



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. Anja Heringer,
Dr. Markus Vierling
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

Das neue Unterhaltsrecht – Folgerungen für die notarielle Praxis

Von Notar Dr. *Christian Berringer*, Sonthofen, und Notarassessor Dr. *Ralf Menzel*, München

Das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts¹ ist am 1.1.2008 in Kraft getreten. Der nachfolgende Beitrag zeigt die wichtigsten Änderungen auf und geht auf ihre Folgen für die notarielle Praxis ein.

I. Ehegattenunterhalt

Ein wichtiges Anliegen der Unterhaltsrechtsreform war die Modifikation des Ehegattenunterhalts. Der Gesetzgeber hat dabei das Prinzip der Eigenverantwortung der Ehegatten gestärkt. Dieses Prinzip sah man schon bislang in § 1569 BGB verankert. Durch eine Neuformulierung dieser Vorschrift kommt der Ausnahmecharakter der nachehelichen Unterhaltsgewährung jetzt deutlicher zum Ausdruck.² § 1569 Satz 1 BGB n. F. legt nunmehr fest, dass es nach der Scheidung jedem Ehegatten obliege, selbst für seinen Unterhalt zu sorgen. Lediglich wenn der Ehegatte hierzu außerstande ist, hat er gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Unterhalt und zwar nur nach den Vorschriften der §§ 1570 ff. BGB (vgl. § 1569 Satz 2 BGB n. F.). Der Grundsatz der Eigenverantwortung spiegelt sich auch in den Änderungen der weiteren Vorschriften des nachehelichen Unterhaltsrechts (§§ 1570 ff. BGB n. F.) wider. Generell sind nun alle Unterhaltstatbestände im Lichte des neu gefassten § 1569 BGB enger auszulegen.³

1. Betreuungsunterhalt (Altersphasenmodell)

Die Süddeutschen Leitlinien⁴ sahen zuletzt eine Erwerbsobliegenheit des betreuenden Ehegatten erst dann vor, wenn das jüngste Kind in die dritte Grundschulklasse kam. Ab Beginn

der dritten Grundschulklasse bis zum Beginn des 15. Lebensjahres des jüngsten Kindes bestand in der Regel eine Obliegenheit zur teilweisen, danach zur vollen Erwerbstätigkeit. Bei mehreren Kindern konnte hiervon abgewichen werden.⁵ Die Leitlinien anderer Oberlandesgerichte (jeweils zu Ziff. 17) sahen ähnliche Altersstufen vor, waren aber nicht einheitlich.

Dieses Altersphasenmodell wurde nach Auffassung des Gesetzgebers den heutigen Realitäten mit einer hohen Erwerbstätigenquote bei Frauen und immer besseren Möglichkeiten der Kinderbetreuung nicht mehr gerecht.⁶ Die Altersgrenzen wurden sowohl in der jüngeren Rechtsprechung⁷ als auch in der Literatur⁸ zunehmend kritisiert.

Das Bundesministerium der Justiz verfolgte zunächst die Strategie, lediglich den Wortlaut des § 1569 BGB zu ändern. Von hier aus erhoffte man sich eine Ausstrahlungswirkung auch auf das Altersphasenmodell. Indes wurde im Zuge der Anhörung insbesondere in Richterkreisen bezweifelt, dass eine bloße Änderung des § 1569 BGB das bisherige Alters-

¹ Zu den politischen Beweggründen des Gesetzes siehe näher *Berringer* in *Berghahn*, Unterhalt und Existenzsicherung, 2007, S. 131 ff. Der Gang des Gesetzgebungsverfahrens ist ausführlich beschrieben bei *Menne/Grundmann*, Das neue Unterhaltsrecht, 2008.

² Siehe auch die amtliche Überschrift: „Grundsatz der Eigenverantwortung“.

³ Vgl. *Viefhues*, ZNotP 2007, 11, 12; *Gerhardt*, FuR 2008, 9, 10.

⁴ Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate in Süddeutschland (SüdL) der Oberlandesgerichte Bamberg, Karlsruhe, München, Nürnberg, Stuttgart und Zweibrücken.

⁵ SüdL, 17.1.

⁶ BT-Drucks. 16/1830, S. 12 ff.

⁷ OLG Karlsruhe, NJW 2004, 523, 524.

⁸ *Puls*, FamRZ 1998, 865, 870; *Ebert*, JR 2003, 182, 187; *Luthin*, FPR 2004, 567, 570; *AnwKommBGB/Schürmann*, 2005, § 1577 Rdnr. 60 f.; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 1570 Rdnr. 14; Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts, FuR 2005, 504, 505; *Wever*, FF 2005, 174, 177; *Hohloch*, FF 2005, 217, 224; *Wellenhofer*, Aktuelle Informationen des Deutschen Juristinnenbundes (djb), 2006, 31, 33; schon sehr früh *Willutzki*, ZfJ 1984, 1, 2.

phasenmodell ins Wanken bringen könnte.⁹ Der Regierungsentwurf sah daher auch eine Ergänzung des § 1570 BGB vor. Danach sollte es für die Frage, ob von dem betreuenden Ehegatten eine Erwerbstätigkeit erwartet werden kann, auch auf die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung ankommen. Hiermit waren nun insbesondere Vertreter der Union nicht einverstanden.¹⁰ Im Gesetzgebungsverfahren war es bereits zu einem Kompromiss zwischen SPD und Union gekommen,¹¹ als die Beratungen durch die Veröffentlichung des Beschlusses des BVerfG vom 28.2.2007¹² unterbrochen wurden. Bekanntlich hat das BVerfG entschieden, dass die unterschiedliche Regelung der Unterhaltsansprüche wegen der Pflege oder Erziehung von Kindern in § 1570 BGB einerseits und § 1615 I Abs. 2 Satz 3 BGB a. F. andererseits mit Art. 6 Abs. 5 GG unvereinbar ist. Die bestehenden Entwürfe und der Kompromiss mussten daher überarbeitet werden. Es hat durchaus zu Diskussionen Anlass gegeben, dass das BVerfG seine Entscheidung erst am 23.5.2007, an dem Tag, an dem der Rechtsausschuss abschließend entscheiden wollte, bekannt gegeben hat – die politische Diskussion mitsamt des Kompromisses vom 22.3.2007 waren in Unkenntnis der bereits gefällten Entscheidung entstanden.¹³

Der Gesetzgeber ist dem Auftrag zur Schaffung einer verfassungsgemäßen Regelung in der Weise nachgekommen, dass nunmehr gemäß § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. ein geschiedener Ehegatte von dem anderen wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen kann. Der Gesetzgeber hat sich damit nach „unten“, an § 1615 Abs. 2 Satz 3 BGB a. F., orientiert.¹⁴ Nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB (n. F.) verlängert sich die Dauer des Unterhaltsanspruchs, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind gemäß Satz 3 die Belange des Kindes und die *bestehenden* Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen. Nach dem neu eingefügten § 1570 Abs. 2 BGB verlängert sich die Dauer des Unterhaltsanspruchs darüber hinaus, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht. Während die Verlängerungsmöglichkeit des § 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB auf kindbezogene Belange abstellt, eröffnet Abs. 2 eine Verlängerung aus Gründen der nahehelichen Solidarität. Es handelt sich hier nicht um einen selbständigen Unterhaltsanspruch, sondern um eine „ehespezifische Ausprägung“, einen „Annexanspruch“ zum Anspruch nach § 1570 Abs. 1 BGB.¹⁵

Damit hat der Gesetzgeber das Altersphasenmodell in seiner bisherigen strengen Form abgeschafft. Die genaue Dauer des Unterhalts ist nunmehr eine Frage des Einzelfalles. Schon wird die damit einhergehende Rechtsunsicherheit beklagt und ein erheblicher Mehraufwand der Justiz vorhergesagt.¹⁶ Doch das Altersphasenmodell zeigt sich wehrhaft. Die Vertreter

der Oberlandesgerichte sind bei der Besprechung der neuen Düsseldorfer Tabelle und der neuen Leitlinien am 3.12.2007 bereits übereinkommen, die Hinweise des Gesetzgebers in die Leitlinien aufzunehmen und insoweit ein modifiziertes Stufenmodell zu präsentieren.¹⁷ Offen ist dabei, ob damit auch die Vorgabe von festen Zeiträumen einhergeht.¹⁸

Für die notarielle Praxis bietet sich hier die Möglichkeit an, in einem Ehevertrag ein „eigenes“ Altersphasenmodell zu vereinbaren, um so für die Beteiligten Rechtssicherheit zu schaffen. Das Altersphasenmodell des nachfolgenden Formulierungsbeispiels differenziert dabei nach der Anzahl der Kinder. Es ist damit exakter als die bisherige Fassung der Süddeutschen Leitlinien. In Anlehnung an § 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB n. F. greift dieses Altersphasenmodell nicht, wenn es an einer Betreuungsmöglichkeit mangelt. Die doppelte Verneinung in Abs. 1 Satz 1 gibt es dem Betreuenden auf, darzulegen, dass eine Betreuungsmöglichkeit fehlt. Das Formulierungsbeispiel regelt dabei auch, unter welchen Umständen eine solche Betreuungsmöglichkeit vorhanden ist. In der Diskussion um § 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB n. F. zeigten sich Meinungsverschiedenheiten insbesondere bezüglich der Frage, ob eine denkbare Versorgung des Kindes durch Verwandte, also insbesondere die Großeltern oder auch durch den Verpflichteten selbst, eine Betreuungsmöglichkeit darstellt. Das Formulierungsbeispiel versucht auch hierauf eine Antwort zu geben.

Wer die Kosten der Fremdbetreuung trägt, muss nicht geregelt werden, da diese bereits nach geltender Rechtsprechung vom Einkommen des Berechtigten abgezogen werden können¹⁹ und dieses Ergebnis sachgerecht ist.

Eine Erwerbstätigkeit, die der betreuende Elternteil bereits vor der Trennung ausgeübt hat, ist fortzusetzen, wenn die Trennung die Betreuungssituation nicht geändert hat. Dies ergibt sich bereits aus der Rechtsprechung²⁰ sowie den Leitlinien²¹, so dass es nicht in den Vertrag aufgenommen werden muss.

Eine Vereinbarung wie im nachfolgenden Formulierungsbeispiel muss mit den Vorgaben der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen im Einklang stehen. Der Betreuungsunterhalt gehört nach wie vor zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts. Das bedeutet jedoch nicht, dass er jeder Modifikation entzogen wäre.²² Die Ehegatten sind deshalb auch in der Lage, für sich individuell festzulegen, ab welchem Zeitpunkt dem Betreuenden eine Berufstätigkeit zumutbar ist.²³ Der nachfolgende Formulierungsvorschlag orientiert sich an den Wertungen des Gesetzes in der Neufassung und an den Aussagen des BVerfG. Es wird daher in aller Regel zulässig sein.

Formulierungsbeispiel:

Solange und soweit von einem von uns nach einer Scheidung wegen der Pflege oder der Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann, kann er von dem anderen Unterhalt verlangen. Wir vereinbaren hierzu Folgendes:

⁹ Vgl. Schwab, FamRZ 2005, 1417, 1418.

¹⁰ Menne/Grundmann, Das neue Unterhaltsrecht, S. 29.

¹¹ Menne/Grundmann, Das neue Unterhaltsrecht, S. 30.

¹² NJW 2007, 1735 m. Anm. E. Caspary = MittBayNot 2007, 497 m. Anm. Fahl.

¹³ Dazu Meyer-Götz, ZFE 2007, 321; Fiebig, NJW-aktuell Heft 24/2007, VI; Willutzki, ZKJ 2007, 260, 262; ders., ZKJ 2007, 255.

¹⁴ Das BVerfG hatte auch dies ausdrücklich gestattet, Rdnr. 75 der Entscheidung.

¹⁵ Beschlussempfehlung des Bundesrates, BT-Drucks. 16/6980.

¹⁶ Vgl. Born, NJW 2008, 1, 8; sehr kritisch auch Borth, FamRZ 2008, 2, 9 m. w. N.

¹⁷ Näher hierzu Gerhardt, FuR 2008, 9, 10 f.

¹⁸ Gerhardt, FuR 2008, 9, 10 f.

¹⁹ Palandt/Brudermüller, § 1361 Rdnr. 48.

²⁰ Hierzu Palandt/Brudermüller, § 1570 Rdnr. 13 b m. N. aus der Rechtsprechung.

²¹ StLD, 17.1.

²² BGH, NJW 2004, 930, 934.

²³ Siehe ausdrücklich in BGH, MittBayNot 2006, 44, 46 f. Vgl. OLG Celle, MittBayNot 2004, 367.

1. Ist nur ein gemeinsames Kind zu betreuen, braucht der betreuende Ehegatte einer Erwerbstätigkeit nicht nachzugehen, solange das Kind noch nicht drei Jahre alt ist. Von der Vollendung des dritten Lebensjahres an bis zum Eintritt in die sechste Klasse kann eine Teilerwerbstätigkeit (20 Wochenstunden) erwartet werden. Von dem Eintritt in die sechste Schulklasse an kann eine Vollerwerbstätigkeit erwartet werden.

2. Ist mehr als ein gemeinsames Kind zu betreuen, braucht der betreuende Ehegatte einer Erwerbstätigkeit nicht nachzugehen, solange das jüngste Kind noch nicht drei Jahre alt ist oder zwei Kinder die zweite Grundschulklasse noch nicht erreicht haben. Sind die Kinder älter, kann eine Teilerwerbstätigkeit (20 Wochenstunden) erwartet werden. Sobald alle Kinder mindestens die sechste Schulklasse erreicht haben, kann eine Vollerwerbstätigkeit erwartet werden.

3. Eine Erwerbsobliegenheit besteht nicht für Zeiträume, in denen keine Betreuungsmöglichkeit vorhanden ist. Eine Betreuungsmöglichkeit besteht nur, wenn das Kind in örtlicher Nähe zur Wohnung oder zum Arbeitsplatz des Betreuenden von fachlich geschultem Personal betreut werden kann. Daneben ist eine Unterbringungsmöglichkeit bei Verwandten des Betreuenden zu berücksichtigen, wenn und soweit die Unterbringung bei diesen Verwandten vor der Trennung üblich war. In welchem zeitlichen Umfang eine Betreuung des Kindes erforderlich ist, entscheidet der betreuende Elternteil.

4. Das Angebot des Unterhaltspflichtigen, das Kind zu betreuen oder durch seine Verwandten betreuen zu lassen, stellt eine Betreuungsmöglichkeit nur dar, wenn der Unterhaltsberechtigte hiermit einverstanden ist. Es besteht also keine Obliegenheit, das Kind auf diese Weise betreuen zu lassen. (*Wohl nur in der Scheidungsvereinbarung:* Wird das Kind durch den Unterhaltspflichtigen betreut, bleiben die Kindesunterhaltszahlungen unverändert. Der Verpflichtete erhält keine Vergütung und keinen Aufwendersatz.)

2. Erwerbsobliegenheiten, § 1574 BGB n. F.

Der bisherige § 1574 BGB ließ den Eindruck entstehen, das Unterhaltsrecht schütze den geschiedenen Ehegatten davor, eine Gesellschaftsschicht wieder verlassen zu müssen, in die er durch die Eheschließung aufgenommen wurde.²⁴ Bislang galt daher, dass die geschiedene Ehefrau in gehobenen Kreisen nach langjähriger Ehe in der Regel nicht mehr in ihren erlernten Beruf, beispielsweise als Sekretärin, kaufmännische Angestellte, Erzieherin oder Verkäuferin, zurückkehren musste, wenn sie während der Ehe nicht erwerbstätig war.²⁵ Diese Vorstellung wurde nicht mehr als zeitgemäß empfunden.²⁶ In der Neufassung tritt das Kriterium der ehelichen Lebensverhältnisse daher „ins zweite Glied“. Nunmehr ist es nur noch als Korrekturmöglichkeit zu verstehen, das in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen kann, aber nicht gleichwertig neben den anderen Kriterien des § 1574 Abs. 2 BGB n. F. steht. Zu diesen Kriterien tritt „die frühere Erwerbstätigkeit“ hinzu, da dem geschiedenen Ehegatten grundsätzlich jede Tätigkeit zumutbar ist, für die er sich selbst vor oder während der Ehe entschieden hat.²⁷ Das neue Unterhaltsrecht führt also

auch an dieser Stelle zu einer Verschärfung und zu einer Abkehr vom Dogma der lebenslangen Unterhaltsgarantie.

3. Befristung und Begrenzung

Auch das alte Unterhaltsrecht enthielt die Möglichkeit, den nachehelichen Unterhalt zeitlich und in der Höhe zu begrenzen. Allerdings galt dies nur eingeschränkt. § 1573 Abs. 5 BGB a. F. sah eine zeitliche Begrenzung des Unterhalts nur für den Erwerbslosen- und den Aufstockungsunterhalt vor. § 1578 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB a. F. machte eine höhenmäßige Begrenzung des Unterhalts zwar bei jedem Unterhaltstatbestand möglich, ließ aber eine Unterschreitung des „angemessenen Unterhalts“ nicht zu.²⁸ Dass die erst 1986 in das Gesetz eingefügten Vorschriften kaum angewandt wurden, lag aber nicht nur an ihrem eingeschränkten Anwendungsbereich. Nach Auffassung der Literatur fehlte es den Billigkeitsvorschriften an Kontur und sie waren durch die Grundsystematik des Unterhaltsrechts und ihre Stellung darin gehemmt.²⁹

Dass die gesetzlichen Begrenzungsvorschriften in der Praxis ein Schattendasein führten, war schon seit längerem mit Argwohn betrachtet worden.³⁰ In jüngster Zeit hatte die Kritik vor allem vor dem Hintergrund des Wechsels von der Anrechnungs- zur Differenzmethode³¹ deutlich zugenommen.³² In der Rechtsprechung³³ war eine Tendenz zu einer vermehrten Beschränkung von Unterhaltsansprüchen festzustellen.³⁴

Die Unterhaltsrechtsreform zieht aus dieser Situation Konsequenzen: Sie stattet den neuen § 1578 b BGB nicht nur mit einem erweiterten Anwendungsbereich aus, sondern legt auch deutlicher als bisher die Kriterien offen, die das Ob und Wie der Begrenzung leiten sollen.

§ 1578 b BGB n. F. geht weiterhin davon aus, dass die Ehegatten grundsätzlich einen Anspruch auf „gleiche Teilhabe am gemeinsam Erwirtschafteten“ haben. Dieser Teilhabeanspruch bedeutet künftig aber nicht mehr eine Lebensstandardgarantie im Sinne einer zeitlich unbegrenzten und in der Höhe nicht abänderbaren Teilhabe nach der Scheidung. Dort, wo die Unterhaltszahlungen nicht erforderlich sind, um die Nachteile auszugleichen, die durch die Ehe im Hinblick auf die Möglichkeit entstanden sind, selbst für den eigenen Unterhalt zu sorgen, ist der Unterhaltsanspruch stattdessen eingeschränkt. Dieser Gedanke lag zwar auch den derzeitigen Begrenzungsvorschriften zugrunde,³⁵ kam in deren Wortlaut aber weniger deutlich zum Ausdruck.³⁶

²⁸ Näher *Büte*, FPR 2005, 316.

²⁹ Hierzu ausführlich *Grandel*, FPR 2005, 320.

³⁰ *Schwab*, FamRZ 1997, 521, 524; *Brudermüller*, FamRZ 1998, 649, 650; *Gerhardt*, FamRZ 2000, 134, 136; *Pauling* in Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl. 2004, § 4 Rdnr. 591; *Schürmann*, FPR 2005, 492, 493.

³¹ BGHZ 148, 105 = DNotZ 2002, 440; siehe auch BVerfG, FamRZ 2002, 527; dazu etwa *Ebert*, JR 2003, 182.

³² Vgl. *Scholz*, FamRZ 2003, 265, 271; *Brudermüller*, FF 2004, 101; *Grandel*, FF 2004, 237; *Luthin*, FPR 2004, 567, 569; *Büttner* in *Johannsen/Henrich*, Eherecht, 4. Aufl. 2003, § 1573 Rdnr. 34; *Schwarz*, NJW-Spezial 2004, 295; *ders.*, NJW-Spezial 2005, 7; *Anw-KommBGB/Franken*, § 1573 Rdnr. 32.

³³ Vgl. etwa OLG Hamm, NJW-RR 2003, 1084; OLG München, FuR 2003, 326; BGH, DNotZ 2007, 770, 771.

³⁴ Weniger optimistisch *Büttner*, FamRZ 2007, 773, 773 f.

³⁵ Vgl. *Hahne*, FamRZ 1986, 305; *Büte*, FPR 2005, 316, 317; aus der jüngeren Rechtsprechung BGH, DNotZ 2007, 770.

³⁶ Die Ehebedingtheit im Rahmen des Ehegattenunterhalts als Kriterium deutlicher herauszuarbeiten forderte etwa *Luthin*, FPR 2004, 567, 571.

²⁴ Vgl. auch die Kritik von *Willutski*, ZfJ 1984, 1, 5.

²⁵ *Klein* in *Weinreich/Klein*, Kompaktcommentar Familienrecht, 3. Aufl. 2008, § 1574 Rdnr. 11 mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

²⁶ RegE, BT-Drucks. 16/1830, S. 17 f.

²⁷ Für dieses Kriterium hat sich explizit etwa *Luthin* ausgesprochen in FPR 2004, 567, 571.

Die neue Begrenzungsvorschrift macht auch die rechtsethische Legitimation des nachehelichen Unterhaltsrechts deutlicher.³⁷ Grund für den Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten ist zwar weiterhin die sich aus Art. 6 GG ergebende fortwirkende Solidarität, die grundsätzlich bei allen in §§ 1570 ff. BGB angesprochenen Versorgungslagen greift.³⁸ Die nacheheliche Solidarität kann aber nicht in jedem Fall unbegrenzt in Anspruch genommen werden. Stattdessen erfordert sie vor allem einen Ausgleich der Nachteile, die dadurch entstehen, dass der Unterhaltsberechtigte wegen der Aufgabenverteilung in der Ehe, insbesondere der Kinderbetreuung, nach der Scheidung nicht oder nicht ausreichend selbst für seinen Unterhalt aufkommen kann. Je geringer aber diese Nachteile sind, desto eher ist im Licht des Grundsatzes der Eigenverantwortung eine Beschränkung des Unterhaltsanspruchs geboten.

Mit den Billigkeitskriterien des § 1578 b BGB n. F. gibt der Gesetzgeber kein bestimmtes Ehemodell vor.³⁹ Er reagiert aber angemessener als bisher auf die Entscheidungen der Eheleute. Wird ein Ehemodell gelebt, das für einen der Ehegatten berufliche Nachteile entstehen lässt, zieht das Unterhaltsrecht hieraus Konsequenzen, um den betroffenen Ehegatten zu schützen. Da gleichzeitig eine deutliche Abkehr von der bisherigen Lebensstandardgarantie vollzogen wird, entsteht gleichwohl für beide Ehegatten ein Anreiz, die eigene berufliche Laufbahn ebenso wie die des anderen zu fördern.⁴⁰ Zudem veranlasst § 1578 b BGB n. F. den Berechtigten, sich nach einer Scheidung möglichst rasch um Überwindung der „ehebedingten Nachteile“ zu bemühen.⁴¹

Die Möglichkeit, für den eigenen Unterhalt zu sorgen, kann vor allem durch eine längere Zeit der Kinderbetreuung beeinträchtigt werden. Deshalb wird die Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes in § 1578 b Abs. 1 Satz 3 BGB n. F. besonders erwähnt. Kinderbetreuende Ehegatten werden also ausdrücklich geschützt.⁴² Ebenso liegt auf der Hand, dass sich entsprechende Nachteile aus einer bestimmten Aufgabenverteilung in der Ehe ergeben können. Daher wird auch die „Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit“ als Kriterium genannt. Die Dauer der Ehe führt für sich genommen nicht zwingend zu einem beruflichen Nachteil. Mit der Aufnahme dieses Kriteriums wird dem Umstand Rechnung getragen, dass auch die im Laufe einer langen Ehe immer weiter zunehmenden persönlichen und sozialen Verflechtungen zu Erschwernissen führen können, ohne dass diese im Rückblick einzeln zu benennen sind.⁴³

Obwohl das Gesetz also anders als bisher Kriterien für die Befristung und Begrenzung nennt, ist bei dieser Vorschrift noch weniger als im Hinblick auf das Altersphasenmodell absehbar, wie sich die Rechtsprechung entwickeln wird. So ist etwa die konkrete Berechnung einer Begrenzung des Unterhalts-

anspruchs nach § 1578 b BGB n. F. aus heutiger Sicht ungewiss.⁴⁴ Auch hier kann daher eine Vereinbarung in einem Ehevertrag die richtige Antwort sein.

Bei der Ausgestaltung derartiger Vereinbarungen sollten fortan vor allem zwei Ausgangspunkte beachtet werden, nämlich auf der einen Seite, welches Gewicht die Rechtsprechung den einzelnen Unterhaltstatbeständen im System des Scheidungsfolgenrechts einräumt, und auf der anderen Seite, inwieweit die Bedürfnislage bei den einzelnen Unterhaltstatbeständen auf die Art und Weise der Eheführung und vor allem die in der Ehe gewählte Rollenverteilung zurückgeführt werden kann (Ehebedingtheit).

Möchte man im Ehevertrag eine Befristung oder Begrenzung vereinbaren, wird man daher meist nach Unterhaltstatbeständen differenzieren müssen.

– *Betreuungsunterhalt*: Dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt kommt eine hervorgehobene Bedeutung zu. Er gehört zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts.⁴⁵ Aus der Pflege oder Erziehung eines Kindes werden sich außerdem in aller Regel Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit ergeben, selbst für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Die Pflege oder Erziehung eines Kindes wird daher ausdrücklich in § 1578 b Abs. 1 Satz 3 BGB n. F. genannt. All dies verleiht dem Betreuungsunterhaltsanspruch auch nach dem neuen Recht eine sehr hohe Stellung. Eine Befristung des Betreuungsunterhaltsanspruchs über die ohnehin vorhandene tatbestandsimmanente Befristung hinaus – eine Vereinbarung zum Altersphasenmodell wurde bereits vorgestellt –, ist deshalb nicht geboten.

Der Anschlussunterhalt nach dem Betreuungsunterhalt teilt nach überwiegender Ansicht nicht die hohe Stellung des Betreuungsunterhaltsanspruchs.⁴⁶ Eine ausgewogene Vertragsgestaltung, die das gesetzgeberische Kriterium der Ehebedingtheit Ernst nimmt, wird dem Anschlussunterhalt dennoch besondere Aufmerksamkeit widmen. Eine an die Betreuungszeit anknüpfende Erwerbslosigkeit wird häufig mit der Kinderbetreuung zusammenhängen.

Ein vollständiger Verzicht auf Betreuungsunterhalt ist nur sinnvoll, wenn im Hinblick auf das Alter der Eheleute die Geburt eines Kindes ausgeschlossen scheint und auch eine Adoption nicht geplant ist.⁴⁷ Möglich ist es auch, den Anspruch auszuschließen, den Ausschluss aber mit einer auflösenden Bedingung oder einem Rücktrittsvorbehalt zu versehen.⁴⁸

– *Altersunterhalt*: Auch der Altersunterhalt gehört zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts und folgt im Stufenmodell der Rechtsprechung unmittelbar auf den Betreuungsunterhaltsanspruch.⁴⁹ Ungeachtet dessen hat die Literatur den Verzicht auf den Altersunterhalt schon bislang kaum problematisiert. Dies gelte zumindest bei Eheverträgen von jungen

³⁷ Vgl. *Viefhues*, ZNotP 2007, 11, 13; *Derleder*, DEuFamR 1999, 84, 84 ff.; *Schürmann*, FPR 2005, 492, 493 f.; *Berghahn/Wersig*, FPR 2005, 508, 509.

³⁸ Siehe hierzu *van Els*, FamRZ 1992, 625.

³⁹ Hierzu kritisch *Kroppenber*, JZ 2006, 439, 445.

⁴⁰ *Schürmann*, FPR 2005, 492, 495; vgl. auch *Berghahn/Wersig*, FPR 2005, 508, 509.

⁴¹ *Hohloch*, FF 2005, 217, 222.

⁴² Die Kritik des Deutschen Anwaltvereins ist daher nicht gerechtfertigt, vgl. Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts, FuR 2005, 504, 505.

⁴³ BGH, NJW 1986, 722; *Büte*, FPR 2005, 316, 317.

⁴⁴ Hierzu etwa *Brauer*, FamRZ 2006, 1489; *Büttner*, FamRZ 2007, 773. In welcher Weise Unterhaltsansprüche zeitlich befristet werden können, war auch unter der Geltung des bisherigen § 1573 Abs. 5 BGB keineswegs vorhersehbar, vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei *Klein* in Weinreich/Klein, Kompaktcommentar Familienrecht, § 1573 Rdnr. 44.

⁴⁵ BGH, NJW 2004, 930, 934 = MittBayNot 2004, 270.

⁴⁶ Kritisch *Rakete-Dombek*, NJW 2004, 1273, 1277.

⁴⁷ Vgl. BGH, DNotZ 2005, 703.

⁴⁸ Formulierungsbeispiele hierzu bei *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2. Aufl., Rdnr. 2179 ff.; *Heiß*, Vertragsgestaltung in Familiensachen, 2007, Teil 2 § 2 Rdnr. 40.

⁴⁹ BGH, NJW 2004, 930, 934 = MittBayNot 2004, 270.

Eheleuten, die ihr Berufs- und Erwerbsleben noch vor sich haben.⁵⁰ Bei Eheschließung im Alter hat auch der BGH keine Bedenken gegen einen Ausschluss.⁵¹ Unter Geltung des neuen Rechts kommt hinzu, dass die fehlende Möglichkeit, sich im Alter selbst zu versorgen, nicht zwingend auf die Ehe zurückzuführen ist.⁵² Eine ausgewogene Vertragsgestaltung wird neben diesen Argumenten auch eine bereits vorhandene Altersvorsorge berücksichtigen sowie die Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich.⁵³

– *Krankheitsunterhalt*: Dieser Unterhaltstatbestand steht auf einer Stufe mit dem Altersunterhalt. Der BGH hält ausdrücklich einen Verzicht für möglich, wenn die Ehe erst nach Ausbruch der Krankheit geschlossen wird.⁵⁴ Auch hier gilt, dass die fehlende Möglichkeit, sich selbst zu versorgen, nicht auf die Ehe zurückzuführen sein muss. Es ist zu berücksichtigen, dass man für die Krankheit Vorsorge treffen kann.⁵⁵

– *Erwerbslosenunterhalt*: Dieser Unterhaltstatbestand folgt im Stufenmodell erst nach dem Alters- und Krankheitsunterhalt.⁵⁶ Ein Verzicht wird als unproblematisch erachtet.⁵⁷ Eine ausgewogene Vertragsgestaltung wird allerdings die häufige Ehebedingtheit dieses Tatbestands zu beachten haben. Wie schon erwähnt kommt ihm daher durchaus Bedeutung zu, wenn er als Anschlussunterhalt nach einem Betreuungsunterhaltsanspruch auftritt. Unproblematisch ist die Einschränkung des Aufstockungsunterhalts.⁵⁸

– *Ausbildungsunterhalt*: Er steht auf relativ niedriger Stufe; auch hier ist wiederum die Ehebedingtheit zu berücksichtigen, die beim Ausbildungsunterhalt sogar tatbestandsimmanent ist.

Betragsmäßige Begrenzungen sind nach der Reform bei allen Unterhaltstatbeständen in größerem Umfang als bisher möglich. Die gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten ist zwar auch nach der Reform der Ausgangspunkt für die Berechnung der Unterhaltshöhe (§ 1578 Abs. 1 BGB bisheriger und neuer Fassung). Die deutliche Abkehr vom Dogma der Lebensstandsgarantie zeigt jedoch, dass das Scheidungsfolgenrecht zukünftig vor allem die Versorgung sichern soll und nicht mehr so sehr die soziale Stellung.

Die Möglichkeit der betragsmäßigen Begrenzung gilt auch für den Betreuungsunterhalt, zumindest bei besseren Einkommensverhältnissen.⁵⁹ Der BGH hat zum bisherigen Recht eine feste Grenze nicht gezogen, allerdings deutlich gemacht, dass

die Gefahr der Sittenwidrigkeit nicht schon dann gebannt ist, wenn der vereinbarte Unterhalt das Existenzminimum abdeckt. Auf der anderen Seite führt es noch nicht zur Unzulässigkeit, wenn schon zum Zeitpunkt der Vereinbarung absehbar ist, dass der vereinbarte Unterhalt den eheangemessenen Unterhalt nicht erreichen wird. Eine Sittenwidrigkeit sei hier „allenfalls“ anzunehmen, wenn die vertraglich vorgesehene Unterhaltshöhe nicht annähernd geeignet ist, die ehebedingten Nachteile des Unterhaltsberechtigten auszugleichen.⁶⁰ Die Literatur rät teilweise dennoch dazu, Unterhaltshöchstgrenzen beim Betreuungsunterhalt nur bei sehr hohem Einkommen (Diskrepanz) zu vereinbaren.⁶¹ Nach dem neuen § 1578 b BGB sind Begrenzungen insbesondere dort möglich, wo sich die Einkünfte des betreuenden Elternteils auch dann, wenn er keine Kinder zu betreuen hätte, schlechter darstellen würden als bei einem Betreuungsunterhaltsanspruch, der nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessen wird.

Besonders wichtig sind die Möglichkeiten einer Befristung oder Begrenzung, wenn zu notarieller Urkunde, etwa im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung, eine Pflicht zur Zahlung von Unterhalt geregelt wird. Wird eine Befristung oder Begrenzung in einer solchen Vereinbarung überhaupt nicht vorgesehen, führt dies dazu, dass der Zahlungsverpflichtete in einer Abänderungsklage nicht mehr mit Erfolg eine Begrenzung oder Befristung einführen kann, wenn der von ihm vortragene Sachverhalt schon im Zeitpunkt der Errichtung der Urkunde gegeben oder zumindest klar vorhersehbar war. Bei Vereinbarungen über eine Zahlungspflicht muss die Frage der Befristung bzw. Begrenzung daher immer angesprochen werden. Wenn eine Befristung bzw. Begrenzung nicht aufgenommen wird, sollte in der Vereinbarung geregelt werden, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine spätere Befristung bzw. Begrenzung möglich bleibt.⁶²

4. Änderung des § 1579 BGB

Für die notarielle Praxis wohl eher geringe Auswirkungen dürften die Änderungen der negativen Härteklausele (§ 1579 BGB) haben. Dennoch seien diese hier kurz erwähnt.

Zum einen hat der Gesetzgeber § 1579 Nr. 1 BGB neu gefasst. Bei der Frage, ob die Ehe von kurzer Dauer war, sind – allerdings erst in einem zweiten Schritt – auch die Zeiten zu berücksichtigen, in welchen der Berechtigte nach § 1570 BGB Unterhalt verlangen konnte. Der Gesetzgeber hat hierbei die nach einer BVerfG-Entscheidung⁶³ entstandene stetige Rechtsprechung im Gesetzeswortlaut verankert.

Auch der neu aufgenommene Tatbestand der verfestigten Lebensgemeinschaft (§ 1579 Nr. 2 BGB n. F.) schreibt nur die bisherige Rechtsprechung fest.⁶⁴ Bisher wurde diese Fallgruppe unter § 1579 Nr. 7 BGB (nunmehr: § 1579 Nr. 8 BGB) gefasst. Es kommt nicht darauf an, dass die neue verfestigte Lebensgemeinschaft auch eine eheähnliche Gemeinschaft ist. Entscheidend ist, ob sich der geschiedene Ehepartner mit seiner neuen Lebensgemeinschaft endgültig aus der nach ehelichen Solidarität gelöst hat.⁶⁵

⁵⁰ Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 753.

⁵¹ BGH, NJW 2004, 930, 934 = MittBayNot 2004, 270.

⁵² Dieses Argument hat der BGH zwar zunächst beiseite geschoben, es wird durch die Reform aber noch einmal betont.

⁵³ BGH, DNotZ 2005, 703, 704 f.; BGH, MittBayNot 2006, 44, 47.

⁵⁴ BGH, NJW 2004, 930, 934 = MittBayNot 2004, 270. Dieser Grundsatz gilt auch nach BGH, DNotZ 2007, 302, fort. Diese Entscheidung betraf einen Extremfall und ist schwerlich verallgemeinerungsfähig. Kritisch aber Grziwotz, DNotZ 2007, 304.

⁵⁵ Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3075; BGH, MittBayNot 2006, 44, 47.

⁵⁶ BGH, NJW 2004, 930, 934 = MittBayNot 2004, 270.

⁵⁷ Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 755; BGH, MittBayNot 2006, 44, 47.

⁵⁸ BGH, NJW 2004, 930, 934 = MittBayNot 2004, 270; BGH, MittBayNot 2006, 44, 47.

⁵⁹ Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 2172; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 765; Heiß, Vertragsgestaltung in Familiensachen, Teil 2 § 2 Rdnr. 29.

⁶⁰ BGH, MittBayNot 2006, 44, 47; siehe auch OLG Düsseldorf, MittBayNot 2004, 445.

⁶¹ Münch, DNotZ 2005, 819, 829.

⁶² Näher Viefhues, ZNotP 2007, 11, 18.

⁶³ FamRZ 1989, 941.

⁶⁴ Vgl. auch Gerhard, FuR 2008, 9, 13.

⁶⁵ BT-Drucks. 16/1830, S. 20; Gerhard, FuR 2008, 9, 13.

5. Formbedürftigkeit von Unterhaltsvereinbarungen

Eine für die notarielle Praxis begrüßenswerte Änderung ist die Einfügung von Satz 2 in § 1585 c BGB. Demnach bedürfen nunmehr Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt, die vor der Rechtskraft der Scheidung getroffen werden, der notariellen Beurkundung.⁶⁶ Eine ohne diese Form getroffene Vereinbarung ist nach § 125 BGB nichtig.⁶⁷

a) Abgrenzung zu anderen (nicht formbedürftigen) Vereinbarungen

Der Gesetzgeber hat das Beurkundungserfordernis nicht auf andere Unterhaltsvereinbarungen ausgedehnt. So sind etwa Vereinbarungen über den Trennungsunterhalt (§ 1361 Abs. 1 BGB), den Betreuungsunterhalt nach § 1615 I Abs. 1 und 2 BGB sowie über den Kindesunterhalt nicht formbedürftig.⁶⁸ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass ein Verzicht auf diese vorgenannten Unterhaltstatbestände für die Zukunft ohnehin nicht möglich ist (§ 1614 Abs. 1 BGB). Die betreffende Norm gilt auch nach neuem Recht nicht nur für den Kindesunterhalt, sondern aufgrund entsprechender Verweisung auch für den Betreuungsunterhalt nichtehelicher Elternteile (siehe § 1615 I Abs. 3 Satz 1 BGB) sowie für den Trennungsunterhalt (§ 1361 Abs. 4 Satz 4 i. V. m. § 1360 a Abs. 3 BGB).

Zu beachten ist aber, dass zumindest bezüglich des Trennungs- und Kindesunterhalts Regelungen innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums von der Rechtsprechung für zulässig erachtet werden.⁶⁹ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der gesetzliche Anspruch nur bis zu 20 % unterschritten ist. Bei einer Unterschreitung um 33 % oder mehr gilt jedoch § 1614 BGB uneingeschränkt und die Vereinbarung ist nichtig.⁷⁰ Wie *Bergschneider* zutreffend aufführt, ist kein Grund ersichtlich, diese Rechtsprechung nicht auch auf den Unterhaltsanspruch des § 1615 I BGB auszudehnen. Auch wenn daher – trotz § 1614 BGB – ein Verzicht in „Maßen“ möglich ist, erstreckt sich hierauf aber nicht das Formerfordernis des § 1585 c Satz 2 BGB.

Dem Gesetzgeber ist damit ein weiteres Argument an die Hand gegeben, § 1615 I BGB bei einer künftigen Reform von den Regelungen des Verwandtenunterhaltsrechts abzutrennen, insbesondere Abschied vom Verbot des § 1614 BGB zu nehmen und insoweit, wie beim nachehelichen Unterhalt, volle Vertragsfreiheit entsprechend § 1585 c Satz 1 BGB zu gewähren; richtigerweise dann unter Geltung einer notariellen Beurkundungspflicht. Hierfür spräche auch die vom BVerfG⁷¹ geforderte Gleichstellung. Mit der Neufassung des § 1615 I BGB sind nämlich im hohen Maße Unwägbarkeiten bei der konkreten Ermittlung des Unterhaltsanspruches über drei Jahre hinaus verbunden, die eine gewisse Unsicherheit mit sich bringen. So bestimmt der neu gefasste § 1615 I Abs. 2 Satz 4 BGB, dass sich der Unterhaltsanspruch über drei Jahre hinaus verlängert, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht.⁷² Dabei sind nach § 1615 I Abs. 2 Satz 5 BGB n. F. insbesondere die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen.⁷³ Es

besteht künftig daher auch ein größerer Bedarf nach einer entsprechenden Vereinbarung.

b) Reichweite des § 1585 c BGB

Unter § 1585 c BGB fallen nicht nur ein vollständiger oder teilweiser Verzicht, sondern alle Modifikationen des nachehelichen Unterhalts, wie beispielsweise Befristungen oder Fälligkeitsregelungen, und auch die Vereinbarung über das begrenzte Realsplitting nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG.⁷⁴

c) Zeitlicher Rahmen

Wie aus dem Wortlaut klar ersichtlich, greift das Beurkundungserfordernis nur ein, wenn die Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt vor Rechtskraft der Scheidung getroffen wurde. Unstreitig ist damit eine erstmalig nach der Scheidung getroffene Vereinbarung formfrei. Aber auch eine nach der Rechtskraft der Scheidung vorgenommene Abänderung der vorher formgerecht errichteten Vereinbarung bedarf nicht der notariellen Form.⁷⁵ Wer dies nicht für interessengerecht hält, kann eine Klausel in die Vereinbarung aufnehmen, wonach eine Abänderung in notariellen Form erforderlich ist.⁷⁶ Wem dies zu weit geht, mag eine (doppelte) Schriftformklausel vorsehen.

d) Zum Beurkundungsverfahren

Für das Beurkundungsverfahren gelten grundsätzlich keine Besonderheiten. Möglich ist damit unter anderem, dass ein Ehegatte für sich selbst und für seinen anderen Ehegatten aufgrund Vollmacht oder vorbehaltlich Genehmigung handelt. Selbstverständlich ist bei einer solchen Gestaltung Vorsicht angezeigt, nicht zuletzt aufgrund der Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle.⁷⁷ § 1410 BGB findet keine Anwendung, so dass auch eine sukzessive Beurkundung denkbar ist.

Am Rande sei noch angemerkt, dass der neu eingefügte Satz 3 in § 1585 c BGB bestimmt, dass die Ehegatten auch außerhalb eines Prozessvergleiches vor Gericht eine formwirksame Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt in einem Verfahren in Ehesachen im Wege der Protokollierung durch das Prozessgericht abschließen können.⁷⁸ Die neue Formvorschrift gilt dabei für Vereinbarungen nach dem 1.1.2008. Vorher abgeschlossene Unterhaltsvereinbarungen, die dem neuen § 1585 c BGB nicht entsprechen, bleiben gültig.⁷⁹

II. Kindesunterhalt

Neben dem nachehelichen Unterhalt wurden auch die Bestimmungen der §§ 1612 a, 1612 b BGB betreffend den Kindesunterhalt (Mindestunterhalt und Kindergeldverrechnung) geändert.⁸⁰

⁶⁶ Vgl. hierzu jüngst und ausführlich *Bergschneider*, FamRZ 2008, 17.

⁶⁷ Vgl. auch *Bergschneider*, FamRZ 2008, 17, 19.

⁶⁸ Hierzu *Bergschneider*, FamRZ 2008, 17; *Born*, NJW 2008, 1, 6.

⁶⁹ Vgl. *Bergschneider*, FamRZ 2008, 17 m. w. N.

⁷⁰ Zum Ganzen *Bergschneider*, FamRZ 2008, 17 m. w. N.

⁷¹ NJW 2007, 1735 = MittBayNot 2007, 497.

⁷² Die Formulierung entspricht § 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F.

⁷³ Die Formulierung entspricht § 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB n. F.

⁷⁴ *Bergschneider*, FamRZ 2008, 17.

⁷⁵ Vgl. *Bergschneider*, FamRZ 2008, 17, 18.

⁷⁶ So auch die Empfehlung von *Bergschneider*, FamRZ 2008, 17, 18.

⁷⁷ Vgl. auch *Bergschneider*, FamRZ 2008, 17, 18.

⁷⁸ Vgl. hierzu *Born*, NJW 2008, 1, 7. Näher hierzu *Bergschneider*, FamRZ 2008, 17, 18. Bedeutung könnte die Vorschrift aber mittelbar für die notarielle Praxis haben, wenn die zum Versorgungsausgleich entwickelte Rechtsprechung, wonach bei Abschluss einer Vereinbarung nach § 1587 o BGB für beide Eheleute Anwaltszwang besteht, auf die nacheheliche Unterhaltsvereinbarung übertragen wird. Eine (kostengünstige) Scheidung mit nur einem Anwalt wird damit – sofern Regelungen über den nachehelichen Unterhalt getroffen werden – nur noch dann möglich sein, wenn die Beteiligten vor dem Notar die entsprechende Vereinbarung abschließen.

⁷⁹ *Born*, NJW 2008, 1, 7.

⁸⁰ Näher hierzu *Scholz*, FamRZ 2007, 2021.

§ 1612 a Abs. 1 Satz 1 BGB erlaubt dabei wie bisher eine Dynamisierung des Unterhaltsanspruchs. Der Unterhalt wird nun aber nicht mehr als Prozentsatz des jeweiligen Regelbetrags nach der Regelbetrag-Verordnung verlangt, sondern als Prozentsatz des jeweiligen Mindestunterhalts. Der Mindestunterhalt richtet sich nach dem doppelten Freibetrag für das sächliche Existenzminimum eines Kindes (Kinderfreibetrag) nach § 32 Abs. 6 Satz 1 EStG. Je nach Alter des Kindes beträgt er 87, 100 oder 117 Prozent eines Zwölftels des doppelten Freibetrags. Dabei ist einem Missverständnis vorzubeugen: Die letztgenannten Prozentsätze dienen lediglich der Berechnung des Mindestunterhalts in der betreffenden Altersgruppe. Der aus dem Einkommensteuerrecht stammende und für alle Altersgruppen identische Kinderfreibetrag wird so in das unterhaltsrechtliche System verschiedener Altersgruppen transformiert. Um den konkret zu bezahlenden Unterhalt zu berechnen, ist also ein zweiter Prozentsatz erforderlich. Dieser ist wie bisher der Düsseldorfer Tabelle zu entnehmen. Diesen „zweiten“ Prozentsatz meint § 1612 a Abs. 1 Satz 1 BGB.

Durch die Neufassung des § 1612 b BGB ist das auf das Kind entfallende Kindergeld nicht mehr auf den Barunterhaltsanspruch des Kindes anzurechnen, sondern es findet ein bedarfsmindernder Vorwegabzug statt.⁸¹ Wenn ein Elternteil seine Unterhaltungspflicht durch Betreuung des Kindes erfüllt, wird das Kindergeld stets zur Hälfte abgezogen. Die komplizierte Anrechnungsbestimmung des § 1612 b Abs. 5 BGB ist damit Geschichte.

Wichtig für das Verständnis der neuen Kindesunterhaltstabellen ist, dass § 36 Nr. 4 EGZPO zur Vermeidung einer Absenkung der derzeitigen Kindesunterhaltszahlungen Festbeträge für alle Alterstufen eingeführt hat, die gelten, solange der in § 1612 a Abs. 1 BGB definierte Mindestunterhalt sie nicht durch entsprechende Änderungen des Kinderfreibetrags übersteigt.

Berechnungsbeispiel:⁸²

Das Kind ist drei Jahre alt, also in der ersten Altersstufe. Der barunterhaltspflichtige Vater verdient 1.800 €, befindet sich nach der neuen Düsseldorfer Tabelle also in der zweiten Einkommensgruppe und hat deshalb 105 % des Mindestunterhalts zu zahlen. Der Kinderfreibetrag beträgt derzeit 1.824 €, der doppelte Freibetrag 3.648 €. Ein Zwölftel hiervon ergibt 304 €, 87 % hiervon sind 265 €, nach § 1612 a Abs. 2 Satz 2 BGB ist aufzurunden. Aber: § 36 Nr. 4 EGZPO sieht mindestens 279 € vor. Hiervon sind 105 % zu nehmen, also 293 €. Abziehen ist das hälftige Kindergeld, derzeit 77 €. Endergebnis: 216 €.

Die Änderungen im Kindesunterhaltsrecht machen ab Inkrafttreten der Reform einen geänderten Kindesunterhaltstitel erforderlich.

Das nachfolgende Formulierungsbeispiel ist aus Gründen der Übersichtlichkeit und um den Titel so bestimmt wie möglich auszugestalten nach Altersgruppen aufgegliedert. Es ist aber auch ein „volldynamisierter“ Titel möglich, in dem auf den jeweiligen Mindestunterhalt der „jeweiligen Altersstufe“ abgestellt wird.

Formulierungsbeispiel:

1. Herr ... verpflichtet sich gemäß § 1612 a BGB, § 36 Nr. 4 EGZPO für das gemeinsame Kind N

– ab dem 1.2.2008 einen monatlichen Betrag zu zahlen, der 105 % des jeweiligen Mindestunterhalts der Altersstufe 2 entspricht,

– ab dem 1.11.2011 einen monatlichen Betrag zu zahlen, der 105 % des jeweiligen Mindestunterhalts der Altersstufe 3 entspricht,

jeweils abzüglich des hälftigen Kindergeldes für ein erstes Kind (§ 1612 b Abs. 1 Nr. 1 BGB). Der sich bei der Berechnung des Unterhalts ergebende Betrag ist auf volle Euro aufzurunden.

Als Unterhaltszahlungsbetrag ergibt sich sonach derzeit monatlich 262 €, i. W. Euro zweihundertzweiundsechzig.

2. Die Zahlungen sind zu Händen von Frau ... zu leisten. Sie sind jeweils zum ersten des Monats im Voraus zur Gutschrift zu bringen.

3. Das Kindergeld steht dem betreuenden Elternteil in voller Höhe zu. Es ist bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigt worden.

4. Die vorstehende Unterhaltsvereinbarung stellt einen Vertrag zwischen den Eltern zugunsten jeden Kindes dar. Das begünstigte Kind erhält jedoch einen eigenen Zahlungsanspruch, der aber ohne seine Zustimmung durch Vereinbarung zwischen den Eltern inhaltlich abgeändert oder aufgehoben werden kann. Der Notar wies daraufhin, dass durch die vorstehende vertragliche Unterhaltsvereinbarung der gesetzliche Unterhaltsanspruch der Kinder grundsätzlich unberührt bleibt. Die vom Unterhaltsverpflichteten tatsächlich geleisteten Unterhaltszahlungen sind nicht nur auf den hier vereinbarten Anspruch, sondern zugleich auf den daneben bestehenden gesetzlichen Unterhaltsanspruch eines Kindes anzurechnen.

5. Rückständiger Kindesunterhalt besteht nicht.

6. Herr ... unterwirft sich ...

III. Zur neuen Rangfolge

Kernstück der Reform ist die neue Rangfolge des § 1609 BGB n. F., auf den auch § 1582 BGB n. F. im nachehelichen Unterhaltsrecht verweist. Die bisherige Bestimmung wurde durch eine vollständige Neuregelung ersetzt. Die unterhaltsrechtlichen Rangverhältnisse werden zentral an einer Stelle geregelt; der Rang, der den einzelnen Unterhaltsansprüchen zukommt, ergibt sich aus einer übersichtlichen Aufreihung.

Nach der bis zum 31.12.2007 geltenden Rechtslage musste sich das unterhaltsberechtigende minderjährige Kind (bzw. das volljährige, aber gemäß § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB privilegierte Kind) den ersten Rang mit geschiedenen und aktuellen Ehegatten teilen. Innerhalb des ersten Ranges ging der erste Ehegatte dem zweiten Ehegatten vor. Alle Ehegatten hatten Vorrang vor der nicht verheirateten Mutter.

Die neue Rangfolge ist stärker auf das Kindeswohl ausgerichtet. Daher hat der Kindesunterhalt seit 1.1.2008 Vorrang vor allen anderen Unterhaltsansprüchen. Die Unterhaltsansprüche von Erwachsenen werden demgegenüber nachrangig befriedigt. Aber auch für die Frage, wem unter mehreren Erwachsenen der Vorrang gebührt, ist nun vor allem das Kindeswohl

⁸¹ Näher zum Ganzen: *Scholz*, FamRZ 2007, 2021, 2024 ff.; *Born*, NJW 2008, 1, 4 jeweils m. w. N.

⁸² Vgl. – allerdings für den Klageantrag – *Ehinger*, FamRB 2007, 182.

entscheidend. Im zweiten Rang stehen daher alle kinderbetreuenden Elternteile, und zwar unabhängig davon, ob sie verheiratet sind oder waren, gemeinsam oder alleine ein Kind erziehen.

Der Kompromiss zwischen SPD und Union hatte zunächst vorgesehen, die nicht verheiratete Mutter weiterhin rangmäßig schlechter zu stellen als die Mutter ehelicher Kinder. Dieser Rangunterschied konnte im Hinblick auf den Beschluss des BVerfG vom 28.2.2007⁸³ aber nicht gehalten werden.⁸⁴

Ebenso schutzwürdig wie kinderbetreuende Eltern sind Ehegatten bei langer Ehedauer, da hier Vertrauen in die eheliche Solidarität gewachsen ist. Auch diese Ehegatten finden sich nun im zweiten Rang wieder. Der geschiedene Ehegatte, der nur verhältnismäßig kurz verheiratet war und keine Kinder betreut, ist demgegenüber weniger schutzbedürftig. Er nimmt jetzt den dritten Rang ein. Etwas gewöhnungsbedürftig ist die neue Bestimmung des § 1609 Nr. 2 Hs. 2 BGB, wonach bei der Feststellung einer Ehe von langer Dauer auch ehebedingte Nachteile zu berücksichtigen sind. An dieser Stelle ist die im Übrigen klare Rangfolge durch eine Billigkeitsvorschrift aufgebrochen.

Durch das Änderungsgesetz wird das Kindesunterhaltsrecht erheblich einfacher. Denn bei der Berechnung des Kindesunterhalts spielt der Erwachsenenunterhalt fortan nur noch eine untergeordnete Rolle. Das wird etwa die Arbeit der Jugendämter erleichtern. Im Erwachsenenunterhaltsrecht kommen durch die neue Rangfolge jedoch auch komplizierte Mangelfallberechnungen dazu, insbesondere innerhalb des zweiten Ranges. Probleme kann im Einzelfall auch die Billigkeitsvorschrift des § 1609 Nr. 2 Hs. 2 BGB bereiten.

Die geänderte Rangfolge kann sich auf das Realsplitting nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG auswirken. Die damit verbundene steuerliche Entlastung kann im Einzelfall geringer ausfallen. Dies wurde teilweise heftig kritisiert. Indes kann es nicht Leitlinie einer Reform sein, das Zivilrecht so auszugestalten, dass es steuerlich die größtmöglichen Vorteile bietet. Man müsste ansonsten allein dem Ehegatten unterhaltsrechtlich den ersten Rang einräumen.⁸⁵ Richtig ist, dass sich aus diesem Effekt Reformbedarf im Einkommensteuerrecht ableiten lässt.⁸⁶

Das neue Unterhaltsrecht lässt den Rang volljähriger Kinder unverändert; deren Unterhaltsanspruch bleibt gegenüber demjenigen minderjähriger Kinder, privilegierter volljähriger Kinder sowie dem eines Ehegatten und eines unverheirateten Elternteils gemäß § 1615 I BGB nachrangig. In der Sache handelt es sich zumeist um volljährige Kinder, die sich in der Berufsausbildung befinden oder ein Studium absolvieren.

Die Rangregelung ist bei der Vertragsgestaltung zwar zu berücksichtigen. Eine Modifizierung des Rangs in einer ver-

traglichen Vereinbarung kommt aber kaum in Betracht. Eine Regelung, die einen bestimmten Unterhaltsgläubiger gegenüber anderen besser stellt, ist als Vertrag zulasten Dritter unwirksam. Dies gilt auch für „mittelbare“ Vereinbarungen wie etwa eine Abrede, die Ehe ab einer bestimmten Dauer vertraglich als „lang“ zu definieren. Rechtlich zulässig wäre allenfalls die Vereinbarung eines „Rangrücktritts“. Dies wird aber nur selten der Wunsch der Vertragsbeteiligten sein.

IV. Übergangsregelungen

Die das materielle Recht betreffenden Übergangsregelungen finden sich in § 36 EGZPO. Diese Regelung hat sowohl prozessualen wie auch materiellen Charakter.⁸⁷ Das neue Unterhaltsrecht findet dabei auf alle Unterhaltsansprüche Anwendung, die ab Inkrafttreten der Neuregelung (1.1.2008) entstanden sind.

Ist über den Unterhaltsanspruch vor dem 1.1.2008 rechtskräftig entschieden, ein vollstreckbarer Titel errichtet oder eine Unterhaltsvereinbarung getroffen worden, so bestimmt § 36 Nr. 1 EGZPO, dass Umstände, die vor diesem Tag entstanden und durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts erheblich geworden sind, nur zu berücksichtigen sind, soweit eine wesentliche Änderung der Unterhaltsverpflichtung eintritt und die Änderung dem anderen Teil unter Berücksichtigung seines Vertrauens in die getroffene Regelung zumutbar ist. Durch diese Regelung versucht der Gesetzgeber eine Heranführung der Altfälle an das neue Unterhaltsrecht ohne aber den Vertrauensschutz eines der Vertragsteile zu verletzen.

Schließlich bestimmt § 36 Nr. 7 EGZPO, dass Unterhaltsleistungen, die vor dem 1.1.2008 fällig geworden sind oder den Unterhalt für Ehegatten betreffen, die nach dem bis zum 30.6.1977 geltenden Recht geschieden worden sind, unberührt bleiben.

V. Ausblick

Nicht nur aufgrund des neu geschaffenen § 1585 c Satz 2 BGB (Formbedürftigkeit von Unterhaltsvereinbarungen) ist aus notarieller Sicht das neue Unterhaltsrecht grundsätzlich zu begrüßen. Durch die Betonung des Prinzips der Eigenverantwortung wird letztlich die Privatautonomie der Eheleute gestärkt. Dies dürfte im Bereich des nachehelichen Unterhaltsrechts wieder zu mehr Gestaltungsfreiheit führen. Dass ein neues Recht manche Unsicherheiten in der praktischen Handhabung aufweist, liegt in der Natur der Sache. Die Vertragsgestaltung kann hierbei vor allem im Bereich des nachehelichen Unterhaltsrechts einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten, indem sie die neuen Vorschriften entsprechend dem Willen der Ehegatten konkretisiert bzw. abändert. Leider besteht wegen § 1615 I Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 1614 BGB bei den nichteelichen Lebensgefährten noch kein großer gestalterischer Freiraum.

⁸³ NJW 2007, 1735 = MittBayNot 2007, 497.

⁸⁴ So zutreffend bereits E. Caspary, NJW 2007, 1741; vgl. auch Born, NJW 2008, 1.

⁸⁵ Etwa Gerhardt, FuR 2005, 529, 534.

⁸⁶ Siehe insbesondere Gerhardt, FuR 2005, 529, 534; Willutzki, FPR 2005, 505, 506.

⁸⁷ Vgl. Born, NJW 2008, 1, 7; ausführlich zu § 36 EGZPO: Diehl, JAmt 2007, 566; Borth, FamRZ 2008, 105.

Zuwendungen unter Ehegatten – ein Überblick über Abgrenzungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten

Von Notarassessor Dr. Alban Bruch, München

Zuwendungen unter Ehegatten können verschiedene Rechtsverhältnisse zugrundeliegen. In dem folgenden Beitrag soll ein Überblick über diese Rechtsverhältnisse und ihre Abgrenzung untereinander sowie die Gestaltungsmöglichkeiten des Notars verschafft werden. Dabei wird insbesondere der Frage nachgegangen, inwieweit die herkömmliche Differenzierung zwischen der ehebedingten Zuwendung und der Schenkung auch in der Trennungs- bzw. Scheidungsphase ihre Berechtigung hat.

I. Zuwendungen unter Ehegatten

Zuwendungen unter Ehegatten kommen in ganz unterschiedlicher Form vor. Auf der einen Seite stehen klassische Gelegenheitsgeschenke von untergeordneter Bedeutung. Auf der anderen Seite stehen Zuwendungen, die von großer wirtschaftlicher Tragweite sind und auf Dauer das Zusammenleben der Ehegatten bestimmen. Die Ermittlung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses bereitet oftmals Schwierigkeiten. Im Zentrum von Gerichtsurteilen und Abhandlungen in der Literatur steht seit der grundlegenden Rechtsprechung des BGH zu Beginn der 80er-Jahre¹ der Begriff der unbenannten oder auch ehebedingten Zuwendung.² Der Begriff der unbenannten Zuwendung entstammt ursprünglich einer Abhandlung von Lieb.³ Diese Form der Zuwendung wird dogmatisch teilweise wiederum als familienrechtlicher Vertrag eigener Art, also als Vertragstyp *sui generis*, eingestuft.⁴ Hierdurch wird aber nicht zugleich ausgeschlossen, dass eine Zuwendung unter Ehegatten auch eine „echte“ Schenkung i. S. d. §§ 516 ff. BGB darstellen kann. Des Weiteren kommt bei einer entsprechenden (konkludenten) Einigung der Ehegatten auch die Annahme einer Ehegatteninnengesellschaft in Betracht.

II. Abgrenzung und Rückabwicklung

1. Abgrenzung der ehebedingten Zuwendung zum Schenkungsrecht

Die Abgrenzung zwischen der ehebedingten Zuwendung und der Schenkung ist im Grundsatz geklärt.⁵ Eine Schenkung setzt danach voraus, dass sich beide Ehegatten darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt i. S. v. § 516 Abs. 1 BGB. Eine Zuwendung zwischen Ehegatten wird deshalb nur dann als Schenkung eingestuft werden können, wenn sie freigiebig und uneigennützig erfolgt. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Zuwendung nicht an die Erwartung des Fortbestandes der Ehe anknüpft, sondern zur freien Verfügung des Empfängers erfolgt.⁶

Die Unentgeltlichkeit im vorgenannten Sinne ist zu verneinen, wenn der Zuwendung eine konkrete Gegenleistung gegenübersteht. Es reicht hierzu aus, dass die Zuwendung rechtlich die Geschäftsgrundlage hat, dass dafür eine Verpflichtung eingegangen oder eine Leistung bewirkt wird.⁷ Bereits unter diesen Voraussetzungen fehlt das erforderliche subjektive Schenkungselement.⁸ Dabei braucht die Leistung nicht geldwerter oder vermögensrechtlicher Art zu sein. Sie kann vielmehr auch immaterieller Natur sein.⁹ Keine Schenkung, sondern eine ehebedingte Zuwendung stellt deshalb eine Zuwendung unter Ehegatten dar, welcher die Vorstellung oder Erwartung zugrunde liegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde, oder die sonst um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht wird.¹⁰

Diese Merkmale sind vor allem dann erfüllt, wenn der Gegenstand eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung und Tragweite hat und deshalb nicht mehr den Charakter eines bloßen Gelegenheitsgeschenkes aufweist. Nicht ausschlaggebend für die Abgrenzung kann zumindest bei notariellen Urkunden der Aspekt sein, ob die Nichtanrechnung der Zuwendung auf den Zugewinnausgleich i. S. v. § 1380 BGB bestimmt worden ist.¹¹ Denn auch bei ausdrücklicher Bezeichnung als ehebedingte Zuwendung wird in notariellen Urkunden oftmals die Anrechnung der Zuwendung auf die Zugewinnausgleichsansprüche ausgeschlossen. Dieses Kriterium kann nur dann von Bedeutung sein, wenn eine Offenlegung des Rechtsgrundes in der Übertragungsurkunde nicht erfolgt ist.

Das Vorliegen einer ehebedingten Zuwendung ist typischerweise beim Erwerb des Familienheims oder seiner Errichtung auf erworbenem Bauplatz zu je hälftigem Miteigentum der Ehegatten anzunehmen, wenn die finanziellen Mittel hierzu ausschließlich ein Ehegatte während der Ehe erworben hat bzw. aus seinem Anfangsvermögen oder aus Mitteln i. S. v.

¹ Siehe BGHZ 82, 227 = NJW 1982, 1093.

² Im Folgenden wird diese einheitlich als ehebedingte Zuwendung bezeichnet.

³ Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, 1970.

⁴ Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 4. Aufl. 2006, Rdnr. 417; Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 1004, 1245; Arend, MittRhNotK 1990, 65, 68; Sandweg, NJW 1989, 1965, 1967; Lipp, JZ 1998, 908, 909; Diederichsen in 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 945, 957.

⁵ Siehe hierzu im Einzelnen Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 419 ff.; Arend, MittRhNotK 1990, 65, 66 f.

⁶ Wever, FamRZ 2006, 1023.

⁷ BGH, MittBayNot 1990, 178, 179; NJW 1992, 238, 239; kritisch hierzu: Jaeger, DNotZ 1990, 431, 436.

⁸ Die Bedeutung der Abgrenzungsfrage beschränkt sich auf den zivilrechtlichen Bereich. Für die Frage der Schenkungssteuer, § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, ist die Abgrenzung hingegen ohne Bedeutung, siehe Götz, FamRB 2006, 126. Zur Frage der Drittwirkung bei ehebedingten Zuwendungen, insbes. in Bezug auf §§ 2287 f., 2325 BGB siehe Hayler, FuR 2000, 4 und Sandweg, NJW 1989, 1965. Insgesamt wird die ehebedingte Zuwendung im Außenverhältnis sehr stark an die Schenkung angenähert. Die hier vorgenommene Abgrenzung hat vor allem für das Innenverhältnis zwischen den Ehegatten Bedeutung.

⁹ BGH, MittBayNot 1990, 178, 179; NJW 1992, 238, 239.

¹⁰ BGH, NJW 1992, 238, 239; FamRZ 2006, 1022; OLG München, FamRZ 2004, 1874; Seif, FamRZ 2000, 1193, 1195.

¹¹ So aber Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 425.

§ 1374 Abs. 2 BGB stammen. Ein klassisches Beispiel für eine ehebedingte Zuwendung sind des Weiteren Geldaufwendungen auf das im Alleineigentum des anderen Ehegatten stehende Familienheim, z. B. in Form der Beteiligung an Umbauten oder Renovierungsmaßnahmen.¹² Als Beispiel für das Vorliegen einer „echten“ Schenkung wird mitunter die Zuwendung in einer Diskrepanz bezeichnet, wenn die Ehegatten Gütertrennung vereinbart und die Rückforderung von Zuwendungen ausgeschlossen haben.¹³

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Indizwirkung der Bezeichnung der Zuwendung in notariellen Urkunden zukommt. Die Rechtsprechung hat der Bezeichnung der Zuwendung zunächst keine entscheidende Bedeutung beimessen. Es wurde zwar angemerkt, dass die notarielle Urkunde grundsätzlich eine Vermutung für ihre Vollständigkeit und Richtigkeit beanspruchen kann.¹⁴ Dies könne aber bei der Abgrenzung zwischen der ehebedingten Zuwendung und der Schenkung nicht uneingeschränkt gelten, da die Bezeichnung als Schenkung durch die Notare lediglich „mangels Problembewusstseins“ erfolgte.¹⁵ Dies war insofern richtig, als diesen Entscheidungen notarielle Verträge zugrundelagen, die aus den 70er-Jahren stammten. Zu diesem Zeitpunkt war die Rechtsprechung des BGH zu den ehebedingten Zuwendungen noch nicht existent und deshalb wurden Zuwendungen unter Ehegatten fast einheitlich als Schenkung bezeichnet.¹⁶ In einer aktuellen Entscheidung aus dem Jahre 2006 hat der X. Zivilsenat des BGH allerdings festgestellt, dass die vorgenannte Rechtsprechung auf einen notariellen Vertrag aus dem Jahre 1986 nicht ohne Einschränkungen übertragen werden kann.¹⁷

Hinsichtlich aktueller notarieller Urkunden ist umso mehr davon auszugehen, dass die Rechtsprechung der Bezeichnung des Rechtsgrundes in der Urkunde eine maßgebliche Indizwirkung zubilligen wird. Die Bezeichnung sollte deshalb keinesfalls pauschal gewählt werden, sondern sich an den Besonderheiten des Einzelfalles orientieren, falls diese feststellbar sind. Aufgrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zugunsten der ehebedingten Zuwendung erscheint im Falle des Vorliegens einer ehebedingten Zuwendung aus Sicht des Notars die Bezeichnung als solche ohne weitere Erklärungen ausreichend. Im (seltenen) Ausnahmefall des Vorliegens einer Schenkung ist es hingegen empfehlenswert, neben der Bezeichnung als solcher auch den besonderen Hintergrund zu schildern, der die Zuwendung eines Ehegatten als unentgeltlich erscheinen lässt.¹⁸

2. Abgrenzung in der Trennungs- bzw. Scheidungsphase

Wie zuvor ausgeführt, knüpft die Kategorie der ehebedingten Zuwendung ganz entscheidend an den Zweck der Förderung

des ehelichen Zusammenlebens der Ehegatten an. Es stellt sich deshalb die Frage, ob dieser Kategorie während der Trennungs- bzw. Scheidungsphase noch eine eigenständige Bedeutung zukommen kann. Diesen Themenkreis berührt eine Entscheidung des OLG Schleswig aus dem Jahre 2006.¹⁹

Ein Ehepaar hatte im April 1982 durch notariellen Ehevertrag unter anderem auf die Geltendmachung jeglicher Zugewinnausgleichsansprüche verzichtet, wodurch nach § 1414 Satz 2 BGB automatisch der Güterstand der Gütertrennung eingetreten ist. Im Dezember 1983 trafen die Ehegatten eine privatschriftliche Scheidungsfolgenvereinbarung. Hierin wurde unter anderem auch eine Vereinbarung zum „Zugewinn“ getroffen. Es wurde zum einen ausdrücklich auf den Ausschluss des Zugewinnausgleichs im April 1982 Bezug genommen und dieser nochmals ausdrücklich bestätigt. Des Weiteren wurde festgehalten, dass der dem Ehemann gehörende Grundbesitz mitsamt aufstehender Steuerberaterpraxis einen Wertzuwachs während der Ehe von 300.000 DM aufweist. Als Ausgleich für diesen Wertzuwachs einigten sich die Ehegatten darauf, dass die Ehefrau spätestens bei Veräußerung des Grundbesitzes an dem Wertzuwachs dergestalt beteiligt werden soll, dass sie gegenüber dem Ehemann einen Auszahlungsanspruch in Höhe von 150.000 DM ohne Zinsen erhält. In der Folgezeit stand zwischen den Beteiligten vor allem die Formwirksamkeit dieser privatschriftlichen Vereinbarung im Streit.

Bei der Lösung des Falles konzentrierte sich der Senat allein auf die Abgrenzung zwischen der Schenkung und der ehebedingten Zuwendung, wobei er zunächst von der Wirksamkeit des Ausschlusses des Zugewinnausgleichs im Ehevertrag aus dem Jahre 1982 ausgegangen ist.²⁰ Bei der Abgrenzung zwischen der ehebedingten Zuwendung und der Schenkung stützt sich der Senat auf das Kriterium der Ehebezogenheit der Zuwendung: Das Versprechen des Ehemannes, der Ehefrau den Betrag von 150.000 DM zukommen zu lassen, ist nach den Feststellungen des Senats nicht in der Erwartung des Fortbestands der Ehe zu deren Ausgestaltung oder zur Sicherung der ehelichen Lebens- und Versorgungsgemeinschaft erfolgt. Dies hatte seinen Grund darin, dass die Ehegatten vom Scheitern der Ehe ausgingen und geplant war, dass die Ehefrau alsbald den Scheidungsantrag stellen würde. Aufgrund der Ablehnung der ehebedingten Zuwendung nahm der Senat automatisch eine Schenkung i. S. v. § 516 Abs. 1 BGB an. Mit der Frage der Entgeltlichkeit der Zuwendung aus sonstigen Gründen setzte sich der Senat nur ganz am Rande auseinander. Wegen fehlender Einhaltung des Formerfordernisses des § 518 Abs. 1 BGB und mangelnden Vollzuges i. S. v. § 518 Abs. 2 BGB kam der Senat zur Annahme der Unwirksamkeit der Vereinbarung.

Die seitens des OLG Schleswig vorgenommene Abgrenzung greift m. E. zu kurz und wird vor allem den Besonderheiten eines bevorstehenden Scheidungsverfahrens nicht gerecht. Die Kategorien der Schenkung und der ehebedingten Zuwendung stellen zwar die wichtigsten Formen der Zuwendungen unter Ehegatten dar, sie schließen jedoch weitere Formen der Zuwendungen nicht von vornherein aus. Die Ablehnung der einen Kategorie darf nicht im Wege eines Automatismus gleichzeitig zur Bejahung der weiteren Kategorie führen. Sowohl in der Trennungs- als auch in der Scheidungsphase erfolgen Zuwendungen unter Ehegatten in den allermeisten Fällen nicht freigiebig, sondern werden durch Motive be-

¹² Siehe hierzu *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 258 ff.; siehe auch *Frank*, MittBayNot 1990, 181.

¹³ *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1173.

¹⁴ BGH, NJW 1981, 2687, 2688; MittBayNot 1990, 178, 179; NJW 1992, 238, 239.

¹⁵ BGH, NJW 1981, 2687, 2688; MittBayNot 1990, 178, 179; NJW 1992, 238, 239.

¹⁶ Siehe hierzu auch *Frank*, MittBayNot 1990, 181, 182 und *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 424.

¹⁷ FamRZ 2006, 1022, 1023.

¹⁸ So auch schon *Sandweg*, NJW 1989, 1965, 1969.

¹⁹ NJW-RR 2007, 508 = FamRZ 2007, 820.

²⁰ OLG Schleswig, NJW-RR 2007, 508 f.

stimmt, die mit der besonderen Situation zusammenhängen.²¹ Vor allem aber ist die Anknüpfung der Beteiligten an den Ausschluss des Zugewinnausgleichs in dem notariellen Ehevertrag aus dem Jahre 1982 hervorzuheben. Wirtschaftlich stellt sich die Vereinbarung für den Ausgleich der Wertsteigerung genauso dar, wie wenn in einer einheitlichen Scheidungsvereinbarung auf die Durchführung des Zugewinnausgleichs gegen Abfindungszahlung verzichtet worden wäre.

Aufgrund der vertraglichen Gestaltungsfreiheit sind die Beteiligten aber nicht gehindert, auch im Nachhinein noch aufgrund eines neuen Entschlusses eine entsprechende Gegenleistung für den Verzicht auf den Zugewinn zu vereinbaren. Richtigerweise wäre deshalb in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall sowohl das Vorliegen einer ehebedingten Zuwendung als auch einer Schenkung zu verneinen gewesen. Die Formerfordernisse des § 1378 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB stehen in einem derartigen Fall ebenfalls der Wirksamkeit der Vereinbarung nicht entgegen, weil der Entschluss zur Abfindungszahlung von den Ehegatten erst nach dem Wechsel zum Güterstand der Gütertrennung gefasst wurde. Die privatschriftliche Vereinbarung war deshalb formwirksam, falls nicht eine der weiteren in der Vereinbarung enthaltenen Regelungen der notariellen Form bedurfte. Die Entgeltlichkeit, welche zum Ausschluss des Vorliegens einer Schenkung führt, kann sich weiterhin auch aus einer Zusammenschau der einzelnen Vereinbarungen der Ehegatten, innerhalb derer die Abfindungszahlung einen wichtigen Bestandteil bildet, ergeben. Eine solche Vereinbarung ist gekennzeichnet durch ein gegenseitiges Nachgeben der Ehegatten und trägt deutlich den Charakter eines Vergleiches. Am ehesten lässt sich eine derartige Vereinbarung als Vereinbarung *sui generis* zur Regelung von Trennungs- und Scheidungsfolgen bezeichnen.

