser zustehenden Lebensversicherung gilt das oben Gesagte entsprechend. Auch insoweit handelt es sich um gemeinschaftsbezogene Zuwendungen. Ein Ausgleichsanspruch scheidet daran, dass die Partner auch insoweit nicht als bürgerlichrechtliche Gesellschaft zu betrachten sind und dass es am Wegfall der Geschäftsgrundlage bzw. an einer Zweckverfehlung fehlt.

b) Hinsichtlich der übrigen Zuwendungen des Erblassers an die Beklagte, welche die Kläger zur weiteren Begründung ihrer Klage behauptet haben, scheidet ein Ausgleich ebenfalls aus.

Hierbei handelt es sich u. a. um Zahlungen des Erblassers auf gemeinsame Darlehen, die die Partner ausweislich der zur Akte gereichten Anlagen namentlich zur Anschaffung eines Pkw und für den Ausbau des Dachgeschosses aufgenommen haben. Daneben hat der Erblasser dem Vortrag der Kläger zufolge Versicherungs- sowie Gewinnsparbeiträge geleistet.

Dabei handelt es sich um Leistungen, die im Rahmen des täglichen Zusammenlebens ersatzlos erbracht werden, und die deshalb im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft weder nach § 313 BGB noch nach § 812 BGB auszugleichen sind (vgl. Senatsurteil BGHZ 177, 193, 206 f. Tz. 35 und 208 Tz. 40)

### III.

Die Klage hat auch keinen Erfolg, soweit die Kläger Pflichtteilergänzungsansprüche gemäß § 2329 BGB geltend machen.

1. Die hilfsweise gestellten Anträge auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück scheitern daran, dass der Erblasser der Beklagten seinen Miteigentumsanteil an der Immobilie nicht geschenkt hat. Dies wäre aber Voraussetzung für die Herausgabe zum Zwecke der Befriedigung i. S. v. § 2329 Abs. 1 BGB.

a) Zunächst hatten die Kläger ihren Antrag, die Beklagte möge die Zwangsvollstreckung in die betreffende Immobilie

dulden, damit begründet, der Erblasser habe der Beklagten sowohl den ersten als auch den zweiten 1/2-Miteigentumsanteil geschenkt. Das LG hat in seinem Urteil vom 23.1.2003 festgestellt, dass der Erblasser der Beklagten ihren ersten 1/2-Miteigentumsanteil an dem Grundstück nicht geschenkt habe. Dem sind die Kläger im weiteren Verfahren nicht entgegengetreten. Vielmehr haben sie ihren Antrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nur noch darauf gestützt, dass der Erblasser der Beklagten seinen 1/2-Miteigentumsanteil übertragen habe, also auf den Erwerb der zweiten Miteigentumshälfte.

b) In seinem – von ihm zumindest konkludent in Bezug genommenen – Urteil vom 29.1.2004 hat das Berufungsgericht ebenso wie zuvor das LG ausgeführt, dass der Erblasser den zweiten 1/2-Miteigentumsanteil der Beklagten nicht geschenkt habe.

aa) Das Berufungsgericht ist unter Anwendung des Niederstwertprinzips von einem indexierten Wert des übertragenen 1/2-Miteigentumsanteils von 150.000 DM ausgegangen. Dem hat es den – ebenfalls indexierten – Kapitalwert der lebenslangen Nutzung durch den Erblasser mit 63.967 DM und die Übernahme der Darlehensverbindlichkeit mit 80.500 DM (161.000 DM/2) gegenübergestellt. Ferner hat es die von der Beklagten übernommene Verpflichtung, das Grundstück zu Lebzeiten des Erblassers nicht zu veräußern, berücksichtigt und ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, das eine Schenkung begründen könnte, verneint.

bb) Das ist im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Unentbehrlich für die Annahme einer Schenkung i. S. v. § 516 BGB ist eine Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung (BGHZ 116, 178, 181; BGH Urteil vom 17.4.2002, IV ZR 259/01, FamRZ 2002, 883, 884). Der notarielle Vertrag vom 10.5.1994 bietet dafür keinen Anhalt. Dieser ist vielmehr mit „Kaufvertrag“ überschrieben. Zudem haben die Partner vereinbart, dass die Beklagte für die Übertragung des Miteigentumsanteils Gegenleistungen zu erbringen habe.

Die Einigung über eine zumindest teilweise Unentgeltlichkeit im Sinne einer gemischten Schenkung wird jedoch vermutet, wenn zwischen den Leistungen der einen und der anderen Seite objektiv ein auffälliges, grobes Missverhältnis besteht, das den Vertragsschließenden nicht verborgen geblieben sein kann (BGH, Urteil vom 17.4.2002, IV ZR 259/01, FamRZ 2002, 883, 884).

Das Vorliegen eines solchen Missverhältnisses hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht verneint.

Allerdings hätte das Berufungsgericht zur Bewertung von Leistung und Gegenleistung nicht das in § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB enthaltene Niederstwertprinzip heranziehen dürfen. Denn dieses dient der Bewertung des Pflichtteilergänzungsanspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 263/04, FamRZ 2006, 777, 778), verhält sich aber nicht zu der Frage, ob überhaupt eine Schenkung i. S. d. § 516 BGB vorliegt. Insoweit kommt es vielmehr auf die Wertverhältnisse beim Vollzug des Vertrages an (vgl. BGH, Urteil vom 17.4.2002, IV ZR 259/01, FamRZ 2002, 883, 884; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 68. Aufl., § 516 Rdnr. 13).

Stellt man auf die Wertverhältnisse bei Vollzug des Vertrages ab, unterlässt man also die Indexierung, ändert sich an dem vom Berufungsgericht gefundenen Ergebnis, wonach es an einem objektiven Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung fehlt, nichts. Zu korrigieren ist lediglich der Wert des 1/2-Eigentumsanteils auf 140.000 DM und des Wohn-

rechts auf 59.880 DM. Den Wert der von der Beklagten übernommenen Darlehensverpflichtung hatte das Berufungsgericht demgegenüber nicht indexiert.

Selbst wenn wegen der Einwendungen der Kläger davon auszugehen wäre, dass der Kapitalwert für die lebenslängliche Nutzung durch den Erblasser in die Vergleichsberechnung mit einem überhöhten Betrag eingestellt worden sei, würde die dadurch bedingte Verschiebung aufgrund eines weiteren, vom Berufungsgericht nicht berücksichtigten Umstandes zumindest kompensiert werden. Ausweislich des notariellen Vertrages vom 10.5.1994 war die Beklagte für den Fall der Beendigung der Lebensgemeinschaft und des Auszuges des Erblassers verpflichtet, ihm einen  $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil an dem Grundbesitz zu übereignen (§ 3 des Vertrages). Damit konnte sie auf den Bestand des ihr vom Erblasser übertragenen Miteigentumsanteils nicht vertrauen, was dessen Wert ebenfalls reduziert. Sofern die Kläger schließlich behauptet haben, der Erblasser habe trotz der Darlehensübernahme durch die Beklagte weiterhin auf das Darlehen gezahlt, ändert das nichts daran, dass sich die Beklagte durch die notarielle Vereinbarung verpflichtet hat, die Darlehen allein abzutragen.

2. Soweit die Kläger – zum Teil hilfsweise – Zahlungsanträge gestellt haben, um ihre Ansprüche aus § 2329 Abs. 1 BGB zu begründen, sind diese verjährt.

a) Gemäß § 2332 Abs. 2 BGB verjährt der nach § 2329 BGB dem Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten zustehende Anspruch in drei Jahren von dem Eintritt des Erbfalls an.

Der Erbfall ist am 14.4.1999 eingetreten. Nachdem die Kläger mit ihrer Klage zunächst Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück begehrt hatten, haben sie erstmals mit Schriftsatz vom 1.10.2002, also nach Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist, einen Zahlungsantrag gestellt. Ihre Zahlungsanträge haben die Kläger im Wesentlichen damit begründet, der Erblasser habe der Beklagten verschiedene Ausgleichsansprüche erlassen.

Damit greift die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 12.1.2006 erhobene Verjährungseinrede durch.

b) Die Verjährung ist nicht durch den – rechtzeitig gestellten – Antrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung gehemmt bzw. nach früherem Recht unterbrochen worden. Denn insofern handelt es sich um einen anderen Streitgegenstand.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist sowohl für den Umfang einer Hemmung der Verjährung als auch für den Umfang der Rechtskraft der den prozessualen Anspruch bildende Streitgegenstand maßgebend, der durch den Klageantrag und den zu seiner Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalt bestimmt wird (BGH, Urteil vom 11.3.2009, IV ZR 224/07, NJW 2009, 1950, 1951 Tz. 12; siehe auch BGHZ 132, 240, 243; BGH, Urteil vom 8.5.2007, XI ZR 278/06, NJW 2007, 2560, 2561). Anhand der inhaltlichen Angaben in der Klage muss es möglich sein, den Anspruch, dessen Verjährung unterbrochen werden soll, zweifelsfrei zu identifizieren.

Vorliegend beziehen sich der Antrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung einerseits und der Zahlungsantrag andererseits auf unterschiedliche Streitgegenstände. Sowohl die Klageanträge als auch die zu ihrer Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalte unterscheiden sich deutlich. Während die Kläger den Duldungsantrag damit begründet haben, der Erblasser habe der Beklagten den Miteigentumsanteil an dem Grundstück geschenkt, liegt dem Zahlungsantrag ein Erlass von Ausgleichsforderungen zugrunde. Zwar gibt es insoweit Überschneidungen, als die Zahlungen jedenfalls teilweise auf den Kaufpreis der Immobilie bzw. auf das zu ihrer Finanzie-

rung aufgenommene Darlehen geleistet wurden. Das allein genügt indessen nicht, um eine Hemmungs- bzw. Unterbrechungswirkung zu bejahen.

### Anmerkung:

1. Mit dem vorstehenden Urteil bestätigt der BGH die mit seiner Entscheidung vom 9.7.2008<sup>1</sup> eingeschlagene Linie im Hinblick auf Ausgleichsansprüche bei der Beendigung nichteheleicher Lebensgemeinschaften. Der BGH hatte damals Ansprüche auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage abgelehnt, jedoch die Anwendbarkeit von § 313 BGB bzw. bereicherungsrechtlichen Ansprüchen aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 (Zweckverfehlungskondition) grundsätzlich bejaht. In Ergänzung hierzu stellt der BGH nunmehr fest, dass die nichteheleiche Lebensgemeinschaft als solche eine anderweitige Bestimmung i. S. d. § 426 Abs. 1 BGB darstellt, die Vermutung der hälftigen Beteiligung also durch deren tatsächliches Bestehen überlagert wird.

2. Konsequenter- und richtigerweise hält der BGH im Rahmen der unterschiedlichen, vom Kläger aufgeworfenen Transferleistungen bei den sog. gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen innerhalb der nichteheleichen Lebensgemeinschaft an seiner bisherigen Differenzierung fest. Der Begriff der gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen wurde insbesondere in der Grundsatzentscheidung des BGH vom 9.7.2008 geprägt. Nach wie vor unterscheidet der BGH zwischen Verfügungen im Bereich des täglichen Lebens, die per se keinem Ausgleich unterliegen, und solchen Zuwendungen, die weit über diesen Rahmen hinausgehen und bei einem oder beiden Partnern zur dauerhaften Bildung von Vermögenswerten geführt haben, die das Ende der Lebensgemeinschaft überdauern und unter Umständen Ausgleichsansprüche begründen können.

Erstere liegen etwa in der Bedienung des zum Erwerb der Immobilie aufgenommenen Finanzierungsdarlehens; hier entspricht es auch der allgemeinen Lebenserfahrung, dass im Rahmen des täglichen Zusammenlebens und des gemeinsamen Wirtschaftens die jeweiligen Leistungen – gleich ob finanzieller oder sonstiger Natur – als gleichwertig angesehen und damit wenigstens konkludent Ausgleichsansprüche von vornherein unter den Partnern abbedungen werden. Letztere sieht er etwa in der überhälftigen Einmalzahlung im Rahmen des Erwerbs der Immobilie. Insofern kann dem vorliegenden Urteil die Klarstellung entnommen werden, dass die Art und Weise der Zahlung irrelevant ist, demnach auch eine Einmalzahlung wie hier etwa die über den Hälfteanteil der Immobilie hinaus vorgenommene Barzahlung durch den verstorbenen Partner eine solche – nur in Ausnahmefällen auszugleichende – gemeinschaftsbezogene Zuwendung darstellt.<sup>2</sup> Entscheidend ist demnach die Einordnung der Zuwendung in das „Koordinatensystem“ des BGH im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nichteheleicher Lebensgemeinschaften, der Form der Zuwendung ist hierfür höchstens indizielle Bedeutung beizumessen.

3. Der BGH kommt – im konkreten Fall richtigerweise – bei der Prüfung möglicher Anspruchsgrundlagen, insbesondere im Rahmen des § 313 BGB sowie § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB, zum Ergebnis, dass der Tod des Zuwendenden nicht zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führt. Auch sei eine Zweckverfehlung nicht anzunehmen, da die finale Ausrichtung der Partner im Hinblick auf die gemeinsame Nutzung als Zweckbestimmung erreicht und gerade nicht verfehlt

<sup>1</sup> MittBayNot 2009, 137 ff. m. Anm. *Bruch*; v. *Proff*, RNotZ 2008, 618.

<sup>2</sup> So bereits BGH, NJW 2008, 443, 445.

worden ist. Vor einer Verallgemeinerung dieses Gedankens kann jedoch nur gewarnt werden.<sup>3</sup> Sieht man die Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) bzw. die gemeinsame Zweckbestimmung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB) im Bereich des Immobilienerwerbs zur (überwiegend) privaten Nutzung ausschließlich in der geplanten bzw. durchgeführten gemeinsamen Partizipation am erworbenen Vermögensgegenstand<sup>4</sup>, werfen gedankliche Modifikationen des dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalts Zweifel an der allgemeinen Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses auf: Beseitigt ein erheblicher Altersunterschied zwischen den Lebenspartnern den vorgeannten Grundsatz, da man naturgemäß davon ausgehen muss, dass die Beendigung der Lebensgemeinschaft durch deren „natürliches Ende“ deutlich früher kommt? Wie ist gar ein überraschender Tod unmittelbar im Anschluss an die Zuwendung zu behandeln? In beiden Fällen ließe sich sicherlich auch die (zeitlich verfestigte) gemeinsame Nutzung als Zweckbestimmung im Rahmen der Zuwendung mit Recht bezweifeln. Umso mehr dürfte dies gelten, wenn beim Zuwendenden eine schwere Erkrankung vorliegt, wie dies etwa der Entscheidung vom 31.10.2007<sup>5</sup> zugrunde lag.

Nicht umsonst führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung als weiteres Hilfsargument an, dass die Ausgestaltung, insbesondere bei der Übertragung des weiteren Miteigentumsanteils auf die Partnerin, in einem späteren Akt zeige, dass den Erben dieses Vermögen nicht zukommen solle. Eine Verallgemeinerung der Leitsätze des BGH ist daher nicht zu empfehlen, was umgekehrt natürlich in der notariellen Praxis im Hinblick auf die fortbestehende rechtliche Unsicherheit einen erheblichen Beratungs- und Gestaltungsbedarf bedeutet.

4. Auch die in einem Nebensatz aufgeworfene Anmerkung des BGH, wonach die umgekehrte Konstellation – der Tod des Zuwendungsempfängers – Ausgleichsansprüche aus § 313 BGB bzw. § 182 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 BGB begründen könne, ist mit der gebotenen Vorsicht zu lesen; im Gegenteil dürften auch in diesem Fall Ausgleichsansprüche eher die Ausnahme darstellen.

Der BGH stellt bei der Verneinung der Anwendbarkeit von § 313 BGB darauf ab, dass die Partnerschaft bis zum natürlichen Ende (Tod) weiter bestanden hätte, insofern kein Scheitern dieser Beziehung vorliege. An dieser Betrachtungsweise ändert sich durch den Tod des Zuwendungsempfängers nichts. Sieht man hingegen die Partizipation am gemeinsam erworbenen Vermögensgegenstand als Geschäftsgrundlage bzw. Zweckbestimmung, zeigt gerade die hier entschiedene Konstellation, dass von einem Wegfall bzw. einer Zweck-

verfehlung wohl kaum die Rede sein kann: Abgesehen von der jahrelangen gemeinsamen Nutzung als erreichtes „Ziel“ zeigt die Einräumung des Wohnungsrechts im Rahmen der Übertragung der zweiten Haushälfte gerade, dass auch hier Ausgleichsansprüche nicht Bestandteil der internen Regelungen der Partner waren. Denn die vereinbarte Rückübertragung im Falle der Trennung sicherte diesen Fall bereits ab; wurde dennoch ein Wohnungsrecht am Objekt vereinbart, konnte dies ja nur für den Fall des Ablebens des Eigentümers (Partnerin und Zuwendungsempfänger) einen sinnvollen Anwendungsbereich erlangen. Im Gegenteil wird bei Erwerben zum Zwecke der gemeinsamen Partizipation den Partnern bewusst sein, dass die Partnerschaft durch den Tod beider Partner enden kann; der Parteiwille wird gerade in den Hausaufällen darauf abzielen, über den Tod hinaus insgesamt am Vertragsobjekt partizipieren zu können, was bei vertraglichen Wohnungsrechten unzweifelhaft der Fall ist, aber auch bei reinen Miteigentümlösungen über die §§ 741 ff. BGB häufig anzunehmen sein wird. Der Tod des Zuwendungsempfängers wird demnach vor allem dann Ansprüche begründen können, wenn der Zuwendende von der Partizipation insgesamt ausgeschlossen ist.

5. Ein für die Gestaltungspraxis sehr wichtiger Gesichtspunkt hingegen musste vom BGH nicht entschieden werden – die Frage von Pflichtteils(ergänzungs)ansprüchen im Rahmen der Finanzierung der ersten Miteigentumshälfte. Nach Ansicht des BGH war insofern bereits Verjährung eingetreten.<sup>6</sup> Bei der rechtlichen Beurteilung dürfte sicherlich davon auszugehen sein, dass die vorliegende gemeinschaftsbezogene Zuwendung entsprechend der Rechtsprechung zu unbenannten Zuwendungen zwischen Ehegatten im Pflichtteilsrecht als Schenkung i. S. d. § 2325 Abs. 1 BGB gewertet werden muss<sup>7</sup>. Eine analoge Anwendung des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB im Hinblick auf die Ehegattenzuwendung erscheint vor dem Schutzzweck der Regelung zwar keinesfalls als ausgeschlossen<sup>8</sup>, wird jedoch von der herrschenden Meinung abgelehnt<sup>9</sup>. Im Hinblick auf die geänderte Rechtsprechung des BGH gerät allerdings die Begründung des BVerfG<sup>10</sup>, wonach die Differenzierung zwischen einer Schenkung an den Ehegatten und den nichtehelichen Lebenspartner nicht gegen Art. 3, 6 Abs. 1 GG verstoße, zunehmend ins Wanken. Das Argument, das typische Fehlen von ehelichen Bindungen, Pflichten und Auflösungshemmnissen bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften sei insofern ein sachliches Differenzierungskriterium,<sup>11</sup> lässt sich nur noch erschwert aufrechterhalten. Denn der BGH erkennt nunmehr ausdrücklich auch innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein (vermögensrechtlich) schutzwürdiges Ver-

<sup>3</sup> So aber *Schwab*, ZJS 2009, 115, 122; wohl auch v. *Proff*, NJW 2008, 3266, 3269; a. A. etwa *Grziwotz*, FamRZ 2008, 1828, 1830.

<sup>4</sup> Bei einem darüber hinausgehenden Zweck – wenn also der Investitionsgedanke im Vordergrund steht – kommen nach wie vor Ausgleichsansprüche im Rahmen einer Lebenspartnerinnengesellschaft in Betracht, wenn ein entsprechender Rechtsbindungswille vorliegt. Davon kann ausgegangen werden, wenn die Partner die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstands, etwa einer Immobilie, einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch wirtschaftlich gemeinsam gehören sollte (BGH, NJW 2008, 3277). Im gemeinsamen Hausbau bzw. -erwerb mit dem Ziel der gemeinsamen Nutzung dürfte jedoch in Zukunft die Annahme einer solchen Innengesellschaft ausgeschlossen sein (vgl. auch *Schwab*, ZJS 2009, 115, 117). Kautelarjuristisch birgt allerdings gerade im Bereich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft die vertraglich vereinbarte Form der Außengesellschaft deutliche Vorzüge; hierzu *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100 ff.; v. *Proff*, RNotZ 2008, 313, 325.

<sup>5</sup> BGH, NJW 2008, 443.

<sup>6</sup> Kritisch hierzu *Muscheler*, ZEV 2010, 151. § 2332 Abs. 1 BGB hat nach der Änderung der Erb- und Verjährungsregeln im Erbrecht durch Gesetz vom 4.9.2009 (BGBl 2009 I, S. 1412) nurmehr für den Beginn des Fristenlaufs Bedeutung, da hier nach wie vor der Erbfall maßgeblich ist.

<sup>7</sup> v. *Proff*, RNotZ 2008, 462, 275.

<sup>8</sup> Nach Prot. V 587, 588 entsprang die Einfügung des § 2325 Abs. 3 Hs. 2 BGB der Erwägung, dass bei Schenkungen unter Ehegatten der verschenkte Gegenstand tatsächlich gemeinschaftliches Vermögen bleibe, der Schenker also während der Ehe auch nach der Schenkung den Genuss desselben nicht zu entbehren hat. Die Situation ist – bedingt durch die gesellschaftlichen Veränderungen und der vollständigen Akzeptanz der nichtehelichen Lebensgemeinschaft – mit der einer verfestigten Lebensgemeinschaft zweifelsohne vergleichbar.

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1996, 3156; MünchKommBGB/Lange, § 2325 Rdnr. 67; *Dieckmann*, FamRZ 1995, 189, 191.

<sup>10</sup> BVerfG, NJW 1991, 217.

<sup>11</sup> BVerfG a. a. O.

trauen auf deren Bestand an und lässt auch im Hinblick auf die hohe Scheidungsrate in Deutschland eine differenzierende Behandlung im Verhältnis zur Ehe nicht mehr zu.<sup>12</sup> Allerdings gilt es festzuhalten, dass im Hinblick auf die vielfältigen Ausgestaltungsformen von Lebensgemeinschaften eine echte Vergleichbarkeit im Hinblick auf den Schutzzweck der Regelung nur bei der verfestigten, eheersetzenden bzw. in deren Vorfeld eingegangenen Lebensgemeinschaft gegeben ist. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte daher nach wie vor eine analoge Anwendung abgelehnt werden. Interessengerechte Ergebnisse lassen sich immer noch über eine Anknüpfung an den Leistungserfolg im Rahmen des § 2325 BGB erzielen. Denn auch nach der Neuregelung des § 2325 BGB durch Gesetz vom 24.9.2009<sup>13</sup> ist nach wie vor für den Fristenlauf Voraussetzung, dass die Schenkung als vollzogen anzusehen ist.<sup>14</sup> Der BGH argumentiert, dass zum Eigentum auch rechtlich neben der Möglichkeit, es zu veräußern (oder seine Veräußerung zu verbieten), die Befugnis gehört, es zu nutzen. Eine Leistung im Sinne eines fristauslösenden Ereignisses bei § 2325 BGB setze daher voraus, dass der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im Wesentlichen weiterhin zu nutzen.<sup>15</sup> Zwar hat sich der Erblasser durch die Zahlung im Hinblick auf den ursprünglichen Miteigentumsanteil der Partnerin endgültig aus seinem Vermögen ausgegliedert, doch würde diese Betrachtung zu kurz zielen: Hintergrund der Rechtsprechung des BGH ist die Ausgliederung des Vermögens als solches, so dass die Immobilie insgesamt betrachtet werden muss. Hierbei ist zum einen objektiv festzustellen, dass die §§ 741 ff. BGB dem Erblasser eine gleichberechtigte Mitnutzung des Objekts ermöglichten. Dies alleine reicht zwar im Hinblick auf die Auseinandersetzungsmöglichkeiten nach §§ 749 BGB, 180 ZVG per se noch nicht aus. Im Rahmen der bestehenden nichtehelichen Lebensgemeinschaft kommt jedoch als subjektives Element hinzu, dass durch die Gestaltung ein Entäußerungswille gerade nicht vorhanden war, da die Mitnutzung ja im Rahmen einer nichtehelichen Partnerschaft erfolgte. Dem Erwerb als Gemeinschaft lag daher eine (mindestens) konkludent geschlossene Nutzungsvereinbarung über die gemeinsame Nutzung auf die Dauer der Lebensgemeinschaft zugrunde. Entsprechend der zur Überlassung unter Nießbrauchsvorbehalt entwickelten Rechtsprechung und Folgeliteratur ist in diesen Fällen ein Fristenlauf nicht anzunehmen.<sup>16</sup>

6. Zu guter Letzt ist auf die schenkungsteuerliche Problematik der vorstehenden Konstellation hinzuweisen. Soweit der Rahmen des Bereichs, der dem Abrechnungsverbot im Sinne der Diktion des BGH unterliegt, überschritten wird, ist bei gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen von einer schenkungsteuerpflichtigen Zuwendung auszugehen.<sup>17</sup> Die Anwendbarkeit von § 13 Nr. 12 bzw. 13 Nr. 4 a ErbStG kommt nach derzeitiger Rechtslage nicht in Betracht.<sup>18</sup>

Notar Dr. Jürgen Schlögel, Vilshofen

<sup>12</sup> BGH, NJW 2009, 137, 140.

<sup>13</sup> BGBl 2009 I, S. 3142.

<sup>14</sup> MünchKommBGB/Lange, § 2325 BGB Rdnr. 62.

<sup>15</sup> BGH, NJW 1994, 1791, 1792.

<sup>16</sup> Vgl. bereits v. Olshausen, FamRZ 1995, 717, 719.

<sup>17</sup> Grziwotz, FamRZ 2008, 1828, 1830.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu bereits Schlögel, MittBayNot 2009, 100, 104.

6. BGB §§ 181, 1795 Abs. 2 (*Ein Ergänzungspfleger bei der Übertragung von Kommanditanteilen eines Elternteils auf mehrere Kinder*)

**Anders als bei dem Eintritt mehrerer Kinder in eine Kommanditgesellschaft durch Aufnahmevertrag kann bei der Übertragung von Kommanditanteilen eines Elternteils im Wege der Sonderrechtsnachfolge ein Ergänzungspfleger mehrere minderjährige Kinder vertreten (Abgrenzung zu BayObLG, FamRZ 1959, 125, 126).**

OLG München, Beschluss vom 17.6.2010, 31 Wx 070/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notar Dr. *Till Schemmann*, München

Im Handelsregister ist die H. Immobilien KG eingetragen. Gegenstand des Unternehmens ist gewerblicher Grundstückshandel. Persönlich haftende Gesellschafterin ist die Beteiligte zu 1, Kommanditist der Beteiligte zu 2. Die Beteiligten zu 1 und 2 sowie die für die beiden minderjährigen Beteiligten zu 3 und 4 handelnde Ergänzungspflegerin meldeten zur Eintragung in das Handelsregister an:

„Der Kommanditist (Beteiligter zu 2) ist aus der Gesellschaft ausgeschieden. Er hat seinen Kommanditanteil von ... im Wege der Sonderrechtsnachfolge mit dinglicher Wirkung ab Eintragung dieser Tatsache im Handelsregister übertragen auf seine Kinder

(Beteiligter zu 3) ... geboren ... 2001 zu ...