3. Abgrenzung der ehebedingten Zuwendung zur Ehegatteninnengesellschaft

Die Annahme des Bestehens einer Ehegatteninnengesellschaft kommt immer dann in Betracht, wenn die Ehegatten planvoll und durch dauerhaftes Zusammenwirken ein gemeinsames Ziel verfolgen. Lange Zeit war die Rechtsprechung mit der Annahme einer Ehegatteninnengesellschaft dennoch zurückhaltend. Die Kategorien der ehebedingten Zuwendung bzw. des familienrechtlichen Kooperationsvertrages wurden von der Rechtsprechung lange Zeit als vorrangig angesehen.²²

Durch eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1999²³ wurde die Bedeutung der Innengesellschaft unter Ehegatten deutlich gestärkt. Gemäß dieser Entscheidung des BGH hat die Rechtsfigur der Ehegatteninnengesellschaft nunmehr innerhalb ihres Anwendungsbereichs Vorrang vor den weiteren richterrechtlich geschaffenen Rechtsinstituten. Weiterhin äußerst zurückhaltend ist die Rechtsprechung allerdings mit der Annahme einer Ehegatteninnengesellschaft im Bereich des Familienwohns, weil insoweit der Bereich des ehelichen Zusammenlebens berührt wird.²⁴ Voraussetzung für die Annahme einer Ehegatteninnengesellschaft ist jedoch immer

das Vorliegen einer konkludenten Vereinbarung.²⁵ Hierzu ist erforderlich, dass sich der Gesellschaftszweck nicht in der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft erschöpft, sondern vielmehr darüber hinausgeht.²⁶ Einen derartigen eheüberschreitenden Zweck kann auch die Vermögensbildung als solche, z. B. der Erwerb von Grundbesitz als Kapitalanlage, darstellen.²⁷ Der Anwendungsbereich der Rechtsfigur beschränkt sich somit nicht mehr auf die Fälle der Mitarbeit von Ehegatten im Betrieb des anderen Ehegatten, die Ausgangspunkt für die Schaffung der Rechtsfigur waren.²⁸

Dennoch kann im Einzelfall die Abgrenzung zur ehebedingten Zuwendung, die rein um der Förderung der bestehenden Ehe willen erfolgt, Schwierigkeiten bereiten. An der Entwicklung von Indizien für das Bestehen einer Ehegatteninnengesellschaft kommt man deshalb nicht vorbei. Wichtige Indizien stellen insbesondere Abreden über die Ergebnisverwendung und die Erfolgs- und Verlustbeteiligung des Ehegatten dar, welcher nicht Eigentümer ist.²⁹ Der für die Annahme einer Innengesellschaft erforderliche Gesellschaftszweck wird darüber hinaus vor allem dann vorliegen, wenn die Ehegatten auf Dauer planvoll und zielstrebig zusammenwirken, um erhebliche Vermögenswerte zu schaffen.³⁰

4. Konsequenzen der Abgrenzung im Falle der Rückabwicklung der Zuwendung

Die Bedeutung der zuvor vorgenommenen Abgrenzung von Zuwendungen unter Ehegatten auf der Tatbestandsebene zeigt sich deutlich auf der Rechtsfolgenseite.³¹ Je nach Art der Zuwendung kommen stark unterschiedliche Rückforderungsansprüche in Betracht. Von großer Bedeutung ist dabei die Frage, ob sich aus dem zwischen den Ehegatten bestehenden Güterstand ein Ausschlussgrund bzw. ein vorrangiger Ausgleichsanspruch ergibt. Zu beachten ist, dass sich bei Zuwendungen während der Trennungs- bzw. Scheidungsphase die Frage der Rückforderung meist von vornherein nicht stellt, da das Scheitern der Ehe bereits feststeht und die Zuwendung nach dem Willen der Ehegatten endgültig ist und dies auch dokumentiert wird.

a) Rückabwicklung von Schenkungen unter Ehegatten

Im Falle des Vorliegens einer Schenkung i. S. v. § 516 Abs. 1 BGB richtet sich die Rückabwicklung nach den Vorschriften

²¹ So auch *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1004.

²² Siehe *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1292; vgl. zur früheren Rechtsprechung auch *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 67.

²³ BGHZ 142, 137 = DNotZ 2000, 514.

²⁴ Siehe *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1295 f.; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 414; kritisch: *Diederichsen* in 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 945, 955 f. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass die Ehegatten ausdrücklich einen Gesellschaftsvertrag abschließen.

²⁵ An dem Erfordernis eines zumindest schlüssig zustande gekommenen Gesellschaftsvertrages hat der BGH festgehalten, siehe BGH, DNotZ 1990, 514, 523; eine rein faktische Willensübereinstimmung der Ehegatten reicht nicht aus.

²⁶ Siehe BGH, DNotZ 2000, 514, 522 f.; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1301; *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 300; *Staudinger/Thiele*, BGB, 2007, vor § 1414 Rdnr. 19; *Grziwotz*, DNotZ 2000, 486, 492.

²⁷ Vgl. *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 300.

²⁸ Bei Arbeitsleistungen eines Ehegatten, durch welche das Vermögen des anderen Ehegatten vermehrt wurde, wurde in der Vergangenheit auch anstelle der Ehegatteninnengesellschaft ein schlüssig zustande gekommener Kooperationsvertrag angenommen, siehe z. B. BGHZ 84, 36; der Übergang zur Ehegatteninnengesellschaft war jedoch fließend.

²⁹ *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1315.

³⁰ *Staudinger/Thiele*, vor § 1414 Rdnr. 19.

³¹ Eine umfassende Darstellung der unterschiedlichen Rechtsfolgen findet sich vor allem bei *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 427 ff., 452 ff. und bei *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1243 ff.

der §§ 527 ff. BGB. Maßgebliche Anspruchsgrundlage ist § 530 i. V. m. § 531 Abs. 2 BGB. Ein Rückforderungsanspruch setzt danach voraus, dass sich der beschenkte Ehegatte aufgrund einer schweren Verfehlung grob undankbar gegenüber dem schenkenden Ehegatten verhalten hat. Die Anwendung von § 313 BGB, in welchem seit dem Jahre 2002 die Grundsätze über den Wegfall bzw. die Störung der Geschäftsgrundlage gesetzlich geregelt sind, ist bei Annahme einer Schenkung nicht von vornherein ausgeschlossen.³² Zu bedenken ist aber, dass der Fortbestand der Ehe nicht die Geschäftsgrundlage der Schenkung bildet, da diese definitionsgemäß nicht zum Zwecke der Förderung der ehelichen Lebensverhältnisse erfolgt.³³ Diese Erkenntnis hat zur Konsequenz, dass das Scheitern der Ehe als solches nicht automatisch zur Rückforderung der Schenkung nach §§ 530, 531 Abs. 2 BGB führt. Die Beurteilung des Vorliegens einer schweren Verfehlung i. S. v. § 530 BGB erfolgt vielmehr verhaltensbezogen unter Einbeziehung des Gesamtverhaltens beider Ehegatten. Die Gerichte sind mit der Annahme einer derartigen Verfehlung zurückhaltend.³⁴ Ein Vorrang der güterrechtlichen Ausgleichsansprüche gegenüber §§ 527 ff. BGB besteht nicht.³⁵

b) Rückabwicklung von ehebedingten Zuwendungen

Die Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen richtet sich nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, die mittlerweile in § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) kodifiziert sind. Die §§ 527 ff. BGB finden hingegen keine Anwendung auf ehebedingte Zuwendungen. Entscheidender Anknüpfungspunkt für einen Anspruch aus Wegfall der Geschäftsgrundlage ist das Scheitern der Ehe. Anders als bei § 530 BGB reichen Eheverfehlungen als solche nicht aus, um bei ehebedingten Zuwendungen einen Rückforderungsanspruch begründen zu können. Dies gilt selbst dann, wenn sie letztendlich zum Scheitern der Ehe geführt haben.³⁶

Von großer Bedeutung bei der Prüfung von Rückgewähransprüchen bei ehebedingten Zuwendungen ist der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz des Vorrangs des Güterrechts. Das dem jeweiligen Güterstand zugrundeliegende Eheleitbild darf genauso wenig unterlaufen werden wie die Ausgleichsansprüche, die mit dem jeweiligen Güterstand verbunden sind. Durch die Schuldrechtsreform im Jahre 2002 hat sich insoweit keine Änderung ergeben. Die Tatsache, dass keine Erwähnung in § 313 BGB erfolgt ist, hindert nicht die Beibehaltung des Grundsatzes, der sich auch weiterhin aus dem Regelungszusammenhang ergibt.³⁷

Ansprüche aus Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) scheitern, falls die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand verheiratet sind, regelmäßig am Vorrang des Güterrechts. Raum

für einen derartigen Rückforderungsanspruch ist nur dann, wenn die Beschränkung auf den Zugewinnausgleich zu schlechthin unangemessenen und untragbaren Ergebnissen führen würde.³⁸ Welchen strengen Maßstab die Rechtsprechung hierbei anlegt, wird an einer Entscheidung des OLG Frankfurt aus dem Jahre 2005 deutlich.³⁹ Danach reichte selbst der Vortrag des antragstellenden Ehegatten, dass er mangels (End-)Vermögens der Antragsgegnerin keinerlei Zugewinnausgleich erhalte, nicht aus, um den Grundsatz des Vorrangs des Güterrechts zu durchbrechen.

Falls die Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung verheiratet sind, wird ein nicht ganz so strenger Maßstab angelegt. Für die Zulassung eines Rückforderungsanspruchs reicht es bereits aus, wenn die Beibehaltung der Vermögensverhältnisse, die durch eine Ehegattenzuwendung herbeigeführt worden sind, dem Ehegatten, der die Zuwendung getätigt hat, nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist.⁴⁰ Allerdings ist im Einzelfall darauf zu achten, dass der Güterstand der Gütertrennung nicht quasi durch die Hintertür an die Zugewinnsgemeinschaft angenähert wird.⁴¹ Der Umfang des Rückforderungsanspruches, welcher auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage infolge Scheidung der Ehe gestützt wird und nicht am Grundsatz des Vorrangs des Güterrechts scheitert, ist unabhängig vom Güterstand vor Prozessbeginn nur schwer kalkulierbar.⁴²

c) Abwicklung bei Vorliegen einer Ehegatteninnengesellschaft

Der BGH hat in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1999⁴³ zugleich Stellung zur Auseinandersetzung der Ehegatteninnengesellschaft genommen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Auflösung der Gesellschaft ist hiernach der Zeitpunkt der Trennung der Ehegatten. Nicht entscheidend ist hingegen der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages oder der Rechtskraft der Scheidung. Bei der Auseinandersetzung ist zu berücksichtigen, dass bei der Ehegatteninnengesellschaft im Regelfall kein Gesamthandsvermögen vorhanden ist. Mangels Bestehens eines Gesamthandsvermögens fällt der Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft mit dem Zeitpunkt der Vollbeendigung zusammen. Einer Auseinandersetzung nach den §§ 730 bis 735 BGB bedarf es grundsätzlich nicht.⁴⁴ Kennzeichnend für die Auseinandersetzung der Ehegatteninnengesellschaft ist ein auf Geld gerichteter schuldrechtlicher Ausgleichsanspruch, der sich entsprechend dem Abfindungsanspruch nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters richtet.⁴⁵ Der Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters fällt mit der Auflösung der Gesellschaft infolge Trennung der Ehegatten zusammen. Auf diesen Zeitpunkt ist

³² Differenzierend zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform: *Seif*, FamRZ 2000, 1193, 1198, welche allerdings sämtliche Zuwendungen unter Ehegatten als Schenkungen i. S. v. §§ 516 ff. BGB behandeln möchte.

³³ *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 427; *Jaeger*, DNotZ 1991, 431, 434 f. (zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform).

³⁴ BGH, FamRZ 1982, 1066; FamRZ 1985, 351; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 439.

³⁵ *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 445.

³⁶ *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 428; *Jaeger*, DNotZ 1990, 431, 435.

³⁷ A. A. *Löhnig*, FamRZ 2003, 1521.

³⁸ BGH, FamRZ 1989, 147; FamRZ 1991, 1169; MittBayNot 1997, 295; OLG Frankfurt, FuR 2006, 132; vgl. hierzu *Löhnig*, FamRZ 2003, 1521.

³⁹ OLG Frankfurt, FuR 2006, 132, 133.

⁴⁰ BGHZ 84, 361; OLG München, FamRZ 2004, 1874.

⁴¹ BGH, FamRZ 1990, 855, 856; zu den Details vgl. *Kleinle*, FamRZ 1997, 1383, 1388 f.

⁴² *Wever*, FamRZ 2004, 1875, kritisiert dies zu Recht.

⁴³ BGHZ 142, 137 = DNotZ 2000, 514.

⁴⁴ So auch *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1318; der BGH hält in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1999 einzelne Vorschriften der §§ 730 ff. BGB für entsprechend anwendbar. Er bezieht dies aber anscheinend nur auf die Berücksichtigung von Verbindlichkeiten, die im Zusammenhang mit dem geförderten Gesellschaftszweck stehen, vgl. BGH, DNotZ 2000, 514, 523 f.

⁴⁵ BGH, DNotZ 2000, 514, 524.

der Ausgleichsanspruch zu ermitteln und zu bewerten. Für die Festlegung der Beteiligungsquote der Ehegatten wird § 722 Abs. 1 BGB herangezogen, wonach im Zweifel von einem gleich hohen Anteilsverhältnis auszugehen ist. Dies gilt zumindest dann, wenn die einzelnen Beiträge der Ehegatten zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks im Nachhinein nicht mehr nachvollzogen werden können.⁴⁶

Uneinigkeit bestand zunächst noch hinsichtlich der Frage, ob die Grundsätze über die Ehegatteninnengesellschaft als subsidiär gegenüber den güterrechtlichen Ausgleichsansprüchen anzusehen sind. Teilweise wurde angenommen, dass die Grundsätze über die Ehegatteninnengesellschaft nur zum Tragen kommen, wenn das Güterrecht keine befriedigende Lösung bereithält.⁴⁷ Dies wäre vor allem bei Gütertrennung der Fall, da hier kein güterrechtlicher Ausgleichsanspruch besteht. Demgegenüber geht die Tendenz in der Rechtsprechung dahin, eine Gleichrangigkeit zwischen den Grundsätzen über die Ehegatteninnengesellschaft und den güterrechtlichen Ausgleichsansprüchen anzunehmen.⁴⁸ Dies erscheint dann sachgerecht, wenn man an dem Erfordernis des konkludenten Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages festhält und nicht zu geringe Anforderungen stellt. Denn dadurch wird die über die Ehe mit ihren güterrechtlichen Ausgleichsmechanismen hinausgehende Bedeutung der Ehegatteninnengesellschaft manifestiert, was die Zuerkennung eines eigenständigen Ausgleichsanspruchs rechtfertigt. Allerdings geht dieser Ausgleichsanspruch dann wiederum in die Berechnung des Zugewinnausgleichs ein.⁴⁹

III. Auswirkungen im Zugewinn, Gestaltungsmöglichkeiten des Notars

Aufgrund des Grundsatzes des Vorrangs des Güterrechts vor gesetzlichen oder richterrechtlichen Rückforderungsrechten bei ehebedingten Zuwendungen ist es wichtig, die Wirkungsweise von ehebedingten Zuwendungen im gesetzlich durchzuführenden Zugewinnausgleich zu verstehen. Von dieser Basis aus kann dann beurteilt werden, ob im konkreten Einzelfall ein Bedürfnis für eine Anrechnungs- bzw. Nichtanrechnungsbestimmung oder sogar für eine darüber hinausgehende Rückforderungsregelung besteht. Eine Hinweispflicht des Notars bezüglich der Möglichkeit der Vereinbarung eines Rückforderungsrechts wird allerdings nur in seltenen Ausnahmefällen anzunehmen sein.⁵⁰ Unabhängig vom Güterstand der Ehegatten sollte jedenfalls eine Regelung zur Frage der Pflichtteilsanrechnung erfolgen.

1. Wirkung von ehebedingten Zuwendungen im Zugewinnausgleich

a) Anrechnungsbestimmung

Die Berücksichtigung von ehebedingten Zuwendungen im Zugewinnausgleich erfolgt über § 1380 BGB. Die Anwend-

barkeit der Norm auf Schenkungen ist hingegen umstritten. Die besseren Argumente sprechen für eine Nichtanwendbarkeit der Norm. Das Wesensmerkmal einer Schenkung, welche in einer freigiebigen Zuwendung unabhängig vom Fortbestand der Ehe besteht, wäre nur schwerlich mit der Anrechnungsvermutung nach § 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vereinbaren.⁵¹ Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 1380 BGB ist das Vorliegen einer Anrechnungsbestimmung. Die Anrechnungsbestimmung ist, wenn sie gleichzeitig mit der Zuwendung erfolgt, formfrei. Hingegen ist notarielle Form erforderlich, wenn die Bestimmung erst nach Durchführung der betreffenden Zuwendung erfolgt.⁵² Falls eine ausdrückliche Anrechnungsbestimmung fehlt, kann die Anrechnungswirkung über die Auslegungsregel⁵³ des § 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Geltung gelangen, wenn die Zuwendung den Wert von Gelegenheitsgeschenken übersteigt. In manchen Fällen wird auch eine konkludente Anrechnungsbestimmung angenommen.⁵⁴ *Münch* formuliert die Anrechnungsbestimmung folgendermaßen: „Die Zuwendung stellt einen vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns dar, so dass der Erwerber sich die Zuwendung gemäß § 1380 BGB auf eine etwaige Zugewinnausgleichsforderung anrechnen lassen muss.“⁵⁵

b) Wirkungsweise von § 1380 BGB

Über den Wortlaut von § 1380 BGB hinaus erfolgt die Anrechnung der Zuwendung in Form von drei Rechenschritten. Zunächst wird der Wert der Zuwendung dem Zugewinn desjenigen Ehegatten hinzugerechnet, der die Zuwendung getätigt hat (§ 1380 Abs. 2 BGB). Sodann wird der Wert der Zuwendung vom Zugewinn desjenigen Ehegatten abgezogen, welcher die Zuwendung erhalten hat. Schließlich wird der Wert der Zuwendung von der Ausgleichsforderung des Zuwendungsempfängers abgezogen (§ 1380 Abs. 1 Satz 1 BGB).⁵⁶ Der zweite, nicht im Wortlaut der Norm angelegte Rechenschritt ist erforderlich, damit der Zuwendungsempfänger in Bezug auf den Zugewinnausgleich nicht schlechter steht als er ohne die Zuwendung seines Ehegatten stünde.⁵⁷ Diese Schlechterstellung droht ansonsten dadurch, dass die Privilegierung des § 1374 Abs. 2 BGB nicht auf Zuwendungen unter Ehegatten anwendbar ist.⁵⁸

Auswirkungen hat § 1380 BGB in dem Fall, in welchem der Wert der Zuwendung bei Beendigung des Güterstandes im Vermögen des Empfängers nicht mehr vorhanden, die Zuwendung vielmehr verbraucht ist.

Dies wird an folgendem Beispiel deutlich: Der Ehemann hat ein Anfangsvermögen von 0 € und ein Endvermögen von 400.000 €, somit einen Zugewinn von 400.000 €. Er hat während der Ehe eine ehebedingte Zuwendung in Höhe von 200.000 € an seine Ehefrau vorgenommen. Seine Ehefrau hat

⁴⁶ BGH, DNotZ 2000, 514, 524; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1321.

⁴⁷ Vgl. *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 296; noch offen gelassen bei *Grziwotz*, DNotZ 2000, 486, 492.

⁴⁸ Siehe z. B. BGH, DSSt 2003, 1805; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1305.

⁴⁹ *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1307, empfiehlt deshalb, genau zu prüfen, ob sich die Verfolgung gesellschaftsrechtlicher Ansprüche im Einzelfall überhaupt lohnt.

⁵⁰ So ausdrücklich OLG Bamberg, FamRZ 2004, 1872, 1873.

⁵¹ Ebenso: *Palandt/Brudermüller*, BGB, 66. Aufl., § 1380 Rdnr. 3; a. A. die wohl h. M., vgl. z. B. *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 71.

⁵² *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1053; *Palandt/Brudermüller*, § 1380 Rdnr. 7.

⁵³ Nach *Palandt/Brudermüller*, § 1380 Rdnr. 8, handelt es sich um eine Beweislastregel.

⁵⁴ Siehe BGH, MittBayNot 2001, 324.

⁵⁵ *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1066 ff., mit weiteren Formulierungsbeispielen.

⁵⁶ Siehe hierzu BGH, NJW 1982, 1093; *Kleinle*, FamRZ 1997, 1383, 1386.

⁵⁷ *Reinicke/Tiedtke*, WM 1982, 946, 948.

⁵⁸ BGHZ 82, 227, 234 f.; BGH, NJW 1987, 2814; *Palandt/Brudermüller*, § 1380 Rdnr. 10; *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 72.

ein Anfangsvermögen von 0 € und ein Endvermögen von ebenfalls 0 €, da die Zuwendung restlos verbraucht ist, folglich einen Zugewinn von 0 €. Nach § 1380 Abs. 2 BGB wird der Wert der Zuwendung von 200.000 € dem Zugewinn des Ehemannes hinzugerechnet, welcher somit einen Zugewinn in Höhe von 600.000 € aufweist. Der Wert der Zuwendung wird des Weiteren im zweiten Rechenschritt vom Zugewinn der Ehefrau abgezogen. Dieser bleibt allerdings 0 €, da er nicht negativ werden kann. Von der Zugewinnausgleichsforderung der Ehefrau von 600.000 € : 2 = 300.000 € wird der Wert der Zuwendung von 200.000 € gemäß § 1380 Abs. 1 Satz 1 BGB abgezogen, so dass ihr Anspruch lediglich 100.000 € beträgt. Ohne § 1380 BGB hätte der Zugewinnausgleichsanspruch der Ehefrau hingegen in Höhe von 200.000 € bestanden.

Wechselseitige Zuwendungen sind miteinander zu verrechnen.⁵⁹ Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1380 BGB ist, dass der Zuwendungsempfänger Inhaber des Zugewinnausgleichsanspruchs ist. In denjenigen Fällen, in welchen der Wert der Zuwendung den Wert des Zugewinnausgleichsanspruchs übersteigt, ist letztendlich eine zweistufige Berechnung vorzunehmen.⁶⁰ Im ersten Schritt ist zu prüfen, ob der Empfänger unter Berücksichtigung von § 1380 BGB einen Ausgleichsanspruch besitzt. Sollte dies nicht der Fall sein, so ist ohne Heranziehung von § 1380 BGB die Frage zu prüfen, ob dem Zuwendenden ein Ausgleichsanspruch zusteht. § 1380 BGB schließt nach vorherrschender Auffassung das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs des Zuwendenden in dieser Konstellation der „überhöhten Vorwegleistung“ nicht aus.⁶¹

Der vorgenannte Beispielsfall lässt sich zur Verdeutlichung folgendermaßen abändern: Der Ehemann hätte statt eines Anfangsvermögens von 0 € ein Anfangsvermögen von 400.000 € gehabt, so dass sein Zugewinn grundsätzlich 0 € betragen hätte. Nach § 1380 Abs. 2 BGB wird allerdings wiederum der Wert der Zuwendung von 200.000 € zum Zugewinn des Ehemannes hinzuaddiert, so dass dieser 200.000 € beträgt. Des Weiteren soll davon ausgegangen werden, dass der Wert der Zuwendung im Gegensatz zum Ausgangsfall noch uneingeschränkt im Endvermögen der Ehefrau vorhanden ist, so dass diese einen Zugewinn von 200.000 € erzielt hat. Gemäß dem zweiten Rechenschritt des § 1380 BGB ist jedoch der Wert der Zuwendung vom Zugewinn der Ehefrau abzuziehen, so dass ihr Zugewinn letztendlich 0 € beträgt. Folglich hätte die Ehefrau einen Ausgleichsanspruch von 200.000 € : 2 = 100.000 €, von welchem wiederum der Wert der Zuwendung von 200.000 € nach § 1380 Abs. 1 Satz 1 BGB abgezogen wird, so dass ein Zugewinnausgleichsanspruch der Ehefrau nicht besteht. Im nächsten Schritt ist sodann ein etwaiger Zugewinnausgleichsanspruch des Ehemannes ohne Heranziehung von § 1380 BGB zu ermitteln. Die Differenz der Zugewinne beträgt danach 200.000 € zugunsten der Ehefrau, so dass dem Ehemann im Endeffekt ein Ausgleichsanspruch in Höhe von 100.000 € gegenüber seiner Ehefrau zusteht.

c) Problemfälle beim Zugewinnausgleich

Anknüpfend an den zuletzt genannten Fall der „überhöhten Vorwegleistung“ ergeben sich dann Schwierigkeiten, wenn der Gegenstand der Zuwendung nicht mehr wertmäßig im Endvermögen des Empfängers enthalten ist. Der zuvor ohne § 1380 BGB errechnete Ausgleichsanspruch des Ehemannes, welcher die Zuwendung getätigt hat, würde dann nicht mehr bestehen, wenn die Zuwendung verbraucht und somit nicht mehr im Endvermögen der Ehefrau enthalten wäre. Dennoch ist das Ergebnis hinzunehmen, da nur das tatsächlich vorhandene Vermögen dem Zugewinnausgleich unterliegt.⁶²

Wertungsmäßig noch schwieriger zu beurteilen ist der Fall, in welchem sich das Zuwendungsobjekt noch im Endvermögen des Empfängers befindet, aber gleichwohl kein Ausgleichsanspruch des zuwendenden Ehegatten besteht, weil z.B. Anfangsvermögen des Empfängers in mindestens gleicher Höhe wie der Wert der Zuwendung ursprünglich vorhanden war, aber während der Ehe ersatzlos verbraucht bzw. durch Verbindlichkeiten ausgeglichen wurde.⁶³ In diesen Fällen wird genauso wie in dem Fall, in welchem der Gegenstand der Zuwendung aus dem Anfangsvermögen des Zuwendenden stammt, ein Rückforderungsanspruch aus Wegfall der Geschäftsgrundlage angedacht. Dieser Anspruch scheitert aber im Regelfall am Grundsatz des Vorrangs des Güterrechts.⁶⁴ Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit erscheint dies gerechtfertigt. Falls aber ausnahmsweise ein derartiger Rückforderungsanspruch aus Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) tatsächlich besteht, muss dieser in die Berechnung des Zugewinnausgleichs einbezogen werden.⁶⁵ Gegebenenfalls darf der vor Durchführung des Zugewinnausgleichs gerichtlich geltend gemachte Rückforderungsanspruch nur gegen Leistung einer Ausgleichszahlung zugesprochen werden, damit durch die Rückabwicklung nicht wertmäßig dem Mechanismus des Zugewinnausgleichs vorgegriffen wird.⁶⁶

2. Nichtanrechnungsbestimmung

Eine Nichtanrechnungsbestimmung kann bei Vornahme der Zuwendung im Grundsatz formlos erfolgen.⁶⁷ Ihr liegt der Wille der Beteiligten zugrunde, dass die Zuwendung im Zugewinnausgleich nicht berücksichtigt werden soll. Die Auswirkungen auf den Zugewinnausgleich sind noch nicht abschließend geklärt. Ein möglicher Lösungsweg besteht darin, den Wert der Zuwendung dem Endvermögen des zuwendenden Ehegatten hinzuzurechnen und gleichzeitig vom Endvermögen des erwerbenden Ehegatten abzuziehen. Diese Vorgehensweise begünstigt jedoch den Zuwendungsempfänger übermäßig.⁶⁸ Der zweite Lösungsweg geht vom tatsächlichen Endvermögen der Ehegatten ohne weitere Korrekturen und ohne Anwendung von § 1380 BGB aus. Die nach dem Willen der Beteiligten zu erzielende Begünstigung des Emp-

⁵⁹ Palandt/Brudermüller, § 1380 Rdnr. 14; zu den Details und der möglichen Alternative vgl. Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 279 ff. und Grünwald, NJW 1988, 109, 112.

⁶⁰ Siehe Kleinle, FamRZ 1997, 1383, 1387; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 273.

⁶¹ Palandt/Brudermüller, § 1380 Rdnr. 17; Kleinle, FamRZ 1997, 1383, 1387.

⁶² Siehe Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 275; siehe hierzu auch unter II. 4. b.

⁶³ Siehe Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 276; Kleinle, FamRZ 1997, 1383, 1387 f.; Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1058.

⁶⁴ Siehe unter Abschnitt II. 4. b und Kleinle, FamRZ 1997, 1383, 1388.

⁶⁵ BGH, NotBZ 2007, 178, 179.

⁶⁶ BGH, NotBZ 2007, 178, 179.

⁶⁷ Arend, MittRhNotK 1990, 65, 72; siehe jedoch auch Fn. 72.

⁶⁸ Vgl. hierzu und zur Berechnung im Einzelnen Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 946, 953.

fängers der Zuwendung tritt bei diesem Lösungsweg jedoch nicht ein.⁶⁹

Dem Willen der Ehegatten entspricht am stärksten der Vorschlag der herrschenden Lehre, den Wert der Zuwendung lediglich vom Endvermögen des Zuwendungsempfängers abzuziehen und den Zugewinnausgleich ansonsten entsprechend den gesetzlichen Regelungen durchzuführen.⁷⁰ Dieser Lösungsweg sollte unabhängig davon beschränkt werden, ob der Zuwendungsempfänger oder der Zuwendende der Anspruchsberechtigte ist.⁷¹ Im Einzelfall sollte allerdings überprüft werden, ob die Zuwendung durch eine gezielte Regelung auch aus dem Anfangsvermögen des zuwendenden Ehegatten herauszunehmen ist, wenn die Zuwendung dessen Anfangsvermögen entstammt.⁷² Dies dürfte aber zumeist nicht dem Willen des zuwendenden Ehegatten entsprechen.

Aufgrund der bestehenden Zweifelsfragen ist eine ausdrückliche Regelung zu empfehlen. Eine Regelung der Nichtanrechnung in einer notariellen Urkunde, welche die vorstehenden Aspekte berücksichtigt, könnte in einem Fall, in welchem die Zuwendung aus dem Anfangsvermögen des Zuwendenden erfolgte, folgendermaßen lauten:

Die Zuwendung ist nicht auf den Zugewinnausgleichsanspruch anzurechnen. Bei der Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs soll vom tatsächlichen Endvermögen der Ehegatten ausgegangen werden. Der Wert der Zuwendung ist jedoch vom Endvermögen des Zuwendungsempfängers abzuziehen. Dies gilt unabhängig davon, welcher der Ehegatten Inhaber des Zugewinnausgleichsanspruchs ist. Eine weitere Korrektur soll ausdrücklich nicht erfolgen, insbesondere ist der Wert der Zuwendung nicht vom Anfangsvermögen des Zuwendenden abzuziehen.

3. Scheidungsklauseln bei der Zugewinngemeinschaft

a) Gestaltung der Scheidungsklausel

Eine an der Interessenlage der Beteiligten orientierte vertragliche Rückforderungsregelung kann viele Unwägbarkeiten, die mit der gesetzlichen Systematik des Zugewinnausgleichs verbunden sind, verhindern. Sie sollte jedoch nicht standardmäßig vereinbart werden, sondern nur dann, wenn sie dem Willen der Ehegatten auch tatsächlich entspricht. Die Rückforderungsklausel für den Fall der Scheidung der Ehe wird auf die Zustimmung der Beteiligten vor allem dann stoßen, wenn der Zuwendungsempfänger keinen Beitrag für die Erstellung des Familienheims geleistet hat und dies aus der Perspektive bei Vertragsabschluss auch zukünftig so bleiben wird.⁷³

Der Zugewinnausgleich findet sodann auf der Basis der nach Vollzug der Rückforderungsregelung bestehenden Vermögenslage der Ehegatten statt. Dies sollte ausdrücklich klar gestellt werden.⁷⁴ Ferner sollte hervorgehoben werden, dass die Bestimmungen über das vertragliche Rückforderungsrecht des zuwendenden Ehegatten abschließend sind und weitere gesetzliche oder richterrechtliche Rückforderungsansprüche nicht bestehen. Stets regelungsbedürftig sind auch die Aspekte der Kostentragung, der Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Rechts sowie die Absicherung des Rückforderungsanspruchs durch Bestellung einer entsprechenden (Rück-) Auflassungsvormerkung.⁷⁵

Die Auswirkungen der Scheidungsklausel werden an folgendem Beispielfall⁷⁶ deutlich: Die Ehefrau hat bereits zu Beginn der Ehe das Eigentum an einem Bauplatz im Wert von 80.000 €, welcher ihr gesamtes Anfangsvermögen ausmacht. Ihr Ehemann hat hingegen ein Anfangsvermögen von 0 €. Kurze Zeit nach der Eheschließung überträgt die Ehefrau einen Miteigentumsanteil von 1/2 auf ihren Ehemann, weil sie das Grundstück gemeinsam bebauen möchten. Dabei wird in der notariellen Urkunde ein Rückforderungsrecht der Ehefrau für den Fall der Scheidung der Ehe vereinbart. In der Folgezeit wird das Grundstück bebaut. Die Investitionen betragen insgesamt 280.000 € und entstammen in vollem Umfang dem Vermögen des Ehemannes, welches dieser während der Ehe verdient hat. Als es zur Scheidung der Ehe kommt, macht die Ehefrau von ihrem Rückforderungsrecht Gebrauch. Der Wert des Grundstücks mitsamt des darauf errichteten Hauses beträgt zum maßgeblichen Zeitpunkt (§ 1384 BGB) 360.000 €. Aufgrund der Vermögenslage unter Berücksichtigung des Rückforderungsrechts hat die Ehefrau, welche kein weiteres Vermögen besitzt, somit ein Endvermögen in Höhe von 360.000 € und einen Zugewinn während der Ehe in Höhe von 280.000 €. Der Ehemann hat hingegen ein Endvermögen von 0 € und somit keinen Zugewinn erzielt, da er zur Rücküberweisung seines Miteigentumsanteils verpflichtet ist. Auf dieser Basis errechnet sich ein Zugewinnausgleichsanspruch des Ehemannes in Höhe von $280.000 € : 2 = 140.000 €$. Er bekommt somit die Hälfte seiner Investitionen über den Zugewinnausgleich zurück. Dieses Ergebnis ist interessengerecht, da beide Ehegatten gemäß dem Grundgedanken des Zugewinnausgleichs in gleichem Maße an dem während der Ehe erworbenen zugewinnausgleichspflichtigen Vermögen teilhaben sollen.⁷⁷

Schwierigkeiten bereitet der Fall, in welchem das Endvermögen des zur Rückforderung berechtigten Ehegatten durch Verbindlichkeiten teilweise neutralisiert wird. Wenn z. B. im zuvor genannten Beispielfall die Ehefrau zum Zeitpunkt der Ermittlung des Endvermögens aus sonstigen Gründen Verbindlichkeiten in Höhe von 80.000 € hätte, wäre ihr Zugewinn nur 200.000 € und ihr Ehemann hätte lediglich einen Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von 100.000 €. Der Ehemann würde in diesem Fall nicht hälftig an dem zugewinnausgleichspflichtigen Vermögen der Ehefrau beteiligt werden. Ein vertraglich geregelter Ausschluss des Rückforde-

⁶⁹ Siehe *Reinickel/Tiedtke*, WM 1982, 946, 953 f.; a. A. *Grünewald*, NJW 1988, 109, 111.

⁷⁰ Vgl. *Reinickel/Tiedtke*, WM 1982, 946, 954; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1069; *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 72; a. A. *Grünewald*, NJW 1988, 109, 111.

⁷¹ A. A. *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 72, der nur dann den Abzug vornehmen möchte, wenn der Zuwendungsempfänger der anspruchsberechtigte Ehegatte ist.

⁷² Vgl. *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1071, mit ausführlichem Berechnungsbeispiel. Dieser Lösungsweg geht über die Grenzen der formlosen Nichtanrechnungsbestimmung hinaus, weil er unmittelbar auf den Zugewinnausgleich einwirkt und bedarf somit notarieller Form.

⁷³ Siehe *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1092.

⁷⁴ Siehe hierzu die Formulierungsvorschläge von *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1096, und *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 1178; *Arend*, MittRhNotK, 1990, 65, 75, hält die Regelung hingegen für entbehrlich.

⁷⁵ Siehe hierzu auch *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 75.

⁷⁶ Angelehnt an das Beispiel von *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 73.

⁷⁷ Ebenso *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 73.

rungsrechts für diese Konstellation⁷⁸ erscheint jedoch als zu weitreichend, da hierdurch eine kaum interessengerechte Alles-oder-Nichts-Lösung erzielt würde.⁷⁹ Angemessen erscheint hingegen eine Einschränkung des Rückforderungsrechts dahingehend, dass dieses nur Zug um Zug gegen Leistung desjenigen Betrages an den zur Rückübereignung verpflichteten Ehegatten besteht, welcher nach Durchführung des Zugewinnausgleichs noch erforderlich ist, um dessen hälftige Beteiligung an den von den Ehegatten während der Ehe im Hinblick auf den Vertragsgegenstand getätigten und dem Zugewinnausgleich unterliegenden Aufwendungen zu gewährleisten.⁸⁰

b) Anforderungen bei Aufwendungen aus dem Anfangsvermögen

Besonderheiten bestehen dann, wenn die Aufwendungen des zur Rückübereignung verpflichteten Ehegatten aus vorehelichem oder nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegiertem Vermögen stammen. Falls keine besondere Regelung getroffen wird, erhält dieser Ehegatte den Wert seiner Aufwendungen nur zur Hälfte zurück, da diese in vollem Umfang in den Zugewinnausgleich fallen. Es sollte deshalb in der Scheidungsklausel festgehalten werden, dass die Rückforderung nur gegen Erstattung derjenigen Aufwendungen zulässig ist, die der zur Rückübereignung Verpflichtete aus seinem Anfangsvermögen i. S. v. § 1374 Abs. 1, 2 BGB getätigt hat.⁸¹

Formulierungsbeispiel:

Die Rückforderung ist nur Zug um Zug gegen Erstattung derjenigen Aufwendungen zulässig, welche der zur Rückübereignung verpflichtete Ehegatte aus seinem vorehelichen Vermögen oder dem nach § 1374 Abs. 2 BGB während der Ehe privilegiert erworbenen Vermögen in Bezug auf den Vertragsgegenstand getätigt hat.

Um nachträgliche Zweifel auszuschalten sollte der Aufwendungsbegriff⁸² noch im Einzelnen definiert werden und vor allem klargestellt werden, dass hierunter insbesondere auch die Schuldentilgung fällt.⁸³ Eine derartige Vereinbarung erzielt das interessengerechte Ergebnis, dass das während der Ehe von den Ehegatten zum Zwecke des ehelichen Zusammenlebens verbundene Anfangsvermögen bzw. privilegierte Vermögen nach dem Scheitern der Ehe wieder getrennt wird.

Im vorstehenden Beispielfall soll angenommen werden, dass der Ehemann bereits ein Anfangsvermögen von 280.000 € besessen hat. Dieses hat er in vollem Umfang in das Familienheim investiert. Falls eine Rückforderungsregelung ohne besondere Berücksichtigung dieses Umstands bei der Vorname der Zuwendung getroffen wird, bleibt das Ergebnis unverändert. Der Ehemann hat keinen Zugewinn erzielt, da

einem Anfangsvermögen von 280.000 € ein Endvermögen von 0 € gegenübersteht. Die Ehefrau hat weiterhin einen Zugewinn in Höhe von 280.000 €. Über den Zugewinnausgleichsanspruch von 140.000 € bekäme der Ehemann nur die Hälfte seines in den Vertragsgegenstand investierten Anfangsvermögens zurück.

Durch die Rückforderungsklausel im vorgenannten Sinn, die eine Erstattung dieser Aufwendungen Zug um Zug gegen Rückforderung der Zuwendung vorsieht, würde demgegenüber bewirkt, dass der Ehemann wertmäßig das von ihm in den Vertragsgegenstand investierte Anfangsvermögen in vollem Umfang zurückerhält. In diesem Fall hätte die Ehefrau ein Anfangsvermögen von 80.000 € und ein Endvermögen von ebenfalls 80.000 €. Zwar befindet sich in ihrem Endvermögen aufgrund des Rückforderungsanspruchs der Wert des Grundbesitzes in Höhe von 360.000 €. Von diesem ist allerdings der Erstattungsanspruch des Ehemannes (Wert: 280.000 €) abzuziehen. Beim Ehemann stünde einem Anfangsvermögen von 280.000 € ein Endvermögen in gleicher Höhe gegenüber, da ihm der Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen zusteht. Da somit keiner der Ehegatten während der Ehe einen Zugewinn erzielt hat, führt die Rückforderungsklausel in dem Beispielfall dazu, dass kein Ehegatte einen Zugewinnausgleichsanspruch geltend machen kann. Das Eigentum an dem Familienheim steht nach Grundbuchvollzug ausschließlich der Ehefrau zu und der Ehemann erhält wertmäßig das gesamte von ihm in den Vertragsgegenstand investierte Anfangsvermögen zurück.

c) Anforderungen bei gemeinsamer Fremdfinanzierung

Im Regelfall finanzieren die Ehegatten gemeinsam den Erwerb bzw. Aufbau des Familienheims durch Aufnahme eines Darlehens. Dieser Umstand sollte bei der Gestaltung des Rückforderungsanspruchs des zuwendenden Ehegatten für den Fall der Scheidung der Ehe nicht unberücksichtigt bleiben. Zum einen sollte festgelegt werden, dass der rückfordernde Ehegatte auch die mit seiner Zustimmung zur Eintragung ins Grundbuch gelangten Rechte dinglich zu übernehmen hat. Gleichzeitig sollte aber auch bestimmt werden, dass der rückfordernde Ehegatte die den eingetragenen Grundpfandrechten zugrundeliegenden Verbindlichkeiten in persönlicher Haftung mit schuldbefreiender Wirkung für den anderen Ehegatten zu übernehmen hat, soweit sie im Zusammenhang mit dem Grundbesitz stehen.⁸⁴ Dies ist erforderlich, damit der andere Ehegatte auch tatsächlich die Hälfte der von ihm im Zusammenhang mit dem Grundbesitz getätigten Aufwendungen im Zugewinnausgleich zurückerhält. Ansonsten würde unter Umständen sein Ausgleichsanspruch durch die bei ihm verbleibende Schuld aus den Grundpfanddarlehen (teilweise) neutralisiert.⁸⁵

Zwar wird in der Rechtsprechung in weitreichendem Umfang angenommen, dass sich für den Gesamtschuldnerausgleich unter Ehegatten aufgrund des besonderen Umstandes des Scheiterns der Ehe dahingehend etwas anderes i. S. v. § 426 Abs. 1 BGB ergibt, dass ab dem Zeitpunkt der Trennung derjenige Ehegatte im Innenverhältnis die Schulden alleine zu tragen habe, welchem das Alleineigentum am finanzierten

⁷⁸ So aber ausdrücklich *Langenfeld*, NJW 1986, 2541, 2543 f.; *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 1175.

⁷⁹ Kritisch auch *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 74.

⁸⁰ So auch *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 74; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1094.

⁸¹ Vgl. *Langenfeld*, NJW 1986, 2541, 2544; *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 74.

⁸² M. E. sollte zur Vermeidung von Zweifelsfragen der Begriff der „Aufwendung“ und nicht der „Verwendung“ benutzt werden, da der Verwendungsbegriff bekanntermaßen in der Rechtsprechung oftmals ausgesprochen eng ausgelegt wird.

⁸³ So auch *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1096.

⁸⁴ Siehe *Langenfeld*, NJW 1986, 2541, 2544; *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 74; vgl. hierzu auch das Formulierungsbeispiel bei *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1096.

⁸⁵ Siehe *Langenfeld*, NJW 1986, 2541, 2544; *Arend*, MittRhNotK 1990, 65, 74.

Grundbesitz zusteht.⁸⁶ Dies ist m. E. jedoch dann nicht ganz zweifelsfrei, wenn die Alleineigentümerstellung eines Ehegatten erst nach Vollzug der im notariellen Vertrag getroffenen Rückforderungsregelung besteht und trotz zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits laufender Darlehensverträge gleichwohl keine Regelung zur Haftungsfreistellung getroffen wurde. Eine vertragliche Regelung erscheint unter diesem Gesichtspunkt geboten; nicht zuletzt auch deshalb, weil die Rechtsprechungsgrundsätze nur das Innenverhältnis unter den Ehegatten, nicht jedoch auch das Außenverhältnis zum Gläubiger betreffen.

Der Beispielsfall unter Abschnitt III. 3. a) lässt sich dahingehend abändern, dass der Ehemann lediglich Aufwendungen in Höhe von 180.000 € (vollständiges während der Ehe erzielt Vermögen) getätigt hätte. Des Weiteren wäre durch die Ehegatten bereits vor Abschluss des notariellen Vertrages ein Grundpfandrechtlich gesichertes und noch nicht zurückbezahltes Darlehen in Höhe von 100.000 € zur Finanzierung der restlichen Investitionen aufgenommen worden, welches sie vereinbarungsgemäß im Innenverhältnis je zur Hälfte tragen. Ohne die Regelung, dass die Ehefrau bei der Rückforderung den Ehemann von den Verbindlichkeiten zu befreien hätte, würde sich folgende Rechnung ergeben: Die Ehefrau hätte ein Endvermögen von 310.000 €, da vom Wert des Grundbesitzes die auf sie entfallenden Verbindlichkeiten in Höhe von 50.000 € abzuziehen sind. Hierbei soll davon ausgegangen werden, dass die vorgenannten Rechtsprechungsgrundsätze zum Gesamtschuldnerausgleich unter Ehegatten nach Scheitern der Ehe nicht eingreifen. Es würde sich bei einem Anfangsvermögen von 80.000 € somit ein Zugewinn von 230.000 € errechnen. Der Ehemann hätte hingegen ein Endvermögen von 0 €, da er neben der Rücküberweisung des Grundbesitzes auch noch Verbindlichkeiten in Höhe von 50.000 € tragen muss. Es errechnet sich ein Ausgleichsanspruch des Ehemannes in Höhe von $230.000 € : 2 = 115.000 €$. Hiervon verbleiben ihm allerdings nur 65.000 €, da er weiterhin seinen Anteil an den Verbindlichkeiten tragen muss.

Im Falle der vereinbarten Haftungsfreistellung des Ehemannes durch die Ehefrau hätte die Ehefrau hingegen ein Endvermögen von 260.000 €, da sie nun den gesamten Kredit in Höhe von 100.000 € tragen muss. Ihr Zugewinn vermindert sich auf 180.000 €. Der Zugewinn des Ehemannes würde unverändert 0 € betragen. Die Tatsache, dass er von seinem Anteil an den Verbindlichkeiten zu befreien ist, ändert nichts, da er kein sonstiges Endvermögen besitzt. Auf dieser Grundlage errechnet sich ein Zugewinnausgleichsanspruch des Ehemannes von $180.000 € : 2 = 90.000 €$. Dieser Anspruch wird nicht durch Verbindlichkeiten (teilweise) neutralisiert, so dass er die Hälfte der von ihm getätigten Aufwendungen tatsächlich zurückerhält.

d) Exkurs: Pfändbarkeit des Rückforderungsrechtes

Der BGH hat in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 2003 festgestellt, dass ein freies Rückforderungsrecht unter Ehegatten nicht nach § 852 Abs. 2 ZPO analog eingeschränkt pfändbar ist, da dieses Recht einen Vermögenswert besitzt.⁸⁷ Gleichzeitig hat der BGH in seiner Entscheidung jedoch ausgeführt, dass eine analoge Anwendung von § 852

Abs. 2 ZPO für ein Rückforderungsrecht in Betracht kommt, welches sich daraus ergibt, dass die Ehe gescheitert und damit die Geschäftsgrundlage der ehebündigten Zuwendung entfallen ist. In diesem Falle soll der Gläubiger nicht in die auf Billigkeitserwägungen beruhende Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten eingreifen können.⁸⁸ Hieraus wurde in der Literatur die Schlussfolgerung gezogen, dass das Rückforderungsrecht für den Fall der Ehescheidung in Form der Scheidungsklausel unpfändbar ist, soweit keine weiteren Rückforderungsfälle, wie z. B. für den Fall der Insolvenz bzw. der Vornahme von Vollstreckungsmaßnahmen durch etwaige Gläubiger, festgelegt wurden.⁸⁹

Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass die analoge Heranziehung von § 852 Abs. 2 ZPO den Rückforderungsberechtigten nur vor der Pfändung seines Rückforderungsrechts als Gestaltungsrecht schützt. Der zukünftige, nach Geltendmachung des Rechts entstehende Rückforderungsanspruch kann schon vor Ausübung des Gestaltungsrechts gepfändet und ein Pfändungsvermerk bei der entsprechenden Rückkauflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen werden.⁹⁰ Hierdurch wird das Verfügungsrecht der Ehegatten eingeschränkt. Die analoge Anwendung des § 852 Abs. 2 ZPO schützt die Ehegatten jedoch vor einem Verlust ihres Eigentums.⁹¹

IV. Gestaltungsmöglichkeiten bei Gütertrennung

Bei Gütertrennung ist die rechtliche Situation vom Ausgangspunkt her weniger komplex, weil nicht kraft Gesetzes ein (Zugewinn-)Ausgleich stattfindet und somit die Wechselwirkungen zu diesem anders als beim gesetzlichen Güterstand nicht zu berücksichtigen sind. Dennoch ist zu beachten, dass auch beim Güterstand der Gütertrennung ein Rückforderungsrecht des Zuwendenden nach der Rechtsprechung nur unter Voraussetzungen besteht, die zum Zeitpunkt der Vornahme der Zuwendung höchstens ansatzweise beurteilt werden können.⁹² Im Falle einer eingehenden Belehrung des Notars über die Unwägbarkeiten des richterrechtlich geprägten Rückforderungsanspruchs wird kaum ein Ehepaar auf jegliche Regelung zu dieser Thematik verzichten wollen.⁹³ Falls eine Rückforderung des Zuwendungsgegenstandes von den Ehegatten nicht gewollt ist, so sind jegliche Rückforderungsrechte, seien sie gesetzlicher oder richterrechtlicher Natur, in vollem Umfang auszuschließen, um den Ehegatten das erforderliche Maß an Rechtssicherheit zu geben.⁹⁴ Falls die Ehegatten die Vereinbarung einer ausdrücklichen Rückforderungsregelung wünschen, kann man sich grundsätzlich an den Ausführungen

⁸⁸ BGH, DNotZ 2004, 298, 301.

⁸⁹ Vgl. Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1127; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 1185. Berringer, DNotZ 2004, 245, 254 ff., ist zu Recht der Auffassung, dass im Falle des Rückforderungsrechts bei Insolvenz oder Vollstreckungsmaßnahmen kein Raum für eine analoge Anwendung von § 852 Abs. 2 ZPO ist.

⁹⁰ Vgl. Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 1186; Berringer, DNotZ 2004, 245, 255.

⁹¹ Vgl. Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 1186.

⁹² Vgl. hierzu bereits unter Abschnitt II. 4. b und Kleinle, FamRZ 1997, 1383, 1388 f.

⁹³ Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1001, hält dennoch einen Formulierungsvorschlag für diese Konstellation bereit. Ein Hinweis auf die Risiken und Unwägbarkeiten welche mit dem Verzicht auf jegliche Regelung verbunden sind, sollte keinesfalls fehlen.

⁹⁴ Vgl. Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1100.

⁸⁶ Gute Überblicke über die facettenreiche Rechtsprechung zu dieser Thematik finden sich bei Palandt/Grüneberg, § 426, Rdnr. 9 b und bei MünchKommBGB/Bydlinski, 4. Aufl., § 426 Rdnr. 17 f.

⁸⁷ DNotZ 2004, 298, 300.

zum gesetzlichen Güterstand orientieren. Eine erhöhte Bedeutung kommt jedoch der Regelung des Aufwendungsersatzes zu, da der investierende Ehegatte seine Aufwendungen nicht bereits (teilweise) über einen gesetzlichen Ausgleichsanspruch zurückerhält.

V. Gestaltungsalternative: Darlehenslösung

Vor allem in denjenigen Fällen, in welchen keine dingliche Beteiligung des anderen Ehegatten am Familienwohnheim in Form der Übertragung eines Miteigentumsanteils gewünscht wird, rückt die sog. Darlehenslösung in den Fokus des Gestalters. Regelungsbedarf besteht vor allem in demjenigen Fall, in welchem der Grundbesitz zwar im Alleineigentum eines Ehegatten verbleibt, der andere Ehegatte sich aber maßgeblich an Ausbau- oder Sanierungsmaßnahmen beteiligt. Die Lösung dieser Konstellationen durch den Abschluss eines Darlehensvertrages ist vor allem bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften verbreitet.⁹⁵ Die Gestaltungsform des Darlehensvertrages kann aber auch den Regelungswünschen von verheirateten Beteiligten entsprechen. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn die maßgeblichen Investitionen bereits vor Eheschließung erfolgen, weil sie sich dann ausschließlich im Anfangs- und nicht im Endvermögen der Ehegatten auswirken.⁹⁶ Aber auch bei Maßnahmen während bereits bestehender Ehe kann Regelungsbedarf bestehen, wenn die (bloße) Beteiligung über den Zugewinnausgleich dem investierenden Ehegatten für den Fall des Scheiterns der Ehe nicht ausreicht.

Die zu regelnden Aspekte sind zahlreich. Schwierigkeiten bereitet oftmals bereits die wertmäßige Festlegung der Darlehenshöhe. Eine endgültige Festlegung ist in dem Darlehensvertrag nur dann möglich, wenn die betreffenden Investitionen bei Vertragsabschluss bereits in vollem Umfang durchgeführt wurden. Ist dies hingegen nicht der Fall, sollte der Vertrag eine Anpassungspflicht der Vertragsbeteiligten bei Vornahme weiterer Investitionen durch den Darlehensgeber vorsehen. Empfehlenswert ist des Weiteren die Aufnahme einer gegenseitigen Verpflichtung zur Dokumentation und

zum Nachweis dieser Investitionen.⁹⁷ Zu klären ist jeweils auch, ob das Darlehen nach dem Willen der Beteiligten verzinslich oder unverzinslich gewährt und des Weiteren wertgesichert sein soll. Zumeist wird die Unverzinslichkeit des Darlehens dem Regelungswunsch der Ehegatten entsprechen. Die Gefahr einer Schenkungsteuerpflicht aufgrund der Vereinbarung der Unverzinslichkeit des Darlehens ist angesichts der bestehenden Freibeträge zwischen Ehegatten zwar wesentlich geringer als bei nichtverheirateten Partnern. Sollte dieser Aspekt im konkreten Fall aber dennoch relevant werden, besteht die Möglichkeit, die Unverzinslichkeit mit dem bestehenden Wohnvorteil für den Darlehensnehmer zu begründen.⁹⁸ Zu bedenken ist ferner auch die Frage, welches Schicksal der Darlehensanspruch im Falle des Vorversterbens des Darlehensgebers haben soll. Falls (aufgrund letztwilliger Verfügung) der Darlehensnehmer zugleich der Alleinerbe des Darlehensgebers sein sollte, so erlischt das Darlehen durch die Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerstellung in vollem Umfang. Sollte dies hingegen nicht der Fall sein, besteht Regelungsbedarf für einen aufschiebend bedingten Erlass des Rückzahlungsanspruchs. Hierbei sind jedoch wiederum die etwaigen schenkungsteuerrechtlichen Konsequenzen zu beachten.⁹⁹

Die Kündigungsrechte der Ehegatten sind in dem Darlehensvertrag ausdrücklich zu regeln. Neben der Regelung eines ordentlichen Kündigungsrechts mit einer angemessenen Frist von ca. drei bis sechs Monaten kommt auch die Vereinbarung eines außerordentlichen, nicht fristgebundenen Kündigungsrechtes in Betracht, das neben Fällen wie Insolvenz und Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen etwaiger Gläubiger auch den Fall der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens erfassen kann. Zwingend erscheint Letzteres angesichts des Bestehens des ordentlichen Kündigungsrechtes jedoch nicht. Schließlich stellt sich noch die Frage einer dinglichen Absicherung des Darlehensanspruchs. Zumeist wird die Bestellung einer Sicherungshypothek nach § 1184 BGB den beiderseitigen Interessen der Ehegatten am besten entsprechen.

⁹⁵ Siehe hierzu umfassend mit Formulierungsvorschlag N. Mayer, ZEV 1999, 384, 435.

⁹⁶ Siehe Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1030.

⁹⁷ Siehe auch N. Mayer, ZEV 1999, 384, 385, 435.

⁹⁸ Siehe Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1028 f.

⁹⁹ Vgl. Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1033; N. Mayer, ZEV 1999, 384, 385.

Die örtliche Zuständigkeit bei Adoptionen mit Auslandsberührung

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG München vom 16.3.2007, 31 AR 49/07* –

Von Rechtsanwalt Dr. Rembert Süß, Würzburg

Der Erlass des Adoptionswirkungsgesetzes vom 5.11.2001 hatte endlich ein gerichtliches Verfahren geschaffen, mit dem im Ausland vorgenommene Adoptionen im Inland rechtskräftig anerkannt (Anerkennungsfeststellung i. S. v. § 2 Abs. 1 AdWirkG), deren Wirkungen festgestellt (Wirkungsfeststellung, § 2 Abs. 2 AdWirkG) und im Ausland erfolgte „schwache Adoptionen“ in eine „Volladoption“ umgewandelt (Umwandlungsausspruch, § 3 AdWirkG) werden können.¹ Die davor praktizierte Wiederholung der Adoption („Nachadoption“) ist damit überflüssig geworden.² Für die verbliebenen Fälle der Inlandsadoption mit Auslandsberührung ergibt sich durch das AdWirkG insoweit eine Neuerung, als Art. 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG auf die Sonderregelung zur örtlichen Zuständigkeit in § 5 AdWirkG verweist. Die Reichweite dieser Sonderzuständigkeit ist immer noch umstritten und Gegenstand zahlreicher Entscheidungen der Obergerichte. Der folgende Beitrag versucht eine systematische Klärung dieser Regelung.

I. Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte

Voraussetzung für die örtliche Zuständigkeit eines deutschen Gerichts ist, dass die deutschen Gerichte überhaupt zuständig sind (internationale Zuständigkeit als örtliche Zuständigkeit *latu sensu*).³ Vorrangig wären hierbei die Regeln des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption vom 29.5.1993 zu beachten. Dieses Abkommen regelt die internationale Zuständigkeit für die Durchführung der Adoption an sich jedoch nicht. Art. 21 des Adoptionsübereinkommens lässt es vielmehr ausdrücklich offen, ob die Adoption im Herkunftsstaat des Kindes oder im Aufenthaltsstaat der Annehmenden durchgeführt wird. Freilich wird bei Aufenthalt des Kindes in einem Konventionsstaat die Durchführung der Adoption im Herkunftsstaat des Kindes praktisch die Regel sein.⁴

Damit ist die Regelung der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte in Adoptionsverfahren von staatsvertraglichen Vorgaben frei. Gemäß § 43 b Abs. 1 FGG besteht die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte daher, wenn entweder der Anzunehmende oder der Annehmende bzw. einer der annehmenden Eheleute im Inland seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder deutscher Staatsangehöriger ist. Damit ist die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte sehr weit gegriffen.

II. Örtliche Zuständigkeit

1. Zuständigkeitskonzentration im Fall ausländischen Adoptionsstatuts

Für die örtliche Zuständigkeit der Gerichte in Adoptions-sachen bestimmt § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG, dass dann, wenn „ausländische Sachvorschriften“ zur Anwendung gelangen, § 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 AdWirkG entsprechend gelten. § 5 Abs. 1 AdWirkG begründet für Anträge auf Anerkennung und Wirkungsfeststellung sowie auf einen Umwandlungsausspruch die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, in dessen Bezirk ein OLG seinen Sitz hat. Auf diese Weise werden sämtliche Anträge nach §§ 2 und 3 AdWirkG, die innerhalb eines OLG-Bezirks eingereicht werden, von einem einzigen Gericht bearbeitet (Zuständigkeitskonzentration). Diese Zuständigkeitskonzentration soll es den mit der Materie befassten Richtern erleichtern, einschlägige Erfahrungen mit Auslandsadoptionen zu sammeln⁵ und sich insoweit zu spezialisieren.

In Bezug auf den konkreten Umfang der von der Zuständigkeitskonzentration umfassten Fälle sind diverse Streitfragen entstanden, weil einige Gerichte die Vorschrift einschränkend interpretieren möchten.

2. Zuständigkeitskonzentration im Fall ausländischen Zustimmungstatuts

In der Praxis sind die Fälle, in denen ausländisches Recht Adoptionsstatut ist, eher selten. Grund dafür ist, dass auch bei Auslandsberührung zumeist wegen deutscher Staatsangehörigkeit des oder der Annehmenden bzw. bei Annahme durch Eheleute wegen eines gemeinsamen Lebensmittelpunkts in Deutschland gemäß Art. 22 Satz 1 bzw. Art. 22 Satz 2 i. V. m. 14 Abs. 1 Ziff. 1, 2 EGBGB die Adoption nach deutschem Recht zur beurteilen ist. Wegen der ausländischen Staatsangehörigkeit des Anzunehmenden ist aber häufig über Art. 23 EGBGB für die erforderlichen Zustimmungen zur Adoption zusätzlich ausländisches Recht anzuwenden.

Ob die Zuständigkeitskonzentration auch dann eingreift, wenn ausländisches Recht über Art. 23 EGBGB nur zusätzlich zum

* MittBayNot 2008, 223 (in diesem Heft).

1 Zu diesem Verfahren (mit Antragsformularen): Müller/Sieghörtnner/Emmerling, Adoptionsrecht in der Praxis, 2007, S. 76; ausführlich Ludwig, RNotZ 2002, 353.

2 Süß, MittBayNot 2002, 91; Busch, IPRax 2003, 13 – wobei es freilich nicht auszuschließen ist, dass es Sonderfälle geben mag, in denen nur die Wiederholung der Adoption im Inland den Interessen der Beteiligten gerecht werden kann, so dass ein Interesse hieran gegeben sein mag.

3 Vgl. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl., Rdnr. 188; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 22 II, S. 1049; Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 58 II 1.

4 Zu dem Verfahren nach der Adoptionskonvention Süß, MittBay-Not 2002, 89; eingehender: Bornhofen, StAZ 2002, 1.

5 Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6011, S. 49.

deutschen Adoptionsstatut in Bezug auf die Zustimmungen zur Adoption anwendbar ist, war nach Erlass von § 43 b FGG umstritten.⁶ Die Rechtsprechung tendiert nach anfänglicher Unsicherheit mittlerweile deutlich zu der Annahme, dass auch in diesem Fall „ausländische Sachvorschriften zur Anwendung kommen“ und damit die Voraussetzungen für die Zuständigkeitskonzentration gemäß § 43 Abs. 2 Satz 2 FGG gegeben sind.⁷

3. Deutsches Recht als Adoptionsstatut kraft Rückverweisung

Verweist Art. 22 EGBGB – z. B. wegen ausländischer Staatsangehörigkeit des bzw. beider Annehmenden (Art. 22 Satz 2 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 EGBGB) – auf ein ausländisches Recht, so ist nicht unmittelbar das ausländische materielle Adoptionsrecht anzuwenden. Vielmehr ist zuvor zu prüfen, ob das Recht des ausländischen Staates die Verweisung annimmt oder eine gemäß Art. 4 Abs. 1 EGBGB beachtliche Weiterverweisung auf das Recht eines dritten Staates bzw. eine Rückverweisung auf das deutsche Recht ausspricht.⁸ Umstritten ist, ob die Zuständigkeitskonzentration auch dann eingreift, wenn ausländisches Recht auf die Adoption anzuwenden ist, dieses aber auf das deutsche Recht zurückverweist.

Beispiel:

Der in Deutschland lebende US-amerikanische Staatsangehörige Russel war mit Bärbel, einer deutschen Staatsangehörigen, verheiratet. Bärbel hatte ein nichteheliches Kind (Marvin) in die Ehe eingebracht. Der Vater von Marvin ist unbekannt. Bärbel ist nun verstorben. Marvin ist 14 Jahre alt. Russel möchte Marvin adoptieren, da sonst niemand für Marvin sorgt.

In diesem Fall ist gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auf die Adoption das Recht der USA anzuwenden. In den USA ist das internationale Adoptionsrecht nicht einheitlich geregelt, sondern Gegenstand der Rechtsetzung der Einzelstaaten. In diesen wird jedoch – wie auch in England und den meisten anderen Staaten, deren IPR auf dem *common law* beruht – die Adoption nicht nach einem wie auch immer bestimmten Adoptionsstatut vorgenommen, sondern nach inländischem Recht (*lex fori*). Mittelbar entscheidet damit über die Rechtsanwendung die Bejahung der internationalen Zuständigkeit. Diese wird regelmäßig bejaht, wenn entweder der Annehmende oder der Anzunehmende sein *domicile* in dem Gerichtsstaat hat.⁹

In der deutschen Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur sieht man in dieser Anwendung der *lex fori* dann eine versteckte Rückverweisung auf das deutsche Recht,

wenn die deutschen Gerichte nach den zivilprozessualen Regeln des einschlägigen US-Staates ausschließlich oder zumindest konkurrierend international zuständig wären.¹⁰ Es wäre also aufgrund Rückverweisung deutsches Recht Adoptionsstatut.

In diesem Fall wäre – insbesondere wenn der Anzunehmende deutscher Staatsangehöriger ist und damit gemäß Art. 23 EGBGB auch die Zustimmungen zur Adoption ausschließlich deutschem Recht unterliegen – über die Adoption nach den Bestimmungen des BGB, also nach deutschem materiellen Adoptionsrecht, zu entscheiden. Legt man den Begriff der „Sachvorschriften“ i. S. d. Legaldefinition des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EGBGB aus und orientiert man sich an dem Inhalt, der diesem Begriff in den Kollisionsnormen des EGBGB (bspw. Art. 4 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, Art. 12, Art. 17 a, Art. 17 b Abs. 1 Satz 1, Art. 18 EGBGB) beigegeben wird, so sind hierunter „die Rechtsnormen der maßgebenden Rechtsordnung unter Ausschluss derjenigen des Internationalen Privatrechts“ zu verstehen.

Diese Übertragung der für die Auslegung der Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts geltende Auslegungsregel auf die zivilprozessualen Zuständigkeitsvorschriften hätte zur Folge, dass das mit der Adoption befasste Gericht über seine örtliche Zuständigkeit nicht entscheiden kann, bevor es in die materielle Prüfung der Sache eingestiegen ist und die Frage nach dem Vorliegen einer Rückverweisung abschließend geklärt hat. So müsste das Gericht am Sitz des OLG, wenn es zunächst wegen der ausländischen Staatsangehörigkeit der Beteiligten über Art. 22 EGBGB bzw. Art. 23 EGBGB¹¹ die Anwendbarkeit ausländischen Rechts festgestellt hat, später dennoch die Sache an das Wohnsitzgericht abgeben, wenn sich später bei genauerer Prüfung herausstellt, dass sich aus dem US-amerikanischen internationalen Adoptionsrecht eine versteckte Rückverweisung auf das deutsche Recht ergibt, die gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB zur Folge hat, dass die Adoption vollständig nach den Vorschriften des BGB abgewickelt werden muss.

Wird der Adoptionsantrag unmittelbar beim Wohnsitzgericht gemäß § 43 b Abs. 2 Satz 1 FGG eingereicht, so laufen die Beteiligten umgekehrt Gefahr, dass dieses Gericht die Sache zu Unrecht an das Konzentrationsgericht abgibt, weil das Wohnsitzgericht die Anwendbarkeit ausländischen Rechts gemäß Art. 22 EGBGB festgestellt hat, das Vorliegen der versteckten Rückverweisung aber verkannt oder erst gar nicht geprüft hat. Da das internationale Adoptionsrecht in vielen Ländern nicht kodifiziert ist, die Quellen in anderen Fällen schwer zugänglich sind und Besonderheiten wie die versteckte oder hypothetische Rückverweisung zu beachten sind, ist die Prüfung des Vorliegens einer Rückverweisung im internationalen Adoptionsfall bisweilen anspruchsvoller als die unmittelbare Anwendung des ausländischen materiellen Adoptionsrechts. Auch hier ist daher der besondere Sachverstand, den die mit der Zuständigkeitskonzentration beabsichtigte Spezialisierung der Gerichte schaffen soll, erforderlich, um den Fall zeitnah und richtig zu entscheiden und Doppelarbeit der Gerichte wegen Abgabe der Verfahren zu vermeiden. Die Zuständigkeitskonzentration kann daher nur dann den ihr zugedachten Zweck erfüllen, wenn sie schon bei der Anwendbarkeit ausländischen Kollisionsrechts eingreift.

⁶ Ablehnend *Steiger*, DNotZ 2002, 206; bejahend *Süß*, MittBayNot 2002, 91.

⁷ Vgl. OLG München, MittBayNot 2008, 223 (in diesem Heft) mit umfangreichem Nachweis der Judikatur. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das OLG Hamm mit der dort zitierten Entscheidung (FamRZ 2006, 1436) seine davor vertretende ablehnende Auffassung (FamRZ 2003, 1042) ausdrücklich aufgegeben hat. Auch das OLG Karlsruhe (FamRZ 2006, 1464) hat insoweit einen Wechsel seiner Auffassung vollzogen.

⁸ Beachte, dass bei Anknüpfung des Adoptionsstatuts für eine Ehegattenadoption gemäß Art. 22 Satz 2, Art. 14 EGBGB für das Vorliegen einer Rückverweisung ausschließlich die ausländischen adoptionsrechtlichen Kollisionsnormen zu beachten sind, nicht auch die zu den allgemeinen Ehwirkungen – vgl. *Müller/Sieghörner/Emmerling*, Adoptionsrecht in der Praxis, S. 59.

⁹ *Hay/Weintraub/Borchers*, Conflict of Laws – Cases and Materials, 11. Aufl. 2000, S. 886; *Staudinger/Henrich*, BGB, 2002, Vorbem. Art. 22 EGBGB Rdnr. 8 „Vereinigte Staaten von Amerika“.

¹⁰ *Henrich*, Internationales Familienrecht, 2. Aufl. 2000, S. 305; *Palandt/Heldrich*, BGB, 67. Aufl. 2007, Art. 22 EGBGB Rdnr. 2; *AnwKommBGB/Benicke*, 2005, Art. 22 EGBGB Rdnr. 59; KG, IPRax 1982, 246. Kritisch: *Sonnenberger* in FS Sturm, 1999, S. 1683.

¹¹ Zu Art. 23 EGBGB vgl. auch unten 4.

Müller-Lukoschek plädiert in Fällen dieser Art für eine Abgabe der Sache an das Konzentrationsgericht über § 46 FGG wegen Vorliegen eines wichtigen Grundes.¹² Meines Erachtens braucht man nicht so weit zu gehen. Während die Vorschriften des Kollisionsrechts naturgemäß zwischen Kollisionsnormen und Sachnormen differenzieren müssen, kennt das Verfahrensrecht nur die allgemeine Unterscheidung von Vorschriften des materiellen und des Verfahrensrechts. Die Geltung der von Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EGBGB getroffenen Definition für die Auslegung des Begriffs der „Sachvorschriften“ auch für § 43 b FGG ist vor diesem Hintergrund weder zwingend noch selbstverständlich. Sinnvoll ist angesichts der verfahrensrechtlichen Besonderheiten und des Zwecks der Zuständigkeitskonzentration vielmehr allein eine Auslegung, die auch den Fall der Anwendbarkeit ausländischen Kollisionsrechts umfasst.¹³ Damit ergibt sich schon aus der systematischen Auslegung, dass die Konzentrationszuständigkeit alle Adoptionsfälle erfasst, in denen Art. 22 EGBGB auf ausländisches Recht verweist, auch wenn letztlich kraft Rückverweisung des ausländischen IPR die Adoption nach den materiellen Vorschriften des deutschen Rechts durchgeführt wird.

4. Deutsches Recht als Zustimmungsstatut kraft Rückverweisung

In einem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall der Adoption eines Nigerianers durch deutsche Eheleute¹⁴ ergab sich die Anwendbarkeit ausländischen Rechts erst gemäß Art. 23 EGBGB für die Zustimmungen zur Adoption. Freilich dürfte dieser Weg auch nicht zur Anwendung ausländischer „Sachnormen“ führen. Weil das nigerianische internationale Adoptionsrecht dem englischen entspricht,¹⁵ ist zumindest dann, wenn der Annehmende sein *domicile* in Deutschland hat¹⁶ von einer versteckten Rückverweisung auf die deutsche *lex fori* auszugehen.¹⁷ Gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB ist also auch auf die Zustimmungen zur Adoption ausschließlich deutsches materielles Recht anzuwenden.

Das OLG Stuttgart hätte schon an diesem Punkt – aus seiner Sicht zutreffend – die Konzentrationszuständigkeit unter Hinweis darauf verneinen können, es fänden wegen der Rückverweisung keine ausländischen „Sachvorschriften“ Anwendung. Allerdings ist in Deutschland umstritten, ob eine Rückverweisung im Rahmen der Anknüpfung des Zustimmungsstatuts nach Art. 23 EGBGB zu beachten ist. Ein Teil der Rechtsprechung und Lehre vertritt die Ansicht, dass Rück- und Weiterverweisungen durch das Heimatrecht nicht zu beachten seien.¹⁸ Begründet wird diese Ausnahme vom Grundsatz der Beachtlichkeit von Rückverweisungen damit, dass Art. 23 Satz 1 EGBGB die spezifischen Interessen des Kindes schützen solle.

Auch das OLG München¹⁹ wiederholt die Mantra, „Art. 23 EGBGB sei wegen des verfolgten Schutzzwecks als Sachnormverweisung zu verstehen“.²⁰ Zweck der Anknüpfung in Art. 23 EGBGB ist in der Tat der Schutz der Interessen des Angenommenen. Es soll durch die Anwendung seines Heimatrechts auf die Zustimmungen zur Adoption die Wahrscheinlichkeit vergrößert werden, dass die Adoption in seinem Heimatland anerkannt wird.²¹ Die zunehmend vertretene Gegenansicht weist darauf hin, dass kein zwingender Grund dafür vorliege, auf der Anwendung des Heimatrechts auch dann noch zu bestehen, wenn dieses selber bestimmt, dass die Adoption nach deutschem Recht vorzunehmen sei. Vielmehr solle hier durch Befolgung der Rückverweisung versucht werden, den Entscheidungseinklang mit dem Heimatrecht zu finden und die Durchführung der Adoption zu erleichtern.²² Zudem gibt es keinen Grund für die Annahme, dass das Heimatrecht des zu Adoptierenden seine Interessen stärker berücksichtigt, als das deutsche Adoptionsrecht. Daher sind auch im Rahmen des Zustimmungsstatuts Rück- und Weiterverweisungen zu beachten.

Letztere Auffassung überzeugt. Auswirkungen auf die Konzentrationszuständigkeit gemäß § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG ergeben sich hieraus nicht. Zwar führt die Missachtung einer Rückverweisung u. U. dazu, dass die Voraussetzungen der Adoption insgesamt nach dem ausländischen materiellen Adoptionsrecht zu beurteilen wären. Wie jedoch zuvor (unter II. 3.) ausgeführt, ist § 43 b Abs. 2 Satz 2 EGBGB dahingehend auszulegen, dass schon die Anwendbarkeit des ausländischen IPR die Konzentrationszuständigkeit begründet.

5. Zuständigkeitskonzentration im Fall der Volljährigenadoption

Das OLG München²³ wie auch das OLG Stuttgart²⁴ lehnen das Vorliegen einer Konzentrationszuständigkeit dann ab, wenn der Anzunehmende zum Zeitpunkt der Entscheidung das 18. Lebensjahr vollendet hat.²⁵ Zur Begründung verweist das OLG München darauf, dass das AdWirkG im Fall der Volljährigenadoption gemäß § 1 Satz 2 AdWirkG keine Anwendung finde, so dass dann auch die in § 5 AdWirkG ange-

¹² Jansen/Müller-Lukoschek, FGG-Großkommentar, 3. Aufl. 2005, § 43 b Rdnr. 63.

¹³ So auch OLG Karlsruhe, FamRZ 2005, 2095; AnwKommBGB/Benicke, Art. 23 EGBGB Rdnr. 18.

¹⁴ FGPrax 2007, 26 = NJW-RR 2007, 297.

¹⁵ So Staudinger/Henrich, Vorbem. zu Art. 22 EGBGB Rdnr. 8 „Nigeria“.

¹⁶ Hierzu bereits oben, II. 3.

¹⁷ Da das englische und das nigerianische IPR keine spezielle Anknüpfung für das auf die Zustimmungen zur Adoption anwendbare Recht kennen, ist insoweit zur Prüfung der Rückverweisung auf die allgemeine Regelung zum auf die Adoption anwendbaren Recht abzustellen.

¹⁸ Palandt/Heldrich, Art. 23 EGBGB Rdnr. 2; BayObLG, NJW-RR 1988, 1352; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 49 IV 2; Rauscher, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2002, S. 208.

¹⁹ MittBayNot 2008, 223 (in diesem Heft).

²⁰ MittBayNot 2008, 223 (in diesem Heft) unter II 2 a.

²¹ Henrich, Internationales Familienrecht, S. 320; v. Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 8 Rdnr. 148; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 49 IV 2.

²² von Bar, Internationales Privatrecht II, 1991, Rdnr. 323; AnwKommBGB/Benicke, Art. 23 EGBGB Rdnr. 18; Soergel/Lüderitz, BGB, 12. Aufl. 1996, Art. 23 EGBGB Rdnr. 24; Staudinger/Henrich, Art. 23 EGBGB Rdnr. 6; Henrich, Internationales Familienrecht, S. 320; Staudinger/Hausmann, 2003, Art. 4 EGBGB Rdnr. 243; Looschelders, Internationales Privatrecht, 2004, Art. 23 EGBGB Rdnr. 7; Bamberger/Roth/Otte, 2002, Art. 23 EGBGB Rdnr. 16; v. Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8 Rdnr. 148. Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 249 a Fn. 688; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, § 10 V, S. 405; MünchKommBGB/Sonnenberger, 4. Aufl. 2006, Art. 4 EGBGB Rdnr. 26.

²³ MittBayNot 2008, 223 (in diesem Heft).

²⁴ FGPrax 2007, 26 = NJW-RR 2007, 297.