(Beteiligter zu 4) ... geboren ... 2001 zu ...“

Mit Zwischenverfügung vom 18.2.2010 beanstandete das Registergericht, die Anmeldung sei durch die gesetzlichen Vertreter der Beteiligten zu 3 und 4 vorzunehmen; es sei für jeden Minderjährigen ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Ferner wurde eine familiengerichtliche Genehmigung verlangt, die inzwischen vorliegt. Mit der Beschwerde machen die Beteiligten geltend, der angemeldete Erwerb von Kommanditanteilen durch Sonderrechtsnachfolge stelle kein Rechtsgeschäft der beiden Erwerber miteinander dar, so dass die Ergänzungspflegerin beide Kinder habe vertreten können.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet. Entgegen der Auffassung des Registergerichts steht der Eintragung nicht entgegen, dass die beiden minderjährigen Beteiligten zu 3 und 4 von derselben, für beide bestellten Ergänzungspflegerin vertreten werden. Diese war nicht nach § 1795 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB gehindert, beide Kinder bei dem Erwerb der bestehenden Kommanditanteile im Wege der Sonderrechtsnachfolge zu vertreten.

1. Zwar ist allgemein anerkannt, dass für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zwischen Eltern und mehreren minderjährigen Kindern jedes Kind durch einen eigenen Ergänzungspfleger vertreten sein muss. Durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages werden Rechtsbeziehungen zwischen sämtlichen Gesellschaftern, auch zwischen den einzelnen Kommanditisten, begründet, so dass ein Rechtsgeschäft auch zwischen den vertretenen minderjährigen Personen im Innenverhältnis vorliegt. Die minderjährigen Kommanditisten treten durch den Vertragsschluss unter sich in wechselseitige gesellschaftsrechtliche Beziehungen und können deshalb nach § 181 BGB nicht von demselben Ergänzungspfleger vertreten werden. Das gilt nicht nur bei der Gründung einer Gesellschaft unter Beteiligung Minderjähriger (vgl. OLG Zweibrücken, OLGZ 1980, 213, 215 zur GbR; *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186), sondern auch dann, wenn durch Aufnahmevertrag mit den übrigen Gesellschaftern mehrere minderjährige Kinder in eine bestehende Gesellschaft eintreten (vgl. BayObLG, FamRZ 1959, 125, 126 zur KG; OLG Zwei-

brücken NZG 1999, 717, 718 zur GbR; MünchHdbGesR/*Piehler/Schulte*, 2. Aufl., § 34 Rdnr. 4; kritisch für den Fall des gleichzeitigen Eintritts *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3027).

2. Anders liegt der Fall jedoch, wenn bestehende Kommanditanteile im Wege der Sonderrechtsnachfolge von einem Elternteil an mehrere Kinder abgetreten werden. Die nach allgemeiner Meinung zulässige Anteilsübertragung beruht auf einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zwischen Anteilsveräußerer und -erwerber, ohne den Anteil als solchen zu verändern. Die Verfügung über den Anteil bedarf zwar der Zustimmung der Mitgesellschafter, doch werden diese nicht Partner des Veräußerungsvertrages. Der Erwerber tritt in den im Übrigen grundsätzlich unverändert fortbestehenden Gesellschaftsvertrag ein (vgl. MünchKommBGB/*Ulmer/Schäfer*, 5. Aufl., § 719 Rdnr. 25). Eine Änderung der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen ist folglich mit der Anteilsübertragung nicht verbunden. Es handelt sich vielmehr nur um ein Rechtsgeschäft zwischen dem abtretenden Elternteil und dem erwerbenden Kind. Tritt der Elternteil seine Beteiligung an mehrere Kinder ab, liegt jeweils ein Rechtsgeschäft zwischen dem Elternteil und dem erwerbenden Kind vor, nicht aber ein Rechtsgeschäft zwischen den Kindern. Eine nach § 181 BGB nicht zulässige Mehrfachvertretung ist deshalb nicht gegeben, denn der für die Kinder auftretende Ergänzungspfleger gibt für diese lediglich gleichlaufende Erklärungen ab (ebenso *Palandt/Ellenberger*, BGB, 69. Aufl., § 181 Rdnr. 7; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3027).

3. Die bestellte Ergänzungspflegerin konnte somit als gesetzliche Vertreterin für beide Kinder handeln und insbesondere auch die Anmeldung vornehmen. (...)

7. BGB §§ 138, 2269, 2346 (*Zur Sittenwidrigkeit eines Behindertentestaments und eines Pflichtteilsverzichtsvertrages*)

1. **Eine Verfügung von Todes wegen, mit der Eltern ihr behindertes, durch den Sozialhilfeträger unterstütztes Kind nur als Vorerben auf einen den Pflichtteil kaum übersteigenden Erbteil einsetzen, bei seinem Tod ein anderes Kind als Nacherben berufen (sog. Behindertentestament), verstößt nicht gegen die guten Sitten.**
2. **Ein von dem behinderten Kind mit seinen Eltern lebzeitig abgeschlossener Pflichtteilsverzichtsvertrag ist auch nicht im Falle des Bezuges von Sozialleistungen sittenwidrig.**

OLG Köln, Urteil vom 9.12.2009, 2 U 46/09

Der Kläger nimmt den Beklagten als Erben seiner am 6.11.2006 verstorbenen Ehefrau, Frau T. O., aus übergeleitetem Recht im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Zahlung aus streitigem Pflichtteilsrecht der Tochter des Beklagten in Anspruch.

Der Kläger gewährt der lernbehinderten Tochter des Beklagten, Frau P. O. (geboren 1974), die nicht unter gerichtlicher Betreuung steht, seit 1992 Eingliederungshilfe gemäß §§ 53 ff. SGB XII. Im Jahre 2007 wurde die Leistung als erweiterte Hilfe nach § 19 Abs. 5 SGB XII umgestellt. Mit Bescheid vom 30.4.2008 leitete der Kläger gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII sowohl den Pflichtteils- als auch den Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB der Leistungsempfängerin aus dem Erbfall nach ihrer verstorbenen Mutter über. Derzeit fallen monatliche Kosten i. H. v. 3.000 € an, und die bisher aufgewendeten Beträge belaufen sich auf über 400.000 €. Seit November 2006 bis zum 31.5.2008 wurden seitens des Klägers Leistungen i. H. v. 62.717,30 € erbracht.

Der Beklagte lebte mit seiner Ehefrau in Zugewinnngemeinschaft. Aus der Ehe gingen drei Kinder hervor. Am 6.11.2006 errichteten die Eheleute ein gemeinschaftliches Testament. Zu diesem Zweck begab sich der Notar in die Wohnung der Eheleute. Die Eheleute setzten sich in dem Ehegattentestament gegenseitig als Alleinerben, die Tochter U. (geboren 1969) und den Sohn D. (geboren 1977) zu je <sup>83</sup>/<sub>200</sub> als Schlusserven des Längstlebenden sowie die Tochter P. zu <sup>34</sup>/<sub>200</sub> als Vorerbin ohne Befreiung von den gesetzlichen Beschränkungen des §§ 2113 ff. BGB ein. Zugleich wurden Dauertestamentsvollstreckung hinsichtlich des der Tochter P. anfallenden Erbteils angeordnet und der Bruder zum Testamentsvollstrecker sowie für den Fall des Todes der Tochter als Nacherbe bestimmt. Weiterhin heißt es unter anderem in der notariellen Urkunde:

„Frau O. gab an, ihren Namen nicht schreiben und nicht sprechen zu können. Der Notar zog daher als Zeugen und Erklärungshelfer (...) zu. Ausschlussgründe für die Mitwirkung gemäß § 26 BeurkG liegen in der Person des Zeugen und Erklärungshelfers nicht vor. Frau O. kann sich auch durch Zeichen verständlich machen (...).

Der Notar überzeugte sich durch die Verhandlung von der erforderlichen Geschäfts- und Testierfähigkeit der Erblasser. Frau O. ist schwer krebkrank und nach Auskunft ihres behandelnden Arztes, des Zeugen und Erklärungshelfers (...) testierfähig.

(...)

Unsere Tochter P. O. ist lernbehindert, steht jedoch nicht unter gerichtlicher Betreuung und ist auch nicht in der Geschäftsfähigkeit eingeschränkt (...).“

Im Anschluss an die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments verzichteten die Tochter P. sowie ihre Geschwister durch notariell beurkundeten Pflichtteilsverzichtsvertrag auf die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Erstversterbenden. Noch im Laufe des Abends des 6.11.2006 verstarb die Ehefrau des Beklagten.

Die Eheleute waren Eigentümer eines im Grundbuch des AG X von E. eingetragenen Grundstücks, welches mit einem Wohnhaus bebaut ist.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Tochter stehe ein Pflichtteilsanspruch nach § 2303 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1924 BGB zu. Die Tochter sei nicht befugt gewesen, wirksam auf ihren Pflichtteil zu verzichten. Der Pflichtteilsverzichtsvertrag sei als Vertrag zulasten Dritter nichtig. Dem Beklagten und seiner verstorbenen Ehefrau sei bewusst gewesen, dass der Kläger nach dem Tode des Längstlebenden grundsätzlich auf Vermögenswerte zugreifen könne. Um dies zu vereiteln, seien die erbvertraglichen Regelungen getroffen sowie der Pflichtteilsverzicht nach dem Erstversterbenden erklärt worden. Aus der testamentarischen Regelung, die Tochter P. als einziges der drei Kinder als beschränkte Vorerbin einzusetzen, während die beiden anderen Kinder beschränkungslos zu Erben des Letztversterbenden berufen wurden, werde die Intention deutlich, den Zugriff des Sozialhilfeträgers auf Vermögenswerte zu verhindern. Gleiche Motivation sei für den Pflichtteilsverzicht anzunehmen.

Der Kläger hat im Wege der Stufenklage Auskunft über den Wert des Hausgrundstücks und mit der Leistungsstufe zunächst die Zahlung von <sup>1</sup>/<sub>12</sub> des nach Wertermittlung sich ergebenden Verkehrswertes (...) begehrt.

(...)

*Aus den Gründen:*

I.

(...)

2. In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg.

a) Der klagende Verband ist vorliegend grundsätzlich berechtigt, den hier im Wege der Stufenklage geltend gemachten Pflichtteilsanspruch der Leistungsberechtigten klageweise zu verfolgen (§ 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII).

Die Tochter des Beklagten ist in dem Testament der Erblasserin nicht als Erbin eingesetzt und somit grundsätzlich pflichtteilsberechtigt. Damit steht ihr dem Grunde nach auch ein Anspruch auf Wertermittlung nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB

zu. Diese Ansprüche kann nunmehr der Kläger als Sozialhilfeträger geltend machen, ohne dass es auf eine Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten selbst ankommt (BGH, MittBayNot 2005, 314). Ein Pflichtteilsanspruch ist nach herrschender Meinung in der Literatur (vgl. nur MünchKommBGB/Lange, 4. Aufl. 2004, § 2317 Rdnr. 10; Ivo, FamRZ 2003, 6; Mensch, BWNNotZ 2009, 162, 165; Nieder, NJW 1994, 1265) und der von dem Senat geteilten Auffassung des BGH (MittBayNot 2005, 314) überleitungsfähig. Hat ein Sozialhilfeträger wegen seiner bereits getätigten Aufwendungen einen Pflichtteilsanspruch des Hilfeempfängers nach dem Erbfall durch Bescheid auf sich übergeleitet, so kann er den übergeleiteten Anspruch selbständig verfolgen (BGH, MittBayNot 2005, 314). Dies ist hier der Fall. Der Kläger hat durch Bescheid vom 30.4.2008 die Pflichtteilsansprüche der Tochter des Beklagten aus dem Erbfall nach ihrer verstorbenen Mutter sowie die Hilfsansprüche nach § 2314 BGB auf sich übergeleitet.

b) Es bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments der Eheleute. Insbesondere liegt kein Verstoß gegen § 138 BGB vor. Der Inhalt des Testaments der Eheleute – Enterbung der Kinder nach dem Erstversterbenden; Anordnung einer nicht befreiten Vorerbschaft nach dem Letztversterbenden – ist nicht sittenwidrig. Zunächst einmal entspricht die von den Ehegatten gewählte Konstruktion im Wesentlichen einem Berliner Testament. Diese Art der Testamentserrichtung ist gesetzlich anerkannt (§ 2269 BGB) und unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Eine Sittenwidrigkeit des gemeinschaftlichen Testaments folgt auch nicht daraus, dass die Eltern ihre Tochter nach dem Tode des Letztversterbenden nur als nicht befreite Vorerbin eingesetzt haben und durch diese Anordnung das Vermögen dem Zugriff des Sozialhilfeträgers entzogen wird. Grundsätzlich steht jedem Erblasser als Ausfluss der Testierfreiheit das Recht zu, über sein Vermögen nach dem Tod nach Belieben zu verfügen, so dass letztlich die Nachrangigkeit der Sozialhilfe mit der bestehenden Testierfreiheit abzuwägen ist.

Insoweit wird zum Teil von der Rechtsprechung (LG Flensburg, NJW 1993, 1866; LG Konstanz, FamRZ 1992, 360) und der Literatur (vgl. z. B. MünchKommBGB/Armbrüster, 5. Aufl. 2006, § 138 Rdnr. 45; Damrau, ZEV 1998, 1; Kuchinke, FamRZ 1992, 363) es als sittenwidrig angesehen, wenn der Erblasser, zu dessen pflichtteilsberechtigten Angehörigen ein Empfänger von Sozialhilfe zählt, Zuwendungen an diese Person so gestaltet, dass diese nicht dem Zugriff des Sozialhilfeträgers ausgesetzt sind. Demgegenüber geht die wohl herrschende Meinung davon aus, dass eine Verfügung von Todes wegen, mit der Eltern ihr behindertes, auf Kosten der Sozialhilfe untergebrachtes oder unterstütztes Kind nur als Vorerben auf einen den Pflichtteil kaum übersteigenden Erbteil einsetzen [vorliegend 17 % statt des Pflichtteils von 16,666 %], bei seinem Tod ein anderes Kind als Nacherben berufen und dieses auch zum Vollerben des übrigen Nachlasses bestimmen, nicht sittenwidrig ist, auch wenn dadurch der Träger der Sozialhilfe keinen Kostenersatz erlangen kann. Dieser auch vom BGH in gefestigter Rechtsprechung (BGHZ 111, 36 = MittBayNot 1990, 245; BGHZ 123, 368 = MittBayNot 1994, 49; siehe dazu auch Wendt, ZNotP 2008, 2, 10 ff. m. w. N.) vertretenen Auffassung schließt sich der Senat an (zur Gestaltung eines sog. Behindertentestaments siehe auch Grziwotz, ZEV 2002, 409; Mensch, BWNNotZ 2009, 162, 166; Nazari-Golpayegani/Boger, ZEV 2005, 377; Ruby, ZEV 2006, 66; Wendt, ZNotP 2008, 2, 3 ff.).

c) Dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments nicht (mehr) sprechen und

nicht (mehr) schreiben konnte, macht das Testament nicht unwirksam. Nach § 2233 Abs. 2 BGB kann auch in einem solchen Fall ein notarielles Testament in wirksamer Form errichtet werden. Das zwingende („muss“, vgl. Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2009, § 24 Rdnr. 20) Erfordernis der Hinzuziehung einer Verständigungsperson nach § 24 Abs. 1 BeurkG, wie auch die übrigen Vorgaben der §§ 22, 24 BeurkG (vgl. Winkler, a. a. O., § 22 Rdnr. 29, § 24 Rdnr. 20) sind vorliegend beachtet worden.

d) Indes kann der Kläger keinen Pflichtteilsanspruch geltend machen, weil die Leistungsempfängerin ihrerseits wirksam zu Lebzeiten auf ihren Pflichtteilsanspruch verzichtet hat. Bedenken hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit der Tochter des Beklagten bestehen nicht. Da die Geschäftsfähigkeit der Regelfall ist, müsste der Kläger, wenn er die Unwirksamkeit des Vertrages wegen Geschäftsunfähigkeit einer Vertragspartei geltend machen will, die Voraussetzungen einer solchen Geschäftsunfähigkeit hinreichend schlüssig aufzeigen und unter Beweis stellen. Dies ist nicht geschehen. Der Kläger legt keine konkreten Anhaltspunkte für eine Geschäftsunfähigkeit der lernbehinderten Tochter der Erblasserin bei Abschluss des notariellen Vertrages dar; diese ergeben sich auch nicht aus den Akten.

Bei dem streitbefangenen Pflichtteilsverzicht handelt es sich – entgegen der Auffassung der Berufung – nicht etwa um einen unzulässigen Vertrag zugunsten Dritter. Insoweit wird von dem Kläger ein methodischer Fehler begangen, indem der nur zur Verdeutlichung bestimmter gesetzlicher Regelungen oder Regelungszusammenhänge verwendete und geeignete Begriff (vgl. dazu beispielsweise Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Aufl. 2008, Einf. v. § 328 Rdnr. 10) verabsolutiert, an die Stelle der gesetzlichen Regelung gesetzt und dann unter den vermeintlichen Inhalt dieses Begriffs subsumiert wird.

Der von der Erblasserin mit der Tochter abgeschlossene Pflichtteilsverzichtsvertrag ist unter den hier gegebenen Umständen ebenso wenig sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB; vgl. zu der Problematik jurisPK-BGB/Hau, Stand 6.10.2008, § 2346 Rdnr. 22; Staudinger/Sack, 2003, § 138 Rdnr. 363 ff.). Zwar wird teilweise in der Rechtsprechung (OLG München, MittBayNot 2006, 428 für einen Erbverzichts- und Abfindungsvertrag; VGH, NJW 1993, 2953, 2954 für einen Pflichtteilsverzicht) und in der Literatur (vgl. auch MünchKommBGB/Armbrüster, § 138 Rdnr. 45) in Anlehnung an die für die Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichtsverträgen zwischen Ehegatten entwickelten Grundsätze die Auffassung vertreten, ein Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht sei zumindest dann sittenwidrig, wenn der Verzichtende sowohl im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts als auch im Zeitpunkt des Erbfalls hilfebedürftig ist und den Beteiligten dies bekannt war. Demgegenüber neigt die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung dazu, einen zwar während des Bezugs von nachrangigen Sozialleistungen, aber vor Eintritt des Erbfalls erklärten Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht nicht als sittenwidrig anzusehen (vgl. dazu Vaupel, RNotZ 2009, 497, 508; offengelassen Wendt, ZNotP 2008, 2, 11). Dieser letztgenannten Auffassung schließt sich der Senat an.

Die von dem Familiensenat des BGH (DNotZ 2007, 128) vertretene Auffassung, dass Unterhaltsverzichtsverträge eines Ehegatten dann sittenwidrig sind, wenn dem Verzichtenden Ehegatten ohne die Verzichtserklärung ein Unterhaltsanspruch zustände und erst der Ausschluss des Anspruchs zur Belastung des Sozialhilfeträgers führt, lässt sich nicht verallgemeinern. So verneint beispielsweise der für das Insolvenzrecht zuständige 9. Zivilsenat des BGH (MittBayNot 2010,

52) im Falle einer im Insolvenzverfahren beantragten Restschuldbefreiung (§§ 287 ff. InsO) eine Verpflichtung des Schuldners, in der Wohlverhaltensphase Erb- bzw. Pflichtteilsansprüche zu verfolgen. Eine Übertragung der ehevertragsähnlichen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle auf den Bereich des Pflichtteilsverzichts ist ebenfalls aufgrund der Unterschiede zwischen den beiden Regelungsmaterien abzulehnen (*Kapfer*, MittBayNot 2006, 385). Der Unterschied besteht bereits darin, dass bei einem Unterhaltsverzicht dem Verzichtenden bereits ein subjektives Recht zusteht. Demgegenüber weiß der Verzichtende im Falle einer zu Lebzeiten des Erblassers abgegebenen Verzichtserklärung in der Regel noch nicht, was letztlich beim Tod des Erblassers im Nachlass vorhanden sein wird, und ob er überhaupt einen Erb- bzw. Pflichtteilsanspruch haben wird. Anders als etwa beim Unterhaltsverzicht verfügt der Verzichtende hier gerade über keine bestehende Erwerbsquelle oder Unterhaltungsmöglichkeit, sondern lediglich über eine mehr oder weniger ungesicherte „Erwerbschance“. Ob und in welchem Umfang der Verzichtende aus dieser „Erwerbschance“ einmal verwertbares Vermögen erhält, ist noch nicht absehbar, weshalb auch eine Schädigungsabsicht in der Regel zu verneinen ist (*Vaupel*, RNotZ 2009, 497, 508).

Der Senat hat bei seiner Entscheidung nicht verkannt, dass die vorstehenden Überlegungen auf den vorliegenden Fall nur eingeschränkt übertragbar sind, da die Tochter die Erklärung zeitlich unmittelbar vor dem aufgrund der schweren Erkrankung der Mutter sich abzeichnenden Tod der Erblasserin abgegeben hat, und damit hier der Umfang des verwertbaren Vermögens mit einer erheblichen Wahrscheinlichkeit bereits feststand. Indes erscheint es angezeigt, die Frage der Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichtsvertrages aus Gründen der Rechtssicherheit einheitlich zu beantworten und nicht davon abhängig zu machen, in welcher zeitlichen Nähe zu dem Tod des Erblassers dieser Verzicht ausgesprochen wird und mit welcher Wahrscheinlichkeit zu diesem Zeitpunkt mit dem alsbaldigen Ableben zu rechnen war sowie der Umfang des Vermögens bereits feststand.

Da es vorliegend nicht um die Beurteilung einer erst nach Eintritt des Erbfalles abgegebenen Ausschlagungs- oder Verzichtserklärung geht, bedarf es hier keiner Entscheidung des Senats dazu, ob in einem solchen Fall die Ausschlagung einer (werhaltigen) Erbschaft durch einen Sozialhilfebedürftigen sittenwidrig ist (vgl. zuletzt OLG Hamm, ZEV 2009, 471 m. w. N. aus der Rechtsprechung und Literatur), bzw. ob und inwieweit eine Verpflichtung des Sozialversicherungsträgers zur Hilfeleistung besteht, wenn ein Hilfebedürftiger seine Erbschaft ausschlägt, bzw. einen Pflichtteil nicht geltend macht und damit nicht bereits vorhandene Vermögenswerte zur Vermeidung der Bedürftigkeit einsetzt.

8. BGB § 1960 (*Grundstücksverkauf durch Nachlasspfleger zur Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten*)

**Der Nachlasspfleger kann aus Mitteln des Nachlasses und unter Berücksichtigung der beschränkten Erbenhaftung Verbindlichkeiten des Nachlasses erfüllen, wenn dies zur Erhaltung des Nachlasswertes geboten ist. Dazu kann er auch Nachlassgegenstände veräußern, selbst wenn dies dem Wunsch des Erblassers widerspricht. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG München, Beschluss vom 7.1.2010, 31 Wx 154/09; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Gegenstand des Verfahrens ist die nachlassgerichtliche Genehmigung eines Grundstücksverkaufs durch den Nachlasspfleger. Die verwitwete, kinderlose Erblasserin ist am 14.2.2008 im Alter von 88 Jahren verstorben. Sie hatte keine Geschwister. Die als gesetzliche Erben in Betracht kommenden Personen sind noch nicht ermittelt. Für die unbekanntenen Erben ist eine Verfahrenspflegerin bestellt.

Es liegt ein notarielles Testament vom 29.5.2006 vor, in dem der Beteiligte zu 1 zum Alleinerben eingesetzt wird, sowie ein handschriftliches Testament vom 23.1.2007, mit dem die Erblasserin ihr Hausgrundstück den Beteiligten zu 2 und 3 zuwendet. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. C., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie sowie forensische Psychiatrie, war die an Demenz leidende Erblasserin bei der Errichtung beider Testamente nicht testierfähig.

Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus dem stark sanierungsbedürftigen, teilweise vermieteten Hausgrundstück der Erblasserin, dessen Wert in einem Verkehrswertgutachten auf rund 210.000 € beziffert wurde, sowie Bankguthaben in Höhe von rund 19.000 €. Es bestehen fällige, dinglich gesicherte Verbindlichkeiten aus Privatdarlehen i. H. v. über 80.000 €, deren genaue Höhe streitig ist. Der Nachlasspfleger hat sie im Nachlassverzeichnis mit 83.000 € berücksichtigt, während der Gläubiger sie ausgehend von einem höheren Zinssatz – mit rund 100.000 € beziffert hat.

Mit Vorbescheid vom 11.8.2009 kündigte das Nachlassgericht entsprechend dem Antrag des Nachlasspflegers die Genehmigung des Grundstücksverkaufs zum Preis von mindestens 230.000 € an. Die Verfahrenspflegerin für die unbekanntenen Erben befürwortete die Genehmigung. Die Beteiligten zu 2 und 3 legten Beschwerde ein, die das LG mit Beschluss vom 22.10.2009 zurückwies.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet. (...)

2. Die Entscheidung des LG ist aus Rechtsgründen (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht zu beanstanden.

(...)

b) Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Nachlasspfleger zur Begleichung von Nachlassverbindlichkeiten berechtigt und gegebenenfalls verpflichtet ist, wenn so Schäden oder unnötige Prozesse und Kosten vermieden werden (h. M., vgl. OLG Schleswig, OLG-Report 1998, 358; Münch-KommBGB/*Leipold*, 4. Aufl., § 1960 Rdnr. 53; *Soergel/Stein*, BGB, 13. Aufl., § 1960 Rdnr. 32; *Staudinger/Marotzke*, BGB, 2008, § 1960 Rdnr. 44; *Palandt/Edenhofer*, 69. Aufl., § 1960 Rdnr. 15). Die Nachlasspflegschaft dient zwar grundsätzlich nicht der Befriedigung der Nachlassgläubiger, da sie zum Schutz der Erben angeordnet ist. Ist der Nachlasspfleger aber wie hier mit der Sicherung und Verwaltung des Nachlasses betraut, so gehört es insbesondere zu seinen Pflichten, den Nachlass zu erhalten und zu verwalten sowie die Vermögensinteressen der künftig festzustellenden Erben wahrzunehmen. Welche Maßnahmen insoweit zweckmäßig sind, entscheidet der Nachlasspfleger nach pflichtgemäßem Ermessen (BGHZ 49, 1, 5). In diesem Zusammenhang kann er aus Mitteln des Nachlasses und unter Berücksichtigung der beschränkten Erbenhaftung Verbindlichkeiten des Nachlasses erfüllen, wenn dies zur Erhaltung des Nachlasswertes geboten ist, denn er darf den Nachlass nicht der Gefahr eines aussichtslosen, mit Kosten verbundenen Rechtsstreits aussetzen (BayObLGZ 1996, 192, 196). Dazu kann er auch Nachlassgegenstände veräußern (KG, NJW-RR 2007, 1598, 1599; OLG Köln, ZEV 1997, 210, 212).

c) Das LG ist unter Einbeziehung aller wesentlichen Umstände zu dem Ergebnis gelangt, dass die Befriedigung der in der Hauptsache unstreitigen Forderung im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung und Erhaltung des Nachlasses

geboten und hierfür die Veräußerung des Grundstücks erforderlich ist, das den wesentlichen Vermögensgegenstand darstellt und – wie von der Verfahrenspflegerin der unbekanntenen Erben hervorgehoben – ohnehin nicht aus den laufenden Erträgen unterhalten werden kann. Es hat dabei auch in Erwägung gezogen, dass nach dem Vortrag der Beschwerdeführer die Erblasserin den Erhalt des Hauses gewünscht hat, und ist rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass dieser Wunsch der Erblasserin angesichts der wirtschaftlichen Lage des Nachlasses und der drohenden Zwangsversteigerung zurückstehen müsse. Das LG durfte dem Interesse des oder der noch nicht feststehenden Erben an der Vermeidung der mit einer Zwangsversteigerung verbundenen Kosten und Risiken, insbesondere dem eines geringeren Erlöses, den Vorrang einräumen gegenüber den Wünschen der Erblasserin, die mit den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht in Einklang stehen.

(...)

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. HGB §§ 13 e Abs. 3, 13 g Abs. 2; GmbHG §§ 8 Abs. 3, 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3; FGG a. F. § 28 Abs. 2 (*Versicherung des Geschäftsführers zu Vorstrafen*)

**Die vom Geschäftsführer in der Anmeldung zum Handelsregister gemäß § 8 Abs. 3 GmbHG abgegebene Versicherung, er sei „noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden“, genügt den gesetzlichen Anforderungen. Es ist weder erforderlich, die in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG genannten Straftatbestände noch die in Rede stehenden vergleichbaren Bestimmungen des ausländischen Rechts in der Versicherung im Einzelnen aufzuführen.**

BGH, Beschluss vom 17.5.2010, II ZB 5/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH, und eingesandt von Notar Dr. *Robert Kiefer*, Kandel/Pfalz

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen veröffentlicht in ZIP 2010, 1337 = NZG 2010, 829.