²⁵ Die Gerichte sprechen zwar von „Volljährigkeit“. Das ist aber insoweit unscharf, als sie sich auf § 1 Satz 2 AdWirkG beziehen, wo auf die Vollendung des 18. Lebensjahres abgestellt wird. Diese hat zwar nach deutschem Recht den Eintritt der Volljährigkeit zur Folge, ist der Anzunehmende ausländischer Staatsangehöriger, unterliegt der Eintritt der Volljährigkeit gemäß Art. 7 EGBGB aber seinem ausländischen Heimatrecht und kann daher auch erst später eintreten.

ordnete Zuständigkeit nicht eingreife. Diese Argumentation geht aber an der Sache vorbei. Die Zuständigkeitsnorm in § 5 Abs. 1 Satz 1 AdWirkG beschränkt sich auf Anträge auf Anerkennung- und Wirkungsfeststellung sowie den Umwandlungsausspruch (§§ 2 und 3 AdWirkG). Die Interpretation als „Rechtsgrundverweisung“ durch das OLG München würde also dazu führen, dass selbst für die Durchführung einer Minderjährigenadoption § 5 AdoptG nicht eingreifen würde und die Verweisung in § 43 b Abs. 1 Satz 2 FGG leer laufen würde.

Der Hinweis beider OLG auf den mit dem Gesetz verfolgten Minderjährigenschutz geht gleich doppelt in die Irre: Zum einen verlangt der Minderjährigenschutz nicht, die Erwachsenenadoption von der Zuständigkeitskonzentration auszuschließen. Auch in diesen Fällen sind die mit der Spezialisierung des Gerichts verbundenen Vorteile hilfreich.²⁶ Zum anderen greift die Konzentrationszuständigkeit nach § 5 AdWirkG auch dann noch ein, wenn der Angenommene schon längst volljährig ist, und nur bei Annahme minderjährig war – von Minderjährigenschutz also keine Rede mehr sein kann. Wenn das OLG Stuttgart sich darauf zurückzieht, aus den Materialien ergebe sich nicht, dass der Gesetzgeber an eine Zuständigkeitskonzentration auch für die Erwachsenenadoption gedacht habe, so kann dies nicht rechtfertigen, die sich aus dem Gesetz ebenso wie aus den Gründen für die Zu-

ständigkeitskonzentration (fachliche Expertise) ergebende eindeutige Zuweisung aller Adoptionsfälle mit Auslandsrechtsanwendung an das Konzentrationsgericht einzuschränken.²⁷ Daher ist mit dem OLG Köln²⁸ davon auszugehen, dass die Konzentrationszuständigkeit vom Alter des Angenommenen unabhängig eingreift.

III. Fazit

Aus § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG ergibt sich die örtliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts am Sitz des OLG für die Entscheidung über die Adoption in allen Fällen, in denen der Anzunehmende oder der Annehmende ausländischer Staatsangehöriger ist bzw. bei Annahme durch Eheleute ausländisches Recht gemäß Art. 14 Abs. 1 EGBGB allgemeines Ehewirkungsstatut ist. Dies gilt unabhängig davon, ob überhaupt ausländisches materielles Adoptionsrecht anzuwenden ist oder erst kraft Rückverweisung ausschließlich die materiellen Bestimmungen des deutschen Rechts gelten, und zwar auch für den Fall der Volljährigenadoption. Die in der Rechtsprechung einiger OLG vertretene Einschränkung der Zuständigkeitskonzentration widerspricht dem Sinn dieser Regelung.

²⁶ So auch *Henrich*, IPRax 2007, 338 in der Anm. zu den Beschlüssen des OLG Stuttgart vom 19.1.2007 und 20.11.2006 unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung zum AdWirkG.

²⁷ Ebenso OLG Köln, RNotZ 2006, 494 = FamRZ 2006, 1859; OLG Stuttgart, StAZ 2004, 134, 135 („praktisch alle Adoptionsverfahren mit Auslandsbezug“); AnwKommBGB/Benicke, Art. 22 EGBGB Rdnr. 70.

²⁸ RNotZ 2006, 494 = FamRZ 2006, 1859.

Neue grunderwerb- und umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlagen bei Optionsfällen

– zugleich Anmerkung zum BMF-Schreiben vom 25.9.2007, IV A 5 – S 7200/07/0019* –

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

Finanzverwaltung und Rechtsprechung haben ihre Ansicht zu den grunderwerb- und umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlagen bei Optionsfällen zugunsten des Steuerpflichtigen geändert. Während bislang bei einem Nettokaufpreis von 100 die Grunderwerbsteuer 3,5 % aus 119 und die Umsatzsteuer 19 % aus 101,75 betrug, sind künftig die Steuersätze jeweils nur noch aus dem Nettopreis 100 zu erheben.

1. Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer

Das Verhältnis der Grunderwerbsteuer zur Umsatzsteuer bestimmt sich nach § 4 Nr. 9 a UStG. Demnach sind Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, umsatzsteuerfrei. Auf die Umsatzsteuerfreiheit kann verzichtet werden, wenn der Umsatz an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausgeführt wird (§ 9 Abs. 1 UStG).¹ Im Fall der

zulässigen Option nach § 9 Abs. 1 UStG wird die Grundstückslieferung somit umsatzsteuerpflichtig.

Nach bislang herrschender Ansicht entstand bei einem Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung die Umsatzsteuer aus dem Nettoentgelt zuzüglich der halben Grunderwerbsteuer.²

* MittBayNot 2008, 248 (in diesem Heft). Die Anmerkung erfolgt mit freundlicher Genehmigung der NotBZ, in welcher der Verfasser bereits im Jahr 2006 (NotBZ 2006, 307) einen entsprechenden Beitrag veröffentlicht hat. Bei der Anmerkung handelt es sich um eine abgewandelte und aktualisierte Form.

¹ Bei der Bestellung und Übertragung von Erbbaurechten ist die Möglichkeit, auf die Steuerbefreiung zu verzichten, nach Maßgabe des § 9 Abs. 2 i. V. m. § 27 Abs. 2 UStG eingeschränkt.

² Vgl. Abschnitt 149 Abs. 7 UStR; sofern der Vorgang jedoch von der Grunderwerbsteuer befreit ist (z. B. gemäß § 3 Nr. 6 GrEStG), war umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage schon nach bisher h. M. nur der tatsächlich zu entrichtende Nettokaufpreis; vgl. *Vogel/Schwarz*, UStG, § 10 Rdnr. 21.

Dies wurde damit begründet, dass nach dem Gesetz Käufer und Verkäufer wirtschaftlich jeweils die halbe Grunderwerbsteuer schuldeten, so dass nur die halbe Grunderwerbsteuer zum Entgelt hinzugerechnet werden konnte.³

Mit dem Urteil des BFH vom 9.11.2006⁴ ist jedoch eine Änderung der Rechtsprechung eingetreten. Nach dem amtlichen Leitsatz erhöht die Grunderwerbsteuer, die der Käufer eines Grundstücks vereinbarungsgemäß zahlt, das Entgelt für die Grundstückslieferung *nicht*. Insoweit schließt sich das Gericht den neueren Ausführungen der Literatur an.⁵ Inzwischen hat auch die Finanzverwaltung diese neue Auffassung übernommen.⁶ Der BFH-Entscheidung ist zuzustimmen: Die Einbeziehung der hälftigen Grunderwerbsteuer bei ihrer vollständigen vertraglichen Übernahme durch den Erwerber in die Bemessungsgrundlage der Umsatzsteuer ist abzulehnen. Die Grunderwerbsteuer zählt gemäß § 448 Abs. 2 BGB zu den alleine vom Erwerber zu tragenden Kosten. Die ratio legis der in dieser Bestimmung normierten Kostentragungspflicht besteht darin, dass dem Verkäufer der vereinbarte Kaufpreis im Zweifel ungeschmälert von Kosten verbleiben soll. Bei wirtschaftlicher Betrachtung steht die Grunderwerbsteuer den Beurkundungskosten gleich, so dass § 448 Abs. 2 BGB zumindest analog herangezogen werden kann.⁷ Diese zivilrechtlich vorgegebene Kostentragungspflicht des Erwerbers im Innenverhältnis zum Veräußerer ändert zwar nichts an der Steuerschuldnerschaft des Veräußerers gemäß § 13 Nr. 1 GrEStG; sie schließt jedoch eine Behandlung der vom Erwerber zu entrichtenden Grunderwerbsteuer als umsatzsteuerliches Entgelt aus.⁸ Nach der neuen Rechtsprechung gilt somit künftig folgende umsatzsteuerliche Berechnung:

Beispiel:

Ein Grundstück wird umsatzsteuerpflichtig verkauft für 100.000 € zzgl. Umsatzsteuer.

Umsatzsteuer:

19% Umsatzsteuer aus dem Nettopreis von 100.000 € = 19.000 €.

³ Nur wenn Verkäufer und Käufer die Grunderwerbsteuer je zur Hälfte trugen, sollte die Grunderwerbsteuer keinen Niederschlag in der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage finden. Offen war dagegen die Rechtslage in den Fällen, in denen der Verkäufer die Grunderwerbsteuer alleine trug. Auf der Basis der vorstehenden Überlegungen hätte die Bemessungsgrundlage wohl um die halbe Grunderwerbsteuer gemindert werden müssen, da der Verkäufer im Innenverhältnis eine Leistung des Käufers übernahm. Vgl. hierzu kritisch *Schuck*, MittBayNot 1998, 415.

⁴ Vgl. BFH, BStBl II, S. 285.

⁵ Vgl. *Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, 3. Aufl. 2005, § 9 Rdnr. 99; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, 8. Aufl. 2004, § 9 Rdnr. 9; v. *Streit*, DStR 2003, 1776; *Wagner*, UR 1999, 361.

⁶ Vgl. BMF-Schreiben vom 25.9.2007, IV A 5 – S 7200/07/0019 (MittBayNot 2008, 248, in diesem Heft). Es wird jedoch nicht beanstandet, wenn sich Erwerber und Veräußerer hinsichtlich bis zum 30.9.2007 abgeschlossener Grundstückskaufverträge auf die bisherige Regelung des Abschnitts 149 Abs. 7 Satz 5 und 6 UStR berufen; bei Grundstückskaufverträgen, für die nach § 13 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UStG der Leistungsempfänger Steuerschuldner ist, reicht es aus, wenn sich der Erwerber auf die bisherige Regelung beruft.

⁷ Vgl. bereits OLG Bremen, DNotZ 1975, 95; vgl. ferner *Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, § 9 Rdnr. 99.

⁸ Auf der Grundlage dieser Überlegungen ist die Grunderwerbsteuer somit auch dann nicht in die Bemessungsgrundlage der Umsatzsteuer einzustellen, wenn der Veräußerer alleine die gesamte Grunderwerbsteuer trägt oder die hälftige Grunderwerbsteuer übernimmt, vgl. *Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, § 9 Rdnr. 99; v. *Streit*, DStR 2003, 1756; *Eder*, ZIP 1994, 1671; *Wäger*, UStB 2002, 301.

2. Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer

Die wirksame Option zur Umsatzsteuerpflicht hatte nach bislang einhelliger Ansicht eine nachteilige Folge im Hinblick auf die Grunderwerbsteuer. Der um die Umsatzsteuer höhere Kaufpreis führte zu einer entsprechenden Erhöhung der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer, da die Umsatzsteuer als unselbständiger Teil des zivilrechtlichen Kaufpreises zur Gegenleistung für den Grunderwerb gezahlt wurde.⁹ Dies galt unabhängig davon, ob der Erwerber zum Vorsteuerabzug berechtigt war oder nicht.¹⁰

Seit Inkrafttreten des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 UStG n. F. am 1.4.2004¹¹ schuldet jedoch bei einer Option zur Umsatzsteuer nur noch der Grundstückskäufer die Umsatzsteuer und nicht mehr wie bisher der Verkäufer.¹² Der leistende Unternehmer erhält nur noch den Nettokaufpreis. Der Leistungsempfänger darf die Umsatzsteuer nicht als Preisbestandteil an den leistenden Unternehmer überweisen, sondern muss diese in seiner eigenen Voranmeldung erklären und direkt an das Finanzamt abführen. Der Wechsel des Steuerschuldners im Zuge des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 bedeutet, dass die Umsatzsteuer nicht mehr als Bestandteil des Kaufpreises, sondern als originäre Steuerschuld des Käufers anzusehen ist. Die geänderte Rechtslage hat somit zur Folge, dass die Grunderwerbsteuer bei umsatzsteuerpflichtigen Verkäufen nur noch aus dem Nettokaufpreis zu bemessen ist.¹³

Seit Inkrafttreten des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 UStG n. F. am 1.4.2004 gilt daher künftig folgende Berechnung:

Beispiel:

Ein Grundstück wird umsatzsteuerpflichtig verkauft für 100.000 € zzgl. Umsatzsteuer.

⁹ Vgl. Abschnitt 149 Abs. 7 Satz 4 ff. UStG; vgl. hierzu auch *Forster*, UR 2004, 190.

¹⁰ Vgl. BFH/NV 1998, S. 1256. Aus Vereinfachungsgründen berechnete die Finanzverwaltung bei einem Kaufpreis von 100.000 € zzgl. 19 % UStG jedoch die Grunderwerbsteuer nicht aus dem Gesamtpreis von 119.332,50 €. Bemessungsgrundlage sollte vielmehr der Kaufpreis ohne Berücksichtigung der Erhöhung durch die halbe Grunderwerbsteuer sein, also hier 119.000 €. Vgl. etwa Erlass des FinMin Rheinlandpfalz vom 23.5.1984, DStR 1984, S. 455; vgl. ferner Abschnitt 149 Abs. 7 UStR. Das FG Mecklenburg-Vorpommern (DStRE 2003, 118) ging entgegen dieser Verwaltungspraxis sogar noch einen Schritt weiter und bezog für den Regelfall der gesamten Übernahme der Grunderwerbsteuer durch den Erwerber auch die auf die Hälfte der übernommenen Grunderwerbsteuer entfallende Umsatzsteuer in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ein.

¹¹ Vgl. Haushaltsbegleitgesetz 2004, BGBl 2003 I, S. 3076. Vgl. hierzu auch *Krauß*, DB 2004, 1225; *Bartsch/Blaas/v. Pannwitz*, BB 2004, 1249; *Schubert*, MittBayNot 2004, 237; *Küffner/Zugmaier*, DStR 2004, 712.

¹² Vorausgesetzt der Grundstückskäufer ist selbst Unternehmer oder juristische Person des öffentlichen Rechts, § 13 b Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Abs. 2 UStG. Ob der Käufer die Leistung für seinen unternehmerischen Bereich bezieht, ist dagegen für den Übergang der Steuerschuldnerschaft irrelevant. Gleiches gilt für Lieferungen von Grundstücken im Zwangsversteigerungsverfahren durch den Vollstreckungsschuldner an den Ersteher, die bereits nach der seit dem 1.1.2002 geltenden Fassung des § 13 b UStG unter die Umsatzsteuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers fallen; vgl. FinMin Baden-Württemberg, Erlass vom 22.6.2004, DB 2004, 1464.

¹³ Vgl. *Küffner/Zugmaier*, DStR 2004, 713; *Forster*, UR 2004, 188; *Claussen/Mensing*, DStR 2004, 306, die darauf hinweisen, dass diese Konsequenz vom Gesetzgeber bei der Formulierung des § 13 b UStG n. F. womöglich nicht bedacht worden ist.

Grunderwerbsteuer:

3,5% Grunderwerbsteuer aus dem Nettopreis von 100.000 € = 3.500 €.

Auf der Grundlage der vorstehend dargestellten Rechtsprechung gilt daher folgende Kurzformel (bei einem Nettokaufpreis von 100):

19% Umsatzsteuer aus 100,

3,5% Grunderwerbsteuer aus 100.

Die Finanzverwaltung hat sich zunächst auf grunderwerbsteuerlicher Ebene der für den Steuerpflichtigen günstigen Auffassung angeschlossen.¹⁴ Für die umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage liegt nun ebenfalls eine zustimmende Äußerung der Finanzverwaltung vor.¹⁵

3. Geschäftsveräußerung i. S. d. § 1 Abs. 1 a UStG

Nach einer Verfügung der OFD Karlsruhe und Stuttgart vom 28.4.2000 kann allerdings der Verkauf eines Mietshauses eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung i. S. d. § 1 Abs. 1 a UStG darstellen.¹⁶ Danach ist jedes vermietete Grundstück ein gesonderter Betrieb, sofern der Erwerber die Mietverträge fortführt. Eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen liegt dagegen nicht vor, wenn lediglich ein Betriebsgrundstück aus einem größeren Betrieb isoliert verkauft wird. In diesem Fall ist das Betriebsgrundstück kein gesonderter Betrieb, sondern lediglich ein Einzelwirtschaftsgut¹⁷.

Bei einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung i. S. d. § 1 Abs. 1 a UStG tritt der Erwerber in die Rechtsstellung des Veräußerers ein, d. h. die Verwendung des Mietgrundstückes durch den Veräußerer im Erstjahr für Abzugsumsätze und Abschlussumsätze und der Berichtigungszeitraum von zehn Jah-

ren werden dem Erwerber zugerechnet. Damit der Erwerber die Vorsteuerberichtigung durchführen kann, muss der Veräußerer deshalb gemäß § 15 a Abs. 6 a Satz 2 UStG angeben:

- Vorsteuer aus den Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Mietwohngrundstücks,
- Beginn der erstmaligen Verwendung (mit dem Monat der erstmaligen Verwendung beginnt der Berichtigungszeitraum von zehn Jahren),
- Verwendung des Mietwohngrundstücks im Jahr der erstmaligen Verwendung für Abzugsumsätze oder Abschlussumsätze, d. h. ob das Grundstück im Erstjahr umsatzsteuerpflichtig oder -befreit vermietet wurde.

Sofern demnach ein umsatzsteuerpflichtig vermietetes Geschäftsgrundstück an einen Dritten veräußert wird und nach Ansicht der Finanzverwaltung in dem Verkauf eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen i. S. d. § 1 Abs. 1 a UStG zu sehen ist, ist eine Option zu Umsatzsteuerpflicht *nicht* möglich.

Diese Rechtslage konnte sich in der Vergangenheit zu einem umsatzsteuerlichen Nachteil entwickeln, wenn irrtümlich Umsatzsteuer ausgewiesen wurde. In diesem Fall hatte der Erwerber nämlich keinen Vorsteuerabzug, da nach der strengen Rechtsprechung des BFH beim Leistungsempfänger nur die tatsächlich geschuldete Umsatzsteuer als Vorsteuer abziehbar war. Der Verkäufer konnte demgegenüber bei einer falsch ausgewiesenen Umsatzsteuer den falschen Steuerausweis berichtigen, um die Zahlung abzuwenden (§ 14 Abs. 2 UStG). Insoweit bringt die Neuregelung bei der Umsatzsteuerschuldnerschaft im Zuge des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 (§ 13 b Abs. 1 Nr. 3 UStG n. F.) eine Entschärfung des Risikos, dass der Käufer bei einer nicht erkannten Geschäftsveräußerung im Ganzen i. S. d. § 1 Abs. 1 a UStG die in diesem Fall zu Unrecht erhaltene Vorsteuer zurückzahlen muss, aber der gegen den Verkäufer bestehende Rückzahlungsanspruch bezüglich der an diesen geleisteten Umsatzsteuer ungesichert ist.

Die Rückabwicklung findet nach der Neuregelung vielmehr ausschließlich im Verhältnis Käufer – Finanzamt statt.¹⁸

4. Zusammenfassung

Nach der neuen Rechtsprechung, der sich inzwischen auch die Finanzverwaltung angeschlossen hat, ist künftig sowohl die 19%ige Umsatzsteuer als auch die 3,5%ige Grunderwerbsteuer jeweils aus dem Nettokaufpreis zu bemessen. Zu beachten ist jedoch stets, dass bei Geschäftsveräußerungen im Ganzen i. S. d. § 1 Abs. 1 a UStG eine Option zur Umsatzsteuerpflicht nicht möglich ist.

¹⁴ Vgl. den Erlass des FinMin Baden-Württemberg vom 22.6.2004, 3-S 4521/24, der im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangen ist, DStR 2004, 1432. In Optionsfällen wird die Umsatzsteuer zwingend vom Erwerber geschuldet; sie ist damit nicht mehr Bestandteil der grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung.

¹⁵ Vgl. BMF-Schreiben vom 25.9.2007, IV A 5 – S 7200/07/0019 (MittBayNot 2008, 248, in diesem Heft); die früheren Formulierungsvorschläge für umsatzsteuerpflichtige Kaufverträge müssen aufgrund der geänderten Rechtslage durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 angepasst werden. Ein Formulierungsvorschlag findet sich beispielsweise bei *Hipler*, ZNotP 2004, 229.

¹⁶ Vgl. USt-Kartei OFD Karlsruhe und Stuttgart zu § 1 Abs. 1 a UStG, S. 7100 b/Karte 1. Vgl. ferner v. *Streit*, BB 2003, 2657; *Herbert*, UR 2004, 506; *Serafini*, Gestaltende Steuerberatung 2003, S. 101 mit Formulierungsvorschlägen; *Everts* in Grziwotz/Everts/Heinemann/Koller, Grundstückskaufverträge, 2005, S. 415 ff.

¹⁷ Die Veräußerung eines mit Hallen bebauten Grundstücks, das (im Rahmen einer umsatzsteuerrechtlichen Organschaft) vom Besitzunternehmen an das Betriebsunternehmen vermietet war und durch ein anderes Betriebsgrundstück ersetzt wurde, ist Veräußerung eines einzelnen Anlagegegenstandes und keine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung. Das Hallengrundstück für sich ist kein fortführbarer Betrieb; vgl. BFH, DStRE 2005, 512.

¹⁸ Allerdings ist zu beachten, dass bei einer Geschäftsveräußerung im Ganzen der Erwerber als Betriebsübernehmer nach § 75 AO für die betrieblichen Steuern haftet, die im Jahr der Betriebsübertragung oder im Vorjahr entstanden sind und innerhalb eines Jahres nach Anmeldung des Betriebs festgesetzt oder angemeldet werden, d. h. beispielsweise für rückständige Umsatzsteuer des Veräußerers.

TAGUNGSBERICHT

Aktuelle Entwicklungen der notariellen Vertragsgestaltung im Erbrecht**Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht
an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 19.2.2008**Von Assessor *Alexander Müller-Teckhof*, München

Zum Ende des Jahres 2007 haben die Landesnotarkammer Bayern und die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. die Förderung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München um weitere vier Jahre verlängert. Verbunden mit dem Dank für das ausgesprochene Vertrauen in die Arbeit und für die weitere Unterstützung soll über die erste Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht im Jahre 2008 berichtet werden, die sich mit den aktuellen Entwicklungen der notariellen Vertragsgestaltung im Erbrecht beschäftigte. Das Reformvorhaben zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, das sich nach einem Beschluss des Bundeskabinetts vom 30.1.2008 nunmehr im parlamentarischen Verfahren befindet, unterstrich die Aktualität und Bedeutung der Thematik.

Im mit weit über 100 Teilnehmern sehr gut gefüllten Saal eröffnete der Dekan der Juristischen Fakultät, Herr Prof. Dr. *Ulrich Schroth*, in seinem Grußwort die Tagung, indem er auf die Breitenwirkung der Veranstaltung für Wissenschaft und Praxis hinwies, eine bestehende Vernetzung, die in besonderer Weise für die Exzellenzinitiative und den Status der Ludwig-Maximilians-Universität als Eliteuniversität Bedeutung erlange. Anschließend führte der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Herr Prof. Dr. *Johannes Hager*, nach seiner Begrüßung der Teilnehmer und seinem Dank an das bayerische Notariat und die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. für die Fortsetzung der Förderung der Forschungsstelle in die Thematik der Tagung ein. Das Erbrecht als jahrelang eher statische Materie sei durch die Einflüsse der Verfassung in Bewegung geraten, was er begrüße. Nicht zuletzt zeige sich die aktuelle Bedeutung des Erbrechts aber auch auf der Ebene des einfachen Rechts, beispielsweise bei der vom BGH entschiedenen Frage, ob Verfügungen als wechselbezügliche fortbestehen könnten, wenn die Ehe bereits unter Lebenden aufgelöst worden sei. Anschließend stellte *Hager* die Referenten mit ihren teils de lege lata verbundenen, teils de lege ferenda orientierten Referaten vor.

Das erste Referat hatte die „Bindung an das gemeinschaftliche Testament“ zum Gegenstand. Der Referent, Prof. Dr. *Hans-Joachim Musielak*, Passau, gab nach einem kurzen Aperçu über das gemeinschaftliche Testament und den Eintritt einer Bindungswirkung der letztwilligen Verfügung zunächst einen Überblick über die bestehenden Möglichkeiten, eine durch den Tod des Erstversterbenden bereits eingetretene und grundsätzlich unüberwindbare Bindungswirkung im gemeinschaftlichen Testament nachträglich zu beseitigen oder zu überwinden. Die Bindung an eine wechselbezügliche Verfügung entfalle zunächst dann, wenn die andere Verfügung gegenstandslos werde, beispielsweise beim Tod eines Bedachten, sofern nicht ein Ersatzerbe berufen sei oder eine Anwachsung eintrete. Eine weitere Möglichkeit bestehe daneben in der Ausschlagung des Zugewandten nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB. Problematisch sei die Lage, wenn nicht dem überlebenden Ehegatten, sondern einem Dritten letztwillig etwas zugewendet worden sei. Nach einer Auffassung sei in diesem Fall zur Beseitigung der Bindungswirkung in

entsprechender Anwendung des § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB eine Ausschlagung durch den Dritten vorzunehmen. Zu berücksichtigen sei aber zunächst der Wille des historischen Gesetzgebers, der der Bindungswirkung bei wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament kritisch gegenüber gestanden habe. Man befürchtete damals Streitigkeiten, ließ aber wegen der weiten Verbreitung des gemeinschaftlichen Testaments in der Bevölkerung die Möglichkeit, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten, bestehen. Grundgedanke der Regelung des § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB sei, dass der Überlebende sich widersprüchlich verhalte, wenn er entgegen der Bindungswirkung im gemeinschaftlichen Testament testieren wolle, andererseits aber das ihm Zugewandte behalte. Ein solch widersprüchliches Verhalten sei jedoch beim bedachten Dritten ausgeschlossen, so dass eine entsprechende Anwendung des § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen werden müsse.

Anschließend wandte sich *Musielak* der Frage zu, ob der überlebende Ehegatte zur Wiedererlangung der Testierfreiheit auch seinen gesetzlichen Erbteil ausschlagen müsse, der ihm möglicherweise nach § 1948 Abs. 1 BGB ersatzweise zustehe. Nach der herrschenden Meinung müsse sich die Ausschlagung auch auf den gesetzlichen Erbteil beziehen, wenn dieser nicht wesentlich kleiner als der letztwillig zugewandte Erbteil sei. Nach anderer Auffassung sei nach dem Willen des Testierenden zu unterscheiden. Schließlich würden Verfügungen nicht nach dem Verfügungsgrund differenzierend getroffen. Die Lösung ergebe sich stattdessen aus einer Auslegung der letztwilligen Verfügung. Die Entscheidung über eine notwendige Ausschlagung auch des gesetzlichen Erbteils sei nach der Bedeutung der Einsetzung im Rahmen der Nachlassplanung zu beurteilen. Es könne nicht dem Willen des Testierenden entsprechen, wenn der Bedachte nach Ausschlagung der testamentarisch Zugewandten im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge das Gleiche erhalte, er also die gemeinsame Nachlassplanung hierdurch aufhebe. In diesem Fall sei von einer konkludenten Enterbung des Überlebenden auszugehen. Sei die testamentarische Einsetzung freilich wertmäßig erheblich höher als die gesetzliche Einsetzung, so sollten die Umstände des Einzelfalls entscheiden. Der Notar werde dies bereits bei der Testamentsgestaltung und der Belehrung der Beteiligten bedenken.

Als weitere Möglichkeit der Aufhebung einer Bindungswirkung nach dem ersten Todesfall sei wie beim Erbvertrag die Aufhebung wegen schwerer Verfehlungen des Bedachten in Betracht zu ziehen. Weiterhin ergäbe sich die Möglichkeit einer Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht nach §§ 2271 Abs. 3, 2289 Abs. 2, 2338 BGB. Zudem sei eine Anfechtung von wechselbezüglichen Verfügungen in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Erbvertrags möglich. Schließlich könne sich eine Einschränkung der Bindungswirkung aus einer Abänderungsbefugnis des überlebenden Ehegatten ergeben. Anerkanntermaßen schließe eine solche Abänderungsbefugnis die Annahme einer Wechselbezüglichkeit nicht aus. Der Referent wies darauf hin, dass sich eine solche auch aus einer ergänzenden Testamentsauslegung ergeben könne, mahnte aber Zurückhaltung bei einer dahingehenden Auslegung privatschriftlicher Testamente an.

In der anschließenden ausführlichen und tiefgehenden Aussprache setzte sich die bereits im Gesetzgebungsverfahren bei Schaffung des BGB geführte Diskussion um das Für und Wider einer Bindungswirkung fort. Die Redebeiträge gingen vom Plädoyer gegen eine Bindungswirkung wegen einer aufgrund hoher Lebenserwartung des Überlebenden möglicherweise sehr langen Bindung bis zu Beiträgen, die die Bindungswirkung gerade bei zweifelhafter Testierfähigkeit zum Zeitpunkt einer späteren Abänderung als einen nicht zu unterschätzenden Schutzmechanismus verteidigten. Auch Fragen der Rechtsvergleichung mit der kritischen Haltung gerade des romanischen Rechtskreises gegenüber der Bindungswirkung im gemeinschaftlichen Testament und im Erbvertrag kamen zur Sprache.

Das zweite Referat der Veranstaltung befasste sich mit den Auswirkungen der anstehenden Reform des Erb- und Verjährungsrechts auf die notarielle Vertragsgestaltung. Herr Notar Dr. Felix Odersky, Erlangen, stellte einige Bemerkungen zum Spannungsfeld zwischen unzumutbarer Einschränkung der Testierfreiheit durch das Pflichtteilsrecht auf der einen Seite und der Berücksichtigung der Familienbande auf der anderen Seite an den Anfang seiner Ausführungen und zog Parallelen zur bestehenden Konfliktlage zwischen Vertragsfreiheit und Schwächerenschutz im Rahmen der Gestaltung von Eheverträgen. Sodann wandte sich Odersky dem aktuellen Reformentwurf zu. Die Würdigung des zu betrachtenden Gesetzentwurfs falle seiner Ansicht nach zwiespältig aus. Einzelne Neuerungen seien weitgehend wirkungslos, andere Neuerungen wiederum hätten weitreichende Auswirkungen auf die Vertragsgestaltungspraxis.

Ein erstes Problem sah der Referent in der beabsichtigten Neufassung der Pflichtteilsentziehungsgründe. Die alte Fassung des § 2333 Nr. 5 BGB über eine mögliche Pflichtteilsentziehung bei unsittlichem Lebenswandel des Pflichtteilsberechtigten sei von der Rechtsprechung bislang nur in Ausnahmefällen angenommen worden. Ob die leicht geänderte Formulierung des Entwurfs mit einer möglichen Pflichtteilsentziehung bei rechtskräftiger Verurteilung des Abkömmlings und dadurch bedingter Unbilligkeit der Nachlasseteilhabe hier eine substantielle Änderung bringen werde, bleibe abzuwarten. Die neue Fassung zwingt den Erblasser jedoch dazu, eine ihm bekannt gewordene Verfehlung nicht nur zu dokumentieren und in die letztwillige Verfügung aufzunehmen, sondern gegebenenfalls im Widerspruch zu Zeugnisverweigerungsrechten sogar selbst zur Anzeige zu bringen. In diesem Bereich sei die notarielle Praxis aufgerufen, Gründe für eine „Unzumutbarkeit“ zu eruieren, festzuhalten und in der Urkunde Ausführungen zum Werteverständnis des Erblassers zu machen. Nichtsdestotrotz habe eine notarielle Beratung in dieser

Situation eher in Richtung der Pflichtteilsreduzierung und -schmälerung zu gehen.

Ein zweites Problem des Reformentwurfes erblickte Odersky in der vorgesehenen Modifizierung der Stundungsregelung für den Pflichtteilsanspruch nach § 2331 a BGB. Die vorgesehene Formulierung, dass durch eine sofortige Zahlung eine „unbillige Härte“ entstehe, könne nicht überzeugen. Sie weiche nicht wesentlich von der geltenden Formulierung ab, dass die Erfüllung den Erben ungewöhnlich hart treffen müsse, welche in Rechtsprechung und Praxis keine besondere Bedeutung erlangt habe. Zudem sei zu kritisieren, dass über die Gewährung einer Stundung anstatt einer Einrede weiterhin das Nachlassgericht zu entscheiden habe. Der Referent schlug eine Anlehnung der pflichtteilsrechtlichen Stundungsvorschriften an diejenigen des Zugewinnausgleichs nach § 1382 BGB vor. In diesem Bereich bestehe durch eine Fülle von Entscheidungen der Gerichte zur Stundung bei Zahlung zur Unzeit bereits größere Rechtssicherheit. Alles in allem handele es sich um ein schwieriges Terrain für den Berater.

Anschließend wandte sich Odersky den positiven Aspekten des Entwurfs zu. Eine erste Stärke des Entwurfs sei in den neugestalteten Regelungen zur Ausgleichung und Anrechnung nach § 2315 und § 2316 BGB zu sehen. Die geplante Möglichkeit, auch nachträglich eine Anrechnung und Ausgleichung anordnen zu können, sei sehr zu begrüßen. Nach seiner Beobachtung gingen ohnehin die meisten Beteiligten von einer automatischen Anrechnung der Schenkung auf den Pflichtteil aus. Bei der Beurteilung bereits bestehender Testamente bringe die Regelung neue Auslegungsmöglichkeiten für die Gerichte. Gleichzeitig handele es sich um eine Klärung der Dogmatik zu den Rechtsinstituten der Ausgleichung und Anrechnung. Die geplante Neuregelung bleibe zudem nicht ohne Auswirkungen auf das internationale Privatrecht. Beispielsweise in Italien erfolge bei Schenkungen keine automatische Anrechnung auf den Pflichtteil. Fraglich sei, was gelte, wenn der Nachlass später dem deutschen Erbstatut unterstellt sei. Die geplante Neuregelung könne hier als Argument für eine erbrechtliche Qualifikation der Regelung gelten. Interessant sei, dass der Gesetzgeber zudem die Möglichkeit geben wolle, durch letztwillige Verfügung eine Bindungswirkung für Anrechnungs- und Ausgleichungsregelungen anzuordnen. Ein Problem könnte allerdings durch die Regelung des § 2302 BGB entstehen.

Die geschilderten Regelungen des Reformentwurfs hätten verschiedenste Auswirkungen auf die notarielle Praxis. Zum einen werde eine positive Anrechnungsbestimmung Bedeutung bei der Testamentsgestaltung erlangen. Zum anderen könne eine zum Zeitpunkt der Schenkung unterlassene Anrechnungsbestimmung nach einer eingehenden Belehrung durch den Notar über deren Rechtswirkungen nachträglich getroffen werden. Die Vorgehensweise, sich eine spätere Anrechnung vorzubehalten, werde damit überflüssig. Drittens könne eine Anrechnung nunmehr auch bindend in einem Erbvertrag vorgenommen werden. Mit dieser Regelung gehe Deutschland einen neuen Weg. Kritisch sei freilich anzumerken, dass auch die neugeschaffenen Gestaltungsmöglichkeiten den Testierenden weitgehend unbekannt bleiben würden. Die vorgesehenen weitergehenden Gestaltungsmöglichkeiten erforderten eine ausführliche Belehrung. Zu befürchten sei, dass die Problematik konkludenter Anrechnungsbestimmungen in privatschriftlichen Verfügungen verstärkt auftreten und zu Abgrenzungsschwierigkeiten zu bloßen Motiverklärungen führen werde. Der Regelfall werde sein, dass vom Verfügenden eine Anrechnung gewollt sei, eine Ausgleichung jedoch nicht seinem Willen entspreche. Odersky schlug daher vor, gesetzlich von der Anordnung einer Anrechnung auszugehen,

soweit nicht in der letztwilligen Verfügung etwas anderes bestimmt sei. Im Rahmen der Übergangsvorschriften des Gesetzesentwurfes sei fraglich, ob eine nachträgliche Anrechnungsbestimmung nicht dem Vertrauensschutz des Beschenkten widerspreche, und eine unter Geltung des alten Rechts unterbliebene Anrechnungsbestimmung nicht als eine konkludente Bestimmung der Nichtanrechenbarkeit anzusehen sei, die auch unter Geltung des neuen Rechts nicht mehr nachträglich geändert werden dürfe.

Eine weitere begrüßenswerte Änderung liege in der Regelung des Entwurfs zur Pflichtteilsergänzung nach § 2325 BGB. Die Regelung, die von einer Verringerung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs um jeweils zehn Prozent pro Jahr nach der Schenkung ausgehe, sei zu begrüßen. Nach der Entwurfsbegründung solle das Alles-oder-Nichts-Prinzip abgeschafft werden und durch eine Pro-rata-Regelung verhindert werden, dass wegen der Rechtsunsicherheit über die Entstehung eines möglichen Pflichtteilsergänzungsanspruches umfangreiche Rückstellungen zu bilden seien. Durch die Regelung werde

eine Schenkung nunmehr auch interessant, wenn die voraussichtliche Lebenserwartung des Schenkers unter zehn Jahren liege. Freilich sei der Fristbeginn streitanfällig. Zwar sei die Rechtsprechung im Grunde angemessen, wonach ein Fristbeginn ausscheide, wenn der Schenker den geschenkten Gegenstand im Wesentlichen selbst weiter nutzt und noch keinen spürbaren Vermögensverlust erlitten habe. In Einzelfragen bestünden aber Wertungswidersprüche. Diese enge Sichtweise verleite den Schenker voreilig zu einem Verzicht auf Rechte, die er sich an sich und ohne Kenntnis der Rechtsprechung vorbehalten hätte. Der Referent schloss seine Ausführungen mit einem Appell, das Pflichtteilsrecht nicht über Gebühr auszudehnen.

Nach einer angeregten Diskussion gab ein Empfang den Teilnehmern und Referenten die Möglichkeit, fachliche und persönliche Gespräche, auch zwischen den verschiedenen Berufsgruppen, zu vertiefen. Schon angekündigt sei die nächste Tagung im Sommer 2008, die sich mit Fragen des Wohnungseigentumsrechts beschäftigen wird.

BUCHBESPRECHUNGEN

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 3, Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht, §§ 854–882. de Gruyter, 2007. 669 S., 248 €

Nach ca. sieben Jahren ist eine Neubearbeitung der Kommentierung zu den §§ 854–882 BGB erschienen. Von besonderem Interesse für den notariellen Bereich sind naturgemäß die Vorschriften zum allgemeinen Grundstücksrecht, die leider in zwei Bänden erscheinen. Die Möglichkeit, das Teilabonnement des gesamten Dritten Buchs zu nutzen, dürfte sich trotz der ebenfalls hohen Qualität der anderen Teilbände kaum lohnen, da mit den Bänden zum Umwelthaftungsrecht und zu den §§ 1204–1296 BGB und den §§ 1–84 SchiffsRG eher weniger wichtige Werke miterworben werden müssen.

Die Kommentierung der allgemeinen Vorschriften zum Grundstücksrecht durch *Ertl* im Staudinger gehörte zweifellos zur Spitze dessen, was überhaupt auf dem Markt ist/war. Seit der Übernahme dieser Teile durch *Gursky* kann man nicht mehr sagen, die Bearbeitung *gehöre* zur Spitze, denn sie *ist* die Spitze. Eine fast schon versessen zu nennende Genauigkeit und Präzision, ohne dass dabei Übersichtlichkeit, systematische Klarheit und Struktur verloren gehen. Die Neubearbeitung der §§ 873 ff. BGB berücksichtigt die aktuellen Entwicklungen seit 2000, etwa zur GbR (§ 873 Rdnr. 99: Ablehnung der Grundbuchfähigkeit), die sachenrechtlich relevanten Änderungen des BauGB (Vorbem. zu §§ 873 ff. Rdnr. 59 ff.) oder die ZPO-Reform (etwa § 873 Rdnr. 50 a. E.: Ablehnung, die Auflassung wirksam in einem Beschlussvergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO zu erklären). Wie bereits in den Voraufgaben fand nicht nur eine Aktualisierung statt, sondern die Kommentierung wurde wiederum an vielen Stellen vertieft, was freilich den nicht allseits beliebten Effekt einer Verschiebung der Randnummern hat; in besonderem Maße gilt das für die Bearbeitung des § 873 BGB.

Die Kommentierung zum Recht des Besitzes ist allerdings nicht in der Lage, die Erwartungen zu erfüllen, die sich infolge der hervorragenden Arbeiten *Gurskys* aufbauen. So kann es etwa kaum befriedigen, wenn die Erörterung der Fragen des Besitzes bei der GbR die Entscheidung des BGH aus dem

Jahre 2001 (DNotZ 2001, 234) schlichtweg übergeht (§ 866 Rdnr. 15: „da bei ihr [sc. der GbR] die Frage eigener Rechtspersönlichkeit klar zu verneinen ist, mag auch eine auf Flume [...] zurückgehende, in der Literatur [sic!] im Vordringen befindliche Auffassung [...]“). Der Grund, weshalb der Band „ein Kauf“ ist, liegt aber zweifellos in der beispiellosen Kommentierung der §§ 873–882 BGB durch *Gursky* und *Kutter*. Dieser tadellose Eindruck wird auch nicht durch kleinere Druckfehler getrübt, wie etwa denjenigen in § 873 Rdnr. 295, wo der Satz unvollendet blieb (materielle Unwirksamkeit einer Löschung, die in anderer Weise als nach § 46 GBO erfolgt, dazu auch § 875 Rdnr. 68). Wenn man einen Wunsch äußern dürfte, was zur Abrundung in die Kommentierung hereingenommen werden kann, dann ist es eine kurze Auf-führung der landesrechtlichen Beschränkungen zu den Ver-äußerungen, Teilungen und Vereinigungen, insbesondere auch solche nach den Waldgesetzen, in die Rdnr. 83 bzw. in die Rdnr. 71 ff. der Vorbemerkungen zu den §§ 873 ff. BGB, da-mit man nicht andere Teilbände des Gesamtwerks (etwa Kom-mentierung des § 890 BGB oder des Art. 119 EGBGB) zu Rate ziehen muss.

Bekanntlich befindet sich das Sachenrecht nicht in einem der-art starken Fluss, dass es notwendig wäre, hier ständig die neuesten Auflagen der Literatur vorzuhalten. Das gilt umso mehr, je weiter die entsprechende Kommentierung in die Tiefe geht, was unzweifelhaft auf den Staudinger zutrifft. Zudem legt der Verlag bei den Neuauflagen eine recht hohe Schlagzahl an den Tag. Wer also die Neubearbeitung aus dem Jahre 2000 besitzt, der kann sich durchaus überlegen, erst die nächste Neuauflage in wahrscheinlich fünf bis sieben Jahren zu erwerben. Wer die 13. Bearbeitung 1996 oder gar nur die 12. Auflage (in den wesentlichen Passagen noch von *Ertl* be-arbeitet) zur Verfügung hat, dem sei die baldige Anschaffung dieses Teilbandes unbedingt empfohlen – die Investition wird sich bald als lohnend erweisen. Fraglos kommt derjenige, der wissenschaftlich arbeitet, auf keinen Fall um den Erwerb herum, da es einfach nichts Vergleichbares gibt.

Rechtsreferendar
Dipl.-Rpfl. (FH) Michael Dümig, Lahnstein

Walz (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht Deutsch-Englisch. Beck, 2007. 1 112 S., 112 €

Dass Vertragsgestaltung in englischer Sprache zum Berufsalltag vieler deutscher Juristen gehört, ist sicherlich kein Geheimnis. Notare werden namentlich in zwei Situationen mit der englischen Sprache konfrontiert: Einer der Urkundsbe-teiligten ist nur der englischen Sprache mächtig, so dass der Notar entweder selbst übersetzen oder einen Dolmetscher hinzuziehen muss; oder aber der deutschen Fassung soll eine englische Fassung beige-fügt werden, um Mandanten oder sonstige Vertragspartner zu informieren. Gerade letztere Vari-ante erfreut sich zunehmender Beliebtheit. Die Texte werden in beiden Sprachen abgefasst und in zwei Spalten nebenein-

andergestellt, wobei einer der beiden Fassungen der Vorrang eingeräumt wird. Auf eben diesem Prinzip basiert das zu rezensierende Werk. Bemerkenswert ist dabei, dass die jewei-ligen Vertragsmuster streng vom deutschen Recht ausgehen. In anderen deutsch-englischen Vertragsgestaltungsbüchern hat man gelegentlich den Eindruck, dass bei Fehlen einer adäquaten englischen Übersetzung schlicht der deutsche Vertragstext angepasst wird. Hier hingegen entsprechen die für die notarielle Praxis wichtigen deutschen Vertragstexte vollumfänglich den in der Praxis gängigen Mustern.

Das Buch deckt alle wesentlichen Teile des Zivil- und Wirt-schaftsrechts ab, u. a. besonderes Schuldrecht, Immobili-arrecht, gewerbliches Mietrecht, Arbeitsrecht, Familienrecht, Erbrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, IT-Recht und ge-

werblicher Rechtsschutz. Die Bearbeiter des Werks sind überwiegend in Großkanzleien tätige Rechtsanwälte, wobei die für die notarielle Praxis besonders wichtigen Teilbereiche Immobilienrecht, Familienrecht, Erbrecht, Personengesellschaftsrecht sowie GmbH-Recht von Notaren bzw. Notarassessoren bearbeitet werden. In den genannten Teilbereichen werden nach dem für Beck'sche Formularbücher bekannten Schema Mustertexte vorangestellt (hier zweispaltig englisch – deutsch), die anschließend in den Anmerkungen kommentiert werden. Den jeweiligen Mustertexten sind als Anlage Wörterlisten beigelegt. Diese Wörterlisten sowie die 34 eng bedruckte Seiten umfassende Gesamtwörterliste am Ende des Buches erfreuen einen jeden mit englischer Sprache befassten Notar, geben sie doch Übersetzungshilfen, die man regelmäßig unter www.leo.org nicht finden kann. Dies ist umso bemerkenswerter, als sich alle 17 Bearbeiter ausweislich des Vorworts des Herausgebers im Laufe des Projekts auf eine einheitliche englische Terminologie geeinigt haben. Für die Beurkundung werden Wörterlisten freilich nur dann Relevanz haben, wenn ein Vertrag nicht zweispaltig deutsch – englisch, sondern nur in Englisch abgefasst wird. Auf diese Weise werden die wichtigsten Begriffe en bloc definiert, um Zweifelsfragen bei der Übersetzung ins Deutsche zu vermeiden. Diese Variante ist im Übrigen der Alternative, die den wichtigen englischen Rechtsbegriffen die deutsche Übersetzung in Klammern nachsetzt, aufgrund der leichteren Lesbarkeit klar überlegen.

In einem ersten Teil bearbeitet der Herausgeber (*Robert Walz*) allgemeine Vertragsbestandteile und Vollmachten. Hier findet man u. a. zweispaltige Übersetzungen für alle denkbaren Varianten des Urkundeneingangs (Beurkundungen nach §§ 8–35 BeurkG, §§ 36 ff. BeurkG, Vertretung einer Gesellschaft, vorbehaltlich Genehmigung usw.), wie auch Formulierungsbeispiele für beglaubigte Abschriften, vollstreckbare Ausfertigungen oder notarielle Vertretungsbescheinigungen.

Mit besonderer Neugier liest der Rezensierende den Immobilienrechtsteil (Teil C.). Hier war der Bearbeiter (*Thomas Zöpfl*) vor eine denkbar schwierige Aufgabe gestellt. Der klassische Grundstückskaufvertrag nach deutschem Recht findet aufgrund der erheblichen Systemunterschiede in weiten Teilen kein Pendant im englischen Recht. So kennt das englische Recht kein mit Gutgläubenswirkung ausgestattetes Grundbuch. Die damit einhergehende „*title indemnity insurance*“ auf Verkäuferseite erinnert vielmehr an eine GmbH-Geschäftsanteilsübertragung als an einen Grundstückskaufvertrag nach deutschem Recht. Insbesondere aber kennt das englische Immobilienrecht kein Grundeigentum im deutschen Sinne, sondern nur sich nach Intensität unterscheidende Besitzformen (*free hold, lease hold*). Nicht zuletzt wird der englische Grundstückskaufvertrag regelmäßig nicht vor einem Notar geschlossen, sondern die Parteien werden durch *solicitors* vertreten. Die Übersetzungsschwierigkeiten, die daraus folgen, nähern sich der Quadratur des Kreises. Im Anmerkungs- teil (Teil C. 1. Anm. 2) hat *Zöpfl* in angenehmer Kürze die Probleme um das anwendbare Recht zusammengefasst. Regelmäßig wird für ein im Inland belegenes Grundstück deutsches Recht anwendbar sein (Vermutung des Art. 28 Abs. 3 EGBGB), es sei denn die Parteien haben sich für ein anderes Recht entschieden (Art. 27 Abs. 1 EGBGB). In diesem Fall sind dann nichtsdestotrotz die zwingenden, im öffentlichen Interesse oder zum Schutz eines Vertragspartners erlassenen inländischen Vorschriften (z. B. §§ 305 ff. BGB) zu berücksichtigen (Art. 34 EGBGB). Die Form des schuldrechtlichen Kaufvertrags beurteilt sich entweder nach dem anwendbaren Recht oder nach dem am Ort des Vertragsschlusses geltenden Recht (Art. 11 Abs. 1 EGBGB). Ein deutsches Grundstück kann also in der nach dem anwendbaren ausländischen Recht

geltenden Form (schuldrechtlich) verkauft werden, sei es durch Beurkundung vor einem ausländischen Notar oder ggf. auch privatschriftlich. § 311 b BGB ist nach herrschender Meinung keine i. S. d. Art. 11 Abs. 4 EGBGB sich stets durchsetzende internationale Vorschrift. Die Auflassung hingegen kann nur vor einem deutschen Notar wirksam erklärt werden (Art. 11 Abs. 5 EGBGB).

Im familienrechtlichen Teil (Teil F.) findet sich ein Formulierungsbeispiel des in der Praxis häufig vorkommenden Ehevertrags/Scheidungsvereinbarung mit einem ausländischen Ehegatten. In den dazugehörigen Anmerkungen werden Güterstatut und Rechtswahl (Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 EGBGB) sowie die Anknüpfungsregeln für das Güterstatut nach ausländischem IPR übersichtlich zusammengefasst. Zusammen mit den Ausführungen zum anwendbaren Recht hinsichtlich des Versorgungsausgleichs (Art. 17 Abs. 3 EGBGB) und des Scheidungsunterhalts (Art. 18 Abs. 4 EGBGB) findet man hier Antworten zu allen Grundfragen des Ehevertrags/Scheidungsvereinbarung mit ausländischem Bezug.

Auch im erbrechtlichen Teil (Teil G.) werden alle Grundfragen hinsichtlich des anwendbaren Rechts sowie des objektiven Erbstatuts nach ausländischem IPR angesprochen. Hilfreich sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Bearbeiters (*Christian Hertel*), wie der Notar, quasi als Notfallplan, eine letztwillige Verfügung gestalten sollte, wenn ein ihm unbekanntes ausländisches Erbrecht Anwendung findet (nur Erbeinsetzung und Vermächnisse, kein Erbvertrag, keine Vor- und Nacherbschaft, keine Verwaltungsvollstreckung).

Einen sehr guten Überblick bieten die Anmerkungen zum Testament eines Deutschen mit Immobilienvermögen in den USA. Hier kommt es in vielen Fällen zu einer Nachlassspaltung, Art. 25 Abs. 1 und 3 EGBGB. Auf das Immobilienvermögen ist das ausländische Recht anwendbar, auf das übrige Vermögen hingegen deutsches Erbrecht. Die damit zusammenhängenden Probleme, wie etwa die Regelungsmöglichkeiten in einem Testament oder in einem gesonderten Vermächnistestament, Fragen um den *personal representative* sowie die Notwendigkeit eines Zwei/Drei-Zeugen-Testaments werden komprimiert und gut verständlich geschildert.

Im Teil H. werden die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die OHG und KG bearbeitet. Bei Sachverhalten mit internationalem Bezug treten hier regelmäßig drei Fragenkomplexe auf: die Frage nach dem Gesellschaftsstatut, die Beteiligungsfähigkeit eines ausländischen Gesellschafters sowie die Frage der internationalen Zuständigkeit der Gerichte. Diese Fragen werden in den Anmerkungen klar beantwortet. Der Bearbeiter (*Christoph Moes*) weist dabei zu Recht darauf hin, dass die herkömmliche Auffassung, wonach die Verlegung des Verwaltungssitzes zur Auflösung der Gesellschaft führt, angesichts der EuGH-Rechtsprechung (Überseering, Inspire Art) wohl nicht mehr zu halten sein wird. Dies sieht mittlerweile auch das Bundesministerium der Justiz so (vgl. Art. 10 des Referentenentwurfs für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen). Im aktienrechtlichen Teil (Teil J.) erfreut, dass der Bearbeiter (*Nicole Englisch*) im Hinblick auf Art. 11 Abs. 1 EGBGB von der Gründung einer deutschen Aktiengesellschaft bzw. von Kapitalmaßnahmen im Ausland abrät.

Zusammenfassend kann das Buch jedem Notar, der auch nur ansatzweise mit der englischen Rechtssprache in Berührung kommt, uneingeschränkt empfohlen werden. Aufgrund der Fülle der Vertragsmuster lohnt sich die Anschaffung im Übrigen auch für diejenigen, die unabhängig vom englischsprachigen Bezug lediglich ihre Textbausteinsammlung in etwas

exotischeren Teilbereichen (z. B. Softwareerstellungsvertrag, Domainkaufvertrag, Markenlizenzvertrag) erweitern wollen. Natürlich sind in den jeweiligen Teilbereichen nicht alle denkbaren Vertragsvarianten abgedeckt. Diesen Anspruch hat das Werk aber auch nicht erhoben. Schade ist lediglich, dass

die SE nicht behandelt wurde. Dies hätte man in einem deutsch-englischen Vertragshandbuch erwartet. Die nächste Auflage lässt grüßen.

Notar Dr. *Sebastian Franck*,
LL.M. (Cape Town), Neu-Ulm

Schröder/Bergschneider: Familienvermögensrecht. 2., neu bearb. und erg. Aufl., Giesecking, 2007. 1645 S., 128 €

Schon wenige Jahre nach der ersten Auflage erscheint das hier zu besprechende Handbuch nunmehr in zweiter Auflage. Das zeigt, dass das Familienvermögensrecht seinen Leserkreis gefunden hat, und zwar – das sei bereits eingangs verraten – völlig zu Recht.

Der Umfang des Familienvermögensrechts ist um ein Viertel gewachsen, was nur etwa zur Hälfte der nun erfolgten Ausarbeitung des Kapitels über den Versorgungsausgleich geschuldet ist, zur anderen Hälfte aber der gründlichen Überarbeitung und Aktualisierung des gesamten Werkes. Für die Notare unter den Lesern ist insbesondere wichtig, dass ein eigener Unterabschnitt über die Eheverträge sich nunmehr der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle widmet. Der Untertitel „Handbuch“, mit dem das Werk seit der zweiten Auflage versehen ist, verspricht nicht zu viel. Zu allen Fragen im Zusammenhang mit dem Vermögensrecht der Familie findet sich eine Antwort.

Zunächst stellt *Schröder* einführend Konfliktbewältigung im Familienrecht insbesondere in Form der Mediation dar und erläutert die allgemeinen vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe. Sodann folgt die Darstellung der Rechtsverhältnisse an Ehewohnung und Hausrat durch *Perpeet*. Hier ist zwar vorgesehen, dass diese Materie bei einer bevorstehenden Reform des Zugewinnausgleichsrechts in das BGB überführt wird. Inhaltlich wird sich jedoch wenig ändern. Der Konflikt um die Ehewohnung spielt auch in dem von *Hintzen* verfassten Abschnitt über die Teilungsversteigerung eine Hauptrolle. Der zentrale Abschnitt über die Güterstände wird von *Schröder, Bergschneider* und *Klüber* kommentiert. Dass letzterer die Gütergemeinschaft durchaus noch positiv beurteilt, wird insbesondere die Kollegen bestätigen, die sie im landwirtschaftlichen Bereich gerade in Bayern noch verwenden. Die Zuge-

winngemeinschaft wird in all ihren Facetten einschließlich der Bewertungsfragen ausführlich dargestellt. Hier bleibt keine Frage offen. *Wever* stellt in einer gekürzten und aktualisierten Fassung seiner Vermögensauseinandersetzungen der Ehegatten außerhalb des Güterrechts die sonstigen Vermögensverflechtungen unter Ehegatten dar. Wertvoll sind in diesem Abschnitt ergänzend eingebrachte Hinweise für die Vertragsgestaltung. Den Versorgungsausgleich kommentiert *Hauß* unter Hinweis auch auf die finanzielle Bedeutung dieses Rechtsinstituts bei kapitalwertorientierter Betrachtung. Dass die Rechtsprechung des BGH den Versorgungsausgleich zum Kernbereich der Scheidungsfolgen zählt, ist neben dem Umstand, dass er Kernstück jeden Scheidungsverfahrens ist, ein Grund mehr dafür, dass ihm nunmehr ein eigener Abschnitt gewidmet wird, auch wenn für das Jahr 2009 mit einer grundlegenden Strukturreform zu rechnen ist. Dass es sich nicht nur um das Ehe-, sondern um das Familienvermögensrecht handelt, wird in den Abschnitten über das Vermögen in nichtehelichen Lebensgemeinschaften (*Burger*) und über die Vermögensverwaltung und Vermögensübertragung bei Kindern (*Weisbrodt*) deutlich. Ein Glanzstück des Handbuches bildet die Darstellung der Steuern durch *Engels*. Neben den steuerlichen Folgen des Güterstandes werden die Auswirkungen von Unterhalt und Versorgungsausgleich ebenso beleuchtet wie die Immobilienbesteuerung und die Schenkungsteuer. Abgerundet wird das Thema durch die Darstellung der Fälle mit Auslandsberührung (*Mörsdorf-Schulte*).

Dieser Überblick zeigt, dass in dem rund 1600 Seiten umfassenden Handbuch jeder Aspekt des Familienvermögensrechts ausführlich und kompetent behandelt wird. Das Handbuch wurde durchgängig auf den Rechtsstand Anfang 2007 aktualisiert und ist daher für Anwälte ebenso wie für Notare und Gerichte eine Fundgrube an Aktualität, umfassenden Rechtsprechungsnachweisen aber auch originären eigenen Lösungsansätzen. Seine Anschaffung kann nur nachdrücklich empfohlen werden.

Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen

Emmerich/Habersack: Aktien- und GmbH-Konzernrecht. 5. Aufl., Beck, 2008. 875 S., 120 €

Häufig sind rechtlich selbständige Unternehmen durch gesellschaftsrechtliche Instrumentarien miteinander verbunden. Das Recht der verbundenen Unternehmen, landläufig auch als Konzernrecht bezeichnet, befasst sich hier mit der Zulässigkeit und den gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen solcher Verbindungen. Dies ist insbesondere für den Notar, der bei der Gestaltung derartiger Sachverhalte aufgrund bestehender Beurkundungspflichten häufig Begleiter von Konzernierungsmaßnahmen ist, von besonderem Interesse.

Nahezu alle wichtigen gesetzlichen Regelungen zum Konzernrecht hat der Gesetzgeber im Aktiengesetz verortet. Eine Vielzahl dieser primär auf Aktiengesellschaften gemünzten konzernrechtlichen Vorschriften sind allerdings auch auf Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH anzuwenden, jedoch unter Beachtung rechtsformspezifischer Besonderheiten. Insofern liegt es nahe, ein Werk zum Konzernrecht (im Wesentlichen) in der Form einer Kommentierung der einschlägigen Vorschriften des Aktiengesetzes – unter Hinweis auf Besonderheiten bei abweichenden Rechtsformen – abzufassen, so wie dies Prof. Dr. *Volker Emmerich* und Prof. Dr. *Mathias Habersack* für das hier zu rezensierende Werk

tun. Der Erfolg dieses Konzeptes zeigt sich in der Tatsache, dass die Kommentierungen von *Emmerich/Habersack* zum „Aktien- und GmbH-Konzernrecht“ in Praxis und Lehre gleichermaßen einen hohen Verbreitungsgrad finden und bereits in der 5. Auflage erscheinen. Dieser Erfolg beruht jedoch nicht allein auf dem Konzept, sondern auch und gerade auf den durchweg guten und aktuellen Kommentierungen, die insbesondere dem Praktiker einen schnellen Überblick bieten und in Zweifelsfällen belastbare Entscheidungs- und Gestaltungshilfen geben. Dies sei anhand einiger Beispiele belegt:

Äußerst interessant und aufschlussreich sind die Kommentierungen *Emmerichs* zu Unternehmensverträgen, insbesondere zu solchen, die im GmbH-Konzern zwischen herrschenden und beherrschten Gesellschaften abgeschlossen werden (§ 293 Rdnr. 39 ff.). Derartige Fallgestaltungen sind in der notariellen Praxis nicht selten und es sind diesbezüglich immer wieder die Fragen nach der notwendigen Mehrheit des Zustimmungsbeschlusses bei der beherrschten Gesellschaft sowie dem Registervollzug zu beantworten. Bezüglich der notwendigen Mehrheit bei dem genannten Zustimmungsbeschluss verlangt die (wohl noch) überwiegende Meinung, die sorgfältig gegen andere Ansichten abgewogen wird, grundsätzlich die Zustimmung aller Gesellschafter (vgl. dazu die ausführlichen Nachweise bei § 293 Rdnr. 43 a). Insofern sind für den Kautelarjuristen die Überlegungen *Emmerichs* zur „satzungsmäßigen Vorsorge“ gegen die lästige Zustimmung aller Gesellschafter besonders wertvoll (§ 293 Rdnr. 44). Bezüglich des Registervollzuges ist die Frage der Eintragung im Handelsregister der beherrschenden GmbH umstritten. Hier (d. h. bei § 293 Rdnr. 46) wünschte man sich eine klare Stellungnahme *Emmerichs*, wie er sie ohne Umschweife in der aktuellen Auflage des *Scholz* (Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2006, Anhang § 13 Rdnr. 153) tätigt: Eine Eintragung auch bei der herrschenden Gesellschaft ist notwendig.

Ebenso lehrreich sind die Ausführungen zur Konzernvertrauenshaftung als Durchgriffsmöglichkeit auf das herrschende Unternehmen (§ 302 Rdnr. 13 ff.). Anlass derartiger „Durchgriffsüberlegungen“ war und ist ein Urteil des Schweizer Bundesgerichts, das auch in Deutschland einer breiten Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der „Swissair-Pleite“ bekannt geworden ist. In ihm wurde eine Haftung des herr-

schen Unternehmens schon dann und allein deshalb angenommen, weil es ein Vertrauen auf seine „Konzernverantwortung“ bei den Gläubigern der operativen Gesellschaft erweckt hatte. *Emmerich* legt hier überzeugend dar, dass es jedenfalls nach deutschem Recht weiterer, zusätzlicher haftungsbegründender Voraussetzungen bedarf.

Etwas knapp gehalten sind (leider) die Ausführungen zum sog. echten Delisting, einer Maßnahme, die im Zusammenhang von „Konzernierungen“ in der Praxis in den letzten Jahren häufiger anzutreffen ist. Dabei wird der Vorstand einer börsennotierten Aktiengesellschaft ermächtigt, nach § 38 BörsenG einen Antrag auf Widerruf der Börsenzulassung mit dem Ziel zu stellen, die Aktien vom amtlichen Handel auszuschließen. Hier bestand in der Praxis bis zum Ende des Jahres 2002 große Unsicherheit über das dabei einzuhaltende Prozedere. Nach der Rechtsprechung des BGH in der „Macrotron-Entscheidung“ (MittBayNot 2003, 305 (LS) = DNotZ 2003, 364) ist nunmehr klar, dass eine solche Maßnahme zweier Voraussetzungen bedarf: Zum einen ist ein mit einfacher Mehrheit zu fassender Beschluss der Hauptversammlung notwendig; zum anderen muss ein Pflichtangebot der Aktiengesellschaft oder des Großaktionärs über den Kauf der Aktien der Minderheitsaktionäre unterbreitet werden. Soweit *Emmerich* hierzu ausführt, dass ein echtes Delisting einen Hauptversammlungsbeschluss voraussetzt, „in dem den außenstehenden Aktionären zugleich von der Gesellschaft oder dem Hauptaktionär eine Abfindung angeboten wird“ (vgl. § 305 Rdnr. 8 und § 1 SpruchG Rdnr. 4), erscheint dies unscharf. Das Pflichtangebot ist regelmäßig kein Bestandteil der Beschlussfassung, insbesondere dann nicht, wenn es von dem Hauptaktionär der vom Delisting betroffenen Aktiengesellschaft unterbreitet wird. Darüber hinaus ist das Pflichtangebot bereits mit dem Beschlussantrag – d. h. im Rahmen der Bekanntmachung der Hauptversammlung – zu unterbreiten (vgl. BGH, DNotZ 2003, 364, 367).

Festzuhalten ist, dass es sich bei dem *Emmerich/Habersack* um einen verlässlichen Ratgeber in allen Fragen des Konzernrechts handelt. Derjenige Notar, der häufiger mit solchen Sachverhalten konfrontiert ist, tut daher gut daran, dieses Werk in der aktuellen Auflage anzuschaffen.

Notar Dr. *Christoph Terbrack*, Aachen

Spindler/Stilz (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz. Beck, 2007. 3 398 S., 398 €

Mit dem im Jahre 2007 neu erschienenen Kommentar zum Aktiengesetz schließt der Verlag C. H. Beck wieder einmal eine Lücke in der juristischen Kommentarliteratur. Er ist konzipiert für alle diejenigen, denen zum einen die Erläuterungen von *Hüffer* im Beck'schen Kurzkomentar zu knapp und zum anderen die detailreichen Ausführungen der Bearbeiter im Münchener Kommentar zum Aktiengesetz zu umfassend sind. In dieser Nische entschieden sich die Herausgeber *Spindler* (Professor an der Universität Göttingen) und *Stilz* (Präsident des OLG Stuttgart) für eine einheitliche Kommentierung zum Aktiengesetz (samt einiger relevanter Bestimmungen des WpHG), zum Internationalen Gesellschaftsrecht, zum Spruchverfahrensgesetz und zur Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO) in zwei Bänden auf knapp 3400 Seiten.

Schon bei den Herausgebern zeigt sich, dass bei diesem Kommentar eine angenehme Synthese aus Wissenschaftlichkeit und Praxisnähe besteht. Dieser erste Eindruck setzt sich bei der Betrachtung der Bearbeiterliste des Kommentars fort. Hier herrscht eine ausgewogene Mischung aus Professoren, Rechtsanwälten, Notaren, Richtern sowie wissenschaftlichen Mitarbeitern an Universitäten und Gerichten. In dem „Brückenschlag zwischen wissenschaftlicher Durchdringung des Stoffs und praxisnaher Kommentierung“, wie es die Herausgeber selbst im Vorwort nennen, liegt gleichsam auch der Programmsatz dieses Kommentars, den die Bearbeiter erfolgreich umgesetzt haben.

Als Beispiel sei insoweit die Kommentierung von *Limmer* zur Mantelverwendung und zu Vorratsgesellschaften angeführt. Nach einem kurzen einführenden Überblick und einer umfassenden Darstellung der entwickelten Grundregeln bietet er einen eigenen Abschnitt zum Thema „Anwendung bei der AG“.

Hier begnügt er sich nicht mit dem (in manch anderer Kommentierung leider anzutreffenden) bloßen Hinweis, dass und welche Gründungsvorschriften analog gelten. Er befasst sich vielmehr auch mit der ebenso wichtigen Frage nach deren konkreten praktischen Umsetzung. Dabei behandelt er sämtliche insoweit auftretende Themen von der Registeranmeldung über den Gründungsbericht bis hin zur Erforderlichkeit einer externen Gründungsprüfung. Diese verständliche Kommentierung kommt einem Leitfaden für den Anwender gleich: eine äußerst erfreuliche und für die tägliche Arbeit extrem hilfreiche Art der Kommentierung.

Gleiches zeigt sich bei der Kommentierung von *Wicke* zur Frage nach der Person des Versammlungsleiters der Hauptversammlung. Zunächst führt er aus, dass regelmäßig die Satzungen entsprechende Bestimmungen enthalten und erläutert die relevanten Problemfälle. Besonders positiv fällt auf, dass er auch die selteneren Fälle fehlender Satzungsregelungen bzw. fehlender Bereitschaft der berufenen Person zur Versammlungsleitung nicht nur mit dem kurzen Hinweis abhandelt, dass dann der Hauptversammlung die Wahl des Versammlungsleiters obliege. Vielmehr stellt er sich die in dieser Konstellation maßgebliche (und leider nicht immer behandelte) Frage, wer in diesem Stadium der Hauptversammlung die Wahl des Versammlungsleiters leiten sollte und welche weiteren Aspekte zu beachten sind. Seine Auffassung, der Einberufende, in der Regel also der Vorstand, müsse die Aufgabe der Wahlleitung übernehmen und für die Abstimmung ein Teilnehmerverzeichnis erstellen, erscheint schlüssig.

Die Kommentierungen zeichnen sich insoweit dadurch aus, dass sie nicht dort aufhören, wo es für den Praktiker interessant wird. Neben dem erforderlichen wissenschaftlichen Tiefgang behalten sie somit stets die Forderung der Praxis nach rasch nachvollziehbaren Lösungen im Auge. Generell ist die gute Lesbarkeit der Kommentierungen zu begrüßen. So erörtert beispielsweise *Spindler* die Konsequenzen eines Stimmrechtsausschlusses im dreiköpfigen Aufsichtsrat kurz und prägnant. Gleiches gilt für seine Kommentierung zur Frage der Anwendbarkeit des § 112 AktG auf die Bestellung eines Vorstandsmitglieds zum Geschäftsführer einer Tochter-GmbH. *Fleischer* kommentiert die Zulässigkeit auflösend bzw. aufschiebend bedingter Vorstandsbestellung mit dem nötigen Blick auf das Wesentliche. *Servatius* stellt die wichtigsten

Aspekte der sog. „Bis-zu-Kapitalerhöhung“ prägnant dar, nimmt jedoch leider nicht Stellung zur wichtigen Frage der Zulässigkeit einer Ausübung in Tranchen.

Auch in weniger alltäglichen Themen erhält der Leser im Regelfall eine gut geeignete Entscheidungshilfe. So bringt beispielsweise *Rieckers* das Problem der Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen gegen Sacheinlagen in wenigen Sätzen auf den Punkt. Die entscheidende Frage nach der Anwendbarkeit des § 194 Abs. 1 Satz 2 AktG wird mit kurzer nachvollziehbarer Begründung sachgerecht verneint.

Erwähnenswert ist noch die erfreulich verständliche Kommentierung von *H.-F. Müller* zum Internationalen Gesellschaftsrecht. Auf knapp zwölf Seiten gibt er eine lehrbuchartige Einführung insbesondere zu den Themen Sitztheorie, Gründungstheorie, Niederlassungsfreiheit und Personalstatut. Er bietet klare Differenzierungen und behält die Auswirkungen der vertretenen Theorien im Auge. Nach der Lektüre erscheinen die Diskussionen, die derzeit in diesem Themenbereich geführt werden, auch für den im Internationalen Gesellschaftsrecht etwas weniger versierten Leser erheblich klarer.

Der *Spindler/Stilz* löst sein Versprechen, Praxisnähe mit wissenschaftlichem Tiefgang zu verbinden, vollumfänglich ein und definiert hierdurch seinen primären Adressatenkreis. Für Rechtsanwälte, Notare, Rechtsabteilungen und Steuerberater stellt er als neues „mittleres Segment“ eine echte Alternative zu Groß- und Kurzkomentaren dar. Wenn man ihn an Stelle von Kurzkomentar und Großkommentar erwirbt, erweist er sich trotz seines nicht gerade bescheidenen Preises sogar als preiswerte Alternative.

Interessant ist, dass nur etwa ein halbes Jahr nach dem Erscheinen des *Spindler/Stilz* der Verlag O. Schmidt in der ersten Jahreshälfte 2008 ebenso mit einem zweibändigen Kommentar zum Aktiengesetz – herausgegeben von *K. Schmidt* und *Lutter* – auf den Markt kommt, der die gleiche Zielsetzung verfolgt. Ob sich einer der beiden Kommentare zum Standardwerk in dieser Klasse herauskristallisieren wird oder ob – wie meist – ein dauerhaftes Nebeneinander entstehen wird, bleibt abzuwarten. Kommentare dieser Art sind jedenfalls für den Praktiker sehr zu begrüßen.

Notar Dr. Thomas Göppel, Nürnberg

Schotten/Schmellenkamp: Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis. 2., neu bearb. und erg. Aufl., Beck, 2007. 661 S., 78 €

Obwohl die Fachliteratur zu Problemen des IPR in den letzten zwölf Jahren erfreulicherweise erheblich zugenommen hat – was auch das umfangreiche Literaturverzeichnis des hier zu besprechenden Buches beweist – und trotz der segensreichen Gutachtertätigkeit des DNotI in Würzburg wird die Mehrheit der Notarpraktiker ebenso wie der Rezensent das Erscheinen der zweiten Auflage des „Schotten“ im vergangenen Jahr mit Freude begrüßt haben. Seit dem Erscheinen der ersten Auflage 1995 war der „Schotten“ eines der besten Bücher zum IPR, um der notariellen Praxis die Einarbeitung und die Arbeit mit diesem immer noch als schwierig empfundenen Rechtsgebiet zu erleichtern. Die Darlegung von *Schotten* im Vorwort zur ersten Auflage, es gäbe wohl kein Notariat, das

nicht mit Fragen des IPR konfrontiert werde, hat sich in den letzten zwölf Jahren von Jahr zu Jahr zunehmend als zutreffend erwiesen. Nicht nur in Großstädten mit hohem Anteil an ausländischer Bevölkerung, sondern auch in der tiefsten deutschen Provinz kann ein Notar Problemen des IPR nicht entgehen.

In der zweiten Auflage hat sich das Standardwerk nicht nur quantitativ erheblich weiterentwickelt – der Umfang hat um 239 Seiten zugenommen –, sondern auch qualitativ. Nicht nur dadurch, dass es auf den neuesten Stand gebracht wurde, sondern weil es inhaltlich noch weitaus mehr bietet als die Vorauflage. Zum größten Teil ist dies auf die rechtliche Fortentwicklung sowohl in Deutschland als auch auf die zunehmende Europäisierung des internationalen Privatrechts zurückzuführen (IPR der eingetragenen Lebenspartnerschaft, Neuregelung des internationalen Adoptionsrechts, geplante europäische Erbrechtsverordnung, Inkrafttreten der sog. Brüssel-I-VO und

der sog. Brüssel-II und -IIa-VO usw.). Aber auch „freiwillig“ haben die Autoren den Umfang des Buches erweitert. So ist z. B. die Darstellung des internationalen und nationalen Ehegüterrechts verschiedener Staaten im Anhang II von 28 auf 40 Länder angewachsen, die nunmehr von insgesamt 19 verschiedenen Autoren bearbeitet wurden. Diese enorme Mehrarbeit war wohl ohne weitere Zuhilfenahme der Co-Autorin *Schmellenkamp* nicht zu schaffen, obwohl diese schon bei der ersten Auflage maßgeblich beteiligt war.

Der Aufbau des Buches ist unverändert geblieben. In den §§ 1–3 werden die Aufgaben und Quellen, die Funktionsweise und die allgemeinen Grundbegriffe des IPR dargestellt, in § 4 die Rechts- und Geschäftsfähigkeit und in § 5 die gesetzliche und rechtsgeschäftliche Stellvertretung natürlicher und juristischer Personen. Danach folgen in §§ 6 und 7 die beiden Hauptteile, nämlich die ausführliche Darstellung des internationalen Familien- und Erbrechts, in den §§ 8 und 9 werden (von *Fetsch*) das internationale Schuldvertragsrecht und das Sachenrecht behandelt.

Auch an der Konzeption des Buches hat sich nichts geändert. Anhand von vielen Beispielsfällen werden die Grundzüge und speziellen Probleme des IPR dargestellt, zum Teil ergänzt um durchaus brauchbare Formulierungsvorschläge. Das ausführliche, 16 Seiten umfassende Literaturverzeichnis lädt zur weitergehenden intensiven Beschäftigung mit Einzelproblemen geradezu ein. Im Anhang I befindet sich eine Übersicht des Volljährigkeitsalters in 167 Staaten und im Anhang III eine Übersicht über die Anknüpfungskriterien im internationalen Erbrecht von 164 Ländern.

Auf die inhaltlichen Darlegungen der Autoren kann im Rahmen einer Rezension nur kurz und selektiv eingegangen werden. Dabei fällt zunächst positiv auf, dass *Schotten* mehrfach beweist, dass er bereit ist, Rechtsauffassungen in der ersten Auflage aufzugeben und zu korrigieren. Dies bedeutet nicht, dass die 1995 vertretenen Ansichten falsch waren und die jetzt dargelegten Auffassungen richtig sind. Es zeigt aber die dynamische Fortentwicklung des IPR einerseits und andererseits das Bestehen noch vieler ungelöster Probleme, was die Arbeit mit dem IPR so schwierig, aber auch interessant macht.