10. BGB § 181; FGG-RG Art. 111, 112; FamFG §§ 10, 59, 378; GmbHG §§ 7, 8, 53, 78 (*Beschwerdeberechtigung bei beantragter Eintragung der Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot*)

1. **Für die Feststellung des gemäß Art. 111, 112 FGG-RG anwendbaren Rechts ist nicht darauf abzustellen, wann die Beschwerdeinstanz begonnen hat; vielmehr ist für das Verfahren in allen Instanzen maßgeblich, ob das Verfahren in erster Instanz vor oder nach dem 1.9.2009 eingeleitet wurde.**
2. **Wird im Rahmen eines Antragsverfahrens in einem mit notariellem Schreiben eingeleiteten Beschwerdeverfahren der Name des Beschwerdeführers nicht angegeben, so gilt die Beschwerde im Zweifel im Namen aller beschwerdebefugten Antragsberechtigten bzw. -verpflichteten eingelegt, für die der Notar tätig geworden ist.**
3. **Richtet sich die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung des Registergerichts gemäß § 382 Abs. 4 Satz 1**

**FamFG, mit der hinsichtlich der beantragten Eintragung der Befreiung der Geschäftsführer einer GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB in das Handelsregister auf Vollzugshindernisse hingewiesen wird, so sind sowohl die Gesellschaft als auch deren Geschäftsführer jeweils beschwerdeberechtigt (Abgrenzung zu BGHZ 105, 324 = NJW 1989, 295).**

4. **Dem die Beschwerde einlegenden Notar steht in diesem Falle mangels Verletzung eigener Rechte ein eigenes Beschwerderecht nicht zu; er wird lediglich als Bevollmächtigter (§§ 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3, 378 Abs. 2 FamFG) tätig.**
5. **Bei der Befreiung des Geschäftsführers einer GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB handelt es sich auch dann um eine generelle Befreiung, wenn sich diese gegenständlich auf eine unbestimmte Anzahl von Rechtsgeschäften mit einem einzigen Vertragspartner beschränkt.**
6. **Eine generelle Befreiung des Geschäftsführers einer GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB erfordert zu ihrer Wirksamkeit eine entsprechende satzungsmäßige Grundlage. Fehlt im Gesellschaftsvertrag eine solche Regelung, kann diese nur durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags (unter Beachtung der hierzu bestehenden Formerfordernisse, § 53 GmbHG) geschaffen werden.**

OLG Nürnberg, Beschluss vom 5.2.2010, 12 W 376/10

Die Betroffene (im Folgenden auch als Gesellschaft oder GmbH bezeichnet) ist seit 22.11.1949 unter der HRB-Nr. 6... in das Handelsregister des AG Nürnberg eingetragen. Ihre zuletzt am 17.6.2009 geänderte Satzung enthält u. a. folgende Bestimmungen:

§ 4

Organe der Gesellschaft sind

- a) der/die Geschäftsführer
- b) der Aufsichtsrat
- c) die Gesellschafterversammlung.

§ 5

(...)

(2) Mit Geschäftsführern und Mitgliedern des Aufsichtsrates dürfen Geschäfte und Rechtsgeschäfte (...) nur abgeschlossen werden, wenn der Aufsichtsrat dem Abschluss solcher Geschäfte zugestimmt hat.

§ 6

(1) Die Gesellschaft hat je nach Bestimmung des Aufsichtsrates einen oder mehrere Geschäftsführer

(...)

§ 7

(1) Der/Die Geschäftsführer vertritt/vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so vertreten zwei Geschäftsführer gemeinschaftlich oder ein Geschäftsführer gemeinschaftlich mit einem Prokuristen die Gesellschaft.

(...)

§ 13

(1) Die Gesellschafter üben die ihnen in Angelegenheiten der Gesellschaft zustehenden Rechte gemeinschaftlich in der Gesellschafterversammlung durch Beschlussfassung aus.

(...)

§ 17

Der Gesellschafterversammlung (...) unterliegt die Beschlussfassung über

(...)

n) die Änderung des Gesellschaftsvertrags

Im Handelsregister eingetragene Geschäftsführer der Gesellschaft sind K. und H. B. Diese sind gleichzeitig auch Geschäftsführer der E. GmbH, eingetragen im Handelsregister des AG Nürnberg unter HRB 2....

Der Aufsichtsrat der Gesellschaft hat in seiner Sitzung vom 30.10.2009 der Befreiung der Geschäftsführer der Gesellschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB gegenüber der E. GmbH zugestimmt. Das diesen Aufsichtsratsbeschluss enthaltende Protokoll wurde vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats und einem Protokollführer unterzeichnet.

Mit notariellem Schreiben vom 25.11.2009, das beim AG – Registergericht – Nürnberg in Form eines elektronisch übermittelten Dokuments unter Übermittlung des der Anmeldung zugrundeliegenden Aufsichtsratsbeschlusses vom 30.10.2009 eingereicht worden ist, haben die beiden gemeinsam vertretungsbefugten Geschäftsführer U. und E. u. a. zur Eintragung angemeldet, dass ihnen insoweit Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt sei, als dies Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft einerseits und ihnen selbst als Vertreter der E. GmbH betrifft.

Mit Zwischenverfügung vom 13.1.2010 wies das AG darauf hin, dass die Satzung der Gesellschaft eine derartige Befreiungsmöglichkeit nicht vorsehe, was jedoch Voraussetzung einer entsprechenden Registereintragung sei.

Der den Eintragungsantrag stellende Notar vertrat darauf mit Schreiben vom 19.1.2010 die Ansicht, eine Eintragung sei gleichwohl möglich, da es sich nicht um eine allgemeine, sondern um eine auf Einzelfälle (Rechtsgeschäfte mit einer bestimmten Gesellschaft) beschränkte Gestattung handele; zudem folge auch aus § 5 Abs. 2 der Satzung, dass der Aufsichtsrat zur Entscheidung über die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot befugt sei. Zugleich legte er – „soweit dennoch die beantragte Eintragung nicht erfolgen sollte“ – Beschwerde ein.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässigen Beschwerden haben in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Verfahren betrifft eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Derartige Verfahren unterfielen bis 31.8.2009 dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG), seit 1.9.2009 jedoch dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG).

Maßgeblich für die Frage des anwendbaren Rechts ist das in Art. 111 Abs. 1 des am 1.9.2009 in Kraft getretenen Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) statuierte Kriterium, ob das Verfahren vor dem 1.9.2009 eingeleitet wurde bzw. seine Einleitung vor diesem Zeitpunkt beantragt wurde. Nach Art. 111 Abs. 2 FGG-RG ist jedes gerichtliche Verfahren, das mit einer Endentscheidung abgeschlossen wird, ein selbständiges Verfahren i. S. d. Art. 111 Abs. 1 FGG-RG.

Hierbei ist nicht darauf abzustellen, wann die Beschwerdeinstanz begonnen hat; vielmehr ist für das Verfahren in allen Instanzen maßgeblich, ob das Verfahren in erster Instanz vor oder nach dem 1.9.2009 eingeleitet wurde (vgl. OLG Schleswig, NJW 2010, 242). Da der erstinstanzliche Eintragungsantrag an das Handelsregister erst am 25.11.2009, damit nach dem 1.9.2009, gestellt wurde, sind auf das Verfahren gemäß Art. 111, 112 Abs. 1 FGG-RG die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) anzuwenden. Gemäß der Klassifizierung dieses Gesetzes handelt es sich um eine Registersache i. S. d. § 374 Nr. 1 FamFG.

2. Die Beschwerden sind zulässig.

a) Bei der angefochtenen Entscheidung handelt es sich um eine Zwischenverfügung des Registergerichts gemäß §§ 38 Abs. 1 Satz 2, 374 Nr. 1, 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG. Die hiergegen eingelegte Beschwerde ist gemäß § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthaft.

b) Die Beschwerden sind frist- (§ 63 Abs. 1 FamFG) und formgerecht (§ 64 Abs. 1 und 2 FamFG) eingelegt.

c) Antragsteller und Beschwerdeführer sind sowohl die Gesellschaft als auch deren Geschäftsführer, nicht hingegen der für diese auftretende Notar.

aa) Dieser war zwar gemäß § 378 Abs. 2 FamFG ermächtigt, im Namen der Gesellschaft wie auch deren Geschäftsführer (als zur Anmeldung Berechtigten) die Eintragung in das Handelsregister zu beantragen, wurde also als deren Bevollmächtigter (§ 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG) tätig. Daraus folgt auch seine Ermächtigung, gegen eine ablehnende Zwischenverfügung namens der Anmeldeberechtigten Beschwerde nach §§ 58 ff. FamFG einzulegen (*Heinemann* in Keidel, FamFG, 16. Aufl., § 378 Rdnr. 14 m. w. N.). Zwar muss aus der Beschwerdeschrift grundsätzlich die Person des Beschwerdeführers ersichtlich sein. Wird indes – wie im Streitfall – der Name des Beschwerdeführers nicht angegeben, so gilt die Beschwerde im Zweifel im Namen aller beschwerdebefugten Anmeldeberechtigten eingelegt, für die der Notar tätig geworden ist. Die vom Notar verwendete Formulierung „lege ich Beschwerde an“ ist dabei ohne Bedeutung. Hat der Notar nicht ausdrücklich erwähnt, in wessen Name er das Rechtsmittel einlegt, so darf im Regelfall unterstellt werden, dass er dies für die Anmeldeberechtigten bzw. -pflichtigen tut. Dies gilt vor allem im Hinblick darauf, dass dem Notar ein eigenes Beschwerderecht nicht zusteht. Denn die Entscheidung des Registergerichts verletzt keine eigenen Rechte des Notars i. S. d. § 59 Abs. 1 FamFG (OLG Zweibrücken, OLGR 2001, 18; BayObLGZ 1984, 29; OLG Frankfurt, DNotZ 1978, 750; *Heinemann* in Keidel, a. a. O., § 378 Rdnr. 14 m. w. N.; *Meyer-Holz* in Keidel, a. a. O., § 59 Rdnr. 66). Bei Antragstellung und Beschwerdeeinlegung handelte der Notar damit nicht in Wahrnehmung eigener Rechte (vgl. § 59 Abs. 1 FamFG), sondern als Bevollmächtigter der Berechtigten (vgl. *Meyer-Holz* in Keidel, a. a. O., § 59 Rdnr. 68).

bb) Anmeldeberechtigt ist die Gesellschaft, vertreten durch die Geschäftsführer. Die beantragte Registereintragung betrifft deren Rechtsverhältnisse und deren Interessen. Dass der Eintragungsantrag der Geschäftsführer nicht ausdrücklich im Namen der Gesellschaft gestellt wurde, ist insoweit unschädlich, da sich dies jedenfalls aus den Umständen ergibt (insbesondere auch daraus, dass im Eintragungsantrag ausdrücklich auf die Gesellschaft, etwa auf deren Geschäftsräume, verwiesen wird).

cc) Anmeldeberechtigte und -verpflichtete Personen, für die der Notar tätig geworden ist, sind daneben aber auch die beiden Geschäftsführer U. und E., die den Eintragungsantrag zum Handelsregister in eigenem Namen gestellt haben. Diese waren gemäß §§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 4 Nr. 2, 78 GmbHG persönlich zur Anmeldung verpflichtet, und zwar auch hinsichtlich einer Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (vgl. *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 8 Rdnr. 19 m. w. N.). Zwar sind die eine GmbH betreffende, auf die Herbeiführung einer konstitutiven Eintragung gerichteten Anmeldungen zum Handelsregister durch die Geschäftsführer stets im Namen der Gesellschaft vorzunehmen. Anmeldende ist in einem derartigen Falle daher (nur) die

Gesellschaft selbst, vertreten durch ihre Geschäftsführer. Bei Ablehnung der Eintragung ist (nur) sie, also die Gesellschaft, beschwert und daher auch beschwerdeberechtigt (BGH, DNotZ 1989, 102 m. Anm. *Baums*).

Ein derartiger Fall liegt im Streitfall indes nicht vor. Die Eintragung der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens gemäß § 181 BGB im Handelsregister hat (anders als etwa bei einer Satzungsänderung, vgl. § 54 Abs. 3 GmbHG) hinsichtlich des Umfangs der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer keinen konstitutiven Charakter, dient vielmehr vornehmlich dem Gutgläubensschutz (BFH, DStR 1995, 1791; vgl. § 15 HGB). Die beantragte Registereintragung betrifft zudem auch die Rechtsverhältnisse und Interessen gerade der Geschäftsführer. Deshalb sind auch diese als Antragsteller und als Beschwerdeführer anzusehen (vgl. *Krafka/Willner*, Registerrecht, 7. Aufl., Rdnr. 2454).

d) Der Zulässigkeit der Beschwerden steht nicht entgegen, dass sie unter einer Bedingung, nämlich für den Fall, dass das Registergericht auf seiner bereits zuvor geäußerten Rechtsansicht beharren sollte („soweit dennoch die beantragte Eintragung nicht erfolgen sollte“) erhoben wurden. Zwar darf die Einlegung einer Beschwerde als Verfahrenshandlung nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Dies gilt jedoch nicht für innerprozessuale Bedingungen, weil hierdurch keine Unsicherheit in das Verfahren hineingetragen wird. Insbesondere kann der Beschwerdeführer die Erhebung eines Rechtsmittels von der Existenz einer anfechtbaren, ihn benachteiligenden erstinstanzlichen Gerichtsentscheidung abhängig machen (*Sternal* in Keidel, a. a. O., § 64 Rdnr. 21 f.). Im Streitfall wurde die Beschwerdeeinlegung lediglich von einer derartigen Rechtsbedingung abhängig gemacht.

### 3. Die Beschwerden sind unbegründet.

Die Auffassung des Registergerichts, dass die Eintragung der angemeldeten Befreiung der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB derzeit nicht in das Register eingetragen werden kann, weil der Gesellschaftsvertrag eine solche Befreiung oder Befreiungsmöglichkeit nicht vorsieht, hält einer rechtlichen Überprüfung stand.

a) Insoweit handelt es sich um eine generelle – wenngleich gegenständlich auf Rechtsgeschäfte mit einem einzigen Vertragspartner beschränkte – Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Sie erstreckt sich nämlich auf eine unbegrenzte Anzahl von Rechtsgeschäften während eines unbegrenzten Zeitraums.

b) Die Eintragung dieser angemeldeten generellen Befreiung der Geschäftsführer U. und E. von den Beschränkungen des § 181 BGB scheitert nicht an einer fehlenden Eintragungsfähigkeit. Es ist anerkannt, dass die – einem oder allen Geschäftsführern – generell erteilte Befreiung von dem Verbot des Selbstkontrahierens und der Mehrfachvertretung als Regelung der Vertretungsbefugnis anzusehen ist und daher nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG im Handelsregister wiedergegeben werden muss, auch wenn sie auf bestimmte Arten von Geschäften der GmbH oder – wie hier – auf die Vertretung gegenüber bestimmten Dritten beschränkt ist (vgl. dazu grundlegend BGH, DNotZ 1983, 633; BayObLG, MittBayNot 1979, 119; OLG Düsseldorf, DNotZ 1995, 237; OLG Stuttgart, OLGR 2008, 218; *Winter/Veil* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 10 Rdnr. 13 m. w. N.).

c) Die Eintragung der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens und der Mehrfachvertretung nach § 181 BGB scheitert auch nicht an § 112 AktG, der – nachdem für die Gesellschaft ein Aufsichtsrat besteht – gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG anwendbar ist. § 112 AktG regelt nämlich nur die

Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern. Bei der (juristischen) Person, hinsichtlich derer die Geschäftsführer gegenständlich beschränkt bei Rechtsgeschäften von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden sollen, handelt es sich indes nicht um einen – einem Vorstandsmitglied entsprechenden – gegenwärtigen oder früheren Geschäftsführer der Gesellschaft (vgl. *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 52 Rdnr. 116).

d) Eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB kann aber nur dann eingetragen werden, wenn sie dem Geschäftsführer wirksam durch das zuständige Organ erteilt worden ist. Denn die auf die Eintragung der Änderung der Vertretungsbefugnis entsprechend § 39 Abs. 1 GmbHG gerichtete Anmeldung ist durch das Registergericht nicht nur in formeller Hinsicht, sondern auch in Bezug auf die Wirksamkeit des zugrundeliegenden Beschlusses zu prüfen (vgl. *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl., § 8 Rdnr. 8; *Krafka/Willner*, Registerrecht, Rdnr. 162).

aa) Eine wirksam erteilte generelle Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB liegt hier aber nicht vor. Der Aufsichtsratsbeschluss vom 30.10.2009 verstößt gegen die Regelungen des Gesellschaftsvertrages und ist damit als nicht nur im Einzelfall wirkende Satzungsdurchbrechung unwirksam (vgl. BGH, MittBayNot 1993, 384; *Priester/Veil* in Scholz, GmbHG, § 53 Rdnr. 29). Die Befreiung der bestellten Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB oder eine entsprechende Ermächtigung zur Befreiung ist in der Satzung der Gesellschaft nicht vorgesehen. Eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag ist aber notwendig, wie auch allgemein in der Rechtsprechung angenommen wird (vgl. BGH, NJW 1960, 2285; MittBayNot 1983, 135; BFH, DStR 1995, 1791; BayObLG, MittBayNot 1980, 170; BayObLG, MittBayNot 1985, 139; OLG Köln, OLGZ 1993, 167; OLG Frankfurt, OLGZ 1983, 182; KG, KGR 2006, 660; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 69. Aufl., § 181 Rdnr. 19); der Gegenauffassung in der Literatur (vgl. *Bühler*, DNotZ 1983, 588; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 6. Aufl., § 35 Rdnr. 75 f., 84 ff.; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 35 Rdnr. 132 m. w. N.; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl., § 35 Rdnr. 52, anders jedoch *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, a. a. O., § 3 Rdnr. 65; vgl. *Schneider* in *Scholz*, GmbHG, § 35 Rdnr. 99 f.) ist nicht zu folgen.

Nach der gesetzlichen Grundkonzeption vertreten die Geschäftsführer einer GmbH die Gesellschaft nur gemeinschaftlich, wenn mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, wenn nur ein Geschäftsführer vorhanden ist, dieser allein, § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Für die Geschäftsführer gilt damit das Verbot des Selbstkontrahierens bzw. der Mehrfachvertretung nach § 181 BGB. Denn dieses Verbot greift nach seinem Sinn und Zweck nicht nur in den Fällen rechtsgeschäftlicher Vertretung, sondern auch und gerade bei organchaftlicher Vertretung (vgl. BGHZ 33, 189; BayObLGZ 1980, 209; *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 3). Eine andere Gestaltung dieser Vertretungsregelung bedarf einer entsprechenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, wie sich ausdrücklich aus § 35 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG ergibt. Hierbei sind nicht nur die in § 3 Abs. 1 GmbHG genannten Regelungen, sondern auch die nach § 35 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG im Gesellschaftsvertrag zu treffenden, von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden abstrakten Regelungen der Vertretungsverhältnisse als echte Satzungsbestandteile anzusehen (vgl. BayObLGZ 1980, 209; *Priester/Veil* in *Scholz*, GmbHG, § 53 Rdnr. 9).

Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, der gesetzlichen Regelung in § 181 BGB sei die Möglichkeit der Befrei-

ung immanent, so dass in ihrer Erteilung keine Abweichung von der im Gesellschaftsvertrag getroffenen Regelung liege (so etwa *Bühler*, a. a. O., S. 597). Denn dies trifft nur für die auf konkrete Rechtsgeschäfte bezogene Gestattung zu, nicht aber für eine dem Geschäftsführer generell, d. h. für alle oder eine abstrakt bezeichnete Gruppe von Rechtsgeschäften erteilte Befreiung. Denn eine solche generelle Befreiung tritt an die Stelle der gesetzlichen Bestimmung, nicht anders als die vom dispositiven Gesetzesrecht (vgl. § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG) abweichenden Regelungen des Gesellschaftsvertrages. Im Streitfall liegt jedoch nicht nur eine auf konkrete Rechtsgeschäfte bezogene, sondern vielmehr eine generelle Gestattung vor (siehe oben II 3a).

bb) Aus der Tatsache, dass das GmbHG vor dem BGB in Kraft getreten ist, ergibt sich ebenso wenig wie aus dem später eingefügten § 35 Abs. 4 GmbHG, dass die Regelung des § 181 BGB nicht auch auf den Geschäftsführer der mehrgliedrigen GmbH anzuwenden ist.

Die vom Senat im Einklang mit der Praxis der Handelsregister und – soweit ersichtlich – der einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung vertretene Auffassung führt auch nicht zu einer nutzlosen und lediglich Kosten verursachenden Förmerei. Demgegenüber ist zunächst darauf hinzuweisen, dass den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs, von der Befreiung des Geschäftsführers von § 181 BGB rasch und ohne hinderliche Förmlichkeiten Gebrauch zu machen, durch die Möglichkeit der Gestattung durch einfachen Gesellschafterbeschluss im konkreten Einzelfall und durch die weitere von der Rechtsprechung anerkannte Möglichkeit der satzungsmäßigen Ermächtigung der Gesellschafterversammlung auch zur generellen Erteilung der Befreiung hinreichend Rechnung getragen wird.

Auch der Schutzzweck des § 53 Abs. 2 GmbHG spricht für die vertretene Auffassung. Die Gefahren der generellen Befreiung des Geschäftsführers von § 181 BGB sind – auch, wenn sie sich lediglich auf Rechtsgeschäfte mit einer einzigen Person bezieht – im Gegensatz zur Gestattung im Einzelfall nicht überschaubar, so dass es nicht unangemessen ist, hierfür eine notariell beurkundete Beschlussfassung durch eine qualifizierte Mehrheit der Gesellschafterversammlung zu verlangen.

cc) Soweit die Beschwerde unter Verweis auf eine in der Literatur vertretene Ansicht (vgl. *Schneider* in Scholz, GmbHG, § 35 Rdnr. 99 f.) meint, auch eine generelle Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot durch Gesellschafterbeschluss (bzw. im Streitfall Aufsichtsratsbeschluss) müsse möglich sein, wird auf obige Ausführungen verwiesen.

dd) Zudem wäre der Aufsichtsratsbeschluss vom 30.10.2009 (selbst bei Bejahen der Möglichkeit, trotz Fehlens einer satzungsmäßigen Grundlage für Entscheidungen über die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot gleichwohl derartige Erweiterungen der Vertretungsbefugnisse der Geschäftsführer zu beschließen) gleichwohl mangels notarieller Beurkundung im Streitfall nicht geeignet, eine entsprechende Registereintragung zu ermöglichen.

An einen entsprechenden satzungsdurchbrechenden Beschluss wären nämlich die gleichen formellen Voraussetzungen wie an eine Satzungsänderung zu stellen (vgl. BGH, DNotZ 1994, 313; OLG Celle, OLGR 2000, 266; KG, KGR 2006, 669); damit wäre notarielle Beurkundung des Beschlusses erforderlich (§ 53 Abs. 2 GmbHG).

11. GmbHG §§ 2 Abs. 1 a, 3 Abs. 1, 8 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 Satz 1; BGB § 181 (*Änderung in den Musterprotokollen bei GmbH-Gründung*)

1. **Wird das für die GmbH-Gründung im vereinfachten Verfahren vorgesehene Musterprotokoll abgeändert, so finden die allgemeinen Vorschriften für eine „normale GmbH-Gründung“ Anwendung.**
2. **Bei Gründung einer GmbH im „normalen Verfahren“ kann das Musterprotokoll keine Grundlage für den Nachweis der darin zusammengefassten Dokumente sein. Dies gilt auch dann, wenn eine „normale GmbH-Gründung“ deswegen gegeben ist, weil das Musterprotokoll Abänderungen oder Ergänzungen über die im Rahmen der in den Musterprotokollen zugelassenen Alternativen hinaus enthält.**

OLG München, Beschluss vom 12.5.2010, 31 Wx 19/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Am 8.1.2010 wurde die Errichtung der E. GmbH zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Die Gründungsurkunde beinhaltet u. a. folgende Regelungen:

- „1. Die Erschienenen errichten hiermit nach § 2 Abs. 1 a GmbHG eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma E. GmbH mit dem Sitz in M. (...)
4. Zum Geschäftsführer wird H. B. E. (...) bestellt.  
Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 des BGB befreit.
5. Die Gesellschaft trägt die mit der Gründung verbundenen Kosten bis zu einem Gesamtbetrag von EUR 1.500, höchstens jedoch bis zum Betrag ihres Stammkapitals. Darüber hinausgehende Kosten tragen die Gesellschafter im Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile.  
(...)“

Mit Zwischenverfügung vom 13.1.2010 beanstandete das Registergericht, dass Ziffer 5 der Gründungsurkunde nicht dem Musterprotokoll entspreche. Sofern man davon ausgehe, dass bei fehlerhaftem Protokoll nach § 2 Abs. 1 a GmbHG eine „normale GmbH-Gründung“ vorliege, fehle die Grundlage für die Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 GmbHG in der Satzung. Der Beschwerdeführer ist hingegen der Auffassung, dass im Hinblick darauf, dass auch eine Gesellschafterliste einreicht worden sei, keine Notwendigkeit bestehe, dass Ziffer 5 der Gründungsurkunde dem Musterprotokoll entspreche. Auch stellten die im Musterprotokoll enthaltenen Aussagen zu § 181 BGB materielle Satzungsbestimmungen dar. Bei Verwendung des Musterprotokolls zur Gründung einer „ordentlichen“ GmbH seien damit auch die insoweit für die GmbH geltenden Voraussetzungen erfüllt.

## II.

### *Aus den Gründen:*

Die zulässige Beschwerde (§ 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG) ist nicht begründet. Das Registergericht hat zu Recht die Eintragung der GmbH aufgrund des derzeitigen Eintragungshindersnisses abgelehnt.

1. Die Voraussetzungen für die Eintragung der GmbH im vereinfachten Verfahren i. S. d. § 2 Abs. 1 a GmbHG liegen nicht vor.

a) Gegenstand des Verfahrens ist die Eintragung der Gründung einer „normalen GmbH“ und nicht die Gründung einer GmbH in der Form einer Unternehmergesellschaft gemäß § 5 a GmbHG. Das wird von der Beschwerde auch so gesehen. Soweit Ausführungen des Notars die besondere Form der Unternehmergesellschaft betreffen, ist ein Zusammenhang

mit dem Inhalt der Gründungsurkunde der GmbH oder den Schreiben des Registergerichts nicht ersichtlich. Das Registergericht ist zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass eine Unternehmergesellschaft gegründet wurde.

b) Die vorgelegte Gründungsurkunde verstößt gegen das Postulat des § 2 Abs. 1 a Satz 3 GmbHG, demzufolge das in der Anlage zu § 2 Abs. 1 a GmbHG bestimmte Musterprotokoll über die dort zugelassenen Alternativen hinaus weder abgeändert noch ergänzt werden darf. Die Gründungsurkunde weist nämlich in Ziffer 5 anstelle des im Musterprotokoll vorgesehenen Nennbetrags für die Kostenhaftung i. H. v. 300 € einen solchen i. H. v. 1.500 € auf. Dies hat zur Folge, dass die Voraussetzungen für eine Gründung der GmbH im vereinfachten Verfahren nicht vorliegen und daher die beantragte Eintragung nicht vollzogen werden kann.

2. Erfährt das Musterprotokoll aber entgegen § 2 Abs. 1 a Satz 3 GmbHG Abänderungen und Ergänzungen, so liegt eine „normale GmbH-Gründung“ vor (vgl. *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 17. Aufl., § 2 Rdnr. 55; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., § 2 Rdnr. 18), für die die Erleichterungen i. S. d. § 2 Abs. 1 a GmbHG nicht gelten, sondern die allgemeinen Regelungen für die Gründung einer GmbH Anwendung finden.