So werden z. B. nunmehr ausländische Teilungsanordnungen mit dinglicher Wirkung, die die gesamten Aktiva und Passiva des Nachlassvermögens umfassen wie z. B. die niederländische gesetzliche Verteilung (siehe dazu *Eule*, RNotZ 2003, 434), von den Autoren anerkannt (Rdnr. 332 und 347). Erbschaftsverträge gemäß § 311 b Abs. 5 BGB werden jetzt auch von *Schotten* ausschließlich schuldrechtlich qualifiziert (Rdnr. 330). Die Rechtsauffassung, dass für die Vererbung von Beteiligungen ausländischer Staatsangehöriger mit ausländischem Erbstatut an deutschen Personengesellschaften gemäß Art. 3 Abs. 3 EGBGB deutsches Erbrecht anzuwenden sei, wird aufgegeben (Rdnr. 235). Bei dem nach wie vor streitigen Problem, ob ein nach deutschem Recht (hypothetisches Erbstatut zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses) wirksamer Erbverzicht inhaltlich und bezüglich seiner Wirkungen wirksam bleibt, wenn aufgrund Statutenwechsels zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers ein (effektives) Erbstatut gilt, das den Erbverzicht als nichtig ansieht, hat sich *Schotten* nunmehr der Rechtsauffassung angeschlossen, wonach der Erbverzichtsvertrag unwirksam ist, wenn er nach dem effektiven Erbstatut zum Zeitpunkt des Todes unwirksam war, z. B. nach italienischem Recht. Eine analoge Anwendung von Art. 26 Abs. 5 Satz 1 EGBGB wird von ihm abgelehnt (Rdnr. 328).

Anders als in der Voraufgabe hält nunmehr auch *Schotten* sowohl die güterrechtliche Rechtswahl gemäß Art. 15 Abs. 2 EGBGB (Rdnr. 134) als auch die Erbrechtswahl gemäß Art. 25

Abs. 2 EGBGB (Rdnr. 263) durch iranische Staatsangehörige trotz der Geltung des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens für zulässig. Da die herrschende Meinung diese Rechtswahlen für Iraner nach wie vor ablehnt, sollte der Appell der Autoren zur Vorsicht beherzigt werden.

Auch die Mitautorin *Schmellenkamp* ist bereit, frühere Rechtsauffassungen aufzugeben. So hat sie zum Beispiel im Länderteil „Niederlande“ im Anhang II die von ihr früher (auch an anderer Stelle) vertretene Ansicht, die niederländische Gütergemeinschaft sei eine der deutschen Gesamthandsgemeinschaft angenäherte Eigentumsform, ausdrücklich aufgegeben (Fn. 36), und die fehlerhafte Assoziierung der niederländischen Gütergemeinschaft mit der deutschen Gütergemeinschaft durch die deutschen Grundbuchämter kritisiert (Fn. 37). Ihrer Ansicht, dass niederländische Ehepaare oder Lebenspartner, für die der niederländische Güterstand der Gütergemeinschaft gilt, deshalb in die deutschen Grundbücher als Bruchteilseigentümer ohne den Zusatz „in niederländischer Gütergemeinschaft“ einzutragen seien, ist zuzustimmen.

Andererseits hat *Schotten* die spätestens seit der Entscheidung des OLG Stuttgart vom 8.3.2005 (ZEV 2005, 443 = DNotZ 2005, 632) wieder aufgelebte Frage, ob sich bei Geltung des deutschen Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft einerseits und Anwendung ausländischen Erbstatut andererseits die ausländische Erbquote für den überlebenden Ehepartner gemäß § 1371 Abs. 1 BGB um ein Viertel erhöht, zum Anlass genommen, die von ihm vertretene Doppelqualifikation von § 1371 Abs. 1 BGB als güter- und erbrechtlich ausführlich zu begründen (Rdnr. 284–290), und sich mit der sog. herrschenden Meinung (ausschließlich güterrechtliche Qualifikation) auseinanderzusetzen.

Die Ausführungen zum nach wie vor streitigen Erbrecht nach einem verstorbenen Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft sind so interessant, dass es nichts ausmacht, dass sie doppelt und beinahe wortgleich übereinstimmend in Rdnr. 275 c–e und in Rdnr. 290 a–c erfolgen. Da nach Auffassung der Autoren (Rdnr. 275 b) die Kappungsregelung in Art. 17 b Abs. 4 EGBGB (die sie zutreffend an wiederum anderer Stelle [Rdnr. 237 h] kritisieren und ablehnen) nicht bei Geltung des deutschen Partnerschaftsstatutes anzuwenden ist, sondern nur bei einem ausländischem Partnerschaftsstatut, hätte dies zur Folge, dass z. B. nach dem Tod eines kinderlos verstorbenen niederländischen Lebenspartners dessen Lebenspartner Alleinerbe wird, wenn die Lebenspartnerschaft in Deutschland registriert war und für den Erblasser niederländisches Erbrecht anzuwenden ist. War jedoch die Lebenspartnerschaft in den Niederlanden eingetragen oder galt bei Eintragung der Lebenspartnerschaft in Deutschland für den niederländischen Erblasser deutsches Erbrecht, würde der überlebende Lebenspartner nur zu $\frac{3}{4}$ Anteil gesetzlicher Erbe, den restlichen $\frac{1}{4}$ Anteil würden die Eltern bzw. Geschwister des Erblassers erhalten. Der Lösungsvorschlag der Autoren für im Ausland registrierte Lebenspartnerschaften, diese auch in Deutschland eintragen zu lassen, hilft angesichts dieser kollisionsrechtlichen Konfusionen meines Erachtens nicht weiter. Insoweit sollte den (ausländischen) Lebenspartnern zu einer letztwilligen Verfügung geraten werden, denn diese muss immer anerkannt werden. Die nach wie vor kontroversen Fragen und Probleme zur eingetragenen Lebenspartnerschaft (z. B. analoge Anwendung von Art. 17 b EGBGB auf im Ausland wirksam eingetragene verschiedengeschlechtliche Lebenspartnerschaften oder die Anwendung von Art. 17 b EGBGB auch auf vor dem 1.8.2001 im Ausland wirksam eingetragene Lebenspartnerschaften) werden nur referiert und dargestellt. Eine eigene Stellungnahme der Autoren erfolgt leider nicht.

Selbst bei einem so guten Buch gibt es immer noch etwas zu verbessern bzw. bleiben Wünsche für die nächste Neuauflage, auf deren Erscheinen die deutsche Notarpraxis hoffentlich nicht wieder zwölf Jahre lang warten muss. Angesichts des Titels und der Intention des Buches, dem deutschen Notariat die Probleme des materiellen IPR nahe zu bringen, kann zwar nicht erwartet werden, dass es auch die berufs- und beurkundungsrechtlichen Probleme in Fällen mit Auslandsberührung (z. B. Sprachunkundigkeit der Beteiligten bzw. des Notars, Legalisation von Urkunden, Vollstreckungserklärungen nach der EuGVVO bzw. EuVTVO, Bestellung von Ausländern zu Geschäftsführern einer deutschen GmbH usw.) behandelt. Wünschenswert wäre es aber, zu Beginn des Buches deutlich zu machen, dass – und unter welchen Voraussetzungen – der deutsche Notar auch ausländisches internationales und nationales Recht anwenden muss, d. h. klarzumachen, dass in vielen Fällen die Pflicht zur Urkundsgewähr gemäß § 15 BNotO

lex specialis gegenüber der Regelung in § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG ist, zumal die Einzelheiten dieser Problematik weiterhin ungeklärt sind. Wenn sich der deutsche Notar tatsächlich hinter § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG „verstecken“ könnte, wäre das Buch mit seinen hervorragenden Ausführungen quasi überflüssig. Die Beurkundung eines Fremdrechtserscheinsantrages gemäß § 2369 BGB wäre dann nicht möglich, was zu einer Rechtsverweigerung gegenüber den Erben eines ausländischen Erblassers führen würde.

Fazit: Ein für die notarielle Praxis nicht nur sehr empfehlenswertes, sondern sogar unentbehrliches Buch, das angesichts des meines Erachtens günstigen Preises in keinem Notariat fehlen sollte.

Rechtsanwalt und Notar
Wolfgang Eule, Neuenhaus

Waldner: Beurkundungsrecht für die notarielle Praxis. E. Schmidt, 2007. 160 S., 24,80 €

In dem angezeigten Werk stellt *Waldner* das Beurkundungsrecht in einem kompakten und damit neuartigen Format dar. *Waldner* ist sich des schwierigen Unterfangens, die Grundlagen und Besonderheiten des notariellen Verfahrensrechts einschließlich Vorwort, Inhalts-, Abkürzungs- und Literaturverzeichnis auf 160 Seiten zu beschränken, durchaus bewusst und betont dies auch im Vorwort. Insgesamt ist festzustellen, dass *Waldner* sein hoch gestecktes Ziel erreichen konnte. Die wesentlichen Themen des notariellen Beurkundungsverfahrens werden in verständlicher Diktion behandelt, wobei *Waldner* sowohl zu klassischen als auch zu aktuellen Fragen Stellung nimmt. Dabei berücksichtigt er den aktuellen Stand von Rechtsprechung und Literatur. Einige inhaltliche Anmerkungen seien dennoch gestattet:

Diese betreffen zunächst die notarielle Verschwiegenheitspflicht nach § 18 BNotO. In Rdnr. 29 fällt die auch in der Praxis häufig festzustellende Verknüpfung der Systematik von Abs. 2 und 3 dieser Vorschrift auf. Abs. 3 betrifft die Fallgruppen des Nachsuchens des Notars um Entscheidung der Aufsichtsbehörde, sofern er in einem konkreten Fall Zweifel über die Pflicht zur Verschwiegenheit hat. Abs. 2 regelt hingegen die in der Praxis weit häufiger relevanten Fallgruppen des Entfallens der Verschwiegenheitspflicht aufgrund erteilter Befreiung. Grundsätzlich erfolgt die Befreiungserklärung durch die Beteiligten; ist ein Beteiligter hingegen verstorben oder eine Äußerung von ihm nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erlangen, kann an seiner Stelle die Aufsichtsbehörde von der Pflicht zur Verschwiegenheit befreien. *Waldner* meint, dass zumindest in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Erben befugt sein sollen, den Notar von der Verschwiegenheitsverpflichtung zu befreien (Rdnr. 32). Er beruft sich auf eine sonst nicht zu billigende Förmelerei sowie auf die „Regel“, gegenüber den Erben bestünde die Schweigepflicht nur in persönlichen, nicht dagegen in vermögensrechtlichen Angelegenheiten.

Dem kann weder aus rechtlichen noch aus praktischen Gründen gefolgt werden: Die Verschwiegenheitspflicht ist Kernpflicht des Notars; ihr Umfang ist berufs- und strafrechtlich relevant. Der Notar ist wegen der besonderen Bedeutung der

Verschwiegenheitspflicht auf klare und verlässliche Vorgaben angewiesen. Hinsichtlich des (an der Urkunde oder Besprechung) beteiligten Erblassers ist dessen Anspruch auf Geheimhaltung zu berücksichtigen. Aus diesen Gründen ist ein Übergang der Befugnis, den Notar von seiner Pflichtenbindung nach § 18 BNotO zu befreien, auf den oder die Erben zu verneinen. Unpraktisch ist dies freilich nicht, da der Notar davon entbunden wird festzustellen, wer tatsächlich Erbe des Beteiligten geworden ist und die in Frage stehende Angelegenheit als vermögensrechtliche oder persönliche einzuordnen.

Richtschnur für die Befreiung nach § 18 Abs. 2 BNotO durch die allein zuständige Aufsichtsbehörde (so auch BGH, DNotZ 1975, 420, 421) ist der mutmaßliche Wille des Erblassers, wobei nicht selten festzustellen sein wird, dass der Erblasser seinen Geheimnisschutz hinten angestellt hätte, um der von ihm getroffenen Verfügung von Todes wegen zur Durchsetzung zu verhelfen. *Waldner* erlaubt, wiederum abstellend auf die Differenzierung zwischen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten, bei letzteren die Befreiung durch einen Bevollmächtigten (Rdnr. 31). Allerdings ist auch insoweit Vorsicht geboten, da diese Frage umstritten ist und die fehlende Vererblichkeit der Befreiungsbefugnis die Auffassung derjenigen stützt, welche die Entbindung von der Schweigepflicht zutreffend als höchstpersönliche Angelegenheit verstehen. Leider äußert sich *Waldner* nicht zu den Anforderungen, welche die Befreiungserklärung nach § 18 Abs. 2 BNotO stellt. Das Abstellen auf die natürliche Einsichtsfähigkeit kann dabei als Korrelat zur vorstehend vertretenen Höchstpersönlichkeit der Befreiungserklärung dienen.

Im Hinblick auf die Durchbrechungen der notariellen Verschwiegenheitspflicht sollte der Vollständigkeit halber in Rdnr. 35 noch die einkommensteuerliche Beistandspflicht der Notare nach § 54 EStDV (nun i. d. F. des Jahressteuergesetzes 2008, BGBl 2007 I, S. 3150) genannt werden. Zu berücksichtigen sind darüber hinaus die Meldepflichten nach der Zinsinformationsverordnung, die vom Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 102 AO unberührt bleiben (BStBl I 2004, S. 297; vgl. Rundschreiben Nr. 31/2007 der Bundesnotarkammer).

In Bezug auf die „Grenzen der Beurkundungsbefugnis“ widmet sich *Waldner* u. a. Beurkundungen im Ausland. In diesem

Abschnitt wird die Wirksamkeit der Beglaubigung einer Unterschrift, die im Ausland vor dem Notar geleistet oder von ihm anerkannt worden ist, bejaht, wenn der Beglaubigungsvermerk selbst erst nach der Rückkehr in die Bundesrepublik erstellt worden ist (Rdnr. 23). Diese Auffassung resultiert aus dem Charakter des § 40 Abs. 1 BeurkG als Sollvorschrift. Allerdings ist anzumerken, dass ein solches Vorgehen den objektiven Tatbestand einer Amtspflichtverletzung verwirklicht, da die Wahrnehmung und urkundliche Vollziehung berufsrechtlich einen einheitlichen Beurkundungsvorgang bilden.

Bei der Pflicht des Notars, gemäß § 21 BeurkG das Grundbuch einzusehen, folgt *Waldner* auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH der gängigen Kommentarliteratur dahingehend, dass es die Kardinalpflicht des § 17 BeurkG erfordere, die Grundakten einzusehen, „wenn in einer Eintragung im Grundbuch auf die Bewilligung Bezug genommen“ und „der Inhalt des Rechts für den Gegenstand der Beurkundung von Bedeutung“ ist (vgl. BGH, DNotZ 1953, 492, 495; DNotZ 1985, 635). Dieser Ansatz ist indes in seiner Allgemeinheit nicht überzeugend, legt er doch ein Verständnis nahe, wonach bei nahezu jeder auf dem Grundbuchblatt verlautbarten Bezugnahme die Grundakten eingesehen werden müssten. Ein solches Verständnis verkehrt nicht nur das zwischen § 17 und § 21 BeurkG bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil, sondern widerspricht auch der Differenzierung zwischen der Ermittlung der Eigenschaften des Vertragsgegenstandes und der Verpflichtung zur rechtlich erfolgreichen Durchführung des Rechtsgeschäfts. Lediglich die letztere Verpflichtung statuiert für den Notar Amtspflichten nach §§ 17, 21 BeurkG, während die Ermittlung der Eigenschaften des Vertragsgegenstandes der Verantwortung der Beteiligten unterfällt, die auf der Grundlage eines aktuellen Grundbuchstandes (hierzu Rdnr. 68) weitere Ermittlungen anstellen – oder durch den Notar anstellen lassen – können. Insofern ist bei der Annahme einer Amtspflicht zur Einsichtnahme in die Grundakten aus § 17 BeurkG Zurückhaltung geboten.

Prägnant wird die Errichtung eines Nachlassverzeichnisses durch Notare behandelt. Hier herrscht nach obergerichtlicher Rechtsprechung (OLG Celle, DNotZ 2003, 62) nicht selten Unsicherheit in Bezug auf die Verfahrensgestaltung. *Waldner* stellt zutreffend das Angewiesensein des Notars auf die Angaben des/der Erben und der sonstigen Verpflichteten in den Vordergrund (Rdnr. 131 ff.).

Im Zentrum des Beurkundungsverfahrens stehen die Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars nach § 17 BeurkG. Diesen widmet *Waldner* 16 Seiten, auf welchen er häufige Fragen

der notariellen Praxis überzeugend erörtert. Grundsätze zur Handhabung der bei Verbraucherverträgen zur Anwendung gelangenden Vorschrift des § 17 Abs. 2 a BeurkG werden übersichtlich in einer Aufstellung behandelt. Allerdings finden sich keine Ausführungen zu den materiellrechtlichen Fragen der Verbraucher- und Unternehmereigenschaft (§§ 13, 14 BGB), was der praktischen Handhabbarkeit des Werks insoweit abträglich ist. Zur Frage, ob es der Dokumentation bedarf, bestehenden Hinweispflichten nachgekommen zu sein, merkt *Waldner* (Rdnr. 99) zutreffend an, dass die in der notarrechtlichen Literatur vorgeschlagenen Formulierungen nicht selten in erster Linie auf die Vermeidung von Haftungsrisiken und nur flankierend darauf gerichtet sind, die Beteiligten zur Prüfung zu veranlassen, ob eine Regelung, die zu unangemessenen Folgen und zu einer gerichtlichen Inhaltskontrolle führen kann, tatsächlich gewollt ist.

Leider zu kurz werden die notariellen Pflichten im Hinblick auf die „rechtliche Tragweite“ (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) beleuchtet. Hier wären Ausführungen zu prüfungs- und belehrungspflichtigen Vorschriften und Gesichtspunkten für den praktischen Gebrauch des Werks von Nöten. Schließlich sucht man zur Thematik des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 17 BeurkG vergeblich nach Ausführungen. Hierbei befindet sich das Werk von *Waldner* in prominenter Gesellschaft (auch die Kommentierungen in *Winkler* (BeurkG), *Eylmann/Vaasen* (BNotO, BeurkG) und *Huhn/v. Schuckman*, (BeurkG) halten sich insoweit bedeckt), wobei man *Waldner* zugute halten muss, dass, wie ausgeführt, sein Format auf solche Detailfragen nicht zugeschnitten ist. Ausführlich werden dagegen die zumindest im Grundsatz nicht bestehenden steuerlichen Hinweispflichten des Notars behandelt (Rdnr. 93 ff.). Dieser Grundsatz erfordert, dass sich der Notar auf seine Amtspflichten beschränkt und weder gefragt noch ungefragt steuerlich berät. Der BGH hat im Bereich der Grunderwerbsteuer hierzu jüngst eine begrüßenswerte Abschtung der steuerlichen Pflichten des Notars vorgenommen (BGH, MittBayNot 2008, 69 (LS); OLG München (Vorinstanz), MittBayNot 2007, 423 m. Anm. *Stelzer*).

Das vorstehend aufgezeigte Verbesserungspotenzial sollte als Anregung für die Arbeit mit dem besprochenen Werk dienen. Insgesamt stellt *Waldners* „Beurkundungsrecht für die notarielle Praxis“ eine Bereicherung für jeden Handapparat eines Notars und auch Mitarbeiters im Notariat dar, da es den Großteil der sich in der täglichen Beurkundungspraxis stellenden Fragen übersichtlich und schnell der richtigen Lösung zuführt.

Notar a. D. Dr. Rainer Regler, München

Assenmacher/Mathias: Kostenordnung. 16. Aufl., Heymanns, 2008. 1 350 S., 149 €

Die meisten bayerischen Kolleginnen und Kollegen dürften sich in Zweifelsfällen des Kostenrechts auf den bewährten „Streifzug“ der Prüfungsabteilung der Notarkasse oder den Kommentar von *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* stützen. Als Ergänzung hierzu bietet sich das Werk von *Hans-Jörg Assenmacher*, Notar in Koblenz, sowie *Wolfgang Mathias*, Oberregierungsrat in Koblenz, an. Ähnlich dem „Streifzug“ ist es als alphabetischer Kommentar angelegt und ermöglicht so den raschen Zugriff auf einzelne kostenrechtliche Pro-

blemfelder. Zwar leidet die 16. Auflage des Werkes an einer ungewöhnlich hohen Zahl an Druckfehlern. Inhaltlich positionieren sich die Autoren jedoch klar und prägnant und ermöglichen mit knappen Formulierungen den in der Praxis erforderlichen klaren Überblick zum Kostenrecht. Dies sei an einigen konkreten Fragestellungen veranschaulicht.

Insbesondere der im ländlichen Bereich tätige Notar wird bei Übergaben land- und forstwirtschaftlicher Betriebe häufig mit der Frage der Anwendbarkeit des Wertermittlungsprivilegs des § 19 Abs. 4 KostO konfrontiert, wonach in den dort genannten Fällen land- und forstwirtschaftliches Vermögen mit dem Vierfachen des letzten Einheitswerts zu bewerten ist. Die

Entscheidung für oder gegen die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO führt für die Beteiligten in der Regel zu ganz erheblichen Unterschieden bei der Höhe der Gebühren. Hier gehen *Assenmacher* und *Mathias* von der ratio legis aus und stellen klar, dass Hintergrund der Privilegierung ausschließlich der Erhalt leistungsfähiger Höfe in bäuerlichen Familien sei (Grundbesitzwert 5.2.2). Das Wertprivileg (und nicht „Wertpapierprivileg“, wie auf S. 508) komme nur dann zum Tragen, wenn aus dem übergebenen Vermögen der überwiegende Teil des Familienunterhalts einer bäuerlichen Familie erwirtschaftet werden könne. Es bestehe kein Grund von der Annahme der erforderlichen Mindestgröße des landwirtschaftlichen Betriebs von sechs ha (nördlich der Donau) und vier ha (südlich der Donau) abzurücken. Die nach dem Gesetz erforderliche Fortführung des Betriebs müsse objektiv vorliegen und subjektiv vom Erwerber beabsichtigt sein. Bei der Übergabe eines verpachteten landwirtschaftlichen Betriebes sei dies nicht der Fall. Darüber hinaus fehle es auch dann an der „Fortführung“ eines Betriebes, wenn sich der Übergeber das Nießbrauchsrecht, etwa bis zum Erreichen der Anspruchsberechtigung in der landwirtschaftlichen Altersversorgung, vorbehalten. Derartige Vereinbarungen wurden gerade bei schenkungsteuerlich motivierten Übergaben in den letzten Monaten häufig getroffen.

Geradezu lakonisch knapp äußern sich die Autoren zu dem derzeit heftig diskutierten Problem der kostenrechtlichen Bewertung der Einholung von Löschungsbewilligungen durch den beurkundenden Notar. Die auftragsgemäße Einholung von Löschungsbewilligungen sei mit der ⁵/10-Vollzugsgebühr

nach § 146 Abs. 1 KostO abgegolten (Löschungen 1.5). Zur eingehenden Beschäftigung mit der Problematik und der Analyse der jüngsten BGH-Rechtsprechung kann hier nur auf den Beitrag von *Tiedtke* (MittBayNot 2008, 23) verwiesen werden.

Zu der für den Notar in der Praxis angesichts der fehlenden Beurkundungspflicht den Beteiligten gegenüber oft schwer zu vermittelnden Frage der Bewertung von Anteilen an Personengesellschaften, insbesondere an Kommanditgesellschaften, beziehen *Assenmacher/Mathias* klar Stellung. Bei der Übertragung von Kommanditanteilen sei mangels spezieller gesetzlicher Regelung der Wert nach § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen (Kommanditgesellschaft 2.3). Da in der Personengesellschaft der Gesellschafter unmittelbar an den zum Gesellschaftsvermögen zählenden Gegenständen beteiligt sei, sei der Anteil des übertragenden Gesellschafters am Aktivvermögen ausschlaggebend. Aufgrund des Abzugsverbots des § 18 Abs. 3 KostO könnten Schulden nicht abgezogen werden (Gesellschaftsanteile 2.). Angesichts dieser unmissverständlichen Stellungnahme der Autoren hätte man sich hier doch zumindest einen Hinweis auf die etwa von *Vollrath* (Rpfleger 2004, 17) zur Diskussion gestellte kritische Sichtweise gewünscht.

In der Gesamtbetrachtung kann das Werk von *Assenmacher* und *Mathias* zur Komplettierung der kostenrechtlichen Bibliothek empfohlen werden. Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit kontroversen kostenrechtlichen Standpunkten wird man jedoch weitere Literatur heranziehen müssen.

Notar *Tobias Fembacher*, Greding

Driehaus: Erschließungs- und Ausbaubeiträge. 8. Aufl., Beck, 2007. 850 S., 66 €

Der „Driehaus“ bleibt auch in der Neuauflage die umfassendste systematische Darstellung des Erschließungs- und des Straßenausbaubeitragsrechts. Er berücksichtigt nach dem Entfallen der Bundeskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht die Überführung des Bundes- in Landesrecht in Bayern und Berlin (siehe dazu § 1 Rdnr. 13 f.). Der Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg hat in den §§ 33 ff. KAG BW das Erschließungsbeitragsrecht mit Wirkung zum 1.10.2005 umfassend landesrechtlich geregelt. Das Straßenausbaubeitragsrecht wurde in einzelnen Ländern geändert. Zugleich haben heftig diskutierte Entscheidungen wie z. B. zur Tiefenbegrenzung (BVerwG, NVwZ 2004, 1502 und NVwZ 2006, 935; siehe dazu nur § 17 Rdnr. 34 m. w. N. in Fn. 76) neue Akzente gesetzt.

Driehaus hat dies in der Neuauflage berücksichtigt. Das Erschließungs- und Straßenausbaubeitragsrecht war und ist für ihn ein System. Hierauf beruht die frühere Rechtsprechung des BVerwG zur zwingenden Übernahme der Eigenbeteiligung auch beim Erschließungsvertrag (NJW 1992, 1642), das Verbot einer verdeckten Ablösung im Grundstückskauf von Kommunen (NJW 1990, 1679) und schließlich die Regime-

entscheidung des OVG Münster (NWVB 1999, 262), die auf den Gedanken von *Driehaus* aufbaut (vgl. § 6 Rdnr. 10 f.). Der Gesetzgeber (§ 124 Abs. 2 Satz 3 BauGB und § 23 Abs. 1 KAG BW), aber auch die Rechtsprechung bei steckengebliebenen Erschließungsverträgen (vgl. BVerwG, DVBl 1976, 306) ist hiervon abgewichen. *Driehaus* selbst hält zwar im öffentlichen Recht hieran fest, äußert sich aber nicht ausführlich zu der Diskussion über das Verhältnis zum Privatrecht, das im Bereich des § 436 BGB praktische Bedeutung erlangt (vgl. kurz § 22 Rdnr. 18 Fn. 36 und Rdnr. 19). Bereits berücksichtigt (vgl. § 6 Rdnr. 6) wurden dagegen die Risiken, die sich für Erschließungsverträge wie auch für andere städtebauliche Verträge mit Baupflichten oberhalb des Schwellenwerts von 5,15 Mio. € netto aus dem Vergaberecht ergeben (vgl. dazu nur OLG Düsseldorf, ZfIR 2007, 859; NZBau 2008, 138 und IBR 2008, 169).

Die Neuauflage des „Driehaus“ lässt den Leser bei keinem Problem des Erschließungs- und Straßenausbaubeitragsrecht im Stich. Dies wird umso wichtiger, je mehr das Erschließungsbeitragsrecht seine Einheitlichkeit aufgrund landesgesetzgeberischen Aktivitäten und der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung einbüßt. Schon aus diesem Grund gibt es zum „Driehaus“ keine Alternative.

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

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 242, 633 ff. (*Gewährleistungsausschluss bei neu errichteten Immobilien*)

- a) **Ein formelhafter Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder so zu behandelnder Häuser ist auch in einem notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist (Bestätigung von BGHZ 101, 350, 353 = DNotZ 1988, 292).**
- b) **Von einer eingehenden Erörterung und ausführlichen Belehrung kann nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn sich der Notar davon überzeugt hat, dass sich der Erwerber über die Tragweite des Haftungsausschlusses und das damit verbundene Risiko vollständig im Klaren ist und den Ausschluss dennoch ernsthaft will.**

BGH, Urteil vom 8.3.2007, VII ZR 130/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin nimmt die Beklagten wegen Mängeln an dem von ihr erworbenen Anwesen als Gesamtschuldner auf Schadensersatz, hilfsweise Minderung in Anspruch.

Die Klägerin erwarb von den Beklagten ein Einfamilienhaus („Gebäude I“) mit Nebengebäude („Gebäude II“) zum Preis von 450.000 DM. Die Beklagten hatten das Einfamilienhaus mit Ausnahme des Daches in Eigenleistung teilsaniert. Sie hatten unter anderem die Bodenplatte, die Zwischendecke zum Obergeschoss, sämtliche Zwischenwände einschließlich der Wandverkleidung und die Versorgungsleitungen erneuert. Die von den Beklagten eingeschaltete Maklerin hatte zu diesem Anwesen ein Kurzexposé mit einer Baubeschreibung verfasst, das der Klägerin zugeleitet wurde. Darin sind die von den Beklagten im Zeitraum ab 1997 erbrachten Leistungen im Einzelnen aufgeführt. Die Sanierung und Renovierung der Erdgeschossräume wird als abgeschlossen angegeben. Darüber hinaus ist ausgeführt, welche Leistungen in dem auch von der Klägerin als sanierungsbedürftig erkannten Dachgeschoss ausgeführt werden müssen. Der Umbau des Nebengebäudes zu Wohnzwecken wird als möglich bezeichnet.

Der notarielle Erwerbsvertrag, der auf das Kurzexposé mit der Baubeschreibung nicht Bezug nimmt, enthält unter Nr. 7.1 bezüglich der Gewährleistung u. a. folgende Regelungen:

„Der Kaufgegenstand wird verkauft in dem Zustand, in dem er sich am heutigen Tag befindet. Für die Größe des Grundstücks übernimmt der Verkäufer keine Gewähr. Er haftet auch nicht für offene oder versteckte Sachmängel, es sei denn, dass er solche dem Käufer arglistig verschwiegen hat. Der Verkäufer erklärt, dass ihm nichts darüber bekannt ist, dass zur Sanierung des Gebäudes I der Anlage 1 gesundheitsgefährdende Materialien, wie z. B. Formaldehyd, verwandt worden sind. Der Verkäufer tritt dem Käufer etwaige Gewährleistungsansprüche gegenüber Dritten ab, ohne Gewähr für Bestand und Durchsetzbarkeit dieser Ansprüche.“

Nach Vertragsschluss stellte sich heraus, dass die von den Beklagten vorgenommenen Sanierungsarbeiten mangelhaft ausgeführt waren. Infolge eines Sturmschadens drang Feuchtigkeit durch das ungeschützte, sanierungsbedürftige Dach in die Räume des Einfamilienhauses ein. Das Gebäude musste nachfolgend aufgrund einer Ordnungsverfügung des Bauaufsichtsamtes abgerissen werden.

Die Klägerin wirft den Beklagten vor, die Mängel ihrer in Eigenleistung ausgeführten Sanierungsarbeiten arglistig verschwiegen und

den Umbau des Nebengebäudes zu Wohnzwecken vorgetäuscht zu haben. Sie verlangt Zahlung bezifferten Schadensersatzes sowie die Feststellung, dass die Beklagten zum Ersatz weiteren Schadens verpflichtet sind.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind die bis zum 31.12.2001 geltenden Rechtsvorschriften anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin könne von den Beklagten weder Schadensersatz wegen Nichterfüllung noch Minderung verlangen.

Nach dem Exposé und der Baubeschreibung sei Ziel der von den Beklagten ausgeführten Arbeiten die Herstellung einer „neuen Immobilie“ gewesen. Das ursprünglich Mitte des 19. Jahrhunderts errichtete Haus habe danach vollständig an den heutigen Wohnstandard herangeführt werden sollen. Außer den ursprünglichen Außenmauern habe nahezu nichts von der alten Bausubstanz erhalten bleiben sollen. Das Objekt sei zu diesem Zweck von den Beklagten vollständig entkernt und beginnend vom Erdgeschossfußboden neu aufgebaut worden. Dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Umbauarbeiten noch nicht abgeschlossen gewesen seien, ändere nichts daran, dass die umfangreichen Sanierungsarbeiten zu einem neuwertigen Zustand des Hauses geführt hätten, Vertragsgegenstand insoweit also nicht lediglich ein Altbau gewesen sei. Wegen der bereits von den Beklagten erbrachten Arbeiten sei daher grundsätzlich Werkvertragsrecht anzuwenden.

Für die ihrem Werk anhaftenden Mängel hafteten die Beklagten jedoch nicht. Ein arglistiges Verhalten sei nicht feststellbar, die Haftung im Übrigen gemäß § 637 BGB wirksam ausgeschlossen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH könne der in einem Individualvertrag enthaltene formelhafte Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter Häuser gemäß § 242 BGB unwirksam sein, wenn die einschneidenden Rechtsfolgen einer solchen Freizeichnung nicht von vornherein zwischen den Vertragsparteien eingehend erörtert würden und der Erwerber darüber nachhaltig belehrt werde. Bei der im Vertrag enthaltenen Klausel, wonach der Veräußerer für offene oder versteckte Sachmängel nicht hafte, sofern er diese dem Erwerber nicht arglistig verschwiegen habe, handele es sich um einen formelhaften Gewährleistungsausschluss, der in einer Vielzahl von „Kaufverträgen“ über Altimmobilen enthalten sei und von den Notaren routinemäßig vorgeschlagen werde. Diese Vertragsbestimmung sei daher der Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB zu unterziehen, wobei entscheidend auf das Zustandekommen der Klausel abzustellen sei. Der Umstand, dass der Notar keine ausdrückliche Belehrung über den konkret formulierten Haftungsausschluss für eventuelle Mängel erteilt habe, führe allein nicht zur Unwirksamkeit der Klausel. Deren Bedeutung

müsse im Gesamtzusammenhang der Gewährleistungsvereinbarung unter Nr. 7.1 des Vertrags und der dazu erfolgten Erörterungen gesehen werden. Diese hätten es der Klägerin ermöglicht, den Gewährleistungsausschluss und seine Tragweite zu erfassen. Der Haftungsausschluss sei im Notartermin konkret angesprochen worden. Der Notar habe bei der Gewährleistungsausschlussklausel innegehalten und die Klägerin gefragt, ob sie das Objekt persönlich besichtigt und begutachtet habe, da dies angesichts eines vertraglichen Ausschlusses der Mängelhaftung angeraten sei. Die gewählte, nicht unverständlich abgefasste Klausel könne auch ein Laie verstehen. Die Klägerin habe eingeräumt, dass ihr bereits von ihrer Ausbildung her bekannt gewesen sei, was der Ausschluss der Haftung für Mängel bedeute. Darüber hinaus seien weitere Einzelheiten der Klauseln unter Nr. 7.1 des Vertrags zwischen den Parteien ausgehandelt worden. Die Klägerin habe die Aufnahme der Klausel hinsichtlich der gesundheitsgefährdenden Materialien veranlasst und darauf bestanden, etwaige Gewährleistungsansprüche gegenüber Dritten abgetreten zu bekommen. Gerade die Forderung nach Aufnahme dieser Formulierung belege ein sehr differenziertes Verständnis der Klägerin von der Mangelausschlussklausel, so dass es keiner weiteren Erläuterungen durch den Notar bedurft habe.

II.

Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im wesentlichen Punkt nicht stand. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen den angenommenen Haftungsausschluss der Beklagten für die Mängel des veräußerten Anwesens nicht.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass sich hinsichtlich des Gebäudes I die Gewährleistung nach Werkvertragsrecht richtet.

1. Beim Erwerb von Altbauten ist Werkvertragsrecht anwendbar, wenn der Erwerb des Grundstücks mit einer Herstellungsverpflichtung verbunden ist. Übernimmt der Veräußerer vertraglich Bauleistungen, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sind, haftet er nicht nur für die ausgeführten Umbauarbeiten, sondern auch für die in diesem Bereich vorhandene Altbautsubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertrags. Ohne Bedeutung ist es, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben (vgl. BGHZ 164, 225 = MittBayNot 2006, 328 m. Anm. *Bruch*; BGH, BauR 2005, 542, 544 = DNotZ 2005, 464; BGHZ 108, 164, 167 f. = DNotZ 1990, 96).

Dies gilt auch dann, wenn die vom Veräußerer übernommenen Arbeiten vor Vertragsschluss bereits ausgeführt wurden (BGH, BauR 2005, 542, 544 = DNotZ 2005, 464). Unerheblich ist, ob bei der Ausführung der Arbeiten bereits die Absicht bestand, das Objekt zu veräußern.

2. Nach diesen Grundsätzen haften die Beklagten nach Werkvertragsrecht für die Mängel, die das Gebäude I nach der für die Herstellungspflichten der Beklagten maßgeblichen Beschaffenheitsvereinbarung aufweist.

a) Für die vertraglichen Pflichten der Beklagten entscheidend ist das der Klägerin zugeleitete Kurzexposé mit der beiliegenden Baubeschreibung, das Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags geworden ist. Dem steht nicht entgegen, dass dieses Kurzexposé mit der Baubeschreibung nicht mitbeurkundet worden ist und sich die Herstellungsverpflichtung der Beklagten damit nicht unmittelbar aus dem notariellen Erwerbsvertrag ergibt. Dies begründet zwar erhebliche Zweifel an der Formwirksamkeit des Vertrags (BGHZ 164, 225, 228 = MittBayNot 2006, 328 m. Anm. *Bruch*). Diesen

Zweifeln braucht jedoch nicht nachgegangen zu werden, da eine eventuelle Formunwirksamkeit infolge der Eintragung der Klägerin im Grundbuch nach erfolgter Auflassung geheilt wäre.

b) In der dem Kurzexposé beiliegenden Baubeschreibung wurde zunächst aufgeführt, welche Baumaßnahmen von den Beklagten zur Sanierung des Altbaus bereits durchgeführt worden waren. Danach wurde das Haus nach kompletter Entkernung, nämlich Entfernung der Bodenplatte im Erdgeschoss, der Zwischendecke zum Obergeschoss, aller Zwischenwände und der Wandverkleidungen im Erd- und Obergeschoss, des Innenputzes und aller Ver- und Entsorgungsleitungen im Erdgeschoss vollständig neu aufgebaut und im Obergeschoss teilsaniert. Unter anderem wurde eine neue Bodenplatte gegossen, eine neue Holzzwischendecke zum Obergeschoss installiert und eine dahinführende Treppe montiert. Das Ziegelmauerwerk wurde, soweit erforderlich, abgetragen und ebenso wie die Innenwände neu aufgemauert. Im Erdgeschoss wurden Elektroleitungen, Wasser- und Heizungsrohre, Abwasserleitungen, Telefon-, Lautsprecher-, Antennen- und Datenleitungen unter Putz verlegt und zum Obergeschoss geführt. Die Fenster und die Hauseingangstür wurden erneuert.

Sodann wurden die Arbeiten aufgeführt, die zur vollständigen Sanierung des Gebäudes noch ausstanden, insbesondere Montage eines neuen Dachstuhls, Dacheindeckung erneuern, Isolieren und Verkleiden der Dachstuhlinnenseite, sowie Elektro- und Sanitärinstallationen im Obergeschoss. Diese Arbeiten sollten nicht von den Beklagten geschuldet sein, sondern von der Klägerin übernommen werden.

c) Die von den Beklagten ausgeführten Arbeiten haben ihrem Umfang und ihrer Bedeutung nach ein derart prägendes Gewicht, dass die Klägerin davon ausgehen konnte, Vertragsgegenstand sei, soweit es um das Gebäude I geht, ein Objekt, das durch eine umfassende, einer Neuherstellung gleichkommende Sanierung gekennzeichnet ist. Dass nicht alle für erforderlich erachteten Arbeiten von den Beklagten bereits vorgenommen oder noch von ihnen durchzuführen waren, vielmehr insoweit gleichsam Eigenleistungen der Klägerin in Aussicht genommen wurden, steht dieser Beurteilung und der daraus folgenden Anwendung von Werkvertragsrecht auf die das Gebäude I betreffenden Vereinbarungen nicht entgegen.

d) Für welche werkvertraglichen Verpflichtungen die Beklagten im Einzelnen einzustehen haben, richtet sich nach der Beschaffenheitsvereinbarung, die die in der Baubeschreibung als noch ausstehend bezeichneten Sanierungsarbeiten ausnimmt. Soweit Mängel darauf beruhen, dass Letztere nicht oder nicht ordnungsgemäß ausgeführt wurden, besteht keine Gewährleistungspflicht der Beklagten. Im Übrigen haften sie nach Werkvertragsrecht für die Baumängel, die das Gebäude I aufweist.

3. Die dargestellte werkvertragliche Haftung für die Mängel des Gebäudes I haben die Parteien in Nr. 7.1 des notariellen Vertrags nicht wirksam ausgeschlossen, § 242 BGB.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Klausel, der Verkäufer hafte nicht für offene oder versteckte Sachmängel, es sei denn, dass er solche dem Käufer arglistig verschwiegen habe, um einen formelhaften Gewährleistungsausschluss. Das Berufungsgericht geht beanstandungsfrei davon aus, dass die Regelungen zur Gewährleistung individuell vereinbart sind.

b) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist ein formelhafter Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder so zu behandelnder Häuser auch in einem notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Er-

werber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist (BGH, BauR 2005, 542, 546 = DNotZ 2005, 464; BGHZ 108, 164, 168 f. = DNotZ 1990, 96; BGHZ 101, 350, 353 = DNotZ 1988, 292).

c) Die einschneidenden Rechtsfolgen des Gewährleistungsausschlusses sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Rahmen der notariellen Beurkundung des Erwerbsvertrags zwischen den Parteien nicht eingehend erörtert worden. Eine ausführliche Belehrung der Klägerin durch den Notar hat nicht stattgefunden.

Von einer eingehenden Erörterung und ausführlichen Belehrung der Klägerin konnte auch nicht ausnahmsweise abgesehen werden. Eine derartige Ausnahme kann nur unter solchen Umständen in Betracht kommen, unter denen ein beurkundender Notar unter Beachtung seiner Pflichten aus § 17 BeurkG auf eine Belehrung der Parteien verzichten kann, also dann, wenn sich der Notar davon überzeugt hat, dass sich die Beteiligten über die Tragweite ihrer Erklärungen und das damit verbundene Risiko vollständig im Klaren sind und dennoch die konkrete Vertragsgestaltung ernsthaft wollen (vgl. BGH, NJW 1995, 330, 331 = DNotZ 1995, 407). Die Voraussetzungen einer solchen Ausnahme hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Die Klägerin ist dadurch, dass der Notar bei der Verlesung der Ausschlussklausel „innegehalten“ und nachgefragt hat, ob sie das Objekt persönlich besichtigt und begutachtet habe, nicht auf die besondere Problematik der Freizeichnungsklausel aufmerksam gemacht worden. Nicht ausreichend ist auch die bloße Tatsache, dass der Klägerin von ihrer Ausbildung her die grundsätzliche Bedeutung eines Haftungsausschlusses für Mängel bekannt war und die Freizeichnungsklausel nicht unverständlich abgefasst ist. Dass der Klägerin die volle Tragweite des Haftungsausschlusses bewusst war, lässt sich auch nicht daraus folgern, dass sie auf einer besonderen Regelung betreffend der Verwendung gesundheitsgefährdender Materialien und auf der Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegenüber Dritten bestanden hat.

Anmerkung:

Das vorstehend abgedruckte Urteil verdient aus mehreren Gründen nicht unkommentiert zu bleiben. Zum einen beschränkt sich der BGH darin, anders als die Leitsätze zu erkennen geben, nicht allein auf eine Bestätigung seiner bisherigen Entscheidungen zur Kontrolle von Haftungsausschlussklauseln im Bauträgervertrag, sondern verändert die Anforderungen an die notariellen Aufklärungs- und Belehrungspflichten im Zusammenhang mit der Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses beim Immobilienerwerb. Zum anderen könnte aus der Entscheidung der falsche Schluss gezogen werden, dass ein privater Verkäufer künftig stets verpflichtet sei, eine Baubeschreibung anzufertigen, wenn er Teile der veräußerten Immobilie in Eigenleistung erstellt hat.

1. Die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht auf den Erwerb von Altbauten

Voranzustellen ist zunächst, dass der BGH an seiner Auffassung festhält, dass auf den Erwerb von Altbauten Werkvertragsrecht anwendbar ist, wenn der Erwerb des Grundstücks mit einer Herstellungsverpflichtung verbunden ist. Sind die vom Veräußerer übernommenen Bauleistungen nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar, haftet er auch für Mängel an der unberührt gebliebenen Altbausubstanz nach dem werkvertraglichen Gewährleistungsrecht. Dies ist

nicht weiter überraschend, da der Vertrag im vorliegenden Fall vor dem 1.1.2002 geschlossen wurde und nach allgemeiner Auffassung vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nur das Werkvertragsrecht die Folgen von Baumängeln beim Bauträgervertrag angemessen regelte.¹

Es bleibt insoweit nur anzumerken, dass damit erneut keine Entscheidung darüber getroffen ist, ob dies auch für solche Verträge gilt, die nach dem genannten Stichtag geschlossen wurden. Die Frage, ob künftig infolge der weitgehenden Angleichung des werkvertraglichen und des kaufrechtlichen Sachmängelrechts beim Erwerb sanierter Altbauten vom Vorliegen eines Kaufvertrages ausgegangen werden kann, bleibt vielmehr weiterhin offen.² Es ist bedauerlich, dass der BGH eine weitere Gelegenheit ungenutzt gelassen hat, zumindest *obiter dictum* eine entsprechende Aussage zu treffen und damit die Gestaltungssicherheit in der notariellen Praxis zu erhöhen.³

2. Die Anforderungen an die Belehrung des Notars bei formelhaftem Ausschluss der Gewährleistung in Bauträgerverträgen

Besondere Aufmerksamkeit verlangt, wie bereits eingangs dargelegt, die Veränderung der Anforderungen an die notarielle Belehrung über die Folgen des Ausschlusses der Sachmängelhaftung beim Immobilienerwerb. Voranzustellen ist, dass der BGH seit jeher in ständiger Rechtsprechung fordert, dass die Freizeichnung unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen mit dem Erwerber eingehend zu erörtern ist, wenn sie im Streitfall Bestand haben soll.⁴ Dies dient dem Schutz des Erwerbers vor einem überraschenden Verlust seiner Ansprüche aus der vom Veräußerer übernommenen Herstellungsverpflichtung.⁵

Im vorliegenden Fall hatte der beurkundende Notar bei der Ausschlussklausel innegehalten und die Erwerberin gefragt, ob sie das Vertragsobjekt persönlich besichtigt habe. Er wies sie zudem darauf hin, dass eine solche Besichtigung wegen des Haftungsausschlusses geboten sei. Hinzu kam, dass die Erwerberin in der Tatsacheninstanz selbst eingestand, aufgrund ihrer Ausbildung den Sinngehalt der Freizeichnungsklausel verstanden zu haben. Schließlich hatte sie im Vorfeld der Beurkundung sogar eine Beschränkung des Ausschlusses durchgesetzt. Auf ihr ausdrückliches Verlangen hin musste sich der Veräußerer über die Verwendung gesundheitsgefährdender Stoffe („Formaldehyd“) bei der Sanierung äußern und seine Sachmängelansprüche hinsichtlich des verwendeten Baumaterials an die Erwerberin abtreten.

¹ MünchKommBGB/Busche, 4. Aufl., § 631 Rdnr. 227; Kanzleiter, DNotZ 2006, 246, 247; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 3. Aufl., Rdnr. 987.

² Dafür MünchKommBGB/H. P. Westermann, vor § 433 Rdnr. 23; Palandt/Sprau, BGB, 66. Aufl., vor § 633 Rdnr. 3 und § 675 Rdnr. 14; Erman/Grunewald, BGB, 11. Aufl., vor § 433 Rdnr. 22; Kanzleiter, DNotZ 2006, 246, 247; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 978. A. A. Bast, DNotZ 2005, 469, 471; Kutter in Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl., A II Rdnr. 98. Unentschieden Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 2, Rdnr. 1439.

³ Diese Gelegenheit blieb bereits zuvor ungenutzt, vgl. BGH, DNotZ 2005, 464 sowie DNotZ 2006, 280 = MittBayNot 2006, 328 m. Anm. Bruch.

⁴ BGHZ 101, 350, 353 = DNotZ 1988, 292. Vgl. auch BGHZ 108, 164, 168 = DNotZ 1990, 96; BGH, DNotZ 2006, 280, 282 = MittBayNot 2006, 328 m. Anm. Bruch und statt aller MünchKommBGB/Busche, § 634 Rdnr. 149.

⁵ BGH, DNotZ 2006, 280, 282 = MittBayNot 2006, 328 m. Anm. Bruch.

Bei verständiger Würdigung sämtlicher Umstände des Vertragsschlusses liegt deshalb auf der Hand, dass die Klägerin genau wusste, was sie unterschrieb: den Erwerb einer Immobilie auf eigenes Risiko. Dass der BGH dem Haftungsausschluss trotzdem die Wirksamkeit wegen eines Belehrungsdefizits abspricht, ist kritikwürdig, war aber vorhersehbar. In seiner Entscheidung setzt sich nämlich ein auch in anderen Rechtsgebieten wie dem Verbraucherschutzrecht und dem Familienrecht⁶ zu beobachtender, sehr bedenklicher Trend hin zum objektiv determinierten Schutz vermeintlich Benachteiligter fort. Dabei übersieht das Gericht, dass die Umsetzung der notariellen Belehrungs- und Hinweispflicht stets an den konkreten Umständen des Einzelfalls, insbesondere an der subjektiven Verständnisfähigkeit der Beteiligten orientiert sein muss, soll sie ihre volle Wirksamkeit entfalten und nicht zu einer reinen Formalität verkommen.

Um den Anforderungen des BGH zu genügen, kann es sich nichtsdestotrotz künftig empfehlen, im Anschluss an die Freizeichnungsklausel gesondert auf deren Folgen hinzuweisen. Dabei kann beispielsweise wie folgt formuliert werden:

Die Vertragsteile sind vom Notar eingehend über die Rechtsfolgen des Haftungsausschlusses belehrt worden. Dem Erwerber ist bewusst, dass er bei auftretenden Mängeln keine Ansprüche gegen den Veräußerer hat und diese grundsätzlich auf eigene Kosten beseitigen muss.

3. Die Beurkundungspflichtigkeit der Baubeschreibung

Die Bauverpflichtung kann und wird im Regelfall nach dem Willen der Parteien entscheidender Bestandteil eines Bauträgervertrages sein.⁷ Ist dem so, muss die Baubeschreibung gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB, soweit nicht auf sie verwiesen werden kann, wie die übrigen vertraglichen Vereinbarungen notariell beurkundet werden. Dies gilt nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH unabhängig davon, ob die Bauleistungen bei Vertragsschluss bereits vollständig erbracht waren.⁸ In der Folge musste bereits bisher auch in Fällen, in denen ein Bauträger einzelne Wohnungen einer Wohnanlage erst lange Zeit nach deren vollständiger Fertigstellung veräußern konnte (sog. „Nachzüglerfälle“⁹), auf die Baubeschreibung Bezug genommen bzw. diese mit beurkundet werden. Unter diesem Aspekt sind die Zweifel des BGH an der Formwirksamkeit des in der vorstehend abgedruckten Entscheidung zu beurteilenden Vertrages sicherlich nicht überraschend.¹⁰

Das Urteil darf jedoch nicht zu dem falschen Schluss verleiten, dass künftig bei der Veräußerung einer ganz oder teilweise in Eigenleistung erstellten Immobilie stets eine Baubeschreibung zu erstellen ist. Zum einen würde dies gerade private Hausverkäufer wegen des mit der Anfertigung der Beschreibung verbundenen Aufwands in der Regel überfordern. Zum anderen würde eine pauschale Anknüpfung an das Vorliegen von Eigenleistungen verkennen, dass nach § 311 b

Abs. 1 Satz 1 BGB nur die für die Willensbildung der Parteien *tatsächlich maßgeblichen* Umstände in die Beurkundung einfließen müssen.¹¹

Bezogen auf die Beurkundungspflicht einer Baubeschreibung beschränkt sich die Entscheidung des BGH deshalb allein darauf, festzustellen, dass es für die Frage der Maßgeblichkeit nicht darauf ankommen kann, wer die Beschreibung angefertigt und welche Form diese im Einzelfall gefunden hat. Kurz gesagt: Existiert eine wie auch immer geartete „Baubeschreibung“ und ist diese in die Willensbildung eingeflossen, muss sie auch beurkundet werden. Ausschlaggebend für das Urteil des BGH war daher im vorliegenden Fall allein die Tatsache, dass die von den Beklagten eingeschaltete Maklerin über das veräußerte Anwesen ein Kurzexposé verfasst hatte, welches die von den Veräußerern bereits erbrachten Leistungen im Einzelnen zusammenfasste und dass dieses Exposé den Erwerbern vor Vertragsschluss vorlag. Nur deshalb konnten diese aus der Sicht eines objektiven Empfängers ausnahmsweise auf den Willen zur Übernahme einer Herstellungspflicht schließen. Es bleibt damit auch künftig grundsätzlich möglich, ein Grundstück mit ganz oder teilweise in Eigenleistung erstellter Immobilie zu veräußern „wie es liegt und steht“.

4. Zusammenfassung

Mit seinem vorstehend abgedruckten Urteil hat der BGH eine Entscheidung getroffen, die dem beurkundenden Notar erhöhte Aufmerksamkeit bei der Sachverhaltsermittlung im Vorfeld einer Immobilienveräußerung und bei der Belehrung über die rechtliche Tragweite der getroffenen Freizeichnungsklausel abverlangt. Eine solche Umsetzung der Anforderungen der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist im Hinblick auf den Zweck der Formbedürftigkeit gemäß § 311 b Abs. 1 BGB i. V. m. § 17 Abs. 1 BeurkG kritisch zu würdigen.

Notarassessor Dr. Thomas Kilian, München

11 Staudinger/Wufka, BGB, 2006, § 311 b Rdnr. 161.

2. AGBG §§ 3, 9; BGB §§ 242, 780; RBerG Art. 1 § 1 (Verpflichtung zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung formfrei möglich)

Ist ein Darlehensnehmer nach dem Inhalt des Darlehensvertrages oder sonst schuldrechtlich verpflichtet, ein selbständiges Schuldversprechen mit einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung als die Grundsuld verstärkende Sicherheit abzugeben, verhält er sich treuwidrig, wenn er versucht, aus der bisherigen Nichterfüllung seiner Verpflichtung Vorteile zu ziehen. Dies gilt auch dann, wenn die Nichtigkeit der Vollmacht auf einem Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz beruht und sich die Verpflichtung zu Schuldanerkennnis und Unterwerfungserklärung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen befindet.

BGH, Urteil vom 22.5.2007, XI ZR 338/05

Die Kläger wenden sich gegen die Zwangsvollstreckung der beklagten Bank aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde, soweit sie daraus persönlich in Anspruch genommen werden. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Kläger wurden im Jahre 1993 von einem Vermittler geworben, zum Zwecke der Vermögensbildung und der Steuerersparnis eine Eigentumswohnung in einer Studenten-Appartement-Anlage in B. zu

6 Vgl. etwa das Urteil des BGH, NJW 2006, 3142 m. Anm. *Rakete-Dombek* = DNotZ 2006, 920 „schwängere Karrierefrau“ zur Wirksamkeit eines vorsorgenden Ehevertrags.

7 MünchKommBGB/Kanzleiter, § 311 b Rdnr. 51; Basty, DNotZ 2005, 469, 470; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 986.

8 DNotZ 2005, 467, 468; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 986; Kutter in Beck'sches Notar-Handbuch, A II Rdnr. 47.

9 Kanzleiter, DNotZ 2006, 246, 248; Basty, DNotZ 2005, 469, 471.

10 Kritisch dazu Kanzleiter, DNotZ 2006, 246.

erwerben. Sie unterbreiteten einer Geschäftsbesorgerin ein notarielles Angebot zum Abschluss eines umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrages zum Erwerb der Eigentumswohnung. Zugleich erteilten sie der Geschäftsbesorgerin, die über eine Erlaubnis nach dem RBERG nicht verfügte, eine umfassende Vollmacht, sie bei der Vorbereitung und Durchführung des Erwerbs zu vertreten. Die Geschäftsbesorgerin sollte unter anderem den Kaufvertrag und die Darlehensverträge abschließen sowie zur Bestellung der dinglichen und persönlichen Sicherheiten und zur Abgabe von Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen befugt sein. Der kalkulierte Gesamtaufwand war mit 152.408 DM ausgewiesen, der unter Berücksichtigung eines Eigenkapitals von 15.240,80 DM mit 137.167,20 DM fremd finanziert werden sollte.

Die Geschäftsbesorgerin nahm das Angebot an und schloss mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten im Namen der Kläger zwei Darlehensverträge über 121.164 DM bzw. 31.244 DM. Diese enthielten in Ziffer 10.3 folgende Bestimmung:

„Sämtliche Darlehensnehmer haben sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Die Bank kann die persönliche Haftung unabhängig von der Eintragung und dem Bestand der Grundschuld sowie ohne vorherige Zwangsvollstreckung in das Beleihungsobjekt geltend machen.“

Am 30.12.1993 vertrat die Geschäftsbesorgerin die Kläger bei der Beurkundung des notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrages. Mit diesem erwarben sie die Eigentumswohnung zum Preis von 121.164 DM, übernahmen aus einer zugunsten der Beklagten noch einzutragenden Grundschuld einen Teilbetrag in Höhe von 152.408 DM sowie die persönliche Haftung für diesen Betrag und unterwarfen sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Mit notarieller Urkunde vom 21.1.1994 wurde die Grundschuld zugunsten der Beklagten bestellt.

Nachdem die Kläger die Zahlungen der Raten auf das vereinbarungsgemäß valutierte Darlehen eingestellt hatten, kündigte die Beklagte die Kredite aus wichtigem Grund und betreibt nach Verwertung der Eigentumswohnung im Wege der Zwangsversteigerung nunmehr die Vollstreckung in das persönliche Vermögen der Kläger.

Hiergegen wenden sich die Kläger mit der Vollstreckungsgegenklage, indem sie zum einen die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels bestreiten und zum anderen materiellrechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch erheben. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das Berufungsgericht die Zwangsvollstreckung aus den vollstreckbaren Urkunden vom 30.12.1993 und 21.1.1994 für unzulässig erklärt. Der IV. Zivilsenat des BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten mit Beschluss vom 22.10.2003 zurückgewiesen. Diese Entscheidung hat das BVerfG auf die Verfassungsbeschwerde der Beklagten aufgehoben und die Sache an den BGH zurückverwiesen. Mit der – vom Senat zugelassenen – Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

II.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Kläger neben einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, mit der sie Einwendungen gegen den titulierten materiellrechtlichen Anspruch erhoben haben, zusätzlich die Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels geltend machen. Dies ist Gegenstand einer prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO (vgl. BGHZ 124, 164, 170 f.), die mit der Klage aus § 767 ZPO verbunden werden kann (vgl. BGHZ 118, 229, 236 und BGH, WM 2005, 828, 829 m. w. N. = DNotZ 2005, 683).

2. Die Revision rügt aber zu Recht, dass das Berufungsgericht der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO stattgegeben hat.

a) Rechtsfehlerfrei ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung sei wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG unwirksam mit der Folge,

dass kein wirksamer Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geschaffen wurde. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag, der so umfassende Befugnisse wie hier enthält, ist nichtig (st. Rspr., vgl. BGHZ 145, 265, 269 ff.; BGH, WM 2007, 108, 109; WM 2007, 110, 112 und WM 2007, 440, 441 m. w. N.). Die Nichtigkeit erfasst neben der umfassenden Abschlussvollmacht auch die der Geschäftsbesorgerin erteilte Prozessvollmacht zur Abgabe einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung. Entgegen der Auffassung der Revision ist die unwirksame Prozessvollmacht auch nicht aus Rechtsscheingesichtspunkten in analoger Anwendung der §§ 172 ff. BGB als gültig zu behandeln, weil diese Vorschriften für die dem Geschäftsbesorger erteilte prozessuale Vollmacht nicht gelten (st. Rspr., vgl. BGHZ 154, 283, 287; BGH, WM 2004, 27, 30; WM 2004, 372, 375; WM 2005, 1520, 1521; WM 2006, 853, 854 und WM 2007, 110, 112, jeweils m. w. N.).

b) Nach dem für das Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt ist es aber den Klägern nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich gegenüber der Beklagten auf die Nichtigkeit der notariellen Vollstreckungsunterwerfung vom 30.12.1993 zu berufen. Ist ein Darlehensnehmer nach dem Inhalt des Darlehensvertrages oder sonst schuldrechtlich verpflichtet, ein selbständiges Schuldversprechen mit einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung als die Grundschuld verstärkende Sicherheit abzugeben, verhält er sich treuwidrig, wenn er versucht, aus der bisherigen Nichterfüllung seiner Verpflichtung Vorteile zu ziehen (st. Rspr., vgl. BGH, WM 2003, 2372, 2374; WM 2004, 922, 923; BKR 2005, 501, 505; WM 2006, 853, 855; WM 2006, 2343, 2346; WM 2007, 110, 113). Dies gilt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch dann, wenn die Nichtigkeit der Vollmacht auf einem Verstoß gegen das RBERG beruht und sich die Verpflichtung zu Schuldanerkenntnis und Unterwerfungserklärung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen befindet. Ausschlaggebend ist deshalb allein, dass die Kläger sich nach Ziffer 10.3 der Darlehensverträge gegenüber der Beklagten verpflichtet haben, als Sicherheit nicht nur eine Grundschuld in Darlehensgesamthöhe zu stellen, sondern sich darüber hinaus der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen, d. h. vollstreckbare Schuldversprechen nach § 780 BGB abzugeben. Darauf, nicht auf die Darlehensverpflichtungen bezog sich auch die Vollstreckungsunterwerfungserklärung (vgl. BGH, WM 2006, 87, 88 = MittBayNot 2006, 317 m. Anm. Volmer und vom 20.3.2007, XI ZR 175/06, n. V., zu einer wortgleichen Klausel). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung bestehen insoweit keine Unklarheiten i. S. d. § 5 AGBG, die zu Lasten der Beklagten als Verwenderin der Klausel gingen. Die Kläger sollten der Beklagten nach dem eindeutigen Wortlaut der Vertragsbestimmung Sicherheiten stellen, also nicht nur gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO die Darlehensverbindlichkeiten titulieren, die sie der Beklagten ohnehin schuldeten.

Anders als die Revisionserwiderung meint, verstoßen die betreffenden Klauseln der Darlehensverträge auch nicht gegen die §§ 3, 9 AGBG. Die Aufnahme der dargestellten schuldrechtlichen Verpflichtung des Darlehensnehmers ist bankenüblich. Es entspricht jahrzehntelanger Praxis, dass sich der mit dem persönlichen Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller bei Bankdarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muss. Ein solches Verlangen kommt daher für ihn nicht überrä-

schend i. S. v. § 3 AGBG (st. Rspr., vgl. BGH, WM 2003, 2375, 2378 = DNotZ 2004, 308; BGH, WM 2006, 87, 89 f. = MittBayNot 2006, 317 m. Anm. Volmer, jeweils m. w. N.). Die Übernahme einer selbständigen, von der zu sichernden Kreditverbindlichkeit gelösten abstrakten persönlichen Haftung in Höhe des Grundschuldbetrages soll in Verbindung mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung die Ansprüche der Beklagten gegen die Kläger sichern, indem sie deren Durchsetzung erleichtert. Eine unangemessene Benachteiligung der Kläger i. S. v. § 9 AGBG ist damit nicht verbunden (st. Rspr., vgl. BGH, WM 2003, 2375, 2378 = DNotZ 2004, 308; WM 2006, 87, 88 = MittBayNot 2006, 317 m. Anm. Volmer, jeweils m. w. N.).

c) An die danach übernommene Verpflichtung zur Abgabe vollstreckbarer Schuldversprechen nach § 780 BGB sind die Kläger jedoch nur gebunden, wenn die Darlehensverträge ihrerseits wirksam zustande gekommen sind. Davon ist nach dem für die Revisionsinstanz maßgeblichen Sachverhalt ungeachtet der Nichtigkeit der umfassenden Abschlussvollmacht vom 6.12.1993 nach Rechtsscheingrundsätzen auszugehen. Die Vorschriften der §§ 171 ff. BGB sind nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des BGH auch dann anwendbar, wenn die einem Geschäftsbesorger erteilte Abschlussvollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist (BGH, WM 2005, 828, 831 = DNotZ 2005, 683; WM 2006, 1060, 1062 und WM 2007, 440, 441 m. w. N.). Der danach anwendbare § 172 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Beklagten spätestens bei Abschluss der Darlehensverträge eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin der Kläger ausweisenden Vollmachtsurkunde vorlag (st. Rspr., vgl. nur BGHZ 161, 15, 29 sowie BGH, WM 2006, 853, 855 m. w. N.). Die Prozessparteien haben dazu streitig vorgetragen. Tatsächliche Feststellungen hat das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus konsequent – insoweit bislang nicht getroffen.

III.

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Vollstreckungsklausel in der notariellen Urkunde vom 30.12.1993 ist nicht, wie vom Berufungsgericht in Erwägung gezogen, wegen eines Verstoßes gegen § 3 Abs 2 Satz 1, § 12 MaBV als nichtig anzusehen (§ 134 BGB). Die Beklagte ist als Kreditgeberin nicht Gewerbetreibende und damit schon nicht Normadressatin der Vorschriften der MaBV. Die MaBV richtet sich als öffentlich-rechtliche Berufsausübungsregel vielmehr ausschließlich an den Bauträger, nicht aber an die den Bauträger oder den Erwerber finanzierende Bank (vgl. Grziwotz, MaBV, Einl. Rdnr. 17). Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht aus der Entscheidung des VII. Zivilsenates vom 22.10.1998 (BGHZ 139, 387 = DNotZ 1999, 53). Diese betraf eine Vollstreckungsunterwerfung des Erwerbers mit Nachweisverzicht gegenüber der Bauträgerin wegen der Zahlungsverpflichtungen aus dem Bauträgervertrag. Hier liegt eine Vollstreckungsunterwerfungserklärung zugunsten der Beklagten als Kreditgeberin wegen der Verpflichtungen aus den Darlehensverträgen vor. Anders als das Berufungsgericht meint, werden dadurch die Vorschriften der MaBV auch nicht umgangen. Die MaBV beabsichtigt den Schutz der Allgemeinheit und der Auftraggeber vor missbräuchlicher Verwendung von Erwerbs- und Baugeldern durch Bauträger (BGH, WM 1978, 493, 494). Dieser Schutzzweck wird durch eine Vollstreckungsunterwerfung des Erwerbers zugunsten der Bank hinsichtlich der Zahlungsverpflichtungen, die sich aus Darlehen zur Finanzierung des Bauvorhabens ergeben, nicht tangiert.

Anmerkung:

Diese Rechtsprechung, die der BGH als ständige ein weiteres Mal bestätigt, wird uns noch einige Zeit beschäftigen, mindestens nämlich bis zur vollständigen Abarbeitung der Schrottimmobilienfälle. Soweit solche Investitionen durch zwischen-geschaltete Geschäftsbesorger ohne Rechtsberatungserlaubnis getätigt wurden, fallen Darlehensvertrag und in dessen Zusammenhang abgegebene Vollstreckungsunterwerfungen in ihrer Wirksamkeit dauerhaft auseinander: Die dem Geschäftsbesorger erteilte Vollmacht berechtigt zwar objektiv auch nicht zum Abschluss des Darlehensvertrages. Jedoch kommt dem Vertragspartner hier – und zwar nur hier auf der materiellrechtlichen Ebene – der Vertrauensschutz der §§ 171 ff. BGB zugute. Somit ist der Darlehensvertrag samt der in ihm enthaltenen Verpflichtung zur Bestellung von Kreditsicherheiten häufig wirksam, weil i. d. R. eine Urschrift, deren Durchschrift¹ oder eine Ausfertigung der Vollmacht vorgelegt wurde. Einen Ausnahmefall bildet der Sachverhalt der Entscheidung BGH, ZfIR 2006, 539 sowie ggf. der vorstehende Sachverhalt, je nach dem Ergebnis der weiteren Aufklärung.

Auf die Unterwerfungserklärung als Prozesserklärung hingegen sind in ebenso ständiger Rechtsprechung² die §§ 171 ff. BGB nicht anzuwenden. Erhebt der Vollstreckungsschuldner aufgrund dessen aber Klage gegen den Titel, kann ihm die Bank die wirksame Verpflichtung zur Abgabe einer Vollstreckungsunterwerfung als Einrede entgegenhalten. Dabei ist die Verpflichtung zur Beurkundung einer Unterwerfungserklärung selbst nicht beurkundungsbedürftig.³ Die Einrede dürfte – vom BGH unausgesprochen – auf dolo-petit beruhen.

Diese Rechtsprechung geht für die fehlende Rechtsberatungserlaubnis zurück auf die Entscheidung des IV. Zivilsenats des BGH vom 22.10.2003.⁴ Dieselben Rechtsprinzipien hatte der BGH jedoch schon zuvor angewandt, so bei einer formnichtigen Vollmacht.⁵ Zu einer fehlgeschlagenen Grundschuldbestellung hatte der V. Zivilsenat gleichfalls geurteilt,⁶ dass der wirksam zur Bestellung verpflichtete Sicherungsgeber an der Nachholung mitwirken müsse; diese Verpflichtung könne die Bank ihm als Einrede entgegensetzen.

Insgesamt dürfte ein Abrücken des BGH von seiner Rechtsauffassung somit nicht zu erwarten sein. Daran wird sich auch nach Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) nichts ändern. Das umfassende Verbot mit Erlaubnisvorbehalt bleibt in § 3 RDG aufrechterhalten. Das Nebenleistungsprivileg gemäß § 5 RDG wurde zwar im Vergleich zum RBERG bisheriger Fassung ausgeweitet. Ein anderweitiger Hauptzweck ist aber bei den hier in Rede stehenden Geschäftsbesorgungsvollmachten nicht ersichtlich. Eine eigenständige Investitionsentscheidung etwa soll und will der Geschäftsbesorger nicht treffen. Die Haupttätigkeit „Vermögensverwaltung“ scheidet deswegen weiterhin aus – zumal sie ihrerseits der Genehmigungspflicht nach dem KWG unterläge.

Allerdings werden in der Literatur Zweifel geäußert, zuletzt etwa von Hau.⁷ Er verlangt von der Bank die Erhebung einer Widerklage. Dem Vollstreckungsschuldner, gegen den kein

¹ Welche nach BGH, NJW 2006, 1957 genügt.

² Vgl. bereits RGZ 146, 308.

³ BGH, DNotZ 2004, 308.

⁴ DNotZ 2004, 308.

⁵ WM 1987, 307.

⁶ NJW 1990, 392.

⁷ Hau/Schmidt (Hrsg.), Facetten des Verfahrensrechts: Liber amicorum Walter F. Lindacher, 2007, S. 39, 49.

wirksamer Titel vorliegt, könne nicht unter Berufung auf Gründe der Prozessökonomie oder Treu und Glauben der Erfolg der Vollstreckungsgegenklage abgesprochen werden. Allerdings ist hiergegen zu berücksichtigen, dass zwar kein materiell, sehr wohl aber ein formell wirksamer Titel vorliegt. Den zugrundeliegenden Verstoß gegen das RBerG und die Unwirksamkeit der Vollmacht dürfte das jeweilige Vollstreckungsorgan nicht von Amts wegen prüfen.⁸ Regt sich der Schuldner nicht, hat die Zwangsvollstreckung Erfolg. Die Situation des Schuldners ist also nicht so, als läge überhaupt kein Titel vor.

Was mir stattdessen korrekturbedürftig scheint, ist die ausschließliche Anwendung der §§ 78 ff. ZPO analog auf die Vollmacht zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfung.⁹ Die Unterwerfung ist zwar eine prozessuale Willenserklärung. Sie ist aber wesentlich stärker als eine Prozessklärung im streitigen Zivilverfahren mit materiellrechtlichen Erklärungen verschränkt. Anstatt dauerhaft § 172 BGB über den Umweg der *dolo-petit*-Einrede auf die Unterwerfungsvollmacht auszudehnen, läge es näher, diese Art Vollmacht sofort § 172 BGB zu unterstellen. Das entspräche zudem der allgemeinen Erwartungshaltung, denn die dem Geschäftsbesorger erteilte Vollmacht berechtigt ja üblicherweise aufgrund einheitlichen Wortlauts zur Abgabe von Erklärungen materiellrechtlicher und prozessualer Art. Die juristische Trennung wirkt also eher gekünstelt.

Notar Michael Volmer, Obernburg am Main

⁸ Zur fehlenden Prüfungsbefugnis des Notars bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung etwa AG München, WM 2001, 1635.

⁹ Anders als die Rechtsprechung auch Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, S. 100; Lindemeier, Die Unterwerfungserklärung in der vollstreckbaren Urkunde, 2000, S. 203 ff.

3. BGB §§ 307 Abs. 1 und 2, 309 Nr. 7 lit. a) und b), 310 Abs. 1 (AGB: keine umfassende Haftungsfreizeichnung gegenüber Unternehmern)

- a) **Fällt eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm des § 309 BGB, so ist dies ein Indiz dafür, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden (im Anschluss an BGHZ 90, 273, 278 = ZIP 1984, 968, zu § 11 AGBG).**
- b) **Eine umfassende Freizeichnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (hier: eines Gebrauchtwagenkaufvertrags), nach der die Haftung des Klauselverwenders auch für Körper- und Gesundheitsschäden (§ 309 Nr. 7 lit. a) BGB) und für sonstige Schäden auch bei grobem Verschulden (§ 309 Nr. 7 lit. b) BGB) ausgeschlossen ist, ist nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern ebenso im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders unwirksam.**

BGH, Urteil vom 19.9.2007, VIII ZR 141/06; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Der Kläger kaufte von der Beklagten, einer Vertragshändlerin, am 27.11.2003 ein gebrauchtes Kraftfahrzeug (Erstzulassung Juni 1996) nebst Zubehör zum Preis von 30.160 €. Das bei dem Kauf von der Beklagten verwendete Vertragsformular enthält in den Rubriken „Gesamtfahrleistung nach Angaben des Vorbesitzers“ und „Stand des Kilometer-Zählers“ jeweils die handschriftliche Eintragung „25 760“. Im Übrigen heißt es im vorgedruckten Text, der Käufer bestelle hiermit das gebrauchte Fahrzeug „zu den nachfolgenden und umseitigen Geschäftsbedingungen ... unter Ausschluss jeder Gewährleistung“. Der Vertrag wurde vollzogen.

Später stellte sich heraus, dass das Fahrzeug entgegen dem Stand des Kilometerzählers und der Angabe im Kaufvertrag nicht 25 760 km, sondern etwa 75 000 km gefahren war; auch betrug die Anzahl der Betriebsstunden nicht, wie bei Vertragsschluss entsprechend der Anzeige des Betriebsstundenzählers angenommen worden war, 600 Stunden, sondern etwa 3 900. Mit Schreiben vom 10.2.2004 erklärte der Kläger die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung.

Mit seiner Klage hat der Kläger die Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs sowie Zahlung weiterer 5.782,29 € nebst Zinsen als Schadensersatz begehrt. Das LG hat die Klage abgewiesen; die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg gehabt. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Rückabwicklungsbegehren mit der Maßgabe weiter, dass er dieses nur noch auf vertragliche Ansprüche wegen Mängeln des Fahrzeugs stützt. Einen darüber hinausgehenden Anspruch auf Schadensersatz macht der Kläger im Revisionsverfahren nicht mehr geltend; hinsichtlich der Nebenforderung hat der Kläger die Revision teilweise zurückgenommen.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Über das Rechtsmittel ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden, weil die Beklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung in der mündlichen Revisionsverhandlung nicht anwaltlich vertreten war; inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf der Säumnis der Beklagten, sondern auf einer umfassenden Würdigung des Sach- und Streitstandes (BGHZ 37, 79, 81 f.).

I.

Das Berufungsgericht hat, soweit im Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufvertrag stünden dem Kläger aufgrund des vertraglichen Gewährleistungsausschlusses nicht zu. Die Sondervorschriften über den Verbrauchsgüterkauf fänden keine Anwendung, weil der Kläger kein Verbraucher sei. Der Beklagten sei die Berufung auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluss nicht nach § 444 BGB verwehrt, weil die Beklagte den Mangel der unrichtigen Kilometer- und Betriebsstundenanzahl nicht arglistig verschwiegen habe; sie habe diesen Mangel nicht gekannt und auch nicht erkennen können. Auch habe sie insoweit keine Garantie abgegeben.

II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Dem Kläger steht der im Revisionsverfahren nur noch geltend gemachte Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages zu (§ 437 Nr. 2, § 326 Abs. 5 BGB). Dieser Anspruch scheitert nicht, wie das Berufungsgericht gemeint hat, an dem im Kaufvertrag vereinbarten Haftungsausschluss. Der im Vertragsformular vorgedruckte Haftungsausschluss ist gemäß § 307 Abs. 1 und 2 i. V. m. § 310 Abs. 1 Satz 2, § 309 Nr. 7 lit. a) und b) BGB unwirksam.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass bei dem Fahrzeug ein Sachmangel (§ 434 Abs. 1 BGB) vorliegt. Nach den rechtsfehlerfreien Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts waren die tatsächliche Kilometerleistung des Fahrzeugs und die Anzahl der Betriebsstunden bei Vertragsschluss wesentlich höher als vom Kilometer- und

Betriebsstundenzähler angezeigt und von den Parteien angenommen worden war. Da dieser bei Vertragsschluss bereits vorhandene Mangel nicht behebbar ist, ist der Anspruch des Klägers aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Lieferung einer mangelfreien Sache ausgeschlossen (§ 275 Abs. 1 BGB); dies berechtigte den Kläger zum Rücktritt vom Kaufvertrag nach § 437 Nr. 2, § 326 Abs. 5 BGB, ohne dass es einer Fristsetzung nach § 323 BGB bedurfte.