Es bedarf also auch der Einreichung einer Satzung, die die Anforderungen an die Gründung einer GmbH im „normalen Verfahren“ erfüllt. Die Vorlage eines (geänderten) Musterprotokolls i. S. d. § 2 a Abs. 1 GmbHG ist hierfür entgegen der Auffassung des Notars nicht ausreichend.

a) § 2 GmbHG sieht mit Erlass des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) nunmehr zwei Möglichkeiten für die Gründung einer GmbH vor. Neben der „normalen Gründung einer GmbH“ kann die Gesellschaft gemäß § 2 Abs. 1 a GmbHG auch in einem sog. „vereinfachten Verfahren“ gegründet werden. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Gesellschafter eines der in der Anlage bestimmten Musterprotokolle verwenden (§ 2 Abs. 1 a Satz 2 GmbHG), das über die dort zugelassenen Alternativen hinaus weder abgeändert noch ergänzt werden darf (§ 2 Abs. 1 a Satz 3 GmbHG). Wie der Senat bereits entschieden hat (vgl. Beschluss vom 29.10.2009, 31 Wx 124/09 = NJW-RR 2010, 180), sind bei Gründung einer GmbH im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1 a GmbHG im Musterprotokoll drei Dokumente zusammengefasst, nämlich Gesellschaftsvertrag (d. h. Satzung), Bestellung des Geschäftsführers und Gesellschafterliste. Im Hinblick auf das Postulat gemäß § 2 Abs. 1 a Satz 3 GmbHG besteht daher nicht nur keine Notwendigkeit, die für die Eintragung der Gesellschaft im Wege der „normalen GmbH-Gründung“ ansonsten erforderlichen Einzeldokumente vorzulegen, sondern deren Vorlage wäre vielmehr nicht statthaft. Die Verwendung des Musterprotokolls ist also nach der gesetzgeberischen Wertung Charakteristikum des „vereinfachten Verfahrens“ i. S. d. § 2 Abs. 1 a GmbHG und daher dieser Verfahrensart der Gründung einer GmbH vorbehalten. Bei Gründung einer GmbH im „normalen Verfahren“ kann daher das Musterprotokoll nicht Grundlage für den Nachweis der darin zusammengefassten Dokumente sein. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn eine „normale GmbH-Gründung“ deswegen gegeben ist, weil Abänderungen und Ergänzungen über die im Rahmen der in den Musterprotokollen zugelassenen Alternativen hinaus erfolgt sind. Es ist daher auch in solch einem Fall die Vorlage einer Satzung erforderlich.

b) Die Einreichung der Gesellschafterliste ist daher entgegen der Auffassung des Notars für eine Eintragung der GmbH im „normalen Verfahren“ nicht ausreichend. Zu Recht hat das

Registergericht daher das Fehlen der nach herrschender Meinung (vgl. BGHZ 87, 59, 61; 114, 167, 170; BFH, GmbHR 1997, 34 f.; BayObLGZ 1984, 109, 111; OLG Köln, GmbHR 1993, 37; OLG Celle, GmbHR 2000, 1098; KG NZG 2006, 718; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl., § 35 Rdnr. 31; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 10. Aufl., § 35 Rdnr. 98; a. A. *Roth/Altmeyden*, GmbH, 6. Aufl., § 35 Rdnr. 76; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* a. a. O., § 35 Rdnr. 132; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, a. a. O., § 35 Rdnr. 52; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, 2006, § 35 Rdnr. 64) erforderlichen satzungsmäßigen Grundlage für die Befreiung des Geschäftsführers von dem Verbot des Selbstkontrahierens i. S. d. § 181 BGB beanstandet.

(...)

12. HGB §§ 161 Abs. 2, 143 (*Auflösung der KG durch Übertragung aller Gesellschaftsanteile auf einzelnen Erwerber*)

**Nach Übertragung aller Gesellschaftsanteile an einer Kommanditgesellschaft auf einen Erwerber ist die Auflösung der Gesellschaft anzumelden und im Handelsregister einzutragen.**

OLG München, Beschluss vom 16.6.2010, 31 Wx 094/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Im Handelsregister ist die C. KG eingetragen mit den Beteiligten zu 1 und 2 als persönlich haftenden Gesellschaftern und den Beteiligten zu 3 und 4 als Kommanditisten. Zur Eintragung in das Handelsregister wurde angemeldet:

„Die Gesellschafter (Beteiligte zu 1 bis 4) haben jeweils ihre Gesellschaftsanteile im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf die Firma X. KG übertragen und sind dadurch aus der Gesellschaft ausgeschieden.

Die Gesellschaft wurde dadurch aufgelöst.

Die Firma X. KG hat das Handelsgeschäft mit Aktiva und Passiva ohne Liquidation, jedoch ohne Übernahme der Firma, übernommen.

Die Firma der im Betreff genannten Firma ist damit erloschen.“

Mit Zwischenverfügung vom 15.3.2010 beanstandete das Registergericht unter anderem: Es sei das Eintreten und die konkrete Vertretungsbefugnis der neuen Komplementärin, der Firma X. anzumelden (Ziffer 1). Wenn bei den Kommanditisten ein Sonderrechtsnachfolgevermerk eingetragen werden solle, müssten die Beteiligten versichern, dass keine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt oder versprochen worden sei (Ziffer 2). Die Übertragung der Gesellschaftsanteile der persönlich haftenden Gesellschafter im Wege der Sonderrechtsnachfolge sei nicht möglich (Ziffer 3). Der Notar wandle dagegen ein, eine Eintragung der X. KG würde einen falschen Sachverhalt wiedergeben. Aus dem gleichen Grund sei der Sonderrechtsnachfolgevermerk bei den Kommanditisten obsolet. Soweit mit Ziffer 3 die Unzulässigkeit eines entsprechenden Handelsregistereintrages gemeint sei, scheide dieser ohnehin aus, weil die Firma nicht übernommen werde. Das Registergericht half der Beschwerde nicht ab mit der Begründung, Ziel der Registerführung sei die lückenlose Aufzeichnung sämtlicher Gesellschafter in der Kommanditgesellschaft.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Beschwerde ist zulässig (§ 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG) und auch begründet. Die vom Registergericht unter Ziffer 1, 2 und 3 angeführten Eintragungshindernisse liegen nicht vor. Angemeldet zur Eintragung im Handelsregister sind die Auflösung der Gesellschaft und das Erlöschen der Firma. Zur Eintragung dieser Tatsachen bedarf es entgegen der Auffassung des

Registergerichts weder der vorherigen Eintragung der X. KG als neuer Komplementärin noch eines Vermerks über die Sonderrechtsnachfolge bei den bisherigen Kommanditisten. Denn mit dem Erwerb aller Anteile durch die X. KG ist diese Alleininhaberin des Vermögens der Gesellschaft geworden, während zugleich die Gesellschaft erloschen ist.

1. Nach allgemeiner Meinung ist die Mitgliedschaft in einer Kommanditgesellschaft ein der selbständigen Verfügung zugängliches Recht und kann – mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter – unmittelbar vom Altgesellschafter auf den Neugesellschafter abgetreten werden mit der Folge, dass dieser (sog. derivativer) Rechtsnachfolger des Veräußerers wird. Zulässig ist auch die Übertragung aller Gesellschaftsanteile auf einen einzelnen Mitgesellschafter oder – wie hier – einen außenstehenden Erwerber. Durch die Übertragung aller Gesellschaftsanteile auf einen einzelnen Erwerber wird die Kommanditgesellschaft ohne Liquidation beendet. Ihr Vermögen geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erwerber über, Auflösung und Erlöschen der Gesellschaft fallen zusammen (vgl. BayObLG, FGPrax 2001, 213; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1998, 27, 28; MünchHdbGesR/Piehl/Schulte, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 2; Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 781).

Für die vom Registergericht geforderte Eintragung der X. KG als persönlich haftende Gesellschafterin ist deshalb kein Raum, denn sie ist gerade nicht Gesellschafterin geworden. Mit der Übertragung aller Geschäftsanteile einer Personenhandelsgesellschaft auf einen einzigen Erwerber wird dieser unmittelbar Inhaber der bisher zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechte. Eine solche Vereinigung aller Anteile an einer Personenhandelsgesellschaft in einer natürlichen oder juristischen Person begegnet keinen grundsätzlichen Bedenken; es ist insbesondere nicht erforderlich, dass der Erwerber zunächst durch Abtretung eines Gesellschaftsanteils Gesellschafter wird und erst dann die übrigen Anteile erwirbt (BGH, NJW 1978, 1525). Der Erwerber wird Gesamtrechtsnachfolger der beendeten Gesellschaft (vgl. BayObLG, FGPrax 2001, 213), nicht Gesellschafter.

2. Aus denselben Gründen scheidet auch ein Vermerk über die Sonderrechtsnachfolge in die Kommanditanteile von vornherein aus, so dass es auf die dafür grundsätzlich erforderliche negative Abfindungsversicherung (vgl. BGH, DNotZ 2006, 135) nicht ankommt. Die Verlautbarung der Sonderrechtsnachfolge wird wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen insbesondere im Hinblick auf die Haftung für Gesellschaftsschulden als zulässig und erforderlich angesehen, wenn ein bestehender Kommanditeinlage nicht im Wege des Aus- und Eintritts, sondern durch Abtretung übertragen wird. Dem Gläubiger, der das Handelsregister einsieht, wird durch den Sonderrechtsnachfolgevermerk klar vor Augen geführt, dass ihm die Hafteinlage nur einmal zur Verfügung steht (vgl. OLG Hamm, DNotZ 2005, 229). Hier hat aber kein Kommanditistenwechsel stattgefunden, weil mit dem Ausscheiden der Beteiligten zu 1 und 2 als Kommanditisten zugleich die Gesellschaft erloschen und folglich die Erwerberin nicht als Gesellschafterin, insbesondere nicht als Kommanditistin, in die Gesellschaft eingetreten ist.

3. Nachdem der Nachfolgevermerk die Haftung auf nur eine Kommanditeinlage (§ 172 Abs. 1 HGB) deutlich macht, hat er selbstverständlich bei der – zulässigen – Übertragung des Gesellschaftsanteils eines persönlich haftenden Gesellschafters zu unterbleiben. So verstanden, ist Ziffer 3 der Zwischenverfügung abstrakt zutreffend, im vorliegenden Fall aber überflüssig, weil eine Eintragung der X. KG als persönlich haftende Gesellschafterin ohnehin nicht vorzunehmen ist (siehe oben 1.).

4. Vorsorglich weist der Senat für das weitere Verfahren darauf hin, dass das Registergericht bei der Fassung des Eintragungsvermerks nicht an den Vorschlag der Beteiligten gebunden ist (*Keidel/Heinemann*, FamFG, 16. Aufl., § 382 Rdnr. 6). Sofern es die Tatsache der Vollbeendigung der Gesellschaft im Handelsregister durch die Eintragung: „Die Gesellschaft ist aufgelöst. Eine Liquidation findet nicht statt.“ zum Ausdruck bringen will, steht dem der Wortlaut der Anmeldung nicht entgegen (vgl. OLG Düsseldorf, Rpfleger 1998, 27, 28).

13. GmbHG §§ 9 c Abs. 2 Nr. 2, 61, 60 Abs. 1 Nr. 3 (*Kontrolle von Satzungsmängeln durch das Registergericht*)

**Das Registergericht darf die Eintragung einer GmbH in das Handelsregister nicht deshalb ablehnen, weil eine Satzungsbestimmung (hier: Einziehung des Geschäftsanteils bei Erhebung der Auflösungsklage) Vorschriften verletzt, die unentziehbare Individual- oder Minderheitsrechte gewähren.**

OLG München, Beschluss vom 1.7.2010, 31 Wx 102/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die beteiligte Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. § 11 Abs. 2 lit. e) der Satzung lautet:

„Die Einziehung des Geschäftsanteiles eines Gesellschafters ohne dessen Zustimmung ist zulässig, wenn

(...)

e) der Gesellschafter Auflösungsklage erhebt oder seinen Austritt aus der Gesellschaft erklärt.“

Nach § 17 der Satzung soll die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt werden, wenn einzelne Bestimmungen ganz oder teilweise unwirksam oder unanwendbar sein sollten.

Mit Zwischenverfügung vom 28.4.2010 wies das Registergericht u. a. darauf hin, dass § 11 Abs. 2 e) den gesetzlichen Auflösungsgrund des § 60 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG in unzulässiger Weise einschränke; die Anmeldung könne deshalb nicht vollzogen werden. Mit der Beschwerde wandte die Beteiligte ein, die nach § 9 c Abs. 2 GmbHG eingeschränkte Prüfungspflicht des Registergerichts erstrecke sich auf diese Satzungsbestimmung nicht. Das Registergericht half nicht ab mit der Begründung, der Begriff des öffentlichen Interesses sei wie bei § 241 Nr. 3 AktG weit auszulegen und umfasse vor allem auch Vorschriften über die Verbandsstruktur und die Mitgliedschaft.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässige Beschwerde (§ 382 Abs. 4 i. V. m. § 58 FamFG) ist begründet. Die Unwirksamkeit von § 11 Abs. 2 e) der Satzung steht der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nicht entgegen.

1. Das Registergericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass § 11 Abs. 2 e) der Satzung unwirksam ist, weil die Regelung eine unzulässige Einschränkung des Klagerechts der Minderheit nach § 61 GmbHG beinhaltet.

§ 61 GmbHG gibt einer Minderheit von Gesellschaftern das Recht, unter besonderen Voraussetzungen durch gerichtliches Urteil die Auflösung der Gesellschaft (§ 60 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) zu bewirken. Die Vorschrift hat keine Parallele im Aktienrecht, sondern ähnelt § 133 HGB und ist Ausgleich für die gegenüber der Aktie erschwerte Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile (vgl. *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 19. Aufl., § 61 Rdnr. 1). Die Regelung dient dem Minderhei-

schutz und ist insofern zwingend, als das Klagerecht durch Satzung oder Gesellschafterbeschluss weder eingeschränkt noch entzogen werden kann (h. M., vgl. BayObLGZ 1978, 227, 230; *Baumbach/Hueck/Haas*, § 61 Rdnr. 2; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 14 Rdnr. 14; *Michalski*, GmbHG, § 61 Rdnr. 5; *GroßKommGmbHG/Casper*, § 61 Rdnr. 3; *Scholz/Schmidt/Bitter*, GmbHG, 10. Aufl., § 61 Rdnr. 2; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Rasner*, GmbHG, 4. Aufl., § 61 Rdnr. 4 a. E.; *Volhard*, GmbHR 1995, 617, 619). Eine Satzungsbestimmung, die – wie hier – generell für den Fall der Erhebung der Auflösungsklage die Einziehung des Geschäftsanteils des klagenden Gesellschafters vorsieht, beseitigt praktisch das Klagerecht der Minderheit bzw. den gesetzlichen Auflösungsgrund des § 60 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG und ist deshalb unzulässig (h. M., vgl. *Baumbach/Hueck/Haas*, § 61 Rdnr. 3; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl., § 34 Rdnr. 36, § 61 Rdnr. 2; *Michalski*, § 61 Rdnr. 7–9; einschränkend *Michalski/Sosnitzka*, § 34 Rdnr. 35; *Volhard*, GmbHR 1995, 617, 619; a. A. ohne Begründung und im Widerspruch zur jeweiligen Kommentierung zu § 61: *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 34 Rdnr. 10 a. E.; *GroßKommGmbHG/Ulmer*, § 34 Rdnr. 40; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bergmann*, § 34 Rdnr. 31; *Scholz/Westermann*, § 34 Rdnr. 15).

2. Die Unwirksamkeit der Satzung in § 11 Abs. 2 e) steht jedoch der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nicht entgegen, weil keine der in § 9 c Abs. 2 GmbHG genannten Voraussetzungen vorliegen.

Die durch das Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) 1998 angefügte Vorschrift des § 9 c Abs. 2 GmbHG begrenzt bei der Eintragung der Gesellschaft – nicht dagegen bei der Satzungsänderung (vgl. BayObLG, MittBayNot 2002, 201; KG, FGPrax 2006, 29, 30) – die Kontrolle von Satzungsmängeln auf die dort abschließend aufgezählten Gründe. Die Eintragung der Gesellschaft darf wegen Satzungsmängeln nur abgelehnt werden, wenn die in § 9 c Abs. 2 Nr. 1–3 GmbHG genannten Voraussetzungen vorliegen. In Betracht kommt hier nur § 9 c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG, wonach die Eintragung abzulehnen ist, wenn die nichtige Bestimmung des Gesellschaftsvertrages Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist, wie das Registergericht zutreffend ausgeführt hat, nach herrschender Meinung weit auszulegen und umfasst insbesondere die Eignungsvoraussetzungen für den Geschäftsführer, die Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes und des Betriebsverfassungsgesetzes sowie die Strafbestimmungen. Nicht umfasst sind hingegen – wie in der Begründung des Regierungsentwurfs zum HRefG ausdrücklich ausgeführt – die Vorschriften des GmbHG, die unentziehbare Individual- oder Minderheitsrechte betreffen, wie sie etwa in den §§ 48, 51 a, 50 Abs. 1 und 2, 61 Abs. 2, 66 Abs. 2 und 3 GmbHG enthalten sind. Derartige Satzungsbestimmungen sollen nicht die wirksame Entstehung der Kapitalgesellschaft durch Registereintragung hindern, sondern Gegenstand etwaiger Streitverfahren zwischen den Beteiligten bleiben (vgl. BT-Drucks. 13/8444, S. 78; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 9 c Rdnr. 10; a. A. *Scholz/Winter/Veil*, § 9 c Rdnr. 22 a. E., § 14 Rdnr. 32; *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 976).

Soweit das Registergericht für den Begriff „öffentliches Interesse“ i. S. d. § 9 c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG auf die im Aktienrecht entwickelten Gesichtspunkte abstellt, die auch die Normen über Verbandsstruktur und Mitgliedschaft dem öffentlichen Interesse zuordnen, steht das im Widerspruch zur Absicht des Gesetzgebers bei der Einführung des § 9 c Abs. 2 GmbHG. Darüber hinaus bestehen im Hinblick auf den Schutz der An-

teilseigner zwischen der Aktiengesellschaft und der GmbH erhebliche Unterschiede (vgl. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, Anh. § 47 Rdnr. 52). Schließlich findet gerade die hier verletzte Vorschrift des § 61 Abs. 2 GmbHG keine Entsprechung im Aktienrecht, sondern orientiert sich an den Vorschriften für die Personengesellschaften (vgl. § 133 HGB). Die Schaffung von „Rechtsklarheit über die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse“ reicht entgegen der Darlegungen des Registergerichts zur Begründung des öffentlichen Interesses i. S. d. § 9 c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG nicht aus. Diese Auffassung steht im Widerspruch zum Sinn und Zweck der Vorschrift, die bei der Ersteintragung der Gesellschaft – im Gegensatz zu späteren Satzungsänderungen – die Prüfungskompetenz des Registergerichts beschränken soll. Die unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe bei der Ersteintragung der Gesellschaft und bei einer späteren Satzungsänderung hat der Gesetzgeber ausdrücklich hingenommen (vgl. BT-Drucks. 13/8444, S. 80; kritisch *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 9 c Rdnr. 13).

Die Nichtigkeit von § 11 Abs. 2 e) der Satzung der beteiligten Gesellschaft steht folglich der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nicht entgegen, denn die unabdingbare Möglichkeit der Auflösungsklage (§§ 61, 60 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) dient in erster Linie dem Minderheitenschutz und nicht ausschließlich oder überwiegend dem Gläubigerinteresse oder dem öffentlichen Interesse. Die Zwischenverfügung ist deshalb insoweit aufzuheben.

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

14. AO § 191; AnfG §§ 3, 11, 15; BGB §§ 880, 1030, 1059, 1092; ZPO § 857 (*Anfechtbarkeit der Bestellung von Dienstbarkeiten am eigenen Grundstück*)

- 1. Die Anfechtbarkeit der Bestellung dinglicher Rechte am eigenen Grundstück folgt aus einer unmittelbaren Anwendung des § 3 Abs. 1 AnfG (Fortentwicklung der Senatsrechtsprechung).**
- 2. Die Gläubigerbenachteiligung liegt schon in der Bestellung dinglicher Rechte, unabhängig von einer sich daran anschließenden Übertragung des Grundeigentums. Die Teilrechte verschlechtern im Fall einer Zwangsvollstreckung die Zugriffslage.**
- 3. Der Anspruchsinhalt des § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG ist nicht auf Fälle der Vermögensminderung durch Veräußerung, Weggabe oder Aufgabe von Vermögensbestandteilen an einen Dritten beschränkt. Als bloße Rechtsfolgenbestimmung ergänzt diese Vorschrift nicht die Anfechtungsnormen um eine abschließende Regelung der anfechtbaren Rechtshandlungen auf solche der Veräußerung, Weggabe und Aufgabe, sondern beschränkt das, was dem Gläubiger wieder „zur Verfügung gestellt“ werden soll, nach Art und Umfang auf das, was „veräußert, weggegeben oder aufgegeben“ worden ist.**
- 4. Hat ein Vollstreckungsschuldner ein Nießbrauchsrecht oder ein dingliches Wohnrecht am eigenen Grundstück anfechtbar begründet, hat das FA einen schuldrechtlichen Anspruch auf Duldung des Vorrangs seiner Rechte in der Zwangsvollstreckung.**

BFH, Urteil vom 30.3.2010, VII R 22/09

Aus den Gründen:

## II.

(...)

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG muss dem Gläubiger, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, das zur Verfügung gestellt werden, was durch eine anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist.

2. Der in § 11 AnfG vorausgesetzte Anfechtungstatbestand ergibt sich in der Konstellation des Streitfalls aus einer entsprechenden Anwendung des § 3 Abs. 1 AnfG. Nach dieser Vorschrift ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor der Anfechtung mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, anfechtbar, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte.

a) Nach ihrem Wortlaut setzt die Norm voraus, dass eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung zugunsten eines Dritten vorliegt. Dementsprechend hat der Senat im Urteil vom 14.7.1981, VII R 49/80 (BFHE 133, 501; BStBl II 1981, S. 751), worauf das FG zutreffend hingewiesen hat, ausgeführt, das Anfechtungsgesetz enthalte „nach seinem Wortlaut keinen Anfechtungstatbestand, der es ermöglichte, gegenüber dem Schuldner selbst die zu seinen Gunsten erfolgte Bestellung von beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten anzufechten“. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass grundsätzlich Voraussetzung einer Anfechtung das Ausscheiden eines Gegenstands aus dem Vermögen des Schuldners ist und etwas, was im Vermögen des Schuldners ist, schwerlich in dieses zurückgewährt werden kann.

b) Der Senat hat in jener Entscheidung allerdings ausdrücklich dahinstehen lassen, ob sich diese Anfechtungsnorm erweiternd auf Fälle anwenden lasse, in denen ein Recht an dem bisher dem Schuldner gehörenden Grundstück zu seinen eigenen Gunsten bestellt werde. Auch der BGH hat sich in einem Fall, in dem der Empfänger eines anfechtbar übertragenen Grundstücks dem Übertragenden, dem Schuldner, daran ein Wohnrecht bestellt hatte, nicht abschließend festgelegt (BGH, Urteil vom 13.7.1995, IX ZR 81/94, BGHZ 130, 314; MittBayNot 1995, 388). Die Frage, ob es anfechtbar gewesen wäre, wenn sich der Übertragende, der Schuldner, von Anfang an selbst das Wohnrecht bestellt hätte, konnte dort offenbleiben. Denn der Schuldner war in jenem Fall hinsichtlich des Wohnrechts Sonderrechtsnachfolger des Grundstückserwerbers i. S. d. § 15 Abs. 2 AnfG (dort § 11 Abs. 2 AnfG a. F.) und als solcher der Anfechtung ausgesetzt.

c) Im Streitfall ist die Frage, ob § 3 Abs. 1 AnfG nur auf Rechtshandlungen des Schuldners zugunsten eines Dritten anwendbar ist, entscheidungserheblich. Denn anders als in den vom BGH entschiedenen Fällen sind hier die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 AnfG nicht gegeben.

aa) Nach § 15 Abs. 2 AnfG kann die Anfechtbarkeit gegen einen sonstigen Rechtsnachfolger, der nicht Gesamtrechtsnachfolger ist, geltend gemacht werden, wenn dem Rechtsnachfolger zur Zeit seines Erwerbs die Umstände bekannt waren, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbs seines Rechtsvorgängers begründen, oder wenn der Rechtsnachfolger zur Zeit seines Erwerbs zu den Personen gehörte, die dem Schuldner nahestehen, es sei denn, dass ihm zu dieser Zeit die Umstände unbekannt waren, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbs seines Rechtsvorgängers begründen oder wenn dem Rechtsnachfolger das Erlangte unentgeltlich zugewendet worden ist.

Die Vorschrift dehnt die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen gegenüber Ersterwerbenden auf deren „Sonderrechtsnachfolger“ aus, um einen umfassenden Gläubigerschutz zu gewährleisten.

bb) Die Klägerin ist nicht Rechtsnachfolgerin im Sinne dieser Norm.

(1) Zwar setzt die Sonderrechtsnachfolge i. S. d. § 15 Abs. 2 AnfG nach der Rechtsprechung des BGH nicht die Vollübertragung des anfechtbar Erlangten voraus, sondern kann schon vorliegen, wenn aus dem anfechtbar Erworbenen ein neues, beschränktes Recht geschaffen oder eine besondere Befugnis abgezweigt wird.

(2) Auch muss der Rechtsnachfolger nach § 15 Abs. 2 AnfG nicht ein Dritter sein. Vielmehr kann auch der Schuldner des Anfechtungsgläubigers selbst Rechtsnachfolger im anfechtbaren Erwerb werden, wenn er sich an dem von ihm übertragenen Grundeigentum ein Teilrecht von dem Erwerber hat zurückübertragen lassen (vgl. BGHZ 130, 314; MittBayNot 1995, 388).

(3) Anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall sind aber weder die Nießbrauchsrechte noch das Wohnrecht zugunsten der Klägerin von den Erwerbenden der Grundstücke – der GbR bzw. dem Sohn – bestellt worden. Nach den Feststellungen des FG hat sich die Klägerin diese Teilrechte an ihren eigenen Grundstücken vor der Eigentumsübertragung selbst bestellt.

(4) Ob in einer solchen Konstellation eine entsprechende Anwendung des § 15 Abs. 2 AnfG in Betracht käme, weil die Interessenlage, der § 15 Abs. 2 AnfG Rechnung trägt, sich nur unwesentlich von derjenigen unterscheidet, die entsteht, wenn das neue, beschränkte Recht nicht erst nach der anfechtbaren Übertragung des Grundstücks durch den Erwerber, sondern schon vor dieser Übertragung durch den bisherigen Eigentümer im Hinblick auf die beabsichtigte Übertragung des Grundstücks geschaffen wird, muss hier nicht geprüft werden, denn:

d) Die Anfechtbarkeit der Bestellung dinglicher Rechte am eigenen Grundstück ergibt sich nach Auffassung des Senats unmittelbar aus § 3 Abs. 1 AnfG.

aa) Der Wortlaut der Norm, wonach eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung anfechtbar ist, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte, beschränkt ihre Anwendbarkeit nicht auf den Fall der Fremdbegünstigung. Vielmehr erschöpft sich die Bedeutung des „Wenn“-Satzes darin, den gutgläubigen Erwerber in Fällen der Fremdbegünstigung vor einer Anfechtung zu schützen. Im Fall der Selbstbestellung eines Teilrechts am eigenen Grundstück geht der Konditionalsatz ins Leere.

bb) Die Gläubigerbenachteiligung besteht darin, dass sich schon allein durch die Bestellung einer Grundstücksbelastung am eigenen Grundstück die Zugriffslage für die Gläubiger – unabhängig von einer sich daran anschließenden Übertragung des Grundeigentums – verschlechtern kann. Denn im Fall einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück bleibt dieses im Rang vor dem Anfechtungsgläubiger stehende Teilrecht bestehen (vgl. *Stöber*, Zwangsversteigerungsgesetz, 19. Aufl., § 15 Rdnr. 26, § 44 Rdnr. 4). Im Streitfall liegen solche Verschlechterungen der Zugriffslage für die Gläubiger vor.

(1) Die Zwangsvollstreckung und damit die Befriedigungsmöglichkeit für Gläubiger in das von der Klägerin im Vertrag vom 14.12.2004 für sich selbst bestellte Wohnrecht ist ausgeschlossen, weil die Beteiligten die Überlassung des Wohnrechts an Dritte nicht gestattet haben (§ 857 Abs. 3 ZPO, § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB; vgl. BGHZ 130, 314).

(2) Der an den Grundstücken bestellte Nießbrauch kann zwar grundsätzlich Gegenstand der Pfändung sein; allerdings, wie sich aus § 857 Abs. 3 ZPO i. V. m. § 1059 BGB ergibt, ist er der Pfändung nur insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann. Wegen seiner Unveräußerlichkeit, die auch in der Zwangsvollstreckung Bestand hat, darf der Pfändungspfandgläubiger den Nießbrauch nicht zu seiner Befriedigung verwerten, sondern ihn nur zu diesem Zweck ausüben. Dies schließt eine Überweisung des Stammrechts selbst zur Einziehung oder an Zahlungs statt nach § 857 Abs. 1, § 835 Abs. 1 ZPO ebenso aus wie eine anderweitige Verwertung durch Versteigerung oder freien Verkauf (so BGH, Urteil vom 12.1.2006, IX ZR 131/04, BGHZ 166, 1).

cc) Auch an der nach § 3 Abs. 1 AnfG erforderlichen Gläubigerbenachteiligungsabsicht der Klägerin bestehen nach den Feststellungen des FG keine Zweifel.

(1) Bezüglich der im Grundstücksübertragungsvertrag vom 5.1.2005 vereinbarten Rückkauflassungsvormerkung, deren Anfechtung das FG für berechtigt erachtet hat, hat das FG die Gläubigerbenachteiligung und die entsprechende Absicht der Klägerin festgestellt. Da das Wohnrecht in demselben Vertrag bestellt wurde, erfassen die Feststellungen des FG zur Gläubigerbenachteiligung auch diese Rechtshandlung. Mangels entsprechender Verfahrensrügen ist der Senat daran gebunden.

(2) In Bezug auf die Nießbrauchsbestellungen war das FG einer Würdigung der die Gläubigerbenachteiligung betreffenden Umstände enthoben, da es deren Anfechtung aus anderen Gründen für nicht berechtigt hielt. Anhand der vom FG insoweit gleichwohl getroffenen Feststellungen kann der Senat hierzu aber selbst entscheiden. Die Gläubigerbenachteiligung muss nicht das Ziel des Schuldnerhandelns sein. Es genügt, wenn der Schuldner die Benachteiligung als mögliche Folge seines Handelns erkennt und billigend in Kauf nimmt (BGHZ 130, 314, m. w. N.).

Hiernach steht die Gläubigerbenachteiligungsabsicht außer Zweifel. Sowohl der zeitliche Zusammenhang der Grundstücksübertragung auf die neu gegründete GbR mit der Wohnungsdurchsuchung durch die Steuerfahndung wegen Verdachts der Schenkungsteuerhinterziehung als auch die Gesamtschau der Verfügungen der Klägerin lassen keinen anderen Schluss zu als den, dass die Klägerin ihr Grundvermögen vor dem Zugriff des Fiskus schützen wollte.

So stellt sich die Eigentumsübertragung auf die GbR als eine nach § 4 Abs. 1 AnfG anfechtbare Schenkung dar, da die Klägerin für die Hingabe keine Gegenleistung erhalten hat (vgl. BGH, Urteil vom 15.12.1994, IX ZR 153/93, MittBayNot 1995, 234). Die Grundstücke waren werthaltig. Eine wertauschöpfende Belastung der auf die GbR übertragenen Grundstücke scheidet angesichts eines von der Klägerin im FG-Verfahren selbst eingeräumten Verkehrswerts von 400.000 € und einer Grundschuldbelastung von 300.000 € (davon eine noch nicht zur Sicherung eingesetzte Eigentümergrundschuld über 100.000 €) aus, so dass die Übertragung an die GbR, an der sie selbst neben ihren beiden Kindern nur mit 2 % beteiligt war, wie eine Schenkung zu beurteilen ist. Die vorbehaltenen Nießbrauchsrechte sind keine „Gegenleistung“; Gegenstand der Schenkung ist vielmehr das damit jeweils belastete Grundstück (vgl. BGH, Urteil vom 7.4.1989, V ZR 252/87; MittBayNot 1989, 206).

Auch die vorbehaltenen Nießbrauchsrechte selbst bieten den Gläubigern – wie oben dargestellt – keine dem Volleigentum vergleichbare Befriedigungsmöglichkeit. Sie beeinträchtigen vielmehr zusätzlich die Verwertbarkeit der Grundstücke in der – nach Anfechtung der Schenkung vorgesehenen – Zwangsvollstreckung.

Bei diesem Gesamtbefund greift zugunsten des FA bezüglich der Nießbrauchsbestellungen die Vermutung der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des § 3 Abs. 2 Satz 2 AnfG, die den gesamten Vertragsinhalt erfasst.

3. Der Anspruch aus § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG ist bei gegebener Anfechtbarkeit darauf gerichtet, dem Gläubiger das zur Verfügung zu stellen, was aus dem Vermögen des Schuldners „veräußert, weggegeben oder aufgegeben“ ist.

a) Im Streitfall steht dem Duldungsanspruch des FA nicht entgegen, dass sich die Klägerin die in Nrn. 1, 2 und 5 des Duldungsbescheids bezeichneten Rechte, also die Bestellung der Nießbrauchsrechte und des Wohnrechts, bei der Einbringung der Grundstücke in die GbR bzw. der Übertragung auf den Sohn vorbehalten hat. Zwar bewirkt die Bestellung dinglicher Rechte zugunsten des Grundeigentümers keine Schmälerung seines Vermögens, wie sie bei einer Veräußerung, Weggabe oder Aufgabe von Vermögensbestandteilen an einen Dritten typisch ist. Der Anspruchsinhalt des § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG deckt aber nicht nur diese Fälle der Vermögensminderung ab. Die Regelung muss im Zusammenhang mit den Anfechtungstatbeständen gelesen werden. § 11 AnfG regelt (nur) die Rechtsfolgen der wirksamen Anfechtung einer Rechtshandlung; er ergänzt nicht die Anfechtungsnormen um eine abschließende Bestimmung der anfechtbaren Rechtshandlungen auf solche der Veräußerung, Weggabe und Aufgabe. Ziel des § 11 AnfG ist – wie schon der mit Wirkung vom 1.1.1999 aufgehobenen Vorgängervorschrift des § 7 AnfG a. F. (vgl. Art. 1 § 20 Abs. 2 Satz 1 des Einföhrungsgesetzes zur Insolvenzordnung vom 5.10.1994, BGBl 1994 I, S. 2911) – die Wiederherstellung der durch die Vermögensverschiebung vereitelten Zugriffslage für die Gläubiger. Der gegenüber der früheren Formulierung, das Erhaltene müsse vom Empfänger „zurückgewährt“ werden, geänderte Wortlaut, dass das durch die anfechtbare Handlung Weggegebene bzw. Aufgegebene dem Gläubiger zu dessen Befriedigung „zur Verfügung gestellt“ werden muss, macht dieses Ziel besonders deutlich (vgl. *Huber*, Anfechtungsgesetz, 10. Aufl., § 11 Rdnr. 4; BGH, Urteil vom 29.6.2004, IX ZR 258/02, MittBayNot 2005, 160). Der Gläubiger soll so – aber auch nur so – gestellt werden, als könne er auf das Vermögen des Schuldners noch so zugreifen, wie es ihm ohne die anfechtbare Disposition des Schuldners möglich gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil in BGHZ 130, 314; MittBayNot 1995, 388; *Kilger/Huber*, Anfechtungsgesetz, 8. Aufl., § 7 Anm. I, 2). § 11 AnfG umschreibt mit den Begriffen „veräußert, weggegeben oder aufgegeben“ eine Beschränkung des Anspruchs nach Art und Umfang darauf, was zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers nötig ist (vgl. dazu BGH, Urteil vom 9.5.1996, IX ZR 50/95, NJW 1996, 2231). So besteht z. B. infolge der Anfechtung kein Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechts (so schon RG, Urteil vom 3.3.1931, VII 218/30, RGZ 131, 340). Im Kern dieser Regelung geht es „nur“ darum, den „Erfolg“ der wirksam angefochtenen Rechtshandlung insoweit zu verhindern, wie sie eine Gläubigerbenachteiligung konkret verursacht.

b) Mit Bestellung der Nießbrauchsrechte und des Wohnrechts hat die Klägerin keine Rechte auf- oder weggegeben, sie hat dadurch aber – wie gesehen – den Zugriff auf ihre Vermögenswerte schon vor Übergang des Grundeigentums – und erst recht vor dem Hintergrund dieser Verfügung – beeinträchtigt. Diese Vermögenslage muss sie zugunsten des Fiskus nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG wieder herstellen.

4. Das FA hat die Klägerin mit dem Duldungsbescheid zu Recht verpflichtet, seinen in der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu begründenden Rechten den Vorrang vor

dem jeweils eingetragenen Nießbrauch und dem Wohnrecht einzuräumen.

a) Das FA kann mit diesem Vorrang von der Klägerin in der Zwangsvollstreckung das Nichtgebrauchmachen von dem zu ihren Gunsten eingetragenen Wohnrecht, ihre Einwilligung in die Auszahlung des auf das Wohnrecht entfallenden Versteigerungserlöses sowie – bei Bestehenbleiben des Wohnrechts im Rahmen der Zwangsversteigerung – Wertersatz verlangen (vgl. z. B. Hanseatisches OLG, Urteil vom 26.6.2000, 5 U 89/99, juris, Rdnr. 70). Mit dem Vorrang gegenüber dem Nießbrauch kann das FA entweder erreichen, dass der Nießbrauch mit dem Zuschlag erlischt, § 52 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 1 i. V. m. § 44 Abs. 1 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung oder es kann mit dem Duldungstitel die Anordnung der Zwangsverwaltung beantragen.

b) Ein Anspruchsinhalt des § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG auf Einräumung des Vorrangs wird in der zivilrechtlichen Judikatur durchgehend bejaht. Da der Anfechtungsgegner – wie oben ausgeführt – bei anfechtbaren Grundpfandrechten die Zugriffslage nicht genauso wiederherzustellen hat, wie sie ohne die anfechtbare Rechtslage bestände, sondern nur insoweit, wie dies zur Befriedigung gerade des anfechtenden Gläubigers nötig ist, genügt es, dass der Anfechtungsgegner von dem anfechtbar erworbenen Recht keinen Gebrauch machen kann. „Geht einem Grundpfandrecht des Anfechtungsgläubigers ... ein anfechtbar erlangtes dingliches Recht eines anderen an dem Grundstück vor, so begründet der Anfechtungsanspruch ... in der Regel die schuldrechtliche Verpflichtung des Anfechtungsgegners, dem Recht des Anfechtungsgläubigers in entsprechender Anwendung des § 880 BGB den Vorrang einzuräumen“ (BGH, NJW 1996, 2231).

c) Da das FA selbst nicht den Anspruch auf Beseitigung der Dienstbarkeiten erhoben hat, bedarf es keiner Erwägungen dazu, ob der Umstand, dass die Dienstbarkeiten nicht für einen Dritten, sondern für den Eigentümer, der zugleich Vollstreckungsschuldner ist, bestellt worden sind, einen weitergehenden Anspruch als die Einräumung des Vorrangs rechtfertigen könnte.

15. GBO § 22; ZPO § 852; InsO §§ 35, 36, 81 (*Kein Verzicht des insolventen Gläubigers auf Geltendmachung eines durch Vormerkung gesicherten Rückübertragungsanspruchs*)

**Der in Insolvenz befindliche Gläubiger eines durch Vormerkung gesicherten Rückübertragungsanspruchs kann, auch wenn die Grundstücksübertragung mit Rücksicht auf eine familiäre Verbundenheit stattgefunden hat, auf die Geltendmachung des Anspruchs nicht wirksam verzichten (im Anschluss an den Beschluss vom 13.5.2009, 34 Wx 026/09 = RNotZ 2009, 480).**

OLG München, Beschluss vom 11.3.2010, 34 Wx 010/10

Mit notarieller Urkunde vom 12.10.1992 übertrug der Beteiligte zu 1 Grundbesitz an die Beteiligte zu 2, seine Ehefrau, zu Alleineigentum. Im Ziff. VII der Urkunde („Gegenleistungen“) ist unter Nr. 1 u. a. vereinbart:

„Der Übergeber behält sich das Recht vor, den Überlassungsgegenstand zurückfordern zu können, wenn

- a) der Übernehmer den Grundbesitz ohne seine Zustimmung veräußert oder belastet, oder
- b) Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Überlassungsgegenstand eingeleitet werden oder über das Vermögen des

Übernehmers das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet wird, oder

c) der Übernehmer vor dem Übergeber verstirbt, oder

d) die Ehe der Vertragsteile geschieden wird.

Falls der Übergeber das Rückforderungsrecht ausübt, hat er keine Gegenleistung zu erbringen; ein Verwendungsersatz findet also nicht statt.“

Der Anspruch ist durch eine in Abteilung II des Grundbuchs für den Beteiligten zu 1 eingetragene Vormerkung gesichert.

Am 17.10.2005 wurde über das Vermögen des Beteiligten zu 1 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beteiligte zu 3 zum Insolvenzverwalter bestellt. In der Veränderungsspalte des Grundbuchs ist ein entsprechender Vermerk eingetragen. Mit notarieller Urkunde vom 17.9.2008 verzichtete der Beteiligte zu 1 gegenüber der Beteiligten zu 2 auf das bedingte Rükckerwerbsrecht. Der beurkundende Notar hat gemäß § 15 GBO beantragt, die Eigentumsvormerkung nebst dem Insolvenzvermerk zu löschen. Der Beteiligte zu 3 als Insolvenzverwalter hat dem nicht zugestimmt.

*Aus den Gründen:*

## II.

(...)

2. Dies hält der auf Rechtsfehler beschränkten Nachprüfung (§ 78 Satz 2 GBO a. F., §§ 546, 559 ZPO) stand. Die Voraussetzungen für eine Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO liegen nicht vor. Es wird zunächst auf die zutreffenden Ausführungen des LG Bezug genommen. Das Vorbringen in der Rechtsmittelbegründung veranlasst nur folgende Ergänzungen:

a) In die Insolvenzmasse fällt das gesamte pfändbare Vermögen des Schuldners (§ 35 Abs. 1, § 36 Abs. 1 InsO). Pfändbar und damit vom Insolvenzverfahren erfasst sind auch aufschiebend bedingte Rechte und das selbständige Gestaltungsrecht, das besteht, wenn sich der Schuldner das Recht vorbehalten hat, das Grundstück im Falle einer unentgeltlichen Übertragung zurückzuverlangen (vgl. *Zöller/Stöber*, ZPO, 28. Aufl., Rdnr. 16).

Allenfalls wäre an eine Analogie zu § 852 Abs. 2 ZPO zu denken (vgl. BGH, DNotZ 2004, 298). Dies käme etwa dort in Frage, wo ein Gläubiger sonst in die den Ehegatten vorbehaltenen, letztlich auf Billigkeitsgesichtspunkten beruhende Vermögensauseinandersetzung eingreifen und sie gegen den Willen des Berechtigten erzwingen könnte. Diese Analogie kann aber nur so weit gehen, wie es notwendig ist, um die Entscheidungsfreiheit des Berechtigten zu erhalten. Es kann nichts anderes gelten, als im ausdrücklich geregelten Fall des § 852 Abs. 1 ZPO. Dort handelt es sich zwar um den Pflichtteilsanspruch, der nicht von der Ausübung eines Gestaltungsrechts abhängt. Die Pfändbarkeit ist nach dem Wortlaut des Gesetzes stattdessen davon abhängig, dass der Anspruch vertraglich anerkannt oder rechtshängig geworden ist. § 852 Abs. 1 ZPO wird aber einschränkend dahin ausgelegt, dass der Pflichtteilsanspruch als in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingter Anspruch zwar gepfändet werden kann, trotzdem aber die Entscheidungsfreiheit des Schuldners, ob er die in § 852 Abs. 1 ZPO genannten Voraussetzungen der Pfändbarkeit schafft, gewahrt bleibt. Das Anliegen der Norm, mit Rücksicht auf die familiäre Verbundenheit von Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem allein letzterem die Entscheidung zu überlassen, ob der Anspruch gegen den Erben durchgesetzt werden soll, wird so nicht berührt (vgl. BGH, MittBayNot 1993, 378; BGH, DNotZ 2009, 860). Geht man im Fall der Pfändung eines Rückauflassungsanspruchs, der sich gegen den Ehegatten richtet, von einer ähnlichen sich

aus der familiären Situation ergebenden Interessenlage aus, kommt zwar unter Umständen eine analoge Anwendung des § 852 Abs. 2 ZPO in Frage (offen gelassen in BGH, DNotZ 2004, 298). Die analoge Anwendung darf aber nicht weitergehen, als es zur Sicherung der Entscheidungsfreiheit des Ehegatten notwendig ist. Auch eine derartige beschränkte Pfändung ist eine Pfändung, so dass das Gestaltungsrecht selbst wie der aufschiebend bedingte Anspruch in die Insolvenzmasse fallen mit der Folge, dass der Insolvenzschuldner nicht mehr darüber verfügen, also auch nicht darauf verzichten kann. Seine Entscheidungsfreiheit wird ausreichend dadurch gewahrt, dass das Recht gegen seinen Willen nicht geltend gemacht werden kann.

b) Es wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass es zum Schutze der Entscheidungsfreiheit des Berechtigten nicht ausreicht, wenn ihm nur die Geltendmachung des Anspruchs – oder eben die Nichtgeltendmachung – bleibe, nicht aber auch der „actus contrarius“, nämlich der endgültige Verzicht auf die Geltendmachung, und dass es daher dem Berechtigten trotz bestehender Pfändung nicht verwehrt sei, das Rückforderungsrecht aufzugeben (vgl. *Berringer*, DNotZ 2004, 245, 256). Für eine solche weitergehende Analogie sieht der Senat keinen Anlass. Die Möglichkeit, weiterhin zu entscheiden, ob ein Recht ausgeübt werden soll, setzt nicht voraus, dass über das Recht auch endgültig verfügt werden kann. Die Entschließungsfreiheit des Berechtigten wird bereits geschützt, wenn der Anspruch nicht gegen seinen Willen geltend gemacht werden kann. Die Beseitigung der „lästigen“ Vormerkung im Grundbuch stellt eine darüber hinausgehende Zuwendung auf Kosten der Gläubiger dar. Zudem lassen sich Manipulationen zu deren Lasten angesichts des geldwerten Vorteils, den die Beseitigung der Vormerkung mit sich bringt, nicht ausschließen. Auf eine etwaige Gegenleistung hätten die Gläubiger möglicherweise keinen Zugriff. Auch insoweit ähnelt die Situation derjenigen beim noch nicht vertraglich anerkannten, jedoch abgetretenen Pflichtteilsanspruch (BGH, MittBayNot 1993, 378). Ob in Ausnahmefällen – im Rahmen des § 242 BGB – ein endgültiger Verzicht möglich ist (vgl. *Münch*, FamRZ 2004, 1329, 1333 bei Fn. 57) kann schon deswegen offenbleiben, da hierzu irgendwelche Umstände weder vorgetragen, geschweige denn in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) dargelegt sind.

Der Hinweis der Beteiligten zu 2, dass nach einem Verzicht eine Pfändung nicht mehr möglich sei, ist unbehelflich. Eine durch Verzicht erloschene Forderung kann zwar weder gepfändet werden noch fällt sie in die Insolvenzmasse. Vorliegend erfolgte der Verzicht aber erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

## Anmerkung:

### 1. Entscheidungsgegenstand

Die Entscheidung des OLG München beschäftigt sich mit einer für die Gestaltungspraxis bedeutenden Frage. Es ist gerade der Gedanke an die mögliche Insolvenz eines Ehepartners, die oftmals Anlass dafür ist, Vermögen vom vermeintlich insolvenzgefährdeten auf den vermeintlich ungefährdeten Teil zu übertragen. Da sich die Beteiligten allerdings – sei es auch erst nach Belehrung – meistens der Tatsache bewusst sind, dass auch in der Person des Übergabeempfängers Ereignisse eintreten können, die den Vermögensgegenstand besser beim ursprünglichen Eigentümer aufgehoben erscheinen lassen, werden regelmäßig Rückforderungsrechte für den Fall des Eintritts bestimmter Ereignisse vereinbart und durch entsprechende Vormerkung im Grundbuch gesichert. Das OLG

München hatte sich nun mit der Frage auseinander zu setzen, was mit solchen vormerkungsgesicherten Rücküberweisungsansprüchen im Fall der Insolvenz des Anspruchsinhabers geschieht. Dem Gericht vorgelegt wurde nämlich die Frage, inwieweit das Grundbuchamt verpflichtet ist, die Löschung der Vormerkung wegen nachgewiesener Unrichtigkeit des Grundbuchs vorzunehmen, wenn diesem die nach Insolvenzverfahrensöffnung abgegebene Erklärung des Inhabers des Überweisungsanspruchs dazu vorgelegt wird, dass dieser den Anspruch aufgibt.

Zu der wirklich spannenden Frage, unter welchen Voraussetzungen ein solcher zwischen Ehegatten begründeter Überweisungsanspruch vom Insolvenzbeschluss erfasst wird bzw. – den Regeln des Pflichtteilsanspruchs entsprechend – Fremdausübungsschranken unterliegt, musste sich das Gericht letztlich leider nicht äußern. Dass die Entscheidung gleichwohl eine Besprechung wert ist, liegt daran, dass sie mit ausführlicher, gleichwohl aber unzutreffender Begründung zum zutreffenden Ergebnis kommt.

### 2. Pfändungsschranken aufgrund persönlicher Nähebeziehungen

Da das Gericht die Berechtigung des insolventen Anspruchsinhabers verneint, auf den Rückübertragungsanspruch ohne Zustimmung des Insolvenzverwalters zu verzichten, kommt es auf die Frage, inwieweit solche zwischen Ehegatten bestehenden Ansprüche überhaupt einem dem Pflichtteilsanspruch entsprechenden vollstreckungsrechtlichen Privileg unterliegen, letztlich nicht an. Führt, wie das OLG München meint, eine Analogie zum § 852 ZPO auch für solche Ansprüche nur dazu, dass deren Geltendmachung vom Willen des Anspruchsinhabers selbst und nicht von seinen Gläubigern bzw. seinem Insolvenzverwalter abhängig ist, und kann deshalb nicht wirksam auf den Anspruch verzichtet werden, dann brauchte das Gericht die Frage, ob eine solche Analogie überhaupt zulässig ist, nicht zu klären.

Die Argumente dafür, solche zwischen Ehegatten (man könnte allerdings genauso an die Eltern-Kind-Situation denken) bestehenden Ansprüche vor deren Geltendmachung dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, sind nicht ohne Gewicht. Zum einen sind es regelmäßig nicht wirtschaftliche Interessen, die zur Vereinbarung der Rückforderungsrechte führen. Zwischen Ehegatten ist Ursache von Übertragungen regelmäßig das eheliche Verhältnis, im Eltern-Kind-Verhältnis die Vorwegnahme von Erbfolgesituationen. In beiden Fällen geht es darum, dem Übertragenden noch eine gewisse nachwirkende Kontrolle über den Gegenstand zu ermöglichen, um ihm zu ersparen, dass er mit ansehen muss, wie dieser von ihm nicht gewollte Wege geht, beispielsweise durch unerwünschten Erbgang, Veräußerung, Gläubigerzugriff oder Ähnliches. Die Übertragung als solche erfolgt praktisch immer nur wegen bestehender persönlicher Nähebeziehungen, die Rückforderungsansprüche teilen diesen Charakter. § 852 ZPO erkennt an, dass das Bestehen besonderer, in der Person des Anspruchsinhabers liegender Gründe (Nachfolge von Todes wegen/Güterstandsbeendigung/Verarmung) Drittzugriffe erschweren müssen.

Auf der anderen Seite stellt die Höchstpersönlichkeit von Rechtsverhältnissen, insbesondere dann, wenn es sich um eine gewillkürte handelt, grundsätzlich einen Fremdkörper in unserem Rechtssystem dar. Nirgendwo kommt dies besser zum Ausdruck als in § 851 Abs. 2 ZPO, der die Pfändung auch solcher Ansprüche ermöglicht, die nach dem Willen der Beteiligten nicht übertragbar sind. Bringt das Rechtssystem so aber zum Ausdruck, dass Gläubigerzugriffe grundsätzlich

Vorrang vor Parteidisponibilität haben, dann muss daraus fast zwangsläufig auch der Schluss gezogen werden, dass vollstreckungsrechtliche Beschränkungen des Gläubigerzugriffs, wie sie § 852 ZPO namentlich für den Pflichtteilsanspruch, den Schenkungswiderruf wegen Verarmung und den Zugewinnausgleichsanspruch vorsieht, eng gehandhabt werden müssen und nur begrenzt analogiefähig sind.

Behält sich der Übertragende Rückforderungsansprüche für den Fall der Ehescheidung oder des Vorversterbens des Empfängers vor, dann sind diese so eng mit den besonders privilegierten Rechtsverhältnissen des Erbrechts (Pflichtteilsansprüche, Rechte auf Erb- oder Vermächtnisausschlagung) und familienrechtlichen Ansprüchen (Zugewinnausgleichsanspruch) verwandt, dass Drittzugriffe nur dann und insoweit möglich sein dürfen, wenn/als der Anspruchsberechtigte persönlich die Durchsetzung für sich in Anspruch nimmt.

Anders stellt sich m. E. die Rechtslage in den Fällen dar, in denen Rückübereignungsansprüche auch für weitere Fälle, namentlich eigene Verfügungen und Drittzugriffsfälle vereinbart sind. Diese Ansprüche beschränken mittelbar die wirtschaftliche Verfügungsmacht des Empfängers über den betreffenden Gegenstand. Sie haben zunächst nichts mit den gesetzlich privilegierten Situationen der Ehescheidung, der Verarmung und des Erbfalls zu tun. Zwar haben auch diese ihren Ausgangspunkt in der Unentgeltlichkeit der ursprünglichen Übertragung, die Ausweitung der Vollstreckungsprivilegierung auf solche Ansprüche würde aber konsequenterweise dazu führen müssen, innerfamiliäre Anspruchsbeziehungen grundsätzlich dem unbeschränkten Gläubigerzugriff zu entziehen. Warum sollte dann nicht auch der Unterhaltsanspruch des Ehegatten unpfändbar gestellt werden?

Obwohl das OLG München umfangreich Überlegungen dazu angestellt hat, wie sich der Vollstreckungsschutz des § 852 ZPO praktisch auswirkt, hat es leider zur vorstehenden Frage keine Stellung genommen. M. E. wäre schon im Hinblick darauf, dass eben nicht nur Rückforderungsansprüche im Rahmen privilegierter Lebenssituationen vorbehalten waren, eine Aufgabe des Anspruchs nach Verfahrenseröffnung und die entsprechende Löschung der Vormerkung nicht mehr möglich gewesen. Die Beschwerde hätte bereits insoweit zurückgewiesen werden können.