2. Dem vom Kläger mit Schreiben vom 10.2.2004 erklärten Rücktritt steht der im Kaufvertrag vereinbarte Haftungsausschluss nicht entgegen. Denn bei der vorformulierten Vertragsbestimmung über den Ausschluss jeder Gewährleistung handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB nicht standhält und deshalb unwirksam ist.

a) Die Klausel, nach welcher der Käufer das gebrauchte Fahrzeug „unter Ausschluss jeder Gewährleistung“ bestellt, verstößt gegen die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 lit. a) und b) BGB. Nach diesen Bestimmungen kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Verschuldenshaftung für Körper- und Gesundheitsschäden nicht, für sonstige Schäden nur für den Fall einfacher Fahrlässigkeit ausgeschlossen oder begrenzt werden (BGHZ 170, 31, Tz. 19 = DNotZ 2007, 364). Diesen Beschränkungen trägt ein uneingeschränkter Haftungsausschluss in einem Gebrauchtwagenkaufvertrag wie dem vorliegenden nicht Rechnung (vgl. BGHZ 170, 67, Tz. 10 = DNotZ 2007, 364).

b) Allerdings sind die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 lit. a) und b) BGB hier nicht unmittelbar anwendbar, weil es sich bei dem Kläger nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts um einen Unternehmer handelt. Auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, findet § 309 BGB keine Anwendung (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB). Solche Geschäftsbedingungen unterliegen jedoch der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB, und zwar auch insoweit, als dies zur Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen führt, die in § 309 BGB aufgeführt sind; dabei ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche angemessen Rücksicht zu nehmen (§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diese Bestimmung, die dem früheren § 24 AGBG entspricht, bedeutet, dass bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr die in den Klauselverboten zum Ausdruck kommenden Wertungen berücksichtigt werden sollen, soweit sie übertragbar sind (vgl. BGHZ 89, 363 = ZIP 1984, 457 und BGHZ 90, 273 = ZIP 1984, 968 zu § 24 AGBG; *Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 307 BGB Rdnr. 163, 381 ff.; MünchKommBGB/Kieninger, 5. Aufl., § 307 Rdnr. 72; MünchKommBGB/Basedow, § 310 Rdnr. 7 ff.; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, BGB, 2004, § 444 Rdnr. 8; *Staudinger/Coester-Waltjen*, 2006, § 309 Nr. 7 Rdnr. 42). Insoweit hat sich die Rechtslage durch die Neuregelung in §§ 307 ff. BGB nicht geändert.

Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 11 AGBG (jetzt § 309 BGB) kommt den strikten Klauselverboten im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) Indizwirkung für die Unwirksamkeit der Klausel auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu (BGHZ 90, 273, 278 = ZIP 1984, 968; BGHZ 103, 316, 328 = NJW 1988, 1785). Daran hält der Senat fest. Fällt eine Klausel bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm des § 309 BGB, so ist dies ein Indiz dafür, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen

angesehen werden (vgl. BGHZ 90, 273, 278 = ZIP 1984, 968, zu § 11 AGBG; MünchKommBGB/Kieninger, § 307 Rdnr. 72, zu § 307 BGB).

c) Nach dieser Maßgabe ist eine umfassende Freizeichnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach der die Haftung des Klauselverwenders – wie im vorliegenden Gebrauchtwagenkaufvertrag – auch für Körper- und Gesundheitsschäden (§ 309 Nr. 7 lit. a) BGB) und für sonstige Schäden auch bei grobem Verschulden (§ 309 Nr. 7 lit. b) BGB) ausgeschlossen ist, nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern ebenso im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders unwirksam (§ 307 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 BGB; *Staudinger/Coester-Waltjen*, § 309 Nr. 7 Rdnr. 42 m. w. N.).

aa) Das absolute Haftungsfreizeichnungsverbot für Verletzungen des Lebens, des Körpers und der Gesundheit (§ 309 Nr. 7 lit. a) BGB) gilt nach einhelliger Auffassung auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr und führt deshalb zur Unwirksamkeit einer dagegen verstößenden Klausel nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB (*Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB Rdnr. 283 m. w. N. in Fn. 997). Die Rechtfertigung dafür liegt darin, dass hinsichtlich des von § 309 Nr. 7 lit. a) BGB bezweckten Schutzes besonders wichtiger persönlicher Rechtsgüter kein Raum ist für eine Differenzierung zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Aus den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen (§ 310 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB) ergibt sich nichts Anderes.

bb) Ebenso ist eine Freizeichnung im unternehmerischen Geschäftsverkehr bei einem Verstoß gegen § 309 Nr. 7 lit. b) BGB jedenfalls dann unwirksam, wenn sie – wie im vorliegenden Fall – hinsichtlich sonstiger Schäden die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vollständig ausschließt. Ein derart weitreichender Haftungsausschluss benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr unangemessen, weil er den Vertragszweck gefährdet (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Nach der Rechtsprechung des BGH darf eine Haftungsbeschränkung nicht dazu führen, dass der Klauselverwender von Verpflichtungen befreit wird, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertraut und vertrauen darf (BGHZ 164, 11, 36; BGH, NJW-RR 2006, 267, Tz. 38). Ein Unternehmer darf ebenso wie ein Verbraucher darauf vertrauen, dass sein Vertragspartner ihn nicht grob fahrlässig oder gar vorsätzlich schädigt. Auch insoweit fehlt eine sachliche Rechtfertigung dafür, hinsichtlich der Haftungsfolgen für grobes Verschulden danach zu differenzieren, ob von dem Verschulden des Vertragspartners ein Unternehmer oder ein Verbraucher betroffen ist. Deshalb besteht auch im Geschäftsverkehr mit Unternehmern ein Verbot der umfassenden Freizeichnung von der Haftung für grobes Verschulden (*Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB Rdnr. 285 m. w. N. in Fn. 1000); inwieweit bei grober Fahrlässigkeit im unternehmerischen Geschäftsverkehr eine Haftungsbeschränkung zulässig ist (dazu *Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB Rdnr. 286), bedarf hier keiner Entscheidung, weil der vorliegende Gebrauchtwagenkaufvertrag nicht lediglich eine Haftungsbeschränkung, sondern einen umfassenden Haftungsausschluss enthält.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Albrecht*, MittBayNot 2008, 246 (in diesem Heft).

4. BGB §§ 435, 437 Abs. 3, 442, 912 Abs. 2, 913 (*Überbau ist Rechtsmangel des Ausgangsgrundstücks*)

1. **Ragt ein auf dem verkauften Grundstück stehendes Gebäude auf das Nachbargrundstück, liegt darin ein Rechtsmangel. Einen derartigen Mangel erfasst der kaufvertragliche Gewährleistungsausschluss nicht, wenn die notarielle Urkunde insoweit nur auf Sachmängel abhebt.**
2. **Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers von dem Rechtsmangel kann in einem derartigen Fall nur angenommen werden, wenn sie sich auch auf die Rentenzahlungspflicht nach § 912 Abs. 2 BGB erstreckt.**

OLG Koblenz, Urteil vom 14.6.2007, 5 U 37/07

Die Kläger kauften im Jahr 2002 von der Beklagten mit notariellem Vertrag eine der vier Eigentumswohnungen in einem Haus, das der Sohn der Beklagten etwa 13 Jahre zuvor errichtet und später an seine Schwester veräußert hatte, ehe es die Beklagte 1999 erwarb. Der Kaufvertrag zwischen den Parteien sah einen Gewährleistungsausschluss für Sachmängel vor.

Im vorliegenden Rechtsstreit haben die Kläger die Beklagte vor allem in Hinblick auf Mängelbeseitigungskosten auf Zahlung von insgesamt 23.103,88 € nebst Zinsen in Anspruch genommen und außerdem eine Feststellung dahin begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, sie davon freizustellen, wegen des Überbaus einer der drei zu der Eigentumswohnung gehörenden Garagen eine Rente an die betroffenen Grundstücksnachbarn zu leisten. Das LG hat die Klage bis auf einen Zahlungsbetrag von 94 € nebst Zinsen abgewiesen. Diese Entscheidung greifen die Kläger insoweit mit der Berufung an, als Nachbesserungskosten von 9.951,48 € nebst Zinsen für den zu der Eigentumswohnung gehörenden Innen-Außen-Kamin und ihr Feststellungsantrag berührt sind. Sie erheben wie schon in erster Instanz den Vorwurf einer arglistigen Täuschung.

Wegen des Garagenüberbaus droht den Klägern ihrer Schilderung zufolge die Inanspruchnahme durch die Nachbarn. Das bestreitet die Beklagte. Sie wendet zudem ein, dass die Kläger von dem Überbau informiert gewesen seien.

Aus den Gründen:

II. Die Berufung hat einen Teilerfolg. Sie führt zur Zuerkennung des Feststellungsbegehrens der Kläger. Dagegen scheitert der Antrag auf Verurteilung der Beklagten zu weitergehenden Zahlungen; insoweit ist das Rechtsmittel zurückzuweisen.

1. Die Beklagte ist verpflichtet, die Kläger von Ansprüchen der Grundstücksnachbarn auf Leistung einer Überbaurente freizustellen. An der dahingehenden Feststellung haben die Kläger ein hinreichendes rechtliches Interesse (§ 256 Abs. 1 ZPO).

a) Es ist unstrittig, dass eine der an die Kläger zusammen mit der Eigentumswohnung verkauften Garagen auf das Nachbargrundstück übergreift und deshalb gemäß §§ 912 Abs. 2, 913 BGB fortlaufende Zahlungspflichten für die Kläger begründet. Inwieweit die Grundstücksnachbarn bisher haben erkennen lassen, dass sie die Kläger dieserhalb alsbald zu Zahlungen heranziehen werden, ist ohne Belang. Wesentlich ist allein, dass entsprechende Ansprüche im Raum stehen und rechtlich durchsetzbar sind und die Beklagte ihre Verpflichtung leugnet, dafür aufkommen zu müssen.

b) Die streitige Haftung der Beklagten ergibt sich aus §§ 435, 437 Nr. 3 BGB. In der Belastung der Kläger mit der Überbau-Rente liegt nämlich ein Rechtsmangel (OLGR Hamm 2001, 135; zur Abgrenzung von einem Sachmangel vgl. BGH, MDR 1981, 659). Dafür muss die Beklagte eintreten. Zwar enthält § 5 des Kaufvertrages der Parteien eine Gewährleistungsausschlussregelung. Aber es ist nicht feststellbar, dass davon über Sachmängel hinaus auch Rechts-

mängel erfasst würden. Dahin geht freilich die allgemeine Formulierung, „der Kaufgegenstand werde in dem Zustand verkauft, wie er steht und liegt und in dem er sich gegenwärtig befindet“ (zurückhaltend hier indessen RG JW 1933, 1387, 1388, wonach damit grundsätzlich nur auf Sachmängel abgehoben wird). Dem folgt dann jedoch präzisierend die Mitteilung, dass „eine Haftung ... für etwaige Sachmängel ausgeschlossen“ werde. Da eine vergleichbare Aussage mit Blick auf Rechtsmängel fehlt, durften die Kläger davon ausgehen, dass ihre Ansprüche dieserhalb nicht über den gesetzlichen Umfang hinaus eingeschränkt werden sollten (vgl. *Staudinger/Matuschke-Beckmann*, BGB, 2004, § 444 Rdnr. 20).

Deshalb ergeben sich die Grenzen für die Einstandspflicht der Beklagten allein aus § 442 Abs. 1 BGB. Danach haftet die Beklagte nur dann nicht, wenn die Kläger den Rechtsmangel kannten oder infolge grober Fahrlässigkeit nichts davon wussten. Das lässt sich indessen nicht annehmen. Für einen bösen Glauben reicht es nämlich nicht aus, dass die Kläger – wie die Beklagte behauptet – von dem Überbau unterrichtet waren. Vielmehr muss sich die Kenntnis oder die grobfahrlässige Unkenntnis der Kläger auf die damit verbundene Rentenzahlungspflicht erstrecken haben (*Staudinger/Matuschke-Beckmann*, § 442 Rdnr. 6; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 66. Aufl., § 442 Rdnr. 7). Dafür besteht kein greifbarer Anhalt. Die Zahlungsverpflichtung kam zwischen den Parteien nie zur Sprache. Es ist auch nicht dargetan oder sonst zu ersehen, dass die sich den Klägern den Umständen nach aus ihrer laienhaften Sicht hätte aufdrängen müssen. Die Beklagte trägt selbst vor, dass die Inanspruchnahme der Kläger durch die Grundstücksnachbarn fern gelegen habe und auch weiter fern liege.

2. Dem gegenüber scheidet eine Einstandspflicht der Beklagten für die in der Berufungsinstanz von den Klägern ebenfalls verfolgte Zahlungsforderung wegen Mängeln des Innen-Außen-Kamins der verkauften Eigentumswohnung aus. Hier greift der von den Parteien vereinbarte Haftungsausschluss. (...)

5. WEG § 1 Abs. 2, Abs. 3 (*Zweckbestimmung einer Sondereigentumseinheit als „Gewerbewohnung“*)

Wohnungseigentum und Teileigentum unterscheiden sich nur durch die vom teilenden Eigentümer in der Teilungserklärung bzw. der dieser angeschlossenen Gemeinschaftsordnung oder von den Miteigentümern durch Vereinbarung getroffene Zweckbestimmung und durch die bauliche Ausgestaltung der betroffenen Räume.

Um verschiedene – möglichst weitgehende – Nutzungsmöglichkeiten zuzulassen, ohne dass es der im Falle nachträglicher Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum und umgekehrt erforderlichen Zustimmung aller Wohnungseigentümer bedarf, ist es möglich, eine Bestimmung der Nutzungsart in der Teilungserklärung bzw. der Gemeinschaftsordnung zu unterlassen. Es besteht ebenfalls die Möglichkeit, eine Sondereigentumseinheit (ausdrücklich) zur gemischten oder alternativen Nutzung, nämlich zur Nutzung zu Wohnzwecken und/oder nicht zu Wohnzwecken, zu bestimmen.

Die Auslegung der Zweckbestimmung einer Sondereigentumseinheit als „Gewerbewohnung“ kann ergeben, dass sowohl eine gewerbliche Nutzung als auch eine Nutzung als Wohnung zulässig ist.

KG, Beschluss vom 3.12.2007, 24 U 71/07; mitgeteilt von *Mark Einsiedler*, Richter am KG

Aus den Gründen:

Die Berufung hat nach Überzeugung des Senats keine Aussicht auf Erfolg. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Berufungsgerichts. Der Senat beabsichtigt daher, das Rechtsmittel nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückzuweisen, und gewährt hiermit zuvor rechtliches Gehör, § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

A. Zutreffend hat das LG einen Anspruch der Klägerin gegenüber dem Beklagten auf Schadensersatz nach § 839 a Abs. 1 BGB als allein in Betracht kommender Anspruchsgrundlage verneint. Nach dieser Norm ist ein vom Gericht ernannter Sachverständiger, der vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten erstattet, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht. Vorliegend hat der Beklagte, welcher im Auftrag des AG Potsdam im Zwangsversteigerungsverfahren nach einem früheren Wertgutachten die weiteren Wertgutachten Nr. 1172-2003 vom 27.1.2004 und Nr. 0373-2004 vom 15.4.2004 betreffend Räumlichkeiten in der Gemarkung K, welche mit Beschluss des AG Potsdam vom 4.7.2005 im Zwangsversteigerungstermin vom selben Tag der Klägerin aufgrund eines Höchstgebots von 92.500 € zugeschlagen worden sind, jedenfalls nicht grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten – auf dem der Zuschlagbeschluss beruht – erstattet.

Unrichtig ist ein Gutachten insbesondere dann, wenn es – etwa aufgrund fehlerhafter oder unvollständiger Befunderhebung – von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgeht, soweit dieser nicht durch das Gericht vorgegeben ist (*Palandt/Sprau*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 839 a Rdnr. 3).

Unter grober Fahrlässigkeit ist nach der Rechtsprechung des BGH eine besonders schwere Sorgfaltspflichtverletzung zu verstehen, welche dann vorliegt, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt wurde, wenn also ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall sich jedem aufgedrängt hätte. Bei der groben Fahrlässigkeit handelt es sich um eine subjektiv schlechthin unentschuldbare Pflichtverletzung, die das gewöhnliche Maß der Fahrlässigkeit des § 276 Abs. 1 BGB erheblich übersteigt (BGH, NJW 1992, 3236) wobei auch subjektive, in der Person des Handelnden begründete Umstände zu berücksichtigen sind (BGH, NJW 2005, 981).

B. Hiernach fällt dem Beklagten jedenfalls keine grob fahrlässige Erstattung eines unrichtigen Gutachtens zur Last.

1. Zu Recht hat das LG angenommen, dass der Beklagte bei Erstattung seiner zur Akte gereichten Gutachten – und insbesondere bei Erstattung des zu einem Verkehrswert der sodann der Klägerin zugeschlagenen Räumlichkeiten von 145.000 € kommenden Gutachtens Nr. 0373-2004 vom 15.4.2004, welches gegenüber dem Gutachten Nr. 1172-2003 vom 27.1.2004 berichtigte Größenangaben enthielt und der Zwangsversteigerung zugrunde lag – von einer Nutzung der Räumlichkeiten als Wohnung ausgehen durfte.

Die von der Klägerin erworbenen Räumlichkeiten gehören einer Eigentumsanlage an, hinsichtlich derer mit Teilungserklärung vom 12.11.1996 Wohnungs- und Teileigentum begründet worden ist, wobei es sich bei diesen Räumlichkeiten der Klägerin um die mit Nr. 4 bezeichnete Sondereigentums-einheit handelt. Diese Einheit Nr. 4 war vom AG Potsdam im ursprünglichen Gutachtauftrag als „Wohnungseigentum“

bezeichnet worden. In der Abgeschlossenheitsbescheinigung ist sie als „nicht zu Wohnzwecken dienende(n) Räume – Gewerberäume(n)“ benannt; im Aufteilungsplan sind drei der – mit Flur – sieben Räumlichkeiten der Einheit Nr. 4 mit dem handschriftlichen Vermerk „Gewerbe“ versehen. In der Teilungserklärung und in der Nachtragsverhandlung wird – jeweils in § 2 – die Einheit Nr. 4 als „Gewerbewohnung“ bestimmt, während andere Einheiten als „Wohnung und Keller-raum“ oder „Laden und Nebenraum“ bestimmt werden.

Hiernach handelt es sich bei der Einheit Nr. 4 – auch – um eine Wohnung. Wohnungseigentum nach § 1 Abs. 2 WEG und Teileigentum nach § 1 Abs. 3 WEG unterscheiden sich nur dadurch, dass sie unterschiedliche Gegenstände haben; ihre Rechtsqualität ist dieselbe (*Pick* in Bärmann/*Pick/Merle*, WEG, 9. Aufl. 2003, § 1 Rdnr. 15). Während Wohnungseigentum aus einem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum in Verbindung mit Sondereigentum an einer Wohnung besteht, ist Teileigentum ein Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum in Verbindung mit Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen. Wohnungseigentum und Teileigentum unterscheiden sich daher nur durch die vom teilenden Eigentümer in der Teilungserklärung (§ 8 WEG) bzw. der dieser angeschlossenen Gemeinschaftsordnung oder von den Miteigentümern durch Vereinbarung (§ 3 WEG) getroffene Zweckbestimmung und die bauliche Ausgestaltung der betroffenen Räume (*Pick* in Bärmann/*Pick/Merle*, WEG, § 1 Rdnr. 26; *Briesemeister* in Weitnauer, WEG, 9. Aufl. 2005, § 1 Rdnr. 39; *Förth* in Riecke/*Schmid*, WEG, 2005, § 1 Rdnr. 16). Auch die Verbindung von Wohnungseigentum und Teileigentum zu einem gemischten Wohnungseigentum und Teileigentum in der Hand eines Berechtigten ist möglich (*Pick* in Bärmann/*Pick/Merle*, WEG, § 1 Rdnr. 24; LG Koblenz, NZM 1998, 676 = MittRhNotK 1998, 134 m. w. N.; BayObLG, NJW 1960, 2100 = DNotZ 1960, 596; *Vandenhouten* in Niefenführ/*Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 8. Aufl. 2007, § 1 Rdnr. 19 hinsichtlich einer Verbindung einer Praxis mit einer Wohnung oder einer Werkstatt bzw. eines Ladens mit einer Wohnung; so wohl auch *Briesemeister* in Weitnauer, WEG, § 1 Rdnr. 39). Da eine Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum und umgekehrt eine Änderung des durch die Gemeinschaftsordnung festgelegten Gebrauchs und folglich eine Inhaltsänderung i. S. v. § 5 Abs. 4 WEG darstellt und damit jeweils der Zustimmung aller Eigentümer bedarf, es den Miteigentümern bzw. dem teilenden Eigentümer aber zuzubilligen ist, dem jeweiligen Sondereigentümer eine möglichst große Flexibilität hinsichtlich der Nutzung seines Sondereigentums zu verschaffen, kann eine Bestimmung der Nutzungsart in der Teilungserklärung bzw. der Gemeinschaftsordnung auch gänzlich unterbleiben (LG Koblenz, NZM 1998, 676 = MittRhNotK 1998, 134). Um verschiedene – möglichst weitgehende – Nutzungsmöglichkeiten zuzulassen, ohne dass es der Zustimmung aller Wohnungseigentümer bedarf, muss es daher auch möglich sein, eine Sondereigentums-einheit (ausdrücklich) zur gemischten oder alternativen Nutzung, nämlich zur Nutzung zu Wohnzwecken und/oder nicht zu Wohnzwecken, zu bestimmen. Aus dem von der Klägerin in Bezug genommenen Beschluss des BayObLG (NJW-RR 1993, 149), dem ein Sachverhalt zugrunde lag, in welchem eine Sondereigentums-einheit in der Teilungserklärung ausdrücklich als Wohnung bezeichnet worden war, die Wohnungseigentümer indes einen Eigentümerbeschluss des Inhalts getroffen hatten, dass sie mit einer Nutzung der Wohnung als Blumenladen einverstanden sind, ergibt sich nichts Gegenteiliges. Das in diesem Zusammenhang weiter erfolgte Zitat („BayObLG, Rpfleger 1982, 15“) ist unergiebig. Unter der angegebenen Stelle finden sich

lediglich mehrere Leitsätze des BayObLG, welche keinen Bezug zur vorliegenden Fallgestaltung erkennen lassen.

Im Falle einer gemischten Nutzung muss das Grundbuchamt – entsprechend der überwiegenden Nutzung – grundsätzlich entscheiden, ob es ein Wohnungseigentums-Grundbuch anlegt oder ein Teileigentums-Grundbuch (*Pick* in Bärmann/*Pick/Merle*, WEG, § 1 Rdnr. 29).

Ob eine Zweckbestimmung – und wenn ja welche – hinsichtlich einer bestimmten Sondereigentumseinheit getroffen worden ist, ist durch Auslegung der Grundbucheintragung zu ermitteln. Dabei ist vorrangig auf den Wortlaut und den Sinn der Eintragung sowie der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergeben. Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen zur Ermittlung von Inhalt und Umfang eines Grundstücksrechts nur insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (vgl. hierzu KG, Wohnungseigentümer 2007, 71, Rdnr. 6 m. w. N.). Vorliegend ist die Einheit Nr. 4 in der Teilungserklärung und in der Nachtragsverhandlung als „Gewerbewohnung“ bestimmt. In Anbetracht des Umstandes, dass andere Sondereigentumseinheiten in der Teilungserklärung ausdrücklich als „Wohnung und Kellerraum“ oder „Laden und Nebenraum“ bestimmt worden sind, entspricht es der nächstliegenden Bedeutung des im Grundbuch Eingetragenen nicht, dass es sich dabei nur um ein zufällig gewähltes Wort ohne Inhalt und ohne rechtliche Bedeutung handelt (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1993, 186, für den Fall der Bezeichnung einer Sondereigentumseinheit in einer Teilungserklärung als „Einfamilienhaus“). Es ist vielmehr eine Zweckbestimmung dahingehend anzunehmen, dass für die „Gewerbewohnung“ sowohl eine gewerbliche Nutzung als auch eine Nutzung als Wohnung zulässig ist. Eine Nutzung auch als Wohnung steht auch in Übereinstimmung mit der baulichen Ausgestaltung der Einheit Nr. 4, welche über Küche und Bad verfügt. Dem steht nicht entscheidend entgegen, dass im Aufteilungsplan drei der – mit Flur – sieben Räumlichkeiten mit dem handschriftlichen Vermerk „Gewerbe“ versehen sind. Zum einen sind andere Räume dieser Einheit mit dem handschriftlichen Vermerk „Küche“ bzw. „Bad“ versehen, was auf eine Wohnnutzung hindeutet; zum anderen hat die notariell beurkundete ausdrückliche Erklärung der Miteigentümer in den jeweiligen § 2 der genannten Urkunden Vorrang gegenüber einem bloßen handschriftlichen Schlagwort im Aufteilungsplan. Nicht von durchschlagender Bedeutung ist auch die Angabe in der Abgeschlossenheitsbescheinigung, bei der Einheit Nr. 4 handele es sich um nicht zu Wohnzwecken dienende Räume – Gewerberäume. Die nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG der Eintragungsbewilligung beizufügende Abgeschlossenheitsbescheinigung hat die Funktion, dem Grundbuchgericht die Beachtung des in § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG normierten Abgeschlossenheitsanfordernisses urkundlich zu belegen und dem Grundbuchgericht die Prüfung bautechnischer und baurechtlicher Fragen zu ersparen; sie trifft indes keine Aussage über die baurechtlich zulässige Nutzung (*Schneider* in Riecke/Schmid, WEG, § 7 Rdnr. 99 m. w. N.). Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass auch das Grundbuchgericht von einer Nutzung der Einheit Nr. 4 sowohl zu Wohnzwecken als auch zu sonstigen Zwecken ausgegangen ist, da es – ohne sich für das eine oder das andere zu entscheiden – ein „Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch“ für die Einheit Nr. 4 angelegt hat.

Dass eine hiernach zulässige Wohnnutzung der Einheit Nr. 4 – welche von der Klägerin ja auch tatsächlich praktiziert wird – aus anderen, insbesondere öffentlichrechtlichen Grün-

den nicht möglich wäre, ist nicht zu ersehen. So hat der Landkreis P die Gemeinde K im Gegenteil darauf hingewiesen, dass allein eine fehlende Bezahlung einer vertraglich vereinbarten Stellplatz-Ablösesumme den Erlass einer Nutzungsuntersagung nicht rechtfertigt. Die Nichterwähnung einer zusätzlich möglichen – allenfalls werterhöhend wirkenden – gewerblichen Nutzung stellt keinen der Klägerin nachteiligen Fehler dar. (...)

6. BGB §§ 883, 888 (*Schuldrechtlich zu duldende Belastung nicht vormerkungswidrig*)

Eine Vormerkung sichert nur einen konkret bestehenden schuldrechtlichen Auflassungsanspruch. Eine Belastung ist nicht (relativ) unwirksam gemäß § 883 Abs. 2 BGB und damit nicht vormerkungswidrig, wenn der Vormerkungsberechtigte nach den schuldrechtlichen Vereinbarungen nur die Auflassung eines entsprechend belasteten Grundstücks verlangen kann. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 20.7.2007, V ZR 245/06

Die Parteien sind Grundstücksnachbarn in P.

Das den Klägern gehörende Grundstück stand ursprünglich im Eigentum der Stadt P. und wurde von dem Beklagten seit 1986 als Zufahrt für den mit einem Fahrzeug ansonsten nicht erreichbaren hinteren Teil seines Grundstücks genutzt. Im Jahr 2001 verkaufte die Stadt das Grundstück an die Zeugin H. mit dem Hinweis, dass der Beklagte es seit einem vor dem 2.10.1990 liegenden Zeitpunkt als Zuwegung und Überfahrt nutze. In dem Kaufvertrag verpflichtete sich die Zeugin, dem Beklagten eine Grunddienstbarkeit einzuräumen, sofern ihm aus dieser Nutzung ein Anspruch auf Gewährung eines Geh- und Überfahrtsrechts erwachsen sein sollte.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 13.2.2002 verkaufte die Zeugin H. den vorderen Teil des von ihr erworbenen Grundstücks (bestehend aus den damaligen Flurstücken 795 und 796) an die Kläger. Den hinteren Grundstücksteil hatte sie zuvor an Dritte veräußert. Der mit den Klägern geschlossene Vertrag enthält zugunsten der Erwerber des hinteren Grundstücksteils und in Bezug auf das Grundstück des Beklagten (Flurstück 797) unter VI.1.2. folgende Regelung:

„Dem Käufer ist bekannt, dass zulasten des Vertragsgegenstandes im Wege der Bestellung von Grunddienstbarkeiten zugunsten der verbleibenden Restfläche aus den Flurstücken 795 und 796 ein Geh-, Fahr- und Leitungsrecht zu gewähren und dies im Grundbuch zu vermerken ist. Dieses (...) Recht erstreckt sich auf einen ca. 3 m breiten Streifen (...). Der Verkäufer wird auf eigene Kosten eine (...) Zufahrt herstellen. Für die künftige Er- und Unterhaltung (...) hat der nutzende Eigentümer selbst einzustehen, mehrere jeweils anteilig. Dem Käufer ist bekannt, dass diese Zufahrt zum Teil auch von dem jeweiligen Eigentümer des angrenzenden Flurstücks 797 mitgenutzt werden wird. Der Umfang der Benutzerrechte richtet sich nach dem für Ein- und Zweifamilienwohnhäuser üblichen.“

Am 7.5.2002 wurde eine Auflassungsvormerkung für die Kläger in das Grundbuch eingetragen. Im August 2002 bewilligte die Zeugin H. zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks 797 eine Grunddienstbarkeit in Gestalt eines Geh- und Fahrmitbenutzungsrechts; diese wurde am 20.2.2003 in das Grundbuch eingetragen. Die Kläger sind aufgrund ihres Antrags vom 8.7.2003 seit dem 23.9.2003 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Die Kläger verlangen von dem Beklagten, es zu unterlassen, ihr Grundstück zu betreten oder zu befahren, sowie die Herausgabe eines ihm für das Zufahrtstor überlassenen Schlüssels. Ferner nehmen sie den Beklagten auf Erteilung der Zustimmung zur Löschung der zu seinen Gunsten eingetragenen Grunddienstbarkeit in Anspruch. Der Beklagte verlangt im Wege der Widerklage die Befestigung der Zufahrt in einer Breite von drei Metern sowie eine dahingehende Konkretisierung der Grunddienstbarkeit.

Das AG hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem LG zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seine Anträge weiter. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Revision.

Aus den Gründen:

II.

A. Klage

1. Das Berufungsgericht nimmt zu Unrecht an, dass die Kläger von dem Beklagten die Zustimmung zur Löschung der auf ihrem Grundstück lastenden Dienstbarkeit gemäß § 888 Abs. 1 BGB verlangen können.

Allerdings gewährt die Vorschrift des § 888 Abs. 1 BGB dem Vormerkungsberechtigten gegen den vormerkungswidrig eingetragenen Zwischenerwerber einen Anspruch auf Abgabe der Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung, welche zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist. An der erforderlichen Vormerkungswidrigkeit des Zwischenerwerbs kann es bei einer nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung erfolgten Grundstücksbelastung aber fehlen. Da eine Vormerkung nur den konkret bestehenden schuldrechtlichen Auflassungsanspruch sichert, ist eine solche Belastung nicht (relativ) unwirksam gemäß § 883 Abs. 2 BGB und damit nicht vormerkungswidrig, wenn der Vormerkungsberechtigte nach den schuldrechtlichen Vereinbarungen nur die Auflassung eines entsprechend belasteten Grundstücks verlangen kann (vgl. BGH, NJW 1981, 980, 981 sowie *Staudinger/Gursky*, BGB, 2002, § 883 Rdnr. 208). Der durch die Vormerkung gesicherte Auflassungsanspruch der Kläger wäre deshalb durch die Eintragung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks 797 nicht i. S. v. § 883 Abs. 2 Satz 1 BGB beeinträchtigt, wenn die Verkäuferin nach dem mit den Klägern geschlossenen Kaufvertrag berechtigt war, das Grundstück entsprechend zu belasten.

Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht es unterlassen hat, Feststellungen zu einer solchen Berechtigung der Verkäuferin zu treffen. Es hat lediglich geprüft, ob dem Beklagten eigene Rechte aus der zwischen den Klägern und der Zeugin H. getroffenen Vereinbarung über die Mitnutzung des Grundstücks durch Dritte zustehen. Dies kann indessen anders zu beantworten sein als die Frage, ob die Verkäuferin im Verhältnis zu den Klägern berechtigt war, nicht nur den Erwerb des hinteren Grundstücksteils, sondern – erforderlichenfalls – auch dem jeweiligen Eigentümer des Flurstücks 797 eine Grunddienstbarkeit in Gestalt eines Geh- und Fahrrechts zu bewilligen.

2. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), und zwar hinsichtlich der Klage insgesamt. Solange nicht feststeht, dass die Kläger von dem Beklagten die Zustimmung zur Löschung der Grunddienstbarkeit verlangen können, ist der Beklagte aufgrund dieses eingetragenen Rechts zur Nutzung der Zufahrt berechtigt. Damit entfällt auch die Grundlage für die Verurteilung des Beklagten, die Nutzung des Grundstücks der Kläger zu unterlassen und den Schlüssel zur Zufahrt herauszugeben.

Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit es die notwendigen Feststellungen durch die erforderliche – nicht nur am Wortlaut orientierte, sondern alle Umstände des Falles berücksichtigende – Auslegung der Vereinbarung unter VI.1.2. des Kaufvertrages vom 13.2.2002 nachholen kann. Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht. (...)

7. BGB § 883 Abs. 1 (*Erstreckung der Vormerkung auf weitere Rücktrittsgründe*)

- a) **Eine zur Sicherung eines durch Rücktritt bedingten Rückauflassungsanspruchs eingetragene Vormerkung kann, ohne dass es einer erneuten Eintragung bedürfte, durch Bewilligung auf weitere Rücktrittsgründe erstreckt werden (Fortführung von BGHZ 143, 175 = MittBayNot 2000, 104).**
- b) **Der Rang der durch die Vormerkung weiter gesicherten Ansprüche bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung.**

BGH, Urteil vom 7.12.2007, V ZR 21/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit von ihrem Streithelfer beurkundeten Vertrag vom 15.10.1993 übertrugen die Kläger im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ihr Hausgrundstück unter Vorbehalt eines Wohnrechts ihrer Tochter (im Folgenden: Schuldnerin). Die Schuldnerin verpflichtete sich, das Grundstück zu Lebzeiten der Kläger nicht zu veräußern, nicht zu belasten und nicht baulich zu verändern. Für den Fall des Verstoßes gegen diese Verpflichtungen sollten die Kläger nach näherer Maßgabe die Rückübertragung des Grundstücks verlangen können.

Die Schuldnerin wurde am 26.11.1993 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen; der Rückauflassungsanspruch der Kläger wurde durch die Eintragung einer Vormerkung gesichert.

Mit von dem Streithelfer am 5.5.1998 beurkundeten Vertrag vereinbarten die Kläger mit der Schuldnerin, dass sie auch dann die Rückübertragung des Grundstücks sollten verlangen können, wenn die Schuldnerin geschieden, über ihr Vermögen ein Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben würde. Weiter heißt es in dem Vertrag:

„Die bereits im Grundbuch ... eingetragene Rückauflassungsvormerkung dient auch zur Absicherung der Rückauflassungsansprüche der Übertragsgeber ... aufgrund der vorstehend getroffenen Vereinbarungen.“

Der Streithelfer reichte eine Ausfertigung des Ergänzungsvertrags bei dem Grundbuchamt ein. Die Rechtspflegerin vermerkte daraufhin auf der bei den Grundakten befindlichen Ausfertigung des Vertrages vom 15.10.1993 „s. auch Ergänzungserklärung vom 5.5.1998, UR-Nr. 247/98, Notar S.“.

Mit Beschluss vom 20.7.2004 untersagte das AG Dortmund der Schuldnerin gemäß § 21 Abs. 1 InsO, über das Grundstück zu verfügen und ersuchte das Grundbuchamt um Eintragung des Verfügungsverbots in das Grundbuch. Am 9.6.2005 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Beklagte wurde zur Verwalterin bestimmt. Mit der Klage verlangen die Kläger von der Beklagten die Rückübertragung des Grundstücks und die Bewilligung der Löschung der in das Grundbuch eingetragenen Verfügungsbeschränkung.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Anträge weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hält die geltend gemachten Ansprüche für nicht begründet. Es meint, die Vereinbarung vom 5.5.1998 sei wirksam. Für ihre insolvenzrechtliche Anfechtung fehle es an hinreichendem Vortrag der Beklagten. Der geltend gemachte Anspruch scheitere jedoch daran, dass er durch die eingetragene Vormerkung nicht gesichert sei und daher gegen die Masse nicht durchgesetzt werden könne. Die Vereinbarung bedeute zwar auch die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der weiter vereinbarten Rückübertragungsansprüche. Zu einer entsprechenden Eintragung sei es jedoch nicht gekommen, weil der hierzu notwendige Antrag nicht gestellt worden sei.

II.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung im Wesentlichen nicht stand.

1. Auf der Grundlage des bisherigen Vorbringens der Beklagten schuldet diese als Insolvenzverwalterin gemäß § 106 InsO den Klägern die verlangte Rückübertragung des Grundstücks. Die am 26.11.1993 in das Grundbuch eingetragene Vormerkung sichert auch den durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin durch den Vertrag vom 5.5.1998 begründeten Rückübertragungsanspruch der Kläger.

a) Die in dem Vertrag vom 5.5.1998 zwischen den Klägern und der Schuldnerin vereinbarte Verpflichtung der Schuldnerin, das Grundstück im Fall der Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen zurückzuübertragen, ist wirksam. Eine Vereinbarung, die eine Vertragspartei berechtigt, im Falle der Insolvenz der anderen Partei ein dieser eingeräumtes oder übertragenes Recht zurückzuverlangen, ist entgegen der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat von der Beklagten vertretenen Meinung grundsätzlich wirksam (vgl. OLG Karlsruhe, NZM 2001, 1053, 1054; *Erman/Grziwotz*, BGB, 11. Aufl., § 2 ErbbauVO Rdnr. 6; MünchKommBGB/v. Oefele, 4. Aufl., § 2 ErbbauVO Rdnr. 27; RGRK-BGB/Räfle, 12. Aufl., § 2 ErbbauVO Rdnr. 25 jeweils zum Heimfallanspruch nach der ErbbauVO). § 17 Abs. 1 Nr. 4 der Ausführungsverordnung zum Reichsheimstättengesetz sah eine Vereinbarung, nach der die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Heimstätters den Heimfallanspruch auslöste, ausdrücklich vor.

b) Der vereinbarte bedingte Übertragungsanspruch konnte gemäß § 883 Abs. 1 BGB durch eine Vormerkung gesichert werden.

In der Eintragung einer Vormerkung müssen der Gegenstand des Anspruchs und der Anspruchsgläubiger bezeichnet werden; die Angabe des Schuldgrunds ist nicht notwendig (*Jansen*, DNotZ 1953, 382, 383; vgl. ferner BGH, LM BGB § 883 Nr. 1; RGZ 133, 267, 269 f.; KG, Rpfleger 1969; 49, 50; DNotZ 1972, 173, 175; *Erman/Lorenz*, § 885 Rdnr. 18; *Staudinger/Gursky*, BGB, 2002, § 885 Rdnr. 68).

Im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung muss der Anspruch, zu dessen Sicherung die Vormerkung dienen soll, weder fällig, § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB, noch begründet sein. § 879 Abs. 2 BGB ist auf die Vormerkung entsprechend anzuwenden (BGHZ 143, 175, 179 f. m. w. N. = MittBayNot 2000, 104 m. Anm. *Demharter* = DNotZ 2000, 639 m. Anm. *Wacke* = ZfIR 2000, 121 m. Anm. *Volmer* = LM BGB § 883 Nr. 27 m. Anm. *Stürner/Heggen*). Wird eine Vormerkung vor der Begründung des zu sichernden Anspruchs in das Grundbuch eingetragen, entsteht sie mit der Begründung des Anspruchs. Umgekehrt erlischt die Vormerkung trotz Fortbestehens ihrer Eintragung im Grundbuch mit dem Erlöschen des gesicherten Anspruchs. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Anspruch durch Vereinbarung, aufgrund der Ausübung eines Rechts oder durch Erfüllung erlischt. Die unabhängig von dem gesicherten Anspruch erfolgte oder fortbestehende Eintragung erlaubt es, eine erloschene Vormerkung durch einen neu begründeten Anspruch wieder „aufzuladen“ (*Stürner/Heggen*, a. a. O.), oder eine wegen Scheiterns der Begründung des zu sichernden Anspruchs zunächst unwirksame Vormerkung zur Entstehung zu bringen (OLG Frankfurt, DNotZ 1995, 539 f.; *Ertl*, Rpfleger 1979, 361, 364; *Wacke*, DNotZ 1995, 507, 512).

c) Auf dieser Grundlage ist die Frage zu entscheiden, ob es zur Sicherung der Erweiterung eines Anspruchs der Bewilligung und Eintragung einer neuerlichen Vormerkung bedarf,

oder ob die Bewilligung der Sicherung des erweiterten Anspruchs durch eine eingetragene Vormerkung ohne weitere Eintragung in das Grundbuch zur Sicherung des erweiterten Anspruchs führt.

Die Voraussetzungen des gesicherten Anspruchs können durch Vereinbarung zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger beschränkt oder erweitert werden. Werden sie beschränkt, bleibt die Sicherung des Anspruchs durch die eingetragene Vormerkung bestehen (vgl. statt aller MünchKommBGB/*Wacke*, § 885 Rdnr. 2; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 329 f.). Eine Verlautbarung der Beschränkung im Grundbuch erfolgt nicht. Entsprechendes gilt für den Austausch des Anspruchs. Die trotz Erlöschens des gesicherten Anspruchs weiterhin eingetragene Vormerkung muss nicht gelöscht und zur Sicherung eines neu begründeten Anspruchs wiederum eingetragen werden, sondern kann zur Sicherung eines neu begründeten Anspruchs nutzbar gemacht werden, sofern dieser auf dieselbe Leistung wie der zunächst gesicherte Anspruch gerichtet ist (BGHZ 143, 175, 181 = MittBayNot 2000, 104; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 885 Rdnr. 6; a. M. *Demharter*, a. a. O.; *Volmer*, a. a. O.; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 333). Werden weitere Entstehungsgründe für den gesicherten Anspruch geschaffen, kann nichts anderes gelten (a. M. MünchKommBGB/*Wacke*, § 885 Rdnr. 2; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 334; *Promberger*, DNotZ 1994, 249, 250; *Amann*, MittBayNot 2000, 197, 200). Die Begründung weiterer Entstehungsgründe führt zur Erstreckung der Sicherung eines bestehenden Anspruchs auf einen von der Wirkung der Vormerkung zunächst nicht erfassten Fall. Sie bleibt in ihrer Wirkung hinter der einer Neubegründung des gesicherten Anspruchs zurück. Damit ist nicht zu vereinbaren, dass eine eingetragene Vormerkung zwar zur Sicherung eines neu begründeten Anspruchs genutzt, der gesicherte Anspruch ohne die Eintragung einer weiteren Vormerkung jedoch nicht auf weitere Entstehungsgründe gestützt werden könnte.

d) Die Aufgabe des Grundbuchs, eine eindeutige, klare und vollständige Aussage über vergangene und gegenwärtige Rechtsverhältnisse zu machen, steht dem nicht entgegen (a. M. *Demharter*, a. a. O.). Über die Wirksamkeit des vorgezeichneten Anspruchs gibt das Grundbuch keine Auskunft. Schon der gesicherte Anspruch ist im Grundbuch nicht zu bezeichnen. Erst recht sind der Eintritt einer Bedingung, von der das Entstehen des Anspruchs abhängig ist, oder dessen Fälligkeit dem Grundbuch nicht zu entnehmen (*Ertl*, Rpfleger 1979, 361, 364; *Wacke*, DNotZ 1995, 507, 512; *Amann*, MittBayNot 2000, 197, 198). Kenntnis von dem gesicherten Anspruch lässt sich, wenn überhaupt, allenfalls durch eine Einsichtnahme in die Grundakten gewinnen. Soweit diese im Hinblick auf eine Änderung des vorgezeichneten Anspruchs Anlass zu einem Irrtum geben können, ist es daher angezeigt, dem durch einen Hinweis vorzubeugen, wie es im vorliegenden Fall geschehen ist.

e) Der Zeitpunkt der Erweiterung oder des Austauschs des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs ist nur für die Beantwortung der Frage von Bedeutung, ob der Änderung gegenüber zwischenzeitlich eingetragenen Rechten der Vorrang zukommt. Diese Frage ist durch das Urteil des Senats, BGHZ 143, 175, 183 = MittBayNot 2000, 104, entschieden. Nach der Vormerkung aber vor deren „Aufladung“ in das Grundbuch eingetragene Rechte werden von der Änderung des durch die bestehende Vormerkung gesicherten Anspruchs nicht berührt. Ein Anlass, der zur Eintragung einer neuerlichen Vormerkung nötigte, besteht daher nicht. An der den Urteilen vom 2.10.1951, V ZR 47/50, LM BGB § 883 Nr. 1; und vom 22.4.1959, V ZR 193/57, LM BGB § 883 Nr. 6,

zugrundeliegenden bzw. zum Ausdruck kommenden gegen-
teiligen Auffassung hält der Senat nicht fest.

f) Nach der Vereinbarung vom 5.5.1998 sollte die Sicherung des Rückübertragungsanspruchs durch die vom 26.11.1993 eingetragene Vormerkung die für das Entstehen des vorge-
merkten Anspruchs ergänzend vereinbarten Bedingungen um-
fassen. Das hat das Berufungsgericht als Bewilligung einer
Vormerkung ausgelegt. Das ist insoweit rechtsfehlerhaft, als
eine an dem Wortlaut orientierte Auslegung dazu führt, dass
nicht die Eintragung einer weiteren Vormerkung, sondern die
Erstreckung der Wirkung der bestehenden Vormerkung auf
die für das Entstehen des Anspruchs durch die Vereinbarung
vom 5.5.1998 erweiterten Voraussetzungen von der Schuldnerin
bewilligt worden ist.

Die für die Durchsetzung des gegen die Beklagte geltend ge-
machten Auflassungs- und Bewilligungsanspruchs notwen-
digen Voraussetzungen liegen insoweit vor. Der Anspruch ist
entstanden, die für die Sicherung der Erweiterung seiner Vor-
aussetzungen notwendige Bewilligung der Erstreckung der
eingetragenen Vormerkung ist erteilt. Die vor dem Erlass des
Verfügungsverbots gegen die Schuldnerin und vor der Eröff-
nung des Insolvenzverfahrens erfolgte Erweiterung des Schut-
zes der Kläger durch die eingetragene Vormerkung macht den
geltend gemachten Auflassungsanspruch grundsätzlich insol-
venzfest (BGHZ 149, 1, 5 ff. = DNotZ 2002, 275).

2. Damit gewinnt die von der Beklagten in Anspruch
genommene Anfechtung der Vereinbarung vom 28.5.1998
Bedeutung. Der Anspruch der Kläger kann an der von der
Beklagten erhobenen Einrede der Anfechtbarkeit scheitern.
Hierauf kam es nach der von dem Berufungsgericht geteilten
Ansicht des LG nicht an. Die Beklagte hatte keinen Anlass,
ihren von dem Berufungsgericht zutreffend als unzureichend
angesehenen bisherigen Vortrag zur Anfechtung weiter auszu-
führen. Durch die Zurückverweisung der Sache an das Beru-
fungsgericht erhält sie hierzu Gelegenheit.

3. Unabhängig von der Entscheidung über den Anspruch
auf Rückübertragung des Grundstücks ist die Revision nicht
begründet, soweit die Kläger von der Beklagten die Bewilli-
gung der Löschung des eingetragenen Verfügungsverbots ver-
langen.

a) An die Stelle der vorläufigen Beschränkung der Schuld-
nerin, über das Grundstück zu verfügen, ist mit der Eröffnung
des Insolvenzverfahrens über deren Vermögen die Verfügungs-
beschränkung durch dieses Verfahren getreten. Damit ist der
Beschluss des Insolvenzgerichts vom 20.7.2004 ohne weite-
res hinfällig (HK-InsO/Kirchhof, 4. Aufl., § 21 Rdnr. 56; Prager/
Thienemann, NZI 2001, 634, 635 f.) und gemäß § 84 GBO als
gegenstandslos zu löschen. Eine Bewilligung der Beklagten
ist hierzu weder notwendig noch wäre sie hinreichend.

b) Bei dem in das Grundbuch eingetragenen Insolvenz-
vermerk verhält es sich im Ergebnis nicht anders. Fehlt es an
einem Anspruch der Kläger auf Übertragung des Grundstücks,
ist der Vermerk zutreffend. Ein Anspruch der Kläger auf Zu-
stimmung zu seiner Löschung scheidet schon deshalb aus.

Können die Kläger die Übertragung des Grundstücks ver-
langen, scheidet ein solcher Anspruch aus, weil es zur Löschung
des Insolvenzvermerks im Grundbuch keiner Bewilligung der
Beklagten bedarf. Die Kläger können bei dem Insolvenz-
gericht beantragen, das Grundbuchamt um die Löschung des
Vermerks zu ersuchen, sobald sie wieder als Eigentümer des
Grundstücks in das Grundbuch eingetragen sind, und so die
Löschung ohne die von der Beklagten verlangte Zustimmung
herbeiführen (HK-InsO/Kirchhof, § 32 Rdnr. 23; Braun/Kind,
InsO, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 29; Hess, InsO, §§ 32, 33 Rdnr. 32;
Jäger/Schilken, InsO, § 32 Rdnr. 41).

Anmerkung:

Mit der Entscheidung führt der V. Zivilsenat des BGH seine
Rechtsprechung zum Austausch des durch eine Vormerkung
gesicherten Anspruchs ohne erneute Eintragung in das Grund-
buch fort. Gegenstand der Entscheidung ist die Erstreckung
einer Rückauflassungsvormerkung auf weitere Rücktritts-
gründe als Bedingung des gesicherten Rückübertragungs-
anspruchs.

1. Begründung einer Vormerkung

Voraussetzung für das Entstehen einer Vormerkung, die kein
dingliches Recht ist, sondern ein Sicherungsmittel eigener
Art darstellt, ist eine einstweilige Verfügung oder eine (mate-
riellrechtliche) Bewilligung gemäß § 885 BGB und die Ein-
tragung in das Grundbuch (§ 883 Abs. 1 BGB). Zur näheren
Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs, von dessen Be-
stand die streng akzessorische Vormerkung abhängt und mit
dem sie steht und fällt, kann auf die einstweilige Verfügung
oder die Bewilligung Bezug genommen werden (§ 885 Abs. 2
BGB). Daraus wurde abgeleitet, dass der Anspruch der nähe-
ren Bezeichnung bedarf, um bestimmt oder jedenfalls be-
stimmbar zu sein.¹ Hierzu wurde bei bestehender Verwech-
slungsgefahr die sonst entbehrliche Angabe des Schuldgrundes
ausnahmsweise für notwendig erachtet.² Außerdem wurde bei
jeder wesentlichen Änderung oder Ergänzung des gesicher-
ten Anspruchs zur Wirksamkeit der Vormerkung gegenüber
nachrangig eingetragenen Rechten eine Verlautbarung durch
Eintragung in das Grundbuch verlangt.³

Die aus der Akzessorietät der Vormerkung und dem Bestimm-
theitserfordernis abgeleiteten grundbuchrechtlichen Grundsätze
hat der BGH inzwischen weitgehend aufgegeben.

2. Austausch des gesicherten Anspruchs

In der Entscheidung vom 26.11.1999⁴ hat es der BGH für
zulässig erachtet, eine im Grundbuch eingetragene, inzwi-
schen erloschene, aber nicht gelöschte Eigentumsvormerkung
durch erneute Bewilligung ohne Grundbuchberichtigung durch
Löschung der eingetragenen Vormerkung und Neueintra-
gung einer inhaltsgleichen Vormerkung zur Sicherung eines
deckungsgleichen Anspruchs zu verwenden. Für den Rang
der neu bewilligten Vormerkung soll nicht die alte Eintra-
gung, sondern der Zeitpunkt der neuen Bewilligung maß-
gebend sein.

Der BGH hält damit an dem Grundsatz, dass zur Entstehung
einer Vormerkung in jedem Fall der Akt einer Einschreibung
in das Grundbuch erforderlich ist, nicht mehr fest. Statt des
Eintragungsaktes lässt er das Eingetragensein genügen.⁵ Hat
aber eine Grundbucheintragung zur Entstehung einer Vormer-
kung geführt und ist diese inzwischen erloschen, kann eine
neue Vormerkung auch zur Sicherung eines deckungsgleichen
Anspruchs nur durch Neueintragung entstehen. Der Verzicht
darauf durch Verwendung der bestehen gebliebenen Eintra-
gung ist entgegen der Ansicht des BGH kein „unnötiger For-
malismus“. In dem formal ausgestalteten Grundbuchrecht ist
die Neueintragung im Interesse der Rechtssicherheit vielmehr

¹ OLG Köln, FGPrax 2005, 103.

² BGH, NJW 1952, 62 = LM BGB § 883 Nr. 1.

³ BGH, DNotZ 1959, 399 = LM BGB § 883 Nr. 6.

⁴ BGHZ 143, 175 = MittBayNot 2000, 104 = DNotZ 2000, 639 =
NJW 2000, 805.

⁵ Zimmer, NJW 2000, 2978, 2980; Streuer, Rpfleger 2000, 155.

zwingend geboten, weil andernfalls die Aussagekraft des Grundbuchs entscheidend geschwächt würde.⁶ Dies zeigt sich an den im Zusammenhang mit Rangfragen auftretenden Problemen. Der BGH meint, „gegebenenfalls sei im Interesse der Grundbuchklarheit durch einen entsprechenden Rangvermerk im Grundbuch zum Ausdruck zu bringen“, dass sich der Rang entgegen § 879 BGB nicht nach der Eintragung, sondern nach der neuen Bewilligung richtet. Die Eintragung eines Rangvermerks durch das Grundbuchamt von Amts wegen scheidet im Eintragungsverfahren aus. Ein in das Belieben der Beteiligten gestellter Rangvermerk kann den Anforderungen der Rechtssicherheit jedoch nicht genügen.⁷

Die Entscheidung des BGH wurde im Schrifttum nahezu einheitlich abgelehnt.⁸ Begründet wird die Ablehnung vor allem damit, dass die Entscheidung insbesondere wegen des sich aus dem Grundbuch nicht erschließenden Rangs der neu bewilligten Vormerkung die „Gefahr einer erheblichen Rechtsunsicherheit im Grundstücksverkehr“ mit sich bringt,⁹ jedenfalls „der Rechtssicherheit im Grundbuchverfahren nicht gerade förderlich“ ist,¹⁰ „mit den Aufgaben des Grundbuchs, Klarheit über Rechtsverhältnisse am Grundstück zu schaffen, nicht in Einklang zu bringen ist“,¹¹ „mit dem Zweck des Grundbuchs, sichere Rangerkenntnisse und -aussagen zu treffen, in Widerspruch“ steht,¹² es „dem Grundbuch nicht erleichtert, wenn nicht unmöglich macht, seine Aufgabe zu erfüllen, eine eindeutige, klare und vollständige Aussage über vergangene und gegenwärtige Rechtsverhältnisse zu machen“¹³ und „mit wenig überzeugenden Argumenten die Aussagekraft des Grundbuchs“ schwächt.¹⁴ Selbst diejenigen, die mit dem BGH eine Löschung und Neueintragung nicht für erforderlich halten, fordern, dass entgegen der BGH-Entscheidung „die neu bewilligte Vormerkung Dritten erst ab dem Zeitpunkt entgegengesetzt werden kann, in dem ein Rangvermerk das Wiederaufleben der Vormerkung im Grundbuch anzeigt“.¹⁵

Durch Bezugnahme auf diese Entscheidung hat der IX. Zivilsenat des BGH am 19.1.2006¹⁶ ohne auf die Kritik an der Entscheidung des V. Zivilsenats vom Jahr 1999 einzugehen oder diese auch nur zu erwähnen, es für möglich gehalten, dass eine Zwangssicherungshypothek, die infolge der insolvenzrechtlichen Rückschlagsperre¹⁷ unwirksam geworden ist, ohne Neueintragung mit entsprechend verändertem Rang wirksam wird, wenn sie als Buchposition erhalten geblieben ist und die Voraussetzungen für eine Neubegründung der Sicherung im Weg der Zwangsvollstreckung bestehen.

⁶ *Staudinger/Gursky*, BGB, 2002, § 883 Rdnr. 333; *Schubert*, JR 2001, 61.

⁷ *Streuer*, Rpfleger 2000, 155, 156.

⁸ *Zimmer*, NJW 2000, 2978, 2980; *Schubert*, JR 2001, 61; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 333; *Streuer*, Rpfleger 2000, 155; *Volmer*, ZfIR 2000, 207; *Demharter*, MittBayNot 2000, 106; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1488; *Ermann/Lorenz*, BGB, 11. Aufl., § 885 Rdnr. 19.

⁹ *Zimmer*, NJW 2000, 2978, 2980.

¹⁰ *Volmer*, ZfIR 2000, 207.

¹¹ *Streuer*, Rpfleger 2000, 155.

¹² *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1488.

¹³ *Demharter*, MittBayNot 2000, 106.

¹⁴ *Amann*, MittBayNot 2000, 197, 201.

¹⁵ *Stürmer/Hegge*, LM BGB § 883 Nr. 27. Ebenso *Soergel/Stürmer*, BGB, 13. Aufl., § 885 Rdnr. 6.

¹⁶ Rpfleger 2006, 253.

¹⁷ Vgl. § 88 InsO.

Auch diese Entscheidung ist im Schrifttum, wenn auch überwiegend aus anderen Gründen, kritisiert worden.¹⁸

3. Erweiterung des gesicherten Anspruchs

Mit der Entscheidung vom 7.12.2007 führt der BGH seine Rechtsprechung aus dem Jahr 1999 fort. Im Fall einer späteren Erweiterung des durch eine Eigentumsvormerkung gesicherten bedingten Rückübertragungsanspruchs durch zusätzliche Rücktrittsgründe hält er eine erneute Eintragung in das Grundbuch nicht für erforderlich. Für den Rang des weiter gesicherten Anspruchs soll aber nicht die Eintragung der Vormerkung maßgebend sein, sondern der Zeitpunkt der neuen Bewilligung.

Zur Begründung führt der BGH aus, wenn eine Vormerkung trotz Erlöschens des gesicherten Anspruchs ohne Löschung und Neueintragung zur Sicherung eines neu begründeten Anspruchs nutzbar gemacht werden könne, sofern dieser auf dieselbe Leistung gerichtet sei, könne nichts anderes gelten, wenn weitere Entstehungsgründe für den gesicherten Anspruch geschaffen würden. Denn dies bleibe hinter einer Neubegründung des gesicherten Anspruchs zurück.

Die gegen seine Entscheidung vom Jahr 1999 vorgebrachte Kritik, durch sie werde die Aussagekraft des Grundbuchs geschwächt, lässt der BGH nicht gelten. Denn über die Wirksamkeit des gesicherten Anspruchs gebe das Grundbuch keine Auskunft. Auch sei der gesicherte Anspruch im Grundbuch nicht zu bezeichnen. Erst recht sei bei einem bedingten Anspruch der Eintritt der Bedingung dem Grundbuch nicht zu entnehmen. Kenntnis von dem gesicherten Anspruch lasse sich allenfalls durch Einsicht in die Grundakten gewinnen.

Die Aussage, der gesicherte Anspruch sei im Grundbuch nicht zu bezeichnen, steht im Widerspruch zu § 885 Abs. 2 BGB. Dabei ist zu beachten, dass das nach dieser Vorschrift in zulässiger Weise in Bezug Genommene ebenso zum Inhalt des Grundbuchs wird, wie der Eintragungsvermerk selbst.¹⁹ Dies gilt insbesondere für eine Bedingung oder Befristung des gesicherten Anspruchs; insoweit ist eine Bezugnahme zulässig, nicht jedoch wegen einer Bedingung oder Befristung der Vormerkung selbst.²⁰

Richtig ist, dass sich die Wirksamkeit des gesicherten Anspruchs und der Eintritt einer Bedingung, von dem nach der Grundbucheintragung dessen Entstehen abhängig ist, dem Grundbuch nicht entnehmen lassen. Darum geht es in der Entscheidung aber nicht. Deren Gegenstand ist vielmehr die Schaffung einer weiteren Voraussetzung für das Entstehen des gesicherten Anspruchs durch Bewilligung eines zusätzlichen Rücktrittsgrundes. Die Bedingungen, deren Eintritt Voraussetzung für das Entstehen des gesicherten Anspruchs sind, müssen sich aber aus dem Grundbuch ergeben.²¹ Ihr Eintritt dagegen nicht.

Wegen eines für möglich gehaltenen Irrtums bei Einsicht in die Grundakten hält es der BGH für „angezeigt, dem durch einen Hinweis vorzubeugen“. In dem entschiedenen Fall hat

¹⁸ *Bestelmeyer*, Rpfleger 2006, 388; *Demharter*, Rpfleger 2006, 258; *Keller*, ZIP 2006, 1174; *Böttcher*, NotBZ 2007, 86; *Volmer*, ZfIR 2006, 441; diesem erwidern *Keller*, ZfIR 2006, 499.

¹⁹ Allg. Meinung; z. B. *Knothe* in *Bauer/von Oefele*, GBO, 2. Aufl., § 44 Rdnr. 48 m. w. N.

²⁰ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1512. Unklar *Kohler* in *Bauer/von Oefele*, GBO, AT III Rdnr. 67.

²¹ *Staudinger/Gursky*, § 885 Rdnr. 71. Insoweit ist jedoch eine Bezugnahme gemäß § 885 Abs. 2 BGB zulässig.

der Grundbuchrechtspfleger die neue Bewilligung zu den Grundakten genommen und auf der ursprünglichen Bewilligung einen Hinweis auf die spätere „Ergänzungserklärung“ angebracht. Damit ist den Anforderungen an die Rechts-sicherheit keineswegs Genüge getan. Da sich die Vormerkung mit der neuen Bewilligung auf einen weiteren Rücktrittsgrund als Bedingung für das Entstehen des gesicherten Rückübertragungsanspruchs erstrecken soll, ohne dass es einer Mitwirkung des Grundbuchamts in Form einer Grundbucheintragung bedarf, besteht für die Beteiligten keine Veranlassung, die neue Bewilligung beim Grundbuchamt einzureichen. Selbst wenn dies geschieht, steht es dem Grundbuchrechtspfleger frei, diese zu den Grundakten zu nehmen.²² Jedenfalls steht es in seinem Belieben, ob, wo und in welcher Weise er den vom BGH für geboten gehaltenen Hinweis in den Grundakten anbringt. Mit einem rechtssicheren Verfahren hat dies nichts zu tun.

4. Fazit

Mit der hier besprochenen Entscheidung hat der BGH trotz der Kritik an seiner Rechtsprechung aus dem Jahr 1999 festgehalten und diese ausgebaut. Durch sie wird das Grundbuch geschwächt. Unter ihr leidet die Rechtssicherheit, deren Garant das Grundbuch sein soll.²³ Die von Zimmer²⁴ anlässlich der Entscheidung von 1999 geäußerte Hoffnung, der BGH werde Gelegenheit finden, seine Auffassung zu ändern, hat sich nicht erfüllt. Gursky²⁵ warnt, die Rechtsprechung sei auf dem falschen Weg, wenn sie die Anforderungen an die Verlautbarung im Grundbuch absenkt und damit die Rechtssicherheit für den Liegenschaftsverkehr insgesamt verschlechtert. Er hat Recht.

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

²² Bei den Grundakten sind grundsätzlich nur solche Urkunden aufzubewahren, auf die eine Eintragung sich gründet oder Bezug nimmt (§ 10 Abs. 1 Satz 1 GBO). Es ist deshalb schon fraglich, ob der Rechtspfleger andere Urkunden überhaupt zu den Grundakten nehmen darf.

²³ Die Entscheidung wird kritisch besprochen von Zimmer, ZfIR 2008, 91.

²⁴ NJW 2000, 2978, 2980.

²⁵ Staudinger/Gursky, § 885 Rdnr. 71.

8. BGB § 1025 Satz 1 (Fortwirkung einer Dienstbarkeit bei Teilung des herrschenden Grundstücks)

Wird das herrschende Grundstück geteilt, so wirkt die Eintragung der Dienstbarkeit auf dem Grundbuchblatt des dienenden Grundstücks auch dann zugunsten der Eigentümer der getrennten Teile fort, wenn sich die Teilung nicht aus den das dienende Grundstück betreffenden Grundbucheintragungen ergibt.

BGH, Urteil vom 25.1.2008, V ZR 93/07; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Der Kläger ist Eigentümer eines in K. belegenen Hausgrundstücks (Flurstück 121/3) sowie der Parzelle 446/122. Letztere ermöglicht zusammen mit den im Eigentum der Beklagten stehenden Wegparzellen 122/7 und 447/122, dass das Hausgrundstück von der B.-Straße zu erreichen ist. Nach den Grundbucheintragungen in Abteilung II sind die Wegeparzellen mit folgenden Grunddienstbarkeiten belastet:

Ild. Nr. 1: Geh- und Fahrrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Flurstück 446/122;

Ild. Nr. 2: Die Errichtung von Einrichtungen wie Zäunen, Hecken oder Mauern ist ausgeschlossen; für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flurstück 121/2.

Bereits vor dem Eigentumserwerb der Beklagten war das Grundstück 121/2 in die Flurstücke 121/3 bis 121/5 „fortgemessen“ worden.

Gestützt auf diese Dienstbarkeiten hat der Kläger von der Beklagten erfolglos die Beseitigung von zwei Pflanzkübeln und eines Maschen-drahtzauns verlangt; insoweit ist der Rechtsstreit rechtskräftig abgeschlossen. Mit der Widerklage möchte die Beklagte in erster Linie die Löschung der in Abteilung II unter Nr. 2 eingetragenen Dienstbarkeit erreichen, soweit diese für den jeweiligen Eigentümer des Flurstücks 121/2 eingetragen ist; hilfsweise hat sie einen eingeschränkten Antrag gestellt, dem das LG stattgegeben hat. Die gegen die Abweisung des Hauptantrags eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Dagegen richtet sich die von dem OLG zugelassene Revision der Beklagten, deren Zurückweisung der Kläger beantragt.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hat einen Lösungsanspruch der Beklagten mit der Begründung verneint, nach § 1025 BGB bestehe die Dienstbarkeit trotz Grundstücksteilung fort. Die Voraussetzungen für einen gutgläubig lastenfreien Erwerb lägen nicht vor, weil ein guter Glaube daran, das Grundstück sei nicht mit einer Dienstbarkeit belastet, unter Berücksichtigung der Regelung des § 1025 BGB nicht habe entstehen können. Dies gelte auch dann, wenn die Teilung nicht aus dem das dienende Grundstück betreffenden Grundbuchblatt ersichtlich sei. Der Umstand der Teilung und die nunmehr Berechtigten ließen sich ohne weiteres über das das herrschende Grundstück betreffende Bestandsverzeichnis und die jeweiligen Eintragungen in den Grundbuchblättern zu den aus der Teilung hervorgegangenen Grundstücken erschließen.

II.

Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

1. Der Beklagten steht der geltend gemachte Lösungsanspruch (§ 894 BGB) nicht zu. Die Dienstbarkeit ist nicht erloschen.

a) Nach § 1025 Satz 1 BGB besteht eine Dienstbarkeit auch nach Teilung des herrschenden Grundstücks an den Grundstücksteilen fort. Sie erlischt nur ausnahmsweise und auch dann nur an solchen Teilen, denen das dingliche Recht nicht zum Vorteil gereicht (§ 1025 Satz 2 BGB). Indessen zeigt die Revision kein Vorbringen auf, aus dem sich dies ergeben könnte. Soweit sie auf Sachvortrag verweist, wonach das Grundstück über die Ostseite, den E.-Weg, erschlossen sei, steht dies dem Fortbestehen der Dienstbarkeit schon deshalb nicht entgegen, weil selbst eine weitere Zuwegung oder Zufahrt die Vorteilhaftigkeit der durch die Dienstbarkeit eingeräumten Benutzungsmöglichkeit nicht ausräumte. Anders als beim gesetzlichen Notwegrecht (§ 917 BGB) kommt es bei rechtsgeschäftlich eingeräumten Wegerechten auf das Fehlen einer anderweitigen Grundstücksverbindung zum öffentlichen Wegenetz nur dann an, wenn dies – anders als hier – zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht worden ist.

b) Die Grunddienstbarkeit ist auch nicht durch gutgläubig lastenfreien Eigentumserwerb nach § 892 Abs. 1 BGB untergegangen. Die Konstellation, dass ein dingliches Recht im Grundbuch zu Unrecht gelöscht worden ist, liegt hier nicht vor. Auch im Übrigen fehlt es schon an einer Unrichtigkeit des Grundbuchs, die Grundlage eines lastenfreien Erwerbs

kraft guten Glaubens sein könnte. Die Eintragung der Dienstbarkeit auf dem Grundbuchblatt des dienenden Grundstücks wirkt auch dann zugunsten der Eigentümer der getrennten Teile fort, wenn sich die Teilung des herrschenden Grundstücks nicht aus den das dienende Grundstück betreffenden Grundbucheintragungen ergibt (KG, NJW 1976, 697, 698; MünchKommBGB/Falckenberg, 4. Aufl., § 1025 Rdnr. 2; Palandt/Bassenge, BGB, 67. Aufl., § 1025 Rdnr. 1; Staudinger/Mayer, BGB, 2002, § 1025 Rdnr. 6 m. w. N.; vgl. auch BayObLG, DNotZ 1996, 24, 25 f.). Auf die zutreffenden Erwägungen des Berufsurteils wird verwiesen.

2. Ob die Beklagte die Eintragung der nunmehr herrschenden Grundstücke in Abteilung II des dienenden Grundstücks aus Klarstellungsgründen verlangen kann (dazu BayObLG, DNotZ 1996, 24, 26), braucht mangels eines dahin gehenden Antrags nicht entschieden zu werden (§ 308 Abs. 1 ZPO).

9. BGB §§ 138, 1408 (*Wirksamer Verzicht auf Zugewinnausgleich*)

Ein ehevertraglicher Verzicht auf Zugewinnausgleich ist nicht schon deshalb unwirksam (§ 138 BGB), weil ein Ehegatte – entsprechend den gemeinsamen Vorstellungen der Ehegatten bei Vertragsschluss – in der Ehe einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und deshalb kein im Versorgungsausgleich auszugleichendes Versorgungvermögen erworben hat.

BGH, Urteil vom 17.10.2007, XII ZR 96/05; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Parteien streiten im Rahmen des Scheidungsverfahrens um Zugewinnausgleich und hier insbesondere um die Wirksamkeit eines Ehevertrages.

Die Parteien studierten in W, die 1960 geborene Antragsgegnerin (im Folgenden Ehefrau) für das Lehramt in der Sekundarstufe II, der 1963 geborene Antragsteller (im Folgenden Ehemann) Betriebswirtschaftslehre. Beide Parteien brachen ihr Studium ab, die Ehefrau 1987, der Ehemann zwischen 1992 und 1994. Nachdem sie sich 1990 kennengelernt hatten und die Ehefrau 1994 schwanger wurde, schlossen sie auf Wunsch des Ehemannes am 5.1.1995 einen Ehevertrag, dessen wesentlicher Inhalt lautet:

„Für unsere Ehe schließen wir hiermit den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft aus und vereinbaren vollständige Gütertrennung. Keiner von uns soll daher den Beschränkungen der §§ 1365 und 1369 BGB unterworfen sein. Ein Zugewinnausgleich nach Maßgabe der §§ 1372 ff. BGB soll ebenfalls nicht stattfinden. Demnach erhält und erwirbt ein jeder von uns freies und unbewegliches Vermögen, welches ihm zur Zeit gehört und welches er in Zukunft erwerben wird.“

Abreden über Versorgungsausgleich und Unterhalt wurden nicht getroffen.

Am 27.1.1995 schlossen sie die Ehe, aus der zwei im Jahr 1995 und 1998 geborene Kinder hervorgegangen sind. Die Ehefrau führte den Haushalt und betreute die Kinder. Der Ehemann war – nach Darstellung der Ehefrau – Ende 1994 als Angestellter bei der G GmbH & Co. KG tätig; kurz darauf erwarb er einen Anteil der Gesellschaft, den er später aufstocken konnte. Er ist heute Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer dieses Unternehmens, das 1881 von seiner Familie gegründet wurde.

Die Parteien trennten sich Anfang 2001; die Scheidung ist seit dem 4.10.2003 rechtshängig. Der Ehemann lebt mit einer neuen Partnerin zusammen, mit der er ein im Jahr 2002 geborenes Kind hat. Für die gemeinsamen Kinder der Parteien leistet der Ehemann Unterhalt nach der höchsten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle (200 % des Regelsatzes); er ließ vor dem Jugendamt entsprechende Urkunden errichten. Der Ehefrau zahlt er einen monatlichen Unterhalt in

Höhe von 3.067 €; außerdem stellt er ihr ein Einfamilienhaus unentgeltlich zur Verfügung, in dem sie mit den Kindern wohnt und dessen Finanzierungsaufwand (rund 1.500 € monatlich) sowie dessen Nebenkosten er trägt.

Die Ehefrau hat in der Folgesache Zugewinnausgleich Stufenklage erhoben und – in der ersten Stufe – vom Ehemann Auskunft über sein Endvermögen zum Stichtag (4.10.2003) unter Einbeziehung aller wertbildenden Faktoren, insbesondere im Hinblick auf seine Firmenbeteiligungen, begehrt. Das AG – Familiengericht – hat durch Teilurteil den Ehemann antragsgemäß verurteilt. Auf die hiergegen gerichtete Berufung des Ehemannes hat das OLG das Teilurteil des AG aufgehoben und die Auskunftsklage der Ehefrau abgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision der Ehefrau.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

II.

1. Wie der Senat wiederholt dargelegt hat (vgl. etwa BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = MittBayNot 2004, 270 und FamRZ 2005, 1444 = DNotZ 2005, 853), unterliegen die gesetzlichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten; einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten kennt das geltende Recht nicht. Die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen darf indes nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift. Zu diesem Kernbereich gehört in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB). Im Übrigen wird man eine Rangabstufung vornehmen können, die sich vor allem danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben (vgl. dazu näher BGHZ 158, 81, 94 ff. = FamRZ 2004, 601, 604 ff. = MittBayNot 2004, 270 und FamRZ 2005, 1444, 1446 f. = DNotZ 2005, 853).

Ob aufgrund einer vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht abweichenden Vereinbarung eine evident einseitige Lastenverteilung entsteht, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten unzumutbar erscheint, hat der Tatrichter zu prüfen. Er hat dabei zunächst – im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle – zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder.

Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen (BGHZ 158, 81, 100 f. = FamRZ 2004, 601, 606 = MittBayNot 2004, 270).

Eine Schwangerschaft der Frau bei Abschluss des Ehevertrages vermag dabei, wie der Senat dargelegt hat, für sich allein noch keine Sittenwidrigkeit des Ehevertrages zu begründen. Sie indiziert aber eine ungleiche Verhandlungsposition und damit eine Disparität bei Vertragsabschluss, die es rechtfertigt, den Vertrag einer verstärkten richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen, wobei in einer Gesamtschau alle maßgeblichen Faktoren zu berücksichtigen sind (BGH, FamRZ 2005, 1444, 1446 = DNotZ 2005, 853; FamRZ 2006, 1359, 1361 = DNotZ 2006, 920 und FamRZ 2007, 1310, 1311 = MittBayNot 2007, 507). Auch bei dieser Gesamtschau wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit allerdings nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird (BGH, FamRZ 2007, 1310, 1311 = MittBayNot 2007, 507).

2. Im vorliegenden Fall haben die Parteien den Zugewinnausgleich danach wirksam ausgeschlossen.

a) Der Zugewinnausgleich wird vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht umfasst; er erweist sich ehevertraglicher Gestaltung am weitesten zugänglich (BGHZ 158, 81, 95, 98 f. = FamRZ 2004, 601, 605, 608 = MittBayNot 2004, 270). Schon im Hinblick auf diese nachrangige Bedeutung des Zugewinnausgleichs im System des Scheidungsfolgenrechts wird ein Ausschluss dieses Güterstandes, worauf der Senat wiederholt hingewiesen hat (BGH, FamRZ 2005, 691, 692 a. E. = DNotZ 2005, 703; FamRZ 2005, 1444, 1448 = DNotZ 2005, 853 und FamRZ 2007, 1310, 1311 = MittBayNot 2007, 507), regelmäßig nicht sittenwidrig sein.

Die durch die Schwangerschaft der Klägerin indizierte ungleiche Verhandlungsposition der Parteien führt vorliegend zu keinem anderen Ergebnis. Die Parteien haben mit ihrem Ehevertrag nur die Zugewinngemeinschaft ausgeschlossen und damit von einer ihnen vom Gesetz ausdrücklich eröffneten Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht. Hinsichtlich aller anderen Scheidungsfolgen haben sie es bei der gesetzlichen Regelung belassen; der Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts ist damit von ihrer Abrede nicht berührt. Schon deshalb bewirkt der Ehevertrag hier keine evident einseitige Lastenverteilung, die für die Ehefrau hinzunehmen unzumutbar wäre. Dies gilt umso mehr, als nach dem eigenen Vortrag der Ehefrau der Abschluss dieses Vertrages in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Beteiligung des Ehemannes als Mitgesellschafter an dem von seiner Familie gegründeten Unternehmen stand. Für den Ausschluss des gesetzlichen Güterstandes sprach, worauf das OLG mit Recht hinweist, deshalb hier das berechtigte Interesse des Beklagten an der Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz seiner Unternehmensbeteiligung. Das Anliegen, den Fortbestand dieser Beteiligung als der Lebensgrundlage der Familie nicht durch etwaige Ausgleichszahlungen, die jedenfalls etwaige Wertzuwächse der Unternehmensbeteiligung während der Ehe erfassen würden, im Rahmen einer güterrechtlichen Auseinander-

setzung zu gefährden, erscheint legitim und nicht als Ausnutzung einer ungleichen Verhandlungsstärke (vgl. BGH, FamRZ 2007, 1310, 1311 = MittBayNot 2007, 507).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wenn schon bei Vertragsschluss absehbar war, dass der Ehemann in der Ehezeit weitgehend nicht gesetzlich rentenversicherungspflichtig sein und deshalb keine höheren gesetzlichen Rentenanwartschaften als dann von ihm tatsächlich begründet (85,34 €) erwerben würde. Für die Ehefrau, die ihrerseits in der Ehe gesetzliche Rentenanwartschaften in Höhe von 164,71 € erworben hat, hätte sich das Fehlen eines zu ihren Gunsten durchzuführenden Versorgungsausgleichs dann als eine von vornherein vorhersehbare Lücke in ihrer Altersversorgung dargestellt. Diese – später tatsächlich eingetretene – Lücke ist jedoch keine Folge der vereinbarten Gütertrennung, sondern des Umstandes, dass der Ehemann in der Ehezeit kein ausgleichendes Versorgungsvermögen aufgebaut hat. Soweit die Revision von einer Absicht des Ehemannes ausgeht, den Altersbedarf aus dem gemeinsam geschaffenen Privatvermögen zu bestreiten, findet eine solche Absicht im bisherigen Parteivortrag keine Grundlage. Sie würde im Übrigen auch nichts an der Wirksamkeit der Vereinbarung über den Ausschluss des Zugewinnausgleichs ändern. Das Scheidungsfolgenrecht unterscheidet strikt zwischen dem Versorgungs- und dem Zugewinnausgleich. Dem ersten unterliegen Anrechte auf Versorgung wegen Alters oder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit, dem zweiten unterfällt das sonstige Erwerbsvermögen. Verzichtet Ehegatten von vornherein darauf, in der Ehe durch die Begründung von Versorgungsanrechten – sei es in der gesetzlichen Rentenversicherung, sei es in einer Lebensversicherung oder bei einer sonstigen Einrichtung – für den Fall des Alters und der Invalidität vorzusorgen, so müssen sie sich auch im Scheidungsfall an dieser Entscheidung festhalten lassen; kein Ehegatte kann erwarten, der – entsprechend den Vorstellungen bei Vertragsschluss – unterlassene Erwerb von Versorgungsvermögen werde im Scheidungsfall über den – vertraglich ausgeschlossenen – Zugewinnausgleich kompensiert. Auf die selbständige oder unselbständige Berufstätigkeit eines oder beider Ehegatten in der Ehe kommt es insoweit nicht an. Im Gegenteil wird – wie bereits ausgeführt – gerade bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit eines Ehegatten dessen berechtigtes Interesse anzuerkennen sein, das Vermögen seines Erwerbsbetriebs durch den vertraglichen Ausschluss des Zugewinnausgleichs einem möglicherweise existenzbedrohenden Zugriff seines Ehegatten im Scheidungsfall zu entziehen und damit nicht nur für sich, sondern auch für diesen Ehegatten und die gemeinsamen unterhaltsberechtigten Kinder die Lebensgrundlage zu erhalten.

b) Der vereinbarte Ausschluss des Zugewinnausgleichs ist, wie das OLG zutreffend dargelegt hat, auch nicht im Hinblick auf die sonstigen Umstände seines Zustandekommens sittenwidrig.

aa) Die Revision rügt, das OLG habe hinsichtlich der Frage, ob sich die Ehefrau bei Vertragsschluss in einer Zwangslage befunden habe, nicht berücksichtigt, dass die Ehefrau Mitte Dezember 1994 eine Fruchtwasseruntersuchung habe vornehmen lassen, die zur Abklärung befürchteter Missbildungen der Leibesfrucht habe dienen sollen und deren Ergebnis bei Vertragsschluss noch nicht vorgelegen habe.

Mit dieser Rüge dringt die Revision nicht durch: Zum einen ist weder dargetan noch sonst ersichtlich, welche konkreten Umstände eine solche Besorgnis begründet haben sollen. Zum anderen ist die Klägerin für eine etwaige besondere, mit der Unsicherheit des Untersuchungsergebnisses verbundene Zwangslage darlegungs- und beweispflichtig. Da der Ehe-

mann bestritten hat, dass das Ergebnis dieser Untersuchung bei Vertragsschluss noch nicht vorgelegen habe, hätte die Beklagte zumindest den genauen Zeitpunkt dartun und ggf. beweisen müssen, zu dem sie von dem Untersuchungsergebnis Kenntnis erlangt haben will. Das hat sie nicht getan.

bb) Außerdem rügt die Revision, das OLG habe die Behauptung der Ehefrau, der Ehemann und dessen Mutter hätten den Entwurf des Ehevertrages mit ihr nicht erörtert, zu Unrecht mangels eines Beweisangebots der Ehefrau unberücksichtigt gelassen. Hätte das OLG diesen Vortrag berücksichtigt, hätte es nicht davon ausgehen können, dass die Ehefrau mit entsprechenden Vorkenntnissen versehen gewesen sei und der Notar deshalb darauf habe verzichten dürfen, der Ehefrau den Vertragstext zu erläutern und ihr in der notariellen Verhandlung ein Vertragsexemplar zum Mitlesen zu überlassen.

Auch dieser Angriff führt die Revision nicht zum Erfolg. Das OLG geht nämlich davon aus, dass eine Übervorteilung der Ehefrau auch dann nicht dargelegt sei, wenn sie – wie von ihr behauptet – den Vertragstext vor der notariellen Verhandlung weder gesehen noch mit dem Ehemann oder dessen Mutter besprochen haben sollte. Der Vertragstext umfasse nur drei Seiten; davon entfielen auf die eigentlichen Absprachen nur knapp zwei Seiten. Die entscheidende Aussage zur Gütertrennung sei im Vertragstext klar vorangestellt und optisch hervorgehoben, so dass die Ehefrau sie vor der Unterzeichnung sofort wahrnehmen können und – auch unter Berücksichtigung ihrer Vorbildung – nicht überfordert worden sei. Diese tatrichterliche Würdigung erscheint plausibel und lässt jedenfalls revisionsrechtlich bedeutsame Rechtsfehler nicht erkennen.

cc) Schließlich beanstandet die Revision, das OLG habe seiner Würdigung den Erfahrungssatz zugrunde gelegt, Lehramtsstudentinnen wüssten, was sich hinter dem Begriff „Gütertrennung“ in einem Ehevertrag verberge. Da ein solcher Erfahrungssatz nicht existiere, sei die Folgerung des OLG, die Ehefrau habe wegen der Hervorhebung des Begriffs „Gütertrennung“ Inhalt und Bedeutung des Ehevertrages bereits bei flüchtiger Durchsicht der Vertragsurkunde im Büro des Notars erkennen können, fehlerhaft.

Auch diese Beanstandung greift nicht durch: Das OLG geht nicht von einem allgemeinen Erfahrungssatz über die güterrechtlichen Vorkenntnisse ehemaliger Lehramtsstudentinnen aus. Es unterstellt vielmehr mit Recht ein Allgemeinwissen darüber, dass nur besonders wichtige Verträge der notariellen Beurkundung bedürften; es sei auszuschließen, dass die damals 34-jährige Ehefrau und ehemalige Lehramtsstudentin nicht über diese Erkenntnis verfügt haben solle. Aus diesem Umstand und der im Vertragsentwurf – auch optisch – deutlich hervorgehobenen Beschreibung des Vertragsgegenstandes folgt das OLG, dass die Ehefrau sich über die besondere Bedeutung des zu schließenden Vertrages im Klaren gewesen sei, dass sie hierzu ggf. hätte Fragen stellen können und müssen und dass sie jedenfalls beim Abschluss des Vertrages nicht übervorteilt worden sei. Diese Folgerung ist revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden und auch deshalb nahe liegend, weil im folgenden Vertragstext Funktionsweise und Auswirkungen der Gütertrennung genau erläutert werden.

3. Die Berufung des Ehemannes auf den Ehevertrag ist auch nicht rechtsmissbräuchlich.

a) Soweit ein Ehevertrag der Inhaltskontrolle Stand hält und auch nicht aus sonstigen Gründen sittenwidrig ist, muss der Richter – im Rahmen einer Ausübungskontrolle – prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag einge-

räumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese Rechtsfolge durch den Vertrag wirksam abbedungen sei (§ 242 BGB). Dafür sind nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint (BGHZ 158, 81, 100 f. = FamRZ 2004, 601, 606 = MittBayNot 2004, 270).

Der Zugewinnausgleich wird, wie dargelegt, vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht umfasst; er zeigt sich vertraglicher Gestaltung in weitem Umfang offen. Die Berufung auf eine wirksam vereinbarte Gütertrennung wird sich deshalb nur unter engsten Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich erweisen – so etwa dann, wenn die Ehegatten bei ihrer Abrede von beiderseitiger, ökonomisch vergleichbar gewinnbringender Berufstätigkeit ausgegangen sind, diese Planung sich aber später aufgrund von Umständen, die dem gemeinsamen Risikobereich der Ehegatten zugehören, nicht verwirklichen lässt. In solchen und ähnlichen Ausnahmefällen mögen besondere Verhältnisse es ungeachtet der getroffenen Abreden als unbillig erscheinen lassen, dass der nicht erwerbstätige Ehegatte im Nachhinein um die Früchte seiner Mitarbeit in der Ehe gebracht würde (BGHZ 158, 81, 107 f. = FamRZ 2004, 601, 608 = MittBayNot 2004, 270).

So liegen die Dinge hier indes nicht. Insbesondere hindert der Umstand, dass die Ehefrau sich in der Ehe der Haushaltsführung und Kindererziehung gewidmet hat, für sich genommen den Ehemann nach Treu und Glauben nicht, sich auf eine von den Parteien wirksam vereinbarte Gütertrennung zu berufen. Wie der Senat dargelegt hat, mag es zwar einem Ehegatten, der zugunsten der Familie zumindest vorläufig auf eine eigene Erwerbstätigkeit verzichtet hat, nach längerer Ehe-dauer im Einzelfall nicht mehr zuzumuten sein, sich nunmehr – nach der Scheidung – mit einem Lebensstandard zu begnügen, der seinen eigenen, durch fehlende zwischenzeitliche Berufstätigkeit möglicherweise verminderten Erwerbschancen entspricht (BGHZ 158, 81, 108 = FamRZ 2004, 601, 608 = MittBayNot 2004, 270). Ob diese Voraussetzungen hier vorliegen, kann indes dahinstehen. Abhilfe ist, wie der Senat entschieden hat, in solchen Fällen jedenfalls nicht mit einer die ehevertraglichen Abreden unterlaufenden Vermögensteilhabe zu bewirken; vielmehr ist ein die eigenen Einkünfte übersteigender Bedarf des in der Ehe nicht erwerbstätigen Ehegatten – systemgerecht – vorrangig mit den Instrumenten des Unterhaltsrechts zu befriedigen (BGHZ 158, 81, 108 = FamRZ 2004, 601, 608 = MittBayNot 2004, 270; zur Befristung des Unterhalts vgl. BGH, FamRZ 2007, 1310, 1312 = MittBayNot 2007, 507). Das OLG hat deshalb in diesem Zusammenhang zu Recht darauf verwiesen, dass der Ehemann – unbeschadet der von der Ehefrau geltend gemachten weitaus höheren Unterhaltsforderungen – bereits jetzt überdurchschnittliche Unterhaltsleistungen erbringt und zudem angekündigt hat, er werde sich gegenüber dem konkret bemessenen (von den ehelichen Lebensverhältnissen geprägten) Unterhaltsbedarf der Ehefrau nicht auf mangelnde Leistungsfähigkeit berufen. Eine zusätzliche, der getroffenen Güterstandsabrede widersprechende Teilhabe der Ehefrau am Vermögenszuwachs des Ehemannes erzwingt § 242 BGB schon deshalb nicht; sie lässt sich auch nicht mit dem besonders hohen Ein-

kommen des Ehemannes begründen (vgl. BGHZ 158, 81, 108 = FamRZ 2004, 601, 608 = MittBayNot 2004, 270).

Andere für die Ausübungskontrolle erhebliche Umstände, die den von der Ehefrau begehrten Zugewinnausgleich rechtfertigen und den zu diesem Zweck geltend gemachten Auskunftsanspruch begründen könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht festgestellt, dass die Ehegatten bei Vertragsschluss in Aussicht genommen hatten, Vermögensvermögen anzusammeln, diese Absicht aber später planwidrig nicht verwirklicht haben.

b) Indes finden auf Eheverträge, soweit die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen Lebensplanung, die die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben, abweicht, auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (jetzt § 313 BGB) Anwendung. Dabei kann allerdings ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht schon deshalb angenommen werden, weil ein Vertragspartner später ein erheblich höheres Einkommen als im Zeitpunkt des Ehevertragsschlusses erzielt. Dies gilt umso weniger, als Eheverträge, die gesetzliche Scheidungsfolgen abbedingen, üblicherweise gerade im Hinblick auf solche bestehenden oder sich künftig ergebenden Umstände in den wirtschaftlichen Verhältnissen geschlossen werden. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage käme daher allenfalls in Betracht, wenn die Parteien bei Abschluss des Vertrages ausnahmsweise eine bestimmte Relation ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse als auch künftig gewiss angesehen und ihre Vereinbarung darauf abgestellt haben (vgl. BGH, FamRZ 2005, 1444, 1448 = DNotZ 2005, 853). Dass die Parteien ihrem Vertragsschluss solche Erwägungen zugrundegelegt haben, ist jedoch weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

10. BGB § 1361 Abs. 1 und 2; InsO §§ 36 Abs. 1, 286 ff., 304 ff. (*Kein Verbraucherinsolvenzverfahren bei Trennungsunterhalt*)

Im Rahmen des Trennungsunterhalts trifft den Unterhaltsschuldner grundsätzlich keine Obliegenheit zur Einleitung der Verbraucherinsolvenz (Abgrenzung zu BGHZ 162, 234 = FamRZ 2005, 608 = MittBayNot 2006, 239).

BGH, Urteil vom 12.12.2007, XII ZR 23/06

Die Parteien streiten um Trennungsunterhalt für die Zeit von Januar 2004 bis zur Rechtskraft ihrer Scheidung am 23.8.2005.

Der Beklagte erzielte in dieser Zeit lediglich Renten wegen Erwerbsminderung aus der gesetzlichen Rentenversicherung und der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder in Höhe von insgesamt 1.345 € monatlich. Davon zahlte er auf den während der Ehezeit aufgenommenen Anteil eines später umgeschuldeten Kredits monatlich 408 €. Die Klägerin, die ihre frühere Tätigkeit als Bedienung nach einer Knieoperation im November 2002 nur noch eingeschränkt ausgeübt hatte, verlor diese Arbeitsstelle im September 2004 wegen Betriebsaufgabe und erzielte sodann keine Erwerbseinkünfte mehr. Sie erhielt seit Januar 2003 – zunächst ergänzende – Sozialhilfe und seit Anfang 2005 Arbeitslosengeld II, jeweils in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe. Die Parteien streiten darüber, ob die Kreditraten des Beklagten, soweit sie den während der Ehezeit aufgenommenen Kredit betreffen, bei der Unterhaltsbemessung berücksichtigt werden können, oder ob es dem Beklagten oblag, zur Sicherstellung des laufenden Trennungsunterhalts Verbraucherinsolvenz zu beantragen.

Das AG hat die Klage überwiegend abgewiesen und den Beklagten verurteilt, an die Klägerin ab Mai 2005 monatlichen Trennungsunterhalt in Höhe von 96 € zu zahlen. Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG den Beklagten verurteilt, Trennungsunterhalt für die Zeit von Januar 2004 bis Juni 2005 in Höhe von monatlich 440 € und für

die Zeit von Juli 2005 bis zum 23.8.2005 in Höhe von monatlich 466 € zu zahlen, und zwar für die Zeit von Januar bis Dezember 2004 an den Träger der Sozialhilfe und für die Folgezeit an den Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende. Dagegen richtet sich die – vom OLG zugelassene – Revision des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision ist überwiegend begründet und führt zur Herabsetzung des geschuldeten Trennungsunterhalts.

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts obliegt es dem Beklagten, zur Ermöglichung höherer Unterhaltsleistungen eine Verbraucherinsolvenz einzuleiten. Der BGH habe solches jedenfalls im Verhältnis zu unterhaltsberechtigten minderjährigen Kindern bejaht, sofern es dem Unterhaltsschuldner im Rahmen einer Gesamtabwägung zumutbar sei. Dies sei der Fall, wenn die Leistungsfähigkeit durch Verbindlichkeiten so erheblich eingeschränkt sei, dass daneben keine oder nur sehr geringe Unterhaltsleistungen möglich seien, die Belastung wegen der Höhe der Verbindlichkeiten erhebliche Zeit andauere, mit einer Restschuldbefreiung zu rechnen sei und keine besonderen Umstände zum Schutz des Schuldners entgegenstünden. Diese Voraussetzungen seien hier gegeben. Zwar bestünden gegen die Obliegenheit zur Einleitung einer Verbraucherinsolvenz deswegen Bedenken, weil die Verbindlichkeiten bereits die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien geprägt hätten. Hier betreffe der Streit der Parteien allerdings nicht die Bedarfsbemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen, sondern die Leistungsfähigkeit des Beklagten. Denn der Unterhaltsbedarf der Klägerin übersteige auch nach Abzug der Kreditbelastungen von den Renteneinkünften des Beklagten mit monatlich 468 € (richtig: [1.345 € – 408 € =] 937 / 2) den zugesprochenen Unterhalt. Im Rahmen der hier relevanten Leistungsfähigkeit sei der Beklagte auch im Verhältnis zu seinem getrennt lebenden Ehegatten zur Einleitung einer Verbraucherinsolvenz verpflichtet. Der geschuldete Unterhalt errechne sich deswegen aus der Differenz zwischen dem pfändungsfreien Betrag und dem jeweiligen notwendigen Selbstbehalt, der bis zum 30.6.2005 840 € und danach 890 € betragen habe.

II.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass der Beklagte der Klägerin während der Trennungszeit nach § 1361 BGB dem Grunde nach unterhaltspflichtig war. Eigene Einkünfte hatte die Klägerin lediglich in der Zeit bis September 2004 und zudem in sehr geringem Umfang erzielt. Nach § 1361 Abs. 2 BGB war es ihr während der Trennungszeit unter Berücksichtigung der nur geringfügigen Erwerbstätigkeit während der Ehe, ihrer Knieoperation und des Arbeitsplatzverlustes wegen Betriebsaufgabe nicht zumutbar, ihren Unterhaltsbedarf in vollem Umfang durch eigene Einkünfte zu decken. Demgegenüber erzielte der Beklagte Renteneinkünfte in Höhe von monatlich insgesamt 1.345 €. Unter Berücksichtigung der aus der Ehezeit der Parteien herrührenden Kreditbelastungen von monatlich 408 € verblieb ihm folglich ein unterhaltsrechtlich zu berücksichtigendes Einkommen in Höhe von 937 €.

Weil dem Unterhaltsschuldner im Rahmen des Trennungsunterhalts nach neuerer Rechtsprechung des Senats (BGHZ 166, 351, 356 ff. = FamRZ 2006, 683, 684 = NJW 2006, 1654) jedenfalls der Ehegattenselbstbehalt verbleiben muss, der im Regelfall zwischen dem angemessenen Selbstbehalt (§ 1603

Abs. 1 BGB) und dem notwendigen Selbstbehalt (§ 1603 Abs. 2 BGB) liegt, ist er – ohne Einleitung der Verbraucherinsolvenz – jedenfalls nicht in der Lage, höheren Unterhalt zu leisten, als das AG zugesprochen hatte.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts obliegt es dem Beklagten im Rahmen des hier geschuldeten Trennungsunterhalts aber nicht, ein Verfahren der Verbraucherinsolvenz einzuleiten, um den Unterhaltsansprüchen der Klägerin Vorrang vor den – die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden – Kreditverbindlichkeiten zu verschaffen.

a) Zwar hat der Senat eine Obliegenheit zur Einleitung der Verbraucherinsolvenz angenommen, wenn dieses Verfahren geeignet ist, den laufenden Unterhalt minderjähriger Kinder dadurch sicherzustellen, dass ihm Vorrang vor sonstigen, einer möglichen Restschuldbefreiung unterfallenden, Verbindlichkeiten eingeräumt wird. Das gilt nur dann nicht, wenn der Unterhaltsschuldner Umstände vorträgt und ggf. beweist, die eine solche Obliegenheit im Einzelfall als unzumutbar darstellen (BGHZ 162, 234, 240 ff. = FamRZ 2005, 608, 609 ff. = MittBayNot 2006, 239). Diese Rechtsprechung hat der Senat mit der gesteigerten Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren minderjährigen und privilegierten volljährigen Kindern (§ 1603 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB) begründet. Hinsichtlich dieser Ansprüche sind den Eltern stärkere Anstrengungen zumutbar, als es bei anderen Unterhaltstatbeständen der Fall ist, was den Eingriff in ihre durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Handlungsfreiheit rechtfertigen kann.

aa) Die Einleitung der Verbraucherinsolvenz mit der Möglichkeit der Restschuldbefreiung führt stets zu einem Vorrang der laufenden Unterhaltsansprüche gegenüber den Insolvenzforderungen, einschließlich des rückständigen Unterhalts (vgl. insoweit BGH, FamRZ 2008, 142). Denn nach § 36 Abs. 1 InsO gehören Einkünfte nicht zur Insolvenzmasse, soweit sie nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen. Das gilt nach den §§ 850 Abs. 2, 850 c ZPO auch für pfändungsfreies laufendes Arbeitseinkommen, soweit es für den eigenen Unterhalt oder zur Erfüllung gesetzlicher Unterhaltsansprüche privilegiert ist (vgl. BGH, NJW 2008, 227).

bb) Auch die Möglichkeit, sich auf die Pfändungsgrenzen der ZPO zu berufen, lässt die Obliegenheit zur Einleitung einer Verbraucherinsolvenz nicht entfallen, weil eine Unterhaltspflicht in Fällen der Zahlungsunfähigkeit nach ständiger Rechtsprechung des Senats nur auf der Grundlage der im Insolvenzverfahren möglichen Restschuldbefreiung in Betracht kommt. Die Pfändungsgrenzen des § 850 c ZPO allein lassen die weiteren Verbindlichkeiten des Unterhaltsschuldners nicht entfallen, sondern führen im Gegenteil zu einer fortschreitenden Verschuldung, was dem Unterhaltspflichtigen nach ständiger Rechtsprechung des Senats nicht zugemutet werden kann und deswegen schon einer Titulierung des Unterhalts entgegensteht (BGHZ 162, 234, 240 = FamRZ 2005, 608, 609 = MittBayNot 2006, 239). Erst angesichts der Verbraucherinsolvenz mit der Möglichkeit einer Restschuldbefreiung ist es vertretbar, eine nicht beizutreibende Forderung schon im Rahmen der Unterhaltsbemessung unberücksichtigt zu lassen (vgl. *Wohlgemuth*, FamRZ 2006, 308; a. A. *Hauß*, FamRZ 2006, 306 f. und *Melchers/Hauß*, Unterhalt und Verbraucherinsolvenz, 2003, Rdnr. 106 ff.). Der Senat hält deswegen daran fest, dass den Unterhaltsschuldner auf der Grundlage seiner gesteigerten Unterhaltspflicht für minderjährige und privilegierte volljährige Kinder eine Obliegenheit zur Einleitung der Verbraucherinsolvenz treffen kann. Eine Obliegenheit, sich auf die Pfändungsfreigrenzen der §§ 850 a ff. ZPO zu berufen, kann diese Obliegenheit zur Einleitung einer Verbraucherinsolvenz nicht ersetzen.

cc) Eines eigenen Antrags des Unterhaltsschuldners auf Einleitung der Verbraucherinsolvenz bedarf es auch deswegen, weil nur dann ein Vorrang des laufenden Unterhalts vor sonstigen Insolvenzforderungen gesichert ist. Zwar kann ein Insolvenzantrag nach § 13 Abs. 1 Satz 2 InsO grundsätzlich sowohl vom Schuldner als auch von dessen Gläubigern gestellt werden. Die für die Nichtberücksichtigung der Kreditverpflichtungen ausschlaggebende Restschuldbefreiung setzt aber nach den §§ 305 Abs. 1, 306 Abs. 3 InsO zwingend einen eigenen Antrag des Schuldners auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus (BGHZ 162, 181, 183 = FamRZ 2005, 703 = NJW 2005, 1433). Nur wenn der Unterhaltsschuldner aufgrund seiner unterhaltsrechtlichen Obliegenheit selbst die Verbraucherinsolvenz beantragt, ist eine Restschuldbefreiung möglich und es ihm damit zumutbar, die laufende Unterhaltspflicht vor allen anderen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt dann dazu, dass der Unterhaltspflichtige in Höhe der Differenz aus dem nicht zur Insolvenzmasse gehörenden Einkommen (§ 36 Abs. 1 InsO, §§ 850 ff. ZPO) und dem ihm gegenüber dem jeweiligen Unterhaltsanspruch zu belassenden Selbstbehalt leistungsfähig ist (vgl. insoweit BGH, NJW 2008, 227).

b) Umstritten ist allerdings, ob der Unterhaltsschuldner auch dann auf eine Obliegenheit zur Einleitung der Verbraucherinsolvenz verwiesen werden kann, wenn er nicht im Rahmen seiner gesteigerten Unterhaltspflicht Kindesunterhalt, sondern Unterhalt für einen getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten schuldet.

aa) Teilweise wird dem Unterhaltsschuldner die Einleitung der Verbraucherinsolvenz generell schon dann zugemutet, wenn eine nachhaltige Überschuldung vorliegt, die Verbindlichkeiten also im Verhältnis zum Einkommen unangemessen hoch sind und sich über einen langen Zeitraum erstrecken (so OLG Koblenz, FamRZ 2004, 823, 824; vgl. auch *Melchers/Hauß*, Unterhalt und Verbraucherinsolvenz, Rdnr. 260 ff.). Wenn dem Schuldner nach diesem Maßstab die Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung zumutbar sei, habe dies zur Konsequenz, dass er sich auch unterhaltsrechtlich nicht auf die bestehenden Verbindlichkeiten berufen könne. Diese Auffassung stellt somit vorrangig auf die unterhaltsrechtlichen Folgen der Obliegenheit zur Verbraucherinsolvenz mit Restschuldbefreiung ab, die grundsätzlich auch den Schuldner des Ehegattenunterhalts treffe. Die verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit des Unterhaltsschuldners berücksichtigt sie erst im Rahmen der allgemeinen Zumutbarkeitsabwägung.

bb) Demgegenüber wird überwiegend vertreten, eine Obliegenheit des Unterhaltsschuldners zur Einleitung der Verbraucherinsolvenz lasse sich allein durch die gesteigerte Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen und privilegierten volljährigen Kindern nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB rechtfertigen. Insbesondere beim Anspruch auf Trennungsunterhalt scheide eine dem Unterhaltsanspruch minderjähriger Kinder vergleichbare Situation aus, weil es sich dabei regelmäßig um eine in den ehelichen Lebensverhältnissen angelegte Verschuldung handele, die der unterhaltsberechtigte Ehegatte mittragen müsse (OLG Celle, FamRZ 2006, 1536; OLG Koblenz, NJW-RR 2005, 1457 [für einen Anspruch aus § 1615 I Abs. 1 und 2 BGB]).

cc) Der Senat schließt sich im Grundsatz der zuletzt genannten Auffassung an. Die Gegenmeinung verkennt die Tragweite der verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit des Unterhaltsschuldners. Eine Obliegenheit zur Ein-

leitung der Verbraucherinsolvenz lässt sich deswegen nur aus besonders gewichtigen Gründen rechtfertigen, hinter denen die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Unterhaltsschuldners zurücktreten muss.

Solche Umstände sind regelmäßig in der gesteigerten Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen und privilegierten volljährigen Kindern nach § 1603 Abs. 2 BGB zu erblicken. Denn diese Unterhaltspflicht beruht auf dem verfassungsrechtlichen Gebot zur Pflege und Erziehung der Kinder aus Art. 6 Abs. 2 und 5 GG und überwiegt deswegen grundsätzlich die nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Handlungsfreiheit des Unterhaltsschuldners. Hinzu kommt, dass minderjährige und privilegierte volljährige Kinder in der Regel keine Möglichkeit haben, selbst für ihren Unterhalt zu sorgen. Der Senat hat deswegen in Fällen einer gesteigerten Unterhaltspflicht auch sonst stärkere Anstrengungen des Unterhaltsschuldners für zumutbar gehalten (BGHZ 162, 234, 239 f. = FamRZ 2005, 608, 609 = MittBayNot 2006, 239).

Diese Begründung ist auf den Unterhaltsanspruch getrennt lebender oder geschiedener Ehegatten nicht in gleicher Weise übertragbar. Wegen der grundsätzlichen Möglichkeit getrennt lebender oder geschiedener Ehegatten, den eigenen Unterhalt selbst sicherzustellen, hat der Gesetzgeber die gesteigerte Unterhaltspflicht nicht – wie in § 1603 Abs. 2 BGB – auf den Ehegattenunterhalt erstreckt. Hinzu kommt, dass mit dem vom Bundestag und vom Bundesrat bereits beschlossenen Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 15.6.2006 (BT-Drucks. 16/830) auch der Rang des Ehegattenunterhalts gegenüber dem Unterhaltsanspruch minderjähriger und ihnen gleichgestellter Kinder geändert worden ist. § 1609 BGB weist jetzt nur noch Unterhaltsansprüchen minderjähriger und privilegierter volljähriger Kinder den ersten Rang zu. Erst mit einem späteren Rang folgen die Unterhaltsansprüche Kinder erziehender Eltern und sonstiger (früherer) Ehegatten.

Im Gegensatz zur Rechtsauffassung des Berufungsgerichts kommt es nicht entscheidend darauf an, dass auch die Klägerin in dem hier zu entscheidenden Einzelfall nicht in der Lage sein dürfte, ausreichend für ihren eigenen Unterhalt zu sorgen. Denn der Gesetzgeber hat im Rahmen des Ehegattenunterhalts selbst den notwendigen Unterhaltsbedarf nicht dem Kindesunterhalt gleichgestellt. Entsprechend hat der Senat in ständiger Rechtsprechung einen Mindestbedarf des getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten abgelehnt (BGH, FamRZ 2003, 363, 364 = NJW 2003, 1112). Im Gegensatz dazu sieht das vom Bundestag und vom Bundesrat bereits beschlossene Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 15.6.2006 in § 1612 a BGB für minderjährige Kinder einen Mindestunterhalt vor, der sich nach dem doppelten Freibetrag für das sächliche Existenzminimum eines Kindes (Kinderfreibetrag) nach § 32 Abs. 6 Satz 1 EStG richtet. Auch ein Verzicht auf Unterhaltsansprüche für die Zukunft ist nach § 1614 Abs. 1 BGB beim Verwandtenunterhalt nicht zulässig, während § 1585 c BGB eine Vereinbarung über den Unterhalt für die Zeit nach der Ehescheidung ausdrücklich zulässt. Die Ausgestaltung des Ehegattenunterhalts ist deswegen mit dem besonders stark ausgestalteten Unterhaltsanspruch minderjähriger und privilegierter volljähriger Kinder nicht vergleichbar.

Den Schuldner des Trennungsunterhalts oder des nachehelichen Unterhalts trifft im Hinblick auf seine verfassungsrechtlich geschützte allgemeine Handlungsfreiheit deswegen regelmäßig keine Obliegenheit zur Einleitung der Verbraucherinsolvenz. Denn die Kreditbelastungen hatten regelmäßig bereits die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt und auch der

unterhaltsberechtigte Ehegatte hatte seine Lebensverhältnisse auf diese Ausgaben eingestellt. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass die Ehegatten seit ihrer Trennung nicht mehr nach § 1360 a BGB zum Familienunterhalt verpflichtet sind, der ihnen die gleichmäßige Teilhabe an den für den Unterhalt der Familie zur Verfügung stehenden Mitteln sichert. Die Verpflichtung zum Trennungsunterhalt und zum nachehelichen Unterhalt setzt demgegenüber die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten voraus, die nur vorliegt, wenn sein Ehegattenselbstbehalt gewahrt ist (BGHZ 166, 351 = FamRZ 2006, 683 = NJW 2006, 1654). Mit der Trennung der Parteien ist die Kreditbelastung deswegen nicht nur bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen, sondern auch im Rahmen der Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen, was das Berufungsgericht verkannt hat.

c) Nach diesen Grundsätzen oblag es dem Beklagten im Rahmen seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber der getrennt lebenden Klägerin nicht, wegen der ehebedingten Kreditverbindlichkeiten von monatlich 408 € ein Verfahren der Verbraucherinsolvenz einzuleiten.

Ein solches Verfahren wäre für den Beklagten, der ohnehin lediglich Erwerbsunfähigkeitsrente erzielt, mit erheblichen Einschnitten verbunden. Denn durch die Bestellung eines Treuhänders im Insolvenzverfahren nach den §§ 313 Abs. 1, 292 InsO würde der Beklagte in seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit stark eingeschränkt. Wie gegenüber einem Insolvenzverwalter bestehen nach den §§ 97 f. InsO auch gegenüber einem Treuhänder weitgehende Auskunft- und Mitwirkungspflichten (vgl. auch § 305 Abs. 1 und 2 InsO). Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wäre für den Beklagten auch deswegen besonders belastend, weil damit sein Recht, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter bzw. den Treuhänder übergeht (§§ 21 Abs. 2, 80 bis 82, 313 Abs. 1 InsO). Zudem setzt die mögliche Restschuldbefreiung nach § 287 Abs. 2 InsO voraus, dass der Schuldner seine pfändbaren Forderungen auf Bezüge aus einem Dienstverhältnis für die Dauer des Insolvenzverfahrens an den Treuhänder abtritt. Das würde den Beklagten als Insolvenzschuldner nicht nur während des ca. sechsmonatigen vorbereitenden Verfahrens durch die Beratungsstelle (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO), sondern auch während der folgenden sechsjährigen Wohlverhaltensperiode gemäß §§ 287 Abs. 2, 299 Abs. 1 InsO in seiner Verfügungsmöglichkeit einschränken. Hinzu kommt, dass infolge der Einleitung einer Verbraucherinsolvenz auch die allgemeine Kreditwürdigkeit des Unterhaltsschuldners leiden würde.

Dem steht ein Anspruch der Klägerin auf Trennungsunterhalt gegenüber, der schon von Gesetzes wegen nicht so stark ausgestaltet ist, wie es wegen der gesteigerten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB für den Anspruch minderjähriger und privilegierter volljähriger Kinder der Fall ist.

d) Nach den allgemeinen Grundsätzen ist der Unterhaltsanspruch der Klägerin deswegen auf der Grundlage des tatsächlichen Renteneinkommens des Beklagten abzüglich der schon während der Ehezeit bestehenden Kreditbelastungen zu bemessen. Unter Berücksichtigung des zu wahrenen Ehegattenselbstbehalts schuldet der Beklagte dann jedenfalls keinen höheren Unterhalt als das AG mit monatlich 96 € zuerkannt hat. Allerdings kommt wegen des Verschlechterungsverbots auch kein geringerer Unterhalt in Betracht, weil nur die Klägerin, nicht aber der Beklagte das amtsgerichtliche Urteil angegriffen hatte. Somit ergibt sich ein Unterhaltsrückstand für die Zeit von Januar bis Dezember 2004 in Höhe von 1.152 € (96 € x 12), der wegen des Anspruchsübergangs in § 94

Abs. 1 SGB XII auf Antrag der Klägerin an den Sozialhilfeträger zu zahlen ist. Für die weitere Zeit von Januar bis zum 23.8.2005 schuldet der Beklagte Trennungsunterhalt in Höhe von insgesamt 743 € ($[96 € \times 7] + [96 € \times 23/31]$), der nach Übergang des Unterhaltsanspruchs gemäß § 33 Abs. 1 SGB II an den Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende zu leisten ist.

11. AdWirkG §§ 1, 5 Abs. 1; FGG § 43 b Abs. 2 (*Zuständigkeitskonzentration bei Erwachsenenadoption*)

Die Zuständigkeitskonzentration für inländische Adoptionsverfahren, in denen ausländische Sachvorschriften zur Anwendung kommen, bezieht sich nur auf Verfahren, in denen der Anzunehmende zur Zeit der Annahme das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

OLG München, Beschluss vom 16.3.2007, 31 AR 49/07

Der im Bezirk des AG Schweinfurt wohnhafte Beteiligte zu 1 möchte den 1988 geborenen Sohn seiner Ehefrau als Kind annehmen. Der Beteiligte zu 1 und seine aus Rumänien stammende Ehefrau haben die deutsche Staatsangehörigkeit, der Anzunehmende ist rumänischer Staatsangehöriger. Den notariell beurkundeten Adoptionsantrag haben die Beteiligten an das AG Schweinfurt gerichtet. Nachdem sich in der persönlichen Anhörung vor diesem Gericht herausstellte, dass der Anzunehmende die rumänische Staatsangehörigkeit hat, gab das AG Schweinfurt das Verfahren an das AG Bamberg als für Verfahren, in denen ausländische Sachvorschriften zur Anwendung kommen, zentral zuständiges Vormundschaftsgericht im Bezirk des OLG Bamberg ab. Das AG Bamberg lehnte die Übernahme des Verfahrens ab, da nach seiner Auffassung die Zuständigkeitskonzentration beim AG, in dessen Bezirk ein OLG seinen Sitz hat, bei einer – hier gegebenen – Volljährigenadoption nicht greife.

Aus den Gründen:

II.

2. Zuständig ist das AG Schweinfurt, in dessen Bezirk der Annehmende wohnt (§ 43 b Abs. 2 Satz 1 FGG). Die besondere Zuständigkeitskonzentration für Verfahren, in denen ausländische Sachvorschriften zur Anwendung kommen (§ 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG i. V. m. § 5 Abs. 1 AdWirkG), erstreckt sich nicht auf die Annahme von Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, und greift deshalb hier nicht ein.

a) Zutreffend ist allerdings die Auffassung des AG Schweinfurt, dass i. S. d. § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG „ausländische Sachvorschriften zur Anwendung kommen“. Zwar richtet sich die Adoption nach deutschem Recht, da der Anzunehmende und sein Ehegatte deutsche Staatsangehörige sind (Art. 22 Abs. 1 Satz 2, Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB). Für die Frage eines etwaigen Zustimmungserfordernisses ist jedoch nach Art. 23 Satz 1 EGBGB zusätzlich auf das Heimatrecht des (auch volljährigen) Kindes abzustellen, hier also auf rumänisches Recht. Das ist wegen des verfolgten Schutzzwecks als Sachnormverweisung zu verstehen (BayObLG, FGPrax 2005, 65; Palandt/Heldrich, BGB, 66. Aufl., Art. 23 EGBGB Rdnr. 2). Es ist unerheblich, ob nach dem von Art. 23 Satz 1 EGBGB berufenen ausländischen Recht überhaupt Zustimmungen erforderlich sind; denn schon die Beantwortung dieser Frage setzt die Anwendung des ausländischen Rechts voraus (OLG Köln, FGPrax 2006, 211). Bei dieser Konstellation – Adoptionsstatut ist deutsches Recht, aber über Art. 23 EGBGB ist zusätzlich ausländisches Recht berufen – greift § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG grundsätzlich ein (BayObLG, FGPrax 2005, 65; OLG Stuttgart, FamRZ 2004, 1124; OLG

Zweibrücken, FGPrax 2005, 69; OLG Hamm, FamRZ 2006, 1463; OLG Karlsruhe, FamRZ 2006, 1464; OLG Düsseldorf, RNotZ 2006, 147; OLG Köln, FGPrax 2006, 72; MünchKommBGB/Klinkhardt, 4. Aufl., Art. 22 EGBGB Rdnr. 78; Palandt/Heldrich, Art. 22 EGBGB Rdnr. 9; Jansen/Müller-Lukoschek, FGG, 3. Aufl. § 43 b Rdnr. 62; a. A. OLG Schleswig, FamRZ 2006, 1142; Maurer, FamRZ 2005, 2094).

b) Die Anwendung des § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG scheitert jedoch daran, dass § 5 AdWirkG, auf den § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG verweist, nicht gilt, wenn der Angenommene zur Zeit der Annahme das 18. Lebensjahr vollendet hat (§ 1 Satz 2 AdWirkG; im Folgenden: Erwachsenenadoption). Ist diese Voraussetzung, wie hier, nicht erfüllt, so greift auch die in § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG angeordnete Verweisung nicht ein. Der Senat schließt sich insoweit OLG Schleswig (FamRZ 2006, 1462) und OLG Stuttgart (FGPrax 2007, 26 = NJW-RR 2007, 297) an und nicht der gegenteiligen Auffassung des OLG Köln (FGPrax 2006, 211).

Die hier vertretene Auffassung ergibt sich, wie bereits die OLG Schleswig und Stuttgart dargelegt haben, aus Entstehungsgeschichte und Regelungszusammenhang der Verweisungsvorschrift. Sie wurde durch Gesetz vom 5.11.2001 zusammen mit dem Adoptionswirkungsgesetz und anderen Gesetzen zum Schutz von Minderjährigen eingeführt. Das Adoptionswirkungsgesetz enthält Regelungen für die inländische Behandlung von Auslandsadoptionen sowie für Inlandsadoptionen, die auf der Grundlage ausländischer Sachvorschriften ausgesprochen werden. Der Anwendungsbereich beider Fallgruppen, also des Adoptionswirkungsgesetzes insgesamt, ist beschränkt auf die Annahme von Kindern, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 AdWirkG entscheidet über die in §§ 2 und 3 AdWirkG geregelten Anträge auf Anerkennungs- und Wirkungsfeststellung einer ausländischen Adoption oder auf Umwandlungsausspruch das Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirk ein OLG seinen Sitz hat, für den Bezirk dieses OLG. Damit soll ersichtlich eine Bündelung richterlicher Erfahrung und Kenntnisse im Bereich ausländischer Adoptionen und ausländischer Adoptionsvorschriften erreicht werden. Mit der Verweisung in § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG wird die in § 5 AdWirkG für die inländische Behandlung von Auslandsadoptionen geschaffene Zuständigkeitskonzentration auf diejenigen Inlandsadoptionen erstreckt, bei denen ausländische Sachvorschriften zur Anwendung kommen. Das erscheint sachgerecht und trägt zugleich dem Umstand Rechnung, dass das Adoptionswirkungsgesetz in diesen Fällen ohnehin zu beachten ist. An eine Ausweitung der Zuständigkeitskonzentration auf Erwachsenenadoptionen war nicht gedacht (vgl. OLG Stuttgart, FGPrax 2007, 26 = NJW-RR 2007, 297 m. w. N.).

All dies ist als gesetzgeberisches Anliegen schlüssig nachvollziehbar und spricht dafür, § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG nicht unabhängig vom Anwendungsbereich des Adoptionswirkungsgesetzes auch im Fall der Erwachsenenadoption eingreifen zu lassen. Es mag zwar sein, wie das OLG Köln meint (FGPrax 2006, 211), dass eine solche umfassende Zuständigkeit des Konzentrationsgerichts für sich genommen nicht sinnwidrig wäre. Zum einen aber war eine solche Ausweitung nicht gesetzgeberische Absicht. Zum anderen erschiene es im Gesamtzusammenhang gesehen auch sachlich ungereimt, dass zwischen den von § 5 AdWirkG erfassten Konzentrationsfällen, zu denen Erwachsenenadoptionen nicht gehören, und den hier in Rede stehenden Fällen kein Gleichklang herrschen sollte. Schließlich lassen Wortlaut und Gesetzessystematik die hier vertretene Auslegung auch ohne weiteres zu.

3. Im Hinblick auf die Abweichung von der genannten Entscheidung des OLG Köln kommt eine Vorlage an den BGH nicht in Betracht, weil § 5 FGG im Gegensatz zu § 36 Abs. 3 ZPO eine Vorlage nicht vorsieht.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Süß*, MittBayNot 2008, 183 (in diesem Heft).

12. BGB §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 1, 1909 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 5 (*Keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Schenkung belasteten Grundbesitzes an Minderjährige*)

Zur Übergabe eines mit einem Leibgeding für einen Dritten und einem Nießbrauch für die Übergeberin belasteten Grundstücks an einen minderjährigen Enkel der Übergeberin ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich. Einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf es nicht. (Leitsatz des Einsenders)

LG Coburg, Beschluss vom 15.10.2007, 41 T 98/07; eingeklagt von Notar *Armin Büschel*, Kronach

Mit notariellem Auseinandersetzungs- und Übergabevertrag erwarb die Beteiligte zu 1 das Alleineigentum an einem Grundstück. Dabei übernahm sie gegenüber ihrer Mutter eine Wart- und Pflegeverpflichtung und gewährte ihr ein unentgeltliches Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht. Zur Absicherung dieser Verpflichtungen wurde mit Vollzug des Vertrages eine Reallast sowie eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit als Leibgeding im Grundbuch eingetragen.

In der Folgezeit bestellte die Beteiligte zu 1 an dem vorgenannten Grundstück einen Nießbrauch zu ihren eigenen Gunsten und auf ihre Lebensdauer. Über den gesetzlichen Inhalt des Nießbrauches hinaus ist Gegenstand, dass der Nießbraucher das volle Besitz- und Verwaltungsrecht innehat und er alle Lasten und Aufwendungen, einschließlich der außergewöhnlichen und der zur Substanzerhaltung erforderlichen, trägt. Ferner übergab die Beteiligte zu 1 an ihre Enkelkinder – die Beteiligten zu 2 und 3 – zum Miteigentum zu gleichen Teilen den gegenständlichen Grundbesitz im Wege der Schenkung. Im Übergabevertrag vereinbarten die Beteiligten, dass die Erwerber die auf dem Grundstück liegenden Belastungen – insbesondere Leibgeding und Nießbrauch – zur weiteren dinglichen Duldung und Vertretung übernehmen.

In Bezug auf die Eigentumsumschreibung auf die Beteiligten zu 2 und 3 erließ das AG – Grundbuchamt – eine Zwischenverfügung, wonach die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich sei und der Übergabevertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfe. Das Rechtsgeschäft sei für den minderjährigen Beteiligten zu 3 nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Dies ergebe sich aus der hier gegebenen persönlichen Haftung im Zusammenhang mit dem auf dem Grundstück lastenden Leibgeding. Der eingelegten Beschwerde half das AG – Grundbuchamt – nicht ab.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist nur zum Teil begründet.

2. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist bei einer Zwischenverfügung nur das darin angenommene Eintragungshindernis, nicht der Eintragungsantrag selbst; das Rechtsmittelgericht hat nur dieses Eintragungshindernis zu überprüfen, wobei jede einzelne Beanstandung eine Entscheidung i. S. d. § 71 GBO bildet (vgl. *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 71 Rdnr. 35).

a) Das AG – Grundbuchamt – hat zu Recht die Genehmigung der vom minderjährigen Beteiligten zu 3 abgegebenen Auflassungserklärung durch einen Ergänzungspfleger als gesetzlichen Vertreter verlangt, da die Wirksamkeit der Auflassung, die das Grundbuchamt nach § 20 GBO zu prüfen hat, gemäß § 108 Abs. 1 BGB davon abhängt.

Der Beteiligte zu 3 konnte die Auflassungserklärung und die weiteren damit im Zusammenhang stehenden Erklärungen selbst nicht wirksam abgeben, da ihm der Übergabevertrag nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (§ 107 BGB).

(1) Grundsätzlich ist ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (vgl. BGHZ 161, 170 m. w. N. = MittBayNot 2005, 408). Die persönliche Haftung des Beteiligten zu 3 ergibt sich jedenfalls aus dem auf dem Grundstück lastenden Leibgeding zugunsten der Mutter der Beteiligten zu 1. Für die mit Auseinandersetzungs- und Übergabevertrag von der Beteiligten zu 1 zugunsten ihrer Mutter eingeräumten Rechte sind hinsichtlich der zu leistenden persönlichen Dienste Reallasten bestellt und eingetragen worden. Für diese Einzelleistungen i. S. d. § 1107 BGB haftet dabei der jeweilige Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fälligen werdenden Leistungen auch persönlich, § 1108 BGB.

Soweit die Beteiligten zu 1 und 3 in diesem Zusammenhang darauf verweisen, dass die persönlichen Verpflichtungen bei dem Verpflichteten aus dem Vorvertrag (= Beteiligte zu 1) verblieben sind, vermag dies an der jeweiligen persönlichen Haftung des Eigentümers gemäß § 1108 BGB nichts zu ändern. Von dem dinglichen Reallastanspruch gemäß § 1107 BGB und der daraus folgenden persönlichen Forderung gemäß § 1108 Abs. 1 BGB ist die schuldrechtliche Forderung abzugrenzen, zu deren Sicherung die Reallast bestellt wurde (hier: der Anspruch im Rahmen eines vereinbarten Leibgedings). Diese schuldrechtliche Forderung ist mit dem gegenständlichen Übergabevertrag nicht von dem Minderjährigen übernommen worden. Die persönliche Haftung des Minderjährigen für den Fall seiner Eigentümerstellung ergibt sich jedoch als zwingende gesetzliche Rechtsfolge aus § 1108 Abs. 1 BGB.

Dies würde nur dann nicht gelten, wenn anderes bestimmt wäre. Die persönliche Haftung des § 1108 BGB kann zwar durch formlose Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger bei Rechtsbestellung oder nachträglich beschränkt werden, wobei dies gegenüber dem Rechtsnachfolger nur bei zulässiger Grundbucheintragung Wirkung entfaltet (vgl. *Palandt/Bassenge*, 66. Aufl. 2007, § 1108 Rdnr. 1).

Eine derartige Einigung zwischen der Beteiligten zu 1 und der Berechtigten aus dem Leibgeding wird jedoch nicht vortragen und ist auch sonst nicht ersichtlich. Eine Einigung zwischen Eigentümer und Übernehmer hinsichtlich des Ausschlusses der persönlichen Haftung entfaltet jedenfalls keine Rechtswirkung zum Nachteil der Gläubigerin des Leibgedings und der Reallast.

Der Nießbrauch für die Beteiligte zu 1 ändert in diesem Zusammenhang nichts daran, dass die Übertragung des Eigentums nicht einen lediglich rechtlichen Vorteil mit sich bringt. Zwar ist die Beteiligte zu 1 dem jeweiligen Eigentümer gegenüber verpflichtet, für die Dauer des Nießbrauches die auf der Sache ruhenden privatrechtlichen Lasten – mithin auch die Einzelleistungen von Reallasten – zu tragen. § 1047 BGB regelt jedoch nur das Innenverhältnis zwischen Eigentümer

und Nießbraucher. Die persönliche Haftung aus der Reallast gegenüber der Gläubigerin wird durch diese Regelung nicht betroffen.

(2) Wegen der mit dem Eigentumserwerb verbundenen Rechtsnachteile konnte somit der minderjährige Beteiligte zu 3 die Auflassung nicht selbst wirksam erklären. Die nach §§ 107, 108 Abs. 1 BGB erforderliche Genehmigung der von ihm abgegebenen Auflassungserklärung können die Eltern des Beteiligten zu 3 nicht erteilen, weil seine Mutter als Tochter der Beteiligten zu 1 gemäß §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen ist und sich dieses Vertretungsverbot auch auf den Vater des Beteiligten zu 3 erstreckt (vgl. BGHZ 162, 137 = MittBayNot 2005, 413).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter Hs. BGB. Zwar ist der der Eigentumsübertragung zugrundeliegende Schenkungsvertrag für den Beteiligten zu 3 lediglich rechtlich vorteilhaft, so dass die Auflassung ausschließlich der Erfüllung einer durch das schuldrechtliche Grundstücksgeschäft wirksam begründeten Verbindlichkeit dient. Gleichwohl sind die Eltern des Beteiligten zu 3 daran gehindert, die Auflassung für diesen zu erklären oder die von ihm selbst erklärte Auflassung zu genehmigen, weil die in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter Hs. BGB normierte Ausnahme von dem Vertretungsverbot, unter Berücksichtigung des Zwecks der §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 1 BGB, Kollisionen zwischen den Interessen des Kindes und den Interessen seiner Eltern zu vermeiden, nicht gilt, wenn das in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende Rechtsgeschäft über den Erfüllungserfolg hinaus zu rechtlichen Nachteilen für den Vertretenen führt (vgl. BGHZ 162, 137 = MittBayNot 2005, 413). Es muss daher bei dem hier gegebenen rechtlichen Nachteil bei dem grundsätzlichen Vertretungsverbot verbleiben. Damit bedarf es, wie von dem Grundbuchamt verlangt, einer Genehmigung der Auflassung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger (§ 1909 Abs. 1 BGB).

b) Das von dem AG – Grundbuchamt – angenommene Eintragungshindernis der erforderlichen, aber nicht vorliegenden vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1915 Abs. 1 i. V. m. 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB liegt demgegenüber nicht vor.

(1) Der gegenständliche Übergabevertrag ist nicht auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstückes gerichtet. Gegenstand des Übergabevertrages ist die unentgeltliche Zuwendung des Grundstückes im Wege der Schenkung, § 516 Abs. 1 BGB. Unentgeltlich bleibt der Erwerb auch dann, wenn das dem Minderjährigen geschenkte Grundstück – wie hier – mit beschränkt dinglichen Rechten belastet ist (vgl. *Palandt/Diederichsen*, § 1821 Rdnr. 20).

(2) Die Zwischenverfügung des AG – Grundbuchamt – erweist sich in diesem Zusammenhang auch nicht aus einem anderen Grunde als richtig. Grundsätzlich ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zwar bei Übernahme einer Fremdverbindlichkeit durch den Minderjährigen, insbesondere der Eingehung einer Bürgschaft erforderlich, § 1822 Nr. 10 BGB.

Der Minderjährige soll durch diese Regelung jedoch nur gegen Gefahren geschützt werden, die darin bestehen, dass der Minderjährige ohne Vermögensumsatz eine Verbindlichkeit eines Dritten als wirtschaftlich Fremder übernimmt, wobei eine Verbindlichkeit gegeben sein muss, für die in letzter Linie der Dritte trotz des Eintretens des Minderjährigen aufzukommen hat, sei es, dass der Minderjährige nur neben oder hinter dem Dritten haftet, dessen Verbindlichkeit übernom-

men wird, sei es, dass er zwar allein haftet, ihm aber der Regress gegen den Dritten vorbehalten ist.

Die Vorschrift will den Mündel also davor schützen, dass die Erwartung, er werde nicht in Anspruch genommen oder könne beim Schuldner der Primärverbindlichkeit Regress nehmen, enttäuscht wird. Die Regelung des § 1822 Nr. 10 BGB greift mithin nicht ein, wenn der Minderjährige eine eigene Primärhaftung eingeht. Dies gilt insbesondere dann, wenn er dingliche Lasten übernimmt, die auf dem ihm geschenkten Grundstück ruhen (vgl. *Staudinger/H. Engler*, BGB, § 1822 Rdnr. 125, 130). Nichts anderes kann gelten, wenn die auf dem Grundstück ruhende dingliche Last zu einer persönlichen Haftung des Minderjährigen führt.

Im Ergebnis ist somit zwar von der Erforderlichkeit der Genehmigung des Übergabevertrages durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger auszugehen, eine darüber hinaus gehende Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht ist jedoch nicht erforderlich.

13. BGB § 2325 (*Kein Pflichtteilergänzungsanspruch bei nachträglich vereinbarter Entgeltlichkeit*)

Vereinbart der Erblasser, nachdem er ein Grundstück schenkweise übertragen hat, nachträglich ein volles Entgelt für dieses Grundstück und die daraus vom Erwerber bereits gezogenen Nutzungen, steht dem Pflichtteilsberechtigten beim Erbfall kein Ergänzungsanspruch wegen der ursprünglichen Schenkung zu.

BGH, Urteil vom 14.2.2007, IV ZR 258/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger ist der nichteheliche Sohn des am 9.10.2003 verstorbenen Erblassers. Dieser hat die Beklagte, seine Ehefrau, als Alleinerbin eingesetzt. Der Nachlass ist überschuldet. Der Kläger macht einen Anspruch aus §§ 2325, 2329 BGB gegen die Beklagte als Beschenkte geltend.

Der Erblasser hatte sein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück durch notariellen Vertrag vom 3.8.1995 unter Vorbehalt des Nießbrauchs sowie eines (von verschiedenen Voraussetzungen abhängigen) Widerrufsrechts der Beklagten „im Wege der Schenkung, also ohne jegliche Gegenleistung“ übertragen. Am 5.6.1996 schloss der Erblasser mit der Beklagten einen notariellen Änderungsvertrag. Danach entfielen die vorbehaltenen Rechte des Erblassers; dafür sowie für die bereits vollzogene Eigentumsübertragung wurden Gegenleistungen der Beklagten vereinbart.

Der Kläger hält die nachträgliche Umwandlung der Schenkung in ein entgeltliches Geschäft jedenfalls ihm gegenüber für unwirksam. Davon abgesehen sei die Gegenleistung nur zum Schein vereinbart worden. Zumindest liege eine gemischte Schenkung vor.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Zurückverweisung der Sache.

I. Das Berufungsgericht hält es aufgrund der Vertragsfreiheit für zulässig, den Rechtsgrund einer bereits erbrachten Leistung nachträglich durch die Vereinbarung eines anderen Rechtsgrundes zu ersetzen. Zu diesem Zweck bedürfe es keiner Rückschenkung sowie einer erneuten, nunmehr entgeltlichen Übertragung. Einer solchen Änderung des Rechtsgrundes stünden schutzwürdige Interessen des Pflichtteilsberechtigten nicht entgegen, selbst wenn die Gegenleistungen

– wie hier – beim Erbfall nicht mehr im Vermögen des Erblassers vorhanden waren.

Mit Rücksicht auf den Änderungsvertrag von 1996 sei von einer in vollem Umfang entgeltlichen Übertragung des Grundstücks auszugehen. Der Erblasser und die Beklagte hätten die gegenseitigen Leistungen der Höhe nach jedenfalls vertretbar bewertet. Hinsichtlich des Grundstücks hätten sie sich auf eine „Wertschätzung“ des von ihnen zu diesem Zweck beauftragten Architekten stützen können.

II. Diese Erwägungen halten rechtlicher Nachprüfung nur teilweise stand.

1. Allerdings ist der Revision nicht zu folgen, soweit sie meint, für den Pflichtteilsergänzungsanspruch des Klägers komme es allein auf den Vertrag des Jahres 1995 an.

a) Dieser Vertrag stand zwar nicht unter dem Vorbehalt, dass der vereinbarte Rechtsgrund für die Grundstücksübertragung, nämlich Schenkung, nachträglich durch einen anderen Rechtsgrund ersetzt werden könne (zu solchen Fallgestaltungen vgl. BGH, NJW-RR 1986, 164 unter III; NJW 1992, 2566 = DNotZ 1993, 521 unter 2 b; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 1518, 1519 = NotBZ 2002, 151; *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, BGB, 2005, § 516 Rdnr. 45). Auch wenn ein solcher Vorbehalt nicht vereinbart worden ist, bestehen aber im Hinblick auf die Vertragsfreiheit grundsätzlich keine Bedenken gegen eine Vertragsänderung, durch die für eine bereits vollzogene Übertragung von Vermögensstücken ein anderer Rechtsgrund festgelegt wird (so auch *Soergel/Mühl/Teichmann*, BGB, 12. Aufl., § 516 Rdnr. 19; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2325 Rdnr. 7; *MünchKommBGB/Kollhoser*, 4. Aufl., § 516 Rdnr. 21; a. A. *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, § 516 Rdnr. 44). Damit ist freilich nichts dazu gesagt, ob und inwieweit ein solcher Änderungsvertrag Rückwirkungen entfaltet (zur Formbedürftigkeit des ursprünglichen Vertrags vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1995, 567 f.).

b) Auf die Beziehungen der Vertragsparteien zueinander kommt es im vorliegenden Fall nicht an, sondern darauf, ob der nachträglichen Änderung des Rechtsgrundes auch Wirkungen im Verhältnis zu Dritten zukommen. Nach einer Entscheidung des BFH ist der Begriff der unentgeltlichen Verfügung in bestimmten Vorschriften der damals maßgebenden Fassung des Anfechtungsgesetzes im Sinne des Zwecks jener Vorschriften auszulegen, nämlich die vollstreckbaren Rechte von Gläubigern gegen die Folgen unentgeltlicher Vermögensübertragungen zu schützen. Deshalb könne die einmal wegen Unentgeltlichkeit gegebene Anfechtbarkeit einer Verfügung nicht nachträglich geheilt werden (BFHE 149, 204, 207 ff. = NJW 1988, 3174).

Diese Rechtsprechung ist auf den Pflichtteilsergänzungsanspruch, der hier geltend gemacht wird, nicht übertragbar. Zwar sichert dieser Anspruch den Pflichtteilsberechtigten dagegen, dass sein Anspruch auf den ordentlichen Pflichtteil durch lebzeitige, den Nachlass mindernde Schenkungen des Erblassers umgangen wird (vgl. BGHZ 157, 178, 187 = DNotZ 2004, 475). Das Gesetz schränkt aber die Verfügungsbefugnis des Erblassers zu dessen Lebzeiten nicht ein und schützt den Pflichtteilsberechtigten insbesondere nicht gegen die Übertragung von Vermögensgegenständen, für die der Erblasser ein Äquivalent erhält, selbst wenn dieses im Zeitpunkt des Erbfalls verbraucht ist. Der Schutz ist vielmehr auf Schenkungen beschränkt. Bei dem Beweis, es liege trotz behaupteter Einigung über eine angebliche Entgeltlichkeit des Geschäfts eine Schenkung vor, wird indessen nach der Rechtsprechung vermutet, dass der Erblasser und sein Vertragspartner sich in Wahrheit über eine unentgeltliche Zuwendung ver-

ständig haben, wenn zwischen der Leistung des Erblassers und der vereinbarten Gegenleistung ein auffallendes, grobes Missverhältnis besteht (st. Rspr., vgl. BGHZ 59, 132, 136 = DNotZ 1973, 426; BGHZ 82, 274, 281 f.; BGH, NJW 2002, 2469 = ZNotP 2002, 281 unter 3 c m. w. N.).

Für den erst beim Erbfall entstehenden Anspruch des Pflichtteilsberechtigten (§ 2317 Abs. 1 BGB) kann also nicht unberücksichtigt bleiben, ob der Erblasser einen ursprünglich verschenkten Vermögensgegenstand einschließlich daraus vom Empfänger gezogener Vorteile zurückerhalten oder dafür nachträglich ein Entgelt vereinbart hat, das jedenfalls nicht in grobem Missverhältnis zu seiner Leistung steht. In solchen Fällen kann der Pflichtteilsberechtigte keinen Anspruch auf Pflichtteilsergänzung erheben (*Kornelx*, ZEV 2003, 196, 197).

c) Dass der Pflichtteilsberechtigte auch nachträgliche Vereinbarungen über die Entgeltlichkeit von lebzeitigen Geschäften des Erblassers hinnehmen muss, solange zwischen Leistung und Gegenleistung kein auffallendes, grobes Missverhältnis besteht, entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung. Danach steht seit langem fest, dass der Erblasser seine Gegenleistung für ihm erbrachte Dienste auch nachträglich in den genannten Grenzen erhöhen kann (BGH, NJW-RR 1989, 706 unter 1; RGZ 75, 325, 327; 94, 157, 159).

2. Das Berufungsgericht hat also mit Recht geprüft, ob das Grundstück infolge des Änderungsvertrages von 1996 in vollem Umfang entgeltlich übertragen worden ist. Seine Würdigung dazu ist jedoch nicht frei von Verfahrensfehlern.

Die von der Beklagten aufgrund des Änderungsvertrages zu entgeltenden Leistungen des Erblassers bestanden aus der Übertragung des Grundstücks sowie der Überlassung der daraus seit seiner Übertragung im Jahre 1995 von der Beklagten gezogenen Nutzungen. Der Kläger hat vorgetragen, das Grundstück sei erheblich mehr wert gewesen, als die Vertragsschließenden im Hinblick auf die von ihnen eingeholte Wertschätzung des Architekten angenommen hätten. Er hat dieser Schätzung nicht nur sein nachvollziehbares Misstrauen entgegengesetzt, sondern schon in erster Instanz innerhalb dazu nachgelassener Frist sachliche Einwände erhoben, die er in der Berufungsbegründung aufrechterhalten hat. Sein Antrag, ein gerichtliches Sachverständigengutachten einzuholen, hätte im Hinblick auf die – als Parteivortrag der Beklagten zu wertende – Wertschätzung des Architekten nur unberücksichtigt bleiben können, wenn der Tatrichter schon auf deren Grundlage zu einer zuverlässigen Beantwortung der Beweisfrage hätte gelangen können (st. Rspr., vgl. BGH, NJW 1993, 2382 unter II 3 b). Der Architekt ist aber inzwischen verstorben und kann zu den Einwänden des Klägers nicht mehr angehört werden. Mit dem streitigen Verkehrswert des Grundstücks und den dazu vom Kläger erhobenen Einwänden haben sich die Vorinstanzen nicht auseinander gesetzt. Die Auffassung des Berufungsgerichts, auf den objektiven Wert des Grundstücks komme es nicht an, sondern nur auf die Vertretbarkeit des von den Vertragsparteien vereinbarten Entgelts, greift zu kurz. Vielmehr kann der Tatrichter das Vorliegen eines auffälligen, groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und auch die weitere Frage, ob trotz eines solchen Missverhältnisses noch von vertretbaren Bewertungen der Vertragsparteien ausgegangen werden kann, in aller Regel sinnvoll erst prüfen, wenn er den Verkehrswert der Leistung und die dafür maßgebenden Gesichtspunkte kennt.

Deshalb muss die Sache zur Einholung eines Sachverständigengutachtens zurückverwiesen werden. Die weiteren Verfahrensrügen hat der Senat geprüft; sie greifen aber nicht durch. Insoweit wird gemäß § 564 ZPO von einer Begründung abgesehen.

Anmerkung:**1. Hintergrund**

Vorstehende, für die amtliche Sammlung vorgesehene Entscheidung des BGH befasst sich mit dem Grenzbereich zulässiger Gestaltung der Vermögensnachfolge und unzulässiger Umgehung von Pflichtteilsansprüchen – genauer: Pflichtteils-ergänzungsansprüchen.

Mit dem Pflichtteilsergänzungsanspruch verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, eine Aushöhlung des Pflichtteilsanspruchs noch zu Lebzeiten des Erblassers durch „Wegschenken“ von Teilen der potenziellen Nachlassmasse – zumindest zeitlich begrenzt¹ – zu kompensieren.² Der Pflichtteilsberechtigte kann nämlich gemäß § 2325 BGB verlangen, dass sein Pflichtteil so berechnet wird, als befände sich der der Pflichtteils-ergänzung unterliegende Vermögensgegenstand noch im Nachlass.³ Ggf. hat er Anspruch auf entsprechende Ergänzung seines (zu niedrigen) ordentlichen Pflichtteils.

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch setzt eine Schenkung i. S. v. § 516 BGB voraus, also *objektiv* eine Bereicherung des Empfängers der Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers und *subjektiv* eine Einigung von Erblasser und Empfänger der Zuwendung über die (zumindest teilweise) Unentgeltlichkeit.⁴ Soweit es sich um eine entgeltliche Übertragung handelt, entsteht also kein Pflichtteilsergänzungsanspruch.

2. Praktischer Bezug

Die Beratungspraxis sieht sich in diesem Kontext nicht selten mit Fällen konfrontiert, in denen eine (zumindest teilweise) unentgeltliche Überlassung bereits erfolgt ist, mit der Folge dass eine grundsätzlich ergänzungspflichtige Schenkung vorliegt. Für den erbrechtlichen Berater stellt sich daher die Frage, ob in derartigen Situationen eine „Reparatur“ durch nachträgliche Vereinbarung einer Gegenleistung in Betracht kommt.

Es war schon bisher gesicherter Bestandteil der Rechtsprechung, dass es – als Ausfluss der Vertragsfreiheit der Beteiligten – grundsätzlich zulässig ist, eine einmal vereinbarte Gegenleistung durch Vereinbarung nachträglich einvernehmlich zu ändern.⁵ Unsicherheit bestand jedoch, inwieweit eine vollständige Neubegründung einer Gegenleistung – auch ohne

Vorbehalt im Zeitpunkt der Zuwendung⁶ – Pflichtteils-ergänzungsansprüche verhindern kann. Die vorliegende Entscheidung führt die bisherige Rechtsprechung fort und erweitert diese vorsichtig.

3. Inhalt der Entscheidung und Würdigung

Dem Pflichtteilsberechtigten steht dann kein Pflichtteils-ergänzungsanspruch mehr zu, wenn der Erblasser zu einer schenkweisen Grundstücksübertragung nachträglich sowohl für das Grundstück als auch für die bisher gezogenen Nutzungen mit dem (zunächst) Beschenkten rückwirkend ein volles Entgelt vereinbart. Dieses Ergebnis überrascht zunächst, wenn man sich vor Augen hält, dass nach allgemeiner Meinung für die Frage, ob ein unentgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt, auf den Zeitpunkt der Zuwendung abzustellen ist.⁷ Dass die Entscheidung vom Ergebnis her betrachtet dennoch kein revolutionäres Neuland betritt, zeigt sich zum einen an der bereits in diese Richtung weisenden bisherigen Rechtsprechung aber auch an der diesbezüglich weitgehenden Übereinstimmung im Schrifttum.⁸ Nicht zuletzt hatten beide Vorinstanzen die Klage des pflichtteilsberechtigten Klägers übereinstimmend abgewiesen.

Die Entscheidung hält an der Argumentation fest, dass das nachträgliche Vereinbaren einer Gegenleistung und damit die – auf den Zeitpunkt der Zuwendung rückwirkende – Auswechslung des Rechtsgrundes als Ausfluss der Vertragsfreiheit zulässig sind. Deshalb – und diese Feststellung ist für die Praxis bedeutsam – bedarf es auch keines ausdrücklichen Vorbehalts in dem ursprünglichen unentgeltlichen Vertrag.⁹

Der BGH prüft in der vorliegenden Entscheidung, ob dieses Ergebnis zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten einer Korrektur bedürfe. Zu Recht kommt der Senat aber zu dem Schluss, dass dies nicht der Fall ist.

Der Senat zieht in diesem Zusammenhang vergleichend Entscheidungen aus dem Bereich des Anfechtungsrechts heran, die den Schutz Dritter bei der Rückgängigmachung von Schenkungen zum Gegenstand haben. Die Rückgängigmachung wird darin zum Schutz des Anfechtungsberechtigten als für diesen unbeachtlich gesehen. Dies ist nach der vorliegenden Entscheidung auf den Pflichtteilsberechtigten nicht übertragbar, denn der Pflichtteilsergänzungsanspruch schränkt die Verfügungsbefugnis des Erblassers zu dessen Lebzeiten gerade nicht ein. Bei Veräußerungen gegen ein Äquivalent besteht kein Schutz, auch wenn dieses Äquivalent beim Erbfall (z. B. wegen Verbrauchs) nicht mehr im Nachlass vorhanden ist. Hier kommt der Unterschied zum Tragen, dass der Pflichtteilsberechtigte (wie auch der Erbe) zu Lebzeiten des Erblassers lediglich eine vage Aussicht auf einen Erwerb hat. Dies ist bei den durch das Anfechtungsgesetz zu schützenden Gläubigern gerade anders: Deren Anfechtungsrecht gründet sich – jedenfalls soweit der Anspruch im Zeitpunkt der Umwandlung des anfechtbaren Geschäfts in ein entgeltliches bereits besteht – auf einen rechtlich schon bestehenden An-

¹ § 2325 Abs. 3 BGB: begrenzt auf zehn Jahre.

² Statt aller: MünchKommBGB/Lange, 4. Aufl. 2004, § 2325 Rdnr. 1; Reimann/Bengel/Mayer/Bengel, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, Teil A Rdnr. 158.

³ Dies ist vereinfachend und lässt natürlich außer Acht, dass durch das sog. Niederstwertprinzip des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB jeweils zwischen Schenkung und Erbfall eintretende Wertverluste zum Nachteil des Anspruchstellers gereichen und Werterhöhungen unberücksichtigt bleiben. Vgl. hierzu ausführlich Kornel, ZEV 2003, 196.

⁴ Siehe nur Staudinger/Olshausen, BGB, 2006, § 2325 Rdnr. 2 m. w. N.

⁵ Zu nachträglichen Vereinbarungen hinsichtlich der Vergütung bereits geleisteter Dienste schon RGZ 72, 188 (Dienste in Rechtsangelegenheiten); 75, 325, 327 (Pensionsversprechen); 94, 157 (Ruhegehaltsversprechen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses); BGH, NJW-RR 1989, 706 (Pflege und Haushaltstätigkeit der Ehefrau sowie Mitarbeit im Betrieb). In der Literatur ist dies ebenfalls weitgehend anerkannt: Kornel, ZEV 2003, 196, 197 f., nimmt insoweit eine teleologische Reduktion von § 2325 BGB an, weil der Pflichtteilsberechtigte nicht schutzwürdig sei; Nieder, Handbuch der Testamentgestaltung, 2. Aufl. 2000, 1. Teil § 2 Rdnr. 139; kritisch im Hinblick auf mögliche Manipulationsgefahren BeckOK-BGB/J. Mayer, Edition 7, § 2325 Rdnr. 6.

⁶ Dies erkannte bereits BGH, NJW-RR 1986, 164, als zulässig an.

⁷ BGH, NJW 1964, 1323; Bonefeld/Daragan/Wachter/Riedel, Der Fachanwalt für Erbrecht, 2006, Teil 11 Rdnr. 107; MünchKommBGB/Lange, § 2325 Rdnr. 25; Palandt/Edenhofer, BGB, 66. Aufl. 2007, § 2325 Rdnr. 8; Staudinger/Olshausen, § 2325 Rdnr. 2; Nieder, Handbuch der Testamentgestaltung, 1. Teil § 2 Rdnr. 137 f.

⁸ Vgl. die Nachweise in Fn. 5.

⁹ Den ausdrücklichen Vorbehalt einer nachträglichen Änderung der Gegenleistung – sogar durch einseitige Verfügung von Todes wegen – hat BGH, NJW-RR 1986, 164, für zulässig erachtet.

spruch. Diese Differenzierung markiert auch beim Pflichtteilsergänzungsanspruch die Grenze der Umwandelbarkeit eines unentgeltlichen in ein entgeltliches Geschäft: Mit dem Erbfall wird die bisherige bloße Aussicht des Pflichtteilsberechtigten zu einem Rechtsanspruch, der nicht mehr der Disposition von Erbe und Beschenktem durch Umwandlung in ein entgeltliches Geschäft unterliegt.¹⁰

Erblasser und Zuwendungsempfänger sind bei der Festsetzung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei – auch das ist Ausdruck der Vertragsfreiheit. Allerdings ergibt sich für die Beteiligten eine Grenze daraus, dass das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung realistisch sein muss, also nicht beliebig „frisirt“¹¹ werden darf. Der Nachweis der *subjektiven* Einigung über die Unentgeltlichkeit bereitet regelmäßig Schwierigkeiten. Deshalb gesteht die ständige Rechtsprechung dem beweisbelasteten Anspruchsteller dann die Vermutung der *subjektiven* Unentgeltlichkeit zu, wenn Leistung und Gegenleistung in einem „auffallenden, groben Missverhältnis stehen“¹² – das gilt für den Anspruch nach § 2325 BGB ebenso wie für den des Vertragserben bei diesen beeinträchtigenden Schenkungen gemäß § 2287 BGB.

Die Prüfung dieses Äquivalenzverhältnisses darf sich die Tatsacheninstanz nicht zu leicht machen. Dies war im vorliegenden Verfahren der Kritikpunkt des BGH an der Vorinstanz: Das Tatsachengericht hatte kein Sachverständigengutachten eingeholt, sondern auf Grundlage des Gutachtens eines Architekten entschieden, das noch die Vertragsschließenden eingeholt hatten. Aufgrund der Tatsache, dass der Architekt aber zu dem Gutachten nicht vernommen werden konnte, da er bereits verstorben war, durfte das Gutachten lediglich als Parteivorbringen und nicht als Sachverständigenbeweis gewertet werden. Dies führte im vorliegenden Fall zur Zurückverweisung.