### 3. Zieht die Pfändbarkeit die Unverzichtbarkeit nach sich?

So hatte das OLG München die Gelegenheit, sich Gedanken zum Wirkmechanismus der Vollstreckungsprivilegierung des § 852 ZPO zu machen und namentlich auch über die Frage der Verzichtbarkeit solcher Ansprüche zu befinden. Die Überlegungen sind meines Erachtens allerdings unzutreffend.

a) Grundlage der Ausführungen des OLG München ist die Rechtsprechung des BGH (FamRZ 2009, 869 = DNotZ 2009, 860), wonach die besondere vollstreckungsrechtliche Stellung des Pflichtteilsanspruchs zwar die Entscheidung über die Geltendmachung desselben den Berechtigten überlasse, dies die Pfändbarkeit des Anspruchs jedoch nicht hindere. Der Besonderheit des Pflichtteilsanspruchs werde Genüge getan, wenn nur die Überweisung zur Einziehung ausgeschlossen bleibe, die Pfändung aber möglich sei. In diesem Fall bleibe es dem Berechtigten überlassen, ob er den Anspruch geltend machen wolle oder nicht. Tue er dies, greife das Pfändungspfandrecht durch, tue er dies nicht, dann schade die Pfändung auch nicht.

b) Das OLG München überträgt diesen Gedanken auf den vormerkungsgesicherten Rückübereignungsanspruch. Da

auch insoweit jedenfalls die Pfändung möglich sein müsse, komme eine Löschung der Vormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung nicht in Betracht. Das OLG geht in seiner Begründung aber über die Überlegungen des BGH zum Pflichtteilsanspruch hinaus. Während sich der BGH nicht mit der Frage auseinandergesetzt hat, inwieweit das Recht über die Geltendmachung zu entscheiden auch dasjenige beinhaltet, endgültig zu verzichten und so den Anspruch im Ganzen zu Fall zu bringen, ist das OLG München der Auffassung, der Anspruchsberechtigte des Rückübereignungsanspruchs sei bereits ausreichend geschützt, wenn ihm nur die Entscheidung über die Ausübung verbleibe. Eines weitergehenden Aufgaberechts bedürfe es zu seinem Schutz nicht. Die von *Berringer* (DNotZ 2004, 245, 256) geäußerte Ansicht, aus der individuellen Entscheidungsbefugnis darüber, ob ein Anspruch geltend gemacht werden soll, ergäbe sich auch das Recht, endgültig auf den Anspruch zu verzichten, sei nicht zutreffend. Die Berechtigung zur alleinigen Entscheidung über die Geltendmachung setze die Aufgabeberechtigung nicht voraus. Hinzu komme, dass die Beseitigung der „lästigen“ Vormerkung eine Zuwendung auf Kosten der Gläubiger darstelle. Sie lasse auch Manipulationsmöglichkeiten zu Lasten der Gläubiger zu.

c) Diese Überlegungen sind nicht schlüssig. Bei (verweigerter) Schluss von der Ausübungs- zur Aufgabeberechtigung verdreht das OLG München Ursache und Wirkung. Selbstverständlich ist die Aufgabeberechtigung nicht Voraussetzung der Ausübungsberechtigung; sie ist vielmehr deren Konsequenz. Wenn es dem Inhaber des Anspruchs auf Dauer überlassen ist, allein und ohne Einwirkung seiner Gläubiger darüber zu befinden, ob der Anspruch geltend gemacht wird, dann ist es nur folgerichtig, ihm auch die Kompetenz zur endgültigen Aufgabe zu geben. Warum sollte es dem Rechtsinhaber nicht möglich sein, sich hinsichtlich der Entscheidung festzulegen? Das OLG will dem Rechtsinhaber die Möglichkeit der Selbstbindung nehmen – woraus sich dies ergeben soll, bleibt unklar. Da der Anspruchsinhaber sich heute, morgen und übermorgen gegen die Ausübung entscheiden darf, kann er sich doch auch festlegen, schon heute für übermorgen auf die Ausübung zu verzichten. Kann er dies aber, dann steht der Ausübung des Anspruchs eine dauerhafte Einrede, nämlich die der bereits erklärten Ausübungsbeschränkung entgegen.

Auch das vom entscheidenden Senat angeführte Argument der Manipulationsmöglichkeiten verfängt nicht. Inwieweit soll dem Anspruchsinhaber denn eine Manipulation möglich sein, wenn das einzige ihm nach der Pfändung/Insolvenzbeschlagnahme verbleibende Recht dasjenige der Disposition über die Ausübung und damit die Möglichkeit des Verzichts ist. Gibt er den Anspruch insgesamt auf, so erlischt dieser. Manipulationsmöglichkeiten sind nicht mehr gegeben. Der Anspruch ist auch ihm endgültig entzogen. Die insoweit etwas unklare Argumentation scheint dahin zu gehen, der Anspruch könne bestehen bleiben, während gleichwohl die Vormerkung gelöscht werde. Dies ist aber unzutreffend. Im Verfahren der Grundbuchberichtigung kraft Nachweises der Unrichtigkeit geht es nicht um die Löschung der Vormerkung; es geht im Kern um die Beseitigung des Anspruchs als solchem. Ist dieser aber erloschen, ist auch jede Manipulationsmöglichkeit weg. Soweit der Senat an Manipulationen insoweit denken will, als im Rahmen der Aufgabe Entgelte oder Ersatzansprüche vereinbart werden, unterfallen diese selbstverständlich wiederum dem Insolvenzbeschlagnahme bzw. dem Gläubigerzugriff durch Pfändung.

Die Überlegungen des OLG München sind aber noch aus einem weiteren Grund wenig sinnvoll. Was das Gericht mit seinen Überlegungen erreicht, ist, dass über den vom gepfän-

deten Rückforderungsanspruch betroffenen Gegenstand überhaupt nicht mehr verfügt werden kann. Er wird praktisch gänzlich dem Rechtsverkehr entzogen. Der Pfändungsgläubiger/Insolvenzverwalter kann mit dem Anspruch nichts anfangen, da dessen Inhaber zur Geltendmachung nicht bereit sein wird. Der Grundstückseigentümer kann über den Gegenstand nicht verfügen, da die Zustimmung des Pfändungsgläubigers zur Beseitigung des Anspruchs und der Vormerkung nicht erteilt wird. Der Inhaber des Rückforderungsanspruchs kann, soweit der Grundstückseigentümer seinen vertraglichen Vereinbarungen gerecht wird, ebenfalls nichts geltend machen. Selbst wenn er es aus dem Vertrag heraus könnte, wird er dies deshalb nicht tun, um den Anspruch nicht seinen Gläubigern in die Hand zu geben. Die Rechte der einzelnen Beteiligten, hier insbesondere des Pfändungsgläubigers, laufen letztendlich nur darauf hinaus, alle anderen blockieren zu können und so die Möglichkeit zu haben, sich diese Blockadeposition abkaufen zu lassen. Das aber ist wiederum mit dem Ziel des § 852 ZPO nicht zu vereinbaren.

Im Ergebnis muss also den Überlegungen des OLG München in diesem Punkt klar widersprochen werden. Die Pfändung des Anspruches ist selbstverständlich möglich. Erklärt sich der Anspruchsinhaber aber dahingehend, auf diesen zu verzichten, erlischt damit sowohl der Anspruch als solcher wie auch automatisch das daran bestehende Pfandrecht.

#### 4. Grenzen des grundbuchlichen Verfahrens

Dass das OLG München mit seiner Entscheidung, die Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO nicht zuzulassen, aber im Ergebnis auch dann richtig läge, wenn der Anspruch im Sinne der vorstehend unter 2. angestellten Überlegungen zur Privilegierung nur der höchstpersönlichen Komponenten Tod und Ehescheidung bestünde, liegt an einem vom OLG selbst übersehenen Aspekt. Das Verfahren nach § 22 GBO ist schlicht nicht darauf ausgerichtet, die Frage nach der Wirksamkeit eines vormerkungsgesicherten Anspruchs zu klären. Die GBO ist Verfahrensrecht. Entsprechend kann es auch bei den von ihr zur Verfügung gestellten Verfahrensarten nicht um die Feststellung materieller Richtigkeit oder Unrichtigkeit gehen. Aus der materiellen Unrichtigkeit kann sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergeben, das ist selbstverständlich. Diese materielle Unrichtigkeit aber festzustellen, ist nicht Sache des Grundbuchverfahrens; eine entsprechende Feststellung kann nur Grundlage eines solchen Verfahrens sein. Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass die Erklärung des Anspruchsinhabers eines vormerkungsgesicherten Anspruchs, auf diesen zu verzichten, im Grundbuchverfahren keine Relevanz besäße. Zum einen dürfte in einer solchen Erklärung regelmäßig konkludent die Löschungsbewilligung zur Vormerkung enthalten sein. Zum anderen aber ist im Normalfall aus der im Grundbuch eingetragenen Vormerkung verfahrensrechtlich die Verfügungskompetenz des dort Eingetragenen abzuleiten, so dass aus grundbuchverfahrensrechtlicher Sicht regelmäßig durch eine solche Erklärung die Unrichtigkeit nachgewiesen ist. Besteht aber eine Diskrepanz zwischen angeblicher materieller Berechtigung und grundbuchlicher Rechtslage, sei es aufgrund Eintragung eines anderen Berechtigten, eines Pfändungsvermerks oder wie im vorliegenden Fall eines Insolvenzvermerks, dann hat aus grundbuchverfahrensrechtlicher Sicht der Erklärende keine ausreichende verfahrensrechtliche Bewilligungs- bzw. Verfügungskompetenz. Diese Diskrepanz aufzulösen ist Sache grundbuchverfahrenstauglicher Nachweise. Die Nachweise erst im Grundbuchverfahren zu schaffen, ist allerdings nicht Aufgabe der GBO. Allenfalls

dann, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs soweit greifbar ist, als es die bestehende Eintragung auf Grundlage der nachgewiesenen Tatsachen schlicht nicht geben kann, ist eine Löschung nach § 22 GBO denkbar.

Das geeignete Instrumentarium zur Klärung dieser Frage hat das Gesetz in den Regelungen der §§ 886 und 894 BGB zur Verfügung gestellt. Nichts hindert den Grundstückseigentümer daran, den Insolvenzverwalter auf Löschung der Vormerkung nach § 886 BGB in Anspruch zu nehmen. Mit einem insoweit ergangenen Urteil kann alsdann die Löschung der Vormerkung betrieben werden.

#### 5. Fazit

Das Urteil erweist sich damit zwar im Ergebnis als zutreffend. Die zur Wirkungsweise des besonderen Vollstreckungsschutzes des § 852 ZPO angestellten Überlegungen sind allerdings kritisch zu hinterfragen. Hinzu kommt, dass das Gericht mit der Prüfung der materiellen Wirksamkeit der Verzichtserklärung dem Grundbuchverfahren Prüfungs Kompetenzen und damit eben auch eine Prüfungspflicht auferlegt hat hinsichtlich eines Gegenstandes, der im Verfahren nach § 22 GBO nichts verloren hat.

Notar Dr. Christian Kessler, Düren

### Beurkundungs- und Notarrecht

16. BGB § 705; GmbHG §§ 16, 40, 54; HGB § 12; BeurkG § 39 a (*Erfordernis eines Transfervermerks bei notarbescheinigter Gesellschafterliste*)

**Die Bescheinigung des Notars nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG stellt eine in der Form eines Vermerks errichtete öffentliche Urkunde dar. Die wirksame Einreichung zum Handelsregister hat der Form des § 39 a BeurkG zu genügen; sie erfordert neben der qualifizierten elektronischen Signatur einen elektronischen Beglaubigungsvermerk des Notars.**

OLG Jena, Beschluss vom 25.5.2010, 6 W 39/10; eingesandt von Notar a. D. Sebastian Herrler, Würzburg

Der beschwerdeführende Notar hatte am 17.12.2009 eine notarbescheinigte Liste der Gesellschafter der A. GmbH i. S. d. § 40 Abs. 1, 2 GmbHG als einfache elektronische Abschrift bei dem AG – Registergericht – Jena eingereicht.

Mit Zwischenverfügung vom 15.1.2010 wies das Registergericht den Notar darauf hin, dass die von ihm erstellte und mit einer Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG versehene Gesellschafterliste elektronisch signiert eingereicht werden müsse und mit einem Beglaubigungsvermerk („Transfervermerk“) zu versehen sei.

Hiergegen legte der Notar mit Schreiben vom 28.1.2010 Beschwerde ein. Er macht geltend, die Einreichung einer einfachen elektronischen Aufzeichnung ohne elektronische Signatur sei ausreichend, weil die Gesellschafterliste nicht von der Regelung des § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB erfasst werde, sondern von der Bestimmung im Hs. 1 dieser Norm. Der Notar habe insofern keine höheren Formanforderungen einzuhalten als ein GmbH-Geschäftsführer, der bei Veränderungen im Gesellschafterkreis ohne Notareteiligung die Gesellschafterliste selbst zum Handelsregister einreiche. In diesem Fall sei aber anerkannt, dass die Übermittlung einer einfachen elektronischen Aufzeichnung der unterschriebenen Liste genüge.

Aus den Gründen:

## II.

(...)

2. Die Beschwerde ist unbegründet.

Die Zwischenverfügung des AG – Registergerichts – Jena vom 28.1.2010 ist nicht zu beanstanden. Das Registergericht hat den beschwerdeführenden Notar zu Recht aufgefordert, die von ihm erstellte und mit einer Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG versehene Gesellschafterliste in der Form des § 39 a BeurkG einzureichen, d. h. mit einer qualifizierten elektronischen Signatur und einem (von dem AG Jena als Transfervermerk bezeichneten) Beglaubigungsvermerk zu versehen (vgl. LG Gera, Beschluss vom 7.10.2009, 2 HK T 26/09; zustimmend *Mödl*, RNotZ 2010, 68–69).

Die durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) eingeführte Notarbescheinigung i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist nach der Gesetzesbegründung an die bereits bisher übliche Satzungsbescheinigung gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG angelehnt (vgl. RegBegr., BT-Drucks. 16/6140, S. 44). Die Bescheinigung, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen der Notar mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen in der Liste mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen, soll zusammen mit der Kompetenzzuweisung an den Notar die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste erhöhen (vgl. *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 35; *Link*, RNotZ 2009, 193, 204). Die sich aus dem Zusammenspiel von Beurkundung, notarieller Prüfung der Wirksamkeit der Anteilsabtretung und notarieller Bescheinigung ergebende Richtigkeitsgewähr aber war für den Gesetzgeber eine wesentliche Voraussetzung, um die neu eingeführte Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines Geschäftsanteils (§ 16 Abs. 3 GmbHG) gegenüber dem wahren Berechtigten zu rechtfertigen (vgl. RegBegr., BT-Drucks. 16/6140, S. 44; so auch *Link*, RNotZ 2009, 193, 204).

Bei der Notarbescheinigung i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG handelt es sich um eine in der Form des Vermerks (§ 39 BeurkG) errichtete öffentliche Urkunde (vgl. *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 458; *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 492; *Link*, RNotZ 2009, 193, 207; *Mödl*, RNotZ 2010, 68, 69; *Zöller/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 40 Rdnr. 63). Während für die Gesellschafterliste des Geschäftsführers lediglich Schriftform verlangt wird und deshalb die Einreichung einer einfachen elektronischen Aufzeichnung genügt (§ 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB – vgl. nur *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl. 2010, § 12 Rdnr. 7), erfordert die Übermittlung einer öffentlichen Urkunde – hier: der Notarbescheinigung – gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB die Einreichung eines digital signierten Dokumentes i. S. d. § 39 a BeurkG (so auch LG Gera, Beschluss vom 7.10.2009, 2 HK T 26/09; zustimmend *Mödl*, RNotZ 2010, 68–69; *Schöttler* in juris PR-ITR 7/2010, Anm. 5; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 40 Rdnr. 13; *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1103; *Link*, RNotZ 2009, 193, 208).

Die qualifizierte Signatur i. S. d. § 39 a BeurkG aber verlangt neben der Signatur als solcher, durch welche die Unterschrift des Notars in der Papierwelt ersetzt wird, einen elektronischen Beglaubigungs- oder Transfervermerk des Notars, in dem dieser die inhaltliche Übereinstimmung der Bilddatei mit dem Ausgangsdokument feststellt. Nur so kann das Registergericht als Empfänger der Datei bei der Signaturprüfung erkennen, ob die Datei noch unverändert ist, kann den Notar identifizieren

und verfügt über das Zeugnis, dass die unveränderte Datei die inhaltsgleiche Wiedergabe eines anderen Dokuments ist (vgl. *Jeep/Wiedemann*, NJW 2007, 2439, 2441; *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 5. Aufl. 2008, § 39 a Rdnr. 16).

Die von dem Registergericht zu Recht geforderte Form der Einreichung ist für die Bescheinigung nach § 54 GmbHG, an welche der Gesetzgeber sich bei der Neuregelung des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG bewusst angelehnt hat, seit Langem anerkannt (vgl. nur *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl. 2009, § 39 Rdnr. 15; *Zöller/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 54 Rdnr. 11; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 54 Rdnr. 2). Die vom Gesetzgeber vorgenommene Aufwertung der Gesellschafterliste zu dem neben der Satzung wichtigsten GmbH-Dokument begründet ein berechtigtes Interesse an der sicheren und eindeutigen sowie dauerhaften Identifikation des Absenders der Bescheinigung als Notar, welchem durch das Erfordernis einer Signatur und Beglaubigungsvermerk des Notars Genüge getan wird.

## Kostenrecht

17. KostO § 47 (*Bestellung eines Geschäftsführers im gesetzlichen Musterprotokoll*)

**Für die Bestellung des Geschäftsführers bei Gründung einer GmbH mittels gesetzlichen Musterprotokolls entsteht keine Gebühr nach § 47 KostO.**

OLG Celle, Beschluss vom 18.12.2009, 2 W 350/09

Der Notar beurkundete einen Gesellschaftsvertrag zur Gründung einer Einmann-GmbH im Rahmen des vereinfachten Gründungsverfahrens gemäß § 2 Abs. 1 a GmbHG und verwendete hierbei das Musterprotokoll gemäß der Anlage zu § 2 Abs. 1 a GmbHG. Unter der Ziffer 4. der Bestellungsurkunde erfolgte die Bestellung des Kostenschuldners als Geschäftsführer. Der Notar erstellte für diese Tätigkeit eine Kostenberechnung vom 20.3.2009 über einen Betrag i. v. H. insgesamt 55,75 €, wobei er neben einer  $\frac{10}{10}$ -Gebühr für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages gemäß §§ 141, 32, 145 Abs. 1, 36 Abs. 1 KostO eine  $\frac{20}{10}$ -Gebühr gemäß §§ 141, 32, 45 Abs. 1 Satz 1, 47 KostO für die Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses zur Bestellung eines Geschäftsführers in Ansatz brachte.

Der Präsident des LG hat den Notar im Wege der Prüfung seiner Notariatsgeschäfte angewiesen, bezüglich des letzteren Kostenansatzes eine Entscheidung des LG herbeizuführen. Das LG hat sodann die streitgegenständliche Kostenrechnung auf einen Betrag i. v. H. 31,95 € abgeändert.

Zur Begründung hat das LG ausgeführt, dass die Bestellung eines Geschäftsführers im Rahmen des Musterprotokolls nicht durch Beschluss, sondern im Gesellschaftsvertrag erfolgte und daher keine gesonderte Gebühr gemäß § 47 KostO anfallt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Notars. Der Notar macht geltend, dass das Musterprotokoll eine Zusammenfassung des Gesellschaftsvertrages, des Geschäftsführerbestellungsbeschlusses, der Gründungsurkunde und der Liste der Gesellschafter darstellt. Die herrschende Meinung gehe davon aus, dass es sich bei der Bestellung des Geschäftsführers im Rahmen des Musterprotokolls um einen sog. unechten Satzungsbestandteil handle. Wenn aber die Geschäftsführerbestellung keinen Satzungsbestandteil schaffe, so könne nicht von einer Bestellung durch Gesellschaftsvertrag ausgegangen werden.

Aus den Gründen:

## II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig.

Auf das vorliegende Beschwerdeverfahren finden gemäß Art. 111 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familien-

sachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Vorschriften Anwendung, weil das Verfahren vor Inkrafttreten des neuen Verfahrensrechts, nämlich mit Schriftsatz des Notars vom 3.8.2008, beim LG H. eingegangen am selben Tage, eingeleitet worden ist.

Das LG hat die weitere Beschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO zugelassen. Die weitere Beschwerde ist form- und fristgerecht eingelegt worden.

Der Senat ist an einer Sachentscheidung auch nicht gehindert. Eine nochmalige Anhörung der vorgesetzten Dienstbehörde des Notars war entbehrlich, weil der Senat der vom LG H. vertretenen Auffassung folgt, die auch von der vorgesetzten Dienstbehörde geteilt wird. Eine Anhörung der Beteiligten zu 2. konnte unterbleiben, weil dieser durch die Entscheidung des Senats nicht beschwert wird.

### III.

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet. Die Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 4 KostO).

Das LG hat zutreffend darauf abgestellt, dass die Bestellung eines Geschäftsführers gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG entweder im Gesellschaftsvertrag oder nach Maßgabe der Bestimmungen des dritten Abschnitts, d. h. durch Beschlussfassung auf der Grundlage von § 46 Nr. 5 i. V. m. §§ 47 ff. GmbHG erfolgt. Die Kostenvorschrift des § 47 KostO findet aber ausschließlich dann Anwendung, wenn der Geschäftsführer im Beschlusswege bestellt und dieser Beschluss beurkundet wird. Erfolgt die Bestellung hingegen in einem GmbH-Gründungsvertrag gemäß § 6 Abs. 3 GmbHG, ist die Geschäftsführerbestellung Bestandteil eines einheitlichen Vertrages, für den (ausschließlich) die Gebühr des § 36 KostO zu erheben ist (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand November 2009, § 39 Rdnr. 20 a).

Die Beurkundung der Bestellung eines Geschäftsführers in dem gesetzlichen Musterprotokoll gemäß § 1 Abs. 1 a GmbHG i. V. m. der Anlage zum GmbHG stellt – wie das LG mit in jeder Hinsicht zutreffenden Erwägungen festgestellt hat – keine Beurkundung eines Beschlusses im o. g. Sinne dar. Denn auf das Musterprotokoll finden gemäß § 2 Abs. 1 a Satz 5 GmbHG die Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag (das ist die gesellschaftsrechtliche Satzung) Anwendung. Konsequenterweise stellt sich die Bestellung des Geschäftsführers einer Einmanngesellschaft daher als Bestellung „im Gesellschaftsvertrag“ i. S. v. § 6 Abs. 3 GmbHG dar (so ausdrücklich *Roth/Almeppen*, GmbHG, 6. Aufl., § 2 Rdnr. 56; vgl. auch *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., § 2 Rdnr. 19: Gesellschaftsvertrag „mit [sic!] Geschäftsführerbestellung“).

Soweit demgegenüber von *Bayer* (in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl., § 2 Rdnr. 35) unter Hinweis auf die Motive zum MoMiG ausgeführt wird, dass das Musterprotokoll die im ursprünglichen Regierungsentwurf vorgesehenen drei Dokumente Gesellschaftsvertrag, Gesellschafterliste und Beschluss über die Geschäftsführerbestellung umfasse (so *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 2 Rdnr. 35) rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Feststellung der angegebenen BT-Drucks. Nr. 16/9737 so nicht entnehmen lässt. Dort heißt es nämlich lediglich:

„Der im Regierungsentwurf vorgesehene beurkundungsfreie Mustergesellschaftsvertrag wird durch ein beurkundungspflichtiges ‚Musterprotokoll‘ ersetzt (...). Die Vereinfachung wird durch die Bereitstellung von Mustern, die Zusammenfassung von drei Dokumenten (Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste) in einem Dokument (...) bewirkt.“

Von der Bestellung eines Geschäftsführers mittels Beschluss ist in der vorgenannten Drucksache mithin keine Rede. Im Übrigen stellt sich auch *Bayer* im Folgenden auf den Standpunkt, dass die Bestellung des Geschäftsführers im Musterprotokoll ein – wenn auch unechter – Satzungsbestandteil sei (a. a. O., Rdnr. 47). Wenn die Bestellung aber Bestandteil der Satzung, also des Gesellschaftsvertrages ist, dann liegt keine Bestellung im Beschlusswege, sondern eine dem Kern nach gesellschaftsrechtliche Regelung vor (vgl. auch *Tebben*, RNotZ 2008, 443, wonach das Musterprotokoll keine Differenzierung enthalte, wonach zwischen Gesellschaftsvertrag und gesonderten Beschluss hinsichtlich der Geschäftsführerbestellung zu unterscheiden sei).

Die Erwägung, dass es sich nur um einen „unechten Satzungsbestandteil“ handle, ist allein für die Frage von Bedeutung, ob die Bestellung im Musterprotokoll durch einfachen Gesellschafterbeschluss nachträglich geändert werden kann (vgl. *Tebben*, a. a. O., 444). Sie rechtfertigt es indes nicht, kostenrechtlich von zwei kostenpflichtigen Tätigkeiten auszugehen.

Allein dies Verständnis wird auch dem mit dem MoMiG verfolgten Gesetzeszweck gerecht, wonach die erleichterte und vor allem kostengünstigere Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung ermöglicht werden sollte.

(...)

### Hinweis der Schriftleitung:

Das OLG Celle bestätigt die Auffassung der Notarkasse A. d. ö. R., vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1038, 1039; siehe auch *Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437; *Sikora/Tiedtke*, MittBayNot 2009, 209.

18. KostO § 19 Abs. 4 (*Gebührenprivilegierung für Fortführung eines landwirtschaftlichen Betriebes*)

**Die Gebührenprivilegierung für ein Geschäft, das der Fortführung eines landwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle dient, setzt grundsätzlich voraus, dass die Bewirtschaftung von der zum Betrieb gehörenden Hofstelle aus erfolgt. Das gilt auch dann, wenn der Betrieb in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingebracht ist.**

OLG München, Beschluss vom 28.1.2010, 31 Wx 59/09; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Der am 11.1.1991 geborene Pflegling ist der Sohn und der alleinige Vorerbe des am 6.1.1999 verstorbenen W. B. Die Beteiligten zu 1 wurden zu Testamentsvollstreckern über den Nachlass des Erblassers ernannt. Sie führen das Amt gemeinschaftlich. Mit Beschluss vom 28.9.1999 ordnete das AG Ergänzungspflegschaft für den Pflegling an. Der Wirkungskreis umfasst die „Vermögenssorge gemäß §§ 1638 Abs. 1, 1909 Abs. 1 Satz 2 BGB bei Verwaltung der Erbschaft nach dem Vater W. B.“. Zum Ergänzungspfleger wurde zunächst Rechtsanwalt Dr. R. bestimmt. Mit Beschluss vom 31.5.2006 entließ das AG den Ergänzungspfleger und bestellte Herrn Dipl.-Ing. agr. S. zum neuen berufsmäßigen Ergänzungspfleger.

Der Erblasser W. B. betrieb bis zum 1.7.1996 gemeinsam mit A. B. einen landwirtschaftlichen Betrieb in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die „B.-B. GbR“ mit Sitz in E. Am 19.6.1999 schlossen der Pflegling, vertreten durch die Testamentsvollstrecker, und der Gesellschafter A. B. einen Gesellschaftsvertrag mit sechs weiteren

Landwirten. Von diesen führten fünf Landwirte einen Betrieb in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Die Landwirte gründeten die „D.-GbR“. Die Gesellschaft wurde durch Beitrittsvereinbarung vom 1.7.2004 um einen weiteren Gesellschafter erweitert.

Mit Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten vom 11.2.2005 regten die Testamentsvollstrecker die Überprüfung des Geschäftswertes in der Kostenrechnung an. Mit Beschluss vom 22.7.2008 setzte das AG den Geschäftswert nach § 31 KostO für die Gebühren des Vormundschaftsgerichts bezüglich der Dauerpflegschaft auf 4.585.000 € fest. Zur Begründung führte das AG aus, dass die Privilegierung nach § 19 Abs. 4 KostO bei der Bemessung des Geschäftswertes vorliegend nicht anzuwenden sei. Die Anwendung scheitere bereits daran, dass keine Überlassung von landwirtschaftlichem Grundbesitz zugrunde liege. Diese Vergünstigung sei mit dem Erbfall bereits erfolgt. Auf der Grundlage des durch den Bezirksrevisor vom 19.4.2000 ermittelten Geschäftswerts i. H. v. 8.969.207,31 DM sei der Geschäftswert auf 4.585.000 € festzusetzen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 31 Abs. 3 Satz 5, § 14 Abs. 5 KostO), hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Auf die vorliegende Tätigkeit des Ergänzungspflegers ist die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO nicht anzuwenden.