4. Ausblick

Die Entscheidung mahnt den Vertragsgestalter bei „Reparaturversuchen“ in ähnlich gelagerten Fällen zur Vorsicht:¹³ Die Ermittlung der adäquaten Gegenleistung muss mit besonderer Sorgfalt vorgenommen werden.¹⁴ Insbesondere kann es daher sinnvoll sein, die Art und Weise der Ermittlung der Gegenleistung – vor allem bei Pflegeleistungen oder Dienstleistungen im Haushalt oder Betrieb – offen zu legen. Solche Dienstleistungen werden häufig von Beteiligten als – bereits erbrachte – Gegenleistungen in das Beratungsgespräch eingebracht. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass vor allem zwischen Ehegatten ein Teil der relevanten Dienstleistung regelmäßig schon auf Grundlage der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft gemäß § 1360 BGB – und somit gerade nicht unentgeltlich – erbracht worden ist. Deshalb akzeptiert die Rechtsprechung dann zumindest keinen voll entgeltlichen Ansatz.¹⁵ Bei Leistungen innerhalb der Familie ist daher regelmäßig zu prüfen, ob nicht vorrangige familienrechtliche

Rechtsbeziehungen als Rechtsgrund für die Leistung in Betracht kommen, die dann eine Heranziehung als Gegenleistung ausschließen.

Bei Zuwendungen zwischen Ehegatten kommt die Besonderheit hinzu, dass diese aus Sicht des Familienrechts regelmäßig als ehebezogene Zuwendungen gerade nicht unentgeltlich wären. Um missbräuchlichen Gestaltungen einen Riegel vorzuschieben, erweitert die Rechtsprechung daher bei Zuwendungen an den Ehegatten den Schenkungsbegriff, indem sie auf das Kriterium der subjektiven Unentgeltlichkeit vollständig verzichtet und die objektive Unentgeltlichkeit ausreichen lässt.¹⁶ Dieser Aspekt mag in der vorliegenden Entscheidung nur deshalb keine entscheidende Rolle gespielt haben, da vor allem die Frage der Angemessenheit der Gegenleistung in Rede stand.

Ferner ist im Zusammenhang mit bereits erbrachten Pflegeleistungen zu beachten, dass diese unproblematisch nur dann als (vorgezogene) Gegenleistung Anerkennung finden können, wenn zwischen den Beteiligten von vornherein verabredet war, dass eine Vergütung erfolgen werde.¹⁷ Häufiger wird es allerdings so sein, dass die Pflegeleistungen ohne Erwartung einer Gegenleistung erbracht wurden und im Nachhinein dafür eine – rechtlich nicht geschuldete – Belohnung erbracht wird, sog. *remuneratorische* Schenkung. Letztere ist aber gerade nicht entgeltlich und löst daher Pflichtteilsergänzungsansprüche aus.¹⁸ Im Lichte der vorliegenden Entscheidung des BGH müsste demnach der (beratene) Erblasser durch nachträgliche Vereinbarung der rückwirkenden Entgeltlichkeit mit dem Zuwendungsempfänger die hinsichtlich entstehender Pflichtteilsergänzungsansprüche nachteilige *remuneratorische* Schenkung vermeiden können.¹⁹

Da das Steuerrecht grundsätzlich an der zivilrechtlichen Einordnung anknüpft, könnte die Anerkennung der rückwirkenden Gegenleistung auch veränderte steuerliche Folgen mit sich bringen:²⁰ Denkbar wäre beispielsweise, dass hinsichtlich der Schenkung die Freigiebigkeit des Schenkers und die Bereicherung des Empfängers rückwirkend entfallen, so dass in analoger Anwendung von § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG die Zuwendung nicht mehr der Schenkungsteuer unterliegt. Dafür wäre der Vorgang konsequenter Weise dann aber bei der Grunderwerbsteuer steuerbar, soweit keine Ausnahme von der Besteuerung einschlägig ist. Auch kommt eine zusätzliche Einkommensteuerbelastung unter dem Gesichtspunkt „privates Veräußerungsgeschäft“ in Betracht. Hierbei könnte dann wegen der Rückwirkung der Entgeltabrede für den Beginn der „Spekulationsfrist“ ggf. auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Schenkung abzustellen sein. Soweit Arbeits- oder Pflegeleistungen als Gegenleistung fungieren sollen, ist daran zu denken, dass – wenn die Einordnung als Gegenleistung erfolgreich sein soll und daher gerade kein familienrechtliches Rechtsverhältnis als Rechtsgrund zugrunde liegt – der ur-

¹⁰ Im Ergebnis ebenso *Schindler*, ZErB 2004, 46, 49.

¹¹ So bereits BGH, NJW 1961, 604; NJW-RR 1989, 706; vgl. auch BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2325 Rdnr. 6.

¹² BGH, NJW 1972, 1709; 1981, 2458; 1982, 43, 44 f.; 1992, 558, 559; NJW-RR 1986, 1135; NJW 2002, 2469. Vgl. auch BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2325 Rdnr. 6; *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1. Teil § 2 Rdnr. 137.

¹³ *G. Müller* in DAI (Hrsg.), 5. Jahresarbeitsstagung des Notariats, 2007, S. 396, 408, sieht – ebenfalls zur Zurückhaltung mahnend – „unheimliche“ Möglichkeiten für Reparaturfälle.

¹⁴ *Schindler*, ZErB 2004, 46, 51.

¹⁵ Vgl. etwa BGH, NJW-RR 1989, 706.

¹⁶ BGH, NJW 1992, 564; *Bonefeld/Daragan/Wachter/Riedel*, Der Fachanwalt für Erbrecht, Teil 11 Rdnr. 114. Kritisch zu dieser Rspr.: *Staudinger/Olshausen*, § 2325 Rdnr. 26.

¹⁷ *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1. Teil § 2 Rdnr. 139; *Wagner*, ZErB 2003, 112; *Schindler*, ZErB 2004, 46.

¹⁸ *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1. Teil § 2 Rdnr. 140; *Wagner*, ZErB 2003, 112; *Schindler*, ZErB 2004, 46, 47.

¹⁹ So auch *Schindler*, ZErB 2004, 46, 48 ff., mit Formulierungsbeispielen, gegen *Wagner*, ZErB 2003, 112; kritisch auch BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2325 Rdnr. 6, der auf Manipulationsgefahren hinweist.

²⁰ Zu diesen Aspekten ausführlich: *Kornexl*, ZEV 2007, 328; teilweise kritisch: *G. Müller* in DAI (Hrsg.), 5. Jahresarbeitsstagung des Notariats, S. 396, 406 f.

sprünglichen Arbeits- oder Pflegeleistung dann regelmäßig ein Dienst- oder Arbeitsvertrag zugrunde gelegen haben dürfte. Dies kann für die Beteiligten unerwartete Konsequenzen bei der Einkommensteuer und im Bereich der Sozialversicherung zur Folge haben, wenn diese Leistungen von den Beteiligten bisher als unentgeltlich erbracht betrachtet wurden. Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit diesen steuer- und sozialrechtlichen Folgefragen naturgemäß nicht, so dass insoweit noch alle Fragen offen sind.

Nachdem §§ 2286, 2287 BGB ebenfalls den Schenkungsbegriff des § 516 BGB zugrunde legen, dürften die Grundsätze der Entscheidung auch für den Vertragserben beeinträchtigende Schenkungen gelten, so dass sich in diesem Bereich – ebenfalls unter Anwendung der gebotenen Vorsicht – die eine oder andere „Reparaturmöglichkeit“ ergeben kann.

Im Bereich des Pflichtteilergänzungsanspruchs eröffnen sich schließlich für den Gestalter eines sog. Behindertentestaments²¹ neue Perspektiven. Wo bisher Unsicherheit bestand, ob bereits vom Erblasser durchgeführte lebzeitige Schenkungen aufgrund der dadurch ausgelösten Pflichtteilergänzungsansprüche des Kindes mit Behinderung ein klassisches Behindertentestament in seiner Wirkung vereiteln, können nun möglicherweise durch ein rückwirkend vereinbartes Entgelt störende Pflichtteilergänzungsansprüche beseitigt werden.

Für die Vereinbarung der rückwirkenden Entgeltabrede müssen allerdings die für das ursprüngliche Geschäft geltenden Formvorschriften (z. B. § 311 b BGB, § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG) beachtet werden.²²

Notarassessor Dr. Florian M. Dietz, Lichtenfels

²¹ Allgemein zum sog. Behindertentestament: Engelmann, MittBayNot 1999, 509; Spall, MittBayNot 2001, 249; ders., ZErB 2007, 272 – unter Berücksichtigung der geplanten Erbrechtsreform.

²² So auch Kornexl, ZEV 2007, 328.

14. BGB §§ 2270, 2271 Abs. 2 Satz 1 (*Keine Wechselbezüglichkeit bei Schlusserbeneinsetzung gemeinsamer Bekannter*)

Werden in einem gemeinschaftlichen Testament als Schlusserben gemeinsame Bekannte eingesetzt, ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung regelmäßig nicht anzunehmen, dass die Testierenden eine Bindung des Überlebenden an die Erbeinsetzung nicht verwandter oder verschwägerter Personen herbeiführen wollten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass dem überlebenden Ehegatten das Recht belassen werden sollte, die Schlusserbeneinsetzung nach dem Tod des Erstversterbenden jederzeit zu ändern. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 16.4.2007, 31 Wx 108/06

Die kinderlose, verwitwete Erblasserin ist am 21.4.2005 im Alter von 88 Jahren verstorben. Ihr Ehemann ist 1990 verstorben. Die Eheleute haben am 12.8.1982 ein vom Ehemann geschriebenes, von der Erblasserin unterschriebenes gemeinschaftliches Testament errichtet, das wie folgt lautet:

„Unser letzter Wille

Hiermit bestimmen wir, dass nach unserem Ableben Frau Eva F. (Beteiligte zu 1) ... und ihr Ehemann Herr Herbert F. (Beteiligte zu 2) ... die alleinigen Erben unseres Gesamtbesitzes einschl. der Sparbücher und Aktien sind.

G., am 12.8.1982

(Unterschriften)“

Nach dem Tod ihres Ehemannes hat die Erblasserin gegenüber dem Nachlassgericht am 2.5.1990 erklärt:

„Nachdem keine Kinder vorhanden sind, sind wir davon ausgegangen, dass wir uns gegenseitig beerben und nach unser beider Tod Erben die Bekannten, Eheleute F. ... werden. ... Die Eheleute F. wissen von der Erbeinsetzung Bescheid; eine Kopie kann ihnen zugesandt werden.“

Mit notariellem Testament vom 21.1.1997 hat die Erblasserin den SOS Kinderdorf e. V. zum alleinigen Erben eingesetzt.

Die Erblasserin war Ende Dezember 1996 in das R.-Stift gezogen. Mit Schreiben vom 7.1.1997 beantragte sie die Einrichtung einer Betreuung mit den Aufgabenkreisen Vermögenssorge, Vertretung im Rechtsverkehr mit Versicherungen, Behörden, Renten- und Sozialleistungsträgern und Wohnungsangelegenheiten mit der Begründung, sie fühle sich in Gelddingen überfordert und nicht in der Lage, die Bezahlung der Heimkosten zu regeln, das Vermögen selbstständig zu verwalten und die Wohnung alleine aufzulösen. Am 21.1.1997 erteilte sie ihrem Rechtsanwalt eine Altersvorsorgevollmacht. Die Betreuung wurde am 28.2.1997 angeordnet, nachdem psychiatrische Gutachten des Sachverständigen P. vom 23.1.1997 (aufgrund einer Untersuchung am 22.1.1997) und vom 19.2.1997 (aufgrund einer Untersuchung am 17.2.1997) eingeholt worden waren.

Die Beteiligten zu 1 und 2 haben die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Miterben zu je 1/2 ausweist. Sie halten das Testament vom 12.8.1982 für maßgeblich, weil die Erblasserin daran gebunden und zudem bei Errichtung des notariellen Testaments vom 21.1.1997 nicht mehr testierfähig gewesen sei. Das Nachlassgericht hat die Betreuungsakten beigezogen und ein Gutachten des Sachverständigen W. zur Frage der Testierfähigkeit eingeholt. Dieser kam zu dem Ergebnis, dass die Erblasserin am 21.1.1997 testierfähig gewesen sei, was sich insbesondere aus dem Untersuchungsergebnis vom 22.1.1997 ergebe. Eine die freie Willensbildung beeinträchtigende geistige Erkrankung habe erst Mitte Februar 1997 eingesetzt. Mit Beschluss vom 29.3.2006 hat das Nachlassgericht den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen. Das LG hat weitere Ermittlungen sowohl zur Testierfähigkeit der Erblasserin als auch zur Auslegung des Testaments von 1982 durchgeführt und mit Beschluss vom 21.11.2006 die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt:

Maßgeblich für die Erbfolge sei das Testament vom 21.1.1997. Die Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 stelle keine wechselbezügliche Verfügung dar und entfalte keine Bindungswirkung. Mit dem Testament vom 12.8.1982 seien die Beteiligten zu 1 und 2 ausdrücklich zu Erben eingesetzt worden. Darüber hinaus sei im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung für den ersten Todesfall anzunehmen. Das ergebe sich aus den Angaben der Erblasserin gegenüber dem Nachlassgericht am 2.5.1990. Auch der Wortlaut des Testaments bringe zum Ausdruck, dass die Testierenden zunächst die Vereinigung des gesamten Vermögens in der Hand des Überlebenden gewollt hätten.

Die übereinstimmenden Schlusserbeneinsetzungen stünden weder zueinander noch zu der gegenseitigen Alleinerbeneinsetzung im Wechselbezug. Aus der Erklärung der Erblasserin vom 2.5.1990 ergebe sich dazu nichts. Die Äußerungen der Erblasserin gegenüber Rechtsanwalt H. und im notariellen Testament ließen keinen verlässlichen Rückschluss auf den gemeinschaftlichen Willen der Ehegatten bei der Testamentserrichtung zu. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der eine Ehegatte die Schlusserben nur mit Blick auf die Schlusserbeneinsetzung durch den anderen Ehegatten eingesetzt habe. Das von den Beteiligten zu 1 und 2 beschriebene

freundschaftliche Verhältnis reiche dafür nicht aus, auch nicht der Umstand, dass die Erblasser die Beteiligten zu 1 und 2 über ihre Verfügung unterrichtet und ihnen eine Kopie übergeben hätten. Es sei auch nicht anzunehmen, dass der eine Ehegatte seinen Nachlass dem anderen Ehegatten mit Blick darauf zugewendet habe, dass dieser die Beschwerdeführer zu seinen Schlusserben eingesetzt habe. Schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung sei beim Fehlen verwandtschaftlicher Beziehungen zwischen den testierenden Ehegatten und den eingesetzten Schlusserben anzunehmen, dass der eine Ehegatte dem anderen ganz allgemein das Recht belassen wollte, die Schlusserbeneinsetzung nach seinem Tod jederzeit zu ändern. Es sei kein besonderes Interesse des Ehemanns der Erblasserin ersichtlich, dass unabhängig von der künftigen Entwicklung die Beteiligten zu 1 und 2 die Schlusserbfolge antreten sollten. Das beschriebene innige Verhältnis habe insbesondere zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 und der Erblasserin bestanden.

Nachdem die Auslegung zu dem Ergebnis führe, dass die Schlusserbeneinsetzung von den Ehegatten nicht bindend gewollt gewesen sei, sei auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB nicht zurückzugreifen. Im Übrigen lasse sich ein besonders inniges, verwandtschaftsähnliches Verhältnis des vorverstorbenen Ehemannes zu den Beteiligten zu 1 und 2 aus der ausführlichen Beschreibung des zwischenmenschlichen Verhältnisses bis zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung nicht feststellen. Die Beziehung der Erblasserin zu den Beteiligten zu 1 und 2 sei wesentlich enger und vertrauter gewesen als diejenige des vorverstorbenen Ehemannes.

Es sei auch nicht nachgewiesen, dass die Erblasserin bei Errichtung des notariellen Testaments testierungsfähig gewesen sei. Das Gutachten des Sachverständigen W. sei überzeugend. Dieser habe neben den im Betreuungsverfahren erstellten Gutachten auch alle übrigen verfügbaren ärztlichen Erkenntnisse über die Erblasserin zum maßgeblichen Zeitpunkt berücksichtigt. Die weiteren Ermittlungen hätten keine zusätzlichen Umstände zutage gebracht, aufgrund derer Testierungsfähigkeit zum maßgeblichen Stichtag ernsthaft in Betracht zu ziehen sei.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 FGG, § 546 ZPO).

a) Zutreffend geht das LG davon aus, dass die Beteiligten zu 1 und 2 durch das gemeinschaftliche Testament vom 12.8.1982 als Erben nach dem Überlebenden eingesetzt sind. Diese Erbeinsetzung konnte die Erblasserin durch ihr notarielles Testament vom 21.1.1997 nur dann wirksam widerrufen, wenn sie nicht wechselbezüglich i. S. d. § 2270 BGB zu einer Verfügung ihres Ehemannes war; andernfalls war die Erblasserin nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB nach dem Tod des Ehemannes an einem Widerruf dieser in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen letztwilligen Verfügung gehindert.

aa) Nach § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend getroffen, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (BayObLG, FamRZ 2005, 1931; OLG Hamm, FamRZ 2004, 662 = ZErB 2004, 171). Maßgeblich ist der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung (BGHZ 112, 229, 233 f. = NJW 1991, 169). Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechsel-

selbezüglichkeit, muss diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung gesondert ermittelt werden (BGH, NJW-RR 1987, 1410).

bb) Erst wenn die Ermittlung des Erblasserwillens weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gemäß § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahesteht. Diese Auslegungsregel ist erst dann heranzuziehen, wenn nach Überprüfung aller inner- und außerhalb des Testaments liegenden Umstände verbleibende Zweifel nicht zu beseitigen sind (BayObLG, FamRZ 1999, 1388, 1389 = ZNotP 1999, 363).

cc) Ob zwischen Verfügungen von Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament der in § 2270 BGB bezeichnete Zusammenhang der Wechselbezüglichkeit besteht, ist – sofern dies nicht eindeutig ist – nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 2084 BGB) zu entscheiden. Die Auslegung selbst – auch hinsichtlich der Wechselbezüglichkeit – ist grundsätzlich Sache des Tatsachengerichts. Die Überprüfung in der Rechtsbeschwerdeinstanz ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen wurden, ob ein wesentlicher Umstand übersehen wurde oder ob dem Testament ein Inhalt gegeben wurde, der dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist und nicht auf verfahrensfreier getroffene Feststellungen anderer Anhaltspunkte für den im Testament zum Ausdruck gekommenen Erblasserwillen gestützt werden kann (BGHZ 121, 357, 363; BayObLG FamRZ 2002, 269, 270).

b) Diesen Anforderungen wird die Entscheidung des LG gerecht.

aa) Das LG hat das gemeinschaftliche Testament vom 12.8.1982 zu Recht als auslegungsbedürftig angesehen, da es keine ausdrückliche Aussage zur Wechselbezüglichkeit der darin enthaltenen Verfügungen enthält. Es hat zutreffend erkannt, dass als wechselbezügliche Verfügungen zunächst die Einsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 durch den Ehemann sowie deren Einsetzung durch die Erblasserin in Betracht kommen. Rechtsfehlerfrei hat das LG keine Anhaltspunkte dafür gesehen, dass der Ehemann die Beteiligten zu 1 und 2 nur deshalb als Erben nach dem Überlebenden bestimmt hat, weil dies seine Frau auch getan hat. Wie das LG zutreffend ausgeführt hat, ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung regelmäßig nicht anzunehmen, dass die Testierenden eine Bindung des Überlebenden an die Erbeinsetzung nicht verwandter oder verschwägerter Personen herbeiführen wollen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass dem überlebenden Ehegatten das Recht belassen werden soll, die Schlusserbeneinsetzung nach dem Tod des Erstversterbenden jederzeit zu ändern (vgl. BayObLG, FamRZ 1991, 1232, 1234; OLG Hamm, FamRZ 2001, 1647). Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war das LG nicht gehalten, die von ihr hervorgehobenen Umstände als Anhaltspunkte für die Wechselbezüglichkeit der übereinstimmenden Erbeinsetzung zu werten. Weder aus der zeitnahen gemeinsamen Übergabe einer Kopie des Testaments an die Bedachten noch aus der Erklärung der Erblasserin gegenüber dem Nachlassgericht ergeben sich hin-

reichende Anhaltspunkte für eine von den Ehegatten beabsichtigte Bindung des Überlebenden, ebenso wenig aus dem Umstand, dass der Ehemann den Text der letztwilligen Verfügung geschrieben hat.

bb) Das LG hat weiter zutreffend angenommen, dass eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung der Ehegatten vorliegt, auch wenn das gemeinschaftliche Testament diese nicht ausdrücklich anordnet. Schon aus der Formulierung „Erben unseres Gesamtbesitzes“ ergibt sich, dass die Testierenden zunächst eine Vereinigung des Vermögens in der Hand des Überlebenden gewollt haben, wie das LG zutreffend dargestellt hat. Auch die Erläuterung der Erblasserin gegenüber dem Nachlassgericht bestätigt, dass nach dem Willen der Ehegatten der Überlebende den Nachlass des Erstversterbenden allein erhalten sollte.

cc) Das LG hat sodann geprüft, ob die Erbeinsetzung der Ehefrau durch den Ehemann wechselbezüglich ist mit der Berufung der Beteiligten zu 1 und 2 als Erben nach dem Letztversterbenden durch die Ehefrau. Das wäre dann der Fall, wenn der Ehemann die Alleinerbeneinsetzung seiner Ehefrau nur deshalb vorgenommen hätte, weil diese wiederum die Beteiligten zu 1 und 2 als Erben berufen hat. Für einen solchen Willen des Ehemannes hat das LG rechtsfehlerfrei keine Anhaltspunkte gesehen. Es hat in diesem Zusammenhang zutreffend hervorgehoben, dass die Eheleute es als selbstverständlich angesehen haben, dass jeder von ihnen vom Überlebenden beerbt würde, und dessen Rechtsstellung als Alleinerbe keineswegs von einer bestimmten letztwilligen Verfügung des Ehepartners abhängig machen wollten.

dd) Nachdem bereits die Auslegung der letztwilligen Verfügung ergibt, dass eine Bindung des Überlebenden an die Schlusserbeneinsetzung von den Ehegatten nicht gewollt war, hat das LG zu Recht die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB nicht herangezogen. Seine weitere Erwägung, dass deren Voraussetzungen ohnehin nicht vorliegen, weil zwischen dem vorverstorbenen Ehemann und den Beteiligten zu 1 und 2 kein Näheverhältnis im Sinne dieser Vorschrift bestanden hat, ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

c) Ohne Rechtsfehler ist das LG ferner davon ausgegangen, dass die Erblasserin bei Errichtung der letztwilligen Verfügung vom 21.1.1997 testierfähig war.

aa) Die Vorinstanzen haben den für die Beurteilung der Testierfähigkeit maßgeblichen Sachverhalt hinreichend aufgeklärt. Das Nachlassgericht hat die Betreuungsakten beigezogen und ein psychiatrisches Gutachten des Sachverständigen W. erholt. Das LG hat darüber hinaus schriftliche Stellungnahmen des beurkundenden Notarvertreters, der behandelnden Ärzte und des Gutachters im Betreuungsverfahren eingeholt. Es hat das gerichtliche Gutachten des Sachverständigen W. eingehend gewürdigt und auch die im Betreuungsverfahren erstatteten gutachtlichen Stellungnahmen des Sachverständigen P. vom 23.1.1997 und 19.2.1997 berücksichtigt.

bb) Das LG hat das Ermittlungsergebnis eingehend gewürdigt. In Übereinstimmung mit dem gerichtlichen Sachverständigen hat es einen Rückschluss von dem Befund bei der Untersuchung am 17.2.1997 auf den Zeitpunkt der Testamenterrichtung am 21.1.1997 abgelehnt. Das ist nicht zu beanstanden, zumal eine zeitnahe Untersuchung der Erblasserin am 22.1.1997 erfolgt ist, bei der lediglich eine leichte bis mäßige geistige Störung in Form einer beginnenden Altersdemenz bei intakter Willensbildung und Einsichtsfähigkeit festgestellt wurde. Zwar hat P. in seinem Gutachten vom 19.2.1997 seine frühere Einschätzung, die Betroffene sei vollständig geschäftsfähig, insoweit in Frage gestellt, als „vermutlich“ stärkere Gedächtnisstörungen vorgelegen hätten als

zunächst angenommen. Das LG ist dem nachgegangen, indem es eine schriftliche Stellungnahme von P. eingeholt hat, in der dieser den Zustand der Erblasserin im fraglichen Zeitraum als „ziemlich fluktuierend“ geschildert hat. Hinreichend sichere Anhaltspunkte für eine die freie Willensbildung ausschließende geistige Erkrankung der Erblasserin am 21.1.1997 hat das LG zu Recht nicht gesehen. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war das LG nicht gehalten, die Tatsache, dass die Erblasserin selbst den Antrag auf Betreuung gestellt hat, dahingehend zu werten, dass diese nicht mehr testierfähig war. Wie das LG zutreffend hervorgehoben hat, besagt die Einrichtung einer Betreuung nichts darüber, ob der Betreute geschäfts- oder testierunfähig ist. Dass die Erblasserin Unterstützung gesucht hat bei der Vermögensverwaltung, der Finanzierung des Heimaufenthaltes und der Auflösung der Wohnung deutet ebenso wenig wie die regelmäßige ärztliche Behandlung und Medikamentierung im Hinblick auf Cholesterinwerte, Kreislauf und Durchblutung auf Testierfähigkeit hin. Unzutreffend ist die Mutmaßung der weiteren Beschwerde, das LG habe die Betreuungsakten nicht beigezogen. Der erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren erwähnte Antrag „von dritter Seite“ auf Einrichtung einer Betreuung im Frühsommer 1996 findet sich in diesen auch dem Senat vorliegenden Akten nicht und ließe im Übrigen auch nicht den Schluss auf fehlende Testierfähigkeit zu.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. GmbHG § 3 Abs. 2 (*Verlustübernahmeverpflichtung in GmbH-Satzung*)

Eine Verpflichtung der Gesellschafter in der Satzung einer GmbH zur Übernahme von Verlusten ist als Nebenleistungspflicht unwirksam, wenn sie weder zeitlich begrenzt ist noch eine Obergrenze enthält.

BGH, Beschluss vom 22.10.2007, II ZR 101/06

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in NZG 2008, 148.

16. GmbHG §§ 54, 55, 56 (*Charakter als Sachkapitalerhöhung aus Übernahmebeschluss*)

a) **Der Charakter einer Sachkapitalerhöhung kann sich auch aus der mit dem Erhöhungsbeschluss in einer Urkunde zusammengefassten Übernahmeerklärung (§ 55 Abs. 1 GmbHG) ergeben (vgl. BGH, WM 1966, 1262). Der Gegenstand der Sacheinlage kann anstelle seiner Festsetzung im Kapitalerhöhungsbeschluss (§ 56 Abs. 1 GmbHG) auch durch gleichzeitig beschlossene Satzungsänderung festgesetzt werden.**

b) **Bis zur Eintragung einer Kapitalerhöhung im Handelsregister steht es den Gesellschaftern frei, den Erhöhungsbeschluss, dessen Festsetzungen oder die zu seiner Durchführung geschlossenen Einbringungsverträge (auch) dahin zu ändern, dass der Mehrwert einer bereits geleisteten Sacheinlage zugleich auf eine zweite Sachkapitalerhöhung anzurechnen ist.**

c) Für die Verpflichtung einer GmbH zur Vergütung des (die Stammeinlagenschuld des Inferenten übersteigenden) Mehrwerts einer Sacheinlage genügt eine durch Auslegung der Handelsregisterunterlagen feststellbare Vergütungsvereinbarung (vgl. RGZ 159, 321, 326 f.).

BGH, Beschluss vom 5.11.2007, II ZR 268/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts und der Revision enthält nicht erst der „klarstellende“ Gesellschafterbeschluss vom 30.9.1997, sondern bereits das (notarielle) Beschlussprotokoll vom 16.10.1996 die für eine Sacheinlage gemäß §§ 56, 19 Abs. 5 GmbHG erforderlichen Festsetzungen. Der Charakter eine Sachkapitalerhöhung muss sich nicht unmittelbar aus dem Erhöhungsbeschluss, sondern kann sich auch aus der mit ihm in einer Urkunde zusammengefassten Übernahmeerklärung ergeben (BGH, WM 1966, 1262), die hier den Hinweis des Beklagten darauf enthält, dass „die Einbringung der Sacheinlage mit gesondertem Rechtsgeschäft bewirkt“ werde. Die nähere Festsetzung der Sacheinlage (§ 56 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) ist in einer gleichzeitig beschlossenen und mitbeurkundeten Satzungsänderung geregelt worden. Soweit § 56 Abs. 1 GmbHG eine entsprechende Festsetzung im Kapitalerhöhungsbeschluss verlangt, beruht dies nur darauf, dass es hier – anders als bei der Gründung einer GmbH (§ 3 Abs. 1 Nr. 4, § 5 Abs. 4 GmbHG) – einer Festsetzung in der Satzung nicht bedarf, was aber die hier gewählte strengere Form der Beurkundung nicht ausschließt. Das gesamte Beschlussprotokoll bildete ein einheitliches Ganzes, das gemäß §§ 54, 57 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden war.

2. Erfolg hätte die Klage im Übrigen auch dann nicht, wenn man – mit dem Berufungsgericht – davon ausginge, dass erst der – vor Eintragung der Kapitalerhöhung gefasste und zum Handelsregister angemeldete – „Klarstellungsbeschluss“ vom 30.9.1997 die gemäß § 56 Abs. 1 GmbHG erforderlichen Festsetzungen enthielt. Der Umstand, dass die Klägerin das Grundstück zu diesem Zeitpunkt bereits mit Grundschulden in Höhe von 4 Mio. DM belastet hatte, ändert nichts daran, dass es noch gegenständlich im Vermögen des Beklagten vorhanden war und grundsätzlich als Sacheinlage eingebracht werden konnte (vgl. BGHZ 145, 150 = DNotZ 2001, 154). Soweit der Wert der von dem Beklagten übernommenen Stammeinlage unterschritten war, käme eine Differenzhaftung gemäß § 9 GmbHG in Betracht. Ansprüche hieraus wären aber gemäß § 9 Abs. 2 GmbHG a. F. seit Oktober 2002 verjährt, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt und von der Revision ausdrücklich hingenommen wird.

3. Ohne Erfolg rügt die Revision, dass gemäß § 90 Abs. 3 GemO i. V. m. § 63 Abs. 1 LandkreisO des Landes B. für die Veräußerung des Grundstücks an die Klägerin unter seinem Wert eine Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde erforderlich gewesen sei und die erteilte Genehmigung vom 31.7.1995 nur die Grundstückseinbringung in Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung I der Klägerin (auf 2 Mio. DM), nicht aber die in Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung II getroffene Vereinbarung deckte, nach der das – inzwischen mit einem erheblich höheren Wert veranschlagte – Grundstück auch auf die zweite Kapitalerhöhung eingebracht werden sollte. Die darin liegende Änderung bzw. Erweiterung der ursprünglichen Tilgungsbestimmung (vor Eintragung der Kapitalerhöhung I im Handelsregister) war rechtlich möglich und

bedurfte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keiner erneuten Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde. Diese Feststellung ist gemäß § 545 ZPO nicht revisibel. Anders als in dem von der Revision herangezogenen Urteil des BGH vom 15.4.1998 (WM 1998, 2038, 2041) handelt es sich hier nicht um die Auswirkungen eines von dem Berufungsgericht nach Landesrecht festgestellten Formmangels auf ein nach Bundesrecht zu beurteilendes Rechtsgeschäft (dort Fristsetzung gemäß § 326 Abs. 1 BGB a. F.), sondern allein um die nach Landesrecht zu beurteilende Reichweite des Genehmigungserfordernisses. Entgegen der Ansicht der Revision ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, dass ein Fehlen der Genehmigung, solange diese nicht verweigert ist (dazu BGH, GmbHR 1997, 545), zu endgültiger und nicht nur zu schwächerer Unwirksamkeit des genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts (dazu BGHZ 142, 51, 53 ff. = NJW 1999, 3335) führen würde.

4. Dass das Grundstück als Sacheinlage auch auf das erhöhte Kapital gemäß Erhöhungsbeschluss vom 16.10.1996, mithin auf einen Gesamterhöhungsbetrag von 4,95 Mio. DM eingebracht werden sollte, ergibt sich aus der Gesamtheit der zum Handelsregister (vor Eintragung der Kapitalerhöhung) eingereichten Gesellschafterbeschlüsse und -vereinbarungen, welche in ihrem Gesamtzusammenhang auszulegen sind (vgl. RGZ 159, 321, 326; *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 5 Rdnr. 12). Bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung steht es den Gesellschaftern frei, einen Kapitalerhöhungsbeschluss aufzuheben oder dessen Festsetzungen unter Einhaltung der hier gewährten Erfordernisse der §§ 53, 56 GmbHG zu ändern (vgl. BGHZ 140, 258, 260 = DNotZ 1999, 753; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 56 Rdnr. 27). Ebenso konnte die Tilgungsbestimmung in dem „Einbringungsvertrag“ vom 24.5.1995 nachträglich geändert werden, ohne dass es dazu der – hier überdies mit den notariell beurkundeten Beschlüssen vom 16.10.1996 und vom 30.9.1997 gewährten – Form des § 313 BGB a. F. bedurfte (vgl. BGH, NJW 1985, 266 = DNotZ 1985, 284).

5. Die zwischen den Prozessparteien vereinbarte und praktizierte Vergütung eines (angeblichen) die Stammeinlageverpflichtung des Beklagten übersteigenden Grundstücksmehrwerts von 1,75 Mio. DM (gemischte Sacheinlage) bedurfte keiner ausdrücklichen Festsetzung in den Kapitalerhöhungsbeschlüssen. Auch insoweit genügt eine durch Auslegung anhand der zum Registergericht eingereichten Unterlagen feststellbare Vergütungsvereinbarung (vgl. RGZ 159, 321, 326 f.; *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 5 Rdnr. 12; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl., § 5 Rdnr. 20). Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Einbringungsvertrag zur Kapitalerhöhung I, auf die der „Klarstellungsbeschluss“ vom 30.9.1997 Bezug nimmt, dass ein Mehrwert (von zunächst angenommenen 750.000 DM) vergütet werden sollte. Selbst wenn man von einer insoweit fehlenden Festsetzung ausgehen würde, führte das nach einhelliger Auffassung nicht zur Unwirksamkeit der Sacheinlagevereinbarung insgesamt, sondern nur zur Unwirksamkeit der Vergütungsvereinbarung (vgl. RGZ 118, 113, 117 f.; 159, 321, 327; *Scholz/H. Winter/Westermann*, GmbHG, 10. Aufl., § 5 Rdnr. 84) mit der Folge von Erstattungsansprüchen aus § 31 GmbHG (vgl. *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 5 Rdnr. 123 m. w. N.), evtl. auch aus § 812 BGB. Solche Ansprüche sind hier aber – ebenso wie Ansprüche aus Differenzhaftung (§ 9 GmbHG; vgl. oben 2) – verjährt, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt und die Revision ausdrücklich hinnimmt.

17. BGB §§ 705, 730 (*Anforderungen an eine Innengesellschaft*)

- a) **Die Annahme einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts erfordert, dass sich die Beteiligten mit gesellschaftsrechtlicher Bindung zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichten.**
- b) **Ein auf einem anderen Rechtsverhältnis (hier: Kaufvertrag über einen Erbanteil) beruhender Anspruch eines Gesellschafters gegen seinen Mitgesellschafter unterliegt in der Auseinandersetzung einer Gesellschaft keiner Durchsetzungssperre.**

BGH, Urteil vom 12.11.2007, II ZR 183/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger war mit einem Anteil von $\frac{2}{12}$ Miterbe nach dem 1978 verstorbenen A. Mit notariellem Vertrag vom 26.11.1993 verkaufte und übertrug er seinen Erbanteil an dem – ausschließlich aus dem Grundstück in L. Flur Nr. 1 bestehenden – Nachlass an die Beklagte. Der Kaufpreis in Höhe von 80.000 DM war am 31.12.2003 fällig und vom Tage des Vertragsschlusses an als Darlehen mit 7 % zu verzinsen. In Nr. II. F.2. der notariellen Urkunde verpflichtete sich die Beklagte, den Erbanteil auf den Kläger zurück zu übertragen, wenn sie einer von ihr in der Urkunde übernommenen Verpflichtung ganz oder teilweise nicht nachkomme.

Die Beklagte, die mit gleicher Urkunde vom Vater des Klägers das benachbarte Grundstück L. Flur Nr. 8 erwarb, ließ auf den Grundstücken ein Mehrfamilienwohnhaus errichten. Mit der Leitung und Überwachung der Bauarbeiten betraute die Beklagte den Vater des Klägers, dem sie auch die finanziellen Mittel während der von 1993 bis 1998 andauernden Bauphase zur Verfügung stellte. Als sich die Kosten des Bauvorhabens gegenüber der ursprünglichen Planung wesentlich erhöhten und die Beklagte deshalb in finanzielle Schwierigkeiten geriet, teilte sie das Objekt in drei Eigentumswohnungen auf. Mit notariellem Vertrag vom 15.12.1995 veräußerte sie zunächst eine Eigentumswohnung an ihre Schwester, die Mutter des Klägers, zu einem Kaufpreis von 400.000 DM. In einer handschriftlichen Zusatzabrede vom selben Tag wurde zwischen den Parteien des Kaufvertrages vereinbart, dass der Kaufpreis „nach den tatsächlichen Baukosten entweder nach unten oder nach oben nachverhandelt wird“. Wegen weiterer finanzieller Probleme verkaufte die Beklagte mit notariellem Vertrag vom 15.8.1997 eine weitere Eigentumswohnung gleicher Größe an den Kläger zum Kaufpreis von 400.000 DM. Der Kläger trat durch handschriftlichen Zusatz vom 15.8.1997 der von seiner Mutter und der Beklagten getroffenen, auf einem Notizzettel niedergelegten Vereinbarung vom 15.12.1995 bei.

Der Kläger hat am 28.1.2005 von der Beklagten, die den Kaufpreis für den Erbanteil in voller Höhe schuldig geblieben ist und die vereinbarten Zinsen nur teilweise entrichtet hat, Rückübertragung des Erbanteils verlangt. Die Beklagte hat daraufhin die Aufrechnung mit einem – ihr infolge gestiegener Baukosten aus dem Verkauf der Eigentumswohnung angeblich zustehenden – weiteren Kaufpreisanspruch von 99.066,95 DM erklärt. Das LG hat der – auf Rückübertragung des Erbanteils und auf Abgabe der zur Eintragung des Klägers im Grundbuch erforderlichen Erklärungen gerichteten – Klage stattgegeben, das Berufungsgericht (Einzelrichter) hat die Klage „als zur Zeit unbegründet“ abgewiesen. Hiergegen richtet sich die von dem erkennenden Senat zugelassene Revision des Klägers.

Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts (§ 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Der geforderten Rückübertragung des Erbanteils stehe die Durchsetzungssperre des § 730 BGB entgegen. Denn spätestens nach dem Auftreten von Finanzierungsproblemen hätten

die Parteien und die Eltern des Klägers zumindest durch schlüssiges Verhalten 1995/1997 eine BGB-Innengesellschaft gegründet mit dem Zweck, das Bauvorhaben fertig zu stellen. Diese Gesellschaft sei noch nicht auseinandergesetzt. Mit der Rückforderung seines Erbanteils verstoße der Kläger jedenfalls bis zur Auseinandersetzung der Gesellschaft gegen seine Pflicht, den Gesellschaftszweck zu fördern.

II.

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, der geltend gemachte Anspruch auf Rückübertragung des veräußerten Erbanteils unterliege einer auf einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts beruhenden Durchsetzungssperre, ist in mehrfacher Hinsicht verfehlt.

1. Schon die Annahme des Berufungsgerichts, zwischen den Parteien und den Eltern des Klägers habe eine BGB-Innengesellschaft bestanden, stellt eine Rechtskonstruktion ohne hinreichende Tatsachengrundlage dar. Sie beruht darauf, dass das Berufungsgericht die an die Gründung einer BGB-Innengesellschaft zu stellenden Anforderungen grundlegend erkannt und zudem – unter Verletzung des Rechts des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs – den Parteivortrag unrichtig eingeordnet hat.

a) Das Berufungsgericht hat gemeint, aus dem Vorbringen der Parteien und den „vorgelegten weiteren Unterlagen“ ergebe sich „mit ausreichender Klar- und Sicherheit“, dass die Parteien zusammen mit den Eltern des Klägers jedenfalls ab 1995/1997 durch schlüssiges Verhalten eine BGB-Innengesellschaft mit dem Ziel der Fortsetzung des Bauprojektes gegründet und hierzu unterschiedliche Beiträge geleistet hätten. Der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt trägt diese Annahme nicht. Danach hat der Kläger erst im August 1997 zur Überwindung der finanziellen Engpässe der Beklagten als Bauherrin dadurch beigetragen, dass er von ihr im August 1997 eine Eigentumswohnung gekauft und sich dabei am selben Tag der – zwischen seiner Mutter und der Beklagten getroffenen – Zusatzvereinbarung inhaltlich angeschlossen hat, wonach über den Kaufpreis unter Berücksichtigung der tatsächlichen Baukosten noch einmal nachverhandelt werden sollte. Diese Tatsachen rechtfertigen nicht den Schluss, dass der Kläger zugleich eine weitere – sich vom Kaufvertrag unterscheidende – gesellschaftsrechtliche Rechtsbeziehung eingehen und sich über die im Kaufvertrag eingegangenen Verbindlichkeiten hinaus verpflichten wollte, zusammen mit der Beklagten und seinen Eltern die Fertigstellung des Bauobjektes als gemeinsamen Zweck zu fördern (vgl. MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl., § 705 Rdnr. 27). Mit dem Kauf der Eigentumswohnung und der in Erfüllung des Kaufvertrags geleisteten Kaufpreiszahlung verfolgte der Kläger – wie jeder Käufer – den lediglich in seinem eigenen Interesse liegenden Zweck, das Kaufobjekt zu Eigentum zu erwerben. Mit der Zusatzvereinbarung sollte lediglich eine Nachverhandlung zur etwaigen Anpassung des Kaufpreises an die bei Vertragsschluss noch nicht endgültig ermittelten tatsächlichen Baukosten ermöglicht werden. Dass der Kläger nicht nur Käufer einer Eigentumswohnung war, sondern darüber hinaus im Innenverhältnis aufgrund schuldrechtlicher Absprachen mit gesellschaftsrechtlicher Bindung noch in die restliche, kurz bevorstehende Fertigstellung des Gesamtobjekts einbezogen werden sollte (vgl. BGHZ 142, 137, 144 f. = DNotZ 2000, 514; MünchKommBGB/Ulmer, § 705 Rdnr. 284 f.), lässt sich den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entnehmen.

b) Die Konstruktion der Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen den Parteien und den Eltern des Klägers zur Fertigstellung des Mehrfamilienhauses lässt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht dem vom Kläger vorgelegten notariellen Vergleichsvorschlag des Notars S. entnehmen. Dem Vergleichsentwurf kommt schon deshalb kein Beweiswert zu, weil ein Vergleich dieses Inhalts nicht zustande gekommen ist. Zudem datiert der maßgebliche Vergleichsentwurf aus dem Jahr 2000, mithin aus einer Zeit, als das Bauprojekt, zu dessen Verwirklichung die Gesellschaft nach Meinung des Berufungsgerichts gegründet wurde, bereits zwei Jahre fertig gestellt war. Abgesehen davon sah der Entwurf lediglich vor, dass die Beklagte das Anwesen dem Kläger zu 50 % und seinen Eltern zu je 25 % in Gesellschaft bürgerlichen Rechts übertragen sollte, um auf diese Weise die bestehenden Streitigkeiten zu beenden. Dies rechtfertigt in keiner Weise die Annahme, dass etwa vor Erstellung des Entwurfs eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter Einschluss der Beklagten bestanden hätte. (...)

2. Wie die Revision mit Recht rügt, stünde der Annahme einer gesellschaftsvertraglich fundierten Durchsetzungssperre außerdem entgegen, dass der Anspruch auf Rückübertragung des Erbanteils seine Grundlage nicht in einem – vom Berufungsgericht zu Unrecht angenommenen – Gesellschaftsvertrag, sondern in dem Kaufvertrag der Parteien über den Erbanteil findet. Ebenso wie andere gesellschaftsrechtliche Beschränkungen kann die Durchsetzungssperre den Ansprüchen eines Gesellschafters nur entgegengehalten werden, wenn und soweit die Ansprüche auf dem gesellschaftlichen Verhältnis beruhen (BGH, ZIP 2006, 994, 996 Tz. 18 ff. = DNotZ 2006, 775; BGH, WM 1986, 68). Macht ein Gesellschafter indessen gegen seinen Mitgesellschafter eine Forderung aus einem anderen Rechtsverhältnis als der Gesellschaft geltend und steht er demzufolge seinem Mitgesellschafter in Bezug auf diese Forderung wie ein dritter Gläubiger gegenüber, fehlt es an der – die Durchsetzungssperre allein rechtfertigenden – gesellschaftlichen Bindung.

So aber läge der Fall – wollte man die verfehlt Annahme des Berufungsgerichts vom Bestehen einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts zugrunde legen – hier. Nach Ansicht des Berufungsgerichts kam es frühestens 1995/1997 zur Entstehung der Innengesellschaft. Demgegenüber haben die Parteien den Vertrag, mit dem der Kläger den Erbanteil an die Beklagte veräußerte und aus dem er seinen Rückübertragungsanspruch herleitet, bereits im Jahr 1993, mithin unabhängig von der Gründung einer Gesellschaft geschlossen. Dass nach der Vorstellung der Parteien mit dem Erwerb des Erbanteils auch die Bebauung des vom Vater des Klägers erworbenen Grundstücks gesichert werden sollte und – wie vom Berufungsgericht angenommen – eine später gegründete Gesellschaft den gleichgerichteten Zweck verfolgte, den begonnenen Bau eines Mehrfamilienhauses fertig zu stellen, rechtfertigt es entgegen der Meinung des Berufungsgerichts nicht, den auf einem anderen Rechtsverhältnis beruhenden Anspruch einer gesellschaftsrechtlichen Durchsetzungssperre zu unterwerfen.

III.

Aufgrund der aufgezeigten Rechtsfehler kann das Berufungsurteil mit der gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Mangels Endentscheidungsreife ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 562, 563 Abs. 1 ZPO), damit es sich nunmehr mit dem – von seinem bisherigen Rechtsstandpunkt aus nicht entscheidungserheblichen – streitigen Parteivorbringen befassen und die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Zur Vermeidung erneuter rechtlicher Fehlbewertungen weist der Senat auf Folgendes hin:

Eine die Anwendung des § 352 BGB gegenüber dem Klageanspruch rechtfertigende Aufrechnungslage lässt sich allein aus der privatschriftlichen Zusatzabrede über die „Nachverhandlung des Kaufpreises nach den tatsächlichen Baukosten entweder nach unten oder nach oben“ – unabhängig von der Frage ihrer Formbedürftigkeit nach § 311 b Abs. 1 BGB (§ 313 BGB a. F.; vgl. MünchKommBGB/Kanzleiter, 5. Aufl., § 311 b Rdnr. 51) – nicht ableiten. Besteht nur das Recht, eine Nachverhandlung zu verlangen, so stand der Beklagten im Zeitpunkt des „Rücktritts“ des Klägers bzw. der eigenen Aufrechnungserklärung ein fälliger, aufrechenbarer Gegenanspruch auf Zahlung eines höheren Kaufpreises (noch) nicht zu.

Bei der Zurückverweisung hat der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO und der Nichterhebung der Gerichtskosten für das Revisionsverfahren gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG Gebrauch gemacht. Eine erneute Übertragung des Rechtsstreits an den Einzelrichter dürfte im Hinblick auf § 526 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nicht in Betracht kommen.

18. HGB § 13 h Abs. 2 Satz 3 (*Sitzverlegung ohne Nachweis der Gewerbeanmeldung*)

Die Eintragung der Sitzverlegung einer Personengesellschaft darf nicht von dem Nachweis einer Gewerbeanmeldung abhängig gemacht werden. (Leitsatz des Einsenders)

LG Augsburg, Beschluss vom 29.1.2008, 2HK T 65/08; eingeklagt von Notar Dr. Markus Riemenschneider, Landsberg a. Lech

Durch Urkunde des Beschwerdeführers wurde der Sitz der T GmbH & Co. KG von U nach G verlegt. Das AG Freiburg hat daraufhin die Registerakten an das AG Augsburg zur weiteren Veranlassung hinsichtlich der Sitzverlegung übersandt.

Mit dem durch die Beschwerde angegriffenen Schreiben vom 14.11.2007 hat das AG Augsburg vom Beschwerdeführer zur weiteren Bearbeitung der Anmeldung der Sitzverlegung gefordert, eine Abschrift der Gewerbeabmeldung in U und der Gewerbeabmeldung in G elektronisch zu übermitteln. Mit weiterem Schreiben vom 10.12.2007 hat das AG Augsburg um abschließende Erledigung bis spätestens 31.12.2007 gebeten und angekündigt, anderenfalls die beantragte Eintragung der Sitzverlegung abzulehnen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet und führt zur Aufhebung der angegriffenen Zwischenverfügung.

1. Gegen das Schreiben vom 14.11.2007 ist die Beschwerde statthaft. Bei den vom Registergericht geforderten Nachweisen handelt es sich um Unterlagen, deren Vorlage nicht durch ein Zwangsgeldverfahren erzwingbar ist. Es handelt sich um eine mit der Beschwerde anfechtbare Beanstandung einer Anmeldung zum Registergericht (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 15. Aufl., § 19 Rdnr. 16).

2. Die Beschwerde ist begründet.

Das Registergericht hat zwar nach § 13 h Abs. 2 Satz 3 HGB zu prüfen, ob die Niederlassung ordnungsgemäß verlegt ist. Diese Prüfungspflicht erstreckt sich auch auf alle formellen und materiellen Voraussetzungen der Sitzverlegung, beispiels-

weise auch auf die Frage, ob der Gesellschaftssitz grundsätzlich nur am Ort des Betriebs bestehen kann (vgl. *Ebenroth/Boujong/Joos/Strohn*, HGB, 2. Aufl. 2008, § 13 h Rdnr. 28).

Der Nachweis einer Gewerbeummeldung ist von diesen Prüfungsbefugnissen des Registergerichts dennoch nicht umfasst. Es handelt sich insoweit nicht um eine Überprüfung, ob der neue Sitz des Unternehmens und der Ort des Betriebs übereinstimmen, sondern um eine Prüfung, ob neben der durch das Registergericht zu überprüfenden Anmeldung andere öffentlichrechtliche Meldepflichten beachtet sind. Mit der Frage, wo die Gesellschaft verwaltet wird, hat dies nichts zu tun.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

19. InsO § 91 Abs. 2, § 203; BGB § 878 (*Nachtragsverteilung eines bereits aufgegebenen Grundstücks*)

Die Anordnung der Nachtragsverteilung wegen eines wesentlich nicht verwerteten Grundstücks ist unzulässig, wenn vor der Anordnung die Auflassung erklärt und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt vom Erwerber oder vom Notar für diesen gestellt worden war.

BGH, Beschluss vom 6.12.2007, IX ZB 229/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Am 5.7.2004 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet. Der weitere Beteiligte wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Beschlüssen vom 6.3.2006 wurden das Insolvenzverfahren aufgehoben, Restschuldbefreiung angekündigt und der weitere Beteiligte zum Treuhänder für die Wohlverhaltensperiode bestellt. Unter dem 7.3.2006 bat das Insolvenzgericht den weiteren Beteiligten um Stellungnahme dazu, warum lastenfreier Grundbesitz des Schuldners nicht verwertet worden sei. Am 5.7.2006 beantragte der weitere Beteiligte die Anordnung der Nachtragsverteilung hinsichtlich der im Grundbuch von R. und H. eingetragenen Grundstücke.

Mit Beschluss vom 5.7.2006, 11.15 Uhr, hat das Insolvenzgericht hinsichtlich der genannten Grundstücke die Nachtragsverteilung und den erneuten Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den weiteren Beteiligten angeordnet. Wegen der im Grundbuch von R. eingetragenen Grundstücke hat der Schuldner sofortige Beschwerde eingelegt und vorgetragen, er habe diese Grundstücke mit notariellem Vertrag vom 28.1.2001 – also vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – verkauft und an die Käuferin S. aufgegeben. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, am 5.7.2006 um 10.00 Uhr, sei der Antrag auf Eintragung der Käuferin in das Grundbuch beim Grundbuchamt abgegeben worden.

Die sofortige Beschwerde ist zurückgewiesen worden. Mit seiner Rechtsbeschwerde will der Schuldner weiterhin die Aufhebung der Anordnung der Nachtragsverteilung hinsichtlich der im Grundbuch von R. eingetragenen Grundstücke erreichen.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 204 Abs. 2 Satz 2, §§ 6, 7 InsO, § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 574 Abs. 1, § 575 ZPO). Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

1. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts sind die Voraussetzungen der Anordnung einer Nachtragsverteilung gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO erfüllt. Aus welchem Grunde der weitere Beteiligte die Grundstücke nicht verwertet habe, sei un-

erheblich. Entscheidend sei allein, dass die Grundstücke im alleinigen Eigentum des Schuldners stünden und damit zur Masse gehörten. Die Veräußerung und der Eintragungsantrag änderten daran nichts; denn die Käuferin sei noch nicht als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen worden. Auch die Vorschrift des § 878 BGB stehe nicht entgegen.

2. Diese Ausführungen sind in einem wesentlichen Punkt unvollständig.

a) Gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO wird die Nachtragsverteilung auf Antrag des Insolvenzverwalters oder eines Insolvenzgläubigers oder von Amts wegen angeordnet, wenn Gegenstände der Masse ermittelt werden. Hierbei geht es einerseits um Gegenstände, deren Existenz oder Aufenthaltsort dem Verwalter unbekannt geblieben sind, etwa weil sie ihm verheimlicht wurden. Die Vorschrift erfasst aber auch Gegenstände, die der Verwalter zunächst nicht für verwertbar hielt und deswegen nicht zur Masse gezogen hat (vgl. BGH, NZI 2006, 180 = NJW-RR 2006, 262). Aus welchem Grunde im vorliegenden Fall die Verwertung unterblieben ist, haben die Vorinstanzen nicht festgestellt, spielt im Ergebnis aber auch keine Rolle. Zur Masse gehörende, vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht verwertete Gegenstände sind gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO der Nachtragsverteilung zuzuführen, selbst wenn die Verwertung nur aufgrund einer Nachlässigkeit des Verwalters unterblieben ist.

b) Die Grundstücke standen während des Insolvenzverfahrens und stehen auch jetzt noch im Eigentum des Schuldners. Sie gehören deshalb zur Masse i. S. v. § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Der nach Darstellung des Schuldners am 5.7.2006 um 10.00 Uhr – also vor Anordnung der Nachtragsverteilung am 5.7.2006 um 11.15 Uhr – beim Grundbuchamt eingegangene Antrag auf Eintragung der Käuferin als Grundstückseigentümerin ändert daran nichts. Zwar endete der Insolvenzbeschluss mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Der Schuldner erhielt die volle Verfügungsbefugnis über sein Vermögen zurück (vgl. BGH, NJW 1973, 1198, 1199; OLG Celle, KTS 1972, 265, 266). Er war daher auch rechtlich in der Lage, der Käuferin das Grundstück zu übereignen. Seine Verfügungsbefugnis endete erst wieder mit der Anordnung der Nachtragsverteilung (vgl. BGH, NJW 1973, 1198, 1199; OLG Celle, KTS 1972, 265, 266). Das Eigentum an Grundstücken geht jedoch gemäß §§ 873, 925 BGB erst mit der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch auf den Erwerber über. Bislang ist die Käuferin nicht als Eigentümerin eingetragen worden.

c) Die Anordnung der Nachtragsverteilung ist jedoch dann gemäß § 203 Abs. 3 InsO unzulässig, wenn der weitere Beteiligte den Eigentumserwerb im Hinblick auf § 91 Abs. 2 InsO, § 878 BGB nicht verhindern kann.

aa) Gemäß § 203 Abs. 3 InsO kann das Gericht von der Anordnung der Nachtragsverwaltung absehen und den ermittelten Gegenstand dem Schuldner überlassen, wenn dies mit Rücksicht auf den geringen Wert des Gegenstandes und die Kosten einer Nachtragsverteilung angemessen erscheint. Diese Vorschrift ist in die Insolvenzordnung aufgenommen worden, um den Bedürfnissen in der Praxis entgegenzukommen (BT-Drucks. 12/2443, S. 187). Der zu erwartende Ertrag der nachträglichen Verwertung muss den zu erwartenden Kosten der Verwertung einschließlich der Verwaltervergütung (vgl. § 6 Abs. 1 InsVV) und der Veröffentlichungs- und Zustellkosten des Gerichts (vgl. MünchKommInsO/Hintzen, § 203 Rdnr. 27) gegenübergestellt werden. Übersteigen die Kosten den Ertrag, hat die Verwertung zu unterbleiben. Dadurch soll eine unnötige Verschleuderung des Schuldnerver-

mögens verhindert werden (*Kübler/Prütting/Holzer*, InsO, § 203 Rdnr. 16).

bb) Nach § 91 Abs. 2 InsO, § 878 BGB kann die Käuferin trotz des Insolvenzverfahrens und trotz der Anordnung der Nachtragsverteilung Eigentümerin der jetzt noch dem Schuldner gehörenden Grundstücke werden, wenn die Auflassung erklärt und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt worden war. Kann der weitere Beteiligte im vorliegenden Fall den Eigentumsübergang auf die Käuferin nicht mehr verhindern, ist die dem Schuldner verbliebene Rechtsposition wertlos. Ein Ertrag, welcher an die Gläubiger ausgekehrt werden könnte, ist dann nicht zu erwarten. Vielmehr würden nur zusätzliche Kosten entstehen, ohne dass die Gläubiger davon irgendeinen Vorteil hätten. Sind also Auflassung und Eintragungsantrag zu einem Zeitpunkt erfolgt, als der Schuldner Verfügungsbefugter war, und kann der Eintragungsantrag auch nicht mehr vom – jetzt wieder Verfügungsbefugten – weiteren Beteiligten zurückgenommen werden (vgl. BGH, WM 1997, 436, 437 = ZIP 1997, 423), ist eine Nachtragsverteilung wirtschaftlich sinnlos und hat daher zu unterbleiben. Sind diese Voraussetzungen hingegen nicht erfüllt, ist insbesondere der Eintragungsantrag vom Schuldner allein gestellt worden, kann der weitere Beteiligte nach Rücknahme des Eintragungsantrags (vgl. dazu *Raebel*, ZInsO 2002, 954, 955) nach § 103 Abs. 1 InsO vorgehen und die Grundstücke anderweitig verwerten. Feststellungen dazu, ob und wann die Auflassung erklärt und wann und von wem der Eintragungsantrag gestellt worden ist, haben die Vorinstanzen nicht getroffen.

III.

Der angefochtene Beschluss kann folglich keinen Bestand haben. Er wird aufgehoben; die Sache wird an das Beschwerdegericht zurückverwiesen, das die erforderlichen Feststellungen zum Wert der dem Schuldner verbliebenen Eigentumsposition einerseits, zu den Kosten der Nachtragsverteilung andererseits nachzuholen haben wird (§ 577 Abs. 4 ZPO).

Beurkundungs- und Notarrecht

20. BNotO §§ 19 Abs. 1, 23 (*Notarielle Schadensersatzpflicht wegen eines pflichtwidrig ausgeführten Treuhandauftrags*)

Ein Notar, der gemäß Treuhandauftrag der darlehensgebenden Bank die erstrangige Eintragung einer Grundschuld gewährleisten soll, handelt pflichtwidrig, wenn er nicht sicherstellt, dass die Löschung eines vorrangigen Rechts erfolgt. Er muss dazu auch bereit und in der Lage sein, einen vom Grundbuchamt für die Löschung etwa verlangten Kostenvorschuss gegebenenfalls selbst zu zahlen. (Leitsatz der Schriftleitung)

KG, Urteil vom 21.9.2007, 9 U 123/06

Die Beklagte beurkundete am 7. bzw. 15.7.2003 Vertragsangebot und -annahme betreffend den lastenfreien Kauf einer Eigentumswohnung zum Preis von 83.100 €. Gemäß Treuhandauftrag vom 6.8.2003 hinterlegte die Klägerin als Darlehensgeberin der Käufer 87.700 € auf ein Notaranderkonto der Beklagten und machte eine Verfügung der Beklagten über diese Summe u. a. davon abhängig, dass die Eintragung einer Grundschuld über 90.000 € zu ihren Gunsten ohne Vorlasten in Abteilung III des Grundbuchs gewährleistet ist. Die Beklagte, welche die Eintragung der Grundschuld am 30.7.2003 beantragt hatte und der hinsichtlich der vorrangig eingetragenen

Grundpfandrechte eine Löschungsbewilligung der Gläubigerin vorlag, zahlte das hinterlegte Geld am 6.8.2003 aus. Am 26.4.2004 reichte sie u. a. den Antrag auf Löschung der vorrangigen Grundpfandrechte beim Grundbuchamt ein und bat, die Löschungskosten der Verkäuferin in Rechnung zu stellen und die Gebührenrechnung direkt der Verkäuferin zu übersenden. Mit Schreiben vom 11.1.2005 an die Beklagte machte das Grundbuchamt die Löschungen von der Einzahlung eines Vorschusses in Höhe von 2.021 € abhängig. Nachdem die Verkäuferin die Kosten für die Löschung der Grundpfandrechte nicht übernahm und das Grundbuchamt mit Zurückweisung der Anträge drohte, riet die Beklagte den Käufern, die Gebühren zu überweisen. Daraufhin zahlte die Klägerin, welche den Darlehensvertrag mit den Käufern zwischenzeitlich wegen Zahlungsverzuges gekündigt hatte, 2.021 € an das Grundbuchamt. Diesen Betrag verlangt sie mit der Klage von der Beklagten als Schadensersatz wegen Treuhandverstoßes.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung hat Erfolg. Die Klägerin kann gemäß § 19 Abs. 1 BNotO die von ihr verauslagten Grundbuchkosten von der Beklagten ersetzt verlangen.

1. Die Beklagte hat mit der Auszahlung des hinterlegten Geldes gegen ihre Amtspflichten aus § 23 BNotO verstoßen, weil im Hinblick auf die mangelnde Deckung der Grundbuchkosten für die Löschung der vorrangigen Grundpfandrechte nicht – wie sich die Klägerin mit Treuhandauftrag vom 6.8.2003 ausbedungen hatte – gewährleistet war, dass die Grundschuld zugunsten der Klägerin an erster Rangstelle in Abteilung III des Grundbuchs eingetragen wird.

Die Eintragung eines Rechts oder einer Rechtsänderung ist dann gewährleistet bzw. sichergestellt, wenn hierzu nur noch das pflichtgemäße Handeln des Notars und des zuständigen Grundbuchbeamten notwendig ist (vgl. BGH, DNotZ 1987, 560, 561; DNotZ 2004, 218, 219). Dies war vorliegend nicht der Fall. Zum einen war von vornherein nicht auszuschließen, dass das Grundbuchamt die Löschung der Altlasten von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig machen würde (dazu unter a.). Zum anderen war die Bezahlung dieses Vorschusses nicht deshalb gewährleistet, weil sie unter die Amtspflichten der Beklagten gefallen wäre (dazu unter b.).

a. Gemäß § 8 Abs. 2 KostO soll die Vornahme des Geschäfts in Grundbuchsachen zwar nur dann von der Zahlung oder Sicherstellung des Vorschusses abhängig gemacht werden, wenn dies zur Sicherung des Eingangs der Kosten angebracht erscheint. Eine Grundbucheintragung hat daher im Regelfall unabhängig von einer Vorschusszahlung zu erfolgen (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze, 37. Aufl., § 8 KostO Rdnr. 10; *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 8 Rdnr. 14) und dies mag auch dem üblichen Ablauf entsprechen, wie ihn die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht hat. Der Notar kann aber kaum überblicken, ob aus Sicht des Grundbuchamts Anhaltspunkte für Zweifel an der Bonität des Kostenschuldners bestehen und deshalb ein Ausnahmefall vorliegt. Ferner wird die Auffassung vertreten, eine allgemein verringerte Zahlungsbereitschaft und die Höhe der anfallenden Kosten könnten es rechtfertigen, die Eintragung an einen Vorschuss zu binden (vgl. LG Düsseldorf, KostRp. KostO § 8 Nr. 15 m. ablehnender Anm. *Lappe*). Gemäß dem Gebot des sichersten Weges (vgl. BGH, NJW 1992, 3237, 3239 m. w. N.) muss der Notar deshalb berücksichtigen, dass eine mangelnde Zahlung oder Sicherstellung des Kostenvorschusses der Grundbucheintragung entgegenstehen kann.

b. Die Beauftragung der Beklagten in § 21 Abs. 3 des Kaufvertrages, für die Vertragsparteien bzw. die Käufer als Zah-

lungspflichtige die Zahlung u. a. der Gerichtskosten vorzunehmen – wofür die Käufer zusätzlich zum Kaufpreis einen weiteren Betrag auf das Notaranderkonto zu zahlen hatten –, bezog sich nicht auf die Kosten der Löschung bestehender Belastungen, die gemäß § 6 des Kaufvertrages von der Verkäuferin zu tragen waren. Dem entsprechend hat die Beklagte die Löschungskosten nicht einbehalten, sondern den Kaufpreis insgesamt ausgezahlt.

Ebenso wenig hatte die Beklagte diese Kosten im Zeitpunkt der Auszahlung vom 6.8.2003 gemäß § 3 Abs. 2 KostO durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt übernommen. Dies hat sie auch im Nachhinein nicht getan, sondern in ihrem Löschantrag vom 26.4.2003 darum gebeten, die diesbezügliche Gebührenrechnung der Verkäuferin direkt zu übermitteln.

Die Beklagte konnte sich zwar gleichwohl darauf verlassen, vom Grundbuchamt benachrichtigt zu werden, bevor der Löschantrag mangels Einzahlung des Kostenvorschusses zurückgewiesen wird (vgl. BGH, DNotZ 1969, 173, 176). Trotzdem durfte sie die erste Rangstelle für die Grundschild der Klägerin nicht als gewährleistet ansehen. Dabei kann dahinstehen, ob es zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines wie vorliegend formulierten Treuhandauftrages gehört, dass der Notar angeforderte Gerichtskosten erforderlichenfalls selbst einzahlt (so KG, DNotZ 1991, 762; a. A. OLG Celle, DNotZ 1994, 117). Jedenfalls ist die Eintragung in einer solchen Konstellation nur dann sichergestellt, wenn der Notar bereit und in der Lage ist, den Kostenvorschuss notfalls vor Fristablauf selbst zu zahlen (vgl. KG, DNotZ 1991, 762). Eine solche Bereitschaft war aber bei der Beklagten unstreitig nicht vorhanden.

c. Die Beklagte beruft sich zu Unrecht darauf, die Klägerin habe selbst für die Löschungskosten eintreten müssen. Zum einen kann der Treuhandauftrag vom 6.8.2005 nur so verstanden werden, dass die rangrichtige Eintragung der Grundschild ohne Kosten für die Klägerin gewährleistet sein musste. Zum anderen war die Klägerin gegenüber dem Grundbuchamt nicht gemäß § 2 Ziff. 1 KostO Kostenschuldner. Im Namen der Klägerin wurde nur die Eintragung der Grundschild zu ihren Gunsten beantragt. Die Löschung der bestehenden Grundpfandrechte ist gemäß § 6 des Kaufvertrages nur im Namen der Vertragsparteien beantragt worden und gegenüber dem Grundbuchamt auch erst mit dem Schreiben der Beklagten vom 26.4.2004.

2. Der Beklagten ist Fahrlässigkeit anzulasten, auch wenn das LG (gestützt auf *Hertel* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1771; siehe auch *ders.* in *Würzburger Notarhandbuch*, Teil 2 Rdnr. 725) die Eintragung trotz der offen stehenden Eintragungsgebühren als sichergestellt angesehen hat. Einerseits musste sich die Beklagte darüber im Klaren sein, dass die Löschung nur von ihrem pflichtgemäßen Verhalten und pflichtgemäßem Verhalten des Grundbuchamtes abhängen durfte und dass die Grundbucheintragung an eine Vorschusszahlung gekoppelt werden könnte, und andererseits ging sie gerade nicht von einer eigenen Zahlungspflicht aus und war nicht zum Ausgleich einer Vorschussforderung bereit.

3. Auf das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit kommt es gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO angesichts des vorliegenden Verstoßes gegen eine (selbständige) Betreuungspflicht nicht an.

21. ZPO § 727 (*Nachweis der Insolvenzverwalterbestellung im Klauselerteilungsverfahren*)

Der Nachweis der Rechtsnachfolge ist vom Insolvenzverwalter im qualifizierten Klauselerteilungsverfahren durch Vorlage einer Ausfertigung der Bestallungsurkunde zu führen. Eine beglaubigte Abschrift reicht nicht aus.

LG Stuttgart, Beschluss vom 19.10.2007, 10 T 331/07

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung wurde bislang nicht veröffentlicht.

Kostenrecht

22. KostO § 147 Abs. 2 (*Gebühr für unter Treuhandauftrag erteilte Löschungsbewilligung*)

Die Überwachung einer in einem Kaufvertrag enthaltenen Löschungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung stellt kein Nebengeschäft dar, welches durch die Beurkundungsgebühr für den Kaufvertrag mit abgegolten wird. Hat der Notar im Zusammenhang mit einer Grundstücksveräußerung mehrere Überwachungsakte durchzuführen, so liegen dann besondere Betreuungsgeschäfte vor, die jeweils eine gesonderte Gebühr auslösen, wenn die Überwachungsakte dem Schutz unterschiedlicher Interessen dienen. (Leitsatz der Schriftleitung)

KG, Beschluss vom 16.7.2007, 1 W 69/04

Aus den Gründen:

1. Die gemäß § 156 Abs. 2 KostO zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Ohne Rechtsfehler, auf den die angefochtene Entscheidung im Verfahren der weiteren Beschwerde allein zu prüfen ist, hat das LG eine ^{5/10}-Geschäftsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Überwachung der außerordentlichen Löschungsbewilligung gemäß § 13 des notariellen Kaufvertrages vom 13.6.2002 in Ansatz gebracht.

a) Enthält ein notarieller Grundstückskaufvertrag eine Löschungsbewilligung des Käufers bezüglich der zu seinen Gunsten zur Eintragung gelangenden Auflassungsvormerkung für den Fall des Scheiterns des Kaufvertrages, so fällt die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an, wenn der Notar den Treuhandauftrag erhält, die bedingungslos erteilte Löschungsbewilligung erst dann zum Vollzug zu bringen, wenn die Nichterfüllung des Kaufvertrages feststeht (*Fembacher/Klinger*, MittBayNot 2005, 105, 106). Während die bloße Vollmacht an den Notar, die Löschung der Auflassungsvormerkung zu bewilligen, wenn die Nichterfüllung feststeht, noch nicht die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst, beginnt dann, wenn die unbedingte Löschungsbewilligung – wie im vorliegenden Fall – bereits im Kaufvertrag erteilt worden ist, die Überwachungstätigkeit dadurch, dass der Notar vom Kaufvertrag Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften oder Ablichtungen erteilt, welche die Bestimmungen über die Löschungsbewilligung des Käufers nicht enthalten (*Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, Kostenordnung, 16. Aufl., § 147 Rdnr. 112 d a. E.). Zwar weist der Präsident des LG in seiner Stellungnahme zutreffend darauf hin, dass die Herausnahme der Auflassung und der außerordentlichen Löschungsbewilligung aus dem Urkundentext für die Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften einen tatsächlichen Vorgang bei Beginn der Abwicklung des beurkundeten Kaufvertrages darstellt, doch beinhaltet

tet sie zugleich den Beginn der Tätigkeit des Notars im Rahmen der ihm erteilten Treuhandaufgabe (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedke*, Kostenordnung, § 147 Rdnr. 112 d m. w. N.).

b) Die Überwachung der Löschungsbewilligung stellt auch kein Nebengeschäft dar, welches durch die Beurkundungsgebühr mit abgegolten wird (*Korintenberg/Bengel/Tiedke*, Kostenordnung, § 147 Rdnr. 112 d; *Fembacher/Klinger*, MittBayNot 2005, 105, 106). Insoweit kann nichts anderes gelten als für die Überwachung der Kaufpreiszahlung, die nach der Rechtsprechung des BGH eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst (BGHZ 163, 77 = MittBayNot 2005, 433; ebenso OLG Karlsruhe, JurBüro 2006, 149 = MittBayNot 2006, 266).

c) Ebenso wenig wird die Gebühr für die Überwachung der Löschungsbewilligung hinsichtlich der Vormerkung durch die vom Notar berechnete Betreuungsgebühr hinsichtlich der in § 6 des notariellen Kaufvertrages vom 13.6.2002 enthaltenen Belastungsvollmacht abgegolten. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass mehrere Tätigkeiten eines Notars aufgrund eines Beurkundungsgeschäftes jeweils eine eigene Gebühr nach § 147 KostO auslösen können (BGHZ 163, 77 = MittBayNot 2005, 433; OLG Karlsruhe, JurBüro 2006, 149 = MittBayNot 2006, 266; OLG Düsseldorf, Rechtspfleger 1978, 72; KG, JurBüro 1981, 1555). Hat der Notar im Zusammenhang mit einer Grundstücksveräußerung mehrere Überwachungsakte durchzuführen, so liegen dann besondere Betreuungsgeschäfte vor, die jeweils eine gesonderte Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslösen, wenn die Überwachungsakte dem Schutz unterschiedlicher Interessen dienen (KG, JurBüro 1981, 1555). So liegt der Fall hier. Zutreffend hat das LG in dem angefochtenen Beschluss darauf hingewiesen, dass die in § 13.3 des notariellen Kaufvertrages vom 13.6.2002 enthaltene Anweisung an den Notar, keine die außerordentliche Löschungsbewilligung enthaltende Ausfertigung der Urkunde zu erteilen, bevor nicht die Voraussetzungen für die Einreichung dieser Löschungsbewilligung beim Grundbuchamt gegeben sind, dem Schutz des Käufers dient, nachdem dieser den Kaufpreis belegt hat. Demgegenüber dient die Überwachungspflicht hinsichtlich der Belastungsvollmacht gemäß § 6 des notariellen Kaufvertrages der Sicherung des Interesses des Verkäufers daran, dass das Grundstück nicht belastet wird, solange der Kaufpreis nicht belegt ist.

d) Dem Umstand, dass die Tätigkeit zur Überwachung der Löschungsbewilligung nur einen geringen Umfang hat, hat das LG dadurch Rechnung getragen, dass es der Berechnung einen Wert von nur 10 % des Kaufpreises zugrundegelegt hat (vgl. BGHZ 163, 77 = MittBayNot 2005, 433). Das wird vom Notar nicht beanstandet.

23. KostO §§ 42, 46, 156 (^{20/10}-Gebühr bei Ergänzungen und Änderungen letztwilliger Verfügungen)

Auf Änderungen und Ergänzungen von letztwilligen Verfügungen kommt nicht § 42 KostO, sondern § 46 KostO zur Anwendung. Danach fällt bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten das Doppelte der vollen Gebühr an. Die Beschränkung auf die (einfache) volle Gebühr gemäß § 42 KostO tritt nicht ein.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 15.8.2007, 8 W 239/07

Der Beteiligte zu 3 (Kostengläubiger) beurkundete eine Ergänzung zu einem früheren Erbvertrag der Kostenschuldner und rechnete hierfür eine ^{10/10}-Gebühr nebst Auslagen und Mehrwertsteuer nach § 42 KostO in Höhe von insgesamt 679,86 € ab. Auf Beanstandung des

Bezirksrevisors änderte er diesen Kostenansatz dahin ab, dass nach § 46 KostO eine ^{20/10}-Gebühr nebst Auslagen und Mehrwertsteuer von insgesamt 1.354,98 € angefallen und deshalb die Differenz von 675,12 € nachzuerheben sei.

Die hiergegen von den Kostenschuldnern erhobene Beschwerde wurde durch Beschluss des LG Tübingen zurückgewiesen unter gleichzeitiger Zulassung der sofortigen weiteren Beschwerde zum OLG.

Aus den Gründen:

2. Die sofortige weitere Beschwerde der Kostenschuldner ist infolge Zulassung durch das LG statthaft, sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO). Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung des LG, die nur auf eine Verletzung des Rechts überprüft werden darf (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO), hält dieser rechtlichen Nachprüfung stand.

Wird gegen die Kostenberechnung des Notars Beschwerde eingelegt (§ 156 Abs. 1 Satz 1 KostO), so bestimmt der Beschwerdeführer durch seine Beanstandungen den Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung (BayObLG, JurBüro 1990, 84 m. w. N.; LG Dresden, NotBZ 2003, 363). In vorliegender Sache ist dies die Frage der Anwendbarkeit des § 42 KostO auf die Beurkundung von Änderungen von Verfügungen von Todes wegen (§ 46 KostO).

Die Kostenordnung unterscheidet im ersten Teil (Gerichtskosten), zweiter Abschnitt (Gebühren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) unter Ziffer 1. (Beurkundungen und ähnliche Geschäfte) zwischen den Beurkundungen ein- oder mehrseitiger Erklärungen unter Lebenden (§§ 36 bis 44), der Beglaubigung von Unterschriften (§ 45), den Beurkundungen von rechtsgeschäftlichen Erklärungen von Todes wegen (§ 46) und der Beurkundung von tatsächlichen Vorgängen (§§ 47 bis 54); vgl. hierzu: *Bengel/Tiedke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl. 2005, Vorbem. zu §§ 36 bis 59 Rdnr. 2; *Ackermann*, JurBüro 1967, 949.

Nach dieser Gesetzessystematik kommt eine Anwendung des § 42 KostO, der bei Ergänzungen und Änderungen beurkundeter Erklärungen eine Beschränkung auf eine ^{10/10}-Gebühr vorsieht, auf entsprechende Nachträge zu Verfügungen von Todes wegen nicht in Betracht, da diese der besonderen Gebührenvorschrift des § 46 KostO unterliegen (*Rohs/Wedewer*, KostO, 2. Aufl., § 36 Rdnr. 2). Hierauf weist das LG in seiner Begründung zutreffend hin sowie darauf, dass der Gesetzgeber in § 46 Abs. 2 KostO für die meisten „Änderungen“ einer Verfügung von Todes wegen eine besondere Gebührenprivilegierung vorgesehen habe, ohne auf § 42 KostO zu verweisen, woraus geschlossen werden könne, dass § 46 Abs. 2 KostO bezüglich „Änderungen“ eine abschließende Regelung enthalte.

Sonstige Änderungen und Ergänzungen können danach nur unter § 46 Abs. 1 KostO fallen, der gerade bei der Beurkundung eines Erbvertrags oder eines gemeinschaftlichen Testaments das Doppelte der vollen Gebühr vorsieht, weil die Erklärungen zweier Personen beurkundet werden (aus der amtlichen Begründung zu § 46 KostO in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 46 Rdnr. 1). Diese Rechtfertigung für den doppelten Gebührenansatz besteht aber gleichermaßen bei Nachträgen der vorliegenden Art zu einem Erbvertrag, an dem ebenfalls mindestens zwei Personen beteiligt sind.

Der Argumentation der Kostenschuldner, § 46 KostO enthalte keinerlei Regelungen bezüglich Ergänzungen oder Änderungen eines bereits beurkundeten Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testaments, weswegen auf § 42 KostO zurückgegriffen werden müsse, kann nicht gefolgt werden. Denn die abschließend aufgeführten Gebührenprivilegierungen des

§ 46 Abs. 2 KostO erfassen gerade eine Vielzahl von Änderungen letztwilliger Verfügungen in Form des Widerrufs, der Aufhebung, der Anfechtung, des Rücktritts und der Ersetzung einer widerrufenen oder aufgehobenen Verfügung durch eine neu errichtete.

Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber, hätte er eine generelle Privilegierung von Änderungen gewollt, dies durch eine Bezugnahme auf § 42 KostO geregelt hätte. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung kann nicht als ungewollte Gesetzeslücke behandelt werden, die einen systemwidrigen Rückgriff auf § 42 KostO erlaubt, obwohl § 46 KostO den besonderen Gebührenatbestand darstellt. Unter dessen Absatz 1 können Ergänzungen und Änderungen von letztwilligen Verfügungen zudem ohne weiteres subsumiert werden, so dass sie unter keine Gebührenprivilegierung fallen.

Der Senat schließt sich aus diesen Gründen der ganz herrschenden Meinung zur Nichtanwendbarkeit des § 42 KostO auf die Beurkundung von Änderungen und Ergänzungen im Rahmen des § 46 KostO an (*Rohs/Wedewer*, KostO, § 42 Rdnr. 2; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 42 Rdnr. 2; *Reimann* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 46 Rdnr. 4; Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Aufl. 2002, Rdnr. 18, 68, 347, 1252; *Ackermann*, JurBüro 1967, 949, 950, 951; je m. w. N.).

Soweit *Hartmann* in *Kostengesetze*, 37. Aufl. 2007, § 46 KostO Rdnr. 6 ohne weitere Begründung ausführt, dass die Änderung beim Erbvertrag nur eine volle Gebühr gemäß § 42 KostO „kostet“, führt er – sich selbst widersprechend – unter § 42 KostO Rdnr. 5 zum Stichwort „Erbvertrag“ und „Testament“ aus, dass § 42 KostO hier unanwendbar ist.

Das LG hat deswegen zu Recht die Anwendbarkeit des § 42 KostO auf Beurkundungen von Änderungen und Ergänzungen letztwilliger Verfügungen verneint und bei dem hier vorgenommenen Nachtrag zu einem Erbvertrag die Nachberechnung einer weiteren ^{10/10}-Gebühr mit Auslagen und Mehrwertsteuer in Höhe von insgesamt 675,12 € unter Zurückweisung der Beschwerde der Kostenschuldner bestätigt. (...)

24. KostO §§ 60, 67; GBO § 82; Richtlinie 69/335/EWG Art. 10, 11 (*Eintragungsgebühr bei BGB-Gesellschafterwechsel*)

- Für die Eintragung eines Wechsels der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch kann lediglich eine Viertelgebühr gemäß § 67 KostO erhoben werden, da der Eintragung kein Eigentümerwechsel zugrunde liegt (Anschluss an BayObLGZ 2002, 137 = RNotZ 2002, 347 und OLG Schleswig, OLGR 2005, 702).**
- Die Erhebung dieser Gebühr steht mit der Richtlinie 69/335/EWG (Gesellschaftssteuerrichtlinie) in Einklang. Die Eintragung stellt insbesondere keine Förmlichkeit i. S. d. Art. 10 lit. c) der Richtlinie dar. Insbesondere kann die Eintragung nicht durch ein Verfahren nach § 82 GBO erzwungen werden, da der Gesellschafterwechsel zu keinem Eigentümerwechsel führt (Anschluss an BGH, NJW 2006, 3716 = Mitt-BayNot 2007, 118).**

OLG Hamm, Beschluss vom 25.10.2007, 15 W 361+362/06; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung wurde bislang nicht veröffentlicht.

Öffentliches Recht

25. BauGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 28 Abs. 4 Satz 1, § 93 Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 95 Abs. 1 Satz 1, § 96 Abs. 1 Satz 1, § 194; GG Art. 14 (*Entschädigungsbemessung bei gemeindlichem Vorkaufsrecht*)

Nicht wertsteigernde Aufwendungen des Eigentümers auf sein Grundstück sind bei der Bemessung der Entschädigung, die die Gemeinde bei Ausübung ihres gesetzlichen Vorkaufsrechts zuzahlen hat, nicht zu berücksichtigen.

BGH, Urteil vom 11.10.2007, III ZR 298/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in NJW 2008, 515.

26. SGB II § 12 Abs. 1 (*Mit Nießbrauch belastetes Haus kein verwertbares Vermögen*)

Verwertbarkeit von Vermögen i. S. d. § 12 Abs. 1 SGB II kann nur dann angenommen werden, wenn der Hilfeberechtigte in der Lage ist, die Verwertung innerhalb einer bei Antragstellung feststehenden Zeitspanne durch eigenes Handeln herbeizuführen. Ist dagegen ungewiss, wann eine für die Verwertbarkeit notwendige Bedingung eintritt, so liegt eine generelle Unverwertbarkeit des Vermögens vor. (Leitsatz der Schriftleitung)

BSG, Urteil vom 6.12.2007, B 14/7b AS 46/06 R

Die Beteiligten streiten darum, ob dem Kläger im Zeitraum vom 1.2.2005 bis 31.10.2005 Arbeitslosengeld II (Alg II) als Darlehen oder als Zuschuss zusteht.

Der im Jahre 1950 geborene, alleinstehende Kläger ist Inhaber eines Erbbaurechts an einem Grundstück in N. Das Erbbaurecht wurde ab dem 19.9.1956 für die Dauer von 99 Jahren bestellt. Das zu dem Erbbaurecht gehörende Haus wird von der Mutter des Klägers aufgrund eines ihr an dem Haus zustehenden lebenslangen Nießbrauchsrechts bewohnt. Der Kläger selbst wohnt in einer Mietwohnung in einem anderen Ort.

Die Beklagte bewilligte dem Kläger Alg II. Die Hilfestellung erfolgte gemäß § 9 Abs. 4 SGB II in Form eines Darlehens. Die Beklagte verwies darauf, dass der Kläger mit dem Erbbaurecht an dem Grundstück und dem darauf befindlichen Haus über verwertbares Vermögen verfüge.

Der Kläger legte hiergegen Widerspruch ein, mit dem er sich gegen die darlehensweise Gewährung des Alg II wandte. Dieser wurde von der Beklagten zurückgewiesen.

Durch Bescheid vom 16.6.2005 lehnte die Beklagte die Weiterzahlung von Alg II ab dem 1.5.2005 insgesamt ab. Das im Eigentum des Klägers stehende Wohnhaus sei als Vermögen nicht geschützt, so dass insgesamt Hilfebedürftigkeit nicht bestehe. Eine Entscheidung über eine darlehensweise Gewährung von Leistungen müsse einem gesonderten Antrag bzw. Bescheid vorbehalten bleiben. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies die Beklagte durch Bescheid vom 21.7.2005 zurück.

Gegen diese Bescheide hat der Kläger zunächst getrennt Klagen zum SG erhoben, das diese zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden hat. Zur Begründung machte der Kläger geltend, dass in seinem Eigentum stehende Gebäude auf dem Erbbaurechtsgrundstück sei nicht verwertbar, weil die dingliche Last des Nießbrauchs nicht zu beseitigen und deshalb kein Käufer zu finden sei. Zudem könne seine Mutter wegen ihrer Sehbehinderung, aufgrund derer sie einen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderte gestellt habe, nicht aus dem Haus verdrängt werden.

Das SG hat die Beklagte verurteilt, dem Kläger die Hilfe als Leistung (statt darlehensweise) zu gewähren. Zur Begründung hat das SG ausgeführt, für den streitigen Zeitraum liege eine Nichtverwertbarkeit des Grundstücks vor. Aus den Absagen regionaler Kreditinstitute folge, dass das Hausgrundstück nicht für eine Darlehensgewährung eingesetzt werden könne. Auch sei ein Verkauf aktuell und für die nächste Zukunft nicht vorstellbar, solange der Nießbrauch bestehe. Wegen des dinglichen Nießbrauchs auf Lebenszeit könne das Hausgrundstück von einem Käufer aktuell nicht genutzt werden. Damit sei für den streitigen Zeitraum die Anspruchsvoraussetzung der Hilfebedürftigkeit erfüllt.

Auf die Berufung der Beklagten hat das LSG das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dem Kläger stehe kein Anspruch auf Leistungen als Zuschuss zu. Zwar habe der Kläger grundsätzlich einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach den §§ 19 ff. SGB II, weil ein entsprechender Bedarf bestehe. Dieser Anspruch gehe jedoch nur auf Gewährung eines Darlehens, weil der Kläger nur insoweit hilfebedürftig sei. Bei dem Erbbaurecht handele es sich um Vermögen, das verwertbar sei. Allerdings könne das Vermögen nicht sofort verwertet werden, so dass die Beklagte dem Kläger die Leistungen zu Recht nur als Darlehen angeboten habe. Die Verwertbarkeit sei nicht aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen. Das Erbbaurecht könne ausweislich des Grundbuchauszuges mit Zustimmung der Grundstückseigentümer veräußert oder belastet werden. Für eine Verweigerung der Zustimmung bestünden keine Anhaltspunkte.

Auch das Nießbrauchsrecht der Mutter schließe die Verfügungsbefugnis des Klägers über das Erbbaurecht und das in seinem Eigentum stehende Wohnhaus nicht aus.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner vom LSG zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision des Klägers ist begründet. Das Urteil des LSG ist aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG zurückzuweisen. Dem Kläger stehen im streitigen Zeitraum vom 1.2 bis zum 31.10.2005 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts als Zuschuss und nicht nur als Darlehen zu. Der Kläger ist hilfebedürftig gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 9, 12 SGB II (jeweils in der Fassung des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl I, S. 2954). Das Erbbaurecht an dem Grundstück und das Hauseigentum des Klägers sind nicht verwertbar i. S. d. § 12 Abs. 1 SGB II, weil diese Vermögensgegenstände nicht in absehbarer Zeit einer Verwertung zugänglich sind. (...)

Der Kläger verfügte über kein Einkommen i. S. d. § 11 SGB II. Entgegen der Rechtsansicht des LSG lag bei ihm auch kein verwertbares Vermögen i. S. d. § 12 Abs. 1 SGB II vor. Nach dieser Norm sind als Vermögen alle verwertbaren Vermögensgegenstände zu berücksichtigen. Obwohl das Gesetz den Begriff der Verwertbarkeit nicht näher umschreibt, ist hier wie in § 6 Abs. 2 Satz 1 Arbeitslosenhilfe-Verordnung 1974 (AlhIV 1974) zunächst davon auszugehen, dass Vermögen verwertbar ist, wenn seine Gegenstände verbraucht, übertragen und belastet werden können. Nach § 6 Abs. 2 Satz 2 AlhIV 1974 war Vermögen nicht verwertbar, soweit sein Inhaber in der Verfügung beschränkt ist und die Aufhebung der Beschränkung nicht erreichen kann (vgl. hierzu BSG, SozR 4-4220, § 4 Nr. 1 und BSG, SozR 4-4220, § 6 Nr. 2; vgl. auch *Hengelhaupt* in Hauck/Noftz, SGB II, K § 12 Rdnr. 99, Stand II/2007). Mithin hat der Begriff der Verwertbarkeit in § 12 Abs. 1 SGB II den Bedeutungsgehalt, den das BSG bereits in einer früheren Entscheidung zum Recht der Arbeitslosenhilfe mit dem Begriff der Möglichkeit des „Versilberns“ von Vermögen umschrieben hat (vgl. BSG, SozR 4100, § 138 Nr 25).

Darüber hinaus enthält der Begriff der Verwertbarkeit aber auch eine tatsächliche Komponente (vgl. *Mecke* in Eicher/

Spellbrink, SGB II, 2005, § 12 Rdnr. 32). Die Verwertung muss für den Betroffenen einen Ertrag bringen, durch den er, wenn auch nur kurzzeitig, seinen Lebensunterhalt bestreiten kann. Tatsächlich nicht verwertbar sind Vermögensgegenstände, für die in absehbarer Zeit kein Käufer zu finden sein wird, etwa weil Gegenstände dieser Art nicht (mehr) markt-gängig sind oder weil sie, wie Grundstücke infolge sinkender Immobilienpreise, über den Marktwert hinaus belastet sind. Das LSG hat insofern festgestellt, dass das Erbbaurecht des Klägers zum gegenwärtigen Zeitraum wegen des auf ihm lastenden Nießbrauchsrechts zugunsten der Mutter des Klägers tatsächlich nicht verwertbar ist. Der Senat ist gemäß § 163 SGG an diese tatsächliche Feststellung gebunden, da insoweit Verfahrensrügen nicht erhoben worden sind. Das LSG hat jedoch die fehlende tatsächliche Verwertbarkeit zum gegenwärtigen Zeitpunkt für nicht ausschlaggebend erachtet, weil feststehe, dass das Erbbaurecht in dem Moment verwertbar sein wird, in dem die Mutter des Klägers stirbt und damit der Nießbrauch erlischt.

Das LSG ist zunächst zu Recht davon ausgegangen, dass aus dem Zusammenspiel der Regelungen in § 9 Abs. 4 SGB II i. V. m. § 12 Abs. 1 SGB II gefolgert werden kann, dass auch aktuell nicht verwertbares Vermögen grundsätzlich zu berücksichtigen ist. Nach § 9 Abs. 4 SGB II ist hilfebedürftig auch derjenige, dem der sofortige Verbrauch oder die sofortige Verwertung von zu berücksichtigendem Vermögen nicht möglich ist oder für den dies eine besondere Härte bedeuten würde. Ist ein solcher sofortiger Verbrauch eines Vermögensgegenstandes nicht möglich, sind die Leistungen als Darlehen zu erbringen (§ 9 Abs. 4 Hs. 2 a. F.; jetzt: § 23 Abs. 5 SGB II, der ausdrücklich die Möglichkeit einer dinglichen Sicherung des Darlehens zulässt). § 9 Abs. 4 i. V. m. § 12 Abs. 1 SGB II folgt damit einem Regelungsmodell, wie es bereits in §§ 88, 89 BSHG enthalten war und jetzt in §§ 90, 91 SGB XII enthalten ist. § 89 BSHG bzw. § 90 SGB XII stimmt insofern mit § 9 Abs. 4 SGB II überein, weil hiernach die Sozialhilfe als Darlehen gewährt werden soll, wenn grundsätzlich verwertbares Vermögen des Hilfesuchenden nicht sofort verbraucht werden kann oder die sofortige Verwertung des Vermögens nicht möglich ist.

Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte hat den Regelungszusammenhang der §§ 88, 89 BSHG so ausgelegt, dass hinsichtlich der Verwertbarkeit von Vermögensgegenständen grundsätzlich auf den Zeitpunkt abzustellen ist, in dem die Darlehensgewährung erfolgen soll (vgl. die Nachweise bei *Brihl* in LPK-SGB XII, 7. Aufl. 2005, § 91 Rdnr. 2; bzw. *ders.* in LPK-BSHG, 6. Aufl. 2003, § 89 BSHG Rdnr. 2). Bei der Beurteilung der Bedürftigkeit kam es jedenfalls nach der Rechtsprechung des BVerwG zum Sozialhilferecht auf die aktuellen tatsächlichen Verhältnisse des Einsatzpflichtigen an (BVerwGE 106, 105, 111). Auch im Anwendungsbereich des § 89 Satz 1 BSHG war daher die aktuelle Notlage und damit die aktuelle Einkommens- und Vermögenslage des Einsatzpflichtigen in dem Zeitpunkt in den Blick zu nehmen, in dem die Sozialhilfe, hier also die Darlehensgewährung, eintreten soll (BVerwGE 106, 105, 109; vgl. auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 31.7.2003, 12 S 473/03, n. V.). In diesem Zeitpunkt musste überhaupt einzusetzendes Vermögen vorhanden sein, wenn es auch nicht sofort verbrauchbar oder verwertbar war oder solches nicht zugemutet werden konnte. Ausschlaggebend sollte die Verwertbarkeit in wirtschaftlicher Hinsicht sein (BVerwGE 106, 105, 109).

Für die Anwendung der Darlehensregelung des § 89 BSHG reichte es danach nicht aus, dass dem Hilfesuchenden (abstrakt) Vermögen zustand, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt

bis auf weiteres nicht absehbar war, ob und wann er hieraus einen wirtschaftlichen Nutzen ziehen konnte. Der Senat geht in Fortführung dieser Rechtsprechung davon aus, dass der Verwertbarkeit i. S. d. § 12 Abs. 1 SGB II eine gewisse zeitliche Komponente innewohnt (vgl. *Mecke* in Eicher/Spellbrink, SGB II, § 12 Rdnr. 33; so wohl auch *Hengelhaupt* in Hauck/Noftz, K § 12 Rdnr. 116). Anders als das BSHG geht das SGB II allerdings nicht mehr von einem „Aktualitätsgrundsatz“ im Sinne eines täglichen Prüfens der Voraussetzungen der Hilfebedürftigkeit aus (zu den im SGB II weitgehend überholten Prinzipien des Sozialhilferechts vgl. *Rothkegel*, Sozialhilferecht, 2005, S. 43 ff.). Gemäß § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II (ebenfalls i. d. F. des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl I, S. 2954) sollen die Leistungen der Grundsicherung jeweils für sechs Monate bewilligt und monatlich im Voraus erbracht werden. Es könnte daher nahe liegen, das Kriterium der Absehbarkeit einer Vermögensverwertung auf diesen Sechs-Monats-Zeitraum (bzw. Ein-Jahres-Zeitraum, § 41 Abs. 1 Satz 5 SGB II i. d. F. des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20.7.2006, BGBl I, S. 1706) zu beziehen. Dies kann hier jedoch dahinstehen. Denn wenn eine Verwertung bzw. Verwertungsmöglichkeit nicht absehbar ist, etwa weil sie von dem Tod einer bestimmten Person abhängt (vgl. hierzu auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 31.7.2003, 12 S 473/03, n. V.), so handelt es sich in jedem Falle um tatsächlich nicht verwertbares Vermögen. Eine Ausnahme mag dann gelten, wenn eine zukünftige Verwertbarkeit sicher eintritt, d. h. beispielsweise von dem Eintritt eines bestimmten kalendermäßig ablaufenden Datums abhängt, und nicht von dem Eintritt eines ungewissen Ereignisses wie hier dem Tod der Mutter. Verwertbarkeit von Vermögen i. S. d. § 12 Abs. 1 SGB II kann nur dann angenommen werden, wenn der Berechtigte in der Lage ist, die Verwertung innerhalb einer bei Antragstellung feststehenden Zeitspanne durch eigenes Handeln – autonom – herbeizuführen. Ist dagegen völlig ungewiss, wann eine für die Verwertbarkeit notwendige Bedingung eintritt, wie dies hier in Bezug auf das Ableben der Mutter des Klägers der Fall ist, so liegt eine generelle Unverwertbarkeit bereits i. S. d. § 12 Abs. 1 SGB II vor.

Steuerrecht

27. UmwStG § 24 (*Kein Bewertungswahlrecht bei Eintritt einer GmbH in KG ohne Einlageverpflichtung*)

Tritt eine GmbH einer (bereits bestehenden) Kommanditgesellschaft als Komplementärin ohne Verpflichtung zur Leistung einer Einlage bei, werden hierdurch nicht die Bewertungswahlrechte des § 24 UmwStG eröffnet.

BFH, Beschluss vom 20.9.2007, IV R 70/05

Der Kläger zu 2 – J. – war Komplementär, der Kläger zu 3 – C. – war Kommanditist der im Jahre 1990 gegründeten B.-KG (KG). Die Kapitalanteile betragen 90.000 DM (J.) und 10.000 DM (C.).

Mit Gesellschaftsvertrag vom 22.12.1993 (GV) wurde die R.-GmbH als neue Komplementärin in die KG aufgenommen, die nunmehr als B. GmbH & Co. KG (KG neu) firmierte; zugleich wechselte J. in die Stellung eines Kommanditisten. In der Präambel des GV heißt es wörtlich:

„In die(se) KG tritt die R.-GmbH als Komplementärin ein. J. erhält die Stellung eines Kommanditisten. Die sich danach ergebende Gesellschaft übernimmt das Vermögen der bisherigen KG mit allen Aktiven und Passiven ... Die bisherige KG ist mit den Teilwerten zu bewerten.“

Die R.-GmbH war nach § 2 GV weder am Gewinn und Verlust beteiligt noch hatte sie eine Einlage zu leisten. Für ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit der Geschäftsführung stand ihr ein Ersatzanspruch zu; zudem erhielt sie eine Haftungsvergütung in Höhe von 5 v. H. des eingezahlten Stammkapitals (§ 9 GV).

Auf der Grundlage des Teilwertansatzes nach § 24 UmwStG 1977 ergab sich für 1993 (das erste der Streitjahre 1993 bis 1995) nach den eingereichten Erklärungen auf den 25.12.1993 ein tarifbegünstigter Veräußerungsgewinn (Aufgabegewinn) in Höhe von 1.440.968 DM sowie ein laufender Gewinn in Höhe von 296.230 DM (KG); für die KG neu wurden laufende Gewinne in Höhe von 28.770 DM (1993) sowie 230.289 DM (1994) ermittelt.

Mit den unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergangenen (§ 164 AO) Gewinnfeststellungsbescheiden vom 6.12.1995 und vom 2.1.1996 folgte das beklagte FA diesen Angaben. Im Anschluss an eine Betriebsprüfung vertrat es hingegen die Ansicht, dass eine Wertaufstockung nach § 24 UmwStG 1977 ausgeschlossen sei und erließ am 1.10.1996 einen Sammelbescheid, mit dem der Ansatz eines begünstigten Veräußerungsgewinns abgelehnt und die laufenden Gewinne auf 852.695 DM (1993) und 747.087 DM (1994) festgestellt wurden. Der mit Bescheid vom 22.5.1997 festgestellte Gewinn des Jahres 1995 beläuft sich auf 1.137.113 DM.

Der Einspruch blieb ohne Erfolg. Nach Anhängigkeit der Klage hat das FA am 22.9.2000 für die Streitjahre 1994 und 1995 Änderungsbescheide erlassen, die die Kläger innerhalb der Frist des § 68 FGO a. F. zum Gegenstand des Verfahrens erklärten. Die rechnerisch nicht umstrittenen Gewinne betragen hiernach 756.543 DM (1994) und 1.116.804 DM (1995).

Das FG hat die Klage abgewiesen. Es fehle an einem (gewinnrealisierenden) Einbringungsvorgang i. S. v. § 24 UmwStG 1977, weil nach dem eindeutigen Wortlaut des GV vom 22.12.1993 die R.-GmbH in die bereits bestehende KG eingetreten sei (Rechtsträgeridentität). Eine erweiternde Auslegung des § 24 UmwStG 1977 (wirtschaftliche Gleichstellung mit der Neugründung einer KG) komme auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BFH nicht in Betracht, da die R.-GmbH keine Einlage in das Vermögen der KG geleistet habe und die Beteiligungsverhältnisse auch nicht (entgeltlich) geändert worden seien (vgl. EFG 2005, 1155).

Mit der vom BFH zugelassenen Revision halten die Kläger an ihrer Rechtsauffassung fest. Zum einen sei die Aufnahme eines weiteren Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft nach der Rechtsprechung des BFH der Neugründung einer Personengesellschaft wirtschaftlich gleichzustellen (Hinweis u. a. auf BFH/NV 2000, 34). Nur dies entspreche dem Zweck des § 24 UmwStG 1977, der auch in dem Recht zur tarifbegünstigten Aufstockung der Buchwerte bestehe. Im Übrigen habe die Vorinstanz verkannt, dass nach dem Urteil des BFH vom 21.6.1994 (BStBl II 1994, 856) die Beteiligten ein Wahlrecht zwischen der identitätswahrenden Fortführung der bisherigen Gesellschaft und der identitätsaufhebenden Umwandlung hätten. Letzteres sei – wie aus der Präambel des GV ersichtlich – von den Beteiligten angestrebt worden.

Aus den Gründen:

II.

Der Senat entscheidet gemäß § 126 a FGO durch Beschluss. Er hält einstimmig die Revision für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich. Die Beteiligten sind vorher gehört worden.

III.

Die Revision ist nicht begründet. Die Vorinstanz hat zu Recht entschieden, dass die Neuordnung der Beteiligungsverhältnisse an der KG aufgrund des GV vom 22.12.1993 nicht die Wahlrechte des § 24 UmwStG 1977 eröffnete.

Nach § 24 Abs. 1 und 2 UmwStG 1977 (entspricht § 24 UmwStG 1995) darf eine Personengesellschaft, in die ein Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil eingebracht wird, unter der Voraussetzung, dass der Einbringende Mitunternehmer der Gesellschaft wird, das eingebrachte Betriebs-

vermögen in ihrer Bilanz (einschließlich der Ergänzungsbilanzen) mit seinem Buchwert oder – bis zur Grenze des Teilwerts – mit einem höheren Wert ansetzen (Wahlrecht). Nach Abs. 3 Satz 1 und 2 der Vorschrift gilt der Wertansatz für den Einbringenden als Veräußerungspreis. Die Begünstigungen nach den §§ 16 Abs. 4 und 34 Abs. 1 EStG sind jedoch nur zu gewähren, wenn der Teilwertansatz gewählt wird.

Die Vorschrift ist im Streitfall bereits nach ihrem Wortlaut nicht einschlägig, da weder aufgrund des Wechsels des Klägers zu 2 (J.) in die Rechtsstellung eines Kommanditisten (siehe dazu BFHE 203, 484 = BFH, BStBl II 2004, 118) noch aufgrund des Beitritts der R.-GmbH als Komplementärin Betriebsvermögen in die KG eingebracht wurde. Zwar hat die R.-GmbH die Stellung einer Mitunternehmerin erlangt (siehe dazu BFHE 213, 358 = BFH, BStBl II 2006, 595), sie hatte aber in das Vermögen keine Einlage zu leisten und war deshalb weder am Gewinn und Verlust noch am Kapital der KG beteiligt.

Entgegen den Ausführungen der Revision ergibt sich Abweichendes nicht daraus, dass es den Beteiligten im Falle der Erweiterung des Gesellschafterkreises freisteht, das Vermögen der bisherigen Gesellschaft auf eine neue (oder andere) Personengesellschaft zu übertragen (siehe dazu BFHE 174, 451 = BStBl II 1994, 856, m. w. N.). Die Gesellschafter der KG haben diesen Weg nicht beschritten, sondern – so das FG – lediglich die im Jahr 1990 gegründete KG identitätswahrend in eine GmbH & Co. KG umstrukturiert. Diese Auslegung des GV durch die Vorinstanz ist möglich und somit für den Senat bindend (§ 118 Abs. 2 FGO; dazu *Gräber/Ruban*, FGO, 6. Aufl., § 118 Rdnr. 24 m. w. N.); für sie sprechen zudem die Anmeldung zum Handelsregister vom 22.12.1993 „Eintritt der R.-GmbH in die KG“ und das Schreiben des Prozessbevollmächtigten vom 21.3.1994, mit dem er gegenüber dem FA erklärte, von der „Anmeldung einer Gesellschaft“ könne deshalb abgesehen werden, weil „lediglich die R.-GmbH als Komplementärin eingetreten (sei)“.

3. Die Nichtgewährung der Wahlrechte ergibt sich indes nicht nur aus dem Wortlaut des § 24 UmwStG 1977; nur diese Beurteilung entspricht zudem der systematischen Stellung sowie Sinn und Zweck der Vorschrift (*Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG, 3. Aufl., § 24 UmwStG Rdnr. 114; *Patt* in *Dötsch/Patt/Pung/Jost*, Umwandlungssteuerrecht, 5. Aufl., § 24 UmwStG Rdnr. 61; *Wacker*, BB, Beilage 8/1998, 27; vgl. auch *Döllerer*, DStR 1985, 295, 302; BMF-Schreiben vom 25.3.1998, BStBl I 1998, 268 Tz. 24.02 betreffend UmwStG 1995; a. A. *Schlößer* in *Haritz/Benkert*, UmwStG, 2. Aufl., § 24 Rdnr. 60; *Widmann* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 24 UmwStG Rdnr. 108, jeweils m. w. N.).

a) Nach ständiger Rechtsprechung ist Gegenstand der Regelung des § 24 UmwStG 1977 ein veräußerungsähnlicher Tatbestand, der dadurch gekennzeichnet ist, dass der Einbringende aufgrund des Einbringungsvorgangs die Stellung eines Mitunternehmers erlangt (BFHE 215, 260). Demgemäß zielt die Vorschrift darauf, die Regelfolgen dieses Vorgangs – d. h. die Realisierung eines Einbringungsgewinns – zu vermeiden; dem liegt die Erwägung zugrunde, dass auf den Ansatz eines solchen Veräußerungsgewinns deshalb verzichtet werden kann, weil die Sachherrschaft über das eingebrachte Wirtschaftsgut in Form einer gesamthänderischen Berechtigung fortgesetzt wird (grundlegend BFHE 119, 285 = BFH, BStBl II 1976, 748).

b) Hieraus hat die Rechtsprechung einerseits abgeleitet, dass § 24 UmwStG 1977 nicht nur den Fall der tatsächlichen Einbringung strukturierter Einheiten (Betriebe usw.), sondern

auch den Sachverhalt erfasst, dass ein Gesellschafter aufgrund einer sonstigen Einlage (Geld- oder Sacheinlage) einer Gesellschaft beiträgt und sich hierdurch die Beteiligungsverhältnisse entgeltlich ändern. Zwar ist mit diesem Vorgang kein Zwang zur Gewinnrealisierung aufgrund eines veräußerungsähnlichen Vorgangs im Verhältnis der Gesellschafter zueinander verbunden (grundlegend BFHE 119, 285 = BFH, BStBl II 1976, 748, unter I.2. e der Gründe; BFHE 215, 260, m. w. N.; offen BFHE 188, 307 = BStBl II 1999, 604). Unberührt hiervon bleibt jedoch, dass die Einlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ein tauschähnliches Rechtsgeschäft im Verhältnis von Einbringendem zur Personengesellschaft (d. h. den Gesellschaftern in ihrer mitunternehmerschaftlichen Verbundenheit) begründet und es deshalb nach dem dargelegten Zweck des § 24 UmwStG 1977, d. h. dem Gedanken der gewinnneutralen Fortsetzung des bisherigen unternehmerischen Engagements gerechtfertigt ist, den Beitritt gegen Leistung einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen wie die Gründung einer neuen Personengesellschaft zu behandeln (BFHE 215, 260 und 144, 220 = BStBl II 1985, 695). Ebenso ist zu entscheiden, wenn ein Gesellschafter im Rahmen einer einseitigen Kapitalerhöhung angemessene Einlagen leistet und sich hierdurch die Beteiligungsverhältnisse ändern (BFHE 214, 40 = BStBl II 2006, 847).

c) Andererseits hat die Rechtsprechung aufgrund dieser Regelungszusammenhänge – d. h. mit Rücksicht auf die Einbindung des § 24 UmwStG 1977 in den Tatbestand der Einlage gegen Gewährung von Mitunternehmeranteilen – nicht nur angenommen, dass – mangels Einlage in das Gesellschaftsvermögen – weder die entgeltliche oder unentgeltliche Abtretung von Mitunternehmeranteilen (siehe dazu z. B. BFH/NV 2006, 521) noch der Beitritt von weiteren Mitunternehmern gegen Ausgleichsleistungen in das Eigenvermögen der Altgesellschafter (z. B. Geldzahlungen, Übernahme von privaten Verbindlichkeiten) den Wahlrechten des § 24 UmwStG 1977 untersteht (vgl. BFHE 215, 260 und 176, 392 = BStBl II 1995, 599). Gleiches gilt darüber hinaus, wenn die Beteiligungsquote eines Gesellschafters beispielsweise wegen eines gestiegenen Arbeitseinsatzes und damit nicht aufgrund von Einlagen erhöht wird (BFHE 188, 307 = BStBl II 1999, 604).

d) Nichts anderes kann für den Beitritt der R.-GmbH gelten, da auch sie keine Einlage in das Vermögen der KG zu leisten hatte und demzufolge auch diese Änderung der Beteiligungsstruktur mit keinem veräußerungsähnlichen Tatbestand verbunden war. Gleich den vorstehend dargelegten Sachverhalten der unentgeltlichen Übertragung von Mitunternehmeranteilen sowie der Erhöhung der Beteiligungsquote ohne Einlageleistung ist es deshalb auch für die dem anhängigen Verfahren zugrundeliegende Umstrukturierung angeschlossen, in entsprechender Anwendung des § 24 UmwStG 1977 den Beteiligten ein freies – d. h. nicht an das Vorliegen eines Einbringungsvorgangs gebundenes – Wahlrecht zur Aufdeckung der stillen Reserven zu gewähren.

Soweit hiergegen eingewandt wird, dass die Gesellschafter sich im Rahmen einer Sachneugründung unter Einbringung von Mitunternehmeranteilen für eine Teilwertaufstockung hätten entscheiden können, vermag dies keine andere Beurteilung zu rechtfertigen. Abgesehen davon, dass – wie aufgezeigt – diese Erwägung bereits bisher von der Rechtsprechung als nicht tragfähig erachtet wurde, ist zu berücksichtigen, dass die Besteuerung in aller Regel an den tatsächlich verwirklichten, nicht hingegen an einen lediglich gedachten Sachverhalt anknüpft und eine Ausnahme von diesem Grundsatz nur in Betracht kommen kann, wenn der tatsächliche Geschehensablauf nach der Zwecksetzung der in Frage stehenden Vorschrift

eine solche Gleichstellung erfordert. An Letzterem fehlt es vorliegend aber bereits deshalb, weil der zum Vergleich herangezogene Sachverhalt durch einen Einbringungsvorgang i. S. v. § 24 UmwStG 1977 gekennzeichnet ist, der im Streitfall tatsächlich verwirklichter Sachverhalt hingegen gerade dadurch, dass die Beteiligten sich für eine Form der Umstrukturierung entschieden haben, bei der das Vermögen der fortbestehenden Personengesellschaft nicht durch Einlagen vermehrt wurde.

e) Abweichendes ergibt sich schließlich nicht aus dem Urteil des BFH in BFH/NV 2000, 34. Soweit in dieser Entscheidung ausgeführt wird, aus Anlass des Eintritts eines Gesellschafters in eine bestehende Personengesellschaft könnten die stillen Reserven des Gesellschaftsvermögens durch Neubewertung auch dann aufgedeckt werden, wenn der Beitretende keine Sacheinlage leiste, bleibt nicht nur – auch unter Berücksichtigung des mitgeteilten Sachverhalts – offen, ob nach dem diesem Verfahren zugrundeliegenden Sachverhalt der hinzutretende Gesellschafter eine Geldeinlage geleistet hatte. Hinzu kommt vor allem, dass die vom VIII. Senat zum Beleg zitierte BFH-Rechtsprechung die Wahlrechte des § 24 UmwStG 1977 – wie dargelegt – davon abhängig gemacht hat, dass der Eintretende eine Sach- oder Geldeinlage in das Betriebsvermögen der Gesellschaft erbringt, und dass von diesem Erfordernis nunmehr auch der VIII. Senat ausgeht (vgl. – in diesem Sinne unmissverständlich – BFHE 214, 40 = BStBl II 2006, 847, das seinerseits auf die Entscheidung in BFH/NV 2000, 34 Bezug nimmt).

28. UStG §§ 1 Abs. 1 a, 4 Nr. 9 a; RiL 1977/388/EWG Art. 5 Abs. 8 (*Keine Geschäftsveräußerung bei Grundstückslieferung*)

Die Lieferung eines weder vermieteten noch verpachteten Grundstücks ist im Regelfall keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG.

BFH, Urteil vom 11.10.2007, V R 57/06

Die Klägerin erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom 7.10.1999 ein bebautes Grundstück und Einrichtungsgegenstände. Der Gesamtkaufpreis belief sich auf 950.000 DM zuzüglich Umsatzsteuer. Hiervon entfielen 350.000 DM auf die Einrichtung. Nach dem Vertrag war der Verkauf umsatzsteuerpflichtig. Besitz, Nutzen und Lasten sollten am 1.11.1999 übergehen. Der Veräußerer hatte das Gebäude für den Betrieb als Diskothek verpachtet. Der Pachtvertrag endete vor der Besitzeinweisung und ging nicht auf die Klägerin über.

Am 30.10.1999 verpachtete die Klägerin das Objekt mit der Diskothek an ihre Gesellschafterin M mit Wirkung ab 1.11.1999. Die Umsatzangaben des Veräußerers S erwiesen sich als unrealistisch. Die neue Pächterin war nicht in der Lage, Pachtzahlungen zu leisten. Zivilrechtlich erstrebte die Klägerin die Rückabwicklung des Kaufvertrages. Ein von ihr erwirkter Titel konnte aber nicht vollstreckt werden.

Das beklagte FA erkannte den Vorsteuerabzug nicht an, da eine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG vorliege, und setzte die Umsatzsteuer auf 0 DM fest. Einspruch und Klage blieben erfolglos.

Das FG stützte die Klageabweisung darauf, dass es sich um eine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG handle. Entscheidend sei, ob die übertragenen Vermögensgegenstände ein hinreichendes Ganzes bilden, um die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu ermöglichen. Dies bedürfe einer Gesamtbewertung, bei der insbesondere die Art der übertragenen Vermögensgegenstände und der Grad der Übereinstimmung oder Ähnlichkeit zwischen den vor und nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten zu berücksichtigen seien. Die Klägerin habe die Verpachtungstätigkeit des Veräußerers ohne nennenswerte zeitliche Unterbrechung fortgesetzt. Sie habe einen Tag vor der Besitzeinweisung einen Pachtvertrag mit einer neuen Pächterin abgeschlossen. Beim Betrieb der Diskothek sei keine län-

gere Pause eingetreten. Das veräußerte und durch die Klägerin betriebene Gewerbe erscheine identisch. Im Hinblick auf die nahtlose Fortsetzung der Verpachtungstätigkeit sei unerheblich, dass die Klägerin keinen Pachtvertrag des Veräußerers übernommen, sondern selbst einen Pachtvertrag abgeschlossen habe. Für die Übernahme eines Unternehmens spreche auch, dass der Umsatz des übernommenen Unternehmens katastrophal eingebrochen sei und deshalb Pachtzahlungen unterblieben seien. Gerade dies zeige, dass ein laufender Diskothek-Betrieb übernommen worden sei und nicht nur eine leer stehende Immobilie.

Mit ihrer hiergegen eingelegten Revision rügt die Klägerin, dass keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG vorliege. Sie, die Klägerin, habe keine Verpachtungstätigkeit des Veräußerers fortgesetzt, sondern das Objekt nach Beendigung des vom Veräußerer abgeschlossenen Pachtvertrages übernommen. Die bloße Übertragung eines Grundstücks könne nicht zu einer Geschäftsveräußerung führen.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des FG aufzuheben und das FA zur erklärungs-gemäßen Veranlagung zu verurteilen. Das FA beantragt Zurückweisung der Revision.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO zur Aufhebung der Vorentscheidung sowie zur Zurückverweisung der Sache an das FG. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz liegt im Streitfall keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG vor. Es sind zur Entscheidung des Streitfalls weitere Feststellungen zu treffen.

1. Nach § 1 Abs. 1 a UStG unterliegen Umsätze im Rahmen einer Geschäftsveräußerung an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen nicht der Umsatzsteuer. Die Vorschrift setzt voraus, dass ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen entgeltlich oder unentgeltlich übereignet oder in eine Gesellschaft eingebracht wird.

a) § 1 Abs. 1 a UStG dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 8 und Art. 6 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern 77/388/EWG (Richtlinie 77/388/EWG) in nationales Recht und ist richtlinienkonform auszulegen (vgl. z. B. BFHE 208, 491 = BFH/NV 2005, 810).

Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG bezweckt nach der Rechtsprechung des EuGH, die Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen zu erleichtern und zu vereinfachen (EuGH vom 27.11.2003, Rs. C497/01, Slg. 2003 I 14393 – Zita Modes = BFH/NV Beilage 2004, 128 Rdnr. 32). Im Hinblick auf diesen Zweck erfasst Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG die Übertragung der Geschäftsbetriebe und der selbständigen Unternehmensteile, die jeweils materielle und immaterielle Bestandteile umfassen, die zusammengekommen ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil bilden, mit dem eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt werden kann (EuGH vom 27.11.2003, Rs. C497/01, Slg. 2003 I 14393 – Zita Modes = BFH/NV Beilage 2004, 128 Rdnr. 39 f.). Der Erwerber muss darüber hinaus die Absicht haben, den übertragenen Geschäftsbetrieb oder Unternehmensteil zu betreiben. Nicht begünstigt ist die sofortige Abwicklung der übernommenen Geschäftstätigkeit (EuGH vom 27.11.2003, Rs. C497/01, Slg. 2003 I 14393 – Zita Modes = BFH/NV Beilage 2004, 128 Rdnr. 44).

b) Im Hinblick auf die nach der EuGH-Rechtsprechung erforderliche Absicht des Erwerbers, den übertragenen Geschäftsbetrieb oder Unternehmensteil zu betreiben, kommt es maßgeblich darauf an, ob das übertragene Vermögen die Fort-

setzung einer bisher durch den Veräußerer ausgeübten Tätigkeit ermöglicht. Dabei ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Art des übertragenen Vermögens/Teilvermögens und der Grad der Übereinstimmung oder Ähnlichkeit zwischen den vor und nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten zu berücksichtigen (BFHE 200, 160 = BStBl II 2004, 665 = ZEV 2003, 125 m. Anm. *Fleischer*).

2. Nach diesen Grundsätzen ist die Veräußerung eines Gebäudes ohne Übergang eines Mietvertrages keine Geschäftsveräußerung. Die Übertragung eines unvermieteten Grundstücks führt nicht zur Übertragung eines Unternehmensteils, mit dem eine selbständige Tätigkeit fortgeführt werden kann, sondern zur Übertragung eines einzelnen Vermögensgegenstandes. Fehlt es an weiteren Faktoren wie z. B. einer bestehenden Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks, kann kein „Geschäftsbetrieb“ angenommen werden. Es bleibt vielmehr bei einer grundsätzlich nach § 4 Nr. 9 lit. a) UStG steuerfreien Grundstücksübertragung.

3. Die Vorinstanz ist von anderen Grundsätzen ausgegangen. Das Urteil war daher aufzuheben und an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Es liegt keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG an die Klägerin vor, da dieser lediglich ein unverpachtetes Grundstück übertragen wurde.

Der von der Klägerin beanspruchte Vorsteuerabzug aus dieser (als steuerpflichtig behandelten) Grundstückslieferung an sie setzt aber weiter voraus, dass die Klägerin keine (steuerfreien) Verwendungsumsätze nach § 15 Abs. 2 UStG ausführte. Das FG hat auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung hierzu keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Es ist insbesondere aufzuklären, ob die Klägerin das Grundstück entgeltlich (als Unternehmerin) verpachtete und ggf. nach § 4 Nr. 12 UStG auf die Steuerfreiheit verzichtete und ob eine Rechnung mit gesondertem Steuerausweis vorliegt.

29. ErbStG §§ 7 Abs. 1 Nr. 1, 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2; BGB § 362 Abs. 2, § 185 (*Freigebiges Zuwendung bei verdeckter Gewinnausschüttung an nahestehende Personen*)

Zahlt eine GmbH auf Veranlassung eines Gesellschafters einer diesem nahestehenden Person überhöhte Vergütungen, liegt regelmäßig keine freigebiges Zuwendung des Gesellschafters an die nahestehende Person gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vor. Eine gemischte freigebiges Zuwendung kann jedoch im Verhältnis der GmbH zur nahestehenden Person gegeben sein.

BFH, Urteil vom 7.11.2007, II R 28/06

Der Ehemann (E) der Klägerin war Mitgesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. Die Klägerin war aufgrund eines Vertrags vom 20.10.1981 freie Mitarbeiterin der GmbH; sie bezog in den Jahren 1989 bis 1994 Vergütungen unterschiedlicher Höhe. Teile dieser Vergütungen wurden nach einer Betriebsprüfung als verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) der GmbH an E behandelt. Ähnliche Verträge waren auch mit den Ehepartnern der weiteren Gesellschafter-Geschäftsführer geschlossen worden.

Das beklagte FA erlangte 1998 Kenntnis von den Vorgängen. Das FA sah in Höhe der vGA freigebiges Zuwendungen des E an die Klägerin und setzte durch Bescheide vom 30.7.1999 für die Jahre 1990 bis 1994 Schenkungsteuer gegen die Klägerin fest. E habe die Art und den Umfang der tatsächlich erbrachten Leistungen gekannt und daher beurteilen können, dass die Vergütungen zumindest in Höhe der vGA als Honorarzahleungen verschleierte Schenkungen seien, die eine Ver-

mögensmehrung bei der Klägerin und eine Minderung bei ihm bewirkt hätten. Dies werde auch dadurch belegt, dass E allein die zugrundeliegenden Vereinbarungen als Geschäftsführer unterzeichnet habe.

Nach erfolglosem Einspruchsverfahren trug die Klägerin erstmals im Klageverfahren vor, die Eheleute hätten durch Ehevertrag vom 3.4.2003 den gesetzlichen Güterstand aufgehoben und mit privatschriftlicher Vereinbarung vom 4.6.2003 die Höhe ihrer Zugewinnausgleichsforderung festgelegt.

Das FG hat die Klage abgewiesen. E habe die nicht mit einer entsprechenden Gegenleistung in Zusammenhang zu bringenden Zahlungen der GmbH an die Klägerin veranlasst; diese Zuwendungen seien auf seine Kosten erfolgt, weil er wegen der vGA einem grundsätzlich nicht auszuschließenden Regressanspruch der GmbH ausgesetzt gewesen sei. Daher lägen freigebiges Zuwendungen des E an die Klägerin vor. Im Übrigen sei zweifelhaft, ob eine Zugewinnausgleichsforderung für die Klägerin wirksam und ernsthaft vereinbart worden sei. Die Anwendung des § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG scheitere aber jedenfalls daran, dass der Vereinbarung vom 4.6.2003 nicht zu entnehmen sei, die früheren Zuwendungen seien in die Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs eingegangen.

Die Klägerin rügt mit der Revision Verfahrensmängel und fehlerhafte Rechtsanwendung. Sie beantragt, die Vorentscheidung und die Schenkungsteuerbescheide vom 30.7.1999 aufzuheben. Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II. Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung sowie der Steuerbescheide vom 30.7.1999 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 7.8.2003 (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zu Unrecht angenommen, dass die gezahlten Vergütungen in Höhe der vGA freigebiges Zuwendungen des E an die Klägerin seien (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG).

1. Der Schenkungsteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) jede freigebiges 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 (BFHE 143, 291 = BStBl II 1985, 382 = NJW 1985, 2048). Wer Zuwendender ist, bestimmt sich nach der Ausgestaltung der geschlossenen Verträge unter Einbeziehung ihrer inhaltlichen Abstimmung untereinander sowie den mit der Vertragsgestaltung erkennbar angestrebten Zielen der Parteien (BFH, MittBayNot 2006, 363). Der Gegenstand, um den der Beschenkte bereichert wird, muss sich nicht vorher in derselben Gestalt im Vermögen des Schenkers befinden haben und wesensgleich übergehen. „Entreicherungsgegenstand“ und „Bereicherungsgegenstand“ brauchen nicht identisch zu sein (BFH, MittBayNot 2005, 440).

2. Eine Vermögensverschiebung zwischen dem Zuwendenden und dem Bedachten kann auch unter Einbeziehung eines Dritten bewirkt werden, und zwar dadurch, dass ein Schuldner des Zuwendenden auf dessen Aufforderung hin eine diesem zustehende Forderung durch unmittelbare Leistung an den Bedachten gemäß § 362 Abs. 2 i. V. m. § 185 BGB erfüllt (Abkürzung des Leistungswegs). Ob es sich bei dieser Vermögensverschiebung um eine freigebiges Zuwendung des Zuwendenden an den Bedachten handelt, richtet sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnis.

Ein derartiger abgekürzter Leistungsweg liegt nicht vor, wenn eine GmbH an eine Person, die einem ihrer Gesellschafter nahesteht, überhöhte Vergütungen für erbrachte Arbeitsleistungen zahlt und – wie im Streitfall – die unangemessenen

Teile der Vergütungen ertragsteuerrechtlich als vGA zu beurteilen sind. In einem solchen Fall fehlt es an der für eine freigebige Zuwendung erforderlichen Vermögensverschiebung zwischen dem Gesellschafter und der diesem nahestehenden Person.

a) Eine vGA einer GmbH i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG ist dadurch gekennzeichnet, dass die GmbH ihrem Gesellschafter außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einen Vermögensvorteil zuwendet und diese Zuwendung ihren Anlass oder zumindest ihre Mitveranlassung im Gesellschaftsverhältnis hat. Das ist der Fall, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer diesen Vorteil einem Nichtgesellschafter nicht zugewendet hätte (BFHE 216, 214 = BStBl II 2007, 393 m. w. N.).

Eine vGA kann auch ohne tatsächlichen Zufluss beim Gesellschafter gegeben sein, wenn der Vorteil dem Gesellschafter mittelbar in der Weise zugewendet wird, dass eine ihm nahestehende Person aus der Vermögensverlagerung Nutzen zieht. Die Zuwendung eines Vermögensvorteils an eine nahestehende Person ist unabhängig davon als vGA zu beurteilen, ob auch der Gesellschafter selbst ein vermögenswertes Interesse an dieser Zuwendung hat, soweit andere Ursachen für die Zuwendung als das Nahestehen des Empfängers zu dem Gesellschafter auszuschließen sind (BFH, BStBl II 2007, 830 m. w. N.).

Liegt danach eine vGA vor, so ist die Zuwendung zulasten der GmbH ertragsteuerrechtlich so zu beurteilen, als hätte der Gesellschafter den Vorteil erhalten und diesen an die nahestehende Person weitergegeben. Bei dem Gesellschafter handelt es sich um eine einkommensteuerrechtlich unbeachtliche Einkommensverwendung (BFH, BStBl II 2007, 830 m. w. N.).

b) Diese auf einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise in Form einer Fiktion beruhende ertragsteuerrechtliche Beurteilung kann auf die Schenkungsteuer nicht übertragen werden. Jeder gesetzliche Tatbestand ist aus sich selbst heraus – nach seiner eigenen, spezifischen Teleologie – auszulegen (vgl. BFHE 208, 441 = BStBl II 2005, 489). Die Erbschaft- und Schenkungsteuer ist Verkehrsteuer. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist auf Steuerarten, welche an bürgerlich-rechtliche Vorgänge anknüpfen, nicht oder zumindest nur nach Sachlage des Einzelfalles anwendbar (BFHE 137, 188 = BStBl II 1983, 179 m. w. N.). Für eine freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG kommt es ausschließlich auf die Zivilrechtslage und nicht darauf an, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist (BFHE 215, 529 = BStBl II 2007, 319 = BFH/NV 2007, 539 m. w. N.).

c) Eine andere Beurteilung ergibt sich auch dann nicht, wenn die vGA zu einem Schadensersatzanspruch der GmbH gegen den Gesellschafter etwa wegen Treupflichtverletzung oder wegen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz führt (zu den Voraussetzungen eines solchen Anspruchs vgl. *Ulmer/Müller*, GmbHG, 2006, § 29 Rdnr. 168 f.; *Zacher* in *Deutsches Steuerrecht* 1994, 138; *Canaris* in *FS* für *Fischer*, 1979, 31 ff., jeweils m. w. N.). Auch wenn im Einzelfall ein solcher Anspruch besteht, fehlt es an der erforderlichen zivilrechtlichen Übertragung von Vermögen vom Zuwendenden auf den Bedachten.

d) Eine Bereicherung der dem Gesellschafter nahestehenden Person, die den Vermögensvorteil (überhöhte Vergütungen) unmittelbar von der GmbH erhalten hat, auf Kosten des Gesellschafters kann auch nicht damit begründet werden, dass sich durch die Gewährung des Vermögensvorteils der Wert des Geschäftsanteils des Gesellschafters vermindert habe. Diese Wertminderung ist nämlich eine bloße Folge der Ver-

ringerung des Gesellschaftsvermögens und daher schenkungsteuerrechtlich unbeachtlich. Die GmbH erbringt die Leistung aus ihrem Gesellschaftsvermögen. Die rechtliche Eigenständigkeit des Gesellschaftsvermögens der GmbH als juristische Person ist insoweit ebenso entscheidend wie bei Einlagen eines Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen einer GmbH, die schenkungsteuerrechtlich nicht zu einer Bereicherung der anderen Gesellschafter führt, obwohl sich durch die Mehrung des Betriebsvermögens der Wert ihrer Geschäftsanteile erhöht (BFHE 179, 157 = BStBl II 1996, 160; BFHE 181, 88 = BStBl II 1996, 616 = GmbHR 1996, 871).

3. Da das FG die Rechtslage anders beurteilt hat, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Auch die angefochtenen Schenkungsteuerbescheide sind aufzuheben. Freigebige Zuwendungen des E an die Klägerin liegen nicht vor, da es an der erforderlichen Vermögensverschiebung zwischen den Eheleuten fehlt. Die GmbH hat mit der Zahlung überhöhter Vergütungen an die Klägerin nicht zugleich gegenüber E bestehende Verbindlichkeiten etwa aus einem bereits gefassten Gewinnverteilungsbeschluss getilgt. Durch die Zahlung überhöhter Vergütungen an die Klägerin sollten vielmehr die der Besteuerung unterliegenden und für offene Ausschüttungen zur Verfügung stehenden Gewinne der GmbH gemindert werden. Dies führte zur ertragsteuerrechtlichen Beurteilung der unangemessenen Teile der Vergütungen als vGA.

Eine Vermögensverschiebung zwischen E und der Klägerin kann entgegen der Ansicht des FG auch nicht mit dem (möglichen) Bestehen von Schadensersatzansprüchen der GmbH gegen E begründet werden (oben 2. c). Ob die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch erfüllt waren, braucht deshalb nicht geprüft zu werden.

Da Schenkungsteuer nicht entstanden ist, kommt es auch nicht darauf an, ob die Steuer wegen der Beendigung des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG erloschen wäre.

4. Die Zahlungen überhöhter Vergütungen an die Klägerin können als gemischte freigebige Zuwendungen der GmbH an diese zu beurteilen sein. Schenkungsteuerrechtlich erfasst wird nicht nur die reine, sondern auch eine gemischte freigebige Zuwendung. Sie ist dann gegeben, wenn einer höherwertigen Leistung eine Leistung von geringerem Wert gegenübersteht und die höherwertige Zuwendung neben Elementen der Freigebigkeit auch Elemente eines Austauschvertrags enthält, ohne dass sich die höherwertige Leistung in zwei selbständige Leistungen aufteilen lässt (BFHE 183, 253 = BStBl II 1997, 832 = GmbHR 1998, 110). Hinsichtlich des subjektiven Tatbestands der freigebigen Zuwendung reicht bei Unausgewogenheit gegenseitiger Verträge regelmäßig das Bewusstsein des einseitig benachteiligten Vertragspartners über den Mehrwert seiner Leistung aus; auf die Kenntnis des genauen Ausmaßes des Wertunterschieds kommt es hingegen nicht an (BFHE 210, 474 = BStBl II 2005, 845 = MittBayNot 2006, 272 m. Anm. *Wälzholz*).

Ob und ggf. inwieweit die materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass von Schenkungsteuerbescheiden für gemischte freigebige Zuwendungen der GmbH an die Klägerin vorliegen, kann im vorliegenden Verfahren, das lediglich die angefochtenen Schenkungsteuerbescheide wegen freigebiger Zuwendungen des E an die Klägerin betrifft, nicht geprüft werden.

30. EStG §§ 6 b, 6 c, 13, 15 Abs. 2 (*Gewerblicher Grundstückshandel bei Beantragung Bauvorbescheid*)

1. **Grundstücksveräußerungen sind erst dann Gegenstand eines selbständigen gewerblichen Grundstückshandels und keine landwirtschaftlichen Hilfgeschäfte (mehr), wenn der Landwirt über die Parzellierung und Veräußerung hinausgehende Aktivitäten entfaltet, die darauf gerichtet sind, den zu veräußernden Grundbesitz zu einem Objekt anderer Marktgängigkeit zu machen (Anschluss an BFH, BStBl II 2006, S. 166).**

2. **Der Hinzutausch von Grundstücksflächen zur Optimierung der Bebaubarkeit von bisher landwirtschaftlich genutzten Grundstücksflächen und die Beantragung eines konkreten Bauvorbescheides sind Aktivitäten, die darauf gerichtet sind, den zu veräußernden Grundbesitz zu einem Objekt anderer Marktgängigkeit zu machen.**

BFH, Urteil vom 8.11.2007, IV R 34/05

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in DB 2008, 326.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Haftungsausschluss, aber richtig!

Viele Leser werden sich fragen, was denn die Schriftleitung einer Zeitschrift für das Notariat bewogen hat, eine Entscheidung zum Gewährleistungsrecht bei gebrauchten Kraftfahrzeugen abzudrucken. Bei näherem Hinsehen wird man aber feststellen, dass das BGH-Urteil (MittBayNot 2008, 207 [in diesem Heft]) von großer Bedeutung für die sichere Gestaltung der weit verbreiteten Haftungsausschlüsse beim Verkauf gebrauchter Immobilien ist.

Hier überlagern sich die Vorschriften über den Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB, die Klauselverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 309 Nr. 7 a) und b) BGB und die berufsrechtlichen Pflichten nach § 17 Abs. 2 a BeurkG über die rechtzeitige Versendung des beabsichtigten Textes des Vertrages. Das Zusammenspiel dieser Vorschriften soll im Lichte der aktuellen BGH-Entscheidung kurz dargestellt werden.

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nach § 309 Nr. 7 a) und b) BGB die Vereinbarung eines umfassenden Haftungsausschlusses unwirksam. Wird jede Haftung des Verwenders der Klausel für Pflichtverletzungen ausgeschlossen, ohne davon die Verpflichtung zu Schadensersatz bei Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit sowie bei grobem Verschulden auszunehmen, ist die gesamte Klausel unwirksam: der Verkäufer haftet nach den gesetzlichen Regelungen, z. B. bei Kaufverträgen über Wohnimmobilien für jeden Sachmangel mit einer Verjährungsfrist von fünf Jahren.

Diese überschießende Rechtsfolge beruht darauf, dass der Totalausschluss gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt. Da nicht klar ist, dass eigentlich nur ein bestimmter Aspekt des Haftungsausschlusses vom Klauselverbot betroffen ist, entfällt die gesamte Regelung zum Haftungsausschluss. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nach § 305 Abs. 1 BGB vor, wenn eine vom Gesetz abweichende Klausel mindestens dreimal von einer Vertragsseite verwendet wird; dabei genügt es, wenn der durch die Klausel begünstigte Teil sich den Klauselvorschlag des Notars zu Eigen macht.

§ 309 Nr. 7 BGB begrenzt seinem Wortlaut nach nur den Ausschluss von Schadensersatzansprüchen. Was Minderung, Rücktritt und Nacherfüllung betrifft, könnte es also beim vollständigen Ausschluss bleiben. Hier lauern aber Gefahren: so droht im Hintergrund immer noch die unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass Minderung und Nacherfüllung einerseits sowie Schadensersatz andererseits wirtschaftlich so unterschiedlich nicht sind. Auch ist die Grenze zwischen verschuldeter und unverschuldeter Pflichtverletzung nicht so präzise, wie sie klingt, und schließlich ist im Schadenersatz auch der Rücktritt enthalten. So gesehen könnte die Beschränkung des Vorbehalts auf Schadensersatzansprüche sogar als intransparent verworfen werden. Da aber schon ein Berühren der AGB-rechtlichen Grenze die Höchststrafe in Form der Geltung der gesetzlichen Haftungsbestimmungen auslöst, erscheint es ratsam, hier einen gewissen Sicherheitsabstand einzuhalten und alle Mängelrechte, nicht nur den Schadensersatz, unter den Vorbehalt zu stellen.

§ 310 Abs. 3 BGB bestimmt, dass in *Verbraucherverträgen* die Klauselverbote aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 307 ff. BGB) auch dann Anwendung finden, wenn die missbilligte Klausel vom Verwender nur einmal in den Vertrag aufgenommen wird. Ein Verbrauchervertrag liegt vor, wenn ein Unternehmer (§ 14 BGB) und ein Verbraucher (§ 13 BGB) miteinander einen Vertrag schließen, wobei nicht notwendigerweise der Verbraucher der Käufer und der Unternehmer der Verkäufer sein müssen; auch bei umgekehrten Rollen handelt es sich um einen Verbrauchervertrag.

Nach § 17 Abs. 2 a BeurkG sollen die beabsichtigten Texte von grundstücksbezogenen Verträgen dem beteiligten Verbraucher mindestens 14 Tage vor der Beurkundung zum Schutz vor Überrumpelung vorgelegt worden sein. Entsprechend der das Beurkundungsgesetz durchziehenden Wortwahl räumt der Begriff „sollen“ dabei dem Notar nicht einen (eingeschränkten) Ermessensspielraum ein, sondern statuiert eine Dienstpflicht, deren Verletzung lediglich nicht die Unwirksamkeit der Beurkundung zur Folge hat.

Die genannten drei Regelungsbereiche spielen in häufig vorkommenden Vertragssituationen eine Rolle:

a) Unternehmer (U) verkauft an Verbraucher (V)

Verkauft der Unternehmer ein Grundstück an einen Verbraucher, liegt der Normalfall eines Verbrauchervertrags vor: die Einschränkung des Haftungsausschlusses ist in den Vertrag aufzunehmen; der Text des Vertrages muss dem Verbraucher rechtzeitig vorliegen.

b) Verbraucher verkauft an Unternehmer

Verkauft der Verbraucher an einen Unternehmer, liegt zwar auch ein Verbrauchervertrag vor, da § 310 Abs. 3 BGB nicht nach der Rolle des beteiligten Verbrauchers differenziert. Jedoch ist ein uneingeschränkter Haftungsausschluss zulässig, da nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB das AGB-Recht nur auf vom Unternehmer gestellte Klauseln anzuwenden ist. Der Ausschluss der Haftung des Verkäufers wird aber, da ohne Vorteil für den kaufenden Unternehmer, nicht von diesem in den Vertrag eingestellt worden sein.

Dies gilt jedoch nicht, wenn § 309 BGB direkt anwendbar ist, also eine AGB-Situation vorliegt, weil der Verkäufer obwohl Verbraucher öfter den Haftungsausschluss in den Vertrag aufnehmen lässt. Zu dieser Konstellation enthält die neue BGH-Entscheidung (allerdings obiter) die Feststellung, dass hinsichtlich des von § 309 Nr. 7 a) BGB bezweckten Schutzes besonders wichtiger persönlicher Rechtsgüter kein Raum für eine Differenzierung zwischen Unternehmern und Verbrauchern sei. Ebenso soll es auch für § 309 Nr. 7 b) BGB nicht darauf ankommen, ob vom Verschulden des Vertragspartners ein Unternehmer oder ein Verbraucher betroffen ist. Unabhängig davon verlangt aber das Beurkundungsgesetz in beiden Fallkonstellationen die rechtzeitige Textversendung.

c) Unternehmer verkauft an Unternehmer

Schließen zwei Unternehmer einen Grundstückskaufvertrag, so erfordert die neue BGH-Rechtsprechung ausdrücklich für die AGB-Situation die Einschränkung des Haftungsausschlusses, weil die in den (hier nicht direkt anwendbaren) Klauselverboten enthaltene Wertung trotzdem Platz greifen soll.

Verwendet der Verkäufer die umfassende Ausschlussklausel allerdings weniger als dreimal, unterliegt er keinen Beschränkungen. Da in beiden Situationen kein Verbraucher beteiligt ist, besteht auch keine Verpflichtung des Notars nach § 17 Abs. 2 a BeurkG.

d) Verbraucher verkauft an Verbraucher

Beim Verkauf von Grundbesitz zwischen Verbrauchern besteht weder die Notwendigkeit den Haftungsausschluss einzuschränken, noch die gesetzliche Verpflichtung, den Vertragstext rechtzeitig vorzulegen.

Dies gilt jedoch nur, wenn der verkaufende Verbraucher nicht den Beschränkungen der §§ 307 ff. BGB unterliegt. Verwendet der Verbraucher die Klausel über den Totalausschluss mehr als zweimal, liegt auch hier eine AGB-Situation vor: nur die Zulassung von Schadensersatzansprüchen bei der Verletzung der bekannten Rechtsgüter und bei bestimmten Verschuldensformen rettet ihn vor der Anwendung des gesetzlichen Sachmängelrechts. Dies wird man im Erst-Recht-

Schluss der BGH-Entscheidung entnehmen können. Allerdings verlangt das Beurkundungsgesetz auch im letzteren Fall nicht den rechtzeitig versandten Vertragstext.

Dieses zunächst verwirrende Zusammenspiel von verbraucher-schützenden Vorschriften lässt sich tabellarisch zusammenfassen:

Veräußerer an Erwerber	Ausnahme zum Haftungs- ausschluss	Vertragstext 14 Tage vor der Beurkundung
U an V	+	+
V an U	–	+
V an U mehr als zweimal d.h. AGB-Fall	+	+
U an U	–	–
U an U mehr als zweimal d.h. AGB-Fall	+	–
V an V	–	–
V an V mehr als zweimal d.h. AGB-Fall	+	–

+ = erforderlich

– = nicht erforderlich

Angesichts der Vielzahl und der Komplexität der möglichen Sachverhalte sowie der häufig schwierigen Erkennbarkeit der maßgeblichen Tatbestandsmerkmale könnte der Notar versucht sein, standardmäßig in alle Kaufverträge nur den eingeschränkten Haftungsausschluss aufzunehmen. Damit würde aber der Verbraucher als Verkäufer außerhalb der AGB-Situation mit einer unter Umständen überraschenden Haftung belastet. Bisher geht meiner Erfahrung nach die ganz überwiegende Zahl der privaten Verkäufer einer Gebrauchtimmobilie davon aus, dass „gekauft wie besichtigt“ wird, also jede Haftung ausgeschlossen ist. Wäre der Vorbehalt vereinbart, müsste der Verkäufer Schadensersatzansprüche fürchten, wenn er beispielsweise vor Jahren seinen Dachstuhl mit einem heute bekanntermaßen gesundheitsschädlichen Holzschutzmittel gestrichen hat, sich aber jetzt daran leicht fahrlässigerweise nicht mehr erinnert. Die routinemäßige Versendung des beabsichtigten Vertragstextes ist dagegen als gute Praxis immer zu empfehlen.

Eine ausdrückliche Einschränkung des Ausschlusses der Haftung für Erfüllungsgehilfen erscheint entbehrlich. Mit diesem Fachausdruck kann der Laie wenig anfangen; auch wird die Haftung für Fehler der Mitarbeiter für selbstverständlich gehalten. Die Haftung für Vorsatz wird vom groben Verschulden umfasst. Im Übrigen spricht auch der BGH vom erforderlichen Vorbehalt unter Bezugnahme auf die gesetzlichen Überschriften in § 309 Nr. 7 BGB. Ich halte es deshalb für ausreichend, im Anschluss an den üblichen Haftungsausschluss in den geeigneten Fällen zu formulieren:

Bei schuldhafter Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit sowie ansonsten bei grobem Verschulden gelten aber die gesetzlichen Mängelrechte.

Notar Dr. Andreas Albrecht, Regensburg

2. Grunderwerbsteuer als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer bei Grundstückskaufverträgen; Anwendung des BFH-Urteils vom 9.11.2006, V R 9/04, BStBl II 2007, S. 285

BMF-Schreiben vom 25.9.2007, IV A 5 – S 7200/07/0019

Nach dem Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt hinsichtlich der Anwendung des BFH-Urteils vom 9.11.2006, V R 9/04, Folgendes:

Das BFH-Urteil vom 9.11.2006, V R 9/04, ist mit der Veröffentlichung im BStBl II 2007, S. 285 in allen offenen Fällen anzuwenden. Die insoweit entgegenstehenden Regelungen in Abschnitt 149 Abs. 7 Satz 5 und 6 UStR sowie das Beispiel hierzu, wonach bei einer Grundstücksveräußerung die Hälfte der gesamtschuldnerisch von Erwerber und Veräußerer geschuldeten Grunderwerbsteuer zum Entgelt für die Grund-

stücksveräußerung gehört, wenn die Parteien des Grundstückskaufvertrags vereinbaren, dass der Erwerber die Grunderwerbsteuer allein zu tragen hat, sind daher ab dem Datum der Veröffentlichung dieses Urteils im BStBl II nicht mehr anwendbar.

Es wird nicht beanstandet, wenn sich Erwerber und Veräußerer hinsichtlich bis zum 30.9.2007 abgeschlossener Grundstückskaufverträge auf die bisherige Regelung des Abschnitts 149 Abs. 7 Satz 5 und 6 UStR berufen. Bei Grundstückskaufverträgen, für die nach § 13 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UStG der Leistungsempfänger Steuerschuldner ist, reicht es aus, wenn sich der Erwerber auf die bisherige Regelung beruft.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Beitrag von *Gottwald*, MittBayNot 2008, 186 (in diesem Heft).

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Franz Brand, Lohr a. Main, verstorben am 14.2.2008

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2008:

Notar Jürgen Hoffmann, Hof

Mit Wirkung vom 1.8.2008:

Notar Winfried Staudt, Bad Tölz

Mit Wirkung vom 1.9.2008:

Notar Dr. Hans Schmidt, Ingolstadt

Mit Wirkung vom 1.11.2008:

Notar Walter Kolb, Burglengenfeld

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 15.2.2008:

Dahn	dem Notarassessor Mattes Rüdiger (bisher in Kaiserslautern Notarstellen Jakob/Dietrich)
------	---

Mit Wirkung vom 1.4.2008:

München	dem Notar Dr. Robert Walz (bisher in Ingolstadt)
---------	--

Weilheim i. OB (in Sozietät mit Notar Dr. Wolfgang Drasch)	dem Notar Dr. Manfred Reisnecker (bisher in Mainburg)
--	---

Weiden i. d. Opf. (in Sozietät mit Notar Falk Knies)	dem Notarassessor Dr. Thomas Schiffner (bisher in Regensburg Notarstellen Dr. Sauer/ Dr. Thalhammer)
--	--

Rosenheim	dem Notarassessor Dr. Martin Leiß (bisher in München Notarstellen Dr. Reinl/Zöller)
-----------	---

Mit Wirkung vom 1.5.2008:

Neumarkt-St. Veit	dem Notarassessor Thomas Wurm (bisher in Landsberg a. Lech Notarstellen Dr. Lintz/ Dr. Rapp)
-------------------	--

Passau (in Sozietät mit Notar Dr. Alexander Krafka)	dem Notar Thorsten Langnau (bisher in Thiersheim)
---	---

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Thomas Diehn, Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Dr. Mayr), wurde mit Wirkung vom 12.2.2008 promoviert

Notarassessor Christian von Köckritz, München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöller), ist auf eigenen Wunsch zum 1.4.2008 ausgeschieden

Notarassessorin Birgit Stahl, München (Notarstellen Kelch/Rapp), ab 7.4.2008 in Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schübler/Dr. Fronhöfer)

Notarassessorin Dr. Natascha Krist, München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch), ab 21.4.2008 in Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)

Notarassessor Damian Najdecki, Prien a. Chiemsee (Notarstellen Dr. Daumiller/Dr. Rieger), ab 1.5.2008 in München (Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth)

Notarassessorin Dr. Manuela Müller, München (Notarstellen Frhr. von Oefele/Dr. Götte), ab 1.5.2008 in Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer)

Notarassessor Dr. Thomas Kilian, Amberg (Notarstelle Dr. Frank), ab 1.5.2008 in München (Notarstellen Frhr. von Oefele/Dr. Götte)

Notarassessor Josef Alexander Massinger, München (Notarstelle Dr. Bohrer), ab 1.6.2008 in Traunstein (Notarstelle Haselbeck)

Inspektorin i. N. Carolin Angelika Oppel, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu), ab 1.3.2008 in Bad Staffelstein (Notarstelle Richter)

Inspektor i. N. Henry Awaleh, München (Prüfungsabteilung der Notarkasse), ab 15.3.2008 in Haßloch (Notarstelle Dr. Sefrin)

Inspektor i. N. Florian Heiland, Traunstein (Notarstelle Riegel), ab 1.4.2008 in Viechtach (Notarstelle Hasler)

Amtsrat i. N. Georg Singer, München (Notarstelle Höfling), ab 1.4.2008 in München (Notarstelle Kärtner)

Amtmann i. N. Claus Voith, München (Notarstelle Kärtner), ab 1.4.2008 in München (Notarstelle Dr. Krauß)

Inspektorin i. N. Heike Schilder, Münchberg (Notarstelle Schnabel), ab 1.4.2008 in Bamberg (Notarstelle Dr. Weiler)

Inspektorin i. N. Monja Peichl, München (Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke), ab 1.4.2008 in München (Notarstellen Dr. Schemmann/Dr. Ludewig)

Amtmann i. N. Günther Weidenthaler, Traunstein (Notarstelle Haselbeck), ab 15.4.2008 in München (Notarstelle Prof. Dr. Winkler)

Oberinspektor i. N. Stefan Hüttner, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Weiß/Dähnert), ab 1.5.2008 in Würzburg (Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Inspektorin i. N. Katja Schöngraf, Bad Tölz (Notarstellen Dr. Safferling/Staudt), ist zum 28.2.2008 ausgeschieden

Oberinspektorin i. N. Margit Wedel-Benaburger, Hersbruck (Notarstellen Dr. Vollhardt/Dr. Lenz), ist zum 29.2.2008 ausgeschieden

Notariatsoberrat i. N. Walfried Weber, Kaiserslautern (Notarstellen Jakob/Dietrich), ab 1.4.2008 im Ruhestand

Amtmann i. N. Erich Pidde, Starnberg (Notarstellen Wasserthal/Dr. Ohler), ab 1.5.2008 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Hans Beck, Thiersheim (Notarstelle Langnau), ab 1.5.2008 im Ruhestand

Inspektorin i. N. Janine Neubauer, München (Notarstelle Dietrich), scheidet aus zum 1.6.2008

Oberamtsrat i. N. Dieter Witter, Ludwigshafen a. Rhein (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge), ab 1.7.2008 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Bamberg, Notarstellen Hillmann/Dr. Eue,
Telefax: 0951 9829250

München, Notarstellen Frhr. von Oefele/Dr. Götte,
Brienner Straße 12/III, 80333 München

München, Notarstelle Dr. Weinberger,
Kaufingerstraße 22, 80331 München
Telefon: 089 2554953-0
Telefax: 089 255495310
E-Mail: info@notar-weinberger.de

München, Notarstelle Dr. Bohrer,
Brienner Straße 29, 80333 München

Würzburg, Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich,
E-Mail: mail@notare-marktplatz24.de
Homepage: www.notare.bayern.de/hp/notare-limmer-friederich-wuerzburg

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. Markus Vierling

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 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12 € 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.