(...)

2. Die Entscheidung des LG hält der im Verfahren der weiteren Beschwerde allein möglichen rechtlichen Überprüfung (§ 31 Abs. 3 Satz 5 i. V. m. § 14 Abs. 5 Satz 2 KostO, § 546 ZPO) stand. Ohne Rechtsfehler ist das LG zu dem Ergebnis gelangt, dass sich der Geschäftswert, aus dem sich die streitgegenständliche Jahresgebühr für das Jahr 2004 errechnet, nach § 19 Abs. 1 KostO zu bestimmen ist und dabei die Kostenprivilegierung nach § 19 Abs. 4 KostO keine Anwendung findet.

a) Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass die Tätigkeit des Gerichts im Rahmen der Pflegschaft grundsätzlich vom Kostenprivileg i. S. d. § 19 Abs. 4 KostO erfasst werden kann. Eine solche Tätigkeit kann eine Fortführung des Betriebs „in sonstiger Weise“ i. S. d. § 19 Abs. 4 KostO darstellen, da die Privilegierung auch ein der Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebs nur mittelbar dienendes Geschäft erfasst (vgl. BayObLG, Rpfleger 1991, 525).

b) Ohne Rechtsfehler ist das LG zu dem Ergebnis gelangt, dass die Tätigkeit des Pflegers im streitgegenständlichen Jahr 2004 jedoch nicht der Fortführung eines landwirtschaftlichen Betriebes i. S. d. § 19 Abs. 4 KostO dient.

aa) Die Regelung des § 19 Abs. 4 KostO stellt hinsichtlich der Bewertung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle eine – insoweit eng auszulegende – Sonderregelung gegenüber den für Grundstücke ansonsten geltenden Bewertungsgrundsätzen dar (vgl. BayObLGZ 1991, 200, 202). Gesetzgeberisches Ziel der Regelung ist die Förderung der frühzeitigen Regelung der Hofnachfolge und Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe, die vielfach seit Generationen in der Hand bäuerlicher Familien geführt werden (vgl. BayObLGZ 1992, 231, 233 = DNotZ 1993, 271, 272). § 19 Abs. 4 KostO privilegiert hingegen nicht generell ein Rechtsgeschäft über landwirtschaftlichen Grundbesitz (BayObLGZ 1994, 110, 112) bzw. Tätigkeiten, die auf landwirtschaftlichen Grundbesitz bezogen sind. Voraussetzung für deren Anwendung ist, dass sämtliche in § 19 Abs. 4 KostO aufgeführten Beispiele der Fortführung des Betriebes dienen (vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfes des Bundesrates BT-Drucks. 11/2343, S. 7 ff.). Zwingend erforderlich ist insbesondere, dass die Bewirtschaftung des Betriebes von einer

Hofstelle aus erfolgt. Dabei braucht die Hofstelle nicht im räumlichen Zusammenhang mit den von ihr bewirtschafteten Grundstücken zu stehen, sofern nur von ihr aus die Bewirtschaftung des Betriebes erfolgen kann. Der Begriff umfasst dabei die für die Bewirtschaftung bestimmten Wohn- und Wirtschaftsgebäude. Einzelne Grundstücke ohne Hofstelle fallen jedoch nicht in den Anwendungsbereich des § 19 Abs. 4 KostO (vgl. BT-Drucks. 11/2343, S. 7). Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Verneinung der Voraussetzungen für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO durch das LG nicht zu beanstanden.

bb) Zutreffend hat das LG darauf abgestellt, dass die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO nur dann Anwendung findet, wenn der „Grund und Boden“ des landwirtschaftlichen Betriebes von den Begünstigten eigenverantwortlich von der zum Betrieb selbst gehörenden Hofstelle aus bewirtschaftet wird. Ohne Rechtsfehler ist das LG zu dem Ergebnis gelangt, dass dies im Jahr 2004 nicht der Fall war.

(1) Soweit die Beschwerde rügt, das LG habe den Begriff der „Hofstelle“ insofern rechtsfehlerhaft ausgelegt, als es für die Anwendbarkeit des § 19 Abs. 4 KostO eine auf der Hofstelle lebende bäuerliche Familie verlangt habe, dringt sie nicht durch. Entgegen dem Beschwerdevorbringen hat das LG zu Recht darauf abgestellt, dass der landwirtschaftliche Betrieb durch das Einbringen des „Grund und Bodens“ und der Betriebsmittel zur Nutzung in die „D.-GbR“ nicht mehr von der Hofstelle des landwirtschaftlichen Anwesens des Pfleglings aus betrieben wird. Der Sitz der Gesellschaft liegt nicht auf der Hofstelle des Pfleglings, sondern am Wohnort eines Mitgesellschafter. Zu Recht ist das LG davon ausgegangen, dass die Hofstelle und der bewirtschaftete „Grund und Boden“ damit keine organisatorische Einheit mehr bilden und bereits deswegen die Wertbegünstigungsvorschrift keine Anwendung finden kann. Die Frage, ob der Pflegling selbst auf der Hofstelle wohnt, war daher für die Entscheidung des LG nicht mehr von Belang.

(2) Rechtsfehlerfrei hat das LG auch die Voraussetzung, dass die Tätigkeit des Pflegers der Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes dient, als nicht gegeben erachtet. Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass die Anwendung der Privilegierung i. S. d. § 19 Abs. 4 KostO voraussetzt, dass der Betrieb von einer an dem privilegierten Geschäft beteiligten Person in eigener Verantwortung oder zumindest unter seiner fachlichen Oberaufsicht fortgeführt wird (vgl. BayObLG, MittBayNot 1994, 359; MittBayNot 2001, 496). Ohne Rechtsfehler hat das LG eine solche eigenverantwortliche Betriebsführung durch die Einbringung der Betriebsmittel und der Nutzung der landwirtschaftlichen Grundstücke in die „D.-GbR“ verneint. Zutreffend hat das LG dabei darauf abgestellt, dass durch diese Einbringung in die „D.-GbR“ ein neuer Betrieb gegründet wurde, bei dem der Pflegling nach dem Gesellschaftsvertrag weder die eigenverantwortliche Leitung noch hinsichtlich der von ihm eingebrachten Gebäude usw. eine uneingeschränkte Entscheidungsbefugnis innehat.

Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist die Möglichkeit der Einflussnahme des Pfleglings auf die Entscheidungsprozesse der Gesellschaft im Rahmen einer Gesellschafterversammlung für die Annahme einer eigenverantwortlichen Leitung des Betriebs i. S. d. § 19 Abs. 4 KostO nicht ausreichend. Zwar muss gemäß § 11 Nr. 5 des Gesellschaftsvertrages der „D.-GbR“ grundsätzlich die Beschlussfassung einstimmig erfolgen, so dass gegen den Willen des Pfleglings eine Entscheidung von den übrigen Gesellschaftern nicht getroffen werden kann. Andererseits ist es dem Pflegling aber auch nicht möglich, seine eigenen Vorstellungen bezüglich der

Führung des Betriebes gegen den Willen der übrigen Gesellschafter durchzusetzen.

(3) Dass bereits der Erblasser „Grund und Boden“ aus (land-)wirtschaftlichen Gründen in eine BGB-Gesellschaft eingebracht hat und der Pflegling lediglich in die Rechtsstellung des Erblassers eingerückt ist, stellt entgegen dem Beschwerdevorbringen keine i. S. d. § 19 Abs. 4 KostO privilegierte Nachfolgeregelung dar.

Zwar muss die Betriebsfortführung durch die begünstigte Person nicht notwendigerweise dem Erwerbsgeschäft zeitlich unmittelbar nachfolgen (BayObLG, MittBayNot 2001, 496), so dass es für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO unschädlich ist, wenn der Betrieb zunächst in eine BGB-Gesellschaft eingebracht wird, gleichzeitig aber eine vollständige Nachfolgeregelung getroffen ist, durch welche die spätere Betriebsfortführung durch den Erwerber sichergestellt ist (vgl. BayObLG, JurBüro 1999, 600) oder in Fällen, in denen die Betriebsfortführung durch den Erwerber wegen seines geringen Alters oder wegen seiner Berufsausbildung auf längere Zeit noch nicht möglich ist, jedoch für später fest vorgesehen ist (vgl. BayObLGZ 1991, 200, 203 für den Fall, dass nach Darstellung des Vormunds der Betroffene nach Abschluss seiner landwirtschaftlichen Ausbildung den Hof übernehmen wird).

Ungeachtet der Frage, ob überhaupt hinreichende Anhaltspunkte für die Fortführung des Betriebs durch den damals noch minderjährigen Pflegling vorliegen, setzt die Anwendung der Wertbegünstigungsvorschrift jedoch voraus, dass die Fortführung des Betriebes durch die privilegierte Person in der in § 19 Abs. 4 KostO geforderten Art und Weise, nämlich durch Bewirtschaftung des „Grund und Bodens“ von der zum Betrieb gehörenden Hofstelle aus, erfolgt. Es ist in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden, dass das LG Anhaltspunkte für eine solche Art der Betriebsfortführung als nicht gegeben angesehen hat. Zu Recht hat das LG aus dem Gesellschaftsvertrag und dessen Mindestlaufzeit den Schluss gezogen, dass die Einbringung des „Grund und Bodens“ in die „D.-Gbr“ nicht zu dem Zweck der Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebs von der Hofstelle aus durch den Pflegling selbst erfolgt ist. Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist es für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO nicht ausreichend, dass der Pflegling grundsätzlich nicht auf Dauer an eine Beteiligung an der „D.-Gbr“ gebunden ist. Die bloße theoretische Möglichkeit, irgendwann den Betrieb i. S. d. § 19 Abs. 4 KostO selbst zu führen, begründet die Voraussetzungen der Privilegierung nicht (BayObLG, MittBayNot 1994, 110). Vielmehr lassen die stetige Erweiterung der ursprünglich noch vom Erblasser gegründeten BGB-Gesellschaft und die von den Beschwerdeführern selbst aufgezeigte (betriebs-) landwirtschaftliche Notwendigkeit eines Zusammenschlusses landwirtschaftlicher Tätigkeit es fernliegend erscheinen, dass der Pflegling selbst in Eigenregie den Betrieb von der Hofstelle aus fortführen wird.

cc) Für eine generelle Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 19 Abs. 4 KostO auf die Fortführung eines landwirtschaftlichen Betriebs bei Einbringung von „Grund und Boden“ und der Betriebsmittel in eine BGB-Gesellschaft ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer kein Raum. Zwar mag eine solche Beteiligung an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts für viele landwirtschaftliche Betriebe mittlerweile in betriebswirtschaftlicher Hinsicht lebensnotwendig sein. Einer erweiternden Auslegung der Vorschrift steht jedoch entgegen, dass es sich bei § 19 Abs. 4 KostO um eine Sonderregelung handelt, die daher eine enge Auslegung gebietet (BayObLGZ 1991, 200, 202). Einem solchen Struk-

turwandel in der Landwirtschaft kann daher nur der Gesetzgeber Rechnung tragen.

19. KostO §§ 145, 147 (*Entwurf eines privatschriftlichen Gesellschafterbeschlusses*)

**Die Gebühren für den Entwurf eines privatschriftlichen Gesellschafterbeschlusses richten sich nicht nach § 147 Abs. 2 KostO, sondern nach §§ 145 Abs. 1, 147 KostO. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.2.2010, 10 W 136/09

*Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist zulässig, da das LG die weitere Beschwerde ausdrücklich zugelassen hat, Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG, § 156 Abs. 2 KostO a. F. Sie hat jedoch keinen Erfolg.

Es kann nicht festgestellt werden, dass die angefochtene Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Rechts beruht, § 156 Abs. 2 Satz 3 KostO a. F. Das Recht ist verletzt, soweit das LG eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet hat, § 546 ZPO, § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO a. F., § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG a. F.

1. Ohne Erfolg rügt der Beteiligte zu 1 eine Verletzung von § 145 Abs. 1 KostO. Mit zutreffender Begründung, auf die ergänzend verwiesen wird, hat das LG ausgeführt, dass der Entwurf eines Gesellschafterbeschlusses nicht unter § 147 Abs. 2 KostO, sondern unter §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 47 KostO fällt.

Die bisher herrschende Meinung hat die Anwendung des § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO auf Schriftstücke beschränkt, die bei notarieller Beurkundung einer Gebührevorschrift der §§ 36–43 oder 46 KostO unterfallen würden. Hierzu zählten Versammlungsbeschlüsse nicht, da sie keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen beinhalten. Sie seien wie Entwürfe anderen Inhalts nach §§ 146, 147 KostO zu bewerten (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Dezember 2009, § 145 Rdnr. 8 m. w. N.; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 17. Aufl., § 145 Rdnr. 7 m. w. N.; *Hartmann*, Kostengesetze, 39. Aufl., § 145 Rdnr. 7).

Es mag dahinstehen, ob bereits der Entscheidung des BGH zu § 36 Abs. 1 KostO (MittBayNot 2006, 351) maßgebliche Bedeutung in Bezug auf die hier zu entscheidende Frage zukommt, ob Gesellschafterbeschlüsse dem § 145 Abs. 1 KostO unterfallen. Der BGH hat ausgeführt, dass § 36 Abs. 1 KostO nicht auf einseitige Erklärungen rechtsgeschäftlicher Art beschränkt sei, sondern auch Erklärungen einfacher Art erfasse. Dies hat in der Literatur zu der weiteren Abgrenzung geführt, dass es sich bei Versammlungsbeschlüssen nicht um Erklärungen, sondern um tatsächliche Vorgänge handele (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 145 Rdnr. 7 m. w. N.; *Hartmann*, § 145 KostO Rdnr. 7).

Die einschränkende Auslegung des § 145 Abs. 1 KostO ist weder nach dessen Wortlaut, noch unter Berücksichtigung der Gesetzeshistorie und -systematik gerechtfertigt. Der Senat schließt sich der Rechtsprechung des OLG Stuttgart (Justiz 1993, 196) und LG Dresden (NotBZ 2007, 300 m. zust. Anm. *Otto*) an (vgl. nunmehr auch *Rohs/Wedewer*, § 145 Rdnr. 8; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 145 Rdnr. 11).

Die vorgenommene Einschränkung des § 145 Abs. 1 KostO ergibt sich nicht aus dem Wortlaut. Der Wortlaut stellt nicht

auf den Erklärungsinhalt, sondern auf die Form der Niederschrift als „Urkunde“ ab. Der Urkundsbegriff erfasst nicht nur vorformulierte Willenserklärungen. Dies geht aus § 36 BeurkG hervor, der ausdrücklich „die Beurkundung anderer Erklärungen als Willenserklärungen sowie sonstiger Tatsachen oder Vorgänge“ erwähnt. § 145 Absatz 1 KostO enthält im Gegensatz zu seinen Absätzen 2 und 3 auch keine Beschränkung auf Entwürfe rechtsgeschäftlicher Erklärungen (OLG Stuttgart, a. a. O.; LG Dresden, a. a. O.; *Rohs/Wedewer*, a. a. O.).

Aus der Gesetzeshistorie ergeben sich keine Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber die ursprünglich in § 9 Satz 2 der Preussischen Notargebührenordnung vom 28.10.1922 enthaltene Beschränkung auf Rechtsgeschäfte in die Reichskostenordnung vom 25.11.1935 übernehmen wollte; bezeichnenderweise ist in § 145 Abs. 1 Reichskostenordnung von Entwürfen rechtsgeschäftlicher Erklärungen gerade nicht die Rede (vgl. OLG Stuttgart, a. a. O.; LG Dresden, a. a. O.).

Die Gesetzssystematik gebietet keine einschränkende Auslegung des § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO. Für den Entwurf eines Vertrages enthält der Notar die gleiche Gebühr wie für die Beurkundung. Entsprechendes ist auch für den Entwurf eines Beschlusses gerechtfertigt. Der Notar kann eine voraussichtliche Beschlussfassung ebenso vorbereiten wie eine voraussichtliche rechtsgeschäftliche Vereinbarung; gerade im Gesellschaftsbereich werden Versammlungen regelmäßig vorbereitet und die zu fassenden Beschlüsse bis ins Detail ausgearbeitet. Auch hier unterliegt der Notar haftungsrechtlich relevanten Betreuungspflichten und haftet für die Inhalte seiner Entwürfe (vgl. *Otto*, NotBZ 2007, 301; *Korintenberg/Bengel/Tiedke*, § 145 Rdnr. 12). Überdies wäre nicht nachvollziehbar, wieso bei nachfolgender Beurkundung die Entwurfsgebühr bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen nach § 145 Abs. 1 Satz 3 KostO angerechnet wird, bei anderen Entwürfen, die dann über § 147 Abs. 2 KostO abzurechnen wären, hingegen nicht (vgl. OLG Stuttgart, a. a. O.; LG Dresden, a. a. O.).

Der Verweis des Kostengläubigers auf den Entwurf einer geänderten Kostenordnung vom 10.2.2009 rechtfertigt keine andere Beurteilung. Es begegnet grundsätzlichen Bedenken, im Rahmen der Auslegung einer Norm auf den Entwurf eines neuen, in einer anderen Legislaturperiode eingebrachten Gesetzes zu verweisen. Dies kann auch nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass der rechtsuchende Bürger sich bei Inkrafttreten des neuen Gesetzes wieder auf eine neue Norm einstellen müsste.

2. Entgegen der Auffassung des Kostengläubigers beruht die Erhebung der Gebühr nach § 145 Abs. 1 KostO auch nicht auf einer unrichtigen Sachbehandlung, die die Nichterhebung der Kosten gemäß § 16 Abs. 1 KostO rechtfertigen könnte. Für die Anwendung des § 16 KostO genügt nicht jede unrichtige Sachbehandlung; es muss vielmehr ein offensichtlicher und schwerer Fehler in der Sachbehandlung vorliegen (vgl. *Hartmann*, § 16 KostO Rdnr. 4). Dies kann vorliegend nicht festgestellt werden.

Es ist zu berücksichtigen, dass sich die überwiegende Meinung in der Kommentarliteratur maßgeblich erst seit Bekanntwerden der Entscheidung des LG Dresden zu wandeln begonnen hat (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, § 145 Rdnr. 8; *Korintenberg/Bengel/Tiedke*, § 145 Rdnr. 11; anders immer noch *Hartmann*, § 145 KostO Rdnr. 7). Unter diesen Umständen verstieß der Kostengläubiger mit der von ihm vertretenen Meinung nicht offensichtlich gegen das Gesetz. Ein Rechtsirrtum rechtfertigt aber nur insoweit die Nichterhebung der Gebühr, als die dort vertretene Meinung einen offen-

sichtlichen Gesetzesverstoß darstellt (vgl. *Hartmann*, § 16 Rdnr. 4). Ob unter den gegebenen Umständen – wie der Kostengläubiger meint – eine Pflicht bestand, die Kostenschuldnerin auf den Anfall einer Gebühr nach § 145 Abs. 1 KostO hinzuweisen, mag dahinstehen. Jedenfalls lag eine solche Pflicht angesichts der bisher herrschenden Meinung und bis heute kontroversen Auffassungen zum Anfall der Gebühr nicht offenkundig auf der Hand.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Das OLG Düsseldorf bestätigt die Auffassung der Notarkasse A. d. ö. R., vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 432.

### Steuerrecht

20. AO § 129; FGO § 68; EStG §§ 16, 34 (*Tarifbegünstigung des Gewinns aus Veräußerung von Mitunternehmeranteilen trotz zeitgleicher Buchwertausgliederung von Anteilen an Unterpersonengesellschaft*)

- 1. Der Tarifbegünstigung des Gewinns aus der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils bezüglich der KG I nach den §§ 16, 34 EStG steht nicht entgegen, dass – im Zusammenhang mit der Veräußerung – Mitunternehmeranteile der KG I an der KG II (Unterpersonengesellschaft) zu Buchwerten in das Gesamthandsvermögen einer weiteren KG (III) ausgegliedert werden (Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung).**
- 2. Der Begriff der „Berichtigung einer ähnlichen offenbaren Unrichtigkeit“ i. S. v. § 129 Satz 1 AO erfasst auch sprachliche Klarstellungen und Präzisierungen, mittels derer ein bisher auslegungsbedürftiger Verfügungssatz in einem nunmehr zweifelsfreien Sinne zum Ausdruck gebracht wird.**

BFH, Urteil vom 25.2.2010, IV R 49/08

Die Kläger zu 1 bis 7 sowie die verstorbene Frau E. X., deren Gesamtrechtsnachfolger die Kläger zu 1 und 8 geworden sind, waren – als Angehörige des Familienstammes X. – Gesellschafter (im Folgenden: Alt-Gesellschafter) der Y.-KG. Am 31.12.1998 veräußerten sie ihre Gesellschaftsanteile an D. Y., der dem Familienstamm Y. angehört und bereits zuvor – neben C. Y. – an der Y.-KG beteiligt war.

Erklärungsgemäß wurden die Veräußerungsgewinne i. H. v. insgesamt 21.443.704 DM mit Bescheid vom 5.9.2001 als nach den §§ 16, 34 des Einkommensteuergesetzes (EStG) 1998 tarifbegünstigte Einkünfte unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO) festgestellt.

Im Anschluss an eine bei der Y.-KG durchgeführte Betriebsprüfung erkannte der Beklagte (das Finanzamt – FA –) die Tarifiermäßigung mangels Aufdeckung aller in den Mitunternehmeranteilen der Alt-Gesellschafter ruhenden stillen Reserven nicht mehr an, da die Y.-KG nicht nur an mehreren weiteren Gesellschaften (Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften) beteiligt gewesen sei, sondern auch zahlreiche Grundstücke im Gesamthandsvermögen gehalten habe, und sowohl die Beteiligungen als auch der Grundbesitz kurze Zeit vor der Veräußerung der Mitunternehmeranteile zum Buchwert in das Betriebsvermögen der neu gegründeten und beteiligungsidentischen Z.-KG übertragen worden seien. Nach den (bisherigen) Feststellungen des FG waren die Grundstücke unmittelbar vor der Veräußerung aus dem Sonderbetriebsvermögen der Gesellschafter ausgeschieden und in das Eigentum der Z.-KG gelangt. Aus den Akten sowie dem Jahresabschluss der Y.-KG zum 31.12.1998 und den beigefügten Sonder- und Ergänzungsbilanzen ergibt sich hingegen, dass die frag-

lichen Grundstücke zum 1.1.1998 im Sonderbetriebsvermögen der Gesellschafter gehalten und mit notariellem Vertrag vom 29.12.1998 zum überwiegenden Teil (Buchwert rd. 7,1 Mio. DM) gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in die Y.-KG eingebracht und nur im Übrigen (Buchwert mutmaßlich rd. 1,832 Mio. DM) – auf der Grundlage des Gesellschafterbeschlusses vom 12.12.1998 – in das Sonderbetriebsvermögen der Gesellschafter bei der Z.-KG überführt („ausgegliedert“) worden sind.

Die den Alt-Gesellschaftern einzeln bekannt gegebenen Feststellungsbescheide vom 12.10.2005 weisen zwar neben den Anteilen am laufenden Verlust jeweils die erzielten Veräußerungsgewinne (insgesamt – nach Betriebsprüfung – 24.128.434 DM) aus. Sie enthalten jedoch keine Feststellungen zur Tarifbegünstigung und nehmen – im Erläuterungsteil – zudem auf die Ergebnisse der Außenprüfung Bezug. Während des Klageverfahrens ergingen am 28.12.2006 weitere – wiederum einzeln bekannt gegebene – Bescheide, mit denen die laufenden gewerblichen Einkünfte der Alt-Gesellschafter um die Gewinne aus den Anteilsveräußerungen erhöht wurden. Der Erlass dieser Berichtigungsbescheide ist auf § 129 AO und den Hinweis gestützt, dass die nicht begünstigten Veräußerungsgewinne aufgrund eines Eingabefehlers fälschlicherweise nicht als laufende Gewinne ausgewiesen worden seien.

Die Einsprüche der Kläger zu 1 bis 8 wurden zurückgewiesen. Die daraufhin erhobenen Klagen wurden vom FG verbunden (§ 73 der Finanzgerichtsordnung – FGO –). Sie blieben gleichfalls ohne Erfolg.

Mit der vom BFH zugelassenen Revision machen die Kläger geltend, dass im Rahmen des § 16 EStG Teilbetriebe – sowie diesen nach dem Transparenzgedanken gleichgestellte Personengesellschaftsanteile (Hinweis auf die Verfügung der Oberfinanzdirektion Koblenz vom 28.2.2007 – S 2243 A – St 31 3, DStR 2007, 992) – als eigenständige Einheiten zu beurteilen seien und deshalb die Veräußerung eines Teilbetriebs unabhängig davon begünstigt werden müsse, ob der andere Teilbetrieb zurückbehalten oder zu Buchwerten in ein anderes Betriebsvermögen übertragen werde. Gleiches müsse – wiederum nach dem Transparenzgedanken – für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt der Veräußerung von Anteilen an der Y.-KG (Oberpersonengesellschaft) nach vorherigem Buchwerttransfer der Beteiligungen der Y.-KG an den Unterpersonengesellschaften gelten. Unschädlich sei ferner auch die Auslagerung der Grundstücke gewesen, da jedenfalls bezogen auf die Gesamtheit des transferierten Grundbesitzes „stille Lasten“ (insgesamt angesetzte Buchwerte überschreiten die tatsächlichen Verkehrswerte) vorgelegen hätten. Ihr Buchwertansatz habe keine Minderung der Veräußerungsgewinne bewirkt; die Grundstücksauslagerungen hätten deshalb auch nicht auf eine Steuerersparnis gezielt.

Aus den Gründen:

## II.

Die Revision ist begründet. Das Urteil der Vorinstanz ist aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

Der Senat hat die im erstinstanzlichen Verfahren versäumte Beiladung der Y.-KG mit Beschluss vom 27.8.2009, IV R 49/08 (juris) nachgeholt (§ 123 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. §§ 60 Abs. 3, 48 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 1 FGO). Eine Beiladung des Erwerbers der Gesellschaftsanteile (D. Y.) kommt nicht in Betracht, da im anhängigen Rechtsstreit ausschließlich über die Tarifbegünstigung der von den Alt-Gesellschaftern erzielten Veräußerungsgewinne zu entscheiden ist (vgl. auch Senatsurteil vom 25.6.2009, BFHE 226, 62).

(...)

Das FG hat mit seinem Urteil über die Rechtmäßigkeit der nach § 129 AO ergangenen Berichtigungsbescheide vom 28.12.2006 entschieden. Dies ist insoweit frei von Bedenken, als die Bescheide nach Erhebung der Klage erlassen worden und damit gemäß § 68 Satz 4 Nr. 1 FGO zum Gegenstand des Klageverfahrens geworden sind (...).

3. Das FG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass eine Tarifbegünstigung der von den Alt-Gesellschaftern erzielten Veräußerungsgewinne nach den §§ 16, 34 EStG ausscheide, weil die Y.-KG unmittelbar vor der Anteilsveräußerung zumindest eine Beteiligung (L.-KG) mit erheblichen stillen Reserven in das Gesamthandsvermögen der Z.-KG (Schwesterpersonengesellschaft) zu Buchwerten übertragen habe. Der Senat kann sich dieser Beurteilung nicht anschließen.

a) Auszugehen ist hierbei davon, dass sowohl der Freibetrag als auch die Tarifiermäßigung nach § 16 Abs. 1 EStG 1998 (heute: Abs. 1 Satz 1) i. V. m. §§ 16 Abs. 4 und 34 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 EStG 1998 (heute: Abs. 3 und Abs. 2) zwar einerseits einen Härteausgleich für die punktuelle Besteuerung der nicht selten über einen längeren Zeitraum entstandenen stillen Reserven schaffen will (BFHE 172, 66, BStBl II 1993, S. 897, zu C. II. 2.b der Gründe), andererseits aber diese Vergünstigungen nicht nur für die Veräußerung (oder Aufgabe) eines Betriebs in seiner Gesamtheit gewährt werden. Die Vorschriften begünstigen vielmehr auch den Gewinn, der aus der Veräußerung oder Aufgabe eines einzelnen Teilbetriebs, einer das gesamte Nennkapital umfassenden Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft (fingierter Teilbetrieb) oder eines einzelnen Mitunternehmeranteils erzielt wird.

b) Demgemäß kann nicht fraglich sein, dass die isolierte Veräußerung eines Teilbetriebs (Teilbetrieb 1) durch eine Personengesellschaft ungeachtet dessen den §§ 16, 34 EStG untersteht, ob die Gesellschaft den gleichfalls zu ihrem Gesamthandsvermögen gehörenden Teilbetrieb 2 oder als sog. Oberpersonengesellschaft eine mitunternehmerische Beteiligung an einer Unterpersonengesellschaft zurückbehält und damit die stillen Reserven, die in diesen unternehmerischen Teileinheiten (Teilbetrieb 2; Mitunternehmeranteil an der Unterpersonengesellschaft) ruhen, nicht aufgedeckt werden. Hieran anknüpfend hat der Senat mit Urteil vom 16.10.2008 (IV R 74/06, zu II. 3.d cc der Gründe) ausgeführt, dass ein Gewinn aus der Veräußerung (oder Aufgabe) von Teilbetrieb 1 auch dann privilegiert ist, wenn die Personengesellschaft zugleich die ihrem Teilbetrieb 2 dienenden (wesentlichen) Wirtschaftsgüter ganz oder teilweise zu Buchwerten in das Vermögen ihrer Gesellschafter überträgt. Nichts anderes kann gelten, wenn der Verkauf der Wirtschaftsgüter, die der eigenen gewerblichen Tätigkeit der Personengesellschaft zuzuordnen sind, mit der Buchwertausgliederung von Mitunternehmeranteilen an Unterpersonengesellschaften zusammentritt.

c) Die vorstehenden Grundsätze sind nicht nur in dem zuletzt genannten Sachverhalt (im Folgenden: Vergleichsfall) zu beachten. Sie müssen gleichermaßen gelten, wenn – wie im Streitfall – die Gesellschafter der Oberpersonengesellschaft ihre Anteile veräußern und in sachlichem Zusammenhang hiermit Beteiligungen der Oberpersonengesellschaft zu Buchwerten in das Vermögen einer Schwesterpersonengesellschaft übertragen werden. Hierfür spricht nicht nur, dass auch die Beteiligung an einer Oberpersonengesellschaft (steuerrechtlich) kein Wirtschaftsgut ist und deshalb ihre Veräußerung als Verfügung über die Anteile des Gesellschafters an den zum Gesamthandsvermögen gehörenden Wirtschaftsgütern zu werten ist (sog. Transparenz; BFHE 163, 1, BStBl II 1991, S. 691, zu C. III. 3. b cc der Gründe; zu Mitunternehmeranteilen der Oberpersonengesellschaft vgl. BFHE 206, 557, betreffend § 15 Abs. 4 EStG; Schmidt/Wacker, EStG, 28. Aufl., § 15 Rdnr. 471). Hinzu kommt vor allem, dass es mit Rücksicht auf den Zweck der §§ 16, 34 EStG, die mit der zusammengeballten Besteuerung stiller Reserven typischerweise verbundenen Progressionseffekte abzumildern (siehe oben zu II. 3.a), nicht zu rechtfertigen wäre, den Streitfall (Veräußerung von Antei-

len an der Oberpersonengesellschaft) – abweichend vom Vergleichsfall (Veräußerung der unternehmerischen Teileinheit durch die Oberpersonengesellschaft) – von den Privilegien der §§ 16, 34 EStG auszunehmen. Dem steht insbesondere entgegen, dass der einzelne Mitunternehmer sowohl im Streitfall als auch im Vergleichsfall einen Veräußerungsgewinn mit Rücksicht auf die auf ihn entfallenden stillen Reserven an der nämlichen betrieblichen Einheit (eigener Betrieb der Oberpersonengesellschaft) realisiert und ihm dieser Gewinn – ungeachtet dessen, ob er auf der Übertragung des Gesamthandsvermögens oder auf der Übertragung des Gesellschaftsanteils beruht – als Subjekt der Gewinnerzielung, d. h. als Teil seiner originären Einkünfte, zuzurechnen ist (vgl. – zum Vergleichsfall – BFHE 178, 86, BStBl II 1995, S. 617, zu C. IV. 2. b cc der Gründe a. E.).

d) Zu berücksichtigen ist allerdings, dass im Vergleichsfall (Veräußerung der Wirtschaftsgüter, die der eigenen gewerblichen Tätigkeit der Personengesellschaft zuzuordnen sind, i. V. m. der Buchwertausgliederung von Mitunternehmeranteilen an Unterpersonengesellschaften; siehe oben zu II. 3. b) der erzielte Gewinn nur dann nach den §§ 16, 34 EStG begünstigt ist, wenn er auf der Realisierung der stillen Reserven in sämtlichen der eigenen Geschäftstätigkeit der Oberpersonengesellschaft dienenden wesentlichen Wirtschaftsgütern beruht. Als wesentliche Betriebsgrundlagen sind hierbei alle funktional oder quantitativ wesentlichen Wirtschaftsgüter anzusehen (BFH, Urteil vom 3.9.2009, IV R 61/06, BFH/NV 2010, 404, m. w. N.), ungeachtet dessen, ob diese im Gesamthandsvermögen oder im Sonderbetriebsvermögen (I oder II) der Mitunternehmer gehalten werden (BFHE 184, 425, BStBl II 1998, S. 104). Folge hiervon ist nicht nur, dass die Vergünstigungen der §§ 16, 34 EStG zu versagen sind, wenn beispielsweise die der eigenen Geschäftstätigkeit der Personengesellschaft zuzuordnenden Grundstücke – im sachlichen Zusammenhang der Betriebsveräußerung durch die Oberpersonengesellschaft – zu Buchwerten in das Vermögen einer Schwesterpersonengesellschaft oder in ein anderes betriebliches Eigenvermögen der Gesellschafter übertragen (oder überführt) werden (sog. Gesamtplanrechtsprechung; BFHE 193, 116, BStBl II 2001, S. 229). Gleiches gilt darüber hinaus bezogen auf die Gegebenheiten des Streitfalls (Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an der Oberpersonengesellschaft i. V. m. der Buchwertausgliederung von Mitunternehmeranteilen an Unterpersonengesellschaften), wenn im Zusammenhang mit der Anteilsveräußerung durch die Obergesellschafter eine oder mehrere der in ihrem Sonderbetriebsvermögen oder im Gesamthandsvermögen der Oberpersonengesellschaft gehaltenen wesentlichen Betriebsgrundlagen zu Buchwerten in andere Betriebsvermögen ausgegliedert werden.

e) Der Senat weicht mit diesen Grundsätzen nicht von seiner bisherigen Rechtsprechung ab. Zwar wurden auch in dem dem Urteil in BFHE 193, 116, BStBl II 2001, S. 229 zugrundeliegenden Fall mitunternehmerische Beteiligungen einer Oberpersonengesellschaft – vor Veräußerung der Anteile an dieser Gesellschaft – in das Vermögen einer Schwesterpersonengesellschaft zu Buchwerten übertragen. Gegenstand der vorgeschalteten Buchwertausgliederungen waren jedoch darüber hinaus auch Grundstücke mit erheblichen stillen Reserven.

4. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Erläuterungen hätte die Vorinstanz die Klagen nicht aufgrund des Umstands abweisen dürfen, dass die Y.-KG ihre mitunternehmerischen Beteiligungen an verschiedenen Unterpersonengesellschaften zu Buchwerten auf die Z.-KG übertragen hatte. Wie

erläutert, war dies für die Begünstigung der Anteilsveräußerungen nach den §§ 16, 34 EStG ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Werte der Unterbeteiligungen unschädlich. Gleiches gilt, soweit den übertragenen Personengesellschaftsanteilen Wirtschaftsgüter des jeweiligen Sonderbetriebsvermögens der Y.-KG (also beispielsweise Anteile an Komplementär-Kapitalgesellschaften) zuzuordnen gewesen sein sollten.

5. Die Sache ist jedoch nicht entscheidungsreif, da das FG weder den Umfang der ausgegliederten Wirtschaftsgüter, die nicht zu den Beteiligungen der Y.-KG an ihren Unterpersonengesellschaften gehörten, noch die Höhe der hierauf entfallenden stillen Reserven ermittelt hat.

a) Bezüglich der Grundstücke wird das FG zunächst festzustellen haben, ob – wie den Akten zu entnehmen (vgl. oben zu I.3.) – der überwiegende Teil des Grundbesitzes von den Gesellschaftern der Y.-KG in deren Gesamthandsvermögen eingebracht worden ist. Sollte sich dies als zutreffend erweisen, so wären die hiervon betroffenen Grundstücksanteile von den Alt-Gesellschaftern nicht zu Buchwerten zurückbehalten, sondern mit ihren Anteilsrechten an D. Y. veräußert worden.

b) Ein schädlicher Buchwertrückbehalt könnte sich hier nach nur bezüglich der weiteren, entweder in das Gesamthandsvermögen der Z.-KG oder – entsprechend der Aktenlage – in das Sonderbetriebsvermögen bei der Z.-KG ausgelagerten Grundstücke ergeben haben. Demgemäß wird das FG für diese (ausgegliederten) Grundstücke – soweit sie dem Sonderbetriebsvermögen der Alt-Gesellschafter (Veräußerer) zuzuordnen waren – zu überprüfen haben, ob sie funktional oder mit Rücksicht auf die Höhe der stillen Reserven zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen der eigenen Geschäftstätigkeit der Y.-KG gehörten.

c) Angesichts dieses Verfahrensstands sieht der Senat keine Veranlassung, zum Vortrag der Kläger Stellung zu nehmen, nach dem die unterbliebene Aufdeckung stiller Reserven einzelner Grundstücke (oder Flurstücke) dann der Begünstigung der Anteilsveräußerung nicht entgegenstehe, wenn der tatsächliche Wert des insgesamt ausgelagerten Grundbesitzes dessen (Gesamt-)Buchwert unterschreitet.

d) Aufgrund des gegenwärtigen Sachstands lässt der Senat ferner offen, ob er an der im Urteil in BFHE 184, 425, BStBl II 1998, S. 104 vertretenen Auffassung, nach der auch die Buchwertausgliederung von 100%igen Kapitalgesellschaftsanteilen die Tarifvergünstigung für die Aufgabe (Veräußerung) des Betriebs der Personengesellschaft oder – wie im Streitfall – für die Veräußerung der Gesellschaftsanteile an der Personengesellschaft ausschließt, festhält. Hiergegen könnte der Umstand sprechen, dass – wie erläutert – Beteiligungen, die das gesamte Nennkapital einer Kapitalgesellschaft umfassen, für Zwecke der Vergünstigungen nach den §§ 16, 34 EStG als (fingierter) Teilbetrieb zu behandeln sind und es deshalb nahelegt, sie den dargestellten Grundsätzen über die Unschädlichkeit der Buchwertausgliederung von Beteiligungen an (Unter-)Personengesellschaften zu unterstellen. Abgesehen von dieser – vorliegend nicht abschließend zu entscheidenden – Rechtsfrage, wird die Vorinstanz im zweiten Rechtsgang jedenfalls zu beachten haben, dass die Buchwertübertragung solcher Kapitalgesellschaftsanteile der Y.-KG, die zu ihrem Sonderbetriebsvermögen bei den ausgegliederten Unterpersonengesellschaften gehörten, der Begünstigung der Anteilsveräußerungen durch die Gesellschafter der Y.-KG nach den §§ 16, 34 EStG nicht entgegensteht (siehe oben zu II. 4.).

21. ErbStG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Nr. 1 (*Disquotale Einlage von Vermögen in eine GmbH durch einen Gesellschafter ist keine freigebige Zuwendung an die anderen Gesellschafter*)

- 1. Erhöht sich der Wert der GmbH-Beteiligung eines Gesellschafters dadurch, dass ein anderer Gesellschafter Vermögen in die GmbH einbringt, ohne eine dessen Wert entsprechende Gegenleistung zu erhalten, liegt keine freigebige Zuwendung des einbringenden Gesellschafters an den anderen Gesellschafter vor (Bestätigung der Rechtsprechung, Abweichung von R 18 Abs. 3 ErbStR).**
- 2. Dies gilt auch, wenn bei der Kapitalerhöhung einer GmbH die neu entstehende Stammeinlage durch eine Sacheinlage erbracht wird und diese Einlage mehr wert ist als die übernommene neue Stammeinlage.**

BFH, Urteil vom 9.12.2009, II R 28/08

Die Klägerin war mit einem Anteil von 75.000 DM am insgesamt 300.000 DM betragenden Stammkapital einer GmbH (GmbH 1) beteiligt. Neben weiteren Personen war auch ihr Ehemann (E.) Gesellschafter der GmbH 1.

Mit notariell beurkundetem Beschluss vom 28.12.1994 erhöhten die Gesellschafter der GmbH 1 deren Stammkapital um 100.000 DM. Zur Übernahme der beiden neuen Stammeinlagen in Höhe von je 50.000 DM wurden E sowie ein weiterer Gesellschafter der GmbH 1 zugelassen. Die Stammeinlagen waren durch Einbringung der Geschäftsanteile an einer weiteren GmbH (GmbH 2), an deren Stammkapital diese beiden Gesellschafter je zur Hälfte beteiligt waren, zu erbringen. Der Gesellschafterbeschluss wurde wie vorgesehen vollzogen.

Das FA kam im Anschluss an eine Außenprüfung zu dem Ergebnis, der Wert der Beteiligungen an der GmbH 1 habe sich durch die Einbringung der Anteile an der GmbH 2 um 532 DM je 100 DM des Stammkapitals erhöht. Die sich daraus ergebende Erhöhung des Werts der Beteiligung der Klägerin an der GmbH 1 um 399.000 DM beruhe auf einer freigebigen Zuwendung des E an die Klägerin. Das FA setzte demgemäß gegen die Klägerin unter Berücksichtigung des in § 16 ErbStG vorgesehenen Freibetrags von 250.000 DM Schenkungsteuer von 7.450 DM = 3.809,12 € fest. Der Einspruch blieb erfolglos. (...)

Aus den Gründen:

## II.

Die Revision ist begründet. (...)

1. Der Schenkungsteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) jede freigebige Zuwendung, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; vgl. auch § 516 Abs. 1 BGB). Erforderlich hierfür ist eine Vermögensverschiebung, d. h. eine Vermögensminderung auf der Seite des Schenkers und eine Vermögensmehrung auf der Seite des Beschenkten (BFH, BStBl II 1985, S. 382 = MittBayNot 1985, 221; BFH, BStBl II 2008, S. 258 = MittBayNot 2008, 244). Der Gegenstand der Schenkung richtet sich nach bürgerlichem Recht (BFH, Urteil vom 25.11.2008, II R 38/06, BFH/NV 2009, 772). Für die Frage, wer an einer freigebigen Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG beteiligt ist, kommt es ausschließlich auf die Zivilrechtslage und nicht darauf an, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist (BFH, BStBl II 2007, S. 319; BFH, BStBl II 2008, S. 258 = MittBayNot 2008, 244).

Erhöht sich der Wert der GmbH-Beteiligung eines Gesellschafters dadurch, dass ein anderer Gesellschafter Vermögen in die GmbH einbringt, ohne eine dessen Wert entsprechende Gegenleistung zu erhalten, liegt danach keine freigebige Zuwendung des einbringenden Gesellschafters an den anderen Gesellschafter vor (BFH, BStBl II 1996, S. 160 und BStBl II 1996, S. 616). Wegen der rechtlichen Eigenständigkeit des

Gesellschaftsvermögens der GmbH fehlt es in einem solchen Fall an einer zivilrechtlichen Vermögensverschiebung zwischen diesen Gesellschaftern (BFH, BStBl II 2008, S. 258 = MittBayNot 2008, 244). Dies gilt auch, wenn bei der Kapitalerhöhung einer GmbH die neu entstehende Stammeinlage durch eine Sacheinlage erbracht wird und diese Einlage mehr wert ist als die übernommene neue Stammeinlage. Die vom FG angeführte ertragsteuerrechtliche Beurteilung der Kapitalerhöhung und Sacheinlage spielt für die Schenkungsteuer, die Verkehrsteuer ist, keine Rolle.

2. Die Einbringung des Anteils des E. an der GmbH 2 in die GmbH 1 und die dadurch bewirkte Erhöhung des Werts des Anteils der Klägerin an der GmbH 1 stellt somit keine freigebige Zuwendung des E. an die Klägerin dar. Soweit sich aus R 18 Abs. 3 der Erbschaftsteuer-Richtlinien eine andere Beurteilung ergibt, kann dem nicht gefolgt werden.

### Anmerkung:

Die Entscheidung liegt auf der Linie der Rechtsprechung, die bereits in der Anmerkung zu dem Urteil vom 7.9.2009, II R 47/07, MittBayNot 2010, 239 dargelegt worden war.<sup>1</sup> Auf diese Ausführungen kann deshalb verwiesen werden.

Anders als die Vorinstanz (FG Nürnberg, DStRE 2008, 1271) sieht der BFH in der durch die überquotale (Sach-)Einlage verursachten Wertsteigerung des Anteils eines an der Kapitalerhöhung nicht teilnehmenden Gesellschafters keinen der Schenkungsteuer unterliegenden Erwerb.<sup>2</sup> Zur Begründung verweist der BFH lediglich auf die bisher ergangene Rechtsprechung. Eine substantielle Auseinandersetzung mit der zu beantwortenden Rechtsfrage unterbleibt. Folgerichtig ist die Entscheidung auch nicht zur amtlichen Veröffentlichung vorgesehen: sie enthält nichts Neues.

Die eigentliche Botschaft dieser Entscheidung liegt nicht in ihrem Ergebnis oder in der Substanz ihrer Begründung, sondern in der Art der Proklamation. Der BFH tut kund, dass er die Thematik leid ist; aus seiner Sicht ist die Diskussion abgeschlossen. Offen und durchaus spannend bleibt die Frage, wie sich die Verwaltung im Rahmen der für den Herbst zu erwartenden Neuauflage der Erbschaftsteuerrichtlinien zu dem in R/H 18 ErbStR/H 2003 geregelten Fragenkreis verhalten wird. Die vom BFH eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten kann die Steuerverwaltung eigentlich nicht akzeptieren.<sup>3</sup> Andererseits ist die Rechtsprechung des BFH in einer Weise verhärtet, dass jedenfalls bei der derzeitigen Zusammensetzung des Senats keine Aussicht besteht, die von der Rechtsprechung eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten ohne Gesetzesänderung einzuschränken. Eine Richtlinienregelung, die die Rechtsprechung nicht bindet, kann da offensichtlich nicht weiterhelfen. Die Steuerverwaltung sollte, wenn sie an der bisherigen Auffassung festhalten möchte, im Rahmen der Beratungen zum Jahressteuergesetz 2010<sup>4</sup> das ErbStG entsprechend ändern.<sup>5</sup> Eine solche Gesetzesänderung könnte – in Grenzen – auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden.<sup>6</sup> Wer die von der Rechtsprechung des 2. Senats eröffneten Steuervermeidungsoptionen nutzen möchte, sollte deshalb nicht zu lange zögern.

Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. *Heinrich Hübner*, Stuttgart

<sup>1</sup> Vgl. dort Fn. 3.

<sup>2</sup> Vgl. bereits *Hübner*, MittBayNot 2010, 239, 241, Fn. 3.

<sup>3</sup> In diesem Sinn wohl auch *Tolksdorf*, DStR 2010, 423.

<sup>4</sup> Regierungsentwurf BR-Drucks. 318/10.

<sup>5</sup> Ein Änderungsvorschlag findet sich bei *Hübner*, DStR 2008, 1357, 1362.

<sup>6</sup> Zur Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Kabinettsbeschlusses vgl. etwa BVerfG DStR 1993, 356.

## STANDESNAHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.8.2010:  
Notar Edgar Hartmann, Haßfurt

#### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.8.2010:

Kulmbach (in Sozietät mit Notar Dr. Markus Allstadt)	der Notarassessorin Dr. Anja Heringer (bisher in Weißenhorn Notarstelle Dr. Ziegler)
Landsberg a. Lech (in Sozietät mit Notar Dr. Alexander Krafka)	dem Notar Patrick Schneider (bisher in Babenhausen)
Mutterstadt	dem Notarassessor Dr. Jürgen Kadel (bisher in Kandel Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer)
Straubing (in Sozietät mit Notar Florian Satz)	dem Notarassessor Johannes Bolkart (bisher in Bad Griesbach i. Rottal Notarstelle Dr. Forthäuser)

#### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.8.2010:

Stefan Gloser, Bayreuth (Notarstellen Dr. Gottwald/  
Zuber)  
Dr. Benedikt Kühle, Landstuhl (Notarstelle Dr. Stuppi)  
Boris Pulyer, Fürstfeldbruck (Notarstellen Schüßler/  
Dr. Fronhöfer)  
Christoph Röhl, Nürnberg (Notarstellen Regler/Thoma)  
Josef Zintl, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-  
Dohle)

#### 4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Christoph Moes, Augsburg, wurde mit Wirkung  
zum 21.6.2010 promoviert  
Notarassessorin Nicole Bombe, Bad Griesbach i. Rottal  
(Notarstelle Dr. Forthäuser), ist zum 1.7.2010 ausge-  
schieden  
Notarassessor Michael Gutfried, Bamberg (Notarstellen  
Hillmann/Dr. Eue, Sonderurlaub), ab 1.8.2010 in Füssen  
(Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz)  
Notarassessorin Eliane Mayr, München (Notarstellen  
Kirchner/Thiede), führt seit 2.7.2010 den Namen Schuller  
Notarassessorin Marion Pichler, Illertissen (Notarstelle  
Dr. Kössinger), ab 1.7.2010 in München (Notarstellen  
Spoerer/Dr. Wicke)  
Notarassessorin Eliane Schuller, München (Notarstellen  
Kirchner/Thiede), ab 5.7.2010 in München (Landes-  
notarkammer Bayern)

Notarassessor Dr. Christoph Suttman, Schwabmünchen  
(Notarstellen Dr. Weigl/Grob), ab 20.9.2010 in München  
(Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

Notarassessor Dr. Christian Vedder, Memmingen (Notar-  
stellen Gropengießer/Dr. Gropengießer), ab 1.8.2010 in  
München (Notarstellen Dr. Götte/Lautner)

Die Notarstelle Stadtsteinach wurde mit Wirkung vom  
1.8.2010 aufgehoben. Die Notare Dr. Allstadt und  
Dr. Heringer, Kulmbach, führen die Geschäftsstelle in  
Stadtsteinach fort. Notar Dr. Allstadt verwahrt die  
Urkunden von Notar Aigner.

Oberinspektor i. N. Martin Eder, Augsburg (Notarstellen  
Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard), ab 16.9.2010 in Mün-  
chen (Notarstellen Dr. Reiß/Dr. Hepp)

Oberinspektorin i. N. Melanie Geiger, Stadtsteinach  
(Notarstelle Aigner), ab 1.8.2010 in Kulmbach (Notar-  
stellen Dr. Allstadt/Dr. Heringer)

Amtmann i. N. Johann Hamperl, Neunburg vorm Wald  
(Notarstelle Dr. Jursnik), ab 1.4.2010 in Oberviechtach  
(Notarstelle Hruschka)

Amtmann i. N. Christian Lender, Zwiesel (Notarstelle  
Dr. Lößl), ab 1.7.2010 in Regen (Notarstellen Prof.  
Dr. Dr. Grziwotz/Vogt-Grziwotz)

Inspektor i. N. Johannes Rainer Seubert, München  
(Notarstellen Dr. Reiß/Dr. Hepp), ab 15.8.2010 in Mün-  
chen (Notarstellen Dr. Kollmar/Thallinger)

Notariatsrat i. N. Wilfried Streidl, München (Notarstellen  
Dr. Kössinger/Dr. Bräu), ab 16.9.2010 in Augsburg  
(Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

#### 5. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2010:

*Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):*

Roland Graß, München (Notarstellen Dr. Basty/Haasen)

*Zum Oberamtsrat i. N./zur Oberamtsrätin i. N. (Entgelt-  
gruppe 12):*

Alois Betz, Aschaffenburg (Notarstellen Klotz/  
Dr. Morhard)

Michael Haslinger, Bad Tölz (Notarstellen Dolp/  
Leitenstorfer)

Jutta Meier, Hof (Notarstelle Haßelbeck)

*Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Ulrich Eser, Bad Dürkheim (Notarstellen Unckrich/  
Holland)

Bernd Klinger, München (Notarstellen Pöppelmann/  
Dr. Tietgen)

Peter Postupka, Coburg (Notarstellen Dr. Heisel/  
Dr. Heisel)

Günther Schiedermeier, Mitterfels (Notarstelle Hötzl)

Helmut Weis, Frankenthal/Pf. (Notarstellen Barth/  
Seiberth)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):*

Michael Gramm, Kaiserslautern (Notarstelle Landau)

Christine Kleinschmidt, Wörth a. Rhein (Notarstelle Schneider)

Peter Krajewski, Frankenthal/Pf. (Notarstellen Barth/Seiberth)

Michael Ludwig, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Dörnhöfer)

Wolfgang Niederer, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Ferdinand Reiß, Nürnberg (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Sommerhäuser)

Fritz Weber, Kempten (Notarstellen Dr. Bülow/Hoffmann)

Daniela Wilhelm, Coburg (Notarstellen Dr. Heisel/Dr. Heisel)

Brigitte Wittmann, München (Notarstelle Ellert)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):*

Eva Albert, Hersbruck (Notarstellen Dr. Lenz/Brückner)

Sabrina Anzinger, Weißenburg i. Bay. (Notarstelle Stigler)

Steffi Dräger, Erlangen (Notarstelle Dr. Giehl)

Maria Frisch, Regensburg (Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann)

Thomas Gottschling, Riedenburg (Notarstelle Freitag)

Heidi Gratz, Bad Tölz (Notarstellen Dolp/Leitenstorfer)

Stefanie Hannemann, Greding (Notarstelle Müller)

Simon Kirchleitner, München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Andrea Lakner, Weilheim (Notarstelle Hertel)

Gerald Müller, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Wegmann)

Annabell Spiess, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Dr. von Bary/Dr. Buchta)

## 6. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Oberamtsrat i. N. Gerhard Blüm, Frankenthal/Pf. (Notarstelle Kluge), ab 1.9.2010 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Gerhard Ehnes, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter), ab 1.9.2010 im Ruhestand

Oberamtsrätin i. N. Elisabeth Lutzenberger, Immenstadt i. Allgäu (Notarstellen Dr. Nagel/Dr. Pfundstein), ab 1.9.2010 im Ruhestand

Oberinspektorin i. N. Sylvia Miller, Türkheim (Notarstelle Albrecht), zum 1.8.2010 ausgeschieden

## Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Abensberg, Notarstelle Bierhenke  
E-Mail: zentrale@notar-bierhenke.de

Altdorf b. Nürnberg, Notarstelle Dr. Oberhofer  
Röderstraße 6, 90518 Altdorf b. Nürnberg

Hengersberg, Notarstelle Hecht  
E-Mail: info@notar-hecht.de

Ludwigsstadt, Notarstelle Prof. Reich  
Lauensteiner Straße 11, 96337 Ludwigsstadt

Würzburg, Notarstelle Holderbach  
Domstraße 5, 97070 Würzburg



---

Schriftleitung: Notarassessor Dr. Ulrich Gößl,  
Notarassessorin Eliane Schuller

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 12,50 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.  
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.universalmedien.de/Notarkammer](http://www.universalmedien.de/Notarkammer)